

BGer 6B_224/2023 vom 26. Oktober 2023

Bundesgericht, 2023-10-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_224_2023

FR: TF 6B_224/2023 du 26 octobre 2023

IT: TF 6B_224/2023 del 26 ottobre 2023

Erwägungen

E. 1.1

Die Begründung muss im bundesgerichtlichen Verfahren in der Beschwerde selbst enthalten sein (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG und Art. 106 Abs. 2 BGG). Verweise auf andere Rechtsschriften oder die Akten reichen nicht aus (BGE 144 V 173 E. 3.2.2; 143 IV 122 E. 3.3; 140 III 115 E. 2; je mit Hinweisen). Auf die Beschwerde kann daher nicht eingetreten werden, soweit die Beschwerdeführerin zur Begründung ihrer Rügen auf ihre Ausführungen im Plädoyer anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung verweist (Beschwerde S. 14 Ziff. 4.1; kantonale Akten act. 125). Entgegen dem Einwand des Beschwerdegegners 1 in seiner Vernehmlassung handelt es sich bei den übrigen Hinweisen in der Beschwerdeschrift auf die kantonalen Akten oder Beilagen indessen nicht um Verweise (Vernehmlassung des Beschwerdegegners 1, act. 13 Ziff. 1.2), sondern lediglich um die Angabe der jeweiligen Belegstellen, was nicht nur zulässig ist, sondern auch hilfreich sein kann.

E. 1.2

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerdeführerin reicht dem Bundesgericht die E-Mail eines Kriminaltechnikers des Forensischen Instituts Zürich (FOR) vom 25. Januar 2023 betreffend Beweiswert der DNA an der Einstichstelle Nr. 12 samt dessen Anhang (ENFSI Guideline) ein (Beilagen 3/1 und 3/2, act. 3). Damit möchte sie aufzeigen, dass die vorinstanzliche Annahme, die DNA des Beschwerdegegners 1 an der Einstichstelle bei der Fotoposition 12 vermöge nicht als ein Indiz zu genügen, nicht korrekt sei (Beschwerde S. 8 f.). Die Beschwerdeführerin scheint dabei jedoch zu übersehen, dass echte Noven, d.h. Tatsachen oder Beweismittel, die sich auf das vorinstanzliche Prozessthema beziehen, sich jedoch erst zugetragen haben oder entstanden sind, nachdem vor der Vorinstanz keine neuen Tatsachen und Beweismittel mehr vorgetragen werden konnten, im Verfahren vor dem Bundesgericht unbeachtlich sind (BGE 148 V 174 E. 2.2; 143 V 19 E. 1.2; Urteil 6B_203/2022 vom 10. Mai 2023 E. 3; je mit Hinweisen). Folglich kann auf die erst nach der Ausfällung des vorinstanzlichen Urteils entstandene E-Mail und die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht eingegangen werden. Entsprechend erübrigt es sich auch, auf die vom Beschwerdegegner 1 in diesem Zusammenhang aufgeworfene Frage (Vernehmlassung des Beschwerdegegners 1, act. 13 Ziff. 3 zu S. 8 f.) einzugehen, ob bzw. inwiefern die Beschwerdeführerin nach der Erhebung der Anklage eigenständig weitere Abklärungen in Auftrag geben durfte.

E. 2.1

Die Vorinstanz begründet den Freispruch des Beschwerdegegners 1 vom Vorwurf des Mordes damit, dass die Gesamtschau der Indizien, namentlich die Schlägerei als einziger Hinweis auf ein Motiv, das sich indessen nicht mit der übrigen Beweislage decke,

unüberwindbare Zweifel daran bestehen lasse, dass es sich beim Täter um den Beschwerdegegner 1 handle, nachdem der Sachverhalt betreffend die Vorgeschichte nicht gemäss der Anklage erstellt sei. Das angeklagte Tatvorgehen werde zwar durch die Berichte und Gutachten des FOR und des Instituts für Rechtsmedizin der Universität (IRM) Zürich gestützt; es lasse sich aber nicht rechtsgenügend nachweisen, dass das in der Anklage umschriebene Messer dem Beschwerdegegner 1 zuzuordnen sei. Der gesamte Anklagesachverhalt in Bezug auf die Vorgeschichte, das Motiv, die Tatwaffe und die Täterschaft könne daher nicht als erstellt gelten, da eine lediglich theoretische Möglichkeit, dass es sich dabei trotz der dagegen sprechenden Sachlage um die Wahrheit handeln könnte, für einen Schuldspruch nicht ausreiche. Dem Beschwerdegegner 1 könne vorliegend jedenfalls nicht rechtsgenügend und ohne unüberwindliche bzw. vernachlässigbare Zweifel nachgewiesen werden, dass er die Tat begangen habe. Daher sei er nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" vom Vorwurf des Mordes zum Nachteil von E.B. _____ freizusprechen (Urteil S. 76 E. 6.5).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin rügt in der Hauptsache, die Vorinstanz stelle den Sachverhalt offensichtlich unrichtig fest und nehme eine willkürliche Beweiswürdigung vor. Zudem verletze sie die Unschuldsvermutung indem sie unter anderem den Grundsatz "in dubio pro reo" überstrapaziere, da sie sowohl bei der Beurteilung der einzelnen Indizien als auch in der gesamten Beweiswürdigung teilweise in krass stossender Weise jeweils von der für den Beschwerdegegner 1 günstigsten Interpretation ausgehe.

