

BGer 6B_1283/2020 vom 20. Dezember 2022

Bundesgericht, 2022-12-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1283_2020

FR: TF 6B_1283/2020 du 20 décembre 2022

IT: TF 6B_1283/2020 del 20 dicembre 2022

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesgericht hat die kantonalen Akten beigezogen. Dem diesbezüglichen Verfahrens Antrag des Beschwerdeführers ist damit Genüge getan.

E. 1.2

Der Beschwerdeführer beantragt die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. Er begründet diesen Antrag indessen nicht, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann (Art. 42 Abs. 2 BGG). Im Übrigen findet im Verfahren vor Bundesgericht in der Regel kein zweiter Schriftenwechsel statt (Art. 102 Abs. 3 BGG). Ein solcher erscheint auch vorliegend - wie bereits im Rückweisungsverfahren - nicht als erforderlich (vgl. Urteil 6B_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 1).

E. 2.1

Im Falle eines bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheids hat die mit der neuen Entscheidung befasste Instanz ihrem Urteil die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wird, zugrundelegen. Jene bindet auch das Bundesgericht, falls ihm die Sache erneut unterbreitet wird. Aufgrund dieser Bindungswirkung ist es den erneut mit der Sache befassten Gerichten wie auch den Parteien - abgesehen von allenfalls zulässigen Noven - verwehrt, der Überprüfung einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zugrundelegen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden sind. Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist demnach 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 und E. 5.3.3; 135 III 334 E. 2; Urteile 6B_595/2021 vom 24. Juni 2022 E. 1.1; 6B_1216/2020 vom 11. April 2022 E. 1.3.3; 6B_216/2020 vom 1. November 2021 E. 1.3.1; 6B_59/2020 vom 30. November 2020 E. 2; je mit Hinweisen). Rügen, die schon gegen das erste Urteil der unteren Instanz hätten vorgebracht werden können und deren Geltendmachung den Parteien nach Treu und Glauben auch zumutbar war, können nach der Rechtsprechung gegen das zweite Urteil nicht mehr vorgebracht werden (vgl. BGE 117 IV 97 E. 4a; Urteile 6B_595/2021 vom 24. Juni 2022 E. 1.1; 6B_216/2020 vom 1. November 2021 E. 1.3.1; 6B_824/2016 vom 10. April 2017 E. 6.2, nicht publ. in: BGE 143 IV 214 ; 6B_51/2016 vom 3. Juni 2016 E. 2.4; je mit Hinweisen).

E. 2.2

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Strafbehörden hätten zur Verhinderung weiterer Straftaten und zum Schutz höherwertiger Rechtsgüter als demjenigen nach Gewinnung

weiterer Erkenntnisse viel früher einschreiten müssen, wenn sie angesichts der umfassenden Überwachungsmaßnahmen im Bild über den Drogenhandel des Beschwerdeführers gewesen seien. Durch diese Unterlassung hätten sie die Begehung weiterer Delikte zugelassen und damit mitverantworten. Indem die Vorinstanz diese Vorgehensweise schütze, verletze sie nebst dem Verfolgungszwang auch seinen Anspruch auf ein faires Verfahren.

Der Beschwerdeführer hat diese Rüge in seiner ersten Beschwerde in Strafsachen nicht erhoben, obwohl es ihm möglich und auch zumutbar gewesen wäre, weshalb er sie nun nicht mehr vorbringen kann. Darauf ist daher nicht einzutreten.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer wurde von Dezember 2012 bis April 2014 überwacht. Seine Verurteilung basiert im Wesentlichen auf zahlreichen übersetzten Telefon- und Audioprotokollen. Er machte bereits in seiner ersten Beschwerde in Strafsachen unter anderem geltend, die Akten seien unvollständig und die Abhörprotokolle nicht verwertbar. Das Bundesgericht gelangte im Rückweisungsentscheid zum Schluss, dass die Akten in mehrfacher Hinsicht unvollständig sind, sodass der Beschwerdeführer sein Akteneinsichtsrecht nicht wirksam ausüben konnte, womit sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt ist. Es wies die Vorinstanz an, die Staatsanwaltschaft aufzufordern, ihrer Dokumentations- und Aktenführungspflicht nachzukommen und zu belegen, wann der Beschwerdeführer durch wen, wo und mit welchen Ergebnissen überwacht wurde. Seien die konkret zu umschreibenden Überwachungen erfolglos geblieben, genüge es, wenn dies in den Akten vermerkt werde. Ferner hielt das Bundesgericht fest, dass die Vorinstanz zu jedem Abhörprotokoll, das sie verwenden wolle, Informationen darüber einholen müsse, wie bei der Erstellung vorgegangen wurde, wer mit welchen Instruktionen daran teilgenommen hat und ob jede dieser Personen genügend auf die Straffolgen von Art. 307 StGB hingewiesen wurde. Sollte sie diese Informationen nicht erhältlich machen können, seien die Abhörprotokolle nicht verwertbar. Die Vorinstanz könne jedoch diejenigen Gespräche, die sie verwenden möchte und deren Qualität dies zulasse, an der neuen Berufungsverhandlung anhören und unmittelbar von einem/einer - idealerweise neuen - Dolmetscher/in übersetzen lassen. Sei dies aufgrund schlecht verständlicher Passagen der Audioaufzeichnung nicht möglich, stehe es ihr frei, neue schriftliche Übersetzungen bei einem/einer namentlich bekannten, hinreichend belehrten und instruierten Dolmetscher/in in Auftrag zu geben und den Parteien hierzu das rechtliche Gehör zu gewähren (Urteil 6B_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.5.2 i.f. und E. 2.5.3 i.f.).

