



Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT [www.vgt.ch](http://www.vgt.ch)

gegründet am 4. Juni 1989

Dr Erwin Kessler, Präsident

Im Bühl 2, CH-9546

26. November 2007

An das  
Kassationsgericht des Kantons Zürich  
Postfach  
8022 Zürich

Sehr geehrter Herr Präsident,

in der Strafsache gegen mich erhebe ich hiermit als Angeklagter

### **Kassationsbeschwerde**

gegen den

**Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichtes vom 25. Oktober 2007**

betreffend

**Ablehnung der Mitglieder des Bezirksgerichtes Bülach im Prozess DG070059**

betreffend einfache Körperverletzung, Rassendiskriminierung etc.

#### **Anträge:**

1.

Der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen.

2.

Es sei festzustellen, dass die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss den Angeeschuldigten in menschenrechtswidriger Weise vorverurteilt hat.

#### **Begründung:**

## **I. Formell**

"Gemäss Dispositiv-Ziff. 7 des Beschlusses der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2007 ist gegen diesen Entscheid die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) gegeben."

## **II. Materiell**

### **A. Befangenheit des Bezirksgerichts**

1.

Das Kassationsgericht hat mit Beschluss vom 4. Oktober 2005 (AC050016) das Strafverfahren gegen mich wegen schwerwiegenden Verfahrensmängeln (keine materielle Verteidigung) an das Bezirksgericht Bülach zur Neuverhandlung zurückgewiesen.

2.

Das Bezirksgericht hat in der Zwischenzeit trotz dem vorliegenden hängigen Ausstandsverfahren die Hauptverhandlung in gleicher Besetzung wiederholt und die frühere Verurteilung (in den noch nicht verjährten Fällen) bestätigt. Wie von mir befürchtet, blieb die nun erstmalig vorgebrachte materielle Verteidigung wirkungslos.

3.

Eine Rückweisung durch eine Rechtsmittelinstanz begründet ansich noch keine Befangenheit der vorbefassten vorinstanzlichen Richter. Der vorliegende Fall ist jedoch insofern speziell, als die Rückweisung ohne jegliche materielle Vorgaben erfolgte.

4.

Es ist für Richter grundsätzlich wenig ehrenvoll, wenn ihr Urteil wegen menschenrechtswidrigen Verfahrensmängeln aufgehoben wird. Aus psychologischen Gründen tendieren derart vorbefasste Richter dazu, bewusst oder unbewusst ihr früheres Urteil zu bestätigen, um damit zu "zeigen", dass die Rückweisung nur aus formalistischen Gründen ohne praktische Bedeutung erfolgte und dass ihr früheres Urteil (materiell) schon richtig gewesen sei. Das entspricht grundsätzlich der menschlichen Natur und kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden.

5.

Das Bundesgericht hat in Fällen, wo die Vorbefassung weit weniger eine Befangenheit nahelegt, als hier, wo die Vorbefassten sich effektiv bereits ein abschliessendes Urteil gebildet haben, den Ausstandsgrund bejaht.

6.

*"Nicht als Richter (auch nicht als Gerichtsschreiber) amten kann vor allem, wer sich früher mit der Sache amtlich oder privat und in einer Weise befasste, die erwarten lässt, dass er bezüglich Schuld oder Nichtschuld nicht mehr unvoreingenommen ist (Befangenheit der Vorbefassung)."* [Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Rz 133; im gleichen Sinne BGE 114 Ia 50].

Diese Situation ist in casu zweifellos gegeben.

7.

Die Fälle, in denen es das Bundesgericht als zulässig beurteilt hat, dass nach Rückweisung die gleichen erstinstanzlichen Richter erneut urteilen, sind vom vorliegenden Fall in entscheidender Hinsicht verschieden, indem die untere Instanz ohne jegliche materielle Vorgaben der Rechtsmittelinstanz neu urteilen kann. Zudem ist nicht nur die Bundesgerichtspraxis zum schweizerischen Recht, sondern auch das übergeordnete EMRK-Recht zu beachten - und diesbezüglich ist auf das BGer kein Verlass, wie die ständigen Verurteilungen der Schweiz durch den EGMR zeigen.

8.

Die Unschuldsvermutung wie auch das Recht auf ein unabhängiges Gericht gemäss EMRK 6 verbieten es, dass Richter über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten urteilen, die mit einer vorgefassten Meinung die Arbeit aufnehmen (Esther Tophinke: Das Grundrecht der Unschuldsvermutung, Seite 178). Dieser Fall liegt hier vor. Die Richter, gegen welche sich vorliegendes Ausstandsbegehren richtet, haben sich ihre Meinung über die Schuld des Angeschuldigten mit ihrem früheren Urteil in der gleichen Sache bereits gebildet. Diese Auffassung teilt auch Prof Franz Riklin in einer Stellungnahme zum vorliegenden Fall (Beilage 2).

