

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170480-O /U/cwo

Mitwirkend: Oberrichter Dr. iur. F. Bollinger, Präsident, die Oberrichterinnen
lic. iur. L. Chitvanni und lic. iur. R. Affolter sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. C. Baumgartner

Beschluss vom 7. Februar 2018

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 20. Juni 2017
(DG170008)**

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Mit Urteil vom 20. Juni 2017 sprach das Bezirksgericht Hinwil den Beschuldigten A._____ der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (BetmG) im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b bis d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG schuldig. Das Gericht bestrafte den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren und 10 Monaten, an welche Strafe 722 Tage als durch Haft erstanden angerechnet wurden. Ferner entschied das Gericht über diverse beschlagnahmte Gegenstände sowie über eine Barschaft. Die Kosten für die Untersuchung und das Gerichtsverfahren wurden, mit Ausnahme der Kosten für die amtliche Verteidigung, ausgangsgemäss dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 89). Das Urteil wurde den Parteien zunächst am 22. Juni 2017 mündlich eröffnet (Prot. I S. 41) und sodann am 6. November 2017 bzw. 7. November 2017 in der schriftlichen Fassung zugestellt (Urk. 85).

2. Der Beschuldigte meldete gegen dieses Urteil am 27. Juni 2017 Berufung an (Urk. 38). Am 10. Juli 2017 teilte der Verteidiger des Beschuldigten mit, dass sich die Berufung des Beschuldigten gegen das gesamte Urteil richte (Urk. 40). Mit Schreiben vom 20. Juli 2017 ersuchte der Beschuldigte (unter anderem) um einen Wechsel der amtlichen Verteidigung (Urk. 44). Die Vorinstanz wies dieses Gesuch mit Beschluss vom 4. August 2017 ab (Urk. 48). Die gegen diesen Entscheid fristgerecht erhobene Beschwerde des Beschuldigten hiess die III. Strafkammer des Obergerichts mit Beschluss vom 4. Oktober 2017 gut (Urk. 79). Entsprechend wies es die Sache zur Entlassung des bisherigen amtlichen Verteidigers (RA X2._____) und zur Bestellung des neuen amtlichen Verteidigers (RA X1._____) an die Vorinstanz zurück (Urk. 79). Diesem Entscheid kam die Vorinstanz mit Beschluss vom 12. Oktober 2017 nach, womit sie RA X1._____ als neuen amtlichen Verteidiger des Beschuldigten einsetzte (Urk. 81). Fristgerecht reichte der neue amtliche Verteidiger mit Eingabe vom 24. November 2017 die Berufungserklärung ein (Urk. 94).

3. In seiner Berufungserklärung beantragte der Verteidiger die Aufhebung des angefochtenen Entscheids des Bezirksgerichts Hinwil vom 20. Juni 2017 und die Rückweisung der Sache zur neuen Beurteilung an das genannte Gericht (Urk. 94). Mit Präsidialverfügung vom 20. Dezember 2017 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft unter Fristansetzung zur Stellungnahme zum Rückweisungsantrag zugestellt. Die Staatsanwaltschaft liess sich indessen dazu nicht vernehmen (Urk. 99, Urk. 100).

II. Rückweisung

4. Standpunkt der Verteidigung

Der Verteidiger bringt in seiner Berufungserklärung unter Verweis auf das vorinstanzliche Protokoll vor, der vormalige Verteidiger habe anlässlich der Hauptverhandlung - soweit überhaupt verständlich - entgegen den Instruktionen bzw. Ausführungen seines Klienten einen vollumfänglichen Schuldspruch beantragt. Er habe weiter den Aussagen seines Klienten eine Bedeutung unterstellt, die nie beabsichtigt oder abgesprochen gewesen sei. Dabei verweist der Verteidiger auf die Ausführung des vormaligen Verteidigers in der Hauptverhandlung, wonach die Aussagen des Beschuldigten als Geständnis gewertet werden könnten. Dies obwohl sein Mandant auf die explizite Frage der Vorsitzenden offensichtlich einen gegenteiligen Standpunkt vertreten habe. Sodann habe der damalige amtliche Verteidiger Umstände behauptet, welche in den Akten keinen Widerhall fänden und auch nicht auf Instruktionen seines Mandanten beruhten. Die vom Verteidiger verfolgte Strategie sei mit seinem Mandanten nicht abgesprochen gewesen und von diesem nicht getragen worden. Die Vorinstanz hätte somit spätestens nach den Ausführungen des damaligen amtlichen Verteidigers vor Schranken das Verfahren aussetzen und den Verteidiger ersetzen müssen. Dies ergebe sich aus der richterlichen Fürsorgepflicht und dem daraus folgenden Anspruch auf Gewährleistung einer wirksamen bzw. effizienten Verteidigung. Sein Mandant sei anlässlich der Hauptverhandlung nicht gehörig verteidigt gewesen (Urk. 94 S. 3 f.).

5. Gesetzliche Grundlagen

5.1. 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 geht es um Fälle, in denen grundlegende Verfahrensregeln verletzt wurden. Dies ist unter anderem der Fall, wenn keine ordnungsgemässe Hauptverhandlung durchgeführt wurde. Dabei stellt auch die nicht gehörige Verteidigung einen solchen Anwendungsfall von Art. 409 Abs. 1 StPO dar (vgl. Schmid / Jositsch, Kommentar StPO, Zürich 3. Auflage 2017, Art. 409 N 1-2).