E. 2.3

Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie willkürlich ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG ; vgl. auch Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG ; BGE 148 IV 39 E. 2.3.5; 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 114 E. 2.1). Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, d.h. wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich erscheint, genügt nicht (BGE 148 IV 39 E. 2.3.5; 147 IV 73 E. 4.1.2; je mit Hinweisen). Erforderlich ist zudem, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (BGE 146 IV 88 E. 1.3.1; 144 III 368 E. 3.1). Die Willkür rüge muss in der Beschwerde anhand des angefochtenen Entscheids explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 148 IV 39 E. 2.6; 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 114 E. 2.1).

E. 3.1.1

In verfahrensrechtlicher Hinsicht bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz verkenne, dass es sich bei den Äusserungen des Beschwerdegegners 1 gegenüber seiner damaligen Lebenspartnerin, F. _____ (heute: G. _____), in der Tatnacht, "wenn ich dir morgen nicht antworte, bedeutet das, dass ich jemanden getötet habe", um ein Beweismittel handle, welches bei der Beweiswürdigung herangezogen werden könne. Die glaubhaften Aussagen von F. _____ anlässlich der staatsanwaltschaftlichen

Zeugeneinvernahme in Rumänien seien verwertbar und ein zentrales sowie gewichtiges Beweismittel (Beschwerde S. 10).

E. 3.1.2

Der Beschwerdegegner 1 wendet hierzu ein, die Beschwerdeführerin rüge die vorinstanzlichen Erwägungen zur Unverwertbarkeit nicht, weshalb sie die diesbezüglichen Beweismittel auch nicht zu seinem Nachteil anrufen könne (Vernehmlassung des Beschwerdegegners 1, act. 13 S. 8 Mitte).

E. 3.1.3

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist weder an die von den Parteien in der Beschwerde vorgebrachten Argumente noch an die vorinstanzliche Begründung gebunden. Es kann eine Beschwerde aus einem anderen, als dem angerufenen Grund bzw. mit einer von den vorinstanzlichen Erwägungen abweichenden Begründung gutheissen oder abweisen (BGE 146 IV 88 E. 1.3.2; 143 V 19 E. 2.3; Urteile 6B_243/2022 vom 18. Januar 2023 E. 2.1; 6B_1476/2021 vom 25. August 2022 E. 2), vorausgesetzt die Beschwerde genügt den Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 2 BGG). Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen gilt von vornherein nur im Rahmen des Streitgegenstandes, der dem Gericht zur Entscheidung vorliegt (BGE 142 I 99 E. 1.7.1 mit Hinweis). Immerhin prüft das Bundesgericht grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (Urteile 6B_243/2022 vom 18. Januar 2023 E. 2.1; 6B_57/2022 vom 19. August 2022 E. 3.1; 6B_1284/2021 vom 20. Juli 2022 E. 2; je mit Hinweisen). Es darf nach Art. 107 Abs. 1 BGG zudem nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen.

E. 3.1.4

Dem Einwand des Beschwerdegegners 1 kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. In ihrer Beschwerdeeingabe bezeichnet die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Frage der Verwertbarkeit zwar nicht ausdrücklich verletzte Rechtsnormen oder Prinzipien. Die Frage, ob die Aussagen von F._____ verwertbar sind, ist im vorliegenden Verfahren dennoch zu behandeln, zumal die Beschwerdeführerin in ihrer Rechtsschrift hinreichend klar den Vorwurf erhebt, die Vorinstanz habe diese Aussagen zu Unrecht nicht in ihre Beweiswürdigung einbezogen (Beschwerde S. 10 f.). Hinzu kommt, dass die Beschwerdegegner 2-4 ebenfalls geltend machen, die Vorinstanz ver falle in Willkür, wenn sie sämtliche Beweiserhebungen in Rumänien als nicht verwertbar erachte. Soweit die Vorinstanz weiter ausführe, es könne davon ausgegangen werden, Zeugen würden ihre gegenüber der Polizei gemachten Aussagen nicht ohne Weiteres zurücknehmen, handle es sich um eine willkürliche Behauptung. Vielmehr sei davon auszugehen, dass sämtliche involvierten Personen in Rumänien ein grosses Interesse daran hegten, dass die Tat aufgeklärt und der Täter überführt werde. Entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen seien sodann auch die Aussagen der durch die Staatsanwaltschaft Zürich am 22. Januar 2019 als Zeugen befragten rumänischen Polizeibeamten H._____ und I._____ sowie die Tonaufnahme des Gesprächs von J._____ und F._____ verwertbar (Vernehmlassung der Beschwerdegegner 2-4, act. 14 S. 3 ff. Ziff. 3 ff.).

Bevor auf die von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen der willkürlichen Beweiswürdigung und der Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" eingegangen werden kann, stellt sich daher vorab die Frage der Verwertbarkeit.

E. 3.2

Auf das Vorbringen der Beschwerdegegner 2-4, die heimliche Tonaufnahme von J. _____ von seinem Gespräch mit F. _____ (Vernehmlassung der Beschwerdegegner 2-4, act. 14 S. 5 Ziff. 7) seien verwertbar, kann indessen nicht eingegangen werden. Die Vorinstanz gelangt diesbezüglich zum Schluss, diese Aufnahme sei nicht verwertbar. In einer Eventualbegründung erwägt sie, selbst bei Annahme einer Verwertbarkeit zur Aufklärung einer schweren Straftat trotz Rechtswidrigkeit sei angesichts der Heimlichkeit der Aufnahme, der Kenntnisse von J. _____ über die Umstände der Tat und die Verdächtigungen durch die Reise in die Schweiz sowie die Kenntnisse über die Medienmitteilungen höchste Zurückhaltung geboten und bei Vorliegen objektiver Anhaltspunkte auf die Verwertung zu verzichten (Urteil S. 29 E. 4). Die Beschwerdegegner 2-4 setzen sich nicht mit diesen vorinstanzlichen Ausführungen auseinander.

