

BGer 6B 1084/2019 vom 9. September 2020

Bundesgericht, 2020-09-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1084_2019

FR: TF 6B 1084/2019 du 9 septembre 2020

IT: TF 6B 1084/2019 del 9 settembre 2020

Regeste

Aufhebung und Rückweisung; Beweisergänzungen | Strafprozess

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition seine Zuständigkeit und ob ein Rechtsmittel zulässig ist (vgl. BGE 143 IV 357 E. 1; 140 IV 57 E. 2 mit Hinweisen). Es wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG).

E. 1.2

Die Beschwerde in Strafsachen ist zulässig gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen (Art. 90 BGG), sowie gegen selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren (Art. 92 Abs. 1 BGG). Gegen andere selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide ist die Beschwerde hingegen gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG nur zulässig, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Ein solcher liegt vor, wenn er auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen späteren Entscheid nicht mehr oder nicht vollständig behoben werden kann. Die Möglichkeit eines Nachteils genügt, jedoch muss dieser rechtlicher Natur sein. Rein tatsächliche Nachteile wie eine Verfahrensverlängerung oder -verteuerung reichen nicht aus (BGE 144 IV 321 E. 2.3, 90 E. 1.1.3; 143 IV 175 E. 2.3; 143 III 416 E. 1.3). Der Beschwerdeführer hat bei der Anfechtung von Zwischenentscheiden die Tatsachen anzuführen, aus denen sich der nicht wieder gutzumachende Nachteil ergeben soll, sofern dies nicht offensichtlich ist (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 141 IV 284 E. 2.3, 289 E. 1.3; je mit Hinweisen). Die Zulässigkeit der Beschwerde ist nach den konkreten Umständen und nicht nach bloss abstrakten Gesichtspunkten zu beurteilen. Das Bundesgericht erachtet die Beschwerde gegen Rückweisungsbeschlüsse des Berufungsgerichts gemäss Art. 409 Abs. 1 StPO als zulässig, wenn nicht evident ist, dass das erstinstanzliche Verfahren an einem schwerwiegenden, im Berufungsverfahren nicht heilbaren Mangel leidet oder mit hinreichender Begründung eine Rechtsverweigerung/-verzögerung als Folge der Rückweisung gerügt wird (Urteile 6B_1075/2019 vom 2. Juli 2020 E. 4; 6B_1335/2019 vom 29. Juni 2020 E. 2.3; 6B_1014/2019 vom 22. Juni 2020 E. 1.3; je mit Hinweisen).

E. 1.3

Die Beschwerdeführerin bringt zutreffend vor, dass nicht evident ist, dass das erstinstanzliche Verfahren aufgrund unterlassener Beweismassnahmen an einem schwerwiegenden Mangel i.S.v. Art. 409 Abs. 1 StPO leidet, der im Berufungsverfahren nicht beseitigt werden könnte (vgl. Urteile 6B_1075/2019 vom 2. Juli 2020 E. 4; 6B_1335/2019 vom 29. Juni 2020 E. 2.3; 6B_32/2017 vom 29. September 2017 E. 4, nicht