E. 3.2

Der Beschwerdeführer argumentiert zusammengefasst, die Akten seien weiterhin unvollständig und das Aktenfundament basiere auf einer unzulässigen, einseitigen und damit gesetzeswidrigen Aktenselektion. Indem die Vorinstanz dennoch darauf abstelle und ihn verurteile, verletze sie Art. 3 Abs. 2 lit. c, Art. 6 Abs. 2, Art. 16, Art. 107 Abs. 1 lit. a, Art. 150, Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 StPO, Art. 29 Abs. 1 sowie 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 und 3 EMRK.

E. 3.3

Die Vorinstanz erwägt, gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung seien die Strafverfolgungsbehörden nicht verpflichtet, 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. Das Fehlen eines Logbuchs stelle jedenfalls keine unzulässige Einschränkung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf ein faires Verfahren, auf rechtliches Gehör und auf seine gehörige Verteidigung dar, sei diesem doch letztlich bewusst gewesen, auf welche ihm auch vorgehaltenen Beweismittel sich die Anklagebehörde stütze. Dem Einwand des Beschwerdeführers, dass nicht transparent sei, wie die Abhörprotokolle zustande gekommen seien, sei mit der erneuten Übersetzung bzw. Verschriftlichung der überwachten Gespräche gemäss den seitens des Bundesgerichts gemachten Vorgaben rechtsgenügend Rechnung getragen worden. Insgesamt sei das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers hinsichtlich sämtlicher Gesprächsaufzeichnungen gewahrt worden, womit diese auch verwertbar seien.

Die Vorinstanz führt weiter aus, die von der Staatsanwaltschaft geschilderte Vorgehensweise bei der Triage der abgehörten Gespräche sei nicht zu beanstanden, da der untersuchenden Anklagebehörde bei der Aktenführung ein gewisses Ermessen zugestanden werde. Gerade bei einem umfangreichen und komplizierten Verfahren, wie dem vorliegenden, erscheine die Vornahme einer Triage unumgänglich, weshalb es zulässig erscheine, offensichtlich irrelevantes Material nicht in die Akten aufzunehmen, insbesondere da der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf das Erstellen eines Wortprotokolls sämtlicher Gespräche habe. Vor diesem Hintergrund könne vom beantragten Beizug von (weiteren) Informationen und Akten bezüglich der Vornahme der Triage durch Sachbearbeiter der Anklagebehörde und Dolmetscher bzw. deren Arbeitsteilung abgesehen werden. Ebenso wenig sei die beantragte Befragung der Dolmetscher erforderlich. Inwiefern die Staatsanwaltschaft mit diesem Vorgehen den Untersuchungsgrundsatz verletzt haben soll, werde seitens des Beschwerdeführers denn auch nicht nachvollziehbar dargelegt. Abgesehen davon sei der Verteidigung ermöglicht worden, die gesamten Aufnahmen abzuhören, weshalb eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers nicht gegeben sei. Ebenso habe es die Verteidigung unterlassen, nur bereits im Ansatz darzulegen, inwiefern weitere Gespräche oder Handlungen des Beschwerdeführers geeignet wären, den Entscheid zu beeinflussen. So oder anders sei letztlich massgebend, dass generell wie auch vorliegend im Einzelfall die rechtsgenügende Erstellung eines Anklagesachverhalts die Würdigung der bestehenden Beweismittel aus sich heraus umfasse, woraus zwingend folge, dass auch alle weiteren einigermaßen naheliegenden denkbaren Interpretationsmöglichkeiten eines Beweismittels bzw. vorliegend eines Gesprächs mitzuberücksichtigen seien, weil das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben zu sein habe, womit auch entlastende Umstände einfließen würden. Aus der nachfolgenden materiellen Würdigung der Anklagesachverhalte folge, dass die erstellten Anklagesachverhalte offensichtlich keinen Raum für andere Interpretationen böten. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der Beschwerdeführer die ihm offenstehende Möglichkeit nicht wahrgenommen habe, beispielsweise anhand der Schilderungen anderer Gespräche, an welchen er teilgenommen hatte, darzulegen, weshalb die seitens der Anklagebehörde behauptete Sachdarstellung falsch sein sollte. Wenn die Verteidigung anlässlich der Berufungsverhandlung erneut geltend mache, der Beschwerdeführer habe am Telefon und in seiner Wohnung Gespräche geführt, welche auf den Datenträgern nicht auffindbar seien, in welchen dieser aber immer wieder zum Ausdruck gebracht habe, dass er sich von strafrechtlichem Verhalten, namentlich von Drogengeschäften, distanzieren, dann sei dem entgegenzuhalten, dass er

selber wisse, was er anlässlich dieser Gespräche gesagt habe und was nicht. Entsprechend hätte er die Möglichkeit gehabt, den genauen Gesprächsinhalt aufzuzeigen. Er habe sich dazu allerdings nicht geäußert und auch die Verteidigung habe den angeblich entlastenden Gesprächsinhalt nicht substantiiert aufgezeigt.

