

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB190190-O/U/mc

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, Obergerichterin lic. iur. Wasser-Keller und Obergerichter lic. iur. Wenker sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. Karabayir

## Beschluss vom 1. Oktober 2019

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

sowie

1. **B.** \_\_\_\_\_ **AG**, z.Hd. C. \_\_\_\_\_,
2. **D.** \_\_\_\_\_ **SA**,
3. **E.** \_\_\_\_\_ **AG**, (ehemals E1. \_\_\_\_\_ AG), Herr F. \_\_\_\_\_,

Privatkläger

2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Veruntreuung etc. und Widerruf (Rückweisung des Schweizerischen Bundesgerichtes)**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern, vom 14. Juni 2016 (DG140006); Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 14. November 2017 (SB160480); Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 22. März 2019 (6B\_135/2018)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Gegen das eingangs im Dispositiv erwähnte Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 14. Juni 2016 erhob der Beschuldigte rechtzeitig Berufung (Urk. 285-286). Die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich (nachfolgend Staatsanwaltschaft) verzichtete explizit auf eine Anschlussberufung (Urk. 288) und die Privatklägerinnen liessen sich nicht vernehmen. Die Berufungsverhandlung des ersten Berufungsverfahrens (SB160480) fand am 14. November 2017 statt, wobei dem Beschuldigten gestützt auf das eingereichte Arztzeugnis das Erscheinen erlassen und anschliessend das Dispensationsgesuch des Staatsanwalts ebenfalls bewilligt worden war (Urk. 333/1 und 337/1; Prot. II S. 7 ff.). Das Urteil wurde den Parteien schriftlich zuerst im Dispositiv und hernach in begründeter Ausfertigung zugestellt (Urk. 343 und 347). Zu den Einzelheiten des Verfahrensgangs bis zur Urteilsfällung im ersten Berufungsverfahren sei auf die entsprechenden Erwägungen im schriftlich begründeten Urteil der Berufungskammer vom 14. November 2017 verwiesen (Urk. 347 S. 6 ff.).

2. Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 31. Januar 2018 Beschwerde in Strafsachen an das Schweizerische Bundesgericht führen (Urk. 352/2). Er beantragte, es sei das Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. November 2017 aufzuheben und der Beschwerdeführer sei von Schuld und Strafe freizusprechen, eventualiter seien die Strafverfolgungsbehörden anzuweisen, den Sachverhalt rechtsgenügend abzuklären (Urk. 352/2). Mit Urteil der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 22. März 2019 (6B\_135/2018) wurde die Beschwerde gutgeheissen, das genannte Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die hiesige Kammer zurückgewiesen (Urk. 358).

3. Gestützt auf die bundesgerichtlichen Erwägungen im Rückweisungsentscheid wurde den Parteien mit Beschluss vom 3. Mai 2019 Gelegenheit gegeben, im Sinne der Erwägungen ergänzende Beweisanträge zu stellen und zu begrün-

den (Urk. 360), von welchem Recht der Beschuldigte innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 22. Juni 2019 Gebrauch machte, weitere Beweisanträge stellte und erneut fehlende Einheit des Verfahrens rügte (Urk. 366). Die Staatsanwaltschaft äusserte sich nicht. Nachdem sich die Parteien zu einer allfälligen Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz äussern konnten, wobei die Staatsanwaltschaft auf eine Stellungnahme verzichtete und der Beschuldigte einer solchen ausdrücklich zustimmte (Urk. 371, 373 und 376), erweist sich das Verfahren als spruchreif.

