

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SA120001-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, lic. iur. S. Volken und
lic. iur. M. Langmeier sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hauser

Beschluss vom 23. August 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. U. Hubmann,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

mehrfache Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
12. Januar 2012 (DG110352)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 2. November 2011 (Urk. 17) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 34)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG.
 2. Der Beschuldigte A._____ wird bestraft mit 4 Jahren Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 311 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind.
 3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
 4. Die sichergestellten Betäubungsmittel (Lagernummer ..., Asservatnummer ..., 2'985 Gramm Kokaingemisch in 6 sog. Halbkiloblöcken) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
 5. Von der Verpflichtung des Beschuldigten zur Zahlung einer Ersatzforderung wird abgesehen.
 6. a) Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'500.-.
b) Die übrigen Kosten betragen:

Fr.	2'400.-	Gebühr Anklagebehörde
Fr.	17'149.50	Untersuchungskosten
Fr.	2'162.50	Ausserkantonale Untersuchungskosten
Fr.	7'567.55	amtliche Verteidigung
- Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die

Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

8. (Mitteilungen)
9. (Rechtsmittelbelehrung)"

Berufungsanträge:

a) **Des Beschuldigten:**

(Urk. 35 S. 2)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Januar 2012 sei aufzuheben und die Akten seien an die Staatsanwaltschaft zur Durchführung des ordentlichen Verfahrens zurückzuweisen; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens, inkl. derjenigen der amtlichen Verteidigung, seien auf die Gerichtskasse zu nehmen. In Bezug auf die übrigen Kosten sei im ordentlichen Verfahren zu entscheiden.

b) **Der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:**

(Urk. 48 S. 1, sinngemäss)

Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 12. Januar 2012 sei zu bestätigen.

Erwägungen:

1. **Prozessgeschichte**

1.1. Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 12. Januar 2012 wurde der Beschuldigte im abgekürzten Verfahren der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und g BetmG in

Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetrG schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren bestraft, wovon 311 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden waren (Urk. 34 S. 13 ff.).

1.2. Unmittelbar nach der mündlichen Eröffnung dieses Urteils meldete der amtliche Verteidiger noch im Gerichtssaal Berufung an (Prot. I S. 9) und reichte nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 33/2) am 16. April 2012 dem Obergericht fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 35). Das Berufungsverfahren wurde schriftlich durchgeführt. Die Staatsanwaltschaft beantragt die Bestätigung des angefochtenen Urteils (Urk. 39; Urk. 41; Urk. 43; Urk. 45; Urk. 48; Urk. 49; Urk. 51; Urk. 53; Urk. 55).

1.3. Die Verteidigung beantragt, es sei das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und es seien die Akten an die Staatsanwaltschaft zur Durchführung des ordentlichen Verfahrens zurückzuweisen; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 35 S. 2). Damit ist das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich angefochten und in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen (vgl. Art. 399 Abs. 3 StPO in Verbindung mit Art. 402 und 437 StPO).

2. Thema des Berufungsverfahrens

2.1. Mit der Berufung gegen ein Urteil im abgekürzten Verfahren kann eine Partei nur geltend machen, sie habe der Anklageschrift nicht zugestimmt oder das Urteil entspreche der Anklageschrift nicht (Art. 362 Abs. 5 StPO). Vorliegend macht die Verteidigung geltend, es liege keine rechtsgenügende Zustimmung des Beschuldigten zur Anklageschrift vor (Urk. 35 S. 2).

2.2. Unbestritten und aktenkundig belegt ist, dass das vorliegende abgekürzte Verfahren bis zur Anklagerhebung im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften durchgeführt worden ist: An der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 2. November 2011 akzeptierten zunächst sowohl der Beschuldigte persönlich als auch der Verteidiger auf ausführlichen Vorhalt hin Sachverhalt und rechtliche Würdigung gemäss Anklageschrift (Urk. 8/8 S. 12). Sodann erläuterte der Staatsanwalt das abgekürzte Verfahren und erklärte der Beschuldigte, er habe dies

verstanden; sein Verteidiger habe ihm das abgekürzte Verfahren auch schon erklärt. Seine Zustimmung machte der Beschuldigte dann aber von den Anträgen der Staatsanwaltschaft abhängig. In der Folge präsentierte der Staatsanwalt seinen Urteilsvorschlag (Urk. 8/8 S. 13) und wurde dieser mit dem Beschuldigten und dem Verteidiger diskutiert (Urk. 8/8 S. 14 ff.). Dabei wurde insbesondere eingehend über die vom Staatsanwalt ursprünglich vorgeschlagene Strafe von 4 ¼ Jahren gesprochen. Der Beschuldigte empfand diese als "sehr hoch" (Urk. 8/8 S. 14), ebenso wie der Verteidiger, der zunächst eine Strafe von nicht mehr als 4 Jahren forderte (Urk. 8/8 S. 15) und sodann eine solche von 3 ½ Jahren in den Raum stellte (Urk. 8/8 S. 16). Schliesslich reduzierte der Staatsanwalt seinen Vorschlag auf 4 Jahre Freiheitsstrafe und berieten sich der Beschuldigte und sein Verteidiger in Ruhe darüber. Im Anschluss daran eröffnete der Verteidiger dem Staatsanwalt, dass der Beschuldigte "schweren Herzens" einer Strafe von 4 Jahren zustimme und in diesem Sinne das abgekürzte Verfahren beantrage (Urk. 8/8 S. 17). Am 11. November 2011 bestätigte der Verteidiger dann noch schriftlich, dass er der Anklageschrift mit Urteilsvorschlag im abgekürzten Verfahren unwiderruflich zustimme und damit auf Rechtsmittel verzichte (Urk. 14/13). Hernach übermittelte der Staatsanwalt die Anklageschrift der Vorinstanz und setzte deren Vorsitzender mit Verfügung vom 17. November 2011 die Hauptverhandlung auf den 12. Januar 2012 an (Urk. 18).

