

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB140255-O /U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. S. Volken, Präsident, Dr. F. Bollinger und
lic. iur. Ch. Prinz sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Hürlimann
Winterhalter

Beschluss vom 14. Oktober 2014

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

ab 10.09.2014 amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. Chr. Meier,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

mehrfaches Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 9. Abteilung, vom
19. Februar 2014 (DG130194)**

Erwägungen:

1. Verfahrensgang

1.1. Mit Urteil vom 19. Februar 2014 sprach das Bezirksgericht Zürich, 9. Abteilung, den Beschuldigten hinsichtlich der Anklagevorwürfe gemäss Anklagesachverhalte Ziff. 5 und 6 des mehrfachen Verbrechens gegen Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG schuldig. Von den Vorwürfen gemäss den Anklagesachverhalten Ziff. 1 bis und mit 4 wurde der Beschuldigte indes freigesprochen. Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren, wobei sie festhielt, dass bis zum Urteilszeitpunkt bereits 600 Tage durch Haft erstanden waren. Weiter befand die Vorinstanz über verschiedene Einziehungen. Die Verfahrenskosten wurden, mit Ausnahme der Kosten für die amtliche Verteidigung, welche einstweilen auf die Gerichtskasse genommen wurden, zufolge der Schuldsprüche dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 85 respektive Urk. 88 S. 73 ff.).

1.2. Gegen diesen Entscheid liess der Beschuldigte am 26. Februar 2014 Berufung anmelden (Urk. 81). Am 9. Mai 2014 nahm der Verteidiger das begründete Urteil entgegen (Urk. 87/2). Mit Eingabe vom 29. Mai 2014 reichte der Verteidiger dem hiesigen Gericht fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 89). Nach deren Zustellung an die Staatsanwaltschaft verzichtete diese innert Frist auf Erhebung einer Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 96).

1.3. Beweisanträge wurden im Rahmen des Vorverfahrens keine gestellt (Urk. 89).

1.4. Mit Eingabe vom 10. September 2014 stellte Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein Gesuch auf Umwandlung der erbetenen in eine amtliche Verteidigung (Urk. 100). Diesem Ersuchen wurde mit Präsidialverfügung vom 12. September 2014 namentlich aus verfahrensökonomischen Überlegungen ausnahmsweise statt gegeben. Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ wurde in der Folge mit Wirkung ab 10. September 2014 zum amtlichen Verteidiger des Beschuldigten bestellt (Urk. 102).

2. Umfang der Berufung

1.1. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten beantragt in seiner Berufungserklärung die Aufhebung der Dispositivziffern 1, 3, 5 und 7 des angefochtenen Urteils und damit einen vollumfänglichen Freispruch des Beschuldigten, dies unter entsprechender Regelung der Kostenfolgen. Im Eventualstandpunkt beantragt die Verteidigung, der Beschuldigte sei deutlich milder zu bestrafen (Urk. 89). Nicht angefochten wurde der vorinstanzliche Freispruch von den Anklagevorwürfen gemäss Anklageziffern 1. bis und mit 4. (Dispositivziffer 2), die Einziehung der Mobiltelefone (Dispositivziffer 4) sowie die Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 6). In Dispositivziffer 8 hat die Vorinstanz die Kosten der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten auf die Gerichtskasse genommen und das Nachforderungsrecht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. Diese Regelung wurde von der Verteidigung nicht explizit beanstandet. Nachdem die Verteidigung jedoch einen vollumfänglichen Freispruch des Beschuldigten beantragt, müsste konsequenterweise auch Dispositivziffer 8 des angefochtenen Entscheides im Berufungsverfahren zur Disposition stehen, setzt doch das in Art. 135 Abs. 4 StPO statuierte Nachforderungsrecht voraus, dass die beschuldigte Person zu den Verfahrenskosten verurteilt wird. Dies wiederum ist nur dann der Fall, wenn es zu einem Schuldspruch kommt (Art. 426 Abs. 1 StPO).