Die Vorinstanz gelangt zum Schluss, es sei weder von einer unzulässig erfolgten einseitigen Aktenselektion durch die Staatsanwaltschaft auszugehen noch lägen Anhaltspunkte vor, die auf das Vorhandensein irgendwelcher "Geheimakten" schliessen liessen, wie dies von der Verteidigung geltend gemacht werde. Letztlich sei entscheidend, was der Bewältigung des Prozessstoffes und damit einer nachprüfaren und nachvollziehbaren Beurteilung diene. Gestützt auf den zur Anklage gebrachten Sachverhalt und den Zeitraum, welcher zwischen Anordnung der Überwachungsmaßnahmen und Verhaftung des Beschwerdeführers liege, verstehe es sich von selbst, dass lediglich von den letztlich erstellten Anklagesachverhalten als strafbarem Verhalten des Beschwerdeführers auszugehen sei, was auch bedeute, dass die diesbezüglich nicht erheblichen (Telefon-) Gespräche nicht belastend bzw. das sonstige Verhalten des Beschwerdeführers im betreffenden Zeitraum nicht strafbar und die übrigen Überwachungsmaßnahmen erfolglos gewesen seien. So oder anders bestehe angesichts der Unschuldsvermutung Beweisbedürftigkeit, d.h. die Staatsanwaltschaft habe dem Beschwerdeführer alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen (Urteil S. 27 ff.).

E. 3.4.1

Aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 6 Ziff. 3 EMRK verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör, welcher einen wichtigen und deshalb eigens aufgeführten Teilaspekt des allgemeineren Grundsatzes des fairen Verfahrens von Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK darstellt, ergibt sich für die beschuldigte Person das grundsätzlich uneingeschränkte Recht, in alle für das Verfahren wesentlichen Akten Einsicht zu nehmen (vgl. zudem Art. 3 Abs. 2 lit. c und Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO) und an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 142 I 86 E 2.2; Urteile 6B_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.3.1; 6B_376/2018 vom 25. September 2018 E. 5.1; je mit Hinweisen). Das Akteneinsichtsrecht soll sicherstellen, dass die beschuldigte Person als Verfahrenspartei von den Entscheidungsgrundlagen Kenntnis nehmen und sich wirksam und sachbezogen verteidigen kann. Die effektive Wahrnehmung dieses Anspruchs setzt notwendigerweise voraus, dass die Akten vollständig sind. In einem Strafverfahren bedeutet dies, dass die Beweismittel, jedenfalls soweit sie nicht unmittelbar an der gerichtlichen Hauptverhandlung erhoben werden, in den Untersuchungsakten vorhanden sein müssen und dass aktenmässig belegt sein muss, wie sie produziert wurden. Damit soll die beschuldigte Person in die Lage versetzt werden zu prüfen, ob sie inhaltliche oder formelle Mängel aufweisen und gegebenenfalls Einwände gegen deren Verwertbarkeit erheben kann. Dies ist Voraussetzung dafür, dass sie ihre Verteidigungsrechte überhaupt wahrnehmen kann, wie dies Art. 32 Abs. 2 BV verlangt (vgl. BGE 129 I 85 E. 4.1; Urteile 6B_324/2021 vom 7. April 2022 E. 2.1; 6B_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.3.1; 6B_376/2018 vom 25. September 2018 E. 5.1; 6B_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.3).

Die Anklagebehörde muss dem Gericht sämtliches Material zuleiten, das mit der Tat als Gegenstand eines gegen eine bestimmte Person erhobenen Vorwurfs in thematischem Zusammenhang steht. Sie muss dem Gericht und der beschuldigten Person respektive der Verteidigung sämtliche Spurenvorgänge zur Kenntnis bringen, die im Verfahren - und sei

es auch nur mit geringer Wahrscheinlichkeit - Bedeutung erlangen können. Die Ermittlungs- und Untersuchungsbehörden dürfen grundsätzlich kein von ihnen erhobenes oder ihnen zugekommenes Material zurückbehalten, das einen Bezug zur Sache hat. Die Dokumentationspflicht gilt auf allen Verfahrensstufen, also auch bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren (Urteile 6B_1094/2019 vom 25. Juni 2020 E. 1.3.1; 6B_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.3.1; 6B_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.3 mit Hinweis). Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch ergebnislose oder unergiebigere Ermittlungen in ihrem negativen Ausgang einen für die Urteilsfällung relevanten Gehalt aufweisen können. Auf eine Einverleibung der unergiebigsten Aufzeichnungen in die Akten kann jedoch verzichtet werden, wenn die Tatsache der erfolglosen Überwachung in den Akten vermerkt ist (Urteile 6B_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.3.1; 6B_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.3; MARKUS SCHMUTZ, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 14 zu Art. 100 StPO ; DETLEF KRAUSS, Der Umfang der Strafakte, BJM 1983 S. 49 ff., 62). Wichtig ist, dass sich aus der Hauptakte der Bestand der verhandlungsrelevanten Beiakten jederzeit feststellen lässt und die richterliche Verfahrensgestaltung ebenso wie die Gewährung von Akteneinsicht diese zusätzlichen Materialien einbezieht (KRAUSS, a.a.O., S. 62; Urteile 6B_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.3.1; 6B_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.3; je mit Hinweisen).

Den Parteirechten ist im Zusammenhang mit den ausgesonderten Aufzeichnungen der Fernmeldeüberwachung Rechnung zu tragen. Die beschuldigte Person hat das Recht, den Archivdatenträger mit den Aufzeichnungen der Fernmeldeüberwachung nach den Vorgaben von Art. 101 f. StPO einzusehen, um sich anhand der Gesprächsaufzeichnungen ein Bild über die von den Strafbehörden vorgenommene Triage zu machen (ausführlich hierzu Urteile 6B_1188/2020 vom 7. Juli 2021 E. 1.1.3; 6B_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.3.2 ff. mit Hinweisen).

