

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB190037-O/U/jv

Mitwirkend: Die Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, und lic. iur. B. Gut,
Oberrichterin lic. iur. R. Affolter sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. S. Maurer

Beschluss vom 12. August 2019

in Sachen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,
vertreten durch Staatsanwalt Dr. iur. U. Pajarola,
Anklägerin und I. Berufungsklägerin

gegen

A._____,
Beschuldigter und II. Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **mehrfache qualifizierte Widerhandlung gegen das
Betäubungsmittelgesetz etc.**

(Rückweisung der strafrechtlichen Abteilung des Schweiz. Bundesgerichts)

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung,
vom 11. November 2015 (DG140032)**

**Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich
vom 19. Januar 2018 (SB160345)**

**Urteil der strafrechtlichen Abteilung des Schweiz. Bundesgerichts
vom 14. Januar 2019 (6B_403/2018)**

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Zum Verfahrensgang bis zum Urteil des Obergerichtes Zürich vom 19. Januar 2018 kann auf die diesbezüglichen Erwägungen in jenem Entscheid verwiesen werden (Urk. 334 S. 5 f.).

2. Mit Urteil der hiesigen Kammer vom 19. Januar 2018 wurde der Beschuldigte der Widerhandlung und der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie der strafbaren Vorbereitungshandlungen zu Raub schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 10 Jahren belegt (Urk. 334 S. 77 f.). Gegen diesen Entscheid liess der Beschuldigte Beschwerde beim Bundesgericht erheben (vgl. Urk. 350 und Urk. 351/1-2). Mit Urteil vom 14. Januar 2019 hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zu neuer Beurteilung zurück (Urk. 369 S. 11 = Urk. 372 S. 11).

Es befand, dass dem Beschuldigten Einsicht in "den Archivdatenträger", der von der Staatsanwaltschaft für das vorliegende Verfahren als nicht relevant qualifizierten und deshalb nicht zu den vorliegenden Verfahrensakten genommenen Tonaufzeichnungen der Fernmeldeüberwachungen im riesigen Verfahrenskomplex "Vento" zu geben sei, damit sich der Verteidiger ein Bild über die von der Staatsanwaltschaft vorgenommene Triage machen könne (Urk. 372 = Urteil des Bundesgerichtes 6B_403/2018 vom 14. Januar 2019 Erw. 2.4). Bei dem, was das Bundesgericht als "einen Archivdatenträger" bezeichnet, handelt es sich um insgesamt 102 DVD's mit hunderten von Stunden Gesprächsaufzeichnungen. Mit Eingabe vom 29. Mai 2019 beantragte der Beschuldigte deshalb eine Fristerstreckung von einstweilen einem halben Jahr, um die Übersetzung der aufgenommenen Gespräche vom Italienischen ins Deutsche vorzunehmen. Gleichzeitig wies er darauf hin, dass allein mit Dolmetscherkosten von weit über Fr. 100'000.– zu rechnen sei (Urk. 416). Ganz zu schweigen von den Anwaltskosten für die Durchsicht der schriftlichen Übersetzungen.

3. Nachdem der Beschuldigte mit Eingabe vom 7. Februar 2019 den Antrag gestellt hatte, das Verfahren nach dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichtes an die erste Instanz zurückzuweisen (Urk. 383A), wurde mit Präsidialverfügung vom 19. Februar 2019 der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, sich zum Rückweisungsantrag vernehmen zu lassen (Urk. 388). Mit Vernehmlassung vom 8. März 2019 beantragte die Staatsanwaltschaft die Abweisung des Antrages auf Rückweisung (Urk. 396). Nachdem der Beschuldigte mit Eingabe vom 25. März 2019 um eine Fristerstreckung ersucht hatte (Urk. 398), wurde mit Präsidialverfügung vom 29. März 2019 der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, in Nachachtung des Rückweisungsentscheides des Bundesgerichtes diverse Unterlagen einzureichen; ferner wurde dem Beschuldigten die beantragte Fristerstreckung gewährt (Urk. 400). Innert nochmals erstreckter Frist liess der Beschuldigte sich mit Schreiben vom 15. April 2019 nochmals zu seinem Rückweisungsantrag vernehmen (Urk. 405). Mit Vernehmlassung vom 16. April 2019 liess die Staatsanwaltschaft dem Gericht die eingeforderten Unterlagen zukommen (Urk. 408; Urk. 409/1-3; Urk. 410), weshalb in der Folge dem Beschuldigten mit Präsidialverfügung vom 2. Mai 2019 Frist angesetzt wurde darzulegen, inwieweit die neu zu den Akten genommenen Unterlagen gemäss dem höchstrichterlichen Rückweisungsentscheid einen Einfluss auf den Sachverhalt und dessen tatsächliche und rechtliche Würdigung haben und aus welchen Gründen deshalb eine Rückweisung an die Vorinstanz nötig sei (Urk. 411). Mit Eingabe vom 29. Mai 2019 ersuchte der Beschuldigte um Fristerstreckung von 180 Tagen bis 25. November 2019 (Urk. 416).

