

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 135/2018

Urteil vom 22. März 2019

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer,
Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiberin Schär.

Verfahrensbeteiligte

X. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Susanne Pälme,
Beschwerdeführer,

gegen

1. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
2. A. _____ AG,
3. B. _____ SA,
4. C. _____ AG,
Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand

Veruntreuung usw.; Verfahrenseinheit; Teilnahmerechte; faires Verfahren,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 14. November 2017 (SB160480-O/U/ag).

Sachverhalt:

A.

X. _____ wird in der Hauptsache vorgeworfen, zusammen mit weiteren Personen in den betrügerischen Verkauf geleaster Fahrzeuge involviert gewesen zu sein. Zudem habe er für die Ausgleichskasse SVA bestimmte Gelder an sich genommen und unberechtigterweise für eigene Zwecke verwendet sowie einem unbekanntem Dritten weitergegeben. Am 24. Februar 2014 erhob die Staatsanwaltschaft II Zürich Anklage gegen X. _____ wegen Veruntreuung, mehrfacher Anstiftung zu Veruntreuung, mehrfacher Gehilfenschaft zu Veruntreuung, Betrugs, mehrfacher Hehlerei und mehrfachen Erschleichens eines Ausweises oder einer Bewilligung.

Das Bezirksgericht Affoltern sprach X. _____ am 14. Juni 2016 der Veruntreuung, der mehrfachen unrechtmässigen Aneignung, des Betrugs, der mehrfachen Hehlerei und des mehrfachen Erschleichens eines Ausweises oder einer Bewilligung schuldig. Vom Vorwurf der mehrfachen Anstiftung zu Veruntreuung sprach es ihn frei. Es bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 3.5 Jahren, unter Anrechnung der erstandenen Haft von 490 Tagen. Die Privatklägerin 1 (A. _____ AG) wurde mit ihren Schadenersatzforderungen auf den Zivilweg verwiesen. X. _____ wurde verpflichtet, der Privatklägerin 2 (B. _____ SA) eine Parteientschädigung zu bezahlen.

B.

X. _____ erhob Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts. Das Obergericht Zürich stellte am 14. November 2017 die Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils bezüglich der Dispositivziffern 2 (Teilfreispruch), 4 und 5 (Herausgabe beschlagnahmter Gegenstände) sowie 6 (Zivilforderung der A. _____ AG) fest. Es sprach X. _____ des Betrugs, der mehrfachen Hehlerei, der Veruntreuung, der mehrfachen unrechtmässigen Aneignung und der mehrfachen Anstiftung zum Erschleichen eines Ausweises schuldig und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 3.5 Jahren,

unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungs- und Sicherheitshaft von 490 Tagen. X. _____ wurde verpflichtet, der B. _____ SA eine Prozessentschädigung zu bezahlen.

C.

C.a. X. _____ führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, das Urteil des Obergerichts vom 14. November 2017 sei aufzuheben. Er sei von Schuld und Strafe freizusprechen. Eventualiter sei das Urteil aufzuheben und die zuständige Strafverfolgungsbehörde anzuweisen, den Sachverhalt rechtsgenügend zu erstellen. Die Zivilforderungen der A. _____ AG und der B. _____ SA seien abzuweisen. Die Verfahrenskosten des kantonalen Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen. Weiter sei er für die erlittene Untersuchungshaft zu entschädigen. In prozessualer Hinsicht beantragt X. _____, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und er ersucht für das bundesgerichtliche Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

C.b. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich beantragt die Abweisung der Beschwerde. Das Obergericht sowie die A. _____ AG verzichteten auf eine Vernehmlassung. Die B. _____ SA und die Privatklägerin 3 (C. _____ AG) liessen sich nicht vernehmen. X. _____ replizierte und hielt an seinen Anträgen fest.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer rügt den Grundsatz der Verfahrenseinheit (Art. 29 StPO) als verletzt. Dazu führt er aus, er sei von den anderen Tatbeteiligten zu Unrecht belastet worden. Da die Verfahren gegen die verschiedenen Beschuldigten getrennt geführt worden seien, habe er nicht rechtzeitig Kenntnis von den Falschbelastungen erlangt und sich dagegen nicht zur Wehr setzen können. Die unrechtmässige Verfahrenstrennung habe eine massive Beschränkung des Akteneinsichtsrechts zur Folge gehabt. Dieses sei ihm nur auszugsweise gewährt worden. Erst die Vorinstanz habe die Akten der anderen Strafverfahren beigezogen, diese jedoch bei ihrer Beurteilung unberücksichtigt gelassen. Insgesamt verletze dieses Vorgehen den Grundsatz der Verfahrensfairness (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK).

