Urteilskopf

143 IV 408

51. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Nidwalden gegen X. und Mitb. (Beschwerde in Strafsachen) 6B_32/2017 vom 29. September 2017

Regeste (de):
Art. 341 Abs. 3, 409 Abs. 1 StPO; Befragung der beschuldigten Person; Aufhebung und Rückweisung des erstinstanzlichen Urteils durch das Berufungsgericht.

Die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Sache an die erste Instanz durch das Berufungsgericht kommt nur bei schwerwiegenden, nicht heilbaren Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens in Betracht, in denen die Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte unumgänglich ist. Eine ergänzungsbedürftige Befragung der beschuldigten Person in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung stellt keinen schwerwiegenden Mangel im Sinne von Art. 409 Abs. 1 StPO dar (E. 6). Regeste b

Regeste (fr):
Art. 341 al. 3, 409 al. 1 CPP; audition du prévenu; annulation et renvoi du jugement de première instance par la juridiction d'appel.

L'annulation du jugement attaqué et le renvoi de la cause au tribunal de première instance par la juridiction d'appel n'entrent en considération qu'en présence de vices importants auxquels il ne peut pas être remédié en procédure d'appel et pour lesquels le renvoi est nécessaire afin de garantir le respect des droits des parties à la procédure. Une audition incomplète du prévenu lors des débats de première instance ne constitue pas un vice important au sens de l'art. 409 al. 1 CPP (consid. 6). Regeste b

Regesto (it):
Art. 341 cpv. 3, 409 cpv. 1 CPP; interrogatorio dell'imputato; annullamento e rinvio della sentenza di prima istanza da parte del tribunale d'appello.

L'annullamento della sentenza impugnata e il rinvio della causa al tribunale di prima istanza da parte del tribunale d'appello entrano in considerazione unicamente nel caso in cui il procedimento di primo grado presenti vizi talmente gravi da non poter essere sanati nel procedimento d'appello e da rendere indispensabile il rinvio per garantire i diritti delle parti. Un interrogatorio incompleto dell'imputato in occasione del dibattimento di primo grado non costituisce un vizio grave ai sensi dell'art. 409 cpv. 1 CPP (consid. 6). Regesto b

Regeste b

Art. 76 ff. StPO; erstinstanzliches Verhandlungsprotokoll.
Prozessrelevante Vorgänge müssen schriftlich-lesbar dargestellt werden. Die Aufzeichnung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung auf Tonträger in Verbindung mit einer schriftlichen Übersicht über den Verhandlungsverlauf mit einer knappen Zusammenfassung der Fragen und Antworten genügt den Anforderungen an das Verhandlungsprotokoll nicht. Der Mangel kann durch die Anfertigung einer Abschrift von der Tonaufnahme geheilt werden (E. 8 und 9).
Sachverhalt ab Seite 409

A. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Nidwalden erhob am 28. August 2013 Anklage gegen X., Y., Z., A. und B. wegen Veruntreuung, Betrug, unwahrer Angaben über kaufmännische Gewerbe, Erpressung, ungetreue Geschäftsbesorgung, betrügerischen Konkurs, Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung, Misswirtschaft, Unterlassung der Buchführung, Urkundenfälschung, Erschleichung einer falschen Beurkundung und falscher Anschuldigung. Am 6. Februar 2014 reichte sie die präzisierte und redaktionell bereinigte Anklageschrift ein. Die Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht

Nidwalden fand vom 10. Juni 2015 bis 1. Juli 2015 (insgesamt 13 Verhandlungstage) statt.

B.

B.a Das Kantonsgericht Nidwalden verurteilte mit Urteil vom 23. Juli 2015 X. wegen mehrfacher falscher Anschuldigung, mehrfachen Betruges, mehrfacher Veruntreuung, mehrfacher Urkundenfälschung, mehrfacher Erschleichung einer falschen Beurkundung, mehrfacher Misswirtschaft, mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung, mehrfachen betrügerischen Konkurses sowie wegen Unterlassung der Buchführung zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten, unter Anrechnung von 8 Tagen ausgestandener Untersuchungshaft, als teilweise Zusatzstrafe zum Urteil des Amtsgerichts München vom 1. September 2005; ferner verpflichtete es ihn zur Bezahlung einer Ersatzforderung von Fr. 1'000.- an den Staat; Y. wegen mehrfacher falscher Anschuldigung, Betruges, mehrfacher Veruntreuung, mehrfacher Urkundenfälschung, mehrfacher Erschleichung einer falschen Beurkundung, mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung, mehrfacher Misswirtschaft sowie wegen Unterlassung der Buchführung zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten, unter Anrechnung von einem Tag ausgestandener Untersuchungshaft; ferner verpflichtete es ihn zur Bezahlung einer Ersatzforderung von Fr. 100'000.- an den Staat; Z. wegen mehrfacher Urkundenfälschung, mehrfacher Erschleichung einer falschen Beurkundung sowie wegen Misswirtschaft zu einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen zu Fr. 50.-, mit bedingtem Strafvollzug bei einer Probezeit von 2 Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 1'000.-, bei schuldhafter Nichtbezahlung umwandelbar in eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen; A. wegen mehrfacher Urkundenfälschung, mehrfacher Erschleichung einer falschen Beurkundung, mehrfacher Misswirtschaft sowie wegen mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung zu einer Geldstrafe von 275 Tagessätzen zu Fr. 60.- mit bedingtem Strafvollzug bei einer Probezeit von 3 Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 1'000.-, bei schuldhafter Nichtbezahlung umwandelbar in eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen, als Zusatzstrafe zum Strafmandat des Untersuchungsrichteramtes Freiburg vom 27. Juli 2007 und zum Strafmandat des Untersuchungsrichteramtes Freiburg vom 16. Juli 2009.
Das Kantonsgericht sprach frei
X. von der Anklage der Misswirtschaft in Sachen H. AG, der Erpressung zum Nachteil von I. und vom Vorwurf des Betruges, der Urkundenfälschung sowie vom Eventualvorwurf der Gehilfenschaft zur Veruntreuung zum Nachteil der Bank J. (Präzisierung des Urteilsdispositivs, Beschluss des Kantonsgerichts vom 13. Januar 2016);