E. 3.3.1

Die Vorinstanz hält in Bezug auf die Aussagen von F. _____ (heute: G. _____), der damaligen Lebenspartnerin des Beschwerdegegners 1, und deren Mutter K. _____ fest, in Folge des Internationalen Rechtshilfeersuchens vom 7. September 2018 betreffend die Sicherung des Mobiltelefons von F. _____ habe die rumänische Kriminalpolizei die beiden am 25. September 2018 bzw. am 2. Oktober 2018 ohne entsprechenden Auftrag als Zeuginnen befragt. Infolge der Verletzung der Teilnahmerechte des Beschwerdegegners 1 seien diese Aussagen unverwertbar. Für die Aufklärung des vorliegenden Delikts seien sie auch nicht unerlässlich. Ob und welche WhatsApp-Nachrichten der Beschwerdegegner 1 in der Nacht vom 2. auf den 3. September 2018 geschickt habe, lasse sich aufgrund der Sicherstellung seines Mobiltelefons auch ohne die Aussagen seiner damaligen Lebenspartnerin oder von deren Mutter klären, weshalb die Angaben von F. _____ vom 2. Oktober 2018 und von K. _____ vom 25. September 2018 im vorliegenden Verfahren absolut unverwertbar seien (Urteil S. 26 f. E. 2.3.a).

Weiter erwägt die Vorinstanz, die Einvernahmen von F. _____ und von K. _____ vom 27. Juli 2020 gestützt auf das zweite Rechtshilfeersuchen der Staatsanwaltschaft seien grundsätzlich verwertbar, da Art. 148 StPO nicht verletzt worden sei. Trotzdem sei darauf hinzuweisen, dass infolge der Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots sämtliche Aussagen, die auf die Angaben in den polizeilichen Einvernahmen zurückzuführen seien, namentlich jene betreffend die WhatsApp-Nachricht bzw. die Nachricht über den Facebook Messenger, bei der von "umbringen" die Rede sei und das Video [recte: das Videogespräch], das ein Schwert bzw. einen Säbel zeigen soll, nicht verwertet werden könnten, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass diese Aussagen auch ohne den zuvor von der rumänischen Polizei unter ungeklärten Umständen erhobenen Beweis hätten erlangt werden können. Es könne durchaus davon ausgegangen werden, dass die Zeuginnen ihre formell gegenüber der Kriminalpolizei gemachten Aussagen nicht ohne Weiteres gegenüber der rumänischen Staatsanwaltschaft hätten zurücknehmen können oder wollen. Diese Aussagen blieben im vorliegenden Verfahren demnach unverwertbar (Urteil S. 27 E. 2.3.b).

Ferner führt die Vorinstanz aus, die Staatsanwaltschaft Zürich habe am 22. Januar 2019 die rumänischen Polizeibeamten H. _____ und I. _____, die F. _____ bzw. K. _____ polizeilich einvernommen hatten, als Zeugen befragt. Aufgrund der Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten seien deren Aussagen insoweit unverwertbar, als sich diese auf unverwertbare Zeugeneinvernahmen stützen würden. Nach

den Erwägungen zur Verwertbarkeit der polizeilichen Einvernahmen von F. _____ und K. _____ folge, dass die Aussagen der Polizeibeamten in Bezug auf die Angaben der befragten Frauen unverwertbar bleiben würden, ausgenommen, wo sich ihre Aussagen gegebenenfalls zugunsten des Beschwerdegegners 1 auswirken würden. Im Übrigen, namentlich insoweit die Zeugen Angaben aus eigener Anschauung bzw. aufgrund eigener Erkenntnis machen würden, seien sie verwertbar (Urteil S. 27 f. E. 2.4).