1.2. Gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO werden Straftaten gemeinsam verfolgt und beurteilt, wenn Mittäterschaft oder Teilnahme vorliegt. Der Grundsatz der Verfahrenseinheit bezweckt die Verhinderung sich widersprechender Urteile, sei dies bei der Sachverhaltsfeststellung, der rechtlichen Würdigung oder der Strafzumessung. Er gewährleistet somit das Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV). Überdies dient er der Prozessökonomie. Eine Verfahrenstrennung ist gemäss Art. 30 StPO nur bei Vorliegen sachlicher Gründe zulässig und muss die Ausnahme bleiben. Die sachlichen Gründe müssen objektiv sein. Die Verfahrenstrennung soll dabei vor allem der Verfahrensbeschleunigung dienen bzw. eine unnötige Verzögerung vermeiden helfen. In der Literatur werden als sachliche Gründe etwa die bevorstehende Verjährung einzelner Straftaten oder die Unerreichbarkeit einzelner beschuldigter Personen genannt (BGE 144 IV 97 E. 3.3 S. 112; 138 IV 29 E. 3.2 S. 31 f.; 214 E. 3.2 S. 219; je mit Hinweisen).

Die Abtrennung des Verfahrens ist unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) namentlich bei mutmasslichen Mittätern und Teilnehmern besonders problematisch, wenn der Umfang und die Art der Beteiligung wechselseitig bestritten ist und somit die Gefahr besteht, dass der eine Mitbeschuldigte die Verantwortung dem andern zuweisen will (Urteil 1B 553/2018 vom 20. Februar 2019 E. 2.2; bezüglich der Rechtslage vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung: BGE 116 Ia 305 E. 4b S. 312 f.). Belasten sich die Mittäter und Teilnehmer gegenseitig und ist unklar, welcher Beschuldigte welchen Tatbeitrag geleistet hat, besteht bei getrennten Verfahren die Gefahr sich widersprechender Entscheide, sei es in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung, die rechtliche Würdigung oder die Strafzumessung (Urteile 1B 553/2018 vom 20. Februar 2019 E. 2.2; 1B 467/2016 vom 16. Mai 2017 E. 3.3).

Die Verfahrenstrennung ist aus weiteren Gründen problematisch. Da gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezüglich der Einvernahmen der in separat geführten Verfahren kein Anspruch auf Teilnahme besteht (BGE 141 IV 220 E. 4.5 S. 229 f.; 140 IV 172 E. 1.2.3 S. 176), geht die getrennte Verfahrensführung mit einer massiven Beschränkung der Teilnahmerechte einher. Der separat Beschuldigte hat in den abgetrennten Verfahren zudem nicht denselben Anspruch auf Akteneinsicht wie eine Partei (Art. 101 Abs. 1 StPO). Er ist dort nötigenfalls als Auskunftsperson zu befragen bzw.

als nicht verfahrensbeteiligter Dritter zu behandeln. Die Akteneinsicht ist an (nicht verfahrensbeteiligte) Dritte nur zu gewähren, wenn diese dafür ein wissenschaftliches oder ein anderes schützenswertes Interesse geltend machen und der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 101 Abs. 3 StPO). Diese Einschränkung der Teilnahmerechte von Beschuldigten in getrennten Verfahren im Vergleich zu Mitbeschuldigten im gleichen Verfahren ist vom Gesetzgeber implizit vorgesehen und hinzunehmen (BGE 140 IV 172 E. 1.2.3 S. 176). Durch eine Verfahrenstrennung geht der beschuldigten Person (bezogen auf Beweiserhebungen der anderen Verfahren) auch das Verwertungsverbot des Art. 147 Abs. 4 StPO verloren, weil sie insoweit keine Verletzung ihres Teilnahmerechtes geltend machen kann. Angesichts dieser schwer wiegenden prozessualen Konsequenzen ist an die gesetzlichen Ausnahmevoraussetzungen einer Verfahrenstrennung ein strenger Massstab anzulegen (Urteil 1B 553/2018 vom 20. Februar 2019 E. 2.3 mit Hinweisen).

1.3. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt von der Behörde, dass sie die Einwände der betroffenen Person tatsächlich hört, ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 142 II 49 E. 9.2 S. 65; 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; je mit Hinweisen).

1.4. Der Beschwerdeführer hat mehrfach, so auch in der Berufungserklärung, auf die Problematik der Verfahrenstrennung hingewiesen. Die Vorinstanz äussert sich nicht zur Frage, ob die Verfahrenstrennung vorliegend zulässig war. Stattdessen legt sie ausführlich dar, inwiefern die den Beschuldigten in den verschiedenen Verfahren vorgeworfenen Taten in einem Sachzusammenhang stehen. Dazu führt sie aus, da die Staatsanwaltschaft gegen die im vorliegenden Sachverhalt erwähnten Beteiligten (hauptsächlich T._____, U._____ und V._____) separate Verfahren geführt und je separat Anklage erhoben habe, dränge es sich für das Verständnis des Gesamtzusammenhangs auf, vorab auf diejenigen Verfahren kurz einzugehen, die in getrennten gerichtlichen Verfahren - zum Teil bereits rechtskräftig - erledigt worden seien, aber einen Sachzusammenhang mit Teilen der hier zu beurteilenden Sachverhalte aufwiesen. Der Beschwerdeführer, T._____, U._____ und V._____ hätten sich alle gegenseitig bestens gekannt und gewusst, mit welchem Geschäftsmodell sie Geld verdienten und auch miteinander Geschäfte abwickelten. So hätten sie zum Zweck des Erhalts von grossen Summen Bargeld in zweiteiligem und je unterschiedlichem Zusammenwirken Firmen benützt, in deren Inventar sich Leasingfahrzeuge befanden bzw. in deren Namen sie Leasingverträge zuerst noch abgeschlossen. Die geleasteten Autos hätten sie trotz Kenntnis der laufenden Verträge verkauft und die Firmen in den Konkurs getrieben, indem weitere Schuldverpflichtungen eingegangen resp. Warenbezüge vorgenommen worden seien. Dabei habe das Treuhandbüro von E._____ als Drehscheibe gedient. Der Beschwerdeführer habe mit den übrigen Beschuldigten in Mittäterschaft oder Gehilfenschaft zusammengewirkt. Die Verfahren gegen die anderen Beschuldigten seien jedoch bereits abgeschlossen. So sei T._____ am 27. Oktober 2015 vom Kriminalgericht Luzern, U._____ am 29. November 2016 vom Bezirksgericht Dielsdorf im abgekürzten Verfahren und V._____ am 21. September 2017 vom Bezirksgericht Uster verurteilt worden.

