

# ZH\_OBERGERICHT SB150338 vom 28. Juni 2016

ZH Obergericht, 2016-06-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB150338](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB150338)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB150338 du 28 juin 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT SB150338 del 28 giugno 2016

## Erwägungen

### E. 1

Verfahrensgang

#### E. 1.1

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

- 10 - werden können. Dabei geht es um Fälle, in denen grundlegende Verfahrensregeln verletzt wurden und bei denen keine ordnungsgemässe Hauptverhandlung stattfand (vgl. dazu die Kasuistik in Schmid, Handbuch StPO, 2. Auflage 2013, Rz 1576).

#### E. 1.2

Nach Art. 329 Abs. 2 StPO kann zudem eine Rückweisung der Anklage zur Beweisergänzung – wenn auch mit Zurückhaltung – erfolgen (vgl. BGE 141 IV 39 E 1.6.2, vgl. auch Entscheid des Bundesgerichtes 1B\_304/2011 vom 26. Juli 2011 E 3.2.1 = Praxis 101 (2012) Nr. 54), welche Bestimmung auch im Berufungsverfahren anwendbar ist (vgl. Art. 379 StPO).

#### E. 1.3

Wie oben aufgezeigt wurde, können sowohl im erstinstanzlichen Hauptverfahren (Art. 343 und 349 StPO) als auch im Berufungsverfahren (Art. 389 StPO) noch Beweisergänzungen vorgenommen werden. Zu berücksichtigen ist indes, dass im Berufungsverfahren gestützt auf Art. 389 StPO die – bereits – beschränkte Unmittelbarkeit, wie sie vor der ersten Instanz gilt, weiter eingeschränkt ist (BSK StPO - Ziegler/Keller, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 389 N 1). Obschon Art. 389 Abs. 3 StPO sodann nahelegt, dass es das Gericht – und nicht die Staatsanwaltschaft – ist, welche im Berufungsverfahren allfällige Beweisergänzungen vorzunehmen hat, obliegt es in erster Linie der Staatsanwaltschaft, die notwendigen Beweise zu erheben, zumal diese Behörde dem Gericht die notwendigen Grundlagen zu liefern hat, die es ihm erlauben, über die Schuld oder Unschuld des Beschuldigten zu befinden (vgl. Art. 308 Abs. 3 StPO, vgl. Entscheid des Bundesgerichtes 1B\_304/2011 vom 26. Juli 2011 E 3.2.1 = Praxis 101 (2012) Nr. 54, vgl. auch ZR 113 (2014) Nr. 35).

#### E. 1.4

Dazu kommt, dass die Staatsanwaltschaft – wie oben dargetan – für die Führung der Untersuchung, die eine ihrer Hauptaufgaben darstellt (vgl. Art. 16 und Art. 308 ff. StPO), a priori besser gerüstet ist als das Gericht (vgl. Entscheid des Bundesgerichtes 1B\_304/2011 vom 26. Juli 2011 E 3.2.1 = Praxis 101 (2012) Nr. 54).

- 11 - 2. Standpunkte der Parteien 2.1. Die Staatsanwaltschaft hält in ihrer Berufungserklärung dafür, die von ihr beantragten Beweisabnahmen seien durch die Berufungsinstanz vorzunehmen (vgl. Urk. 44). 2.2. Die Verteidigung machte demgegenüber in der Stellungnahme zum Beweis- antrag geltend, eine Ergänzung der Beweise durch das Obergericht verletze ins- besondere den Anspruch des Beschuldigten auf ein Verfahren über zwei Instan- zen (vgl. Urk. 57 S. 4). 2.3. Mit Verfügung vom 24. Mai 2016 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zur Frage der Rückweisung Stellung zu nehmen (vgl. Urk. 74). 2.4. Mit Eingabe vom 16. Juni 2016 brachte die Verteidigung vor, sie erachte es als zweckdienlich, dass die Sache an die Staatsanwaltschaft zur Vervollständi- gung der Strafuntersuchung zurückgewiesen werde (Urk. 80). 2.5. Die Staatsanwaltschaft erstattete ihre Stellungnahme mit Datum vom 30. Mai 2016. Sie führte darin aus, soweit davon auszugehen sei, dass nicht be- wiesen sei, dass es sich beim Beschuldigten um eine der Personen auf dem Turm handle, dann müsse man tatsächlich davon ausgehen, dass der Tatnachweis nicht erbracht sei und es damit an der Grundlage des Strafbefehls mangle. Dies müsse zur Rückweisung führen (Urk. 77). 3. Beurteilung im vorliegenden Fall

### **E. 1.5**

Die Staatsanwaltschaft äusserste sich in der Folge mit Eingabe vom 26. November 2015 zur Stellungnahme der Verteidigung und beantragte, den ge- stellten Beweisanträgen statt zu geben und neu sowohl die eingereichten Fotos und Berichte zu den Akten zu erheben als auch die beantragten Polizeibeamten als Zeugen zu befragen (Urk. 61).