E. 3.4.2

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV folgt auch die Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen. Das Gericht muss in seiner Begründung wenigstens kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen es sich hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt. Es darf sich dabei auf die massgebenden Gesichtspunkte beschränken und muss sich nicht ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen und diese widerlegen (BGE 147 IV 409 E. 5.3.4; 146 IV 297 E. 2.2.7; je mit Hinweisen).

E. 3.4.3

Nach Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG müssen beim Bundesgericht anfechtbare Entscheide die massgebenden Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art enthalten. Der vorinstanzliche Entscheid hat eindeutig aufzuzeigen, auf welchem festgestellten Sachverhalt und auf welchen rechtlichen Überlegungen er beruht (BGE 141 IV 244 E. 1.2.1 mit Hinweisen). Die Begründung ist insbesondere mangelhaft, wenn der angefochtene Entscheid jene tatsächlichen Feststellungen nicht trifft, die zur Überprüfung des eidgenössischen Rechts notwendig sind oder wenn die rechtliche Begründung des angefochtenen Entscheids so lückenhaft oder unvollständig ist, dass nicht geprüft werden kann, wie das eidgenössische Recht angewendet wurde. Die Begründung ist ferner mangelhaft, wenn einzelne Tatbestandsmerkmale, die für die Subsumtion unter eine gesetzliche Norm von Bedeutung sind, von der Vorinstanz nicht oder nicht genügend abgeklärt wurden (BGE 119 IV 284 E.

5b; Urteile 6B_688/2021 vom 18. August 2022 E. 2.7.3; 6B_1362/2020 vom 20. Juni 2022 E. 13.2.4; je mit Hinweisen). Genügt ein Entscheid den genannten Anforderungen nicht, kann das Bundesgericht ihn in Anwendung von Art. 112 Abs. 3 BGG an die kantonale Behörde zur Verbesserung zurückweisen oder aufheben. Hingegen steht es ihm nicht zu, sich an die Stelle der Vorinstanz zu setzen, die ihrer Aufgabe nicht nachgekommen ist (BGE 141 IV 244 E. 1.2.1 mit Hinweis).

E. 3.4.4

Die Beschwerde ist zu begründen, wobei anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids in gedrängter Form darzulegen ist, inwiefern dieses Recht verletzt (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BGG). Um der Begründungspflicht zu genügen, muss sich der Beschwerdeführer mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen und klar aufzeigen, inwiefern dieses Recht verletzt (BGE 140 III 86 E. 2). Die beschwerdeführende Partei soll nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den vorinstanzlichen Erwägungen ansetzen (BGE 140 III 115 E. 2; 134 II 244 E. 2.1 ff.; Urteile 6B_576/2021 vom 21. Februar 2022 E. 5.1; 6B_333/2021 vom 9. Juni 2021 E. 1.2). Hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und der willkürlichen Anwendung kantonalen Rechts bestehen qualifizierte Rügeanforderungen (Art. 106 Abs. 2 BGG).

E. 3.5.1

Vorwegzunehmen ist, dass auf die Beschwerde mangels hinreichender Begründung insoweit nicht eingetreten werden kann, als der Beschwerdeführer den Anklagegrundsatz als verletzt rügt. Er beschränkt sich darauf, geltend zu machen, ohne vollständige Akten könne ihm nicht klar sein, was ihm vorgeworfen werde, ohne sich mit den ausführlichen vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen bzw. aufzuzeigen, inwiefern die Anklageschrift nicht hinreichend umschrieben sein soll (vgl. Beschwerde S. 22 f. Rz. 73; Urteil S. 43 ff.).

E. 3.5.2

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz sei der bundesgerichtlichen Aufforderung nur ungenügend nachgekommen, da sich aus den Akten immer noch nicht ergebe, welche Überwachungsmaßnahmen in welcher Art, wo, durch wen, zu welchem Zeitpunkt und mit welchem Resultat stattgefunden hätten.

Nach der Rückweisung der Sache durch das Bundesgericht reichte die Staatsanwaltschaft eine Auflistung der geheimen Überwachungsmaßnahmen im Verfahren gegen den Beschwerdeführer zu den Akten. Daraus geht hervor, welche Überwachungsart, in welchem Zeitraum, wo, auf wessen Veranlassung (Zuständigkeit), mit welchem Ergebnis vorgenommen wurde und ob sowie gegebenenfalls auf welchem Ton- und Datenträger diese gespeichert wurden (vgl. kantonale Akten, act. 321/3/1; Urteil S. 27 f.). Obwohl die Übersicht nicht besonders ausführlich ist und sich, wie der Beschwerdeführer zutreffend vorbringt, nicht ergibt, durch wen die Überwachung vorgenommen wurde, ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss gelangt, dass diese den bundesgerichtlichen Anforderungen im Rückweisungsentscheid genügt. Entgegen dem Einwand des Beschwerdeführers ist diese Übersicht ausführlicher als die Mitteilung der Staatsanwaltschaft über die Überwachungsmaßnahme vom 7. Oktober 2015, die das Bundesgericht im Rückweisungsentscheid zur Information des Beschwerdeführers und des Gerichts als inhaltlich nicht hinreichend detailliert bezeichnete. Insbesondere ergibt sich

daraus auch, welche Überwachungsmassnahmen "erfolglos" waren. Soweit sich der Beschwerdeführer am Begriff "erfolglos" stört (vgl. Beschwerde S. 11 f.), ist festzuhalten, dass dieser in Anlehnung an die Formulierung im Rückweisungsentscheid gewählt worden sein dürfte, woraus sich ergibt, dass ergebnislose oder unergiebigere Aufzeichnungen gemeint sind (vgl. Urteil 6B_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.3).