B. von der Anklage des Betruges, von der Eventualanklage der Gehilfenschaft zur Veruntreuung sowie vom

Vorwurf der Anstiftung zur Urkundenfälschung. Schliesslich stellte das Kantonsgericht im Anklagepunkt betreffend mehrfache unwahre Angaben über ein kaufmännisches Gewerbe im Zusammenhang mit den Sachverhaltskomplexen K. AG und L. AG das Verfahren gegen X. und Y. ein. Das Kantonsgericht hob ferner die auf den Grundstücken Nr. x und Nr. y, Grundbuch U., am 17. Juli 2006 vom Untersuchungsrichter des Kantons Luzern angeordneten Kanzleisperren (Anmerkung: "Beschränkung der Verfügungsbefugnis im Sinne des StGB"; Tagebuch-Nr. z/2006 vom 18. Juli 2006) auf und wies das Grundbuchamt V. an, diese Kanzleisperren zu löschen. Ferner verpflichtete es X., dem Privatkläger F. Schadenersatz in der Höhe von Fr. 32'000.-, zuzüglich 5 % Zins auf dem Teilbetrag von Fr. 5'000.- seit 12. Juli 2002, auf dem Teilbetrag von Fr. 14'000.- seit 9. August 2002, auf dem Teilbetrag von Fr. 5'000.- seit 5. September 2002 und auf dem Teilbetrag von Fr. 8'000.- seit 23. September 2002 zu bezahlen. Die Zivilforderungen der BVG-Stiftung D. AG hiess es im Betrage von Fr. 594'000.- gut; im Mehrbetrag verwies es sie ebenso wie die Privatklägerin G. für ihre Schadenersatzforderung gegen X. und B. an den Zivilrichter. Schliesslich entschied es über die Herausgabe der sichergestellten Unterlagen.

B.b Gegen dieses Urteil erhoben X., Y. und Z. Berufung. Dabei rügten Y. und Z. unter anderem eine ungenügende Befragung der beschuldigten Personen durch das erstinstanzliche Gericht und das Fehlen eines schriftlichen Protokolls. A. verzichtete auf die Einlegung eines Rechtsmittels. Die Staatsanwaltschaft focht die Freisprüche und Einstellungen des Verfahrens nicht an. Die Verfahrensleitung des Obergerichts des Kantons Nidwalden gewährte den Parteien mit Verfügung vom 31. August 2016 das rechtliche Gehör zur Frage einer allfälligen Rückweisung der Sache an die Vorinstanz wegen wesentlicher Verfahrensmängel. Mit Urteil vom 30. November 2016 hob das Obergericht den erstinstanzlichen Entscheid auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung und zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung an die Vorinstanz zurück.

C. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Nidwalden führt Beschwerde in Strafsachen mit dem Antrag, das angefochtene Urteil

sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, das Berufungsverfahren betreffend die Beschuldigten X., Y. und Z. fortzuführen. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, das Kantonsgericht Nidwalden in einer verfahrensleitenden Verfügung zur Erstellung eines umfassenden schriftlichen Einvernahmeprotokolls zu verpflichten, und nach Eingang des Protokolls das Berufungsverfahren fortzuführen. Subeventualiter sei das angefochtene Urteil betreffend B. und A. vollumfänglich und betreffend X. und Y. in Bezug auf die Teilfreisprüche und Verfahrenseinstellungen sowie betreffend die Privatklägerin BVG-Stiftung D. AG in Bezug auf die Löschung der Kanzleisperre auf dem Grundstück Nr. y, Grundbuch U., aufzuheben. Schliesslich ersucht sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung für ihre Beschwerde.

D. Das Obergericht des Kantons Nidwalden beantragt in seiner Vernehmlassung, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. X. stellt Antrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen. Y. schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Z. trägt auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde an. Beide letztgenannten Beschwerdegegner ersuchen zudem um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. A. und B. haben auf Stellungnahme verzichtet. Die Privatkläger und Privatklägerinnen haben sich innert Frist nicht vernehmen lassen bzw. auf Vernehmlassung verzichtet. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, hebt das Urteil des Obergerichts des Kantons Nidwalden auf und weist die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

6.