### **E. 1.6**

In einer Stellungnahme dazu vom 15. Januar 2016 wiederholte die Ver- teidigung ihren Antrag auf Ablehnung der durch die Staatsanwaltschaft gestellten Beweisanträge (Urk. 66).

### **E. 1.7**

Mit Verfügung vom 12. Februar 2016 hiess der Kammerpräsident den Beweisantrag der Staatsanwaltschaft auf Befragung der beiden Polizeibeamten B.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_ als Zeugen gut (vgl. Urk. 68). 2. Umfang der Berufung Gestützt auf die oben erwähnte Berufung der Staatsanwaltschaft steht das vor- instanzliche Urteil vollumfänglich zur Disposition.

- 4 - II. Prozessuales 1. Ausgangslage

### **E. 3**

Die Freiheitsstrafe sei zu vollziehen.

#### **E. 3.1**

Die Anklagebehörde rügte vorerst eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil ohne ihre Kenntnis an der Hauptverhandlung ein Zeuge einvernommen wor- den sei (vgl. Urk. 61), was zutrifft (vgl. Urk. 18) und einen wesentlichen Verfah- rensmangel darstellt (Verletzung des rechtlichen Gehörs durch unvollständige Vorladung). Dies allein rechtfertigt die Aufhebung des vorinstanzlichen Entschei- des und eine Rückweisung an die Vorinstanz.

#### **E. 3.2**

Dazu kommt, dass sich – wie oben gezeigt – die Untersuchung in mehr- facher Hinsicht ergänzungsbedürftig erweist. Weder vor Erlass des Strafbefehls

- 12 - noch nach Einspracheerhebung erfolgte eine Untersuchung, die den Sachverhalt ausreichend geklärt hätte. Als die Akten beim Einzelgericht eingingen, lag nicht einmal der – weil Prozessvoraussetzung – erforderliche Strafantrag betreffend Hausfriedensbruch vor, weswegen diese Urkunde noch angefordert werden musste (vgl. Urk. 23 und 24). Die Staatsanwaltschaft selber beantragt im Berufungsverfahren die Abnahme von zusätzlichen Beweisen. Es steht zudem fest, dass die Befragungen der beantragten zwei Zeugen allein ungenügend sind, weil weitere Abklärungen zum Zustandekommen der neu eingereichten Urkunden, insbesondere zum Zustandekommen und zum Zeitpunkt der im Polizeirapport vom 13. August 2015 erwähnten Befragungen der Auskunftspersonen, nötig sind. Ferner stellte die Verteidigung in Aussicht, ihrerseits allfällige durch die Abnahme der neuen Beweise veranlassten Beweisergänzungsanträge zu stellen (vgl. Urk. 57 S. 4, vgl. auch Urk. 66 S. 3). Solch umfassende Beweiserhebungen, die einem eigentlichen Neuaufrollen der Untersuchung gleichkommen, übersteigen die in Art. 389 Abs. 3 StPO vorgesehenen Möglichkeiten des Berufungsgerichtes zur Beweisergänzung.

### **E. 3.3**

Der Charakter der Berufung als ordentliches und vollkommenes Rechtsmittel bringt es zwar mit sich, dass sich die Berufungsinstanz unter Umständen mit neuen Behauptungen und Beweisen zu Tat und Rechtsfragen auseinandersetzen muss, für deren Beurteilung alsdann nur eine Instanz zur Verfügung steht (vgl. Entscheid des Bundesgerichtes 6B\_859/2013 vom 2. Oktober 2014 E. 3.3.3 mit Literaturhinweisen, vgl. auch Entscheid des Bundesgerichtes 6B\_253/2013 vom 11. Juli 2013 E. 1.2, 6B\_512/2012 vom 30. April 2013 E. 1.3.3, 6B\_362/2012 vom 29. Oktober 2012 E. 8.4.2 mit Hinweisen), weswegen der Umstand, dass das Berufungsgericht weitere Beweise abnimmt oder deren Abnahme für notwendig hält und abnehmen lässt, nicht automatisch zu einer Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides nach Art. 409 StPO führt. Indessen geht es nicht an, dass erst im Berufungsverfahren die eigentliche Untersuchung durchgeführt wird. Denn das (Berufungs-)Gericht ist – wie schon oben erwähnt (vgl. oben Ziff. 2.4.) – nicht der verlängerte Arm der Untersuchungsbehörde. Dazu kommt, dass ein solches Vorgehen einer krassen Verletzung des "double-instance"-Prinzips gleichkäme.