1.5. Die den Beschuldigten in den verschiedenen Verfahren vorgeworfenen Taten sind offensichtlich derart eng miteinander verknüpft, dass zum Verständnis der gegen den Beschwerdeführer erhobenen Tatvorwürfe auf die Akten aus den separat geführten Verfahren zurückgegriffen werden muss. Die Oberstaatsanwaltschaft erwähnt in ihrer Stellungnahme vor Bundesgericht gar Verfahren gegen insgesamt acht weitere Personen. Die Vorinstanz bejaht sodann, dass der Beschwerdeführer in Mittäterschaft bzw. als Gehilfe gehandelt hat. Die Zulässigkeit der Verfahrenstrennung ist damit offensichtlich fraglich. Da der Beschwerdeführer auch im vorinstanzlichen Verfahren die Verfahrenstrennung rügte, hätte die Vorinstanz auf die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Kritik eingehen müssen. Indem sie dies nicht tat, verletzt sie sein rechtliches Gehör. Ob ein sachlicher Grund für die Verfahrenstrennung im Sinne von Art. 30 StPO vorlag, kann und muss vorliegend noch nicht beantwortet werden. Es erübrigt sich somit, auf die von der Oberstaatsanwaltschaft in ihrer Vernehmlassung genannten Gründe für die Verfahrenstrennung einzugehen. Die Vorinstanz wird sich zunächst zur Zulässigkeit der Verfahrenstrennung äussern und prüfen müssen, ob ein sachlicher Grund vorlag, der trotz Vorliegens von Mittäterschaft und Teilnahme ein Abweichen vom Grundsatz der Verfahrenseinheit rechtfertigte.

2.

2.1. Beweiserhebungen im Untersuchungs- und Hauptverfahren sind parteiöffentlich. Dieser Grundsatz ist in Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO verankert. Die Bestimmung garantiert das Recht der Parteien, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein, und der einvernommenen Person Fragen zu stellen. Der Beschwerdeführer rügt diesen Anspruch als verletzt.

2.1.1. Konkret macht der Beschwerdeführer geltend, die Befragungen hätten immer wieder für längere Zeit eingestellt werden müssen, da er aufgrund gesundheitlicher Probleme aus der Untersuchungshaft in psychiatrische Kliniken eingewiesen werden müssen. Der zuständige Staatsanwalt habe Druck auf die Ärzte ausgeübt, ihn zurück in die Untersuchungshaft zu versetzen, damit die Untersuchung habe fortgesetzt werden können. Der Beschwerdeführer reicht zur Verdeutlichung seiner Ausführungen bzw. seines Gesundheitszustandes mehrere ärztliche Stellungnahmen ein. Aufgrund der Haftsituation habe er eine Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eingereicht. Wegen der gesundheitlichen Probleme sei es ihm nicht möglich gewesen, an den Einvernahmen der anderen Beschuldigten teilzunehmen. So sei er im Zeitpunkt der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme von T._____ am 11. Dezember 2012 transport-, hafterstehungs- und verhandlungsunfähig gewesen. Sein damaliger Verteidiger sei aus Protest ebenfalls nicht zur Einvernahme erschienen. Weiter sei T._____ am 12. März 2013 im Beisein des damaligen Verteidigers einvernommen worden. Er selber (der Beschwerdeführer) sei wiederum verhandlungsunfähig gewesen und habe nicht teilnehmen können. Zudem habe er seinen Verteidiger nicht instruieren können. Diesem seien vorgängig lediglich nicht einschlägige Einvernahmen zur Durchsicht vorgelegt worden. Auch an der Einvernahme von W._____ vom 15. März 2013 habe er aus gesundheitlichen Gründen nicht persönlich teilnehmen können. Gleiches gelte für die Einvernahme von V._____ vom 4. März 2013. Einzig bei der Einvernahme von V._____ vom 28. August 2013 sei er anwesend gewesen. Aufgrund der ihm verabreichten starken Beruhigungsmedikamente habe er jedoch die Aussagen des Befragten nicht wahrnehmen können. Sein damaliger amtlicher Verteidiger habe nur zwei unbedeutende Ergänzungsfragen an V._____ gestellt. Zusammengefasst sei er somit nur bei einer einzigen Einvernahme der anderen Beschuldigten (physisch) anwesend gewesen. Die Befragung sei aber aus den dargelegten Gründen an ihm vorbeigegangen. Bezüglich der Einvernahmen von U._____ sei schliesslich während des gesamten Verfahrens weder ihm noch seinem Verteidiger ein Teilnahmerecht gewährt worden.

Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, die belastenden Einvernahmen der Mitbeschuldigten hätten zwingend unter Gewährung der Teilnahmerechte wiederholt werden müssen, ansonsten diese nichtig seien (Art. 147 Abs. 4 StPO). Die entsprechenden Anträge seien indessen von der Staatsanwaltschaft und der ersten Instanz abgelehnt worden. Damit werde sein rechtliches Gehör verletzt. Da die fraglichen Aussagen der Verurteilung zugrundegelegt würden, sei das angefochtene Urteil auch willkürlich. Schliesslich rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Grundsatzes der Verfahrensfairness (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Inhaltlich rügt der Beschwerdeführer mit seinen Vorbringen zudem eine Verletzung des Konfrontationsanspruchs (Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK).

2.1.2. Die Oberstaatsanwaltschaft führt in ihrer Beschwerdeantwort vor Bundesgericht aus, der Beschwerdeführer habe sich im Zeitpunkt der parteiöffentlich durchgeführten Einvernahmen wegen Kollusionsgefahr in Untersuchungshaft befunden. Bei den Befragungen habe es sich aufgrund der Kollusionsgefahr um unaufschiebbare Verfahrenshandlungen gehandelt. Die Einvernahmen seien daher in Anwendung von Art. 114 Abs. 2 StPO und mit dem Einverständnis des damaligen Verteidigers des Beschwerdeführers in Abwesenheit des Beschwerdeführers durchgeführt worden. Die Verteidigung habe Gelegenheit gehabt, den einvernommenen Personen Ergänzungsfragen zu stellen, was sie auch gemacht habe. Die Befragungen seien damit ohne Weiteres im Verfahren gegen den Beschwerdeführer verwertbar. Dies gelte auch für die Befragung von T._____ vom 11. Dezember 2012, anlässlich welcher der Beschwerdeführer aufgrund der attestierten Verhandlungsfähigkeit nicht anwesend habe sein können und die erbetene Verteidigung trotz ordnungsgemässer Benachrichtigung unentschuldig nicht erschienen sei. Die Verteidigung habe damit stillschweigend auf eine Teilnahme verzichtet, weshalb kein Anspruch auf Wiederholung der Einvernahme bestehe und diese auch nicht unverwertbar sei.

2.1.3. Im Protokoll zur Einvernahme von T._____ vom 11. Dezember 2012 wurde Folgendes vermerkt: "Der Beschuldigte ist gemäss Mitteilung der Assistenzärztin F._____, Psychiatrische Universitätsklinik Zürich (PUK), und gemäss telefonischer Auskunft von Frau G._____ (Fachfrau

für Gesundheit, PUK) aus medizinischen Gründen weder transport- und hafterstehungsfähig noch ist er verhandlungsfähig, weshalb die Einvernahme der Auskunftsperson in Abwesenheit des Beschuldigten durchgeführt wird." Weiter wurde festgehalten, dass der Verteidiger nicht zur Einvernahme erschienen sei. Ein jeweils ähnlich lautender Vermerk findet sich in den Protokollen der übrigen Einvernahmen, wobei der Verteidiger des Beschwerdeführers bei diesen Einvernahmen anwesend war (Einvernahme von T. _____ vom 12. März 2013; Einvernahme von W. _____ vom 15. März 2013; Einvernahme von V. _____ vom 4. März 2013). Der Beschwerdeführer nahm lediglich an der Einvernahme von V. _____ am 28. August 2013 persönlich teil.

2.1.4. Somit kann festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer grossmehrheitlich keine Möglichkeit hatte, an den Einvernahmen der anderen Beschuldigten, die ihn im vorliegenden Verfahren belasten, teilzunehmen. Der Beschwerdeführer hat die erneute Einvernahme der Tatbeteiligten mehrmals beantragt und somit den Teilnahme- bzw. Konfrontationsanspruch geltend gemacht. Auch vor Vorinstanz stellte er den Antrag auf erneute Befragung der übrigen Tatbeteiligten. Die fraglichen Einvernahmen wurden weder von der Staatsanwaltschaft noch im gerichtlichen Verfahren wiederholt. Es ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob der Beschwerdeführer überhaupt einen Anspruch auf Wiederholung der Einvernahmen hatte.

2.2. Nach Art. 147 Abs. 3 Satz 1 StPO können die Partei oder ihr Rechtsbeistand die Wiederholung der Beweiserhebung verlangen, wenn der Rechtsbeistand oder die Partei ohne Rechtsbeistand aus zwingenden Gründen an der Teilnahme verhindert waren. Der Verzicht auf das Anwesenheitsrecht schliesst eine Wiederholung der Beweiserhebung aus (BGE 143 IV 397 E. 3.3.1 S. 4.2 f. mit Hinweis).