## II.

1. Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde gut und weist es die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an das Berufungsgericht zurück, darf sich dieses von Bundesrechts wegen nur noch mit jenen Punkten befassen, die das Bundesgericht kassierte (BGE 143 IV 214 E. 5.2.1 und Urteil des Bundesgerichts 6B\_765/2015 vom 3. Februar 2016 E. 4; je mit Hinweisen). Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist somit auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen (BGE 143 IV 214 E. 5.2.1 mit Hinweisen und Urteil des Bundesgerichts 6B\_1366/2016 vom 6. Juni 2017 E. 3.2.1). Dabei kann sich die neue Entscheidung in den Grenzen des Verbotes der reformatio in peius auch auf Punkte beziehen, die vor Bundesgericht nicht angefochten waren, sofern dies der Sachzusammenhang erfordert. Diese Bindungswirkung von bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheiden, die in den früheren Prozessgesetzen des Bundes (siehe Art. 66 Abs. 1 aOG, Art. 277ter aBStP) ausdrücklich statuiert war, wird im Bundesgerichtsgesetz als selbstverständlich vorausgesetzt (BGE 135 III 334 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 6B\_296/2014 vom 20. Oktober 2014, E. 1.2.2 je mit Hinweisen). Muss sich jedoch die Vorinstanz aufgrund der Rückweisungsentscheidungen nochmals mit der Beweislage befassen, ist eine neue, abweichende Beweiswürdigung durch die Berufungsinstanz ebenso zulässig wie die Abnahme neuer Beweise, selbst wenn solche bereits in einem früheren Verfahrensstadium

hätten erhoben werden können, soweit der entsprechende Sachverhalt mit einer Willkürüge vor Bundesgericht noch angefochten werden kann und demnach noch nicht verbindlich feststeht (BGE 143 IV 214 E. 5.3.2 und E. 5.4. a.E.).

2. Gemäss dem Verschlechterungsverbot im Sinne von Art. 391 Abs. 2 StPO darf der Entscheid der Vorinstanz nicht zum Nachteil der beschuldigten oder verurteilten Person abgeändert werden, wenn das Rechtsmittel nur zu deren Gunsten eingereicht wurde. Das Verschlechterungsverbot gilt jedoch nicht nur in dem vom Beschuldigten allein initiierten Rechtsmittelverfahren, sondern gelangt auch im Fall der Neuurteilung nach Rückweisung an die untere Instanz zur Anwendung (BGE 144 IV 35 E. 3.1.3 mit Hinweisen; 6B\_724/2014 vom 20. November 2014 E. 1.3). Infolgedessen hat es wegen der Nichtanfechtung des ersten Berufungsurteils durch den Beschuldigten bezüglich Dispositivziffer 2 auch beim Freispruch des Beschuldigten vom Vorwurf der mehrfachen Anstiftung zur Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 StGB betreffend ND 2 zu bleiben. Um diesbezüglich eine extensive Wiederholung des aufgehobenen Entscheides zu vermeiden, kann bezüglich der faktisch in Rechtskraft erwachsenen Teile in sinngemässer Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO auf die Erwägungen im aufgehobenen Entscheid verwiesen werden, mithin auf das Urteil der hiesigen Kammer des Obergerichts vom 14. November 2017 (SB160480).

3. Der bundesgerichtliche Aufhebungsentscheid bezieht sich einerseits auf den Grundsatz der Verfahrenseinheit und andererseits auf das Beweisverfahren, namentlich auf ungenügend bzw. nicht gewährte Teilnahme- und Konfrontationsansprüche des Beschuldigten bezüglich in separat geführten Strafverfahren befragte Mittäter, Zeugen und Auskunftspersonen (Urk. 358 E. 1. und 2.).

Soweit sich der bundesgerichtliche Aufhebungsentscheid auf die Zulässigkeit der Verfahrenstrennung bezieht (Urk. 358 E. 1.), erübrigen sich zur Zeit Weiterungen, da Erwägungen hierzu im neu zu fällenden Sachentscheid anzubringen sein werden, wobei an dieser Stelle bereits der Hinweis erlaubt sei, dass es sich hier um besonders grosse Strafverfahren mit Dutzenden Delikten und je verschiedener Zusammensetzung teilweise gleicher Mittäter handelt, für welche zudem ver-

schiedene Kantone zuständig sind und teilweise unterschiedliche Verfahrensvorschriften galten, da einzelne Mittäter vom abgekürzten Verfahren profitierten. Im übrigen wird die Beschwerdeantwort der Oberstaatsanwaltschaft an das Bundesgericht in dieser Hinsicht ebenfalls zu beachten sein.