- 13 -

### **E. 3.4**

Aus diesem Grunde drängt sich vorliegend – nebst der Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und der Rückweisung an die Vorinstanz – auch eine Rückweisung der Sache an die Staatsanwaltschaft auf, was durch die Vorinstanz zu veranlassen ist. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 3.5**

Nach Fällung des vorinstanzlichen Urteils (Freispruch) stellte die Staatsanwaltschaft im Berufungsverfahren Beweisanträge. Sie verlangte dabei, es seien "noch zu benennende Beamte der Stadtpolizei Zürich als Zeugen" zu befragen (vgl. Urk. 44 S. 2). Erst in einer späteren Eingabe und nach erfolgter gerichtlichen Aufforderung gab die Staatsanwaltschaft die Namen der zu Befragenden bekannt (vgl. Urk. 49). Gleichzeitig reichte sie weitere Urkunden ins Recht, nämlich einen neuen Fotobogen mit 6 Fotos und einen Polizeirapport vom 13. August 2015 (vgl. Urk. 50/2 und 50/1). Bemerkenswert ist, dass der Polizeirapport beinahe 3 Monate nach dem vorinstanzlichen Urteil verfasst wurde. In eben diesem Polizeirapport befinden sich die Aussagen der Auskunftspersonen C. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_

(vgl. Urk. 50/1 S. 2 f.). Unklar ist, wann diese Auskunftspersonen aussagten und durch wen sie befragt wurden. Nachdem es sich bei diesen Personen just um die im Berufungsverfahren angerufenen und zu befragenden Zeugen handelt, wären die In-

- 9 - formationen zum Zustandekommen inkl. des Datums der Befragungen für die Bewertung ihrer Aussagen von Belang. Diese Fragen sind indessen alleine durch eine Befragung dieser Personen an der Berufungsverhandlung nicht abschliessend zu klären, zumal nicht beantragt wurde und daher nicht vorgesehen ist, den Rapporterstatter G.\_\_\_\_\_ ebenfalls zu befragen. Aufgrund des Datums des neu eingereichten Rapportes kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass die darin festgehaltenen Aussagen der Auskunftspersonen erst während laufendem Berufungsverfahren erhoben wurden, was unweigerlich Fragen zur Zulässigkeit eines solchen Vorgehens aufwirft. Es steht dabei nicht hauptsächlich die Problematik der Durchführung von Untersuchungshandlungen nach Anklageerhebung bzw. nach erstinstanzlichem Urteil in Vordergrund, sondern vielmehr die Frage, inwiefern eine allfällige "Vorbefragung" – sollte diese im Hinblick auf die vorgesehene Befragung vor Gericht erfolgt sein – von zwei offerierten Zeugen auch Einfluss auf die Verwertbarkeit deren Aussagen haben kann.

### **E. 3.6**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschuldigte den Sachverhalt nicht eingestanden hat, dass dennoch die erforderliche Untersuchung zur "anderweitig ausreichenden" Klärung des Sachverhalts im Sinne von Art. 352 Abs. 1 StPO nicht erfolgte, was grundsätzlich den Erlass eines Strafbefehls nicht erlaubte. Weiter steht fest, dass auch nach Einsprache gegen den Strafbefehl keine Untersuchungshandlungen durchgeführt wurden. Schliesslich ergibt sich aufgrund der jetzigen Aktenlage, dass vorliegend weitere Beweise als die im Berufungsverfahren beantragten abzunehmen sind. Weiter ist festzuhalten, dass die Staatsanwaltschaft die Befragung eines Zeugen an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung bemängelte (vgl. Urk. 61), womit sie die Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt. III. Rückweisung 1. Allgemeines

### **E. 4**

Die Kosten seien dem Beschuldigten aufzuerlegen. Gleichzeitig stellte die Anklagebehörde den Beweisantrag, es seien noch zu benennende Beamte der Stadtpolizei Zürich als Zeugen zu befragen, wobei die Stadtpolizei zur Zeit daran sei, diese Beamten zu eruiieren (vgl. Urk. 44 S. 2).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.