2.2.1. Gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 147 Abs. 3 Satz 1 StPO besteht kein Anspruch auf Wiederholung der Einvernahme, solange das Teilnahmerecht wenigstens von der Verteidigung wahrgenommen werden konnte (DORRIT SCHLEIMINGER METTLER, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Bd. I, 2. Aufl. 2014, N. 16 zu Art. 147 StPO; OLIVIER THORMANN, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, N. 13 zu Art. 147 StPO; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, N. 828; SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2017, N. 11 zu Art. 147 StPO). Vereinzelt wird in der Lehre auch die Auffassung vertreten, die Wiederholung könne verlangt werden, wenn die Partei oder ihr Rechtsbeistand aus zwingenden Gründen an der Teilnahme verhindert gewesen seien (NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2012, N. 378; WOLFGANG WOHLERS, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Aufl. 2014, N. 9 f. zu Art. 147 StPO).

Es lässt sich nicht mehr im Einzelnen nachvollziehen, welche Gründe den Gesetzgeber zum Erlass der fraglichen Regelung veranlasst haben. Zwischen Art. 147 Abs. 1 und Abs. 3 StPO besteht jedoch eine Inkonsistenz. Die Teilnahmerechte stehen primär der Partei persönlich und kumulativ hierzu der Verteidigung zu (SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, a.a.O., N. 823; WOHLERS, a.a.O., N. 4 zu Art. 147 StPO; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, a.a.O., N. 5 zu Art. 147 StPO). In der Lehre wird teilweise ausgeführt, beim Teilnahmerecht der Verteidigung handle es sich nur um einen abgeleiteten bzw. ergänzenden Anspruch (OBERHOLZER, a.a.O., N. 378; SCHLEIMINGER METTLER, a.a.O., N. 25 zu Art. 147 StPO). Damit stellt sich grundsätzlich die Frage, ob der Rechtsbeistand die Teilnahmerechte anstelle der beschuldigten Person überhaupt effektiv wahrnehmen kann (vgl. auch WOHLERS, a.a.O., N. 10 zu Art. 147 StPO; SCHLEIMINGER METTLER, a.a.O., N. 25 zu Art. 147 StPO). Dennoch soll es gemäss Art. 147 Abs. 3 StPO genügen, wenn die Verteidigung an der Beweiserhebung teilnimmt. Das grundsätzlich der Partei zustehende Teilnahmerecht gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO wird aufgrund der Regelung in Art. 147 Abs. 3 Satz 1 StPO zumindest in Fällen, in denen nur die Verteidigung an der Beweiserhebung teilnehmen konnte, ausgehebelt. Faktisch verliert die Partei damit ihren Teilnahmeanspruch. Nichtsdestotrotz ist der Gesetzeswortlaut klar. War lediglich die beschuldigte Person aus zwingenden Gründen an der Teilnahme bei der Beweiserhebung verhindert, besteht gestützt auf Art. 147 Abs. 3 StPO kein Anspruch auf Wiederholung der Einvernahme.

2.2.2. Vorliegend kann bei der Beurteilung des Wiederholungsanspruchs nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Beschwerdeführer anlässlich der Einvernahmen der anderen beschuldigten bzw. ihn belastenden Personen verhandlungsunfähig war. Wie die Oberstaatsanwaltschaft zutreffend ausführt, können zwar gemäss Art. 114 Abs. 2 StPO bei vorübergehender Verhandlungsunfähigkeit die unaufschiebbaren Verfahrenshandlungen in Anwesenheit der Verteidigung durchgeführt werden. Bezogen auf den Wiederholungsanspruch kann aus dieser Bestimmung jedoch nichts abgeleitet werden. Entscheidend ist, dass der Beschwerdeführer aufgrund der festgestellten

Verhandlungsunfähigkeit nicht nur nicht an der Befragung teilnehmen konnte, sondern, dass er aus demselben Grund auch nicht in der Lage war, seinen Verteidiger zu instruieren und über allfällige Einzelheiten des Falles zu informieren. Aufgrund dessen war vorliegend eine effektive Wahrnehmung der Teilnahmerechte nicht gewährleistet. Eine solche setzt mindestens die Möglichkeit voraus, die Verteidigung zu instruieren. Denn nur die Partei selber kennt die genauen Hintergründe der Tat und sämtliche Aspekte der Beziehung zur einvernommenen Person (SCHLEIMINGER METTLER, a.a.O., N. 25 zu Art. 147 StPO). Unter