E. 3.3.2

Die erste Instanz kam zum Schluss, die rechtshilfweise erfolgten Einvernahmen von F. _____ und K. _____ durch die rumänische Staatsanwaltschaft vom 27. Juli 2020 seien uneingeschränkt verwertbar (erstinstanzliches Urteil S. 14 ff. E. 1.6). F. _____ sei bis zur Tat die Lebenspartnerin des Beschwerdegegners 1 gewesen. Sie seien Nachbarn gewesen und würden sich seit der Kindheit kennen. Wegen der verschiedentlich behaupteten Gewalt in der Beziehung zum Beschwerdegegner 1 sowie aufgrund ihrer psychischen Probleme im Zeitraum vor und um die Tatnacht seien die Aussagen von F. _____ mit Zurückhaltung zu würdigen (erstinstanzliches Urteil S. 36 ff. E. 3.6). Die erste Instanz hält ferner fest, eine bewusste Falschaussage von K. _____ erscheine unwahrscheinlich. Dennoch seien ihre Ausführungen ebenfalls mit Zurückhaltung zu würdigen, da ihre Äusserungen nahelegen würden, dass sie dem Beschwerdegegner 1 gegenüber nicht unvoreingenommen sei und keine Zweifel an dessen Schuld zu hegen scheine (erstinstanzliches Urteil S. 38 E. 3.7). Die erste Instanz erachtete es als erstellt, dass F. _____ und der Beschwerdegegner 1 in der Tatnacht gegen 3.00 Uhr ein Videogespräch mit erschreckendem Inhalt miteinander geführt hätten. Weiter sei glaubhaft, dass F. _____ in der Videoübertragung habe erkennen können, dass der Beschwerdegegner 1 verprügelt ausgesehen, einen emotional aufgewühlten Eindruck gemacht und angegeben habe, er gedenke jemanden umzubringen. Eine Interpretation dieser Kommunikation gehe dahin, dass der Beschwerdegegner 1 die Tötung damit angekündigt habe (erstinstanzliches Urteil S. 73 f. E. 7.5.5). Eine alternative Deutung des Videogesprächs würde allenfalls die Aussage von F. _____ zulassen, wonach sie in der Videoübertragung "einen runden Tisch, auf welchem sich ein Schwert befand", gesehen habe. Der einzige runde Tisch in der Garage M. _____ stehe in der Küche, wo der Verstorbene erstochen worden sei. Habe das Gespräch tatsächlich in der Küche der Garage stattgefunden, wäre die plausibelste Erklärung dafür, dass das Videogespräch erst nach der Tötung stattgefunden habe. Die von F. _____ wiedergegebene Aussage des Beschwerdegegners 1, wonach dieser gesagt habe: "Wenn ich nicht mehr ans Telefon gehe, bedeutet das, dass ich jemanden umgebracht habe und ich ins Gefängnis gehe", erhalte damit eine andere Bedeutung. Es wäre keine Ankündigung der Tat, sondern ein Geständnis und eine Vorahnung über die mögliche Konsequenz (erstinstanzliches Urteil S. 75 f. E. 7.5.6). Die erste Instanz erwog, unabhängig davon, ob das Videogespräch zwischen dem Beschwerdegegner 1 und F. _____ in der Tatnacht vor oder nach der Tötung stattgefunden habe, sei es ein weiteres deutliches Indiz für die Täterschaft des Beschwerdegegners 1. Damit sei nämlich erstellt, dass dieser am 3. September 2018 um 03.00 Uhr noch wach und emotional aufgewühlt gewesen sei. Im Weiteren zeige es, dass er sich mit dem Gedanken der Tötung eines Menschen beschäftigt habe. Schliesslich würden die Aussagen von F. _____ und K. _____ zeigen, dass er einen schwertähnlichen Gegenstand zur Hand gehabt habe (erstinstanzliches Urteil S. 76 E. 7.5.7).

E. 3.4.1

Nach Art. 141 Abs. 2 StPO dürfen Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Die Bestimmung beinhaltet eine Interessenabwägung. Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, umso eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse der beschuldigten Person daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibt (BGE 147 IV 9 E. 1.4.2 ; 146 I 11 E. 4.2 ; 131 I 272 E. 4.1.2; je mit Hinweisen). Als schwere Straftaten im Sinne des Gesetzes fallen vorab Verbrechen in Betracht (BGE 147 IV 9 E. 1.3.1 ; 146 I 11 E. 4.2 ; 137 I 218 E. 2.3.5.2). Für die Frage, ob eine schwere Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO vorliegt, sind nicht generell gewisse Tatbestände und deren abstrakte Strafandrohungen, sondern die gesamten Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen (BGE 147 IV 16 E. 6; 147 IV 9 E. 1.4.2; je mit Hinweisen). Dabei kann auf Kriterien wie das geschützte Rechtsgut, das Ausmass dessen Gefährdung resp. Verletzung, die Vorgehensweise und kriminelle Energie des Täters oder das Tatmotiv abgestellt werden (BGE 147 IV 9 E. 1.4.2; Urteile 6B_1298/2022 vom 10. Juli 2023 E. 1.3.3, zur Publ. vorgesehen; 6B_563/2021 vom 22. Dezember 2022 E. 3.3.1; je mit Hinweisen).

Ermöglichte ein Beweis, der nach Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre (Art. 141 Abs. 4 StPO), das heisst, der erste Beweis "conditio sine qua non" des zweiten ist (BGE 138 IV 169 E. 3.1 mit Hinweisen). Eine Fernwirkung gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO ist zu verneinen, wenn der Folgebeweis im Sinne eines hypothetischen Ermittlungsverlaufs zumindest mit einer grossen Wahrscheinlichkeit auch ohne den illegalen ersten Beweis erlangt worden wäre. Entscheidend sind die konkreten Umstände des Einzelfalles (BGE 138 IV 169 E. 3.3.3 mit Hinweisen).

E. 3.4.2

Gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO haben die Parteien das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Dieses spezifische Teilnahme- und Mitwirkungsrecht fliesst aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO). Es darf nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen eingeschränkt werden (Art. 108, Art. 146 Abs. 4 und Art. 149 Abs. 2 lit. b StPO ; siehe auch Art. 101 Abs. 1 StPO ; BGE 143 IV 397 E. 3.3.1; 141 IV 220 E. 4.4; 139 IV 25 E. 4.2 mit Hinweis). Nach Art. 147 Abs. 4 StPO dürfen Beweise, die in Verletzung der Bestimmungen von Art. 147 StPO erhoben worden sind, nicht zulasten der Partei verwendet werden, die nicht anwesend war (BGE 143 IV 397 E. 3.3.1, 457 E. 1.6.1; 139 IV 25 E. 4.2 und E. 5.4.1; Urteile 6B_172/2023 vom 24. Mai 2023 E. 2.3; 6B_1092/2022 vom 9. Januar 2023 E. 2.3.1; je mit Hinweisen).