2.3. In der Folge gelangte der Verteidiger per E-Mail an den Staatsanwalt und teilte diesem mit, der Beschuldigte hadere mit seinem Schicksal und wolle nunmehr das Risiko einer höheren als der vereinbarten Freiheitsstrafe von 4 Jahren eingehen, um im ordentlichen Verfahren allenfalls eine tiefere Strafe zu erwirken. Die einzige Möglichkeit, dies zu erreichen, sah der Verteidiger darin, dass die Staatsanwaltschaft die Anklage zurückziehe und als ordentliche Anklage wieder einbringe. Um ein solches Vorgehen ersuchte der Verteidiger den Staatsanwalt denn auch (Urk. 22). Am 4. Januar 2012 teilte der Verteidiger dem vorinstanzlichen Vorsitzenden telefonisch mit, der Beschuldigte sei mit dem Urteilsvorschlag nicht mehr einverstanden und werde an der Hauptverhandlung vermutlich sein Geständnis widerrufen (Urk. 23). Tags darauf wiederholte der Verteidiger nochmals sein Anliegen an den Staatsanwalt, die Anklage zurückzuziehen (Urk. 24).

2.4. Die Staatsanwaltschaft zog die Anklage jedoch nicht zurück, und so fand am 12. Januar 2012 wie vorgesehen die Hauptverhandlung statt. Hier bestätigte der Beschuldigte, den Anklagesachverhalt in der Untersuchung anerkannt zu haben. Heute wisse er jedoch nicht, was er sagen solle. Angesichts nachhakender Fragen des Vorsitzenden wurde der Beschuldigte sodann auf Ersuchen des Verteidigers auf das Aussageverweigerungsrecht hingewiesen. Davon machte der Beschuldigte in der Folge denn auch Gebrauch und sah von weiteren Aussagen ab (Prot. I S. 5/6). Der Verteidiger stellte sich anschliessend auf den Standpunkt, das Gericht könne bei dieser Ausgangslage nicht prüfen, ob das Geständnis mit der Aktenlage kompatibel sei; ebenso wenig könne es prüfen, ob Willensmängel vorlägen. Es könne deshalb kein abgekürztes Verfahren stattfinden. Vielmehr müsse ein ordentliches Gericht im ordentlichen Verfahren über die Sache befinden (Prot. I S. 7). Diese Haltung nimmt die Verteidigung auch im Berufungsverfahren ein.

2.5. Es ist im Berufungsverfahren daher die Frage zu beantworten, ob der Beschuldigte in dieser Art und Weise das abgekürzte Verfahren zu Fall bringen kann bzw. welche Konsequenzen sein Verhalten auf die Gültigkeit der ausgehandelten Anklageschrift und das anschliessend ergangene Urteil hat.

3. Beurteilung

3.1. Gemäss Art. 360 Abs. 2 StPO ist die gegenüber der Staatsanwaltschaft einmal geäusserte Zustimmung zur Anklageschrift im abgekürzten Verfahren unwiderruflich. Mit der Vorinstanz (Urk. 34 S. 5, 7, 8) und der Lehre (Schmid, Praxiskommentar, Art. 360 N. 11; ZHK StPO-Schwarzenegger, Art. 360 N. 10; BSK StPO-Greiner/Jaggi, Art. 362 N. 45) ist indessen anzunehmen, dass bei – jedenfalls schwerwiegenden (so einschränkend Greiner/Jaggi, a.a.O.) – Willensmängeln ein Widerruf möglich sein muss.

3.1.1. Auch wenn die Verteidigung dieses Thema vorliegend wiederholt anspricht, macht sie nun allerdings gerade nicht geltend, der Beschuldigte habe sich bei der seinerzeitigen Zustimmungserklärung effektiv in einem Irrtum befunden. Vielmehr führte sie anlässlich der Hauptverhandlung bloss aus, das Gericht könne dies

angesichts der Aussageverweigerung des Beschuldigten nicht überprüfen (Prot. I S. 7), und im Berufungsverfahren ergänzt sie dies durch die Mutmassung, dass sich der Beschuldigte dann in einem (wesentlichen) Grundlagenirrtum befunden hätte, wenn er – wie die Verteidigung – der Meinung war, er könne durch den Widerruf seines Geständnisses in der Hauptverhandlung oder durch Aussageverweigerung aus dem abgekürzten ins ordentliche Verfahren gelangen (Urk. 35 S. 5).

