

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130026-O /U/eh

Mitwirkend: Die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, lic. iur. M. Langmeier und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos sowie die Gerichtschreiberin lic. iur. A. Truninger

Beschluss vom 15. April 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. H. Bebié,

Anklägerin und Berufungsbeklagte sowie Anschlussberufungsklägerin

betreffend

mehrfache Vergewaltigung etc.

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 23. Juli 2012 (DG120075)

Erwägungen:

1. Verfahrensgang

1. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat wirft dem Beschuldigten zusammengefasst vor, in der Nacht vom 2. auf den 3. August 2009 mehrfach gegen den Willen der Privatklägerin B._____ den vaginalen Geschlechtsverkehr vollzogen, ihr gewaltsam einen Flaschenhals vaginal eingeführt, ihr seinen Penis in den Mund gepresst und gegen ihren Willen versucht zu haben, mit seinem Penis anal bei ihr einzudringen (Urk. 40).

2. Dem Beschuldigten wurde mit Präsidialverfügung vom 11. August 2009 Rechtsanwalt Y._____ als amtlicher Verteidiger bestellt (Urk. 22/1). Mit Schreiben vom 31. August 2009 meldete sich Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ als erbetener Verteidiger, weshalb mit Verfügung vom 4. September 2009 Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als amtlicher Verteidiger entlassen wurde. Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine erbetene Verteidigung nach Entlassung des amtlichen Verteidigers grundsätzlich nicht neuerdings in eine amtliche umgewandelt werden könne (Urk. 22/6). In der Folge ersuchte Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ mit Schreiben vom 5. März 2012 dennoch um Bestellung als amtlicher Verteidiger (Urk. 36). Mit Verfügung vom 7. März 2012 wurde aufgrund der schon fortgeschrittenen Verfahrensdauer nach dem letzten Verteidigerwechsel die Bestellung des bisherigen erbetenen Verteidigers als amtliche Verteidigung ausnahmsweise bewilligt (Urk. 38).

3. In der Folge wurde der Beschuldigte mit Urteil vom 23. Juli 2012 der mehrfachen Vergewaltigung, der mehrfachen sexuellen Nötigung, der mehrfachen Drohung, der Nötigung sowie der Sachbeschädigung schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten bestraft (Urk. 68). Gegen diesen Entscheid reichte Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ fristgerecht Berufung ein (Urk. 71). Mit Eingabe vom 30. August 2012 meldete sich Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ und erklärte unter Beilage einer Vollmacht, dass ihn der Beschuldigte mit der Übernahme der amtlichen Verteidigung beauftragt habe (Urk. 73 und Urk. 74). Mit Schreiben vom 17. September 2012 präzisierte er, dass das Vertrauensverhältnis

des Beschuldigten zu seinem bisherigen Verteidiger nachhaltig gestört sei. Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ habe sich gemäss Angaben des Beschuldigten kaum Zeit für die Vorbereitung des erstinstanzlichen Verfahrens genommen. Ausserdem sei der Beschuldigte im Zeitraum der Hauptverhandlung mit Rechtsanwältin lic. iur. W._____ wegen einer Mandatsübernahme im Gespräch gewesen, da er den Fähigkeiten seines Anwaltes nicht getraut habe. Der Beschuldigte habe Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ auch gedrängt, sein Mandat niederzulegen, worauf dieser gesagt habe, dass er dies nur gegen eine Entschädigung von Fr. 2'000.– tun würde (Urk. 77). In seiner Stellungnahme zu diesen beiden Punkten erklärte Rechtsanwalt lic. iur. Z._____, dass diese Ausführungen unzutreffend und erfunden seien und führte abschliessend aus, dass es dem Beschuldigten lediglich darum gegangen sei, in der Schweiz bleiben zu dürfen (Urk. 80). Mit Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 29. Oktober 2012 wurde das Begehren des Beschuldigten um Entlassung von Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ als amtlicher Verteidiger gutgeheissen und Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ als neuer amtlicher Verteidiger eingesetzt. Die Vorinstanz hielt dazu zusammengefasst fest, dass Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ den Beschuldigten mit seinen Ausführungen, wonach diesem vor allem migrationsrechtliche Gesichtspunkte wichtig seien, desavouiert habe (Urk. 82).

