

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SF120001-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Vorsitzender, und lic. iur. Ruggli, Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Laufer

Beschluss vom 26. November 2012

in Sachen

A._____,
Gesuchsteller

verteidigt durch Fürsprecher X._____

gegen

Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, Oberrichter lic. iur. B._____, Oberrichter lic. iur. C._____, Ersatzoberrichterin lic. iur. D._____, Gerichtsschreiberin lic. iur. E._____,
Gesuchsgegnerin

betreffend **Ausstandsbegehren**

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 18. März 2011 wurde der Gesuchsteller des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig gesprochen und mit 60 Tagen Freiheitsstrafe unbedingt, unter Anrechnung von 2 Tagen Polizeihaft, bestraft. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Mai 2007 für eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– angesetzte Probezeit von zwei Jahren wurde um ein Jahr verlängert. Die Verfahrenskosten wurden dem Gesuchsteller auferlegt, wobei die Kosten der erbetenen Verteidigung aus der Gerichtskasse ausgerichtet wurden (Urk. 26 S. 15 f.).

2. Gegen das gleichentags mündlich eröffnete und im Dispositiv übergebene Urteil (Prot. I S. 12) liess der Gesuchsteller mit Eingabe vom 28. März 2010 [recte 2011] fristgerecht die Berufung anmelden (Urk. 21). Das begründete Urteil wurde von der Verteidigung am 23. Mai 2011 entgegengenommen (Urk. 25/1). Mit Eingabe vom 14. Juni 2011 liess der Gesuchsteller innert der Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 90 StPO die Berufungserklärung einreichen (Urk. 28).

Am 8. September 2011 fand die Berufungsverhandlung vor der I. Strafkammer des Obergerichts Zürich statt (Prot. II S. 4 ff.). Anlässlich dieser machte die Verteidigung wie bereits vor Vorinstanz geltend, dem Gesuchsteller sei es nicht möglich gewesen, Reisepapiere zu beschaffen. Zudem sei er im Deliktszeitraum aufgrund seines gesundheitlichen Zustands nicht reisefähig gewesen (Urk. 41 S. 4 ff. i.V.m. Prot. II S. 8 ff.). Für den Fall, dass an der Reiseunfähigkeit des Gesuchstellers gezweifelt werde, sei beim ...spital eine entsprechende Bestätigung einzuholen (Prot. II S. 6). Im Anschluss an die Berufungsverhandlung beschloss der Spruchkörper der I. Strafkammer (fortan: Gesuchsgegnerin), das Beweisverfahren zu ergänzen (Prot. II S. 11).

3. Mit Beschluss vom 4. Oktober 2011 wurde ein ärztliches Gutachten über die Reisefähigkeit des Gesuchstellers aufgrund seines körperlichen und geistigen Zustands bei Dr. med. F. _____ in Auftrag gegeben. Den Parteien wurde Frist angesetzt, um sich zur Person der Gutachterin sowie zu den gestellten Fragen zu äussern und dazu eigene Anträge zu stellen. Mit gleichem Beschluss wurde das Bundesamt für Migration ersucht, der Gesuchsgegnerin einen Amtsbericht betreffend die Möglichkeit einer Rückkehr des Gesuchstellers in den G. _____ zuzustellen. Sodann wurden das Bundesamt für Migration und das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich ersucht, Angaben zum Verbleib von amtlichen Dokumenten des Gesuchstellers zu machen (Urk. 45/1).

Mit Eingabe vom 21. November 2011 teilte die Verteidigung innert erstreckter Frist mit, dass gegen die Person der Gutachterin keine Einwendungen erhoben würden. Es sei jedoch ein Neurolo-

ge als Zweitgutachter zu bestellen. Die Verteidigung stellte weiter den Antrag, es sei den Gutachtern in Ergänzung des gerichtlichen Fragekatalogs auch die Frage der subjektiven Reisefähigkeit zu unterbreiten (Urk. 53). Mit Beschluss vom 28. November 2011 wies die Gesuchsgegnerin den Antrag der Verteidigung auf Bestellung eines Neurologen als Zweitgutachter und die Zusatzfrage betreffend subjektive Reisefähigkeit des Gesuchstellers ab (Urk. 57). Mit Schreiben vom gleichen Datum erfolgte die Instruktion der Gutachterin (Urk. 58). Am 18. Januar 2012 wurde das vom Gesuchsteller am 22. Dezember 2011 gestellte Wiedererwägungsgesuch auf Zulassung einer Zusatzfrage an die Gutachterin abgewiesen (Urk. 67).