6.1 Die Berufung nach Art. 398 ff. StPO ist grundsätzlich ein reformatorisches Rechtsmittel. Tritt das Berufungsgericht auf die Berufung ein, fällt es ein neues Urteil, welches das erstinstanzliche Urteil ersetzt (Art. 408 StPO). Nach Art. 409 Abs. 1 StPO hebt das Berufungsgericht bei wesentlichen, im Berufungsverfahren nicht heilbaren Mängeln das angefochtene Urteil ausnahmsweise auf und weist die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an die Vorinstanz zurück.

Dabei bestimmt das Berufungsgericht, welche Verfahrenshandlungen zu wiederholen oder nachzuholen sind (Abs. 2). Das erstinstanzliche Gericht ist an die vom Berufungsgericht im Rückweisungsbeschluss vertretenen Rechtsauffassungen und an die Weisungen gemäss Art. 409 Abs. 2 StPO gebunden (Abs. 3). Es ist zudem - soweit sich im neuen Verfahren nicht Tatsachen ergeben, die ihm im ersten Hauptverfahren noch nicht bekannt sein konnten - an das Verbot der reformatio in peius gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO gebunden (MOREILLON/PAREIN-REYMOND, CPP, Code de procédure pénale, 2. Aufl. 2016, N. 9 zu Art. 409 StPO; SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung [StPO], Praxiskommentar [nachfolgend: Praxiskommentar], 2. Aufl. 2013, N. 6 zu Art. 409 StPO; LUZIUS EUGSTER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 409 StPO; MARLÈNE KISTLER VIANIN, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, N. 14 zu Art. 409 StPO). Den Verfahrensbeteiligten ist Gelegenheit einzuräumen, sich vorgängig zur Frage eines allfälligen Rückweisungsentscheids zu äussern (NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2012, N. 1634; SCHMID, Praxiskommentar, a.a.O., N. 4 zu Art. 409 StPO). Die kassatorische Erledigung durch Rückweisung ist aufgrund des reformatorischen Charakters des Berufungsverfahrens die Ausnahme und kommt nur bei derart schwerwiegenden, nicht heilbaren Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens in Betracht, in denen die Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte, in erster Linie zur Vermeidung eines Instanzverlusts, unumgänglich ist (Urteile 6B_1302/2015 vom 28. Dezember 2016 E. 4.2.1; 6B_843/2016 vom 10. August 2016 E. 3.1; 6B_794/2014 vom 9. Februar 2015 E. 8.2; 6B_528/2012 vom 28. Februar 2013 E. 3.1.1; 6B_362/2012 vom 29. Oktober 2012 E. 8.4.2; je mit Hinweisen). Dies ist etwa der Fall bei Verweigerung von Teilnahmerechten oder nicht gehöriger Verteidigung (Urteil 6B_512/2012 vom 30. April 2013 E. 1.3.3), bei nicht richtiger Besetzung des Gerichts (Urteile 6B_596/2012 und 6B_682/2012 je vom 25. April 2013 je E. 1.3) oder bei unvollständiger Behandlung sämtlicher Anklage- oder Zivilpunkte (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1318 Ziff. 2.9.3.3; vgl. auch MOREILLON/PAREIN-REYMOND, a.a.O., N. 2 zu Art. 409 StPO; HUG/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Donatsch und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 6 zu Art. 409 StPO;EUGSTER, a.a.O., N. 1

zu Art. 409 StPO; SCHMID, Praxiskommentar, a.a.O., N. 2 zu Art. 409 StPO; ders. , Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts [nachfolgend: Handbuch], 2. Aufl. 2013, N. 1576 f.;KISTLER VIANIN, a.a.O., N. 4 ff. zu Art. 409 StPO).

6.2

6.2.1 Nach der Eröffnung der Hauptverhandlung durch die Verfahrensleitung (Art. 339 Abs. 1 StPO) und dem Entscheid über allfällige Vor- und Zwischenfragen (Art. 339 Abs. 2-5 StPO) nimmt die Verhandlung ihren Fortgang mit der Bekanntgabe der Anträge der Staatsanwaltschaft (Art. 340 Abs. 2 StPO). Im Rahmen des Beweisverfahrens führt gemäss Art. 341 Abs. 1 StPO die Verfahrensleitung oder ein von ihr bestimmtes Mitglied des Gerichts die Einvernahmen durch. Nach Abs. 3 derselben Bestimmung befragt die Verfahrensleitung in Nachachtung der richterlichen Fürsorgepflicht und des Untersuchungsgrundsatzes zu Beginn des Beweisverfahrens die beschuldigte Person eingehend zu ihrer Person, zur Anklage und zu den Ergebnissen des Vorverfahrens. Dabei ist ihr die Möglichkeit einzuräumen, sich zu den ihr gemachten Vorwürfen zu äussern und diejenigen Umstände vorzubringen, die ihrer Verteidigung und der Klärung des Sachverhalts hätten dienen können (BGE 143 IV 288 E. 1.4.3). Die anderen Mitglieder des Gerichts und die Parteien können durch die Verfahrensleitung Ergänzungsfragen stellen lassen oder sie mit deren Ermächtigung selber stellen (Abs. 2). Das Rechtsmittelverfahren setzt das Strafverfahren fort und knüpft an die bereits erfolgten Verfahrenshandlungen, namentlich die bereits durchgeführten Beweiserhebungen, an. Gemäss Art. 389 Abs. 1 StPO beruht das Rechtsmittelverfahren auf den Beweisen, die im Vorverfahren und im erstinstanzlichen Hauptverfahren erhoben worden sind (vgl. auch Art. 343 Abs. 3 i.V.m. Art. 405 StPO). Beweisabnahmen des erstinstanzlichen Gerichts werden im Rechtsmittelverfahren nach Abs. 2 derselben Bestimmung nur wiederholt, wenn Beweisvorschriften verletzt worden sind (lit. a), die Beweiserhebungen unvollständig waren (lit. b) oder die Akten über die Beweiserhebung unzuverlässig erscheinen (lit. c).