5.2. Zur Stellung der Verteidigung äussert sich die StPO in Art. 128 dahingehend, dass die Verteidigung in den Schranken von Gesetz und Standesregeln allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet ist. Aus Art. 12 lit. a des Anwaltsgesetzes (BGFA) leitet sich die Pflicht der Verteidigung ab, einen Beschuldigten in allen Phasen des Verfahrens wirkungsvoll zu verteidigen. Sie hat in enger Absprache mit dem Beschuldigten zu handeln und dessen Wünsche zu berücksichtigen (Schmid / Jositsch, Kommentar SPO, a.a.O., Art. 129 N 5). Gestützt auf Art. 134 Abs. 2 StPO widerruft die Verfahrensleitung das Mandat für die amtliche Verteidigung und überträgt es an eine andere Person, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen der beschuldigten Person und ihrer amtlichen Verteidigung erheblich gestört oder eine wirksame Verteidigung aus anderen Gründen nicht mehr gewährleistet ist. In Fällen notwendiger und amtlicher Verteidigung hat die Strafbehörde in Nachachtung ihrer richterlichen Fürsorgepflicht von Amtes wegen den Verteidigerwechsel vorzunehmen (BGE 138 IV 161; Schmid / Jositsch, Kommentar SPO, a.a.O., Art. 134 N 4, mit Verweis auf die Rechtsprechung).

6. Beurteilung im vorliegenden Fall

6.1. Im Beschluss vom 4. Oktober 2017 stellte die III. Strafkammer des Obergerichts fest, es lägen objektive Anhaltspunkte dafür vor, dass das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und seinem (damaligen) amtlichen Verteidiger gestört sei. Diese Feststellung basierte auf der Analyse der Ausführungen des Beschuldigten und denjenigen seines Verteidigers anlässlich der Hauptver-

handlung vor Vorinstanz. Insbesondere erwog die III. Strafkammer des Obergerichts, der amtliche Verteidiger habe mit seinen Ausführungen, wonach sich der Beschuldigte noch nicht vollumfänglich zu einem Geständnis habe durchringen können sowie durch seine Angabe, die Aussagen des Beschuldigten anlässlich der Hauptverhandlung seien als Geständnis zu werten, nicht im Interesse des Beschwerdeführers gehandelt. Die Ausführungen der III. Strafkammer erweisen sich als zutreffend. So divergieren die Angaben, welche der Beschuldigte anlässlich seiner Einvernahme an der Hauptverhandlung machte (Prot. I S. 9-22), in nicht nachvollziehbarer Weise mit denjenigen, welche der Verteidiger vortrug (Prot. I 23-33). Mitunter lässt sich nicht eruieren, weshalb der Verteidiger zum Schluss kam und ausführte: "Was der Beschuldigte am heutigen Tag eingeräumt hat, kann als Geständnis gewertet werden." Dabei kritisierte der Verteidiger das Aussageverhalten des Beschuldigten als nicht nachvollziehbar. Schliesslich erklärte der Verteidiger explizit, dass er den Beschuldigten für schuldig hält, indem er nämlich ausführte, der Beschuldigte habe sich bislang noch nicht vollumfänglich zu einem Geständnis durchringen können. Auf der anderen Seite erscheint dann doch unklar, inwieweit der Verteidiger für einen Schuldspruch plädierte, zumal er zu den Vorfällen unter lit. b. und c. der Anklageschrift unter anderem ausführte, zwei der angeklagten Taten würden bestritten. Welche das seien, sei im Einzelnen nicht klar auszumachen. Auch die Fahrten unter lit. d. bzw. e. würden teilweise bestritten und teilweise anerkannt (Prot. I S. 29). Mit seiner Haltung und undifferenzierten Vorgehensweise offenbarte der Verteidiger, dass er den Beschuldigten nicht engagiert vertrat. Er legte dem Gericht zudem offen, dass der Beschuldigte seinen Empfehlungen betreffend Geständnis nicht folgte, welches Vorgehen nicht im Interesse des Beschuldigten lag. Zu erwähnen bleibt überdies, dass der Verteidiger einen Schuldspruch beantragte und sich deshalb auch zur Strafzumessung hätte ausführlich äussern müssen, was indessen nur in höchst rudimentärer Weise geschah (Prot. I S. 32). Die Verteidigung des Beschuldigten erweist sich diesbezüglich somit zusätzlich als unvollständig.

6.2. Gestützt auf diese Erwägungen steht einerseits fest, dass das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger bei der Durchführung der Hauptverhandlung gestört war, andererseits aber auch, dass eine

wirksame Verteidigung des Beschuldigten nicht gewährleistet war. Nachdem die Vorinstanz nicht einschritt und für eine wirksame Verteidigung des Beschuldigten sorgte, ist sie ihrer richterlichen Fürsorgepflicht nicht nachgekommen und hat Art. 134 Abs. 2 StPO verletzt. Es liegt somit ein wesentlicher Verfahrensmangel vor, welcher im Berufungsverfahren nicht geheilt werden kann. Zur Wahrung des Instanzenzugs ist das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 20. Juni 2017 aufzuheben und die Sache ist zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird die Hauptverhandlung mit dem neuen amtlichen Verteidiger zu wiederholen haben.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen.

8. Der amtliche Verteidiger RA X1._____ ist entsprechend seiner geltend gemachten Bemühungen, welche ausgewiesen sind (Urk. 102), mit Fr. 4'881.90 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer [8% bis 31.12.2017 und 7.7% ab 01.01.2018]) zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 20. Juni 2017 wird aufgehoben und das Verfahren DG170008 im Sinne der Erwägungen zur erneuten Durchführung der Hauptverhandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Berufungsverfahren SB170480 wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Der amtliche Verteidiger wird mit Fr. 4'881.90 aus der Gerichtskasse entschädigt.

5. Schriftliche Mitteilung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich

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 Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung (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, 7. Februar 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. F. Bollinger

lic. iur. C. Baumgartner