4. Am 27. Februar 2012 erstattete Dr. med. F. _____ das Gutachten zur Reisefähigkeit (Urk. 69), welches den Parteien in der Folge zugestellt wurde (Urk. 71). Mit Präsidialverfügung vom 27. April 2012 wurde mit dem Einverständnis der Parteien (Urk. 75; Urk. 76) die schriftliche Fortsetzung des Berufungsverfahrens angeordnet und dem Gesuchsteller Frist angesetzt, um zu den Berichten des Strassenverkehrsamts und des Bundesamts für Migration sowie zum Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin Stellung zu nehmen und abschliessend seine Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 78). Mit Eingabe vom 8. Juni 2012 liess der Gesuchsteller innert erstreckter Frist die Berufungsbegründung einreichen (Urk. 82). Der Gesuchsteller liess darin unter anderem geltend machen, dass das Gericht aufgrund der umfassenden Nachforschungen die Interessen und Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahrzunehmen scheine. Dadurch entstehe der Anschein der Vorbefasstheit. Dabei gehe es vor allem um Aufträge zu bisher fehlenden Nachweisen der Handlungsmöglichkeit bzw. der Zumutbarkeit der Vornahme einer Ausreise. Entlastenden Umständen bzw. der Frage der subjektiven Zumutbarkeit im Sinne der Vorwerfbarkeit der Nichtausreise werde trotz entsprechender Beweisanträge nicht nachgegangen. Entsprechend werde die von der Gewaltenteilung vorgegebene Aufgabenteilung verwischt. Die aktuelle Gerichtsbesetzung könne nicht mehr als unabhängig im Sinne der verfassungs- und konventionsrechtlichen Bestimmungen gelten (Urk. 82 S. 1).

Mit Präsidialverfügung vom 11. Juni 2012 wurde der Staatsanwaltschaft Frist zur Stellungnahme sowie zur Stellung und Begründung ihrer Berufungsanträge angesetzt sowie der Vorinstanz Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung gegeben. Weiter wurde der Verteidigung Frist angesetzt, um der Gesuchsgegnerin mitzuteilen, ob ihre Eingabe vom 8. Juni 2012 als Ausstandsgesuch zu verstehen sei (Urk. 84). Mit Eingabe vom 28. Juni 2012 reichte die Staatsanwaltschaft ihre Stellungnahme ein (Urk. 90). Die Verteidigung teilte mit Schreiben vom 1. Juli 2012 mit, dass die Eingabe vom 8. Juni 2012 als Ausstandsgesuch zu verstehen sei, da die Gesuchsgegnerin nicht mehr unabhängig und unparteiisch erscheine (Urk. 91 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 12. Juli 2012 wurde das Ausstandsbegehren des Gesuchstellers unter Beilage der Verfahrensakten sowie der Stellungnahmen der Mitglieder des Spruchkörpers (Urk. 93/1-4 = Urk. 96/1-4) der II. Strafkammer zum Entscheid überwiesen (Urk. 94 = Urk. 97).

5. Mit Präsidialverfügung der II. Strafkammer des Obergerichts Zürich vom 7. August 2012 wurden die Stellungnahmen der mit dem Verfahren befassten Mitglieder der I. Strafkammer dem Gesuchsteller zur Stellungnahme zugestellt (Urk. 98). Mit Eingabe vom 27. August 2012 liess der Gesuchsteller innert erstreckter Frist seine Stellungnahme einreichen (Urk. 101), welche der Gesuchsgegnerin zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt wurde (Urk. 102). Innert Frist ging keine Stellungnahme ein.

II.

1. Am 1. Januar 2011 trat die schweizerische Strafprozessordnung (StPO) in Kraft. Die Ausstandsvorschriften von Art. 56 ff. StPO gelten generell in jedem Verfahren und auf allen Verfahrensstufen sofort nach Inkrafttreten der StPO, es sei denn, das Verfahren werde gemäss den Übergangsbestimmungen nach bisherigem Prozessrecht weitergeführt. Diesfalls gelten noch die Ausstandsgründe nach altem Recht (Schmid, Übergangsrecht der schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, N 93). Auf das Berufungsverfahren ist vorliegend die schweizerische Strafprozessordnung anwendbar (Art. 454 Abs. 1 StPO), weshalb sich das Ausstandsverfahren ebenfalls nach neuem Prozessrecht richtet.