publ. in: BGE 143 IV 408 ; 6B_1302/2015 vom 28. Dezember 2016 E. 4.1). Dass und inwiefern die Beschwerdeerhebung durch die Staatsanwaltschaft rechtsmissbräuchlich sein soll, ist entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners nicht ersichtlich. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz verletze Art. 409 und 389 Abs. 3 StPO, indem sie das erstinstanzliche Urteil aufhebe und die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und Urteilsfällung an die erste Instanz zurückweise. Aus dem Umfang der Daten bzw. Akten, die sich gemäss den Erwägungen der Vorinstanz womöglich auf den zu beurteilenden Sachverhalt auswirken könnten, könne weder auf das Vorliegen eines schwerwiegenden Verfahrensmangels geschlossen werden, noch darauf, dass ein solcher im Berufungsverfahren nicht geheilt werden könnte und eine Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte unumgänglich gewesen wäre. Mit Gewährung der vollständigen Akteneinsicht in die von der Staatsanwaltschaft eingereichten Unterlagen und Archivdatenträger seien sämtliche vom Bundesgericht gerügten Mängel behoben worden und es sei den Parteirechten des Beschwerdegegners Rechnung getragen worden. Auch der Umstand, dass diese Archivdatenträger dem Beschwerdegegner in der Untersuchung und im Verfahren vor der ersten Instanz nicht zur Verfügung standen, stelle keinen schwerwiegenden, im Berufungsverfahren nicht heilbaren Verfahrensmangel dar. Der Beschwerdegegner habe bereits während der Untersuchung volle Einsicht in alle Akten der gemäss Art. 276 Abs. 1 StPO beweisrelevanten Gespräche gehabt. Selbst wenn in den Archivdatenträgern neue, entlastende Beweise vorhanden sein sollten, wäre kein wesentlicher Mangel ersichtlich, der im Berufungsverfahren nicht geheilt werden könnte. Eine Rückweisung aufgrund neuer Beweismittel widerspräche dem System der Rechtsmittel der Strafprozessordnung. Ein allfälliger Verfahrensmangel wäre im Berufungsverfahren heilbar. Die Vorinstanz könnte dem Beschwerdegegner eine Frist ansetzen, um entlastende Beweise, die aus den Archivdatenträgern hervorgingen, zu bezeichnen. Über allfällig neu vorgebrachte Beweise wäre im Berufungsverfahren zu befinden. Eine Rückweisung an die erste Instanz sei zur Wahrung der Rechte des Beschwerdegegners nicht erforderlich. Die Vorinstanz verkenne, dass Art. 389 Abs. 3 StPO sie verpflichte, sich mit Behauptungen und allfälligen neuen Beweisen bzw. der Frage, ob die Erhebung zusätzlicher Beweismittel erforderlich sei, auseinanderzusetzen.

E. 2.2

Die Vorinstanz erwägt, grundsätzlich könnten die neu zu den Akten genommenen Unterlagen im Rahmen des (zweiten) Berufungsverfahrens als zusätzliche Beweismittel gestützt auf Art. 389 Abs. 3 StPO in das Verfahren eingebracht werden. Die Strafprozessordnung lasse insofern einen Instanzverlust zu. Vorliegend handle es sich indes um 102 DVD's mit aufgezeichneten Telefongesprächen. Aus diesen leite die Verteidigung Auswirkungen bezüglich des Sachverhalts bzw. des Aktenfundaments ab. Angesichts dieser sehr grossen Daten- bzw. Aktenmenge, die sich auf den zu beurteilenden Sachverhalt auswirken könnte, dränge es sich auf, das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, um einen Instanzverlust zu vermeiden (Beschluss S. 4 f.).

E. 2.3

Der Beschwerdegegner argumentiert zusammengefasst, die Beschwerdeführerin verkenne, dass es vorliegend nicht um eine blosser zusätzliche Beweisabnahme i.S.v. Art. 389 Abs. 3

StPO gehe, sondern darum, dass ihm nie vollständige Akteneinsicht gewährt worden und das Aktenfundament bis zum heutigen Tag absolut unvollständig, desolat, unzugänglich und unübersichtlich sei. Er habe seine Verteidigungsrechte bis dato nicht wahrnehmen können. Die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör, die bereits im erstinstanzlichen Verfahren stattgefunden habe, müsse zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils führen. Angesichts der riesigen, unüberschaubaren Datenmenge habe die Vorinstanz die Sache korrekterweise an die erste Instanz zurückgewiesen, um einen Instanzverlust zu vermeiden. Er habe das zwingende Recht, dass er sich vor allen Instanzen bei voller Akteneinsicht, gestützt auf ein vollständiges Aktenfundament bzw. bei Kenntnis aller möglicherweise sachdienlicher Aktenteile verteidigen könne, zumal sich alle Anklagesachverhalte auf die Überwachungsergebnisse stützten und der Entscheid davon abhängt. Indem die erstinstanzliche Hauptverhandlung auf der Grundlage eines unvollständigen Aktenfundaments und gestützt auf Beweismittel, deren Verwertbarkeit gar nicht überprüfbar gewesen sei, durchgeführt und entschieden worden sei, seien sein Recht auf ein faires Verfahren, sein Anspruch auf rechtliches Gehör und sein Recht auf effektive Verteidigung verletzt.