3.1.2. Wer sich auf einen Irrtum berufen will, muss aber das Vorliegen eines Solchen, dessen Wesentlichkeit sowie die Kausalität zwischen Irrtum und Erklärung beweisen (vgl. BSK OR I-Schwenzer, Art. 23 N. 12) – bzw. als Voraussetzung hierfür wenigstens schon einmal behaupten (Schmidlin in: Berner Kommentar zu Art. 23-31 OR, Art. 23/24 N. 27). Das gilt auch bei Prozesshandlungen und -erklärungen, wo die Art. 23 ff. OR zumindest analog ebenfalls anwendbar sind (BSK OR I-Schwenzer, vor Art. 23-31 N. 15 ff.; Schmidlin, a.a.O., Art. 23/24 N. 189 ff.; sowie die unter Erw. 3.1 zitierte Lehre insoweit, als der Begriff des Willensmangels offensichtlich im Sinne von Art. 23 ff. OR zu verstehen ist). Nachdem vorliegend weder der Verteidiger noch der Beschuldigte geltend machen, es habe letzterer der seinerzeit mit der Staatsanwaltschaft ausgehandelten Anklageschrift irrtümlich zugestimmt, ist auf diese Thematik folglich nicht weiter einzugehen.

3.1.3. Nur am Rande sei gleichwohl kurz erwähnt, dass eine Berufung des Beschuldigten auf einen Irrtum ohnehin unbehelflich wäre: Soweit der Verteidiger als möglichen Willensmangel in den Raum stellt, der Beschuldigte habe geglaubt, trotz Zustimmung zur Anklageschrift durch den Widerruf des Geständnisses oder eine Aussageverweigerung anlässlich der Hauptverhandlung gleichwohl wieder ins ordentliche Verfahren gelangen zu können, so läge weniger eine Irrtumssituation als vielmehr eine Art Mentalreservation vor: Eine Solche müsste sich nämlich vorwerfen lassen, wer sein Einverständnis zu einer Vereinbarung gibt im Wissen darum, eigentlich gar nicht daran gebunden sein zu wollen. Vorbehältlich von erkennbar bloss scherzhaft abgegebenen Erklärungen entfalten unter Mentalreservation erfolgte Willensäusserungen aber volle Rechtswirksamkeit.

Ausnahmen davon können allenfalls bei gesetzlichen oder gewillkürten Widerrufsvorbehalten gegeben sein, wovon vorliegend indessen nicht die Rede sein kann: Wie bereits erwähnt, ist die Zustimmung im Sinne von Art. 360 Abs. 2 StPO gemäss ausdrücklichem Gesetzeswortlaut eben gerade unwiderruflich. Angesichts dessen davon ausgegangen zu sein, es könnten die Rechtswirkungen der Zustimmung zur gemeinsam ausgehandelten Anklageschrift einfach einseitig und ohne Weiteres wieder aufgehoben werden, dürfte sodann ohnehin nur schwer zu beweisen sein, nachdem der Beschuldigte durch den Staatsanwalt und den Verteidiger über das abgekürzte Verfahren aufgeklärt worden ist und letzteren eine ausdrücklich so bezeichnete unwiderrufliche Zustimmungserklärung hat unterzeichnen lassen. Ein solcher Rechtsirrtum gälte überdies ohnehin grundsätzlich als unbeachtlicher Motivirrtum (vgl. dazu Schmidlin, a.a.O., Art. 23/24 N. 308 ff., insb. 339 ff.).

Viel eher als Grund dafür zu sehen, weshalb er nicht mehr an seine Zustimmung zur Anklage gebunden sein will, ist angesichts der Korrespondenz der Verteidigung mit der Staatsanwaltschaft und dem vorinstanzlichen Vorsitzenden, dass es der Beschuldigte im Nachhinein bereut, zur ausgehandelten Strafe von 4 Jahren sein Einverständnis gegeben zu haben. Damit betrifft sein "Irrtum" jedoch gerade den Gegenstand der Vereinbarung (und nicht deren Grundlage), was eine Anfechtung wegen Irrtums ausschliesst (vgl. BSK OR I-Schwenzer, vor Art. 23-31 N. 16 m.w.H.; Schmidlin, a.a.O., Art. 23/24 N. 17, 359 ff., 365, je m.w.H.).

3.2. Es bleibt damit zu beurteilen, wie der Umstand zu würdigen ist, dass der Beschuldigte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung die Aussage verweigert hat.

3.2.1. Nach Durchführung der Hauptverhandlung über eine Anklage im abgekürzten Verfahren hat das erstinstanzliche Gericht darüber zu befinden, ob die Durchführung des abgekürzten Verfahrens rechtmässig und angebracht ist (Art. 362 Abs. 1 lit. a StPO), ob die Anklage mit dem Ergebnis der Hauptverhandlung und mit den Akten übereinstimmt (Art. 362 Abs. 1 lit. b StPO) und ob die beantragten Sanktionen angemessen sind (Art. 362 Abs. 1 lit. c StPO). Für die Hauptverhandlung selbst schreibt die StPO dem erstinstanzlichen Gericht vor, dass es

die beschuldigte Person zu befragen und festzustellen habe, ob diese den Sachverhalt anerkennt, welcher der Anklage zu Grunde liegt (Art. 361 Abs. 2 lit. a StPO), und ob diese Erklärung mit der Aktenlage übereinstimmt (Art. 361 Abs. 2 lit. b StPO).