9.

Auch wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass es Richter gibt, welche die charakterliche Grösse und die objektive Denkfähigkeit haben, den Fall unter solchen Umständen völlig neu und neutral zu beurteilen, so kann das sicher nicht als Normalfall angesehen werden, denn auch Richter sind Menschen. Deshalb besteht zumindest der Anschein von Befangenheit, was nach ständiger Praxis für ein Ausstandsbegehren genügt.

10.

Zur Frage der Vorbefassung äussert sich das BGer in BGE 114 Ia 55 grundsätzlich wie folgt:

*"In diesen als sog Vorbefassung bezeichneten Fällen stellt sich das Problem, ob sich der Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in bezug auf einzelne Fragen bereits in einem*

*Masse festgelegt hat, die ihn nun nicht mehr als unvoreingenommen und demnach das Verfahren nicht mehr als offen erscheinen lassen. Wegen der früheren Mitwirkung kann 'Betriebsblindheit' in dem Sinne befürchtet werden, dass der Richter im späteren Verfahren seine Erwartungen in seine Fragen projiziert, die Antworten auf diese Fragen im Sinne seiner Erwartungen interpretiere und vor allem Fragen nicht sehe, die der unbefangene Richter sehen und stellen würde."*

Diese Situation liegt hier exakt vor.

11.

Zur Frage der Befangenheit hat das Bundesgericht in BGE 114 Ia 59 weitere Grundsätze formuliert: *"Hierfür mag darauf abgestellt werden, unter welchen tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umständen sich der Richter im früheren Zeitpunkt mit der Sache befasst bzw sich zu befassen hat. Es kann in Betracht fallen, welche Fragen in den beiden Verfahrensabschnitten zu entscheiden sind und inwiefern sie sich ähnlich sind oder miteinander zusammenhängen."*

12.

In casu haben die abgelehnten Richter nicht nur über ähnliche oder miteinander zusammenhängende Fragen, sondern über die identische Schuldfrage zu entscheiden. Unter solchen Umständen und unter Berücksichtigung der oben dargelegten psychologischen Aspekte kann nicht willkürfrei behauptet werden, die Vorbefassung begründe in casu keine Befangenheit.

13.

Unter den vorliegenden speziellen Umständen kann nicht mehr von einem unabhängigen Gericht im Sinne von EMRK 6 bzw BV 30 Abs 1 und BV 32 Abs 1 gesprochen werden, wenn sich vorbefasste Richter an der Neubeurteilung beteiligen.

14.

Die bundesgerichtliche Kasuistik erscheint allerdings zum Teil widersprüchlich: So gilt eine Vorbefassung als Untersuchungsrichter generell als Ausschlussgrund (Schmid Rz 134), ebenso eine Vorbefassung im Rahmen der Anklagezulassung (Schmid Rz 135), nicht aber eine Vorbefassung in der gleichen richterlichen Funktion nach Rückweisung zur Neubeurteilung (Schmid Rz 136), was zweifellos eine weitergehende Vorbefassung im Hinblick auf die zu beurteilenden Fragen darstellt. Dieser Widerspruch kann nur EMRK-konform aufgelöst werden, wenn die Richter bei der Neubeurteilung an materielle Erwägungen der rückweisenden Instanz gebunden sind. In dem von Schmid zitierten BGE 113 Ia 408 weist das BGer denn auch ausdrücklich darauf hin (Erw 2 b), dass der vorbefasste Richter der unteren Instanz "an die dem Rückweisungsentscheid zugrunde liegende Auffassung gebunden ist". (Diesbezüglich verweist der zweite von Schmid zitierte BGE 114 Ia 58 lediglich auf ersteren zurück.).

15.

Zudem ging es in dem von Schmid zitierten BGE 114 Ia 58 um ein Zivilverfahren. Für Zivil- und für Strafverfahren gelten jedoch nicht die gleichen Massstäbe. Die EMRK-Garantien gehen für Strafverfahren weiter (Villiger, Handbuch der EMRK, 2. Auflage, Rz 421 und Fussnote 44). Auch das Bundesgericht hat sich in diesem Sinne geäussert [BGE 113 Ia 407]: *"In seiner jüngsten Rechtsprechung hat das Bundesgericht der Kumulation von Aufgaben des Strafrichters freilich Schranken gesetzt und kantonale Prozessordnungen, die den Untersuchungsrichter auch als Sachrichter vorsehen, gestützt auf Art. 58 Abs. 1 BV als verfassungswidrig bezeichnet (BGE 112 Ia 292 ff. und seitherige Entscheide). Diese Rechtsprechung lässt sich indes, wie inzwischen entschieden worden ist (Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. November 1986 i.S. U.), nicht auf den Zivilprozess übertragen, der von der Verhandlungsmaxime beherrscht wird und ein gewöhnliches Zweiparteienverfahren darstellt."*

16.