E. 3.4.3

Die Durchführung einer Einvernahme ohne Teilnahme des Beschuldigten steht einer Wiederholung der Beweiserhebung im Grundsatz zwar nicht entgegen. Wird aber die Einvernahme wiederholt resp. zu einem späteren Zeitpunkt eine Konfrontationseinvernahme durchgeführt, darf die Strafbehörde nicht auf die Ergebnisse der vorausgegangenen Einvernahmen zurückgreifen, soweit diese einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise sind

nach Art. 141 Abs. 5 StPO vielmehr aus den Straftaten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten (BGE 143 IV 457 E. 1.6.2 f.; Urteile 6B_1092/2022 vom 9. Januar 2023 E. 2.3.2; 6B_1040/2021 vom 5. Oktober 2022 E. 3.2; 6B_415/2021 vom 11. Oktober 2021 E. 2.3.4; je mit Hinweisen). Die in einer ersten Einvernahme in Verletzung von Art. 147 Abs. 1 StPO gemachten Aussagen bleiben nach Art. 147 Abs. 4 StPO unverwertbar, wenn sich die befragte Person im Rahmen einer späteren Konfrontation gar nicht mehr bzw. nicht frei und unbeeinflusst zur Sache äussert (Urteile 6B_1078/2020 vom 26. Oktober 2022 E. 2.4.3; 6B_1040/2021 vom 5. Oktober 2022 E. 3.2; 6B_1003/2020 vom 21. April 2021 E. 2.2; je mit Hinweisen).

Beschränkt sich die Wiederholung der Einvernahme im Wesentlichen auf eine formale Bestätigung der früheren Aussagen, wird es dem Beschuldigten verunmöglicht, seine Verteidigungsrechte wirksam wahrzunehmen. Werden Aussagen, welche die Befragten in Einvernahmen ohne Teilnahme der beschuldigten Person machten, in späteren Konfrontationseinvernahmen den Befragten wörtlich vorgehalten, so werden diese Aussagen im Sinne von Art. 147 Abs. 4 StPO unzulässigerweise verwertet (BGE 143 IV 457 E. 1.6.1; Urteile 6B_1092/2022 vom 9. Januar 2023 E. 2.3.3; 6B_1040/2021 vom 5. Oktober 2022 E. 3.2; 6B_415/2021 vom 11. Oktober 2021 E. 2.3.5; je mit Hinweisen).

E. 3.4.4

Das in Art. 147 StPO verankerte Recht auf persönliche Teilnahme gilt nur für Einvernahmen in der Schweiz (Urteile 6B_103/2023 vom 31. Juli 2023 E. 6.2.1; 6B_734/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.2.3). Werden Beweise im Rahmen eines Rechtshilfesuchs im Ausland erhoben, ist nach Art. 148 Abs. 1 StPO dem Teilnahmerecht der Parteien Genüge getan, wenn diese zuhanden der ersuchten ausländischen Behörde Fragen formulieren können (lit. a), nach Eingang des erledigten Rechtshilfesuchs Einsicht in das Protokoll erhalten (lit. b) und schriftliche Ergänzungsfragen stellen können (lit. c). Dieses Verfahren entspricht auch der Sache nach einer als konventionskonform anerkannten Einvernahme von Belastungszeugen im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK (Urteile 6B_103/2023 vom 31. Juli 2023 E. 6.2.1; 6B_961/2016 vom 10. April 2017 E. 3.4; je mit Hinweisen; vgl. dazu auch Urteile 6B_1167/2018 vom 23. Januar 2019 E. 2; 6B_947/2015 vom 29. Juni 2017 E. 5).

E. 3.5

Die Erwägungen der Vorinstanz erweisen sich in mehrfacher Hinsicht als unzutreffend. Es ist zunächst unbestritten, dass die Einvernahmen von F._____ und K._____ am 25. September 2018 bzw. am 2. Oktober 2018 durch die rumänische Polizei unter Verletzung von Art. 148 StPO stattfanden. Im Weiteren hält die Vorinstanz sodann zu Recht fest, die rechtshilfeweise Einvernahme der beiden Zeuginnen durch die rumänische Staatsanwaltschaft vom 27. Juli 2020 sei in Beachtung von Art. 148 StPO erfolgt (Urteil S. 27 E. 2.3.b; kantonale Akten act. 36/36). Im Voraus informierte die Staatsanwaltschaft die Beschwerdegegner mit Schreiben vom 28. Oktober 2019 betreffend Einvernahme der Zeuginnen, die rechtshilfeweise Befragung erfolge insbesondere wegen fehlendem Know-How nicht per Videokonferenz. Sie legte dem Schreiben unter anderem den Fragenkatalog für beide Zeuginnen bei (kantonale Akten act. 36/17 und act. 36/18). Nach der Befragung wurde den Beschwerdegegnern ermöglicht, zu den Einvernahmeprotokollen Stellung zu beziehen und allfällige Ergänzungsfragen zu stellen (kantonale Akten act. 36/37