E. 2.4.1

Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde gut und weist es die Angelegenheit zur neuen Beurteilung zurück, darf sich das Berufungsgericht von Bundesrechts wegen nur noch mit jenen Punkten befassen, die das Bundesgericht kassierte. Die anderen Teile des Urteils haben Bestand und sind in das neue Urteil zu übernehmen. Irrelevant ist, dass das Bundesgericht mit seiner Rückweisungsentscheid formell in der Regel das ganze angefochtene Urteil aufhebt. Entscheidend ist nicht das Dispositiv, sondern die materielle Tragweite des bundesgerichtlichen Entscheids. Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist somit auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen (BGE 143 IV 214 E. 5.2.1 S. 220 mit Hinweisen).

E. 2.4.2

Das Rechtsmittelverfahren richtet sich gemäss Art. 379 StPO, unter Vorbehalt besonderer Bestimmungen, sinngemäss nach den allgemeinen Bestimmungen der Strafprozessordnung. Gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist. Die Verfahrensleitung trifft, soweit auf die Berufung einzutreten ist, die notwendigen Anordnungen zur Durchführung des weiteren Berufungsverfahrens (Art. 403 Abs. 4 StPO). Tritt das Berufungsgericht auf die Berufung ein, fällt es ein neues Urteil, welches das erstinstanzliche Urteil ersetzt (Art. 408 StPO). Das Bundesgericht hat in mehreren vor Kurzem ergangenen Urteilen nochmals darauf hingewiesen, dass es sich bei der Berufung um ein vollumfängliches reformatorisches Rechtsmittel handelt (vgl. Art. 408, 389 Abs. 3 StPO; Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1318 Ziff. 2.9.3.3; BGE 143 IV 408 E. 6.1 S. 412 f.; 141 IV 244 E. 1.3.3 S. 248; Urteile 6B_1335/2019 vom 29. Juni 2020 E. 3.2; 6B_1014/2019 vom 22. Juni 2020 E. 2.4; je mit Hinweisen). 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 Fällung eines neuen Urteils an die Vorinstanz zurück. Dabei bestimmt das Berufungsgericht, welche

Verfahrenshandlungen zu wiederholen oder nachzuholen sind (Abs. 2). 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 Instanzenverlusts, unumgänglich ist. Dies ist etwa der Fall bei Verweigerung von Teilnahmerechten oder nicht gehöriger Verteidigung, bei nicht richtiger Besetzung des Gerichts oder bei unvollständiger Behandlung sämtlicher Anklage- oder Zivilpunkte (BGE 143 IV 408 E. 6.1 mit Hinweisen; Urteile 6B_165/2020 vom 20. Mai 2020 E. 2.1; 6B_904/2018 vom 8. Februar 2019 E. 2.4). Erforderliche zusätzliche Beweiserhebungen sind im Berufungsverfahren vom Berufungsgericht vorzunehmen (vgl. Art. 389 Abs. 3 StPO) und stellen keinen schwerwiegenden Mangel im Sinne von Art. 409 Abs. 1 StPO dar, der eine Rückweisung an die erste Instanz rechtfertigt (vgl. Urteile 6B_1075/2019 vom 2. Juli 2020 E. 4; 6B_1335/2019 vom 29. Juni 2020 E. 3.2; 6B_1014/2019 vom 22. Juni 2020 E. 2.4).