II. Rückweisung

1. Der Beschuldigte macht zur Begründung seines Rückweisungsantrages geltend, um ihm vollständige Akteneinsicht zu gewähren, die Akten zu vervollständigen bzw. vervollständigen zu lassen und nach Durchführung einer Hauptverhandlung ein neues, erstinstanzliches Urteil zu fällen, sei die Sache an die erste Instanz zurückzuweisen. Bei Verweigerung derselben würde ihm eine Instanz mit voller Kognition "gestohlen" (Urk. 383A). Die Staatsanwaltschaft entgegnet zu-

sammengefasst, der Beschuldigte habe im bisherigen Verfahren nie verlangt, den Archivdatenträger mit den Gesprächsaufzeichnungen zu erhalten. Die Forderung nach einem sog. Logbuch, einer schriftlichen Übersicht über alle aufgezeichneten Gespräche, habe er bereits vor erster Instanz gestellt. Die Forderung nach einem Logbuch habe nicht zur bundesgerichtlichen Rückweisung geführt, jedoch die neu vorgebrachte Forderung nach dem Archivdatenträger. Sobald dem Beschuldigten dieser zugestellt worden sei, sei der im bundesgerichtlichen Urteil festgestellte Mangel betreffend Akteneinsicht bzw. rechtliches Gehör behoben. Eine Rückweisung an die erste Instanz sei nicht notwendig, ansonsten jedes Verfahren, bei welchem das Bundesgericht einen Mangel feststellt, wiederholt werden müsste, was nicht der Sinn des Rechtsmittelsystems sei (Urk. 396). Auch in seiner Stellungnahme vom 15. April 2019 hielt der Beschuldigte an seinem Rückweisungsantrag fest und betonte nochmals, dass er sich in Kenntnis aller relevanten Umstände (also mit allen aufgenommenen Telefongesprächen) vor zwei Instanzen mit voller Kognition müsse verteidigen können (Urk. 405 S. 4 f.). Ferner erneuerte der Beschuldigte auch in seiner Eingabe betreffend Fristerstreckung vom 29. Mai 2019 nochmals seinen Antrag auf Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz (Urk. 416 S. 4 f.).

2. Nach Art. 409 Abs. 1 StPO hebt das Berufungsgericht bei wesentlichen, im Berufungsverfahren nicht heilbaren Mängeln das angefochtene Urteil ausnahmsweise auf und weist die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an die Vorinstanz zurück. Dabei bestimmt das Berufungsgericht, welche Verfahrenshandlungen zu wiederholen oder nachzuholen sind (Abs. 2). Die kassatorische Erledigung durch Rückweisung ist aufgrund des reformatorischen Charakters des Berufungsverfahrens die Ausnahme und kommt nur bei derart schwerwiegenden, nicht heilbaren Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens in Betracht, in denen die Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte, in erster Linie zur Vermeidung eines Instanzverlustes, unumgänglich ist (BGE 143 IV 408 E. 6.1).