3. Erstinstanzliches Hauptverfahren

3.1. Beweisverfahren

3.1.1. Nach Eröffnung der Hauptverhandlung und der Klärung allfälliger Vor- und Zwischenfragen erfolgt die Eröffnung des Beweisverfahrens. Die Verfahrensleitung oder ein von ihr bestimmtes Mitglied des Gerichts führt die Einvernahmen durch (Art. 341 StPO). Gemäss Art. 341 Abs. 3 StPO befragt die Verfahrensleitung zu Beginn des Beweisverfahrens die beschuldigte Person eingehend zu ihrer Person, zur Anklage und zu den Ergebnissen des Vorverfahrens. Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung können die anderen Mitglieder des Gerichts und die Parteien durch die Verfahrensleitung Ergänzungsfragen stellen lassen oder sie mit deren Ermächtigung selber stellen. Die eingehende Befragung im Sinne

von Art. 341 Abs. 3 StPO gibt dem Gericht Gelegenheit, die beschuldigte Person, ihre Stellung zu den Anklagevorwürfen und zum Vorverfahren kennen zu lernen und daraus wesentliche Schlüsse für den weiteren Gang der Hauptverhandlung zu ziehen. Von der Stellungnahme zur Anklage hängt vor allem ab, inwieweit noch Beweise abzunehmen sind (Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 341 N 6; BSK StPO-Hauri, Basel 2011, Art. 341 N 16).

3.1.2. Die vorinstanzliche Hauptverhandlung fand am 19. Februar 2014 statt. Im Anschluss an die Eröffnung wurde der Beschuldigte durch die Verfahrensleitung zunächst auf sein Aussageverweigerungsrecht hingewiesen. In der Folge wurde er zu seinen persönlichen Verhältnissen und hernach zur Sache, mithin zum eigentlichen Anklagevorwurf, befragt. Der Beschuldigte machte keinen Gebrauch von seinem prozessualen Aussageverweigerungsrecht und wirkte an der Befragung mit, indem er die ihm gestellten Fragen allesamt beantwortete. Während die Befragung zur Person 10 Fragen umfasste, wurden dem Beschuldigten zum eigentlichen Anklagevorwurf lediglich 5 Fragen gestellt, wobei dem Beschuldigten jeweils eine Kürzestfassung der eingeklagten Vorgänge vorgehalten wurde, dies in Verbindung mit der äusserst geschlossenen Frageformulierung, ob er nach wie vor bestreite, mit den Vorgängen etwas zu tun zu haben (Urk. 69 S. 3). Angesichts dieser äusserst rudimentären Befragung – auch die Verteidigung wies in ihrem Plädoyer vor Vorinstanz auf die "nur kurze" Befragung hin (Urk. 71 S. 3 Mitte) – drängt sich die Frage auf, ob mit diesem Vorgehen der vorinstanzlichen Verfahrensleitung den gesetzlichen Anforderungen an eine Einvernahme des Beschuldigten im Sinne von Art. 341 Abs. 3 StPO Genüge getan wurde.

3.1.3. Die Intensität der Befragung hängt insbesondere von der Schwere der Anklagevorwürfe und der Beweislage ab, nicht aber von der Aktenkenntnis des Gerichts. Das Unterlassen der Befragung oder eine unverhältnismässige Kürze verstösst aufgrund des zwingenden Charakters der Bestimmung von Art. 341 Abs. 3 StPO gegen die richterliche Fürsorge- bzw. Fragepflicht (vgl. BGE 124 I 189; Niklaus Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, N 102), allenfalls gegen das Öffentlichkeits-

prinzip (Art. 69 StPO). Ergänzungsfragen können allerdings Lücken in der Befragung heilen. Von der Stellungnahme der beschuldigten Person hängt auch ab, inwieweit noch Beweise nach Art. 343 StPO abgenommen werden müssen. Es ist der beschuldigten Person bei dieser Gelegenheit, allenfalls auf entsprechende Fragestellung hin und in sinngemässer Anwendung von Art. 6 Abs. 2 StPO, die Möglichkeit zu geben, diejenigen Umstände vorzubringen, die ihrer Verteidigung und der Klärung des Sachverhaltes dienen könnten (Gut / Fingerhuth in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 341 N 11).