6.2.2 Die Bestimmung von Art. 341 Abs. 3 StPO dient einerseits Beweiszwecken, andererseits trägt sie auch der Subjektstellung der beschuldigten Person Rechnung. Die Vorschrift garantiert als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör das persönlichkeitsbezogene Mitwirkungsrecht der beschuldigten Person im gegen sie

geführten Strafverfahren und verhindert, dass sie zum blossen Objekt staatlichen Handelns wird. Darüber hinaus kommt der Befragung der beschuldigten Person beweisrechtlich in Bezug auf den Schuld- und Strafpunkt in aller Regel entscheidrelevante Bedeutung zu. Die eingehende Befragung im Sinne von Art. 341 Abs. 3 StPO dient dem Gericht dazu, einen persönlichen Eindruck von der beschuldigten Person zu gewinnen und zu klären, wie sich diese zu den Anklagevorwürfen und den Ergebnissen des Vorverfahrens stellt, namentlich ob sie im Sinne der Anklage geständig ist oder nicht. Dies erlaubt ihm, wesentliche Schlüsse für den weiteren Gang der Hauptverhandlung zu ziehen. Von der Stellungnahme zur Anklage hängt vor allem ab, ob und inwieweit Beweise zu wiederholen bzw. weitere Beweise abzunehmen sind (Urteil 6B_492/2012 vom 22. Februar 2013 E. 2.4.1; SCHMID, Praxiskommentar, a.a.O., N. 6 zu Art. 341 StPO; ders. , Handbuch, a.a.O., N. 1324; PIERRE DE PREUX, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, N. 14 zu Art. 341 StPO). In welcher Intensität die Befragung zur Anklage und zu den Ergebnissen des Vorverfahrens erfolgen muss, hängt vom konkreten Fall ab, namentlich von der Schwere der Anklagevorwürfe und der Beweislage (BGE 143 IV 288 E. 1.4.2; HAURI/VENETZ, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 16 zu Art. 341 StPO; GUT/FINGERHUTH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Donatsch und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 11 zu Art. 341 StPO; SCHMID, Praxiskommentar, a.a.O., N. 8 zu Art. 341 StPO). Die Bestimmung von Art. 341 Abs. 3 StPO ist in Bezug auf die Befragung der beschuldigten Person zwingend, nicht aber in Bezug auf den Zeitpunkt. Ergänzungsfragen der Parteien können eine lückenhafte gerichtliche Befragung vervollständigen, eine gänzlich unterbliebene Befragung jedoch grundsätzlich nicht ersetzen (BGE 143 IV 288 E. 1.4.3; ferner GUT/FINGERHUTH, a.a.O., N. 11 zu Art. 341 StPO).

6.3

6.3.1 Im zu beurteilenden Fall wies der Verteidiger des Angeklagten Y. zu Beginn der erstinstanzlichen Hauptverhandlung im Rahmen der Prüfung der Vorfragen auf das Unmittelbarkeitsprinzip und auf die Notwendigkeit einer ausführlichen Parteibefragung hin. Daraufhin stellte der Gerichtspräsident zunächst in Aussicht, dass die Beschuldigten ausführlich Gelegenheit erhalten würden, sich zu

äussern. Nach der Überleitung zu den Parteibefragungen wurde sodann dem Verteidiger des vom Erscheinen dispensierten Angeklagten B. das Wort erteilt. Hernach erhielt der Angeklagte A. Gelegenheit sich zu äussern, auf welche er jedoch verzichtete. Ebenfalls keine Angaben zur Sache machen wollte zunächst der Angeklagte Z. Am folgenden Verhandlungstag antwortete er indes auf verschiedene von der Staatsanwaltschaft gestellte Ergänzungsfragen. Ausführlich Gebrauch von der Möglichkeit zur Stellungnahme machte der Angeklagte Y., der sich während rund 3,5 Stunden über die Anklage ausliess. Schliesslich verzichtete der Angeklagte X. auf die Gelegenheit, sich zur Anklage zu äussern und verweigerte die Beantwortung der vom Staatsanwalt gestellten Fragen.