2. Wird ein Ausstandsgrund nach Art. 56 Bst. a oder f StPO geltend gemacht oder widersetzt sich eine in einer Strafbehörde tätige Person einem Ausstandsgesuch einer Partei, das sich auf Art. 56 Bst. b – e StPO abstützt, so entscheidet ohne weiteres Beweisverfahren und endgültig das Berufungsgericht, sofern einzelne Mitglieder des Berufungsgerichts betroffen sind (Art. 59 Abs. 1 lit. c StPO). Praxisgemäss erfolgt die Beurteilung von Ausstandsbegehren gegen Mitglieder einer Strafkammer jeweils durch Mitglieder der anderen Strafkammer. Die Zuständigkeit der II. Strafkammer zur Behandlung des vorliegenden Ausstandsbegehrens ist deshalb gegeben.

3.1. Der Gesuchsteller macht geltend, dass die Unparteilichkeit der involvierten Mitglieder der I. Strafkammer im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht mehr bestehe bzw. nicht mehr bestehen könne. Er lässt zusammengefasst vorbringen, dass sich der Eindruck einer mangelnden Unparteilichkeit dann aufdrängen könne, wenn kein Vertreter der Anklagebehörde an der Verhandlung anwesend sei und das Gericht die alleinige Herrschaft über das Verfahren habe. Dies insbesondere, wenn das Gericht Ermittlungen in der Sache vornehme und Funktionen übernehme, die ansonsten ein anwesender Vertreter der Anklagebehörde ausgeführt hätte. Die Staatsanwaltschaft sei bei keiner Verhandlung aufgetreten, ein kontradiktorisches Verfahren sei nicht erfolgt. Der Sachverhalt, wie er von der Staatsanwaltschaft vor beiden Gerichten präsentiert worden sei, hätte offensichtlich zu einem Freispruch führen müssen. Die von der Gesuchsgegnerin beschlossenen zusätzlichen Beweisabnahmen müssten vor diesem Hintergrund einseitig darauf ausgerichtet erscheinen, überhaupt einen Schuldspruch fällen zu können.

Es sei zudem von massgeblicher Bedeutung, welche Institution weitere Abklärungen treffe. Um nicht den Anschein einer Befangenheit hervorzurufen, hätte die Gesuchsgegnerin die Anklage zur weiteren Untersuchung an die Staatsanwaltschaft zurückweisen müssen. Der Beizug der gesamten Migrationsakten, die Art und das Ausmass der gerichtlichen Befragung und die von der Gesuchsgegnerin angestrebten zusätzlichen Beweiserhebungen, einschliesslich der Haltung gegenüber den Zusatzanträgen der Verteidigung, liessen den Eindruck entstehen, dass die Gesuchsgegnerin geradezu auf einen Schuldspruch hin arbeite. Die Gesuchsgegnerin nehme keine objektive bzw. unparteiische Haltung mehr ein. Eine nicht willkürliche Würdigung der getätigten Abklärungen werde ihr kaum mehr möglich sein (Urk. 91 S. 1 ff.; Urk. 101 S. 1 ff.).

3.2. Die Gesuchsgegnerin führt in ihrer Stellungnahme zum Ausstandsbegehren zusammengefasst aus, dass sie sich in ihrer Entscheidung nach wie vor frei fühle. Bei den Beweisergänzungsaufträgen sei es lediglich um die Ermittlung der materiellen Wahrheit gegangen. Der Untersuchungsgrundsatz gelte auch für die Gerichte, sofern Unklarheiten bestünden. Die zusätzlichen Beweise seien im Übrigen durch die Behauptungen des Gesuchstellers veranlasst worden (Urk. 93/1-4 = Urk. 96/1-4).

4. Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf einen unabhängigen und unparteiischen Richter. Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, welche ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Art. 4 StPO übernimmt diese Grundsätze, indem er bestimmt, dass die Strafbehörden in der Rechtsanwendung unabhängig und nur dem Recht verpflichtet sind. Die Ausstandsvorschriften der Strafprozessordnung stehen in engem Zusammenhang mit dem Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf Beurteilung durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter, da innere oder äussere Bindungen der in einer Strafbehörde tätigen Person zu Verfahrensbeteiligten oder deren Standpunkten die Unabhängigkeit gefährden oder aufheben (Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 117 und 507).