und act. 36/38). Der Beschwerdegegner 1 verzichtete darauf, F._____ und K._____ Ergänzungsfragen zu stellen (Schreiben des Beschwerdegegners 1 an die Staatsanwaltschaft vom 4. September 2020, kantonale Akten act. 36/46). Sein Konfrontationsanspruch wurde damit in angemessener Weise gewahrt. Soweit die Vorinstanz annimmt, die Aussagen der Zeuginnen anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 27. Juli 2020 seien im vorliegenden Verfahren unverwertbar, verletzt das angefochtene Urteil Bundesrecht. Den Protokollen lässt sich entnehmen, dass die beiden Zeuginnen in ihrer (zweiten) Einvernahme vom 27. Juli 2020 auf die jeweils offenen Fragen zur Sache in freier Erzählung und mit eigenen Worten antworteten (Protokolle der Einvernahmen vom 27. Juli 2020, kantonale Akten act. 36/36). In Anbetracht der konkreten Umstände ist unerfindlich, weshalb die Vorinstanz zum Schluss gelangt, es sei davon auszugehen, dass diese Aussagen nicht ohne den zuvor von der rumänischen Polizei erhobenen Beweis hätten erlangt werden können. Ihre weitere Argumentation, wonach die Aussagen der Zeuginnen im Rahmen ihrer (zweiten) Einvernahme unverwertbar seien, weil diese ihre Angaben anlässlich ihrer ersten Befragung nicht ohne Weiteres zurücknehmen konnten oder wollten, verkennt, dass es sich hierbei nicht um eine Frage der Verwertbarkeit, sondern um einen Umstand handelt, den es im Rahmen der Beweiswürdigung einzubeziehen gilt. Dieses vorinstanzliche Argument würde letztlich auch ganz allgemein und stets dazu führen, dass die Wiederholung einer zuvor in Verletzung von Teilnahmerechten der beschuldigten Person erfolgten Einvernahme eines Zeugen immer sinnlos und damit ein prozessualer Leerlauf wäre. Angesichts der vorliegenden Umstände ist vielmehr davon auszugehen, dass die Aussagen von F._____ und K._____ anlässlich ihrer Einvernahme durch die rumänische Staatsanwaltschaft vom 27. Juli 2020 zur Sache frei sowie unbeeinflusst im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfolgten. Der vorinstanzlichen Erwägung, infolge der Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots könnten sämtliche Aussagen, die auf die Angaben in den polizeilichen Einvernahmen zurückzuführen seien, namentlich jene Nachricht, bei der von "umbringen" die Rede sei und das Video [recte: wohl das Videogespräch], das ein Schwert bzw. einen Säbel zeigen soll, nicht verwertet werden (Urteil S. 27 E. 2.3.b), kann somit nicht gefolgt werden. Gleich verhält es sich hinsichtlich der von der Vorinstanz mit sinngemässer Begründung ebenfalls zu Unrecht als unverwertbar qualifizierten Aussagen der rumänischen Polizeibeamten H._____ und I._____ anlässlich ihrer staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 22. Januar 2019 (Urteil S. 27 f. E. 2.4). Ob die Aussagen von F._____ und K._____ vom 27. Juli 2020 bzw. die Angaben der beiden Polizeibeamten glaubhaft sind und welcher Beweiswert ihnen zukommt, hat die Vorinstanz im Rahmen ihrer neu vorzunehmenden Beweiswürdigung zu klären. Bei dieser Sachlage können die Rügen der willkürlichen Beweiswürdigung und der Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" (noch) nicht behandelt werden.

E. 4.1

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz verletze Art. 343 Abs. 3 StPO und verfalle in Willkür, indem sie es unterlasse, L._____ einzuvernehmen. Da sie ihn in die Nähe einer beschuldigten Person rücke und seine Aussagen als nicht über alle Zweifel erhaben erachte, wäre sie gehalten gewesen, L._____ anzuhören, um sich über dessen Person und seine Aussagen einen persönlichen Eindruck zu machen (Beschwerde S. 9).

Der Beschwerdegegner 1 bringt diesbezüglich vor, die Beschwerdeführerin begründe nicht, weshalb sich die Vorinstanz einen persönlichen Eindruck von L._____ hätte verschaffen

müssen. Dieser sei mehrfach als Beschuldigter und im erstinstanzlichen Verfahren sehr detailliert als Zeuge befragt worden. Da die Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren keine Beweisanträge gestellt habe, habe sie auf eine nochmalige Befragung von L. _____ verzichtet (Vernehmlassung des Beschwerdegegners 1, act. 13 S. 6 f.).

E. 4.2.1

Art. 343 Abs. 3 StPO verpflichtet das Gericht, im Vorverfahren ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals zu erheben, sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint. Eine unmittelbare Abnahme eines Beweismittels ist nach der Rechtsprechung notwendig im Sinne von Art. 343 Abs. 3 StPO, wenn sie den Ausgang des Verfahrens beeinflussen kann. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Kraft des Beweismittels in entscheidender Weise vom Eindruck abhängt, der bei seiner Präsentation entsteht, beispielsweise wenn es in besonderem Masse auf den unmittelbaren Eindruck der Aussage der einzuvernehmenden Person ankommt, so wenn die Aussage das einzige direkte Beweismittel ("Aussage gegen Aussage"-Konstellation) darstellt. Allein der Inhalt der Aussage einer Person (was sie sagt), lässt eine erneute Beweisabnahme nicht notwendig erscheinen. Massgebend ist, ob das Urteil in entscheidender Weise von deren Aussageverhalten (wie sie es sagt) abhängt (BGE 140 IV 196 E. 4.4.2; Urteile 6B_1378/2021 vom 2. August 2023 E. 2.3.2; 6B_119/2023 vom 1. Mai 2023 E. 2.6.1; je mit Hinweisen). Eine unmittelbare Beweisabnahme durch das Gericht erscheint bei sog. "Aussage gegen Aussage"-Konstellationen zwecks Abklärung der Glaubwürdigkeit des Belastungszeugen bzw. der Glaubhaftigkeit der belastenden Aussagen insbesondere geboten, wenn diesen grundlegende Bedeutung zukommt, es um schwere Vorwürfe geht und die belastenden Aussagen zudem Widersprüche und Ungereimtheiten aufweisen (Urteile 6B_1378/2021 vom 2. August 2023 E. 2.3.2; 6B_388/2021 vom 7. Juni 2023 E. 2.1.2.1; 6B_639/2021, 6B_640/2021, 6B_663/2021 und 6B_685/2021 vom 27. September 2022 E. 2.2.1; je mit Hinweisen).