6.3.2 Bei dieser Sachlage ist der Schluss der Vorinstanz, die Angeklagten hätten sich zur Sache nicht äussern können, nicht haltbar. Diese haben vielmehr ausdrücklich Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, und zwar nicht erst im Rahmen ihres letzten Wortes (vgl. hierzu Urteil 6B_16/2015 vom 12. März 2015 E. 1.4.3), sondern zu Beginn der Verhandlung. Da die Beschuldigten A., X. und Z. auf Aussagen verzichteten, wobei letzterer allerdings verschiedene Ergänzungsfragen der Staatsanwaltschaft beantwortete, käme eine Verletzung der Befragungspflicht nur in Bezug auf den Angeklagten Y. in Frage, der allerdings in freier Rede während mehrerer Stunden Stellung genommen hat. Damit kann der ersten Instanz nicht vorgeworfen werden, sie habe den gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensgang nicht sichergestellt. Eine schwerwiegende Verletzung von Verfahrensvorschriften, welche im Berufungsverfahren nicht geheilt werden könnte, ist nicht ersichtlich, zumal den Angeklagten die Gelegenheit, sich zu äussern, nicht vollständig verwehrt war. Dass die Verfahrensleitung die Angeklagten nicht selbst befragte, sondern diese in freier Rede zu Wort kommen liess oder auf Frage der Staatsanwaltschaft antworteten, schadet, wie auch die Vorinstanz implizit annimmt, nicht, solange jene sich jedenfalls uneingeschränkt äussern und ihren Standpunkt in Bezug auf ihre persönlichen Verhältnisse und die Anklagevorwürfe eingehend darlegen konnten. Soweit die Vorinstanz zum Schluss gelangt, die Befragung der Angeklagten in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung sei nicht ausreichend gewesen, hätte sie die Einvernahmen der Angeklagten im Übrigen in Anwendung von Art. 389 Abs. 2 lit. b StPO wiederholen können (vgl. ZIEGLER/KELLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 1 zu Art. 389 StPO; KISTLER VIANIN,

a.a.O., N. 5 zu Art. 409 StPO). Dabei wäre es nicht um eine Nachholung einer gänzlich unterbliebenen Befragung gegangen, sondern lediglich um deren allfällige Ergänzung. Sofern man mithin einen Verfahrensmangel bejahen wollte, wäre dieser von der Vorinstanz ohne Weiteres heilbar gewesen. Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass den beschuldigten Personen bei diesem Vorgehen faktisch eine Instanz entgangen wäre. Denn dies ist nach der gesetzlichen Konzeption auch bei anderen Konstellationen der Fall, namentlich etwa, wenn

das Berufungsgericht einen Sachverhalt anders subsumiert als die erste Instanz und gegebenenfalls einen Freispruch aufhebt. Auch solche Umstände führen nicht zur Rückweisung, auch wenn sich das Berufungsgericht erstmals zur Strafzumessung äussert (HUG/SCHEIDEGGER, a.a.O., N. 3 zu Art. 409 StPO). Zudem kann die Berufungsinstanz das Beweisverfahren ergänzen und Beweisabnahmen wiederholen oder zusätzliche Beweise erheben (Art. 389 Abs. 2 und 3 StPO) und ist auch insofern einzige kantonale Instanz. Demzufolge stellen fehlerhafte Beweisabnahmen in der Untersuchung oder vor erster Instanz keine wesentlichen Verfahrensfehler im Sinne von Art. 409 StPO dar, da das Gesetz explizit die Möglichkeit einer nachträglichen Heilung vorsieht (Urteil 6B_253/2013 vom 11. Juli 2013 E. 1.3). Das zweistufige Verfahren mit einem vollkommenen Rechtsmittel bringt es mit sich, dass die Berufungsinstanz sich mit Behauptungen und Beweisen auseinandersetzen muss, die dem erstinstanzlichem Gericht nicht vorlagen (SCHMID, Praxiskommentar, a.a.O., N. 3 zu Art. 409 StPO). Ob im zu beurteilenden Fall die Befragung der Angeklagten gesetzeskonform durchgeführt wurde, kann mithin letztlich offenbleiben, da allfällige Mängel unter den gegebenen Umständen nicht als derart gravierend erschienen, dass die Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte unumgänglich gewesen wäre. Jene wären in der Berufungsverhandlung vielmehr ohne Weiteres heilbar gewesen. Es hat daher insgesamt kein hinreichender Anlass bestanden, die Sache gemäss Art. 409 Abs. 1 StPO an die erste Instanz zurückzuweisen. Die Rückweisung führt vielmehr zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 mit Hinweisen; vgl. auch KISTLER VIANIN, a.a.O., N. 5 zu Art. 409 StPO). Das angefochtene Urteil verletzt in diesem Punkt Bundesrecht.