Der Ausstand einer in einer Strafbehörde tätigen Person kann unter anderem verlangt werden, wenn diese aus anderen als den in Art. 56 Bst. a bis e StPO genannten Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand, befangen sein könnte (Art. 58 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 56 Bst. f StPO). Die Befangenheit ist als innere Einstellung einem Beweis kaum zugänglich. Die Ablehnung einer Person erfordert denn auch nicht den strikten Nachweis, dass diese tatsächlich befangen ist. Es genügt schon die abstrakte Gefahr der Voreingenommenheit. Es müssen mithin Umstände vorhanden sein, die den Anschein der Befangenheit oder Zweifel an der Unvoreingenommenheit zu begründen vermögen. Blosser Vermutungen reichen dazu nicht aus. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt Befangenheit einer Gerichtsperson vor, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in ihre Unparteilichkeit zu erwecken. Solche Umstände können entweder in einer bestimmten persönlichen Einstellung

zum Verfahrensgegenstand, einem persönlichen Verhalten der betreffenden Person oder in gewissen äusseren Gegebenheiten, wozu auch funktionelle oder verfahrensorganisatorische Aspekte gehören, liegen. Wesentlich ist, ob das Verfahren in Bezug auf den konkreten Sachverhalt und die konkret zu entscheidenden Rechtsfragen als offen und nicht vorbestimmt erscheint. Ob der Anschein der Befangenheit vorliegt, beurteilt sich ohne Rücksicht auf das subjektive Empfinden der Verfahrenspartei. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise und durch vernünftige Gründe gerechtfertigt erscheinen (Boog, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, vor 56-60 N 6 ff.).

5.1. Wie bereits dargelegt, erachtet es der Gesuchsteller als problematisch, dass die Staatsanwaltschaft im vorliegenden Verfahren bei keiner Verhandlung auftrat. Die Haltung und Vorgehensweise der Gesuchsgegnerin sei deshalb zu stark auf die Strafverfolgung ausgerichtet gewesen. Durch ihr Vorgehen habe sie die Rolle und Arbeit der Staatsanwaltschaft wahrgenommen (Urk. 91 S. 1 f.; Urk. 101 S. 2 f.).

5.2. Gemäss dem in Art. 9 StPO statuierten Anklagegrundsatz kann eine Straftat nur gerichtlich beurteilt werden, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine bestimmte Person Anklage beim zuständigen Gericht erhoben hat. Dem Anklagegrundsatz kommt unter anderem die Rollentrennungsfunktion zu. Derjenige, der den Strafanspruch geltend macht, und derjenige, der darüber entscheidet, ob dieser Anspruch gerechtfertigt sei, dürfen nicht identisch sein. Ziel der Rollentrennung ist es, die Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts sicherzustellen. Insoweit besteht Kongruenz mit dem Prinzip des unabhängigen und unparteiischen Richters. Das Gericht soll unbefangen und ohne Vorbefassung über die Vorwürfe urteilen (Niggli/Heimgartner, in: BSK StPO, Art. 9 N 22 f.). Die Anklagebehörde ist indes nur in bestimmten Fällen verpflichtet, die Anklage persönlich vor Gericht zu vertreten (Art. 337 StPO; Art. 405 Abs. 3 StPO). Vorliegend lag keine dieser Konstellationen vor, weshalb es der Staatsanwaltschaft freistand, dem Gericht ihre Anträge schriftlich zu unterbreiten und damit auf eine Teilnahme an der gerichtlichen Verhandlung zu verzichten oder die Anklage vor Gericht persönlich zu vertreten. Der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft weder an der Haupt-, noch an der Berufungsverhandlung teilgenommen hat (Prot. I S. 3; Prot. II S. 4), kann in Bezug auf die Objektivität der Gesuchsgegnerin deshalb nicht per se als problematisch eingestuft werden. Ein solches Vorgehen ist vom Gesetz vorgesehen.

