

# ZH\_OBERGERICHT SB200216 vom 1. Juli 2020

ZH Obergericht, 2020-07-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB200216](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200216)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB200216 du 1 juillet 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT SB200216 del 1 luglio 2020

## Erwägungen

### E. 1

Verfahrensgang

#### E. 1.1

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom 10. Dezember 2019 wurde der Beschuldigte des mehrfachen versuchten Diebstahls, des mehrfachen Hausfriedensbruchs, der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte, der mehrfachen Tötlichkeiten, des mehrfachen geringfügigen Diebstahls, der geringfügigen Sachbeschädigung sowie der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 16 Monaten und einer Busse von Fr. 2'500.– bestraft. Vom Vorwurf des gewerbsmässigen Diebstahls, des mehrfachen Hausfriedensbruchs betreffend einzelne Nebendossiers sowie der Sachbeschädigung betreffend ein Nebendossier erfolgte ein Freispruch (Urk. 61 S. 7; Urk. 87 S. 82 f.). Gegen dieses Urteil meldete die amtliche Verteidigerin namens des Beschuldigten fristgerecht Berufung an (Urk. 63; Art. 399 Abs. 1 StPO).

#### E. 1.2

Nachdem der amtlichen Verteidigerin das schriftlich begründete Urteil am 7. April 2020 zugestellt worden war (Urk. 82), reichte diese am 28. April 2020 (Datum des Poststempels: 27. April 2020) ebenfalls innert Frist die Berufungserklärung ein (Urk. 88). Mit Präsidialverfügung vom 26. Mai 2020 wurde den Parteien das rechtliche Gehör zu diversen formellen respektive prozessualen Fragen gewährt, welche die Verteidigung mit der Berufungserklärung aufwarf (Urk. 93). Die diesbezüglichen Schreiben der beiden Staatsanwaltschaften datieren vom

### E. 2

Protokollierung

#### E. 2.1

Gemäss dem vorinstanzlichen Protokoll fand am 10. Dezember 2019 die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 6 ff.). Nach Schluss der Verhandlung kam es – gleichentags – von 16.05 Uhr bis 19.45 Uhr zu einer Urteilsberatung (a.a.O. S. 71). Allerdings findet sich in der Folge kein Urteilsdispositiv im Protokoll (a.a.O. S. 71 ff.), sondern das Protokoll wird auf Seite 72 mit dem Dispositiv der Verfü-

- 3 - gung vom 20. Dezember 2019 – betreffend Mitteilung der Berufungsanmeldung durch den Beschuldigten an die Parteien – fortgesetzt (a.a.O. S. 72). Schliesslich folgt noch das Dispositiv des Beschlusses vom 14. Januar 2020 (a.a.O. S. 73 ff.). Das schriftlich versandte Urteilsdispositiv (und auch das schriftlich begründete Urteil) datiert vom 10. Dezember 2019 (Urk. 61; Urk. 87). Dass und wie das Gericht am 10. Dezember 2019 entschieden hat

(Urteilsdispositiv), geht aus dem Protokoll allerdings nicht hervor.

## **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-

- 4 - 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. 2014, N 12 zu Art. 76).

## **E. 2.3**

Vorliegend fehlt es im Protokoll am Urteilsdispositiv oder zumindest einem Hinweis darauf, dass nach der Beratung ein Urteil gefällt wurde und dass das Dispositiv als separates Aktorum den Akten beigefügt wurde. Die Pflicht zur Protokollführung wurde verletzt. Es

liegt somit kein den gesetzlichen Anforderungen genügendes erstinstanzliches Protokoll vor.

### **E. 3**

Abweichungen schriftlich begründetes Urteil vom verschickten Urteilsdispositiv bzw. der Begründung vom Dispositiv

#### **E. 3.1**

Gemäss dem verschickten Urteilsdispositiv vom 10. Dezember 2019 wurde der Beschuldigte betreffend das Nebendossier 42 – lediglich – hinsichtlich des Geschädigten B.\_\_\_\_\_ des Hausfriedensbruchs schuldig gesprochen (Urk. 61 S. 7). Gemäss dem schriftlich begründeten Urteil wurde der Beschuldigte betreffend das Nebendossier 42 auch (neben dem Geschädigten B.\_\_\_\_\_) hinsichtlich des Geschädigten C.\_\_\_\_\_ schuldig gesprochen (Urk. 87 S. 82). Die Vorinstanz erwog hierzu, dem Gericht sei ein offensichtlicher Fehler unterlaufen, da der Hausfriedensbruch betreffend ND 42 i.S. C.\_\_\_\_\_ weder in Dispositiv-Ziffer 1 (Schuldsprüche) noch in Dispositiv-Ziffer 2 (Freisprüche) aufgeführt werde (Urk. 87 S. 49). Sodann wurde gemäss Dispositiv-Ziffer 6 des verschickten Urteilsdispositivs der Beschuldigte in Anwendung von Art. 66abis StGB für acht Jahre des Landes ver-

- 5 - wiesen (Urk. 61 S. 8). Es wurde also eine nicht obligatorische Landesverweisung ausgesprochen. Gemäss dem schriftlich begründeten Urteil wurde der Beschuldigte in Anwendung von Art. 66a StGB – obligatorisch – für acht Jahre des Landes verwiesen (Urk. 87 S. 83), wobei erwogen wurde, es handle sich um ein Versehen, weshalb das Urteilsdispositiv entsprechend anzupassen sei (a.a.O. S. 77). Schliesslich erwog die Vorinstanz, dass der Beschuldigte sich betreffend das Nebendossier 3 auch des Hausfriedensbruchs schuldig gemacht habe (Urk. 87 S. 22). Dies fand jedoch keinen Eingang in das Dispositiv – weder in das verschickte (Urk. 61) noch in dasjenige im schriftlich begründeten Urteil (Urk. 87 S. 82).