Damit kann offenbleiben, ob das Verhalten der Verteidigung, welche im erstinstanzlichen Verfahren im Beweisverfahren auf die Stellung von Ergänzungsfragen verzichtet und mit der Rüge der mangelhaften Befragung bis zum Parteivortrag zugewartet bzw. die Rüge erst im Berufungsverfahren vorgebracht hat, den Grundsatz von Treu und Glauben verletzte. Desgleichen muss nicht entschieden werden, inwieweit sich die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und die Rückweisung der Sache an das Kantonsgericht im vorliegenden Fall auch auf die nicht angefochtenen Schuld- und Freisprüche sowie die Einstellung des Verfahrens erstrecken würde (vgl. Art. 398 Abs. 2, Art. 404 StPO; Urteil 6B_1302/2015 vom 28. Dezember 2016 E. 3.2.1 mit Hinweis). Soweit die vollumfängliche Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und die damit verbundene Ausdehnung des Rechtsmittelentscheides auf Beurteilte, welche kein Rechtsmittel ergriffen haben, auf der Grundlage von Art. 392 und Art. 404 Abs. 2 StPO erfolgt sein sollte, ist immerhin darauf hinzuweisen, dass dem, wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, nicht nur Wortlaut und Sinn von Art. 392 StPO, sondern das in Art. 391 Abs. 2 StPO verankerte Verbot der reformatio in peius entgegensteht. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren, die Vorinstanz sei aktenwidrig zum Schluss gelangt, dass die erste Instanz kein Einvernahmeprotokoll erstellt habe. In Wirklichkeit sei das Kantonsgericht seiner Protokollierungspflicht nachgekommen. Einerseits habe es die gesamte Verhandlung mit technischen Hilfsmitteln akustisch aufgezeichnet und die Audio-Datei auf einem Massenspeicher abgelegt. Andererseits habe es den Ablauf der Verhandlung und die Aussagen der Angeklagten zusammenfassend schriftlich festgehalten. Der Ablauf der Hauptverhandlung sei mithin in einem Verfahrensprotokoll und die Aussagen der Beschuldigten in ihrem wesentlichen Gehalt zusammengefasst schriftlich wiedergegeben worden. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach kein Einvernahmeprotokoll im eigentlichen Sinne erstellt worden sei, sei daher willkürlich. Die Audio-Dateien könnten jederzeit von den Rechtsmittelinstanzen und den Parteien abgerufen werden und

erfüllten alle Anforderungen an die Protokollierung vollumfänglich. Durch die summarische Niederschrift der wichtigsten Aussagen und des Verfahrensablaufs in Verbindung mit der akustischen Aufzeichnung der gesamten Verhandlung sei sichergestellt, dass sowohl die Rechtsmittelinstanzen

als auch die Parteien die Korrektheit des erstinstanzlichen Verfahrens hätten überprüfen können. Dass die nachträgliche Übertragung der aufgezeichneten Protokolle in Schriftform unterlassen worden sei, könne nicht die Aufhebung des gesamten erstinstanzlichen Urteils nach sich ziehen. Eine Verletzung der Protokollierungspflicht sei nicht ersichtlich. Es liege höchstens die Verletzung einer Ordnungsvorschrift vor. Allenfalls wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, die erste Instanz zur nachträglichen Ausfertigung einer Niederschrift des Hörprotokolls anzuweisen.

7.2 Die Vorinstanz nimmt an, das Kantonsgericht habe kein gültiges Protokoll erstellt. Die Aufzeichnung mit technischen Hilfsmitteln könne eine schriftliche Protokollierung nicht ersetzen. Das als "Übersicht über den Verhandlungsverlauf" bezeichnete erstinstanzliche schriftliche Verfahrensprotokoll beschränke sich auf einen blossen Überblick über den Ablauf der erstinstanzlichen Verhandlung. Darin werde wörtlich festgehalten, dass die gesamte Verhandlung aufgezeichnet worden sei, und auf die entsprechenden Audio-Dateien verwiesen. Diese "Übersicht über den Verhandlungsverlauf" diene lediglich der Orientierung und habe keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Damit genüge das Verfahrensprotokoll offensichtlich den gesetzlichen Anforderungen nicht, insbesondere nicht der Vorgabe, dass Aussagen der Parteien, Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen laufend und - soweit diese entscheidend seien - wörtlich zu protokollieren seien. Eine Audiodatei entbinde lediglich von der Pflicht, das Protokoll vorzulesen oder zum Lesen vorzulegen und von der einvernommenen Person unterzeichnen zu lassen. Nur mit einem schriftlichen, den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Protokoll könnten die beschuldigten Personen ihre Verteidigungsrechte und die Rechtsmittelinstanz ihre Überprüfungspflicht umfassend und pflichtgemäss wahrnehmen. Damit liege ein ungültiges Protokoll vor. Dieser Mangel lasse sich im Berufungsverfahren nicht heilen, zumal das erstinstanzliche Verfahrensprotokoll von der Berufungsinstanz nicht nachträglich rechtskonform erstellt werden könne.

8.

8.1 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. Die Verfahrensleitung ist dafür verantwortlich, dass die Verfahrenshandlungen vollständig und richtig protokolliert werden

(Art. 76 Abs. 3 StPO). Sie kann anordnen, dass Verfahrenshandlungen zusätzlich zur schriftlichen Protokollierung ganz oder teilweise in Ton oder Bild festgehalten werden, wobei sie dies den anwesenden Personen vorgängig bekannt gibt (Art. 76 Abs. 4 StPO). Gemäss Art. 78 Abs. 1 StPO werden die Aussagen der Parteien, Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen laufend protokolliert. Nach Abs. 3 derselben Bestimmung werden entscheidende Fragen und Antworten wörtlich protokolliert. Nach Abschluss der Einvernahme wird der einvernommenen Person das Protokoll vorgelesen oder ihr zum Lesen vorgelegt; sie hat das Protokoll nach Kenntnisnahme zu unterzeichnen und jede Seite zu visieren (Art. 78 Abs. 5 StPO). Wird die