3.1.4. Dem Beschuldigten werden in der 10 Seiten umfassenden Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 5. Juni 2013 diverse Vorgänge zur Last gelegt, bei welchen er sich angeblich in Zusammenarbeit mit weiteren Personen im In- und Ausland der mehrfachen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz strafbar gemacht haben soll (Urk. 12). Die betreffenden Untersuchungsakten umfassen 11 Bundesordner sowie einen Aktenthek und können mit Fug als umfangreiche Strafakten bezeichnet werden. Der Anklagevorwurf des mehrfachen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz wiegt schwer, was zweifelsohne auch in der von der Anklagebehörde vor Vorinstanz beantragten Bestrafung des Beschuldigten mit 8 Jahren Freiheitsstrafe zum Ausdruck kommt (Urk. 70 S. 1). Der Beschuldigte hat sämtliche gegen ihn erhobenen Vorwürfe stets vehement in Abrede gestellt. Die Beweisführung der Anklagebehörde stützt sich auf die Aussagen des Beschuldigten (Urk. 2/6-7; Urk. 2/13), die TK-Protokolle (Anhänge zu Urk. 2/6-7 resp. act. 1/11 Anhang 1-35), eine obergerichtlich genehmigte Videoüberwachung (Urk. 7/11) sowie die Hausdurchsuchungs- und Sicherstellungsakten (Urk. 7/4-5). Von einer unproblematischen oder gar einfachen Beweislage kann unter diesen Umständen keine Rede sein.

3.1.5. Angesichts des schwerwiegenden Anklagevorwurfs des mehrfachen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz, der beantragten Freiheitsstrafe von 8 Jahren und der nicht unproblematischen Beweislage, erscheint jedenfalls die durch die Vorinstanz durchgeführte Befragung des Beschuldigten zur Sache als in jeder Hinsicht unverhältnismässig kurz. Sie genügt den in Art. 341 Abs. 3 StPO

festgelegten Anforderungen an eine eingehende Befragung zur Sache unter keinen Titeln und kommt einer eigentlichen Nichtbefragung gleich. Wie bereits dargestellt stellt Art. 341 Abs. 3 StPO eine zwingende Gesetzesnorm dar. In der Missachtung dieser zwingenden Vorschrift durch die Vorinstanz ist eine schwere Verletzung der prozessualen Vorgaben für das gerichtliche Beweisverfahren zu erblicken.

3.2. Protokollierungsvorschriften

3.2.1. Die Protokollierungsvorschriften sind aufgrund der auf dem Spiele stehenden gewichtigen Interessen der Verfahrensbeteiligten streng zu handhaben. Die gesetzeskonforme Protokollierung ermöglicht der beschuldigten Person wie auch anderen Verfahrensbeteiligten die Wahrnehmung ihrer Rechte und bildet die Grundlage für die Wahrheitssuche, das auszusprechende Urteil und die Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanzen. Die Beachtung der Protokollierungsvorschriften ist deshalb Voraussetzung für die Gültigkeit des Protokolls. Diese Vorschriften haben somit im Regelfall zwingenden Charakter (BSK StPO-Näpfli, Basel 2011, Art. 76 N 12; Urteil des Bundesgerichts 6B_492/2012 vom 22. Februar 2013, E. 1.4.).

3.2.2. Die protokollführende Person **und** die Verfahrensleitung haben die Richtigkeit des Protokolls zu bestätigen (Art. 76 Abs. 2 StPO), und zwar durch eigenhändige Unterzeichnung. Eine fehlende Unterschrift kann nicht nachträglich beigebracht werden (BSK StPO-Näpfli, a.a.O., Art. 76 N 14; vgl. auch ZR 98 [1999] Nr. 28). Als Teil der allgemeinen Bestimmungen umfasst der Protokollbegriff vorliegend sowohl die Verfahrensprotokolle als auch die Einvernahmeprotokolle (Brüschweiler in: Donatsch/ Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2014, Art. 76 N 4).

3.2.3. Dem vorinstanzlichen Verfahrensprotokoll lässt sich entnehmen, dass sowohl der Beschuldigte und dessen Verteidiger, als auch der Vertreter der Anklagebehörde im Anschluss an die Hauptverhandlung und auf entsprechende Frage der Verfahrensleitung auf eine mündliche Eröffnung des Urteils verzichteten und sich stattdessen mit einer schriftlichen Urteilseröffnung einverstanden erklärten

(Prot. I S. 16.). Die Richtigkeit des Protokolleintrages betreffend die Hauptverhandlung wurde korrekterweise durch die Verfahrensleitung sowie den zuständigen Gerichtsschreiber unterschriftlich bestätigt. Anders verhält es sich indes mit der gleichentags protokollierten Urteilsberatung. Die Richtigkeit dieser Verfahrenshandlung und damit auch des Urteilsdispositivs wurde lediglich vom zuständigen Gerichtsschreiber, nicht jedoch von der verantwortlichen Verfahrensleitung unterschriftlich bestätigt (Prot. I S. 20). Gleich verhält es sich im Übrigen mit der ebenfalls am 19. Februar 2014 protokollierten Verfügung der Verfahrensleitung, wonach dem Beschuldigten der vorzeitige Strafantritt bewilligt und dieser bis zum Antritt desselben in Sicherheitshaft versetzt wurde (Prot. I S. 21).