Berücksichtigung der genannten besonderen Umstände des vorliegenden Falles hätte dem Beschwerdeführer der Wiederholungsanspruch gewährt werden müssen. Daran ändert nichts, dass der damalige Verteidiger des Beschwerdeführers einwilligte, gewisse Einvernahmen in Abwesenheit des Beschwerdeführers durchzuführen und dass derselbe Verteidiger zur Einvernahme vom 28. August 2013 nicht erschienen ist. Mit der vorgenommenen Gesetzesauslegung wird auch den übrigen Grundsätzen des Strafprozesses Nachachtung verschafft, so etwa dem Grundsatz der Verfahrensfairness. Ein Wiederholungsanspruch besteht auch bezüglich der Einvernahmen von V. _____ vom 28. August 2013. Zwar konnte der Beschwerdeführer bei dessen Einvernahme anwesend sein. Der Beschwerdeführer führt aber aus, derart mit Medikamenten vollgepumpt gewesen zu sein, dass er wie "paniert" gewesen sei und sich nicht habe wehren können. Der effektive Gesundheitszustand des Beschwerdeführers zum damaligen Zeitpunkt lässt sich nicht mehr feststellen. Es ist aber aufgrund der Einvernahmeprotokolle der früheren Einvernahmen bekannt, dass der Beschwerdeführer zeitweise verhandlungsunfähig war. Bezüglich der fraglichen Einvernahme wurde im Protokoll festgehalten, dass der Beschwerdeführer aus dem Psychiatriezentrum vorgeführt worden sei. Dies bildet immerhin einen Anhaltspunkt, der für die Angaben des Beschwerdeführers spricht.

2.3. Auf eine Wiederholung der Einvernahme kann gemäss Art. 147 Abs. 3 Satz 2 StPO verzichtet werden, wenn sie mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden wäre und dem Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör, insbesondere dem Recht, Fragen zu stellen, auf andere Weise Rechnung getragen werden kann.

Inwiefern die Wiederholung der Einvernahmen vorliegend mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden gewesen wäre, ist nicht ersichtlich. Die Beschränkung der Teilnahmerechte wurde auch nicht kompensiert. Diesbezüglich ist anzumerken, dass der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 10. Dezember 2012 verlangt hatte, die Einvernahmen fortan aufzuzeichnen. Dieser Antrag wurde gemäss Protokollnotiz zur staatsanwaltschaftlichen Befragung von V. _____ vom 11. Dezember 2012 mit der Begründung abgelehnt, eine entsprechende Pflicht könne aus Art. 76 Abs. 4 StPO nicht abgeleitet werden. Es seien keine Gründe dargelegt worden, die eine Videoaufzeichnung rechtfertigen würden. Zudem gehe die schriftliche Protokollierung vor.

Diese Begründung ist unzureichend und verkennt die Tragweite des Teilnahmeanspruchs. Die Pflicht, bei Beschränkungen der Teilnahmerechte geeignete Kompensationsmassnahmen zu treffen, ergibt sich direkt aus dem Gesetz (vgl. Art. 147 Abs. 3 Satz 2 StPO). Dabei ist nicht vorgegeben, auf welche Weise Beschränkungen der Teilnahmerechte zu kompensieren sind. Es ist aber eine breite Palette möglicher Kompensationsmassnahmen denkbar, worunter auch die Videoaufzeichnung fällt. Die Anordnung von Kompensationsmassnahmen liegt durchaus im Interesse der Strafverfolgungsbehörden, da eine fehlende oder nicht ausreichende Kompensation der Beschränkung der Teilnahmerechte die Unverwertbarkeit des Beweismittels zulasten einer Partei zur Folge haben kann. Ein Verweis auf das Protokoll dürfte in den seltensten Fällen genügen, zumal die Teilnahmerechte dadurch in schwerwiegender Weise beeinträchtigt werden. Die Strafverfolgungsbehörden haben es vorliegend verpasst, rechtzeitig geeignete Kompensationsmassnahmen zu treffen. Mangels Wiederholung können die Aussagen der anderen Tatbeteiligten nicht zulasten des Beschwerdeführers verwertet werden (Art. 147 Abs. 4 StPO).

2.4. Das Vorgehen der Strafbehörden und Gerichte ist vorliegend auch unter dem Blickwinkel von Art. 6 EMRK als unzulässig zu werten.

Gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK hat der Beschuldigte Anspruch darauf, dem Belastungszeugen Fragen zu stellen. Eine belastende Zeugenaussage ist grundsätzlich nur verwertbar, wenn der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Belastungszeugen zu stellen. Um sein Fragerecht wirksam ausüben zu können, muss der Beschuldigte in die Lage versetzt werden, die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen zu prüfen und den Beweiswert seiner Aussagen zu hinterfragen (BGE 133 I 33 E. 3.1 S. 41; 131 I 476 E. 2.2 S. 480; 129 I 151 E. 3.1 S. 153 f.; je mit Hinweisen). Dem Anspruch gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK kommt grundsätzlich absoluter

Charakter zu (BGE 131 I 476 E. 2.2 S. 481; 129 I 151 E. 3.1 S. 154).