Einvernahme im Hauptverfahren mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet, kann das Gericht gemäss Art. 78 Abs. 5 bis StPO darauf verzichten, der einvernommenen Person das Protokoll vorzulesen oder zum Lesen vorzulegen und von dieser unterzeichnen zu lassen; die Aufzeichnungen werden zu den Akten genommen. Nach der früheren Fassung von Art. 78 Abs. 7 StPO mussten die Aussagen, die mittels technischer Hilfsmittel aufgezeichnet worden waren, unverzüglich in Reinschrift übertragen werden (AS 2010 1881, 1903). Die Bestimmung liess nach Auffassung der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vermuten, dass Einvernahmen mittels technischer Hilfsmittel aufgezeichnet werden dürften, ohne dass gleichzeitig fortlaufend und sinngemäss zu protokollieren sei, was nach ihrer Ansicht im Widerspruch zu Art. 76 Abs. 4 StPO stand, nach welcher Bestimmung eine Aufzeichnung nur zusätzlich zur schriftlichen Protokollierung, nicht aber an deren Stelle, erfolgen kann. Der entsprechende Passus der Bestimmung wurde daher mit Änderungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung und der Schweizerischen Strafprozessordnung (Protokollierungsvorschriften) vom 28. September 2012 gestrichen (vgl. nunmehr Art. 78 Abs. 7 StPO in der Fassung vom 28. September 2012, in Kraft seit 1. Mai 2013; Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. April 2012 zur Parlamentarischen Initiative Strafprozessordnung [Protokollierungsvorschriften], BBl 2012 5716). Hauptanliegen der Revision war allerdings die Verringerung des Zeit- und Kostenaufwandes durch Verzicht auf Verlesung des Protokolls und Vorlage desselben zur Unterzeichnung durch die einvernommene Person, wenn die Einvernahme im Hauptverfahren mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet wurde (Art. 78 Abs. 5 bis StPO).

BGE 143 IV 408 S. 421

8.2 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).

8.3 Prozessrelevante Vorgänge müssen schriftlich-lesbar oder mindestens bildlich-visuell erfassbar dargestellt werden. Mündliche Verfahrensvorgänge sind demnach in Schriftform zu übertragen (SCHMID, Handbuch, a.a.O., N. 569, N. 571). Art. 76 Abs. 4 StPO erlaubt zwar, dass Verfahrenshandlungen ganz oder teilweise auch in Ton oder Bild festgehalten werden können. Dies kann indes nur zusätzlich zur schriftlichen Protokollierung erfolgen (vgl. auch Art. 235 Abs. 2 ZPO). Die Aufnahme mit technischen Hilfsmitteln vermag das schriftliche Protokoll somit zwar zu ergänzen, nicht aber zu ersetzen. Auf die Schriftform kann daher grundsätzlich nicht verzichtet werden (Botschaft, a.a.O., S. 1156; vgl. auch Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, a.a.O., S. 5713 f.; BRÜSCHWEILER, a.a.O., N. 8 zu Art. 76 StPO; NÄPFLI, in: Basler Kommentar, a.a.O.,

N. 18 zu Art. 76 und N. 26c f. zu Art. 78 StPO; SCHMID, Handbuch, a.a.O., N. 574; GIORGIO BOMIO, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, N. 4 zu Art. 76 StPO). Das Festhalten am Erfordernis des Schriftprotokolls bezweckt, die Strafbehörden und die Verfahrensbeteiligten davon zu entbinden, stundenlang Aufzeichnungen anzuhören. Das schriftliche Protokoll erlaubt ihnen, sich rasch einen Überblick über die durchgeführte Beweiserhebung zu verschaffen (vgl. CAPUS/STOLL, Lesen und Unterzeichnen von Einvernahmeprotokollen im Vor- und Hauptverfahren, ZStrR 131/2013 S. 214). Die Bestimmung von Art. 76 Abs. 4 StPO schliesst in diesem Sinn - jedenfalls für Einvernahmen im Vorverfahren - nicht aus, dass das schriftliche Protokoll erst nachträglich auf der Grundlage akustischer oder audiovisueller Aufzeichnungen erstellt wird. Die Beweiserhebung wird dadurch nicht nur umfassender, sondern auch authentischer protokolliert, als dies bei einer parallelen Protokollierung der Fall wäre (OBERHOLZER, a.a.O., N. 1277).

9.

9.1 Das Kantonsgericht hat die erstinstanzliche Verhandlung vollumfänglich auf einem Tonträger akustisch aufgezeichnet und abgespeichert. Anstelle eines schriftlichen Verhandlungsprotokolls wurde eine Übersicht über den Verhandlungsverlauf erstellt, welcher mit den Tondateien korreliert und die Orientierung erleichtern soll. Bei der "Übersicht über den Verhandlungsverlauf" handelt es sich um eine knappe Zusammenfassung der in der Verhandlung gestellten Fragen, der Antworten der Beschuldigten und der Anträge der Parteien unter Hinweis auf die Fundstellen im jeweiligen Dateiordner. Die Dateiordner sind jeweils durchnummeriert und die einzelnen Kapitel sind direkt auf dem Datenträger abrufbar. Nach den Vorbemerkungen des Kantonsgerichts dient die genannte Übersicht lediglich der Orientierung und hat keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Unter diesen Umständen ist zunächst nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz annimmt, es liege kein eigentliches Schriftprotokoll vor. Die "Übersicht über den Verhandlungsverlauf" ist eine differenzierte, in einzelne Punkte aufgegliederte Inhaltsangabe, die in knapper Form festhält, was im betreffenden Punkt auf der Audiodatei zu hören ist. Ein fortlaufendes schriftliches Protokoll im Sinne der Art. 76 Abs. 1 und Art. 78 Abs. 1 StPO ist sie nicht und will sie nach den Ausführungen der ersten Instanz auch gar nicht sein.