Im Übrigen ist der Auflistung nun auch zu entnehmen, welche Überwachungsmassnahmen tatsächlich stattgefunden haben und welche Überwachung zwar vom Zwangsmassnahmengericht genehmigt worden war, jedoch letztlich nicht installiert werden konnte. Diesbezüglich führte die Beschwerdegegnerin gestützt auf den Bericht des zuständigen polizeilichen Sachbearbeiters nachvollziehbar aus, dass die visuelle Überwachung in der Wohnung des Beschwerdeführers zwar zunächst nicht habe installiert werden können, deren Verlängerung dennoch wiederholt beantragt und genehmigt worden sei, in der Hoffnung diese doch noch installieren zu können, was jedoch nicht gelungen sei (kantonale Akten, act. 180, act. 321/3, act. 374 S. 30). Mit seinen Einwänden vermag der Beschwerdeführer keine Zweifel an der Richtigkeit dieser Ausführungen zu wecken. Soweit er in diesem Zusammenhang seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt sieht, weil die Vorinstanz sich nicht mit seiner Argumentation auseinandersetzt, ist seine Rüge unbegründet. Zwar trifft es zu, dass sich die Vorinstanz nicht zu der visuellen Überwachung bzw. der Kritik des Beschwerdeführers an den Ausführungen der Beschwerdegegnerin äussert. Jedoch ist sie nicht verpflichtet, sich mit jedem Vorbringen des Beschwerdeführers auseinanderzusetzen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist nicht auszumachen und der Beschwerdeführer war offenkundig in der Lage, die Entscheidung sachgerecht anzufechten.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sind die Strafverfolgungsbehörden nicht verpflichtet, in einer Übersicht zu erfassen, zwischen wem, worüber, wo sowie zu welcher Uhrzeit die aufgezeichneten Gespräche stattgefunden hätten, durch wen sie abgehört worden seien, welche Ergebnisse daraus hervorgegangen seien und welche Gespräche wieso bzw. wieso nicht transkribiert worden seien (vgl. Beschwerde S. 10). Eine solche Anforderung ist dem Rückweisungsentscheid nicht zu entnehmen. Auch hielt das Bundesgericht in einem nach dem Rückweisungsentscheid ergangenen Urteil fest, die Strafverfolgungsbehörden seien nicht verpflichtet, irrelevante Gespräche in einer detaillierten, lückenlosen und chronologischen Übersicht aller stattgefundenen Überwachungsmassnahmen im Sinne eines sog. Logbuchs zu erfassen. Gemäss diesem Urteil ist dem Beschwerdeführer indes 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 vorgenommene Triage zu machen (Urteil 6B_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.4). Ob dies vorliegend geschehen ist, wird nachfolgend zu beurteilen sein (vgl. E. 3.5.4).

Unbegründet ist schliesslich auch die Rüge, die Auflistung sei nicht verwertbar, da der Polizeifunktionär, der diese erstellt habe, befangen sei. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, lässt der Umstand, dass der Polizeifunktionär zuhanden des vormals zuständigen Staatsanwalts einen Bericht zu den geheimen Überwachungsmassnahmen verfasst habe, nicht darauf schliessen, dieser habe etwas zu vertuschen versucht oder sei befangen. Mit der Vorinstanz ist naheliegend und angemessen, dass nicht irgend jemand, sondern jene Person das Vorgehen in einem Bericht erläutert, welche die Instruktionen auch tatsächlich erteilt

hat, was im vorliegenden Fall der zuständige Sachbearbeiter war. Mit seinen Ausführungen vermag der Beschwerdeführer betreffend den fraglichen Sachbearbeiter keinen Anschein der Befangenheit aufzuzeigen. Soweit er diesbezüglich zur Begründung auf seine Eingaben im kantonalen Verfahren verweist, ist darauf nicht weiter einzugehen (vgl. BGE 144 V 173 E. 3.2.2; 140 III 115 E. 2; Urteile 6B_3/2021 vom 24. Juni 2022 E. 3.3; 6B_1419/2020 vom 2. Mai 2022 E. 4.3.1; je mit Hinweisen).

E. 3.5.3

Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, da von mehr als der Hälfte der Überwachungsmaßnahmen keine Aufzeichnungen existierten, seien die Akten unvollständig bzw. die Aktenführungs- und Dokumentationspflicht verletzt (Beschwerde S. 11 f., S. 18 ff.). Das Bundesgericht hielt im Rückweisungsentscheid unter anderem fest, der Bestand der verhandlungsrelevanten Beiakten müsse sich aus den Hauptakten jederzeit feststellen lassen, und gelangte zum Schluss, dass sich aus den Hauptakten nicht ergäbe, welche weiteren Akten bzw. Tonträger im vorliegenden Fall produziert worden sind (vgl. Urteil 6B_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.3 und E. 2.5.2). Die Vorinstanz nahm in der Folge das Beweisverfahren wieder auf und überwies die Akten zur Ergänzung der Untersuchung an die Staatsanwaltschaft. Diese reichte der Vorinstanz einen Bericht des polizeilichen Sachbearbeiters betreffend die geheimen Überwachungsmaßnahmen und die "Auflistung der Geheimen Überwachungsmaßnahmen" ein. Die Vorinstanz stellte daraufhin unter anderem fest, dass die von der Verteidigung angestrebte Dokumentierung der Überwachungsmaßnahmen nunmehr vorliege, wogegen der Beschwerdeführer opponierte (vgl. Urteil S. 14 f.).