Dem Gesuchsteller ist jedoch beizupflichten, dass die Abwesenheit der Staatsanwaltschaft in Hinblick auf die vom Anklagegrundsatz geforderte Trennung von Ankläger und Richter in bestimmten Fällen heikel sein kann. Die Rollentrennung und damit die Unparteilichkeit des Gerichts können dadurch beeinträchtigt werden, dass die Staatsanwaltschaft ihre Rolle nicht oder ungenügend wahrnimmt. Dies kann einerseits dadurch geschehen, dass das Gericht wichtige Beweise selbst erhebt, aber auch dadurch, dass der Staatsanwalt nicht oder nur teilweise präsent ist, was das Gericht zwingt, seine Rolle einzunehmen. Die Nähe des Richters zur Staatsanwaltschaft, welche dadurch entstehen kann, dass er im Gerichtsverfahren staatsanwaltähnliche Handlungen vor-

nimmt, ist rechtsstaatlich delikant (Ackermann/Vetterli, Brisante Aspekte der neuen Anklageschrift, ZStrR 126 [2008], S. 199 f.).

5.3. Im Strafbefehl vom 5. November 2010 wird dem Gesuchsteller vorgeworfen, sich des rechtswidrigen Aufenthalts schuldig gemacht zu haben. Der Gesuchsteller sei trotz Erhalt und in Kenntnis der rechtskräftigen Wegweisungsverfügung des Bundesamts für Flüchtlinge vom 28. Mai 2004 und obwohl er in der Schweiz über keine Aufenthaltsberechtigung mehr verfüge, weiterhin in der Schweiz geblieben (Urk. 10 S. 1 f.).

Zur Beurteilung des Anklagevorwurfs war von den Strafbehörden in erster Linie abzuklären, ob der Aufenthalt des Gesuchstellers in der Schweiz unrechtmässig ist. Der Beizug der Akten des Migrationsamtes, welcher im Übrigen bereits durch die Vorinstanz erfolgte (Urk. 23), erwies sich deshalb als unabdingbar. Der Gesuchsteller machte sodann sowohl vor Vorinstanz als auch im Berufungsverfahren geltend, dass ihm eine Ausreise objektiv nicht möglich gewesen sei, da er die nötigen Reisepapiere nicht habe beschaffen können. Er habe mehrfach auf der ... Botschaft [des Staates G._____] vorgesprochen. Weder sei ihm die Staatsangehörigkeit bestätigt noch sei ihm irgendein Reisepapier ausgestellt worden. Die ... Geburtsurkunde [des Staates G._____] sowie den ... Führerausweis [des Staates G._____] , welche er bei seiner Einreise in die Schweiz bei sich gehabt habe, habe er den Behörden bereits abgegeben. Die Ausreise sei ihm auch nicht zumutbar gewesen, da er aufgrund einer schweren chronischen Nervenkrankheit reiseunfähig sei (Urk. 17 S. 4 ff.; Urk. 41 S. 4 ff. i.V.m. Prot. II S. 6 ff.).

Der rechtswidrige Aufenthalt in der Schweiz ist bei objektiver Unmöglichkeit der Ausreise strafrechtlich nicht vorwerfbar, da das strafrechtliche Schuldprinzip die Freiheit voraussetzt, anders handeln zu können (Zünd, in: Spescha/Thür/Zünd/ Bolzli, Kommentar Migrationsrecht, 3. Aufl., Zürich 2012, Art. 115 N 7 mit Hinweisen). Dass die Gesuchsgegnerin im Anschluss an die Berufungsverhandlung hinsichtlich der Möglichkeit einer Rückkehr des Gesuchstellers in den G._____, insbesondere dem Verbleib der amtlichen Dokumente des Gesuchstellers, sowie hinsichtlich seines gesundheitlichen Zustandes weitere Abklärungen tätigte (Urk. 45 S. 2 f.), erscheint nachvollziehbar, waren diese Umstände für die Urteilsfindung doch wesentlich. Es trifft zwar zu, dass es primär Sache der Strafverfolgungsbehörden ist, den massgeblichen Sachverhalt zu ermitteln und entsprechende Beweismittel zu erheben. Das Gericht stützt seine Urteilsfindung im Wesentlichen auf die Untersuchungsergebnisse (vgl. Art. 308 Abs. 3 StPO; vgl. auch Art. 389 Abs. 1 StPO). Art. 6 Abs. 1, Art. 349 und Art. 389 Abs. 2 und 3 StPO verpflichten jedoch auch die Strafgerichte, von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen abzuklären. Stellt sich nach der Anklageerhebung heraus, dass Beweise, die für die Beurteilung des Anklagevorwurfs erheblich sind, im Untersuchungsverfahren nicht erhoben wurden, hat das Gericht diese – gegebenenfalls auch von Amtes wegen – abzunehmen. Der Wahrheits- bzw. Untersuchungsgrundsatz ist auch im Rechtsmittelverfahren zu beachten. Dass die Ge-

suchsgegnerin zusätzliche Beweise erhob, bedeutet für sich allein deshalb noch keine unzulässige Vermischung der Funktionen von Ankläger und Gericht.