3.2.2. Vereinfacht und zusammenfassend ausgedrückt, hat also das Gericht zunächst zu prüfen, ob das abgekürzte Verfahren gesetzeskonform eingeleitet und durchgeführt worden ist, und sodann, ob der Anklagesachverhalt vom Beschuldigten anerkannt ist und mit der Aktenlage übereinstimmt. Im Sinne der vorinstanzlichen Erwägungen, auf welche verwiesen werden kann (Urk. 34 S. 3 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO), sind diese Voraussetzungen vorliegend grundsätzlich alle erfüllt. Namentlich sind keine Unregelmässigkeiten im Verfahren festzustellen und hat der Beschuldigte den der Anklage zugrunde liegenden und mit der Aktenlage übereinstimmenden Sachverhalt anerkannt. Alleine in der Hauptverhandlung erfolgte diese Anerkennung dann nicht mehr und berief sich der Beschuldigte auf sein Aussageverweigerungsrecht. Widerrufen hat der Beschuldigte sein Geständnis aber nicht. Zu beantworten ist mithin die Frage, ob für ein Urteil im abgekürzten Verfahren unabdingbare Voraussetzung ist, dass der Beschuldigte sein Grundlage für die Anklage bildendes Geständnis in der Hauptverhandlung positiv bekräftigt.

3.2.3. Die Rechtsprechung hat sich – soweit ersichtlich – mit dieser Thematik bisher noch nicht auseinandersetzen müssen.

3.2.3.1. Aus der Botschaft ergibt sich nicht, dass ein positives Wiederholen des Geständnisses an der Hauptverhandlung erforderlich wäre; gegenteils wird das Geständnis in diesem Zusammenhang gar nicht mehr erwähnt (Botsch. S. 1296 im Vergleich zu S. 1295, wo das Geständnis als Voraussetzung für die Einleitung des abgekürzten Verfahrens erwähnt wird). Als Beispiele für eine mögliche Nichtgenehmigung der Anklageschrift führt die Botschaft sodann die Mangelhaftigkeit der Zustimmungserklärung des Beschuldigten gegenüber der Staatsanwaltschaft an oder aber ein ungenügender Konnex zwischen den sich aus den Untersuchungsakten ergebenden Straftaten und jenen, die in der Anklage erscheinen (Botsch. S. 1297). Dass ein Schweigen des Beschuldigten an der Haupt-

verhandlung dagegen spräche, eine im Übrigen in allen Teilen ordnungsgemäss zustande gekommene Anklageschrift zum Urteil zu erheben, lässt sich demnach der Botschaft nicht entnehmen. Namentlich liesse sich dies auch nicht aus dem vom Verteidiger herausgestrichenen, allerdings sehr allgemein gehaltenen Satz herauslesen, wonach mit der Hauptverhandlung "die Zulässigkeit dieses besonderen Verfahrens vom Gericht unter den Augen der Öffentlichkeit überprüft werden" soll (Urk. 35 S. 6; Botsch. S. 1296).

3.2.3.2. Schmid (Praxiskommentar, Art. 361 N. 5) führt aus, dass in der Hauptverhandlung die Befragung der beschuldigten Person im Vordergrund stehe, wobei es primär um die eher summarische Prüfung der Frage gehe, ob das dem abgekürzten Verfahren zugrunde liegende Geständnis wirklich vorliegt und dieses angesichts der Aktenlage plausibel ist. Offensichtlich geht Schmid hier vom Normalfall aus, dass ein Beschuldigter sein Geständnis an der Hauptverhandlung wiederholt. Wenn er dann aber an anderer Stelle (a.a.O., Art. 361 N. 3) darauf verweist, dass bei unentschuldigtem Ausbleiben der beschuldigten Person ein Abwesenheitsverfahren nach Art. 366 ff. StPO möglich sei, so erachtet Schmid offensichtlich nicht einmal die Anwesenheit des Beschuldigten an der Hauptverhandlung als unabdingbare Voraussetzung für ein Urteil im abgekürzten Verfahren (vgl. dazu auch Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Rz 1384 und Fn. 87). Umso weniger wird daher nach der Meinung von Schmid einem Urteil der Umstand entgegen stehen, dass der Beschuldigte zwar anwesend ist, aber von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht.

3.2.3.3. Im Resultat Gleiches ist den Überlegungen von Schwarzenegger (ZHK StPO, Art. 361 N. 4 ff.) zu entnehmen. Er sieht die Prüfungsbefugnisse des Gerichts nach Art. 361 Abs. 2 bis 4 StPO zwar etwas weiter gefasst als Schmid, ist aber ebenfalls der Meinung, dass sich die Teilnahmepflicht des Beschuldigten nach Art. 336 StPO richte. Nachdem im Sinne dieser Bestimmung unter Umständen eine Dispensation des Beschuldigten von der Teilnahme an der Hauptverhandlung möglich ist und bei unentschuldigtem Ausbleiben des Beschuldigten ein Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden kann, ist auch nach Auffassung von Schwarzenegger nicht unbedingt erforderlich, dass als Voraussetzung für ein

Urteil im abgekürzten Verfahren der Beschuldigte an der Hauptverhandlung anwesend ist. Hieraus ist wiederum abzuleiten, dass – ad maiore minus – ein Urteil auch dann möglich sein muss, wenn der Beschuldigte zwar erscheint, aber keine Aussagen macht.