Der Beschwerdeführer legt in seiner Beschwerde vor Bundesgericht ausführlich, jedoch teilweise repetitiv, anhand verschiedener Aktenstellen seine Ansicht dar, dass weitere relevante Dokumente, insbesondere die Überwachungsmaßnahmen betreffend, vorhanden sein dürften, die von den Untersuchungsbehörden jedoch bisher nicht zu den Akten gegeben worden seien (Beschwerde S. 11 f., S. 14, S. 18 ff.). Entsprechendes brachte er bereits im zweiten Berufungsverfahren vor (kantonale Akten, act. 349 S. 11 f., act. 367 S. 18 ff.). Die Vorinstanz führt hierzu einzig aus, es sei nicht von einer unzulässig erfolgten Aktenselektion durch die Staatsanwaltschaft auszugehen, und es lägen auch keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, die auf das Vorhandensein von irgendwelchen "Geheimakten" schliessen liessen (Urteil S. 33). Ein gemäss den Worten der Verteidigung "offensichtlich unvollständiges Aktenfundament" sei vorliegend nicht auszumachen (Urteil S. 34). Auf die konkreten Ausführungen des Beschwerdeführers geht sie jedoch mit keinem Wort ein. Zwar ist sie nicht verpflichtet, sich mit jedem einzelnen Vorbringen des Beschwerdeführers auseinanderzusetzen, jedoch müsste sie, angesichts der teilweise zumindest nachvollziehbar vorgetragenen Argumente des Beschwerdeführers, ihre Ansicht, wonach keine Anhaltspunkte vorlägen, dass weitere Akten bestünden, begründen. So bringt und brachte der Beschwerdeführer beispielsweise vor, dass die Observation gemäss der "Auflistung der Geheimen Überwachungsmaßnahmen" "div. Erkenntnisse über mutm. Komplizen/Abnehmer" hervorgebracht hätte und damit als "relevant" zu erachten sei. Zudem sei mit den Observationsergebnissen der Antrag auf Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten begründet worden. Im Antrag habe die Kantonspolizei ausgeführt, bisher durchgeführte Observationen beim Beschwerdeführer hätten gezeigt, dass er seinen Personenwagen benutze, um seinen Drogengeschäften nachzugehen. Auch zur "Benutzung" dieses Fahrzeugs finde sich in den Akten nichts (Beschwerde S. 18 f.; kantonale Akten, act.

349 S. 11 f., act. 367 S. 45 f.).

Obwohl das Bundesgericht die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin ausdrücklich dazu einlud, sich insbesondere zu den Vorbringen des Beschwerdeführers betreffend die Rüge der Verletzung der Aktenführungs- und Dokumentationspflicht zu äussern (mit Hinweis auf die Beschwerde S. 11 f., 15 ff.), haben beide auf eine Stellungnahme verzichtet. Da die Begründung des vorinstanzlichen Urteils in diesem Punkt unvollständig ist, ist es dem Bundesgericht nicht möglich, dieses auf seine Rechtmässigkeit zu überprüfen und zu beurteilen, ob weitere Akten bzw. Tonträger existieren, deren Bestand sich nicht aus den Hauptakten ergibt (vgl. Art. 112 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 3 BGG); es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, die umfangreichen kantonalen Akten zu durchforsten und die Einwände des Beschwerdeführers erstmals zu prüfen. Die Vorinstanz wird ihrem Versäumnis nachkommen und ihren Schluss in Auseinandersetzung mit den Argumenten des Beschwerdeführers begründen müssen. Dabei steht es ihr selbstverständlich frei, die Staatsanwaltschaft nochmals (vgl. kantonale Akten, act. 305) anzufragen, ob über jene Überwachungsarten, von denen gemäss der "Auflistung der Geheimen Überwachungsmaßnahmen" keine "Ton und Datenträger" existieren (kantonale Akten, act. 321/3/1), allenfalls physische Akten bestehen.

E. 3.5.4

Gemäss der Auflistung der geheimen Überwachungsmaßnahmen wurden vier Telefonanschlüsse des Beschwerdeführers überwacht. Der Beschwerdeführer bestreitet die vorinstanzliche Feststellung nicht, dass seinem Rechtsvertreter im zweiten Berufungsverfahren zwei USB-Datensticks, die alle aufgezeichneten Gespräche enthalten sollten, zur Verfügung gestellt worden seien. Allerdings macht er geltend, dass die beiden USB-Sticks ein einziges Datenchaos enthalten würden, weshalb es kaum möglich sei, sicherzustellen, dass man alle gespeicherten Gesprächsaufzeichnungen auch tatsächlich finde. Es sei nicht mit zumutbarem Aufwand erkennbar, welche Aufzeichnungen zwischen welchen Anschlüssen zu welchem Zeitpunkt sich überhaupt auf den USB-Sticks befänden und wo bzw. auf welcher Datei dieses Gespräch abgelegt sei. Es sei der Verteidigung damit nicht möglich, sich ein Bild über die Triage der Staatsanwaltschaft zu machen oder Beweisanträge zu stellen (Beschwerde S. 15 ff.). Gleiches brachte der Beschwerdeführer bereits im zweiten Berufungsverfahren vor (kantonale Akten, act. 349 S. 5 f. und S. 12 f., act. 367 S. 21 ff.).