5.4. Vom Gesuchsteller wird weiter geltend gemacht, die von der Gesuchsgegnerin beschlossenen zusätzlichen Beweisabnahmen seien einseitig darauf ausgerichtet gewesen, einen Schuldspruch fällen zu können. Der Sachverhalt, wie er von der Anklagebehörde vor beiden Gerichten präsentiert worden sei, hätte offensichtlich zu einem Freispruch führen müssen (Urk. 91 S. 2; Urk. 101 S. 2 f.).

Aus der im Strafprozess geltenden Unschuldsvermutung ergibt sich, dass die Strafbehörden verpflichtet sind, den Nachweis der Schuld zu führen. Gelingt dies nicht, hat der Staat die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, d.h. es entfallen die Voraussetzungen für eine Verurteilung. Ziel des Strafverfahrens ist insbesondere die Wahrheitsfindung. Ein Freispruch hat somit nicht bereits dann zu erfolgen, wenn die Beweislage unklar oder lückenhaft ist. Wie bereits dargelegt, verpflichtet die Untersuchungsmaxime die Strafbehörden in solchen Fällen vielmehr, von Amtes wegen die zur Abklärung des Sachverhalts notwendigen Beweise zu erheben. Erst wenn sich nach Erschöpfung aller Beweismittel und sorgfältiger Handhabung aller Erkenntnisquellen beim Gericht eine Überzeugung weder für die Existenz noch für die Nichtexistenz der beweisbedürftigen Tatsachen einzustellen vermag, ist nach der den Beschuldigten begünstigenden Regel vorzugehen (Hochuli, in dubio pro reo, SJZ 50 [1954] S. 255). Aus dem Umstand, dass die Gesuchsgegnerin nicht einen Freispruch fällte, sondern die zur Abklärung des Sachverhalts notwendigen Beweise abnahm, kann demnach nicht abgeleitet werden, dass sie sich bereits ihre Meinung gebildet hätte und im Ergebnis auf eine Verurteilung hinarbeite. Im Übrigen wurden die von der Gesuchsgegnerin angeordneten Beweisergänzungen hauptsächlich durch die vom Gesuchsteller erhobenen Einwände veranlasst, worauf die Gesuchsgegnerin in ihrer Vernehmlassung zu Recht hinwies (Urk. 93/1-3 = Urk. 96/1-3).

5.5. Der Gesuchsteller lässt vorbringen, dass es sich vorliegend als problematisch erweise, dass die Abklärungen vom Gericht selbst vorgenommen worden seien. Um nicht den Anschein von Befangenheit hervorzurufen, hätte das Gericht die Anklage zur weiteren Untersuchung an die Staatsanwaltschaft zurückweisen müssen (Urk. 101 S. 2).

Das Berufungsgericht kann die Anklage zur Ergänzung und Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurückweisen, wenn die Akten fehlerhaft oder ergänzungsbedürftig sind (Art. 405 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 329 StPO; Schmid, Praxiskommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 405 N 1). Sind nach der Auffassung des Gerichts zusätzliche Beweise abzunehmen, kann entgegen früheren kantonalen Ordnungen keine Rückweisung an die Staatsanwaltschaft erfolgen. Weitere Beweise muss das Gericht vielmehr selbst abnehmen (Art. 389 Abs. 3 StPO). Eine Rückweisung zur Beweisergänzung ist daher nicht zulässig, es sei denn, es seien klare Fehler bei der Beweisabnahme zu korrigieren (Schmid, Handbuch des schweizeri-

schen Strafprozessrechts, N 1282, N 1315 [Fn. 62] und N 1339). Vorliegend waren Beweismittel zu erheben, welche im Vorverfahren nicht abgenommen worden waren. Der Berufungsinstanz stand die Rückweisungsmöglichkeit deshalb nicht offen, weshalb sie die ihr als wesentlich erscheinenden zusätzlichen Beweise selbst abzunehmen hatte. Abzuklären bleibt nachfolgend jedoch, ob die Gesuchsgegnerin dadurch zu stark staatsanwaltliche Funktionen wahrgenommen hat und deshalb nicht mehr als unvoreingenommen erscheint.