Zwar lässt der EGMR hinsichtlich der Wahrung des Konfrontationsanspruchs teilweise genügen, dass der Verteidiger an der Einvernahme teilnimmt (vgl. dazu WOHLERS, a.a.O., N. 12 zu Art. 147 StPO; Urteil des EGMR Doorson gegen die Niederlande vom 26. März 1996, Nr. 20524/92). Unter Umständen kann sogar gänzlich auf eine Konfrontation verzichtet werden (SCHLEIMINGER METTLER, a.a.O., N. 34 zu Art. 147 StPO; Urteil 6B 670/2012 vom 15. Juli 2013 E. 4.3 mit Hinweisen; Urteil des EGMR Al-Khawaja und Tahery gegen Grossbritannien vom 15. Dezember 2011, Nrn. 26766/05 und 22228/06, § 147). Diese Rechtsprechung ist allerdings nicht einschlägig. Den genannten Fällen lag jeweils eine andere Ausgangslage zugrunde. Zum einen ging es um die Verwertbarkeit anonymer Zeugenaussagen und die in diesen Fällen zu ergreifenden Kompensationsmassnahmen. Zum andern handelte es sich um Fälle, in denen eine Konfrontation unmöglich geworden war, etwa weil der Zeuge während des Verfahrens verstorben war. Im Regelfall ist das Fragerecht jedoch dem Beschuldigten und seinem Verteidiger gemeinsam einzuräumen. Die Mitwirkung des Beschuldigten kann für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussagen des Zeugen entscheidend sein, insbesondere wenn dieser über Vorgänge berichtet, an welchen beide beteiligt waren (vgl. Urteile 6B 324/2011 vom 26. Oktober 2001 E. 1.2; 6B 45/2008 vom 2. Juni 2008 E. 2.4). Auf eine direkte Konfrontation der beschuldigten Person mit dem Zeugen kann nur verzichtet werden, wenn eine persönliche Konfrontation nicht möglich oder eine Beschränkung des Konfrontationsrechts dringend notwendig ist (vgl. dazu Urteil des EGMR van Mechelen gegen die Niederlande vom 23. April 1997, Nrn. 21363/93, 21364/93, 21427/93 und 22056/93, § 58). Weshalb vorliegend eine erneute Einvernahme der Zeugen respektive Auskunftspersonen im Beisein des Beschwerdeführers nicht möglich gewesen sein soll, ist nicht ersichtlich. Indem die Vorinstanz auf die Aussagen der nicht mit dem Beschwerdeführer konfrontierten Personen abstellt, verletzt sie Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK.

2.5. Zusammengefasst durfte die Vorinstanz den Antrag auf erneute Einvernahme der übrigen Tatbeteiligten somit weder unter Verweis auf Art. 389 Abs. 1 StPO noch in antizipierter Beweiswürdigung abweisen. Art. 389 Abs. 2 lit. a StPO sieht vor, dass die Rechtsmittelinstanz Beweisabnahmen insbesondere dann wiederholen kann, wenn Beweisvorschriften verletzt worden sind. Die Vorinstanz hätte gestützt auf diese Bestimmung die anderen Tatbeteiligten unter Wahrung des Teilnahme- und Konfrontationsanspruchs des Beschwerdeführers einvernehmen müssen.

3.

3.1. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde grundsätzlich begründet und das angefochtene Urteil aufzuheben. Aus prozessökonomischen Gründen rechtfertigt es sich jedoch, auf eine weitere Rüge des Beschwerdeführers einzugehen.

3.2. Mit Eingabe vom 24. Februar 2017 reichte der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren eidesstattliche Erklärungen von H. _____ (der Ex-Frau von T. _____), W. _____ und von E. _____ ein.

Darin erklärte H. _____ am 22. November 2016, nach der Trennung von ihrem Ex-Mann eine Affäre mit dem Beschwerdeführer eingegangen zu sein. Als T. _____ davon erfahren habe, sei er sehr wütend gewesen und habe Rache geschworen. Sie sei daher überzeugt, dass T. _____ seine Aussagen nur gemacht habe, um dem Beschwerdeführer zu schaden. W. _____ liess am 15. Dezember 2016 verurkunden, er habe gegenüber der Polizei und dem Staatsanwalt Aussagen über den Beschwerdeführer gemacht, die nicht ganz richtig gewesen seien. Diese seien durch die "komischen Befragungsmethoden (Suggestivfragen, Druckausübung, extrem lautes Sprechen, hat lediglich protokolliert, was er wollte etc.) von Polizei, I. _____, und Staatsanwalt" zustande gekommen. E. _____ erklärte am 22. Februar 2017, von der Staatsanwaltschaft lediglich einmal und nicht detailliert befragt worden zu sein. Er schildert die Vorgänge und die Rollenverteilung unter den Beschuldigten aus seiner Sicht und relativiert den Tatbeitrag des Beschwerdeführers. Sämtliche dieser eidesstattlichen Erklärungen wurden unter Hinweis auf Art. 251 StGB abgegeben. Vor Bundesgericht reicht der Beschwerdeführer schliesslich auch eine eidesstattliche Erklärung von V. _____ ein. Diese datiert vom

15. Januar 2018, womit es sich um ein (grundsätzlich) unzulässiges Novum (Art. 99 BGG) handelt.

3.3. Die Vorinstanz erwägt, bei den eidesstattlichen Erklärungen, handle es sich nicht um ein von der StPO vorgesehenes Beweismittel im Sinne von Art. 162 f. und Art. 178 f. StPO. Die eidesstattlichen Erklärungen seien nicht in den Formen und nach den Vorgaben von Art. 139 ff. StPO

