



Geschäfts-Nr. SB090312/U anonymisiert

II. Strafkammer

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Schätzle, Vorsitzender, die Ersatzoberrichter
lic.iur. Schmid und lic.iur. Muheim sowie die juristische Sekretärin
lic.iur. Schlegel

Urteil vom 30. Oktober 2009

in Sachen

S._____

Angeklagter und Erstappellant

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt W.

gegen

F._____

Geschädigte und Zweitappellantin

vertreten durch Rechtsanwalt L.

sowie

Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis, Stauffacherstr. 55, Postfach, 8026 Zürich,
Anklägerin und Appellatin

betreffend **Betrug etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, III.Abteilung,
vom 25. Februar 2009 (DG080016)**

(...)

II.

1. Anlässlich der Berufungsverhandlung stellte sich die Verteidigung auf den Standpunkt, dass die Zeugenaussagen von F.____ und W.____ vom 5. Juli 2007 nicht verwertbar seien, da bereits zur damaligen Zeit ein Fall von notwendiger Verteidigung im Sinne von § 11 Abs. 2 Ziff. 3 StPO vorgelegen habe und der Angeklagte damals noch nicht verteidigt gewesen sei. Im Weiteren könne auch nicht auf die Aussagen des Angeklagten, welche nach Eintritt der notwendigen Verteidigung aber noch vor Bestellung eines Verteidigers deponiert worden seien, abgestellt werden, da der Angeklagte Gefahr laufe, aufgrund belastender eigener Aussagen beurteilt zu werden, die er bei rechtzeitiger Beigabe eines Verteidigers nie gemacht hätte. Weil die gesetzlich vorgeschriebenen Verteidigungsrechte des Angeklagten nicht gewahrt worden seien, habe dies zur Folge, dass die betreffenden Einvernahmen gemäss § 15 StPO nichtig und damit unverwertbar seien (Urk. 73 S. 4 ff.).

2.1.1. Nach zürcherischem Prozessrecht liegt dann ein Fall notwendiger Verteidigung vor, wenn eine der in § 11 Abs. 2 Ziff. 1-5 StPO genannten Konstellationen vorliegt. Bestellt der Beschuldigte diesfalls nicht selber einen Beistand, muss ihm von den zuständigen Behörden ein amtlicher Verteidiger beigegeben werden (vgl. § 12 Abs. 2 StPO und § 13 Abs. 1 StPO). § 11 Abs. 2 StPO nennt als Voraussetzungen für die notwendige amtliche Verteidigung u.a., dass gegen den Angeschuldigten eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr beantragt ist oder in Aussicht steht (Ziff. 3) oder dass besondere Umstände vorliegen wie aussergewöhnliche Schwierigkeiten bei Abklärung oder Beurteilung des Sachverhaltes (Ziff. 5). Es ist somit vorab zu prüfen, ob der Angeklagte im Zeitpunkt der fraglichen Einvernahmen gestützt auf § 11 Abs. 2 Ziff. 1-5 StPO hätte anwaltlich verbeiständet sein müssen.

2.1.2. Die vorliegende Strafuntersuchung wurde durch eine vom Rechtsvertreter der Geschädigten verfasste Strafanzeige vom 13. November 2006 ausge-

löst (Urk. 1). Der Angeklagte wurde bereits damals beschuldigt, zu Lasten der Geschädigten F.____ einen Betrug bzw. eine Veruntreuung von Vermögenswerten im Gesamtbetrag von rund Fr. 470'000.– begangen zu haben. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass das Vorbringen in der Strafanzeige durch nicht weniger als 17 Beilagen bekräftigt wurde (vgl. Urk. 2/1-17). Es musste daher von Anfang an davon ausgegangen werden, dass einerseits Delikte im Raum standen, welche eine Strafandrohung bis zu fünf Jahren Freiheitsentzug vorsehen (vgl. Art. 146 StGB und Art. 138 StGB) und andererseits angesichts der erheblichen Schadenssumme mit einer Strafe von deutlich mehr als einem Jahr zu rechnen war, zumal das in der Strafanzeige beschriebene Verhalten des Angeklagten auf eine ganz beträchtliche kriminelle Energie schliessen liess. Dazu kommt, dass die Untersuchungsbehörde aufgrund ihrer in der Zwischenzeit aufgenommenen Ermittlungen noch vor Durchführung der ersten Befragungen über weitere den Angeklagten belastende Unterlagen verfügte (vgl. dazu Urk. 3, Urk. 5/1, Urk. 5/2, Urk. 7-13 und Urk. 18/4). Angesichts der umfangreichen Ermittlungen und der damit einhergehenden Komplexität der Sache dürfte aber auch die Anwendung von § 11 Abs. 2 Ziff. 5 StPO in Betracht fallen, wonach der Angeschuldigte durch einen Verteidiger verbeiständet sein muss, wenn besondere Umstände es erheischen, namentlich wenn die Abklärung und Beurteilung des Sachverhaltes aussergewöhnliche Schwierigkeiten bereitet (vgl. dazu ZR 100 Nr. 17).