Damit hat das Kantonsgericht, wie die Vorinstanz grundsätzlich zu Recht annimmt, die Protokollvorschriften der Strafprozessordnung verletzt. Daran ändert nichts, dass sie die gesamte Hauptverhandlung akustisch aufgezeichnet hat und dass diese Aufzeichnung gerade bei komplexen und lang andauernden Hauptverhandlungen den Parteien und den Strafbehörden erlaubt, sich bei Unklarheiten, Bestreitungen oder anderen Einwendungen gegen die Korrektheit der Einvernahme oder des Protokolls ein eigenes Bild über den Gang der Befragung zu machen und damit der Fehleranfälligkeit des herkömmlichen Schriftprotokolls entgegenwirkt, zumal es erfahrungsgemäss zwischen der Verfahrensleitung und der einzuvernehmenden Person oder deren Rechtsbeistand oftmals zu Meinungsverschiedenheiten über die Art der Protokollierung kommt (OBERHOLZER, a.a.O., N. 1275; PHILIPP NÄPFLI, Das Protokoll im Strafprozess, 2007, S. 126 f.). Denn wie sich aus Art. 76 Abs. 4 StPO ergibt, kann die Aufzeichnung mit technischen Hilfsmitteln nur ergänzend, zusätzlich zur schriftlichen Protokollierung, erfolgen.

9.2 Damit ist freilich noch nicht entschieden, wie im vorliegenden Fall zur Behebung des Mangels zu verfahren ist, d.h. ob die Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung eine angemessene Rechtsfolge darstellt. Dabei ist im Auge zu behalten, dass im

Rahmen des anwendbaren Rechts auch das Einhalten des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes von Bedeutung ist (BGE 136 I 87 E. 3.2). Grundsätzlich trifft zu, dass Protokollvorschriften zwingend sind und ihre Beachtung Voraussetzung für die Gültigkeit des Protokolls und damit für die Verwertbarkeit der Aussagen ist (Art. 141 Abs. 2 StPO; vgl. oben E. 7.2; ferner SCHMID, Handbuch, a.a.O., N. 571 ff., N. 214 f.; NÄPFLI, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 12 zu Art. 76 und N. 20/25 zu Art. 78 StPO). Zudem ist richtig, dass der Mangel im Berufungsverfahren nicht geheilt werden kann. Doch ist zu bedenken, dass die Vorinstanz im vorliegenden Fall nicht gänzlich von einer Protokollierung abgesehen hat, sondern dass sie die gesamte Hauptverhandlung auf Tonträger aufgezeichnet hat. Auf diese Weise ist sie offensichtlich gerade deshalb verfahren, weil sie angesichts von Umfang und Komplexität des Sachverhalts mit fünf Angeklagten und einer Verfahrensdauer von 12 ½ Verhandlungstagen sicherstellen wollte, dass in Bezug auf die Einvernahmen keine Unklarheiten entstehen können. Zudem hat sie eine Übersicht über den

Verhandlungsverlauf erstellt, welche es dem Benutzer erlaubt, sich in den Tondateien zurechtzufinden und effizient zu bewegen. Diese Konstellation ist nicht vergleichbar mit einem Verfahren, in welchem überhaupt kein Protokoll vorliegt oder das bestehende Protokoll vollkommen unbrauchbar ist. Zudem lässt sich der Mangel insofern ohne Weiteres beheben, als von der Tonaufnahme eine Abschrift erstellt wird. Diese mag für sich allein zwar nicht im selben Masse überblickbar sein, wie ein übliches, nach der Wesentlichkeit der Aussagen selektionierendes Schriftprotokoll. Doch ergibt sich in Kombination mit der "Übersicht über den Verfahrensverlauf" eine hinreichende Tauglichkeit zum Gebrauch, so dass den Parteien für die Nachverfolgung des Verfahrensgangs kein allzu grosser Aufwand abverlangt wird. Die Abschrift in Kombination mit dem Überblick erfüllt auch ohne Weiteres die dem Protokoll im Strafprozess zugeschriebenen Funktionen (oben E. 8.2). Insbesondere erlaubt es der Rechtsmittelinstanz und den Parteien, die inhaltliche Richtigkeit und verfahrensmässige Ordnungsmässigkeit einer angefochtenen Entscheidung zu überprüfen. Der Mangel erschöpft sich im vorliegenden Fall somit lediglich darin, dass die Tonaufnahme nicht bloss eine zusätzliche, sondern die hauptsächliche Aufzeichnung ist. Da sich dieser Mangel ohne Weiteres beheben lässt, erscheint die Rückweisung der Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung als nicht nachvollziehbar und damit als unverhältnismässig. Die Vorinstanz wird demzufolge das Kantonsgericht anweisen, von der Tonaufzeichnung eine Abschrift zu erstellen und nach Eingang derselben das Berufungsverfahren fortzusetzen. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als begründet.