E. 2.5

Das Bundesgericht entschied im Rückweisungsurteil, dem Beschwerdegegner sei das Recht einzuräumen, den Archivdatenträger der Aufzeichnungen der Fernmeldeüberwachung nach den Vorgaben von Art. 101 f. StPO einzusehen, um sich anhand der Gesprächsaufzeichnungen ein Bild über die von der Staatsanwaltschaft vorgenommenen Triage zu machen. Es wies ferner darauf hin, dass die Strafverfolgungsbehörden nicht verpflichtet seien, bei der Überwachung des Fernmeldeverkehrs selbst irrelevante Gespräche zu den Akten zu nehmen bzw. diese in einer detaillierten, lückenlosen und chronologischen Übersicht aller stattgefundenen Überwachungsmassnahmen im Sinne eines sog. Logbuchs zu erfassen (Urteil 6B_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.4). Ferner wies das Bundesgericht die Vorinstanz an, für sämtliche Protokolle, die zu verwerten sind, die Namen der übersetzenden Person bekannt zu geben, und aufzuzeigen, dass diese auf die Straffolgen von Art. 307 StGB hingewiesen worden sind (a.a.O., E. 3.4 f.). Die Vorinstanz forderte die Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 29. März 2019 auf, näher bezeichnete Unterlagen einzureichen, um der Aufforderung des Bundesgerichts nachzukommen. Die Staatsanwaltschaft reichte am 16. April 2019 ein Schreiben der Stadtpolizei Zürich vom 8. April 2019, in dem alle in der Untersuchung gegen den Beschwerdegegner tätig gewesenen Dolmetscher aufgeführt sind, und das eine Bestätigung der zuständigen Ermittler enthält, dass alle Dolmetscher zu Beginn ihrer Tätigkeit im vorliegenden Verfahren mündlich auf die Straffolgen von Art. 307 StGB hingewiesen wurden, und eine Kopie der Dolmetscherbelehrungen der Stadtpolizei Zürich bzw. des Obergerichts des Kantons Zürich sowie eine Kopie der Archivdatenträger mit den Aufzeichnungen der Fernmeldeüberwachung aus dem relevanten Verfahren (102 DVD's gemäss separatem Verzeichnis) zu den Akten. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, ist die Vorinstanz bzw. die Staatsanwaltschaft damit den Aufforderungen des Bundesgerichts vollumfänglich nachgekommen und hat die gerügten Mängel behoben. Die Vorinstanz hat die erforderlichen Aktenergänzungen bereits vorgenommen und dem Beschwerdegegner Einsicht in die Akten bzw. Archivdatenträger gewährt. Weitere konkrete Verfahrenshandlungen hat ihr das Bundesgericht nicht aufgetragen. Der Beschwerdeführerin ist zuzustimmen, dass es dem Beschwerdegegner nun frei steht, nach Einsichtnahme in die Datenträger mit den aufgezeichneten Gesprächen aus den geheimen Überwachungsmassnahmen Anträge zur Erhebung weiterer, entlastender Beweismittel, die aus den Archivdatenträgern hervorgehen, zu stellen. Dabei hat er unter Angabe eines