E. 4.2.2

Das Berufungsverfahren stellt keine Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern knüpft an dieses an und baut darauf auf. Entsprechend regelt Art. 389 Abs. 1 StPO, dass das Rechtsmittelverfahren auf den Beweisen beruht, die im Vorverfahren und im erstinstanzlichen Hauptverfahren erhoben worden sind (Urteile 6B_1378/2021 vom 2. August 2023 E. 2.3.3; 6B_639/2021, 6B_640/2021, 6B_663/2021 und 6B_685/2021 vom 27. September 2022 E. 2.2.2). Art. 343 Abs. 3 StPO verankert in den dort erwähnten Fällen daher eine (einmalige) Unmittelbarkeit im erstinstanzlichen Verfahren, in der Regel jedoch keine solche für das Rechtsmittelverfahren. Beweisabnahmen des erstinstanzlichen Gerichts sind im Rechtsmittelverfahren jedoch zu wiederholen, wenn Beweisvorschriften verletzt worden sind, die Beweiserhebungen unvollständig waren oder die Akten über die Beweiserhebungen unzuverlässig erscheinen (Art. 389 Abs. 2 lit. a-c StPO). Eine unmittelbare Beweisabnahme im Rechtsmittelverfahren hat damit zu erfolgen, wenn eine solche im erstinstanzlichen Verfahren unterblieb oder unvollständig war, obwohl die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung im Sinne von Art. 343 Abs. 3 StPO notwendig erscheint. Weiter kann eine unmittelbare Beweisabnahme durch das Berufungsgericht in den Fällen von Art. 343 Abs. 3 StPO erforderlich sein, wenn dieses von den erstinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen abweichen will. Zudem gilt auch im Rechtsmittelverfahren der Wahrheits- und Untersuchungsgrundsatz (BGE 140 IV 196 E. 4.4.1 mit Hinweisen; Urteile 6B_1378/2021 vom 2. August 2023 E. 2.3.3; 6B_639/2021,

6B_640/2021, 6B_663/2021 und 6B_685/2021 vom 27. September 2022 E. 2.2.2 mit Hinweisen). Auch bei sog. "Aussage gegen Aussage"-Situationen ist eine unmittelbare Beweisabnahme vor der Berufungsinstanz folglich nicht zwingend, wenn der Belastungszeuge bereits im erstinstanzlichen Verfahren gerichtlich angehört wurde. Das Bundesgericht hielt unter Verweis auf BGE 140 IV 196 E. 4.4.1 ausdrücklich fest, Art. 343 Abs. 3 StPO statuieren - entgegen den zu präzisierenden, da zu apodiktischen Urteilen 6B_70/2015 vom 20. April 2016 und 6B_1330/2017 vom 10. Januar 2019 - eine einmalige Unmittelbarkeit im erstinstanzlichen Verfahren, in der Regel jedoch keine solche für das Rechtsmittelverfahren (Urteile 6B_70/2023 vom 31. Juli 2023 E. 5.2.2; 6B_388/2021 vom 7. Juni 2023 E. 2.1.4; 6B_639/2021, 6B_640/2021, 6B_663/2021 und 6B_685/2021 vom 27. September 2022 E. 2.2.2; je mit Hinweisen).

E. 4.3

Das Gericht verfügt bei der Frage, ob eine erneute Beweisabnahme erforderlich ist, über einen Ermessensspielraum (BGE 140 IV 196 E. 4.4.2; Urteile 6B_1378/2021 vom 2. August 2023 E. 2.3.3; 6B_388/2021 vom 7. Juni 2023 E. 2.1.2.3; 6B_749/2022 vom 12. Mai 2023 E. 2.1; je mit Hinweisen).

E. 4.4

Der Einwand des Beschwerdegegners 1, die Vorinstanz habe auf eine erneute Befragung von L._____ verzichtet, weil die Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren keine Beweisanträge gestellt habe (Vernehmlassung des Beschwerdegegners 1, act. 13 S. 7), ist unbehelflich. Das Gericht hat die gemäss Art. 343 Abs. 3 StPO notwendigen Ergänzungen von Amtes wegen vorzunehmen, d.h. unabhängig von einem entsprechenden Antrag einer Partei, wenn die unmittelbare Kenntnis eines Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint (BGE 143 IV 288 E. 1.4.1 und E. 1.4.4).

