

# ZH\_OBERGERICHT SB180332 vom 20. September 2019

ZH Obergericht, 2019-09-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB180332](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180332)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB180332 du 20 septembre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT SB180332 del 20 settembre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Verfahrensgang

#### E. 1.1

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf, I. Abteilung, vom 18. Januar 2018 wurde der Beschuldigte der versuchten vorsätzlichen Tötung sowie der Fälschung von Ausweisen schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren sowie einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 10.– bestraft (Urk. 91 S. 77). Gegen dieses Urteil meldete die amtliche Verteidigerin, Rechtsanwältin lic. iur. X2.\_\_\_\_\_, namens des Beschuldigten fristgerecht Berufung an (Urk. 84; Art. 399 Abs. 1 StPO).

#### E. 1.2

Am 14. Juni 2018 gab das Amt für Justizvollzug, Bewährungs- und Vollzugsdienst, (fortan JUV) aufgrund des Verhaltens des Beschuldigten im vorzeitigen Straf- und Massnahmenvollzug bei Dr. med. B.\_\_\_\_ ein Verlaufsgutachten zur Klärung der Diagnose, der Beurteilung der Rückfallgefahr sowie der Einschätzung der passenden Massnahme in Auftrag (Urk. 89).

#### E. 1.3

Das begründete Urteil der Vorinstanz wurde der amtlichen Verteidigung am 8. August 2018 zugestellt (Urk. 90/3), worauf diese am 28. August 2018 die Berufungserklärung einreichte, den Beizug der Akten des JUV und eine Sistierung des Berufungsverfahrens bis zur Erstattung des erwähnten Gutachtens beantragte (Urk. 99). Mit Eingabe vom 29. August 2018 zeigte Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ die Mandatierung durch den Beschuldigten an und ersuchte für das Berufungsverfahren um einen Wechsel der amtlichen Verteidigung (Urk. 96). Dem wurde mit Präsidialverfügung vom 7. September 2018 Folge geleistet (Urk. 101).

#### E. 1.4

Mit Eingabe vom 18. September 2018 verzichtete die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (fortan Staatsanwaltschaft) auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des angefochtenen Urteils. Überdies zeigte sie sich mit der Verfahrenssistierung und dem Aktenbeizug einverstanden (Urk. 106). Der Privatkläger liess sich innert Frist nicht vernehmen.

- 3 -

#### E. 1.5

Mit Präsidialverfügung vom 11. Oktober 2018 wurde das Berufungsverfahren antragsgemäss sistiert und festgehalten, dass die Akten des JUV nach Abschluss der

Begutachtung beigezogen würden (Urk. 108). Mit Präsidialverfügung vom 29. November 2018 wurde das Verfahren wieder aufgenommen und das JUV um Aktenevidenz ersucht (Urk. 111). Nach Eingang der Akten wurde den Parteien mit Präsidialverfügung vom 17. Dezember 2018 je eine Kopie des Gutachtens zugestellt und es wurde ihnen Frist angesetzt, um allfällige Ergänzungsfragen zu stellen (Urk. 115). Solche beantragte der amtliche Verteidiger mit Eingabe vom 7. Januar 2019 (Urk. 117: Abklärung der Frage der Schuldfähigkeit). Die Staatsanwaltschaft äusserte sich hierzu innert Frist nicht (vgl. Urk. 121).

### **E. 1.6**

Mit Beschluss der Kammer vom 27. Februar 2019 wurde die Einholung eines psychiatrischen Ergänzungsgutachtens zur Frage der Schuldfähigkeit des Beschuldigten zum Deliktszeitpunkt bei Dr. med. B.\_\_\_\_\_ angeordnet (Urk. 126). Dieses ging am 28. Juni 2019 bei Gericht ein und wurde anschliessend dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft zur Kenntnis gebracht (Urk. 138, 139 und 141).

### **E. 1.7**

Mit Präsidialverfügung vom 22. August 2019 wurde festgestellt, dass die Vorinstanz Protokollierungsvorschriften verletzt hat und es wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob dieser Mangel gerügt werde oder nicht (Urk. 146). Mit Eingabe vom 16. September 2019 beantragte der Beschuldigte innert erstreckter (Urk. 148) Frist die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz (Urk. 152). Die Staatsanwaltschaft sowie der Privatkläger liessen sich nicht vernehmen.

## **E. 2**

Protokoll

### **E. 2.1**

Gemäss dem vorinstanzlichen Protokoll fand am 17. Januar 2018 die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 21 ff.). Nach Schluss der Verhandlung kam es – gleichentags – von 13.30 Uhr bis 17.00 Uhr zu einer Urteilsberatung (a.a.O. S. 27 f.). Allerdings findet sich in der Folge kein Urteilsdispositiv – unter dem 17. Januar 2018 – im Protokoll (a.a.O. S. 28 f.). Aus dem Urteilsdispositiv ergibt sich vielmehr, dass das Urteil offenbar am 18. Januar 2018 gefällt wurde

- 4 - (Urk. 79). Eine allfällige (Fortsetzung der) Urteilsberatung am 18. Januar 2018 ist indes nicht protokolliert. Wie das Gericht am 18. Januar 2018 entschieden hat (Urteilsdispositiv), geht aus dem Protokoll ebenfalls nicht hervor (a.a.O. S. 29). Schliesslich kann dem vorinstanzlichen Protokoll entnommen werden, dass am 18. Januar 2018 eine Urteilseröffnung angesetzt worden war, auf eine mündliche Urteilseröffnung indes zufolge Verhandlungsunfähigkeit des Beschuldigten verzichtet wurde (a.a.O. S. 29).