3. Gemäss Art. 389 Abs. 1 StPO beruht das Rechtsmittelverfahren auf den Beweisen, die im Vorverfahren und im erstinstanzlichen Hauptverfahren erhoben worden sind. Allerdings kann die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen oder auf

Antrag einer Partei die erforderlichen zusätzlichen Beweise erheben (Art. 389 Abs. 3 StPO). Grundsätzlich könnten daher die neu zu den Akten genommenen Unterlagen im Rahmen des (zweiten) Berufungsverfahrens als zusätzliche Beweismittel gestützt auf Art. 389 Abs. 3 StPO ins Verfahren eingebracht werden. Die StPO lässt insofern einen Instanzverlust zu. Vorliegend handelt es sich bei Urk. 410 indes um 102 DVD's mit aufgezeichneten Telefongesprächen. Aus diesen leitet die Verteidigung Auswirkungen bezüglich des Sachverhaltes respektive des Aktenfundamentes ab. Angesichts dieser sehr grossen Daten- bzw. Aktenmenge, welche sich auf den zu beurteilenden Sachverhalt auswirken könnte, drängt es sich auf, das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, um einen Instanzverlust zu vermeiden. Demzufolge ist das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 11. November 2015 aufzuheben und der Prozess zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und Urteilsfällung zurückzuweisen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss fallen die Gerichtsgebühren für das durchgeführte erst- sowie die beiden zweitinstanzlichen Verfahren ausser Ansatz (Art. 428 Abs. 4 StPO), wobei die Vorinstanz über die weiteren Kosten (z.B. Untersuchungskosten) wie auch die Kostenaufgabe erneut zu befinden haben wird.
2. Der amtliche Verteidiger reichte für das vorliegende Berufungsverfahren bis zum jetzigen Zeitpunkt eine Honorarnote für Aufwendungen von 23 Stunden und Auslagen von Fr. 37.10 ein, was einen Gesamtbetrag (inkl. MwSt.) von Fr. 5'403.55 ergibt (Urk. 422). Diese Aufwendungen und Auslagen des amtlichen Verteidigers sind belegt und erscheinen gerade noch angemessen. Der amtliche Verteidiger ist daher für das vorliegende (zweite) Berufungsverfahren mit Fr. 5'403.55 aus der Gerichtskasse zu entschädigen.
3. Über die Verwendung der vom Beschuldigten geleisteten Prozesskaution von Fr. 50'000.– wird ebenfalls die Vorinstanz zu befinden haben (vgl. Art. 239 Abs. 3 StPO).

IV. Rechtsmittel

Rückweisungsbeschlüsse, mit denen eine Sache zur neuen Beurteilung an die erste Instanz zurückgewiesen wird, gelten grundsätzlich als Zwischenentscheide, welche unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG angefochten werden können. Rückweisungsentscheide bewirken nach der Rechtsprechung in der Regel allerdings keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG. Eine Ausnahme von dieser Regel sieht die Rechtsprechung jedoch dann vor, wenn eine Behörde durch einen Rückweisungsentscheid gezwungen wird, einer von ihr als falsch erachteten Weisung Folge zu leisten (Urteil 6B_845/2015 vom 1. Februar 2016 E. 1.2.2, nicht publ. in: BGE 142 IV 70; BGE 133 V 477 E. 5.2.2; 138 I 143 E. 1.2; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichtes 6B_32/2017 vom 29. September 2017 E. 3). In Fällen, in denen nicht evident ist, ob ein schwerwiegender und nicht heilbarer Mangel vorliegt, rechtfertigt sich ein Eintreten auf die Beschwerde (Urteil des Bundesgerichtes 6B_32/2017 vom 29. September 2017 E. 4). Es erscheint daher im Rahmen des vorliegenden Beschlusses angebracht, als – allenfalls mögliches – Rechtsmittel die Beschwerde gemäss Art. 93 BGG anzugeben.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom 11. November 2015, wird aufgehoben und der Prozess im Sinne der Erwägungen zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und Urteilsfällung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Berufungsverfahren SB190037 wird als dadurch erledigt abgeschlossen.

3. Die Gerichtsgebühren für das durchgeführte erst- und die beiden zweitinstanzlichen Verfahren fallen ausser Ansatz. Die weiteren Kosten des Berufungsverfahrens betragen:

Fr. 30'600.– amtliche Verteidigung (erstes Berufungsverfahren)

Fr. 5'403.55 amtliche Verteidigung (zweites Berufungsverfahren).

4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich 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 Zürich (unter Beilage des Doppels von Urk. 416)

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

6. Gegen diesen Entscheid kann unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes 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, 12. August 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. S. Maurer