L._____ wurde im Untersuchungsverfahren mehrmals einvernommen (kantonale Akten, act. 9/1, act. 9/2, act. 9/3 und act. 9/4) und anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung eingehend befragt (Protokoll erstinstanzliche Hauptverhandlung, kantonale Akten, S. 12-22 und S. 30-70). Vorliegend geht es um eine schwere Straftat. Dem Zeugen L._____ kommt offensichtlich eine tragende Rolle zu. Nicht nur kannte er den Beschwerdegegner 1 und den Verstorbenen seit über vierzehn Jahren und wohnte sowie arbeitete im Zeitpunkt der angeklagten Tat seit mehr als zwei Monaten mit ihnen zusammen hier in der Schweiz. Er war in der Tatnacht - als Einziger - beim zunächst verbalen und anschliessend gewalttätig geführten Streit zwischen den beiden mehrheitlich anwesend (Urteil S. 54 ff. E. 4.2 ff.). Ferner war er es, der E.B._____ am Morgen fand und den Beschwerdegegner 1 über dessen Tod informierte. Die erste Instanz befragte L._____ gerichtlich anlässlich der Hauptverhandlung (vgl. erstinstanzliches Urteil S. 35 E. 3.3.5). Weiter hebt die Vorinstanz nicht einen erstinstanzlichen Freispruch auf und gelangt ohne Anhörung des Hauptbelastungszeugen zu einem Schuldspruch, was gemäss Rechtsprechung des EGMR Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt würde (Urteil 6B_639/2021, 6B_640/2021, 6B_663/2021 / 6B_685/2021 vom 27. September 2022 E. 2.2.4 mit Hinweisen). Hier liegt im Gegenteil der umgekehrte Fall vor, da die Vorinstanz den erstinstanzlichen Schuldspruch aufhebt und den Beschwerdegegner 1 (in Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo") vom Vorwurf des Mordes freispricht, weil sie von den Sachverhaltsfeststellungen der ersten Instanz abweicht. Dies liegt zum einen daran, dass die Vorinstanz von der Unverwertbarkeit einiger Aussagen ausgeht (E. 3.5) und sie diese damit nicht in ihre Beweiswürdigung einbezogen hat, wie es

die erste Instanz noch tat. Zum anderen qualifiziert die Vorinstanz die Aussagen von L. _____ in massgebenden Bereichen als nicht glaubhaft (Urteil S. 58 E. 4.4), ohne ihn jedoch - im Gegensatz zur ersten Instanz - selbst angehört und somit ohne einen eigenen Eindruck davon erhalten zu haben, wie er aussagt. Die erste Instanz hielt fest, L. _____ habe teilweise widersprüchliche Aussagen gemacht, die er selber wieder korrigiert habe oder die sich als falsch erwiesen hätten. Mit Blick auf das Kerngeschehen würden seine Angaben jedoch stets sehr konzis, einheitlich und nicht stereotyp wirken. Darauf sei bei der Prüfung der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen näher einzugehen, wobei diese im Einzelnen kritisch zu hinterfragen seien (erstinstanzliches Urteil S. 35 E. 3.3.5). Die erste Instanz erachtete die Aussagen von L. _____ u.a. zum Geschehen in der Tatnacht zur Auseinandersetzung zwischen dem Beschwerdegegner 1 und E.B. _____ insgesamt als konsistent, detailreich und nachvollziehbar (erstinstanzliches Urteil S. 60 E. 5.14). Die Vorinstanz gelangt ihrerseits allerdings zum Schluss, die Aussagen von L. _____ zu relevanten Punkten seien als unglaubhaft zu qualifizieren. Auf sie könne - entgegen der Ansicht der ersten Instanz - nicht abgestellt werden, ausgenommen sie würden durch objektive Anhaltspunkte bekräftigt (Urteil S. 58 E. 4.4). Der Frage, ob die Vorinstanz bei der Einschätzung der Aussagen von L. _____ - entsprechend der Rüge der Beschwerdeführerin - allenfalls in Willkür verfallen ist, kann wegen der Rückweisung der Angelegenheit zur neuen Beweiswürdigung an die Vorinstanz an dieser Stelle noch nicht nachgegangen werden (E. 3.5). Es ist lediglich noch anzumerken, dass es der Beschwerdeführerin freisteht, die im vorliegenden Verfahren als unzulässige Noven qualifizierten Bemerkungen eines Kriminaltechnikers betreffend Beweiswert der DNA samt dessen Anhang (E. 1.2) im Rückweisungsverfahren bei der Vorinstanz erneut einzureichen.

Schliesslich steht es zwar im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es eine erneute Befragung vornehmen will. Angesichts der vorliegenden Umstände hat die Vorinstanz aber Art. 343 Abs. 3 StPO verletzt, indem sie auf die gerichtliche Befragung von L. _____ verzichtet hat. Dieser kannte sowohl den Verstorbenen als auch den Beschwerdegegner 1 seit über vierzehn Jahren; er arbeitete und wohnte mit ihnen seit mehreren Monaten hier in der Schweiz. Ausserdem war L. _____ als Einziger in der Tatnacht beim Streit zwischen den beiden anwesend. Überdies war er es, der seinen toten Kollegen am Morgen als Erster fand und den Beschwerdegegner 1 über dessen Tod informierte. In Anbetracht der Tragweite der Aussagen von L. _____ für den Verfahrensausgang wird die Vorinstanz ihn damit in Anwendung des Unmittelbarkeitsprinzips im Rückweisungsverfahren einvernehmen müssen. Dadurch wird sie einen eigenen Eindruck von dessen Aussageverhalten erhalten und kann ihn ausserdem mit den Ungereimtheiten bzw. Widersprüchen in seinen Angaben konfrontieren.

E. 5

Die Beschwerde ist gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Dem Kanton Zürich sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Da der Beschwerdegegner 1 mit seinem Antrag unterliegt, hat er die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und den anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnern 2-4 zusammen mit dem Kanton Zürich eine angemessene Parteientschädigung zu entrichten (Art. 68 BGG). Die Entschädigung wird praxisgemäss ihrer Rechtsvertretung ausgerichtet. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung der Beschwerdegegner 2-4 wird damit

gegenstandslos.

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