4. Am 30. November 2012 liess der Beschuldigte durch Rechtsanwalt Dr. X._____ die Berufungserklärung einreichen und zahlreiche Beweisanträge stellen (Urk. 97). Mit Präsidialverfügung vom 31. Januar 2013 wurde den Parteien Frist angesetzt, um obligatorisch zu den Beweisanträgen Stellung zu nehmen und um allenfalls Anschlussberufung zu erheben (Urk. 100). In der Folge gingen die Stellungnahmen zu den Beweisanträgen (Urk. 102 und 105) und die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft ein (Urk. 104). Nach Zustellung der jeweiligen Stellungnahmen an die Gegenparteien zur freigestellten Vernehmlassung (Urk. 106), liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 5. März 2013 insbesondere geltend machen, dass er vor erster Instanz effektiv nicht verteidigt gewesen sei. Er werde sich erlauben, im Rahmen der Vorfragen die Rückweisung wegen mangelnder Verteidigung an die erste Instanz zu beantragen (Urk. 111 S. 4f.). Mit Schreiben vom 7. März 2013 ersuchte der Präsident der I. Strafkammer Rechts-

anwalt Dr. iur. X._____, offene Fragen zu beantworten und setzte den Parteien zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Frist an, um sich freigestellt zu einer allfälligen Rückweisung an die Vorinstanz zu äussern (Urk. 114). Diesbezüglich erklärte der Staatsanwalt, dass er aufgrund der lediglich pauschal vorgebrachten Bemängelung der Verteidigung vor erster Instanz durch den derzeitigen Verteidiger und der fehlenden Substantiierung dieses Vorbringens keine Veranlassung sehe, das Verfahren zurückzuweisen (Urk. 116). Die Vertreterin der Privatklägerin erklärte zusammengefasst, der frühere Verteidiger habe sich in einem schriftlich vorbereiteten, 16 Seite umfassenden Plädoyer mit den Aussagen des Beschuldigten, der Privatklägerin, der Zeugen und den übrigen Beweismitteln auseinandergesetzt und sich in angemessener Weise um die Herausarbeitung der den Beschuldigten entlastenden Umstände bemüht (Urk. 119). Die Verteidigung des Beschuldigten machte wiederum geltend, dass er den Antrag um Rückweisung an die Vorinstanz noch nicht formell gestellt, sondern lediglich angekündigt habe, weshalb die übrigen Prozessparteien so wenig Stellung nehmen können, wie das Berufungsgericht schon heute über einen nicht gestellten Antrag entscheiden könne (Urk. 117).

2. Beurteilung der amtlichen Verteidigung

1. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es zur Pflicht des Gerichts gehört, die Angemessenheit der Verteidigung zu kontrollieren und bei ungenügender Verteidigung aus richterlicher Fürsorgepflicht einzuschreiten. Erlangt das Gericht Kenntnis davon, dass der amtliche Verteidiger seine Arbeit mangelhaft ausgeführt haben soll, ist es gehalten abzuklären, ob der amtliche Verteidiger seiner Aufgabe hinreichend nachgekommen ist. Wird im Berufungsverfahren eine ungenügende Verteidigung vor der Vorinstanz festgestellt, so führt dies zur Rückweisung des Falles zur Wiederholung des bezirksgerichtlichen Verfahrens (Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., 2004, N 500 und FN 117). Entgegen der Ansicht der Verteidigung braucht es für eine Rückweisung an die Vorinstanz demnach keinen formellen Antrag des Beschuldigten (Urk. 117).

2. Art. 409 StPO sieht vor, dass das Berufungsgericht dann ein angefochtenes Urteil aufheben und die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung an das erstinstanzliche Gericht zurückweisen kann, wenn das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel aufweist, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können. Die Fehler des erstinstanzlichen Verfahrens müssen aber derart gravierend sein, dass zur Wahrung der Parteirechte, in erster Linie zur Vermeidung eines Instanzverlusts des Berufungsklägers, eine Rückweisung als unumgänglich erscheint. Dies wäre beispielsweise bei formell fehlender oder materiell völlig ungenügender Verteidigung in den Fällen notwendiger Verteidigung der Fall (Schmid, StPO Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, N 6 zu Art. 409).