In casu haben sich die vorbefassten Richter zur Schuldfrage nicht nur - wie ein Untersuchungsrichter, der später nicht als urteilender Richter amten darf - im voraus eine vorläufige Meinung gebildet, sondern ihre Meinung bereits öffentlich und definitiv in einem Urteil festgelegt. Die psychologischen Hürden, davon abzuweichen, sind offensichtlich grösser als bei jeder anderen Art von Vorbefassung!

17.

Das BGer hat in BGE 114 Ia 50 ausführlich die allgemeinen Grundsätze dargelegt, nach denen Befangenheit infolge Vorbefassung (in Strafverfahren) zu beurteilen ist. In dieser Entscheidung wurde Befangenheit infolge Vorbefassung bejaht unter Umständen, die objektiv weniger Anlass geben, an der Unbefangenheit des abgelehnten Richters zu zweifeln, als dies in casu der Fall ist. Es ging um einen Oberrichter, der sich in einer früheren Phase des Verfahrens als Mitglied der Anklagekammer bereits mit der Zulassung der Anklage befasste. Den Erwägungen des Bundesgerichtes kann entnommen werden, dass - jedenfalls in Strafverfahren - eine Vorbefassung mit ähnlichen Rechts- und Tatfragen unzulässig ist:

18.

*"Soweit demnach die Anklagekammer im Zulassungsverfahren über den Gang der Untersuchung, die Form der Anklageschrift oder formellrechtliche Probleme befindet, so stehen diese Fragen nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit jenen, über die der Strafrichter entscheidet. Trotz der Kenntnis des Dossiers erscheint der Ausgang des Hauptverfahrens durchaus offen. Immerhin sind eine gewisse Nähe der Fragen und damit ein gewisser Anschein der Voreingenommenheit des Sachrichters dann nicht zum vornherein ausgeschlossen, wenn der Beschuldigte im Zulassungsverfahren etwa eine schwierig zu beurteilende Verjährungseinrede vorbringt und die Anklage dennoch zugelassen wird. In materieller Hinsicht befindet die Anklagekammer im Zulassungsverfahren, ob der in der Anklageschrift enthaltene Sachverhalt die angerufenen Straftatbestände zu erfüllen vermöge. Sie untersucht nach § 166 Abs. 2 StPO, ob der*

*Angeschuldigte eines strafbaren Verhaltens hinreichend verdächtig erscheine. Diese Prüfung - welche über diejenige bei der Anklagezulassung bei bezirksgerichtlicher Kompetenz hinausgeht (vgl. HAUSER, a.a.O., S. 229; HAUSER/HAUSER, a.a.O., S. 139; ZR 62/1963 Nr. 2 S. 5) - schliesst in sich die Tatfrage, ob die Akten Anhaltspunkte dafür geben, dass der Angeschuldigte die eingeklagte Tat wirklich begangen habe, d.h. ob wirklich genügend Verdachtsgründe vorlägen (ZR 59/1960 Nr. 80 S. 187; HAUSER/HAUSER, a.a.O., S. 139). **Damit wird im Anklagezulassungsverfahren u.a. eine sehr ähnliche Frage geprüft wie im Hauptverfahren, nämlich ob der Angeschuldigte als Täter des ihm vorgeworfenen Deliktes in Frage kommt.** Der Strafrichter hat sich zwar im Hauptverfahren von der definitiven Schuld des Angeklagten zu überzeugen, während der Zulassungs- und Überweisungsrichter lediglich provisorisch hinreichenden Tatverdacht bejaht. Die Terminologie ist indessen für sich allein genommen nicht entscheidend. **Es kommt vielmehr darauf an, dass in beiden Verfahrensabschnitten eine ähnliche oder qualitativ gleiche Frage geprüft wird.** Diese Prüfung kann zudem aufgrund einer umfassenden Würdigung des Untersuchungsergebnisses erfolgen. Dabei ist nicht wesentlich, ob im Anklagezulassungs und Überweisungsverfahren diese umfassende Würdigung tatsächlich vorgenommen wird; denn unter dem Gesichtswinkel des Anscheins der Befangenheit kommt es in erster Linie auf die zustehenden Kompetenzen und weniger darauf an, in welchem Umfange davon Gebrauch gemacht worden ist (vgl. EuGRZ 1986 S. 674 E. c am Ende, BGE 112 Ia 300 f.). **Bereits im Umstand, dass damit in beiden Verfahrensabschnitten über eine sehr ähnliche Frage aufgrund umfassender Würdigung des Untersuchungsergebnisses entschieden wird, mag ein Grund dafür erblickt werden, der Ausgang des Hauptverfahrens erscheine im Falle der Mitwirkung derselben Richter nicht mehr als offen. Aus objektiver Sicht kann befürchtet werden, der Strafrichter habe sich wegen seiner früheren Mitwirkung bereits in einem Ausmasse eine Meinung gebildet, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen erscheinen lässt.**" (BGE 114 Ia 69) "Im vorliegenden Fall die Besorgnis der Voreingenommenheit zu bejahen, entspricht auch der jüngsten Entwicklung der Entscheidungen des Strassburger Organe. Die Kommission hat im Fall Ben Yaacoub deshalb Befangenheit des Richters angenommen, weil dieser die Untersuchungshaft mehrmals verlängerte und an der Überweisung mitwirkte." (BGE 114 Ia 71)*