zustandegekommen und somit schon allein aus prozessualen Gründen, namentlich der Missachtung der Mitwirkungsrechte der Parteien (Art. 147 StPO), gänzlich unbeachtlich und nicht verwertbar. Daran ändere auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf das bundesgerichtliche Urteil 6B 434/2016 vom 27. März 2017 nichts. Entgegen der Ansicht der Verteidigung äussere sich das Bundesgericht in dieser Entscheidung mit keinem Wort zur Beweistauglichkeit einer eidesstattlichen Erklärung. Im Übrigen gehe es darin um eidesstattliche Erklärungen von Personen, welche - im Gegensatz zur vorliegenden Konstellation - noch nie einvernommen worden seien, obwohl von diesen - und das sei der springende Punkt - sachdienliche Angaben zu erwarten gewesen wären. Dahingegen seien die von der Verteidigung im vorliegenden Verfahren genannten Personen teilweise sogar mehrfach und sehr detailliert einvernommen worden. Der angerufene Entscheid sei damit nicht einschlägig, weshalb es dabei

bleibe, dass die eidesstattlichen Erklärungen im Rahmen der nachfolgenden Beweiswürdigung nicht beachtet werden dürften. Somit sei auch auf diejenigen Ausführungen der Verteidigung nicht weiter einzugehen, die auf den Inhalt dieser eidesstattlichen Erklärungen und damit die darin festgehaltenen Widerrufe bisheriger Aussagen aufbauten. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass ein erst anlässlich der Berufungsverhandlung erfolgter Widerruf sämtlicher bereits deponierter Aussagen ohnehin nicht glaubhaft sei. Auf die von der Verteidigung beantragten Einvernahmen und Zeugenaussagen könne auch daher verzichtet werden, weil das Gericht aufgrund der zahlreichen bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung bereits gebildet habe und diese durch die Abnahme der fraglichen Personalbeweise in antizipierter Beweiswürdigung nicht geändert würde.

3.4. Die Oberstaatsanwaltschaft führt in ihrer Stellungnahme ergänzend aus, es sei weder durch die Polizei noch durch die Staatsanwaltschaft Druck auf die einvernommenen Personen ausgeübt worden. T._____, V._____ und W._____ seien in Anwesenheit des Verteidigers des Beschwerdeführers befragt worden. Wenn es zu Unregelmässigkeiten gekommen wäre, wären diese umgehend und nicht erst Jahre später mittels eidesstattlicher Erklärungen zu rügen gewesen. Dass gleich mehrere Personen, die den Beschwerdeführer im gegen ihn geführten Vorverfahren noch belastet hätten, im Rahmen des Berufungsverfahrens bzw. sogar erst nach dem zweitinstanzlichen Urteil ihre Aussagen, die nota bene mit dem übrigen Beweisergebnis in Einklang stünden, widerriefen, spreche nicht für die Glaubhaftigkeit der in den eidesstattlichen Erklärungen festgehaltenen und anlässlich weiterer Befragungen zu erwartenden Äusserungen. Im Einklang mit den Erwägungen der Vorinstanz sei davon auszugehen, dass diese Widerrufe am erbrachten Beweisergebnis nichts zu ändern vermöchten. An der antizipierten Beweiswürdigung der Vorinstanz sei daher nichts auszusetzen und auf eine erneute Einvernahme könne verzichtet werden.

3.5. Gemäss Art. 139 Abs. 1 StPO setzen die Strafbehörden zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein, die rechtlich zulässig sind. Die Vorinstanz geht somit zu Unrecht von einem Numerus clausus der zulässigen Beweismittel im Strafverfahren aus (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts [BBI 2006 1182 Ziff. 2.4.1.1]; WOHLERS, a.a.O., N. 3 zu Art. 139 StPO). Der Beschwerdeführer hat die eidesstattlichen Erklärungen aber ohnehin nicht im Sinne von Beweismitteln eingereicht. Er führt zutreffend aus, dass sich den genannten Erklärungen hinreichende Anhaltspunkte entnehmen lassen, die eine erneute Befragung der Verfahrensbeteiligten als notwendig erscheinen lassen. Dass die genannten Personen teilweise bereits mehrfach einvernommen wurden, ändert daran nichts. Nicht nachvollziehbar ist sodann die Auffassung der Vorinstanz, der Widerruf von Aussagen im Berufungsverfahren sei nicht glaubhaft. Die beschuldigte Person hat keinen Einfluss auf das Verhalten der Zeugen und es kann ihr daher auch nicht angelastet werden, wenn diese erst im Berufungsverfahren ihre Aussagen widerrufen. Das vorinstanzliche Urteil ist daher auch aufgrund der nicht berücksichtigten eidesstattlichen Erklärungen aufzuheben.

4.

Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen. Das vorinstanzliche Urteil ist aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen und Anträge des Beschwerdeführers einzugehen.

Für das bundesgerichtliche Verfahren sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Die Beschwerdegegner 2-4 haben auf eine Stellungnahme verzichtet bzw. sich nicht vernehmen lassen, weshalb sie keine Gerichtskosten zu tragen und keine Parteientschädigung zu entrichten haben. Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Die Entschädigung ist praxisgemäss seinem Rechtsvertreter auszurichten. Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gegenstandslos. Mit dem Entscheid in der Sache wird schliesslich auch das Gesuch

um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Obergerichts Zürich vom 14. November 2017 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Der Kanton Zürich hat dem Vertreter des Beschwerdeführers eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- auszurichten.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 22. März 2019

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Die Gerichtsschreiberin: Schär