Vor diesem Hintergrund steht fest, dass bereits vor Durchführung der ersten Einvernahmen des Angeklagten vom 22. Mai 2007 (Urk. 5/1, Urk. 5/2 und Urk. 18/4) ein Fall einer notwendigen Verteidigung im Sinne von § 11 Abs. 2 Ziff. 3 bzw. Ziff. 5 StPO vorlag. Im Weiteren ist unbestritten und aktenmässig belegt, dass Rechtsanwalt W.____ erst im August 2007 vom Angeklagten als erbetener Verteidiger beigezogen worden ist und diese Verteidigung in der Folge seitens der Vorinstanz mit Präsidialverfügung vom 16. Oktober 2008 in eine amtliche Verteidigung umgewandelt wurde (vgl. dazu Urk. 37). Der Angeklagte war damit auch im Zeitpunkt der Durchführung der Zeugeneinvernahmen F.____ und W.____ vom 5. Juli 2007 (Urk. 6/1 und Urk. 6/3) trotz Vorliegens eines Falles von notwendiger Verteidigung nicht anwaltlich verbeiständet.

2.2.1. Nach der Bestimmung von § 15 StPO sind Einvernahmen von Zeugen, Auskunftspersonen oder Sachverständigen, bei welchen die Vorschriften von § 14 StPO nicht beachtet wurden, nichtig, soweit sie den Angeschuldigten belasten. Gemäss § 14 Abs. 1 StPO ist dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger Gelegenheit zu geben, den Einvernahmen von Zeugen etc. vor dem Untersuchungsbeamten beizuwohnen und an sie Fragen zu richten. Dieses Recht darf nur unter bestimmten Voraussetzungen (namentlich zum Schutze von Opfern bei Straftaten gegen die sexuelle Integrität sowie bei zwingenden tatsächlichen oder rechtlichen Gründen) eingeschränkt werden. Das Kassationsgericht hat dazu festgehalten, dass in dieser Beziehung das zürcherische Strafverfahrensrecht gemäss § 14 StPO im Sinne der Parteiöffentlichkeit bei Zeugeneinvernahmen über die Mindestgarantien von Art. 6 Ziff. 3 EMRK hinaus gehe (ZR 98 Nr. 63 E 3b; ZR 100 Nr. 5 sowie Kass.-Nr. 99/433 S, Entscheid vom 19. Juni 2000 i.S. M., E. II.4b). Im zuletzt genannten Entscheid erwog das Kassationsgericht, nach § 14 StPO habe der Angeschuldigte grundsätzlich Anspruch darauf, dass er und sein Verteidiger von Anfang an bei jeder Zeugeneinvernahme anwesend seien und Ergänzungsfragen stellen könnten. Da dies vorliegend nicht der Fall war, erweisen sich die Einvernahmen der Zeugen W.____ und F.____ im Sinne von § 15 StPO als nichtig, da der Anspruch auf eine effektive Verteidigung verletzt worden ist (vgl. dazu auch Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, N 491 mit weiteren Verweisen).

2.2.2. Dasselbe gilt auch für die Einvernahmen des Angeklagten, welche ohne Rechtsbeistand erfolgt sind. Nach der Praxis des Kassationsgerichts stellt es einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben bzw. das Prinzip des fairen Verfahrens dar, wenn der Angeklagte ohne Beigabe eines Verteidigers zur Sache befragt wurde. Aussagen, welche ein Angeschuldigter ohne Anwesenheit eines Verteidigers gemacht hat, obschon in jenem Zeitpunkt bereits notwendige Verteidigung bestand, sind und bleiben definitiv nicht verwertbar, sofern sich ein Angeschuldigter selber belastet hat. Eine Heilung des Mangels ist nicht mehr möglich (vgl. ZR 100 Nr. 43 und ZR 100 Nr. 100). Daraus erhellt, dass es unzulässig ist, in irgendeiner Weise auf die betreffenden Einvernahmeprotokolle abzustellen, und zwar auch dann, wenn dem Angeklagten diese nachträglich nochmals

vorgehalten werden und er dazu Stellung nehmen kann. Andernfalls liefe er Gefahr, aufgrund belastender eigener Aussagen beurteilt zu werden, die er möglicherweise nie gemacht hätte, wenn ihm rechtzeitig ein Verteidiger bestellt worden wäre (vgl. ZR 100 Nr. 100 E. 1 lit. e). Demnach geht es nicht an, sich für die Urteilsbegründung auf die Einvernahmen des Angeklagten vom 22. Mai 2007 (vgl. Urk. 5/1, Urk. 5/2 und Urk. 18/4) abzustützen.