### **E. 2.2**

Gemäss Art. 76 Abs. 1 StPO werden die Aussagen der Parteien, die mündlichen Entscheide der Behörden sowie alle anderen Verfahrenshandlungen, die nicht schriftlich durchgeführt werden, protokolliert. Das Bundesgericht hielt hierzu im Entscheid BGE 143 IV 408 E. 8.2 Folgendes fest: Im Strafverfahren gilt die Dokumentationspflicht. Alle nicht schriftlichen Verfahrenshandlungen der Strafbehörden und der Parteien sind zu protokollieren (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember

2005, BBl 2006 1155 Ziff. 2.2.8.4). Die Pflicht zur Protokollführung leitet sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ab (BGE 130 II 473 E. 4.2 S. 478; BGE 126 I 15 E. 2a/ bb). Danach sind alle verfahrensmässig relevanten Vorgänge von den Behörden in geeigneter Form festzuhalten und die entsprechenden Aufzeichnungen in die Strafakten zu integrieren (DANIELA BRÜSCHWEILER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Donatsch und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 1 zu Art. 76 StPO; PHILIPP NÄPFLI, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014 [nachfolgend: Basler Kommentar], N. 1 und N. 4 ff. zu Art. 76 StPO; SCHMID, Handbuch, a.a.O., N. 566). Im Strafprozess dient das Protokoll zum einen als Grundlage für die Feststellung des Sachverhalts. Zum andern erlaubt es die Kontrolle, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten sind, und garantiert insofern ein rechtsstaatlich korrektes Verfahren. Schliesslich versetzt es das Gericht und allfällige Rechtsmittelinstanzen in die Lage, die inhaltliche Richtigkeit und verfahrensmässige Ordnungsmässigkeit einer angefochtenen Entscheidung zu überprüfen. Die Bestimmungen über die Protokollierung von Einvernahmen sind zwingender Natur. Ihre Beachtung ist Voraussetzung für die Gültigkeit des Protokolls und damit gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO Voraussetzung für die Verwertbarkeit der Aussage (BGE 142 I 86 E. 2.2; Urteile 6B\_893/2015 vom 14. Juni 2016 E. 1.4.3 und 6B\_492/2012 vom 22. Februar 2013 E. 1.4; je mit Hinweisen). Das Protokoll muss alle wesentlichen Verfahrenshandlungen mit sämtlichen dabei relevanten Angaben (Ort, Zeit, Anwesende, gestellte Anträge, weitere Momente, die für das Verfahren von Bedeutung sein können) festhalten (SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, N 573). Sämtliche Verfah-

- 5 - rensvorgänge sind zusammenfassend zu dokumentieren und die Einhaltung der Verfahrensvorschriften zu belegen (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_157/2016 vom 8. August 2016 E. 2.4). 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 (NÄPFLI, in: BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, N 12 zu Art. 76).

### **E. 2.3**

Vorliegend fehlt es im Protokoll einerseits am Urteilsdispositiv oder zumindest einem Hinweis darauf, dass nach der Beratung ein Urteil gefällt wurde und dass das Dispositiv als separates Aktorum den Akten beigelegt werde. Zudem stimmen das protokollierte Beratungsdatum (17. Januar 2018) und das Urteilsdatum (18. Januar 2018) nicht überein, weshalb nicht ausgeschlossen werden kann, dass nach der protokollierten Beratung eine weitere Beratung bzw. eine Fortsetzung der Beratung vom 17. Januar 2018 stattfand. Mangels Protokollierung dieser allfälligen weiteren Beratung am 18. Januar 2018 kann sodann nicht eruiert werden, wer an dieser Beratung möglicherweise mitwirkte. Die Pflicht zur Protokollführung wurde verletzt. Es liegt somit kein den gesetzlichen Anforderungen genügendes erstinstanzliches Protokoll vor.

### **E. 3**

Rückweisung

### **E. 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 vertretenen Rechtsauffassungen und an die damit verbundenen Weisungen gebunden (Art. 409 Abs. 2 und Abs. 3 StPO).

- 6 -

### **E. 3.2**

Zufolge des zwingenden Charakters der Protokollierungsvorschriften können die vorliegenden Mängel bzw. die unrichtige respektive fehlende Protokollierung im vorliegenden Verfahren nicht geheilt werden. Die Gültigkeit und die Verbindlichkeit der gerichtlichen Verhandlungen hängen von einem ordnungsgemässen Protokoll ab. Die vorinstanzliche Hauptverhandlung ist deswegen ungültig, jenes Strafverfahren mithin ohne Hauptverhandlung durchgeführt worden. Dies führt zwingend zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung.

### **E. 4**

Kosten- und Entschädigungsfolgen Ausgangsgemäss fallen die Gerichtsgebühren für das durchgeführte erst- sowie zweitinstanzliche Verfahren ausser Ansatz (Art. 428 Abs. 4 StPO), wobei die Vorinstanz über die weiteren Kosten sowie deren Auflage erneut zu befinden haben wird. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens (inkl. allfälliger Kosten für die amtliche Verteidigung) sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

### **E. 5**

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 Be-

- 7 - schlusses angebracht, als – allenfalls mögliches – Rechtsmittel die Beschwerde gemäss Art. 93 BGG anzugeben. Es wird beschlossen:

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