Die Vorinstanz hält diesbezüglich fest, dem Beschwerdeführer sei das Recht, die 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 vorgenommene Triage zu machen, durch die Zustellung einer Kopie der massgebenden Datenträger rechtsgenügend eingeräumt worden (Urteil S. 29 f.), ohne sich aber mit dem Einwand des Beschwerdeführers, er habe ein Datenchaos erhalten, weshalb er sich gerade keinen Überblick über die Triage verschaffen können, auseinanderzusetzen. Wiederum ist es nicht am Bundesgericht, die sich bei den kantonalen Akten befindenden 21 DVDs durchzusehen und erstmals auf die Kritik des Beschwerdeführers einzugehen.

E. 3.5.5

Hinsichtlich der in der Wohnung des Beschwerdeführers vorgenommenen Audioüberwachung erwägt die Vorinstanz, diesem sei das rechtliche Gehör durch die

Möglichkeit, die Audioaufzeichnungen abzuhören, rechtsgenügend gewährt worden. Dafür sei ihm das ganze System mit den Aufzeichnungen in die Justizvollzugsanstalt geliefert worden, was er nicht bestritten habe (Urteil S. 29 f.). Der Beschwerdeführer rügt, dass ihm damals - vor fünf Jahren - nicht alle tatsächlich geführten Audiogespräche, sondern nur die Selektion der Strafbehörden, zur Verfügung gestellt worden sei. Hierauf wie auch auf den Umstand, dass nicht nur ihm selbst, sondern auch seinem Verteidiger Einsicht in die Akten zu gewähren sei, hat er bereits vor der Vorinstanz hingewiesen (vgl. kantonale Akten, act. 349 S. 6, act. 367 S. 42 f.). Angesichts des ergänzenden Berichts des zuständigen Sachbearbeiters der Kantonspolizei Zürich vom 22. September 2019, wonach der Beschwerdeführer vom 2. Juni 2015 bis zum 26. Oktober 2015 Gelegenheit gehabt habe, sämtliche Audiogespräche zu hören (kantonale Akten, act. 337 S. 4), ist unter Willkürgesichtspunkten nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss gelangt, der Beschwerdeführer habe die Möglichkeit gehabt, sämtliche Gesprächsaufzeichnungen abzuhören (Urteil S. 30). Da der Beschwerdeführer bereits während der Untersuchungshaft anwaltlich vertreten war, hatte auch sein (damaliger) Verteidiger die Möglichkeit, die Audiogespräche abzuhören. Die diesbezügliche Kritik ist demnach unbegründet. Als zutreffend erweist sich hingegen der Einwand des Beschwerdeführers, dass die frühere Akteneinsicht nichts daran ändert, dass es ihm nicht möglich ist, die im Rahmen des zweiten Berufungsverfahrens neu erhaltenen Übersetzungen von Audiogesprächen materiell zu überprüfen. Die Vorinstanz wird dem Beschwerdeführer und/oder seinem Verteidiger im neuen Berufungsverfahren die Möglichkeit gewähren müssen, die im Rahmen des zweiten Berufungsverfahrens neu übersetzten Audiogespräche, die sie verwenden will, anzuhören und das entsprechende Protokoll inhaltlich zu kontrollieren.

E. 3.6.1

Soweit der Beschwerdeführer argumentiert, die von der Vorinstanz neu übersetzten Telefon- und Audiogespräche seien unvollständig und daher nicht verwertbar, genügt die Beschwerde den (qualifizierten) Begründungsanforderungen nicht. Obwohl die Vorinstanz sowohl im Allgemeinen als auch bei der Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung einiger Anklagepunkte auf die Kritik des Beschwerdeführers eingeht und insbesondere begründet, inwiefern und weshalb die neu übersetzten Protokolle und einzelne Einvernahmen verwertbar sind (vgl. Urteil S. 39 ff., S. 82 ff., S. 87 ff., S. 94 ff.), setzt sich der Beschwerdeführer mit ihren diesbezüglichen Erwägungen nicht auseinander. Vielmehr beschränkt er sich darauf, das bereits im Berufungsverfahren Vorgetragene zu wiederholen (Beschwerde S. 27 f.; kantonale Akten, act. 367 S. 38 ff.). Auf die Beschwerde ist daher in diesem Punkt nicht einzutreten.

E. 3.6.2

Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, die Triage, welche der abgehörten Gespräche niedergeschrieben und welche als belanglos markiert sowie nicht geschrieben würden, sei unzulässigerweise durch Dolmetscher erfolgt. Hinzu komme, dass man deren Identität (mit einer Ausnahme) aufgrund der ihnen unzulässigerweise zugesicherten Anonymität nicht kenne (Beschwerde S. 29 ff.).