2.3.1. Mit Bezug auf die mangelhaften Einvernahmen der Zeugen W.____ und F.____ stellt sich die Frage, ob der Mangel geheilt werden kann, indem die betreffenden Personen in Anwesenheit des Angeklagten und seines Verteidigers erneut einvernommen werden. Die Verteidigung weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass vorliegend die Verletzung von § 14 StPO und § 15 StPO nicht mehr durch eine neue Befragung verbessert bzw. geheilt werden könne, da die Vorinstanz eine Rückweisung gestützt auf § 182 Abs. 3 StPO vorgenommen habe, so dass die Anordnung von ergänzenden Untersuchungshandlungen im Sinne von § 183 Abs. 2 StPO unzulässig sei (vgl. Urk. 73 S. 9). Dementsprechend nahm die Verteidigung bereits vor Vorinstanz den Standpunkt ein, dass die durch das Bezirksgericht vorgenommene Rückweisung der ersten Anklageschrift vom 27. März 2008 gestützt auf § 182 Abs. 3 StPO nicht zulässig gewesen sei, weil ein Schuldspruch nur mit ergänzenden Untersuchungshandlungen hätte ausgefällt werden dürfen (vgl. dazu Urk. 47 S. 33 und Urk. 54 S. 3 und 4).

2.3.2. Die in § 182 Abs. 3 StPO vorgesehene Möglichkeit der Rückweisung einer Anklage zur Ergänzung oder Abänderung stellt eine Durchbrechung des Anklageprinzips dar. Um zu verhindern, dass das Anklageprinzip als fundamentaler rechtsstaatlicher Grundsatz ausgehöhlt und seiner Funktionen beraubt werden kann, sind Abweichungen davon - welche einer formellen gesetzlichen Grundlage bedürfen - einschränkend zu interpretieren (vgl. ZR 87 Nr. 57). Eine Rückweisung der Anklage zur Ergänzung oder Abänderung im Sinne von § 182 Abs. 3 StPO ist entsprechend nur dann zulässig, wenn das Gericht aufgrund der bereits erhobenen Beweise zur Überzeugung gelangt ist, dass ein strafbares Verhalten vorliegt und sich dieses im Bereich der eingeklagten Lebensvorgänge bewegt, dass aber die Anklage einen Schuldspruch nicht zulässt, weil diese den Anforderungen von

§ 162 StPO nicht genügt. Eine Anklage darf folglich nicht zur Ergänzung oder Abänderung zurückgewiesen werden, wenn aufgrund der Untersuchungsakten nicht feststeht, dass ein strafbarer Sachverhalt bewiesen ist.

Während die Zulässigkeit einer Rückweisung einer Anklage zur Abänderung oder Ergänzung im Sinne von § 182 Abs. 3 StPO voraussetzt, dass die Beweislage klar ist, ist die Rückweisung zur Beweisergänzung im Sinne von § 183 Abs. 2 StPO nur im Rahmen einer im betreffenden Punkt mängelfreien Anklage zulässig. Die Verbindung einer gerichtlichen Aufforderung zur Anklagekorrektur im Sinne von § 182 Abs. 3 StPO mit einer Rückweisung nach § 183 Abs. 2 StPO bezüglich des gleichen Mangels ist daher grundsätzlich unzulässig (vgl. ZR 102 Nr. 54 und Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 13 und 16 zu § 182 StPO). In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Verbindung einer Rückweisung zur Abänderung oder Ergänzung der Anklage im Sinne von § 182 Abs. 3 StPO mit der Anordnung weiterer Beweismassnahmen im Sinne von § 183 Abs. 2 StPO bezüglich des gleichen Mangels auch unter dem Gesichtspunkt des verfassungsmässigen Rechts auf einen unbefangenen Richter als unzulässig zu betrachten wäre, da die Rückweisung zur Anklagekorrektur notwendigerweise mit der Feststellung verbunden ist, die abgeänderte oder ergänzte Anklage führe mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Verurteilung des Angeklagten. Wenn eine solche Feststellung gleichzeitig mit der Anordnung weiterer Beweismassnahmen gemacht wird, also trotz einer unklaren, widersprüchlichen oder unvollständigen Beweislage, bedeutete dies, dass das entsprechende Gericht seine Überzeugung bereits vor der Würdigung aller Beweise gebildet haben könnte, womit es nicht mehr als unbefangen im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV angesehen werden könnte (BGE 126 I 74).