6.1. Der Gesuchsteller liess geltend machen, dass seine Befragung anlässlich der Berufungsverhandlung ungewöhnlich intensiv und in der Sache auf seine Überführung ausgerichtet gewesen sei. Es seien bereits in der Befragung zur Person überwiegend sachverhaltsabklärende Momente erfragt worden (Urk. 91 S. 1 f.; Urk. 101 S. 2 f.).

Wie bereits dargelegt, sind die Gerichte verpflichtet, den Tatvorwurf abzuklären und zu diesem Zweck die Beweiserhebungen durchzuführen, die notwendig sind, um die materielle Wahrheit zu erforschen. Die Einvernahme der beschuldigten Person dient, ebenso wie jeder andere Beweis, der Ermittlung des strafrechtlich relevanten Sachverhalts. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb die Gesuchsgegnerin den massgeblichen Sachverhalt nicht auch durch die Befragung des Gesuchstellers hätte feststellen dürfen, zumal dieser zu den relevanten Tatsachen, wie seinem Gesundheitszustand und den unternommenen Bemühungen zur Papierbeschaffung, am besten Auskunft geben kann. Es trifft zu, dass die Einvernahme der beschuldigten Person nicht einseitig zu ihren Lasten durchgeführt werden darf. Den belastenden und entlastenden Umständen muss mit gleicher Sorgfalt nachgegangen werden (Art. 6 Abs. 2 StPO). Allein aus dem Umfang und der Intensität der Befragung des Gesuchstellers kann indes nicht darauf geschlossen werden, dass die Sachverhaltsabklärung durch die Gesuchsgegnerin nicht in neutraler Weise erfolgte, können sich aus einer ausführlichen Befragung doch gleichermassen belastende wie entlastende Umstände ergeben. Im Übrigen ist es der einvernehmenden Behörde nicht verwehrt, je nach Sachverhalt und Ausgangslage zu versuchen, die beschuldigte Person zu überführen und von ihr ein Geständnis zu erhalten (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 61 N 4). Aus der Unschuldsvermutung folgt nicht, dass die Strafbehörden davon ausgehen müssen, dass die beschuldigte Person unschuldig ist; in diesem Fall wäre bereits die Strafverfolgung unzulässig. Sie verlangt allein, dass die staatlichen Stellen ihr Verhalten bis zum Zeitpunkt einer rechtskräftigen Verurteilung daran orientieren, dass die Möglichkeit eines Freispruchs der beschuldigten Person im Raum steht (Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 10 N 25 mit Hinweisen). Vorliegend lässt sich somit auch aus der gerichtlichen Fragestellung nicht ableiten, dass sich die Gesuchsgegnerin bereits in einem Masse festgelegt hätte, die sie nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren nicht mehr als offen erscheinen liesse.

6.2. Der Gesuchsteller verweist im Weiteren auf die während der Berufungsverhandlung erstellte Protokollnotiz, in welcher festgehalten werde, dass äusserlich keine gesundheitlichen Probleme

auffällig seien. Dies trotz Nachweis einer schweren chronischen Nervenkrankheit, welche eine umfangreiche Medikation erfordere und massive Beschwerden und Schwierigkeiten im Alltag verursache (Urk. 101 S. 3 mit Verweis auf Prot. II S. 11). Aus der erwähnten Protokollnotiz kann indes nicht abgeleitet werden, dass sich die Gesuchsgegnerin ihre Meinung über den Gesundheitszustand des Gesuchstellers bereits gebildet hätte. In der Notiz wird festgehalten, dass die Verfahrensleitung feststelle, dass der Gesuchsteller seit mehr als zwei Stunden ruhig auf seinem Stuhl gesessen sei und dem äusserlichen Anschein nach keine Probleme damit habe (Prot. II S. 11). Damit wird der persönliche Eindruck der Verfahrensleitung über das Verhalten des Gesuchstellers während der Berufungsverhandlung zum Ausdruck gebracht. Eine Einschätzung des Gesundheitszustandes des Gesuchstellers nimmt die Gesuchsgegnerin damit nicht vor. Mit Beschluss vom 4. Oktober 2011 wurde denn auch festgestellt, dass die Beurteilung seiner Reisefähigkeit ein besonderes Fachwissen benötige, über welches die Gesuchsgegnerin nicht verfüge, und ein Gutachten über den körperlichen und geistigen Zustand des Gesuchstellers in Auftrag gegeben (Urk. 45).