Die Triage bzw. deren Unzulässigkeit war im ersten Verfahren vor Bundesgericht kein Thema. Dabei ging es insbesondere um die Protokolle an sich bzw. die Frage, wie diese zustande gekommen sind, resp., ob hierzu genügend Informationen vorliegen. Weder gerügt noch thematisiert wurde die Frage, wer entschied, zu welchen Gesprächen Protokolle

erstellt würden. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass den Akten nur ungenügende Informationen zum Zustandekommen der Abhörprotokolle und der an deren Erstellung beteiligten Personen zu entnehmen sind. Es entschied, die Vorinstanz werde zu jedem Abhörprotokoll, das sie verwenden wolle, Informationen darüber einholen müssen, wie bei der Erstellung vorgegangen wurde, wer mit welchen Instruktionen daran teilgenommen hat und ob jede dieser Personen genügend auf die Straffolgen von Art. 307 StGB hingewiesen wurde. Sollte sie diese Informationen nicht erhältlich machen können, seien die Abhörprotokolle nicht verwertbar. Die Vorinstanz könne jedoch diejenigen Gespräche, die sie verwenden möchte und deren Qualität dies zulasse, an der neuen Berufungsverhandlung anhören und unmittelbar von einem/einer - idealerweise neuen - Dolmetscher/in übersetzen lassen. Sei dies aufgrund schlecht verständlicher Passagen der Audioaufzeichnung nicht möglich, stehe es ihr frei, neue schriftliche Übersetzungen bei einem/einer namentlich bekannten, hinreichend belehrten und instruierten Dolmetscher/in in Auftrag zu geben und den Parteien hierzu das rechtliche Gehör zu gewähren (Urteil 6B_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.5.3 i.f.). Damit hielt das Bundesgericht im Rückweisungsentscheid verbindlich fest, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit die Vorinstanz die Abhörprotokolle verwerten kann. Der Beschwerdeführer macht im vorliegenden Verfahren nicht mehr geltend, dass diese formellen Anforderungen an die Protokolle der Telefon- und Audiogespräche an sich nicht erfüllt sind. Hingegen bringt er bezüglich der Audiogespräche vor, er habe die neuen Übersetzungen inhaltlich nicht überprüfen können, weil ihm die Aufzeichnungen der Audiogespräche nicht in geeigneter Weise zur Verfügung gestellt worden seien. Wie bereits aufgezeigt, wird die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Möglichkeit gewähren müssen, die neu übersetzten Audiogespräche anzuhören und die entsprechenden Protokolle inhaltlich zu überprüfen (vgl. E. 3.5.5). Sobald der Beschwerdeführer Gelegenheit hatte, die neu übersetzten Protokolle materiell zu überprüfen und ihm damit das rechtliche Gehör gewährt wurde, darf die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundes-, Verfassungs- oder Konventionsrecht die neu übersetzten Abhörprotokolle verwerten, sofern diese inhaltlich korrekt sind. Damit braucht die Frage, ob die Triage durch die Dolmetscher rechtskonform war, ebenso wenig beurteilt zu werden, wie die Rüge, den ursprünglich triagierenden und übersetzenden Dolmetschern sei unzulässigerweise Anonymität zugesichert worden. Selbst wenn die Aktenselektion durch die anonymen Dolmetscher als unzulässig bezeichnet würde, hätte dies nach dem Ausgeführten keinen Einfluss auf die Verwertbarkeit der neu von namentlich bekannten und belehrten Dolmetschern erstellten Abhörprotokolle. Darauf ist im neuen Berufungsverfahren wie auch in einem allfällig weiteren bundesgerichtlichen Verfahren nicht mehr zurückzukommen.

E. 4

Aufgrund der in einigen Punkten unzureichenden vorinstanzlichen Begründung kann das Bundesgericht letztlich nicht beurteilen, ob die Akten weiterhin unvollständig sind bzw. ob das Akteneinsichtsrecht des Beschwerdeführers verletzt ist, indem ihm die Einsicht in - allenfalls - bestehende weitere Akten verwehrt wird. Gründe für eine Einstellung des Verfahrens oder einen vollumfänglichen Freispruch des Beschwerdeführers liegen weiterhin nicht vor (so bereits Urteil 6B_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.5.4; Beschwerde S. 26 Rz. 86). Ebenso wenig ist die Sache zur Durchführung eines neuen Untersuchungsverfahrens an eine neue Staatsanwaltschaft oder zumindest an die erste Instanz zurückzuweisen (vgl. hierzu Urteil 6B_1084/2019 vom 9. September 2020 E. 2.5 letzter Absatz; Beschwerde S. 26 Rz. 87).

Die Vorinstanz wird die Vorbringen des Beschwerdeführers prüfen und in der Begründung ihres neuen Urteils darauf eingehen müssen. Damit erübrigt es sich, die Eventualausführungen des Beschwerdeführers zu der Strafzumessung und den Entschädigungs- sowie Genugtuungsansprüchen zu prüfen. Folglich braucht auch sein Antrag auf Fristansetzung zur Bezifferung der Entschädigungs- und Genugtuungsforderung nicht behandelt zu werden (vgl. Beschwerde S. 2 und S. 37 ff.).

E. 5

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen, das obergerichtliche Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren im Umfang seines Obsiegens zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Die Entschädigung ist praxisgemäss seinem Rechtsvertreter auszurichten, wobei vom üblichen Pauschalhonorar auszugehen ist (vgl. das Reglement vom 31. März 2006 über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht [SR 173.110.210.3]; Urteil 6B_983/2020 vom 3. November 2020 E. 2). Insofern wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gegenstandslos. Soweit der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde unterliegt, ist es zufolge Aussichtslosigkeit abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Dem Kanton Zürich sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Beschwerdeführer hat die Gerichtskosten im Umfang seines Unterliegens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Seinen angespannten finanziellen Verhältnissen ist mit reduzierten Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

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