3.2.3.4. Gemäss Greiner/Jaggi (BSK StPO) hat das Gericht den Beschuldigten in der Hauptverhandlung obligatorisch zum Sachverhalt gemäss Anklageschrift zu befragen; die Befragung stelle ein wesentliches Element der Schutzfunktion des gerichtlichen Bestätigungsverfahrens dar (a.a.O., Art. 361 N. 10/11). Weil das Gericht in der Hauptverhandlung klären müsse, ob die beschuldigte Person den der Anklage zugrunde liegenden Sachverhalt anerkenne, sei deren Befragung unabdingbar. Konsequenterweise erachten diese Kommentatoren ein Abwesenheitsverfahren im abgekürzten Verfahren als nicht möglich (a.a.O., Art. 361 N. 19). "Höchstens in absoluten Ausnahmefällen" sei sodann eine Dispensation des Beschuldigten von der Hauptverhandlung denkbar, etwa wenn sich dieser im entfernten Ausland aufhalte. Dann habe aber das Gericht die nötigen Massnahmen zu treffen, um sicherzustellen dass sich die beschuldigte Person in genügender Art und Weise äussern konnte (a.a.O., Art. 361 N. 20/21). Darüber, was zu geschehen habe, wenn der Beschuldigte zwar zur Hauptverhandlung erscheint, aber keine Aussagen macht, äussern sich Greiner/Jaggi nicht. Als mögliche Gründe für eine Nichtgenehmigung der Anklage, weil dieselbe nicht mit dem Ergebnis der Hauptverhandlung und den Akten übereinstimme (Art. 362 Abs. 1 lit. b StPO), führen sie die Situation an, dass die beschuldigte Person andere Sachverhalte anerkenne, als in der Anklageschrift aufgeführt seien, oder dass sich in der Befragung unüberwindbare Zweifel an der Schuld des Beschuldigten ergäben (a.a.O., Art. 362 N. 13). Letzteres wäre wohl denn auch der Anhaltspunkt für eine gerichtliche Rückweisung der Sache an die Staatsanwaltschaft zur Durchführung des ordentlichen Verfahrens in einem Falle wie dem Vorliegenden: Stellen sich angesichts der Verweigerung der Aussagen des Beschuldigten an der Hauptverhandlung beim Gericht unüberwindliche Zweifel an dessen Schuld ein, darf es die Anklageschrift nicht zum Urteil erheben.

Sehr wohl kann aber ein Gericht ja auch dann keine Zweifel an der Schuld des Beschuldigten haben, wenn dieser die Aussage verweigert, gerade wenn – wie dies in einem abgekürzten Verfahren notwendigerweise der Fall sein muss – im Vorverfahren ein Geständnis abgelegt worden ist. Dass das Gericht in einem solchen Fall die Anklage nicht zum Urteil erheben dürfte, liesse sich aus den Überlegungen von Greiner/Jaggi nicht schliessen.

3.2.3.5. Für Christen (Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Anwesenheitsrecht im schweizerischen Strafprozessrecht mit einem Exkurs zur Vorladung, Zürich 2010, S. 224) impliziert Art. 361 Abs. 2 StPO ebenfalls die Anwesenheit der beschuldigten Person an der Hauptverhandlung, weil das Gericht die beschuldigte Person anlässlich der Hauptverhandlung zu befragen habe. Die persönliche Anwesenheit der beschuldigten Person anlässlich der Hauptverhandlung sei unabdingbare Voraussetzung zur Durchführung des abgekürzten Verfahrens, eine Vertretung durch einen Rechtsbeistand genüge nicht. Für die beschuldigte Person bestehe deshalb eine Anwesenheitspflicht. Bleibe die beschuldigte Person der Hauptverhandlung fern, müsse das Gericht nach Art. 362 Abs. 3 StPO die Akten an die Staatsanwaltschaft zur Durchführung eines ordentlichen Verfahrens zurückweisen. Christen liegt insofern konsequent auf der Linie von Greiner/Jaggi, sagt aber ebenfalls nichts dazu, ob er die blosser Anwesenheit des Beschuldigten als Voraussetzung für den Erlass eines Urteils genügen lassen will oder ob er darüber hinaus der Auffassung ist, es sei auch eine positive Bekräftigung des Geständnisses vonnöten.