19.

Diese Grundsätze des BGer treffen genau auf vorliegenden Fall zu. Zudem ist vorliegender Fall auch vergleichbar mit einem Fall, in welchem das BGer Befangenheit nach Rückweisung zur Neuurteilung bejaht hat (BGE 116 Ia 28). Demnach liegt Befangenheit vor, wenn die Richter, deren früheres Urteil auf Beschwerde hin aufgehoben wurde, nun erneut in derselben Sache entscheiden, sofern sie ihren Schuldspruch nicht nur auf eine objektiv für die Tatschuld sprechende Beweislage, sondern auch auf ihre persönliche Gewissheit hinsichtlich dieser Schuld stützten. (Villiger, Handbuch der EMRK, 2. Auflage, Rz 425). Dieser Fall liegt in casu vor. Von zentraler Bedeutung für die Schuld oder Unschuld ist die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, insbesondere im Zusammenhang mit der Rassendiskriminierungsstrafnorm. Das Gutachten zum Obergerichtsurteil vom 29. Dezember 2004, welches Prof Riklin zuhanden des Kassationsgerichtes

verfasst hat ([www.vgt.ch/justizwillkuer/schaechtprozess-2/Gutachten\\_Riklin\\_StGB27.pdf](http://www.vgt.ch/justizwillkuer/schaechtprozess-2/Gutachten_Riklin_StGB27.pdf)) zeigt deutlich, dass es in hohem Mass um Auslegungsfragen und persönliche Auffassung von unbestimmten Rechtsbegriffen geht, nicht um Sachverhaltsfragen und Sachbeweise, wie die Vorinstanz behauptet. Auch die Plädoyers an der inzwischen durchgeführten Wiederholung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (16. Oktober 2007) belegen dies: Sachverhaltsfragen standen nicht zur Diskussion. Strittig ist einzig die Auslegung der Rassendiskriminierungsstrafnorm, deren Unbestimmtheit in der Lehre stark kritisiert wurde.

20.

Die Vorinstanz behauptet sinngemäss (Ziffer 5, Seite 9), es sei nicht einzusehen, warum die vorbefassten Richter nicht fähig sein sollen, aufgrund von Vorbringungen (neue Rechtsfragen) der Verteidigung ein anderes Urteil zu fällen.

Die Vorinstanz behauptet damit nichts weniger, als es gäbe überhaupt nie eine schädliche Vorbefassung, denn ihre Argument kann gegen jegliche Art von Vorbefassung vorgebracht werden. Mit Blick auf die gegenteilige Bundesgerichtspraxis ist willkürlich.

Aus diesen Gründen ist Antrag 1 gutzuheissen.

## **B. Verletzung des rechtlichen Gehörs**

Die Vorinstanz hat sich weder mit der vom Beschwerdeführer zitierten Bundesgerichtspraxis noch mit den dargelegten besonderen Umständen nennenswert auseinandergesetzt und den Entscheid auf die in Ziffer 20 erwähnte pauschale Behauptung gestützt, ohne auf den konkreten Fall einzugehen..

Dadurch wurde das rechtliche Gehör verletzt. Auch aus diesem Grund ist Antrag 1 gutzuheissen.

## **C. Vorverurteilung durch das Obergericht**

1.