3.2.4. Da die Verfahrensleitung die Richtigkeit der Urteilsberatung vom 19. September 2014 sowie der im Anschluss daran ergangenen Verfügung betreffend vorzeitigen Strafantritt nicht unterschriftlich bestätigte, entspricht das Verfahrensprotokoll in diesen Punkten nicht den gesetzlichen Anforderungen. Dieser Mangel kann nicht geheilt werden, denn die fehlende Unterschrift kann von der Verfahrensleitung nicht nachträglich beigebracht werden. Es liegt ein Verstoss gegen die Protokollierungsvorschriften und somit in diesen Punkten ein ungültiges Protokoll vor.

3.3. Rückweisung

3.3.1. Gestützt auf Art. 409 Abs. 1 StPO hebt das Berufungsgericht das angefochtene Urteil auf und weist es an die Vorinstanz zurück, wenn das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel aufweist, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können. Dabei bestimmt das Berufungsgericht, welche Verfahrenshandlungen zu wiederholen oder nachzuholen sind. Das erstinstanzliche Gericht ist an die vom Berufungsgericht im Rückweisungsbeschluss vertretene Rechtsauffassungen und an die damit verbundenen Weisungen gebunden (Art. 409 Abs. 2 und Abs. 3 StPO).

3.3.2. Am 9. Oktober 2014 wurde sowohl dem Beschuldigten, als auch dem Vertreter der Anklagebehörde Gelegenheit gegeben, sich zur Frage der Rückweisung

vernehmen zu lassen. Beide Parteien verzichteten ausdrücklich auf eine Stellungnahme (Urk. 104).

3.3.3. Wie oben dargetan, leidet das vorinstanzliche Beweisverfahren infolge der völlig unzureichenden Befragung des Beschuldigten namentlich zur Sache an einem schweren Verfahrensmangel, der insbesondere mit Blick auf die Wahrung des Instanzenzuges nicht im Berufungsverfahren geheilt werden kann. Zudem liegt mit Bezug auf das Verfahrensprotokoll ein Verstoss gegen die Protokollierungsvorschriften vor. Das Verfahrensprotokoll kann – wie dargetan – im jetzigen Zeitpunkt nicht mehr unterzeichnet werden und der Mangel kann mit anderen Worten im Berufungsverfahren nicht behoben werden. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.3.4. Angesichts des Umstandes, dass gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 9. Abteilung, vom 19. Februar 2014, lediglich der Beschuldigte Berufung erhoben und die Anklagebehörde auf die Erhebung einer eigenständigen Berufung respektive einer Anschlussberufung verzichtet hat, wird die Vorinstanz bei der neuerlichen Durchführung der Hauptverhandlung und der Urteilsfällung das Verschlechterungsverbot grundsätzlich zu beachten haben. Allerdings gilt das Verschlechterungsverbot nur insoweit, als sich im neuen Verfahren keine für den Beschuldigten nachteiligen Tatsachen ergeben, welche dem Gericht im ersten Hauptverfahren noch nicht bekannt sein konnten (sinngemässe Anwendung von Art. 391 Abs. 2 Satz 2 StPO, vgl. Schmid, Praxiskommentar, a.a.O., Art. 409 N 6).

4. Kosten- und Entschädigung

4.1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen.

4.2. Der amtliche Verteidiger ist entsprechend der geltend gemachten Bemühungen, die ausgewiesen sind, mit Fr. 2'441.30 (inkl. MwSt.) zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 9. Abteilung, vom 19. Februar 2014 wird aufgehoben und der Prozess im Sinne der Erwägungen zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Berufungsverfahren SB140255 wird als dadurch erledigt abgeschlossen.
3. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz; die Kosten der amtlichen Verteidigung betragen Fr. 2'441.30 (inkl. MwSt.).
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürichsowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an die Vorinstanz (unter Rücksendung der Akten).
6. 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, 14. Oktober 2014

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Volken

lic. iur. S. Hürlimann Winterhalter