Hinsichtlich des Beweisverfahrens hielt das Bundesgericht konkret fest, dass auch Befragungen, bei welchen zwar der Verteidiger, jedoch der Beschuldigte (oft aus gesundheitlichen Gründen) nicht anwesend war, trotz Anwesenheit des Verteidigers zu wiederholen seien, da die Beschränkung der Teilnahmerechte auch nicht kompensiert worden sei, zum Beispiel durch Videoaufzeichnung der Befragung und anschliessender Konfrontation (Urk. 358 E. 2.2 und 2.3). Des Weiteren wies das Bundesgericht darauf hin, dass es keinen Numerus clausus der zulässigen Beweismittel im Strafverfahren gebe und daher die vom Beschuldigten eingereichten eidesstattlichen Erklärungen zumindest als hinreichende Anhaltspunkte für die (teilweise erneute) Einvernahme der Verfahrensbeteiligten hätten berücksichtigt werden müssen (Urk. 358 E. 3.5). Zusammengefasst verlangt das Bundesgericht die Befragung der bisher bekannten Mittäter G.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ als Auskunftspersonen sowie die zusätzliche Befragung von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ ebenfalls als Auskunftspersonen. Schliesslich ist gemäss Bundesgericht M.\_\_\_\_\_ als Zeugin einzuvernehmen. Gestützt auf die erneuerten Beweisanträge des Beschuldigten kommt schliesslich noch die Befragung von N.\_\_\_\_\_ als Auskunftsperson hinzu. Bei all diesen Befragungen werden die Teilnahme- und Konfrontationsrechte nicht nur des Beschuldigten, sondern sämtlicher Beteiligter zu wahren sein, was die Strafverfolgungsbehörden mit geeigneten Massnahmen zu bewerkstelligen haben. Wie im Einzelnen am ehesten vorzugehen sein wird, kann indessen zum jetzigen Zeitpunkt nicht geklärt werden, zumal sich einige der Mitbeschuldigten schon längere Zeit nicht mehr in der Schweiz aufhalten und unbekannt ist, ob deren aktueller Aufenthaltsort den hiesigen Behörden bekannt ist.

### III.

1. Gemäss Art. 409 StPO hebt das Berufungsgericht das angefochtene Urteil auf und weist die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an das erstinstanzliche Gericht zurück, wenn das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel aufweist, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können, wobei das Berufungsgericht bestimmt, welche Verfahrenshandlungen zu wiederholen oder nachzuholen sind. Eine solche Rückweisung kommt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch nur *absolut ausnahmsweise* in Betracht, namentlich bei schwerwiegenden, nicht heilbaren Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens, in denen die Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte, in erster Linie zur Vermeidung eines Instanzenverlusts, unumgänglich ist (BGE 143 IV 408 E. 6.1 mit Hinweisen), was etwa der Fall ist bei Verweigerung von Teilnahmerechten oder nicht gehöriger Verteidigung (Urteil 6B\_512/2012 vom 30. April 2013 E. 1.3.3). Dies entspricht offensichtlich dem Willen des Gesetzgebers: Gemäss der Botschaft zur eidgenössischen StPO hat die Aufhebung und Rückweisung des Urteils zu erfolgen bei "erheblichen Verfahrensmängeln, die zur Folge hatten, dass den Parteien in erster Instanz kein ordnungsgemässes Verfahren gewährleistet war und eine materielle Behandlung der Berufung zur Folge hätte, dass die betroffene Partei faktisch eine Instanz verlieren würde" (BBI 2006 1318). Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts sind im Unterschied dazu lediglich "punktuelle" Beweisergänzungen durch die Berufungsinstanz selbst vorzunehmen (Urteil 6B\_362/2012 E. 8.4.1).

2. Vorliegend ist jedoch nicht nur die (nochmalige) Befragung des Beschuldigten oder einer Privatklägerin zu wiederholen, sondern es ist gemäss Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts ein umfassendes Beweisermittlungsverfahren bezüglich diverser – in separaten Verfahren teilweise bereits rechtskräftig verurteilter – Mittäter durchzuführen, wobei umfassende Einvernahmen aus dem Vorverfahren nachzuholen und durch Befragungen neuer Auskunftspersonen und Zeugen zu ergänzen sind, alles unter Gewährung der Teilnahme- und Konfrontationsrechte mit Mitbeschuldigten aus mindestens vier separat geführten Verfahren mit jeweils wiederum verschiedenen Mitbeschuldigten. Es versteht sich von