3.2.3.6. Zimmerli (Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, Zürich 2008, S. 239) führt aus, das abgekürzte Verfahren setze einen Verzicht auf das Aussageverweigerungsrecht gemäss Art. 113 Abs. 2 StPO voraus. Allerdings sagt Zimmerli dies im Zusammenhang mit der Einleitung des abgekürzten Verfahrens im Sinne von Art. 358 Ab. 1 StPO, wo die Feststellung zweifelsohne richtig ist: Wenn der Beschuldigte gar nie etwas sagt, legt er auch kein Geständnis ab und ist entsprechend die Durchführung des abgekürzten Verfahrens nicht möglich. Bei der Einleitung des abgekürzten Verfahrens muss deshalb der Beschuldigte positiv

geständig sein und genügt namentlich nicht, den Anklagevorwurf lediglich durch Schweigen unbestritten zu lassen. Eine positive Zustimmung des Beschuldigten zur Anklageschrift verlangt sodann auch Art. 360 Abs. 2 StPO. Vorliegend hat jedoch der Beschuldigte im Vorverfahren sehr wohl ein umfassendes Geständnis abgelegt und ist dieses Erfordernis demnach erfüllt, sodass die diesbezüglichen Überlegungen von Zimmerli nicht weiter helfen. Sodann ist dieser Autor der Ansicht, dass der Beschuldigte in der Hauptverhandlung seine Anerkennung des Sachverhalts zurücknehmen und dadurch ein ordentliches Verfahren erzwingen könne (a.a.O., S. 241, vgl. auch S. 245/246). Auch dies entspricht aber nicht der vorliegend zu entscheidenden Situation; wie gesehen, liegt gerade kein Widerruf des Geständnisses vor.

3.2.3.7. Nach Meinung von Miriam Mazou (*La procédure simplifiée dans le nouveau Code de procédure pénale: principes et difficultés*, in: ZStrR-RPS 129/2011 S. 14/15) bleibt dem Gericht ungeachtet der Unwiderruflichkeit der Zustimmung zur Anklageschrift (Art. 360 Abs. 2 StPO) ebenfalls nichts anderes übrig, als die Akten der Staatsanwaltschaft zur Durchführung des ordentlichen Verfahrens zurückzuweisen, wenn der Beschuldigte an der Hauptverhandlung sein Geständnis widerruft. In diesem Aufsatz wird aber auch nichts darüber gesagt, welche Wirkungen eine Aussageverweigerung an der Hauptverhandlung habe.

3.2.3.8. Gleich ist schliesslich wohl Pieth (*Besondere Strafverfahrensarten: das abgekürzte Verfahren*, in: ZStR 128/2010 S. 170) zu verstehen, der im Zusammenhang mit der Hauptverhandlung zu Art. 361 Abs. 2 StPO kurz ausführt, dass das ordentliche Verfahren fortgesetzt werden müsse, wenn das abgekürzte Verfahren bereits an der Zustimmung der Parteien scheitere. Nachdem ein abgekürztes Verfahren ja gar nicht an das Gericht gelangt, wenn nicht vorgängig eine Zustimmung des Beschuldigten zur Anklageschrift vorliegt, ist aus diesen Ausführungen zu schliessen, dass auch Pieth die Möglichkeit des Beschuldigten zum Widerruf anlässlich der Hauptverhandlung sieht, um wieder in das ordentliche Verfahren zu gelangen.

3.2.3.9. Einzig Bommer (Schriften der Stiftung für die Weiterbildung der Schweizerischen Richterinnen und Richter, Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, "Kurzer Prozess mit dem abgekürzten Verfahren?", Bern 2010, S. 155) befasst sich mit der auch vorliegend gegebenen Konstellation. Er äussert sich dahingehend, dass man in der Anerkennung des Sachverhalts gemäss Art. 361 Abs. 2 lit. a StPO eine Erneuerung des Geständnisses sehen müsse, das bereits zu Beginn des abgekürzten Verfahrens abgelegt worden sei. Nur eine positive Erklärung könne sinnvoll dahingehend überprüft werden, ob sie mit der Aktenlage übereinstimme (Art. 361 Abs. 2 lit. b StPO). Wenn eine solche positive Erklärung ausbleibe, müsse das Verfahren abgebrochen und ordentlich weitergeführt werden (Art. 362 Abs. 3 StPO). Nach Bommer wäre deshalb vorliegend das angefochtene Urteil aufzuheben und wären die Akten zur Durchführung eines ordentlichen Verfahrens an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

3.2.4. Aus dem vorstehenden Überblick ergibt sich, dass insbesondere hinsichtlich Art und Umfang der dem erstinstanzlichen Gericht obliegenden Prüfungspflichten eine erhebliche Bandbreite verschiedener Meinungen besteht. Währenddem Schmid diese Prüfung – etwas vereinfachend zusammengefasst – in erster Linie im formellen Bereich ansiedelt und als Folge hievon auch die Durchführung einer Hauptverhandlung in Abwesenheit des Beschuldigten für möglich erachtet, legen andere Autorinnen und Autoren jedenfalls grossen Wert auf die Anwesenheit der beschuldigten Person und in einem Fall auch explizit darauf, dass diese effektiv aussagt bzw. als Voraussetzung für ein Urteil im abgekürzten Verfahren das bereits im Vorverfahren abgegebene Geständnis positiv wiederholt.