6.3. Wie bereits erwähnt, beantragte der Gesuchsteller, es sei der Gutachterin auch die Frage der subjektiven Reisefähigkeit, d.h. der Zumutbarkeit der Reise in den G._____ unterbreiten zu lassen (Urk. 53 S. 2; Urk. 64), was von der Gesuchsgegnerin abgelehnt wurde (Urk. 57; Urk. 67). Der Gesuchsteller ist der Auffassung, dass die Gesuchsgegnerin durch die Abweisung seiner Zusatzfrage zum Ausdruck bringe, dass sie auf einen Schuldspruch hinarbeite. So gehe die Gesuchsgegnerin entlastenden Umständen trotz entsprechender Beweisanträge nicht nach (Urk. 91 S. 2; Urk. 101 S. 3).

Ein Ausstandsgrund liegt nicht bereits dann vor, wenn das Gericht einen für die Partei ungünstigen Entscheid erlässt. Mit der Tätigkeit des Richters ist untrennbar verbunden, dass er über Fragen zu entscheiden hat, die weitgehend in sein Ermessen gestellt sind (Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 56 N 38 mit Hinweisen). Die Aufgabe eines Sachverständigen, der den Sachverhalt feststellen soll, liegt sodann ausschliesslich darin, der Strafbehörde die diesbezüglichen erforderlichen Aufschlüsse zu ermitteln. Die Fragen an den Gutachter sind deshalb auf dessen Fachgebiet zu beschränken und dürfen nicht die rechtliche Qualifikation der gutachterlichen Befunde betreffen (Schmid, Praxiskommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 184 N 8). Vorliegend hatte sich das Gutachten über den gesundheitlichen Zustand des Gesuchstellers sowie seine Reisefähigkeit auszusprechen (vgl. Urk. 58), da dem Gericht die zur Feststellung dieser Tatsachen erforderlichen Sachkenntnisse fehlten. Nach Ansicht des Gesuchstellers hätte sich das Gutachten darüber hinaus dazu äussern müssen, ob dem Gesuchsteller vor dem Hintergrund der diagnostizierten Krankheit und den dortigen Behandlungsmöglichkeiten eine Rückreise in den G._____ zumutbar sei (Urk. 53 S. 2). Dabei handelt es sich indes nicht um eine Frage, deren Beurteilung besonderes Fachwissen erfordert. Sie betrifft nicht den medizinischen

Bereich, sondern stellt eine rechtliche Folge des gutachterlichen Abklärungsergebnisses dar, zu welcher der Sachverständige wie bereits dargelegt grundsätzlich nicht Stellung zu beziehen hat. Die Würdigung der vom Gutachter festgestellten Tatsachen fällt in die Zuständigkeit des mit der Sache befassten Gerichts. Dass die Gesuchsgegnerin die Zusatzfrage der Verteidigung nicht zugelassen hat, erscheint unter diesen Umständen nachvollziehbar und ist nicht geeignet, den Anschein der Befangenheit zu begründen.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass vom Gesuchsteller keinerlei Ausstandsgründe vorgebracht werden, welche geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit der Gesuchsgegnerin zu erwecken. Allein aus dem Umstand, dass die Gesuchsgegnerin zusätzliche Beweise erhoben hat, kann nicht darauf geschlossen werden, dass sie nicht mehr in der Lage ist, den Anklagevorwurf unvoreingenommen zu würdigen. Entgegen der Ansicht des Gesuchstellers begründet auch die Verfahrensführung bei objektiver Betrachtung nicht den Anschein, die Gesuchsgegnerin sei bereits von der Schuld des Gesuchstellers überzeugt. Das Ablehnungsbegehren des Gesuchstellers erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 59 Abs. 4 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Ausstandsbegehren des Gesuchstellers wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
3. Die Kosten des Verfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Dieser Beschluss wird den Prozessparteien sowie der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich schriftlich gegen Empfangsschein mitgeteilt.
5. Rechtsmittel:
Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausan-

ne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 26. November 2012

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. Laufer