bestimmten Beweismittels (Gesprächs) darzulegen, welche Beweistatsache damit belegt werden soll (vgl. hierzu: Urteil 6B_1051/2019 vom 9. April 2020 E. 4.2 mit Hinweisen). Über die allenfalls gestellten Beweisanträge bzw. die Erforderlichkeit der Abnahme von zusätzlichen Beweisen hat die Vorinstanz im Berufungsverfahren zu entscheiden (vgl. Art. 389 Abs. 3 StPO). Die Vorinstanz hat den Beschwerdegegner denn auch mit Verfügung vom 2. Mai 2019 aufgefordert darzulegen, inwieweit die neu zu den Akten genommenen Unterlagen einen Einfluss auf den Sachverhalt und dessen tatsächliche sowie rechtliche Würdigung hätten und aus welchen Gründen deshalb eine Rückweisung an die erste Instanz nötig sei (kantonale Akten, act. 411 S. 3). Nachdem der Beschwerdegegner in der Folge eine Fristverlängerung von 180 Tagen beantragt und sich nochmals zur beantragten Rückweisung geäußert hat (kantonale Akten, act. 416), erliess die Vorinstanz den angefochtenen Beschluss. Dieser verletzt Bundesrecht. Der Umfang der Akten ist kein taugliches Kriterium für die Beurteilung der Frage, ob das erstinstanzliche Verfahren an einem wesentlichen, im Berufungsverfahren nicht zu heilenden Mangel leidet. Aus dem vorinstanzlichen Beschluss ergibt sich nicht, worin dieser Mangel nach Ansicht der Vorinstanz besteht. Soweit der Beschwerdegegner geltend macht, sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei im erstinstanzlichen Verfahren verletzt worden, weshalb die Sache in Berücksichtigung des Grundsatzes, dass es sich bei diesem Anspruch um ein formelles Recht handle, an die erste Instanz zurückzuweisen sei, verkennt er, dass eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten kann, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 142 II 218 E. 2.8.1 S. 226; 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f.; Urteil 1C_586/2019 vom 3. August 2020 E. 2.3, zur Publikation vorgesehen). Die Vorinstanz hat dem Beschwerdegegner mittlerweile Einsicht in die Akten und die Archivdatenträger gewährt. Auch liegen nun die verlangten Informationen zu den Dolmetschern vor. Die Vorinstanz verfügt im Berufungsverfahren über volle Kognition in Sach- und Rechtsfragen. Ferner wiegt die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht besonders schwer. Der Beschwerdegegner hatte auch im erstinstanzlichen Verfahren Einblick in alle Aufzeichnungen, die von den Strafverfolgungsbehörden für das Strafverfahren für notwendig erachtet wurden (vgl. Art. 276 Abs. 1 StPO). In Nachachtung der bundesgerichtlichen Vorgaben erhielt er im zweiten Berufungsverfahren Einsicht in die übrigen Aufzeichnungen, bezüglich derer die Strafverfolgungsbehörden jedoch keine Pflicht trifft, sie in die Akten aufzunehmen (vgl. Urteil 6B_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.4). Zur Frage der Verwertbarkeit der Überwachungsprotokolle ist festzuhalten, dass die Vorinstanz anhand der ergänzten Akten beurteilen müssen, ob die Überwachungsprotokolle verwertbar sind - wovon die erste Instanz ausging. Zusammenfassend kann die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im erstinstanzlichen Verfahren im Rechtsmittelverfahren vor der Vorinstanz geheilt werden.

E. 2.6

Insgesamt sind keine wesentlichen Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens ersichtlich, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können. Eine Rückweisung des Verfahrens an die erste Instanz erscheint zum jetzigen Zeitpunkt nicht angezeigt und verletzt Bundesrecht.

E. 3

Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Sache zur Durchführung des Berufungsverfahrens nebst Erhebung allfälliger zusätzlicher Beweise an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Beschwerdegegner unterliegt mit seinem Antrag auf Abweisung der Beschwerde, weshalb er grundsätzlich kostenpflichtig wird (Art. 66 Abs. 1 BGG). Jedoch ist sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung im bundesgerichtlichen Verfahren gutzuheissen. Seine Bedürftigkeit ist erstellt und sein Antrag auf Abweisung der Beschwerde kann nicht als aussichtslos bezeichnet werden (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Es sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 64 Abs. 1, Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners ist aus der Bundesgerichtskasse angemessen zu entschädigen (Art. 64 Abs. 2 BGG). Dem Kanton Zürich ist keine Entschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 3 BGG).

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