3.2.5. Mit der Vorinstanz (Urk. 34 S. 9/10) ist festzuhalten, dass den Prüfungspflichten gemäss Art. 362 Abs. 1 StPO auch Genüge getan werden kann, ohne dass die beschuldigte Person an der Hauptverhandlung Aussagen macht. Für die Kontrolltätigkeit des Gerichts erscheint eine einlässliche Äusserung des Beschuldigten anlässlich der Hauptverhandlung nicht zwingend notwendig, sofern es sich anderweitig davon überzeugen kann, dass das – im Vorverfahren vorbehaltlos

erfolgte – Geständnis plausibel ist. Vorliegend hat das Gericht den Beschuldigten auch sehr wohl im Sinne von Art. 361 Abs. 2 lit. a StPO zur Frage der Anerkennung des Sachverhalts befragt, nur hat der Beschuldigte dazu das ihm gemäss Art. 113 Abs. 1 StPO zustehende Aussageverweigerungsrecht in Anspruch genommen. Diese Erklärung (bzw. "Nichterklärung") kann zwar materiell nicht direkt dahingehend überprüft werden, ob sie mit der Aktenlage übereinstimmt (Art. 361 Abs. 2 lit. b StPO). Die Aussageverweigerung als Teil des Aussageverhaltens des Beschuldigten würdigend kann das Gericht aber in einer Gesamtbetrachtung aller Umstände gleichwohl zum Schluss kommen, diese Erklärung ergebe zusammen mit der Aktenlage ein schlüssiges Bild, und somit stimme die Anklage mit dem Ergebnis der Hauptverhandlung sowie den Akten überein (Art. 362 Abs. 1 lit. b StPO). Es sei nochmals wiederholt, dass der Beschuldigte vorliegend nicht etwa sein Geständnis widerrufen, sondern lediglich die Aussagen verweigert hat. Die Gründe für eine Aussageverweigerung können mannigfaltig sein und bleiben naturgemäss oftmals im Dunkeln. So kann etwa auch sein, dass ein Beschuldigter sich beispielsweise angesichts der Anwesenheit von Publikum oder auch anderen Verfahrensbeteiligten nicht (mehr) in der Lage sieht, eine Tat aktiv zuzugeben. Es verbietet sich deshalb namentlich, die Aussageverweigerung als Nichteinverständnis zu interpretieren.

3.2.6. Ob ein im Vorverfahren abgelegtes Geständnis in der gerichtlichen Hauptverhandlung auch aktiv nicht widerrufen werden könnte, wie dies die Vorinstanz als Grundsatz festhält (Urk. 34 S. 8), muss an dieser Stelle nicht entschieden werden, erscheint in dieser Absolutheit aber wohl fraglich – ganz davon abgesehen, dass in einem solchen Fall kaum mehr möglich sein dürfte festzustellen, dass "diese Erklärung" (also der Widerruf des Geständnisses) mit der (entgegengesetzten) Aktenlage übereinstimmt (Art. 361 Abs. 2 lit. b StPO). Gleichwohl darf Art. 360 Abs. 2 StPO auch in diesem Zusammenhang nicht aus den Augen verloren werden. Dabei ist allerdings die Nuancierung des Gesetzes hervorzuheben, wonach in der genannten Bestimmung die Zustimmung zur Anklageschrift als unwiderruflich bezeichnet wird, währenddem die Befragung anlässlich der Hauptverhandlung nur noch zum Sachverhalt zu erfolgen hat, welcher der Anklage zugrunde liegt (Art. 361 Abs. 2 StPO). Daraus ist zwanglos zu folgern, dass

jedenfalls – vorbehältlich von (schwerwiegenden; s. Erw. 3.1 vorstehend) Willensmängeln – die Zustimmung zur Anklageschrift in der Hauptverhandlung nicht widerrufen werden kann, soweit davon nicht der Sachverhalt, sondern die Punkte gemäss Art. 360 Abs. 1 lit. b-h StPO (z.B. Strafmass, Regelung der zivilrechtlichen Ansprüche der Privatklägerschaft) betroffen sind. Demgegenüber muss es einem Beschuldigten, der in der Hauptverhandlung ja exakt dazu zu befragen ist, wohl möglich sein, den von ihm bis dahin zugegebenen Sachverhalt neu abzustreiten. Es kann ja nicht sein, dass der Beschuldigte zwar zum Sachverhalt befragt werden muss, indessen quasi von Gesetzes wegen nur im zustimmenden Sinne antworten darf. Wie erwähnt, ist jedoch nicht erforderlich, dies vorliegend abschliessend zu entscheiden, ebenso wenig wie die Frage, ob ein allfälliger Widerruf des Geständnisses zwingend die Nichtgenehmigung und Rückweisung der Akten an die Staatsanwaltschaft gemäss Art. 362 Abs. 3 StPO zur Folge haben müsste.

3.2.7. Auch Sinn und Zweck des abgekürzten Verfahrens liessen es als nicht sachgerecht erscheinen, dass ein Beschuldigter dieses Verfahren allein durch eine Aussageverweigerung anlässlich der gerichtlichen Hauptverhandlung zu Fall bringen könnte. Gerade die vorliegende Konstellation zeigt dies denn auch exemplarisch auf: Die Anklageschrift im abgekürzten Verfahren ist bekanntlich ein "Deal" zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten, wobei es zur Hauptsache darum geht, dass der Beschuldigte ein Geständnis ablegt und die Staatsanwaltschaft im Gegenzug zu einem Entgegenkommen in Bezug auf die Strafe bereit ist sowie allenfalls auf die Verfolgung weiterer im Raume stehender Straftaten verzichtet. Auch vorliegend hat der Staatsanwalt das Geständnis im Umfang eines Drittels der Einsatzstrafe in seinen Strafvorschlag einfliessen lassen (Urk. 8/8 S. 14). Durch das Verhalten des Beschuldigten ergibt sich – zumal noch in Kombination mit den Äusserungen des Verteidigers gegenüber dem Staatsanwalt und dem vorinstanzlichen Vorsitzenden – nun aber recht offensichtlich, dass er zwar das abgekürzte Verfahren aufheben, nicht aber auf den in Bezug auf die Strafzumessung erheblichen Vorteil des Geständnisses verzichten will. Augenscheinlich wollte er ja sein Geständnis anlässlich der Hauptverhandlung gerade nicht widerrufen, und es ist auch nicht schwer