selbst, dass das Ergebnis einer solchen umfangreichen Beweisergänzung in keiner Art und Weise antizipiert werden kann, gegebenenfalls aber die Entscheidungsgrundlagen massgeblich verändert. Nachdem der Beschuldigte seine Beweisanträge erneut ergänzte und zusätzlich die Einvernahme von N.\_\_\_\_\_ verlangte (was wiederum zusätzliche Befragungen zur Folge haben kann), drängt es sich angesichts einer solchen ungewöhnlich grossen Ausweitung des Verfahrens erstmals in der zweiten Instanz geradezu auf, einen drohenden Instanzenverlust zulasten des Beschuldigten zu vermeiden. Vor dem Hintergrund der Tragweite und des Ausmasses dieser Beweisergänzung ist die damit einhergehende Verlängerung des Verfahrens zugunsten der Wahrung der Teilnahme- und Konfrontationsrechte der Beteiligten hinzunehmen, zumal als gewisser Nachteilsausgleich die Rechtswohltat der Verjährung zu beachten sein wird. Überdies wird mit der Rückweisung an die Vorinstanz vermieden, dass das Berufungsgericht unzulässigerweise in die Parteirolle der Untersuchungsbehörde gedrängt würde. Da dem Beschuldigten sein Recht auf ein gesetzmässiges faires Verfahren im erstinstanzlichen Verfahren genommen wurde, dieser Mangel schwer wiegt und im Rechtsmittelverfahren nicht geheilt werden kann, ist das vorinstanzliche Urteil vom 14. Juni 2016 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Sie wird die erforderlichen Beweisergänzungen durchzuführen haben, wobei es ihr überlassen bleibt, wie oder durch wen sie diese vornehmen lässt. Ausserdem wird sie sich in ihrem Urteil explizit zur Rechtmässigkeit der Verfahrenstrennung betreffend die einzelnen Mittäter zu äussern haben (vgl. vorne E. II.3). Sie ist ferner darauf hinzuweisen, dass sie im Urteilszeitpunkt über die aktuellen persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten Kenntnis haben muss und sie grundsätzlich den Beschuldigten, wenn immer möglich, persönlich anzuhören hat, was sich vorliegend jedoch aufgrund der Krankheit des Beschuldigten bereits als schwierig herausgestellt hat.

#### IV.

1. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 4 StPO).

Über die Auflage der Kosten der Untersuchung und der erstinstanzlichen Gerichtskosten sowie über weitere Entschädigungsfolgen wird die Vorinstanz im Rahmen des neuen Entscheides und nach Massgabe der Beurteilung der materiellen Fragen zu befinden haben. Der Beschuldigte ist jedoch darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO grundsätzlich die beschuldigte Person die Verfahrenskosten zu tragen hat, wenn sie verurteilt wird. Darunter fallen selbstredend auch jene Kosten, die durch Beweisanträge des Beschuldigten verursacht werden und sämtliche Kosten des Vorverfahrens, sofern es zu einem Schuldspruch kommt.

2. Als Zwischenentscheid ist der Rückweisungsbeschluss gemäss Art. 93 BGG grundsätzlich nicht mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbar (Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, Art. 409 N 4).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 14. Juni 2016 (DG140006) wird aufgehoben, und die Sache im Sinne der Erwägungen an das Bezirksgericht Affoltern zur Beweisergänzung und neuer Entscheidung zurückgewiesen.
2. Das Verfahren SB190190 wird als dadurch erledigt abgeschlossen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:

Fr. 20'000.– amtl. Verteidigung RAin X. \_\_\_\_\_ Akonto SB160480

Fr. 29'454.70 amtl. Verteidigung RAin X. \_\_\_\_\_ SB160480

Fr. 2'263.85 amtl. Verteidigung RAin X. \_\_\_\_\_ SB190190

4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.

5. Schriftliche Mitteilung an

- die Vorinstanz (unter Beilage sämtlicher, auch beigezogener, Akten)
- die amtliche Verteidigung (im Doppel, für sich und zuhanden des Beschuldigten)
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
- den Vertreter der Privatklägerin 2, C. \_\_\_\_\_ SA, (vormals C1. \_\_\_\_\_ SA, im Doppel, für sich und zuhanden der Privatklägerin)
- die Privatklägerinnen B. \_\_\_\_\_ AG und D. \_\_\_\_\_ AG.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 1. Oktober 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Karabayir