Das Obergericht hält im angefochtenen Entscheid fest (IV, 5), die objektive Beweislage spreche für die Schuld des Angeklagten, sofern sich der Sachverhalt nicht durch das Plädoyer und allfällige Beweisanträge der Verteidigung ändere. Daraus leitet das Obergericht die Abweisung des Ausstandsbegehrens ab, sinngemäss mit dem Schluss, da die Schuld (unter Vorbehalt neuer Beweise) bereits objektiv erwiesen sei, bleibe gar kein Raum für ein Ermessen der Richter, weshalb sich eine allfällige Befangenheit gar nicht auswirken könne.

2.

Mit dieser Feststellung hat die Vorinstanz die strittige Tatbeständigkeit des unstrittigen Sachverhaltes zu Ungunsten des Angeklagten vorweggenommen und dem Bezirksgericht keinen Beurteilungsraum mehr gelassen für die im Zentrum des Verfahrens stehenden, stark von persönlichen Auffassungen abhängigen Auslegungsfragen. Der Angeklagte wurde dadurch in schwerwiegender Weise vorverurteilt und seines Rechts auf ein unabhängiges erstinstanzliches Gericht (im Sinne von EMRK 6 und BV 30 Abs 1 und BV 32 Abs 1) beraubt.

3.

Am 26. Oktober 2007, einen Tag nach Eingang des vorverurteilenden Beschlusses des Obergerichtes, betätigte das Bezirksgericht sein früheres Urteil und sprach mich in den noch nicht verjährten Punkten - lit a und c der Anklageschrift vom 28. April 2003 - schuldig. Damit folgte es vollständig der Vorverurteilung durch die Vorinstanz.

4.

Für die vorbefassten Richter stellte diese Vorverurteilung durch die obere Instanz psychologisch gesehen einen willkommenen Freipass zur unbesehenen Bestätigung der früheren Verurteilung dar.

5.

Diese unzulässige Beeinflussung gilt grundsätzlich auch für nicht vorbefasste Bezirksrichter gegeben. Aus diesem Grund ist Antrag 2 gutzuheissen.

6.

Rechtliches zu Antrag 2:

Das Kassationsgericht hat in einem Urteil vom 3.12.1990 (SJZ, 1992, Heft 5, Seite 89) festgehalten, dass - gestützt auf die EMRK - ein Recht auf Feststellung von in der Untersuchung vorgekommenen Menschenrechtsverletzungen, die sich nicht auf das Urteil ausgewirkt haben, besteht und dass dies sowohl in den Erwägungen wie auch im Dispositiv festzuhalten ist. Logischerweise muss dies auch für analoge Menschenrechtsverletzungen während dem gerichtlichen Verfahren.

#### **D. Zusammenfassung:**

Der EGRM stellt in ständiger Praxis fest, dass den EMRK-Garantien nicht nur theoretische Bedeutung zukommt, sondern dass sie praktische Wirkung haben müssen.

Die vom Kassationsgericht angeordnete Wiederholung des ersinstanzlichen Verfahrens hat nur einen Sinn, wenn der Angeklagte dabei eine neue, unvoreingenommene Beurteilung erwarten kann.

Eine bloss formelle Wiederholung des Verfahrens durch die früheren Richter (die sich ihr Urteil bereits gebildet haben), um den Anschein von Rechtmässigkeit zu wecken, vermag die vom Kassationsgericht in seinem Beschluss vom 4. Oktober 2005 ( AC050016) festgestellt schwerwiegenden Verfahrensmängel nicht EMRK-konform zu heilen.

Ein solches Verfahren, in welchem das Recht auf eine Wirksame Verteidigung rein formell vor einem Gericht gewährt wird, das sein Urteil bereits gebildet hat, ist unvereinbar mit BV Art 30 Ziff 1 und EMRK Art 6 Ziff 1, und das in einem solchen Verfahren ergehende Urteil ist im vornherein menschenrechtswidrig. Dieser Mangel kann später im Berufungsverfahren nicht mehr geheilt werden. *"Die Möglichkeit, das Urteil bei einer ordentlichen Rechtsmittelinstanz anzufechten, vermag am allfälligen Mangel in der Besetzung der Richterbank nichts zu ändern."* [BGE 114 Ia 59].

Der Grundsatz in dubio pro reo (in der Unschuldsvermutung enthalten) gilt auch in prozessualen Fragen (Esther Tophinke: Das Grundrecht der Unschuldsvermutung, Seite 213).

Mit freundlichen Grüssen  
Dr Erwin Kessler

Beilagen:

- 1 Der angefochtene Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 25. Oktober 2007
- 2 Stellungnahme von Prof Franz Riklin vom 23. November 2007