3. Nachdem dem Beschuldigten eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr droht (vgl. Anklageschrift Urk. 40 S. 7), liegt ein Fall von notwendiger Verteidigung im Sinne von Art. 130 lit. b StPO vor. Ein Beschuldigter hat Anspruch auf eine sachkundige, engagierte und effektive Wahrnehmung der Parteiinteressen (Grundsatz der effektiven bzw. effizienten Verteidigung). Insbesondere in Fällen notwendiger Verteidigung ist dem Anspruch des Beschuldigten nur genüge getan, wenn der Verteidiger seine Pflichten tatsächlich wahrnimmt und das zur Verteidigung Notwendige vorkehrt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. dazu Urteil des Bundesgericht 6B_172/2011 vom 23. Dezember 2011) müssen der amtliche wie der private Verteidiger die Interessen der Beschuldigten in ausreichender und wirksamer Weise wahrnehmen und die Notwendigkeit prozessualer Massnahmen im Interesse der Angeschuldigten sachgerecht und kritisch abwägen. Der Beschuldigte hat Anspruch auf eine sachkundige, engagierte und effektive Wahrnehmung seiner Parteiinteressen. Wird von den Behörden untätig geduldet, dass der Verteidiger seine anwaltlichen Berufs- und Standespflichten zum Schaden des Beschuldigten in schwerwiegender Weise vernachlässigt, kann darin eine Verletzung der von Verfassung und Konvention gewährleisteten Verteidigungsrechte liegen (BGE 126 I 194 E. 3d; 124 I 185 E. 3b; 120 Ia 48 E. 2b/bb). Eine solche Verletzung liegt etwa vor bei krassen Frist- und Terminversäumnissen, Fern-

bleiben an wichtigen Zeugeneinvernahmen, mangelnder Sorgfalt bei der Vorbereitung von Einvernahmen und anderen Prozesshandlungen oder fehlender Vorsorge für Stellvertretungen. Als schwere Pflichtverletzung fällt indes nur sachlich nicht vertretbares bzw. offensichtlich fehlerhaftes Prozessverhalten des Verteidigers in Betracht (BGE 120 Ia 48 E. 2c/d; Urteil des Bundesgerichts 6B_100/2010 vom 22.4.2010, in: Pra 2010 Nr. 104 S. 708, E. 2.1, mit weiteren Hinweisen). Der Verteidiger hat die Pflicht, den Beschuldigten wirkungsvoll und sachgerecht zu vertreten. Er muss die Interessen des Beschuldigten in ausreichender und effektiver Weise wahrnehmen. So hat er sich als Anwalt etwa anlässlich der gerichtlichen Hauptverhandlung hinreichend zu allen sich im Prozess stellenden wesentlichen Fragen zu äussern. Dabei muss er einseitig und nur zugunsten und im Interesse der beschuldigten Person tätig werden, um für diese ein möglichst günstiges Urteil zu erreichen. Es kommt ihm bei der Führung der Verteidigung und der Bestimmung der Verteidigungsstrategie aber ein erhebliches Ermessen zu (Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2004, N 500; Viktor Lieber / Andreas Donatsch, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, 1996 ff., § 11 N 65 f.; vgl. auch Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 1999, N 524; Viktor Lieber, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2010, Art. 128 N 5 und Art. 134 N 15). Ein klar fehlerhaftes Prozessverhalten kann auch in einer unterbliebenen oder offenkundig ungenügenden Stellungnahme zu den Strafanträgen der Staatsanwaltschaft liegen. Grundsätzlich ist aber nicht zu beanstanden, wenn sich die Verteidigung, die ihren Hauptantrag auf Freisprechung nicht mit Ausführungen über das Strafmass für den Fall einer Verurteilung schwächen will (sog. Verteidigerdilemma), in ihrem Plädoyer auf Ausführungen zum Schuldpunkt beschränkt und darauf verzichtet, in einem Eventualstandpunkt zur Strafzumessung Stellung zu nehmen. Dies gilt jedenfalls, wenn der Verzicht auf Ausführungen zum Strafpunkt für alle Verfahrensbeteiligten erkennbar auf einer durchdachten und klar umrissenen Verteidigungsstrategie beruht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_100/2010 vom 22.4.2010, in: Pra 2010 Nr. 104 S. 708, E. 3.1).

4.1. Wird einem Beschuldigten eine Vergewaltigung vorgeworfen, bei dem nur die Aussagen des Opfers und des Täters zu Verfügung stehen (sogenanntes Vieraugendelikt) und bei dem der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 10 Jahren rechnen muss (Art. 190 Abs. 1 StGB), so bedarf dies einer besonders sorgfältigen und engagierten Verteidigung. Die Ansprüche an eine Strafverteidigung sind in einem solchen Fall komplex und anforderungsreich und müssen in jedem Verfahrensabschnitt gewährleistet sein.