#### **E. 3.2**

Mit Beschluss vom 14. Januar 2020 wurde das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 10. Dezember 2020 zwar – nebst einer Anpassung des Rubrums – berichtigt. Die Berichtigung erfolgte indes bloss hinsichtlich von Dispositiv-Ziffern 16 und 18 (Kostenfestsetzung und Mitteilungssatz; Urk. 78). Eine Berichtigung des Schuldspruches (Dispositiv-Ziffer 1), der Freisprüche (Dispositiv-Ziffer 2) oder des Entscheides betreffend die Landesverweisung (Dispositiv-Ziffer 6) erfolgte in jenem Berichtigungsbeschluss – trotz der aufgezeigten Diskrepanzen – nicht.

#### **E. 3.3**

Gemäss Art. 83 StPO kann die Strafbehörde einen Entscheid erläutern oder berichtigen, wenn das Dispositiv unklar, widersprüchlich oder unvollständig ist oder mit der Begründung im Widerspruch steht. Vorliegend nahm die Vorinstanz hinsichtlich des zusätzlichen Schuldspruches wegen Hausfriedensbruchs in ND 42 (betreffend den Geschädigten C.\_\_\_\_\_) respektive der Landesverweisung (obligatorisch oder nicht obligatorisch) keine Erläuterung oder Berichtigung im Sinne von Art. 83 StPO vor, sondern mit der Urteilsbegründung wurden diese Dispositiv-Ziffern einfach "korrigiert" und mithin – nur – durch die Verfahrensleitung materiell geändert. Eine materielle Änderung eines Entscheides kann nicht durch die Verfahrensleitung allein erfolgen, was sich schon aus

dem Gesetzestext von Art. 83 StPO ergibt, in welcher Bestimmung festgehalten wird, dass die Strafbehörde "die einen Entscheid gefällt hat" eine Erläuterung oder Berichtigung vornimmt

- 6 - (vgl. auch STOHNER, in: BSK StPO, a.a.O., N 11 zu Art. 83). Ein solches Vorgehen respektive die Vornahme solcher – materieller – Änderungen durch die Verfahrensleitung ist unzulässig.

#### **E. 4**

Rückweisung

##### **E. 4.1**

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).

##### **E. 4.2**

Zufolge des zwingenden Charakters der Protokollierungsvorschriften sowie der Zuständigkeiten können die vorliegenden Mängel bzw. die unrichtige/fehlende Protokollierung (keine Protokollierung des Entscheiddispositivs; Vornahme materieller Änderungen im schriftlich begründeten Urteil im Gegensatz zum versandten Urteilsdispositiv) im vorliegenden Verfahren nicht geheilt werden, selbst wenn die kassatorische Erledigung durch Rückweisung aufgrund des reformatorischen Charakters des Berufungsverfahrens die Ausnahme ist und nur bei derart schwerwiegenden, nicht heilbaren Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens in Betracht kommt, in denen die Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte, in erster Linie zur Vermeidung eines Instanzenverlusts, unumgänglich ist (BGE 143 IV 408 E. 6.1). Insbesondere ist für den Beschuldigten und Berufungskläger in der jetzigen Situation (abweichende Urteilsdispositive) unklar, gegen welches Urteil er sich mit seiner Berufung nun wenden soll – das mit Versand des Urteilsdispositiv eröffnete oder das schriftlich begründete. Das erstinstanzliche Urteil ist deswegen aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

##### **E. 4.3**

Wie bereits erwähnt bezeichnet das Berufungsgericht in seinem Rückweisungsbeschluss die Verfahrenshandlungen, die zu wiederholen sind (Art. 409 Abs. 2 StPO), in der Meinung, dass sich das erstinstanzliche Gericht bei der

- 7 - neuen Hauptverhandlung auf diese Punkte beschränken und sich beim neu zu fassenden Urteil im Übrigen auf die Erkenntnisse des ersten Hauptverfahrens beziehen kann (SCHMID, a.a.O., N 1579). Die Hauptverhandlung einschliesslich der Beratung (respektive die Tatsache, dass eine Beratung stattfand) wurde ordnungsgemäss durchgeführt und protokolliert (Prot. I S. 6-71). Es erscheint daher als ausreichend, wenn die Vorinstanz im Rahmen der Hauptverhandlung lediglich die Urteilsberatung (einschliesslich Protokollierung des Urteilsdispositivs) wiederholt, zumal auch keine der Parteien die Wiederholung des Beweisverfahrens und der Parteiverhandlungen verlangt (vgl. Urk. 88;

Urk. 95; Urk. 97; Urk. 99).

#### **E. 5**

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 in ihrem neuen Urteil erneut zu befinden haben wird. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens (inkl. allfälliger Kosten für die amtliche Verteidigung) sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

#### **E. 6**

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:

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