2.3.3. Vorliegend wies die Vorinstanz die Anklage in Anwendung von § 182 Abs. 3 StPO zur Ergänzung an die Staatsanwaltschaft zurück, um die Anklage im Sinne ihrer Erwägungen abzuändern und zu ergänzen. Dabei hat sie explizit ausgeführt, dass die Akten nicht ergänzungsbedürftig seien (Urk. 34, insb. S. 3). An dieser Auffassung hielt sie auch im Urteil vom 25. Februar 2009 ausdrücklich fest (Urk. 59 S. 4). Die Vorinstanz hat damit unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass keine weiteren Beweise erhoben und keine weiteren Untersu-

chungshandlungen getätigt werden mussten. Die abgeänderte und ergänzte Anklage ging in der Folge mit Schreiben vom 3. November 2008 wieder bei der Vorinstanz ein (Urk. 38 und Urk. 39). Dabei ist zu beachten, dass mit der Einreichung der Anklage die Verfahrensherrschaft an das Gericht übergegangen und die Anklage mit den engen, in § 182 Abs. 3 StPO skizzierten Ausnahmen für die Anklagebehörde definitiv geworden ist (Donatsch/Schmid, a.a.O. N 28 zu § 182). Nach dem Gesagten geht es jedenfalls nicht an, nach bereits erfolgter Ergänzung der Anklageschrift weitere Beweiserhebungen zur Abklärung der fraglichen Tatbestände vorzunehmen, da mit einem solchen Vorgehen das Anklageprinzip verletzt würde (vgl. dazu ZR 102 Nr. 54). Daran vermag auch der seitens des Angeklagten erklärte Verzicht vom 17. Januar 2008 auf nochmalige Einvernahme der Zeugin F.____ nichts zu ändern (vgl. Urk. 16/10), zumal sich dieser Verzicht nach Angabe der Verteidigung lediglich auf Fragen beschränkte, welche den Sachverhalt zugunsten des Angeklagten hätten beleuchten können (Urk. 73 S. 9) und die Verteidigung im Übrigen stets auf die Notwendigkeit von ergänzenden Untersuchungshandlungen hingewiesen hat (vgl. dazu Urk. 47 S. 27 und S. 34, Urk. 54 S. 3 und Urk. 73 S. 3 ff.). Indem die Vorinstanz eine Rückweisung gestützt auf § 182 Abs. 3 StPO vorgenommen hat, können keine ergänzenden Untersuchungshandlungen mehr angeordnet werden. Die betreffenden Mängel in der Untersuchung sind damit nicht mehr heilbar. Konsequenterweise hat dies auch für die Berufungsinstanz zu gelten, da sonst die Regel, wonach vom Gericht nicht eine Verbesserung der Anklageschrift und eine Ergänzung der Untersuchung angeordnet werden kann, umgangen würde.

3. Mit der Unverwertbarkeit der Zeugeneinvernahmen und der eingangs erwähnten Aussagen des Angeklagten fällt das gesamte Beweisfundament bezüglich der in der Anklage enthaltenen Vorwürfe in sich zusammen. Es ist Sache des Staates, dem Angeklagten seine Schuld nachzuweisen, und nicht der Angeklagte hat seine Unschuld zu beweisen (vgl. dazu BGE 127 I 40 und BGE 1P.587/2003 vom 29. Januar 2004, E. 7.2. und 1P.437/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 4.3.). Aufgrund der massgebenden Beweislage - von sämtlichen durchgeführten Einvernahmen bleibt lediglich die staatsanwaltschaftliche Befragung des Angeklagten vom 21. November 2007 verwertbar - lässt sich dem Angeklagten nicht nachwei-

sen, dass er die eingeklagten Delikte begangen hat. Dies hat zur Folge, dass der Angeklagte von den eingeklagten Vorwürfen vollumfänglich freizusprechen ist.

(...)

Anonymisiert am _____ von lic. iur. Katja Schlegel, Juristische Sekretärin