4.2. Was die Teilnahme der Verteidigung an den Untersuchungshandlungen anbelangt, so ergibt sich aus den Akten, dass auf Wunsch der Geschädigtenvertreterin der Beschuldigte selber zur Zeugeneinvernahme von C._____ (Vater der Privatklägerin) nicht vorgeladen wurde, sein Verteidiger aber schon. Dass der Verteidiger aber trotz dieser Vorladung unentschuldigt nicht erschienen ist und erst während der Einvernahme angerufen hat, um sich für sein aus persönlichen Gründen erfolgtes Nichterscheinen zu entschuldigen, spricht nicht für eine pflichtbewusste Verteidigung (Urk. 17/1 S 1 und 5). Die Verteidigung hätte den Beschuldigten zudem darauf hinweisen müssen, dass ein Anspruch darauf besteht, bei der Einvernahme des Zeugen anwesend sein und Fragen stellen zu können. Indem der Verteidiger der Zeugeneinvernahme nicht beiwohnte und auch den Beschuldigten nicht auf sein Anwesenheitsrecht hinwies, liess er das Konfrontationsrecht des Beschuldigten leer laufen und verletzte seine Pflichten als amtlicher Verteidiger. Weiter fällt auf, dass der Verteidiger die Zeugeneinvernahme der Schwester der Privatklägerin aus nicht nachvollziehbaren Gründen nach einer gewissen Zeit vorzeitig verliess und erklärte, keine Ergänzungsfragen an die Zeugin zu haben (Urk. 12/2 S. 5 und S. 8). Bei den anderen Zeugeneinvernahmen nahm der Verteidiger zwar teil, stellte aber keine wesentlichen Ergänzungsfragen (Urk. 11/1; Urk. 13/1 S. 6; Urk. 14/1 S. 4; Urk. 15/1 S. 4; Urk. 16/4 S. 10).

4.3. Anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz beschränkte sich der Verteidiger in seinem 16 Seiten Notizen umfassenden Plädoyer (Urk. 59) praktisch ausschliesslich darauf, aus Einvernahmen und anderen Aktenstücken zu zitieren und darauf hinzuweisen, dass darin Widersprüche beständen, sowie daraus zu folgern, es könnten deshalb die angeklagten Sachverhalte gar nicht erstellt wer-

den. Neben dieser letztlich blossen Auflistung verschiedenster Akteninhalte fehlt aber jegliche argumentative Auseinandersetzung damit, insbesondere werden die wiedergegebenen Aussagen nicht analysiert und erfolgt keinerlei Diskussion deren Glaubhaftigkeit oder der Glaubwürdigkeit der einvernommenen Personen. Daneben ermangelt es dem Plädoyer des Verteidigers auch sonst jeglichen (juristischen) Argumentariums, und mit den Parteivorträgen des Staatsanwaltes und der Vertreterin der Privatklägerin setzt er sich überhaupt nicht auseinander. Ausführungen dazu, wie im Eventualfall einer Verurteilung die Sanktionsfolge zu regeln und hinsichtlich der Zivilforderungen zu entscheiden wäre, fehlen ebenfalls vollständig (Prot. I S. 7). Anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung, wo im Rahmen einer Beweisergänzung die Privatklägerin als Auskunftsperson einvernommen wurde, verzichtete der Verteidiger schliesslich sowohl darauf, der Privatklägerin Ergänzungsfragen zu stellen, als auch zum Ergebnis der Befragung Stellung zu nehmen (Urk. 66; Prot. I S. 12). Er überliess es dem Beschuldigten persönlich geltend zu machen, die Privatklägerin habe "ein Theaterstück mit Weinen veranstaltet" (Urk. 67).

Vor diesem Hintergrund muss von nichts anderem als einer offenkundigen und schwerwiegenden Vernachlässigung der Verteidigerpflichten gesprochen werden. Von einer Verteidigungsstrategie kann keine Rede sein. Die Summe aller Unterlassungen wiegt als praktisch vollständig unterbliebene Verteidigerarbeit schwer. Faktisch muss der Beschuldigte als in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung nicht verteidigt bezeichnet werden. Das vom Verteidiger gehaltene Plädoyer erforderte nicht, von einem Rechtsanwalt erstellt zu werden. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Urteil der Vorinstanz bei ordnungsgemässer Verteidigung milder ausgefallen wäre, ist die Sache unter Beizug der neuen amtlichen Verteidigung zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird diese auch zu prüfen haben, ob der Beschuldigte bereits in der Untersuchung ungenügend verteidigt war. Sollte sie zum Schluss kommen, dass dies der Fall war, so wäre auch die Untersuchung zu wiederholen.

Das vorliegende Berufungsverfahren ist als dadurch erledigt abzuschreiben.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 3 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Berufungsverfahren Nr. SB130026 wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen für die amtliche Verteidigung und derjenigen für die Vertretung des Privatklägers B._____, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - die Vertretung der Privatklägerin B._____ im Doppel für sich und zuhanden dieser Privatklägerin
 - die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, c/o Obergericht des Kantons Zürich

sowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an die Vorinstanz (unter Rücksendung der Akten).

5. Rechtsmittel:

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, 15. April 2013

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Marti

lic. iur. A. Truninger