vorauszusehen, dass der Beschuldigte im ordentlichen Verfahren, welches er anstrebt, "um eventuell eine tiefere Strafe zu erhalten" (so der Verteidiger gegenüber dem Staatsanwalt am 17. Dezember 2012, Urk. 22), weiterhin geständig bleiben würde. So reduziert sich das Ganze aber wieder auf die bereits erwähnte Feststellung, dass der Beschuldigte sich die Sache nach der Zustimmung zur Anklageschrift einfach anders überlegt hat und nicht mehr daran gebunden sein will, weil er die ausgehandelte Strafe von 4 Jahren als zu hoch empfindet. Dem steht aber Art. 360 Abs. 2 StPO, letzter Satz, entgegen, welcher gerade deshalb ins Gesetz aufgenommen worden ist, um Missbräuche des abgekürzten Verfahrens durch die beschuldigte Person zwecks Verfahrensverzögerung zu verhindern (Botsch. S. 1296 und die Vorinstanz in Urk. 34 S. 7/8 m.w.H.). Würde nämlich einem Beschuldigten zugestanden, durch blosse Aussageverweigerung an der Hauptverhandlung das abgekürzte Verfahren zu Fall zu bringen, liefe dies auf eine absolut freie Widerrufbarkeit der nach Art. 360 StPO ausgehandelten Anklageschrift hinaus, welcher "Widerruf" überdies nicht einmal aktiv kundgetan, geschweige denn begründet werden müsste. Dies wäre offensichtlich nicht der Sinn des Gesetzes und würde Beschuldigten gerade diejenigen Missbrauchsmöglichkeiten offerieren, welche mit der erwähnten Gesetzesbestimmung verhindert werden sollen. Ein Widerruf der Zustimmung zur im Sinne von Art. 360 Abs. 2 StPO ausgehandelten Anklageschrift ist vielmehr – wie gesehen – nur beim Vorliegen von Willensmängeln möglich, und allenfalls wäre denkbar, dass der Beschuldigte durch einen Widerruf des Geständnisses anlässlich der Hauptverhandlung eine Nichtgenehmigung der Anklageschrift herbeiführen könnte. So oder anders wäre dafür aber ein ausdrücklicher Widerruf und gegebenenfalls eine Begründung erforderlich. Alleine die Aussageverweigerung an der Hauptverhandlung kann nicht diese Folge haben.

3.2.8. Letztlich ist noch mit der Vorinstanz (Urk. 34 S. 8/9) darauf hinzuweisen, dass einige namhafte Kommentatoren der Auffassung sind, es sei auch im abgekürzten Verfahren die Durchführung einer Hauptverhandlung ohne Anwesenheit des Beschuldigten denkbar (vgl. Erw. 3.2.3.2 ff. vorstehend). Daraus ist in der Tat ebenfalls abzuleiten, dass allein die Aussageverweigerung eines anwesenden Beschuldigten das abgekürzte Verfahren nicht zu Fall bringen kann.

3.3. Wie gesehen, kann eine Partei mit der Berufung gegen ein Urteil im abgekürzten Verfahren nur geltend machen, sie habe der Anklageschrift nicht zugestimmt oder das Urteil entspreche der Anklageschrift nicht (Art. 362 Abs. 5 StPO). Es handelt sich bei einer solchen Berufung mithin um ein ausserordentliches, unvollkommenes und kassatorisches Rechtsmittel (vgl. zur Terminologie Schmid, Handbuch, Rz 1444 ff.). Namentlich ist deshalb ausgeschlossen, dass die Berufungsinstanz ein neues Urteil in der Sache fällt. Sie kann einzig entweder das angefochtene Urteil aufheben oder aber die Berufung abweisen.

Die vorstehenden Erwägungen haben gezeigt, dass der Beschuldigte der Anklageschrift rechtsgültig zugestimmt und diese Zustimmung auch nicht widerrufen hat. Dass das Urteil der Anklageschrift nicht entspreche, wird sodann weder geltend gemacht noch wäre dies ersichtlich. Die Berufung ist deshalb abzuweisen. Damit wird das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 12. Januar 2012 rechtskräftig.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Nachdem der Beschuldigte mit seiner Berufung vollumfänglich unterliegt, sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung. Diese sind unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

4.2. Eine Entschädigung an den Beschuldigten fällt bei diesem Verfahrensausgang ausser Betracht (Art. 429 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Die Berufung des Beschuldigten wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürichund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
5. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 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
I. Strafkammer

Zürich, 23. August 2012

Der Präsident:

lic. iur. P. Marti

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hauser