

BGer 6B 403/2018 vom 14. Januar 2019

Bundesgericht, 2019-01-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_403_2018

FR: TF 6B 403/2018 du 14 janvier 2019

IT: TF 6B 403/2018 del 14 gennaio 2019

Regeste

Widerhandlung und mehrfache qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.; Willkür, Recht auf ein faires Verfahren etc. | Straftaten

Erwägungen

E. 1

Der Beschwerdeführer beantragt die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. Im Verfahren vor Bundesgericht findet in der Regel kein zweiter Schriftenwechsel statt (Art. 102 Abs. 3 BGG). Ein solcher ist vorliegend aufgrund des Verzichts der Vorinstanz und der Oberstaatsanwaltschaft auf eine Vernehmlassung nicht erforderlich.

E. 2.1

Der Beschwerdeführer macht unter Hinweis auf Art. 3 Abs. 2 lit. c, Art. 101 und 107 StPO , Art. 29 Abs. 1 und 2 und Art. 32 Abs. 2 BV , Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. b EMRK und Art. 14 IPBPR (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2) geltend, die Vorinstanz habe sein rechtliches Gehör sowie sein Recht auf ein faires Verfahren verletzt. Er bringt insbesondere vor, die Aktenlage sei unvollständig, da sich keine detaillierte, lückenlose und chronologische Übersicht aller stattgefundenen Überwachungsmaßnahmen (sogenanntes Logbuch) in den Akten befinde. Ein derartiges Gesamtverzeichnis sei erforderlich, um die von der Staatsanwaltschaft vorgenommene Triage der Überwachungsergebnisse, insbesondere der Telefonaufzeichnungen, überprüfen zu können.

E. 2.2

Die Vorinstanz erwägt, die Einreichung einer Übersicht der stattgefundenen Überwachungsmaßnahmen sei nicht angezeigt. Theoretisch bestehe immer die Gefahr einseitiger Tatsachenfeststellung und Aktensammlung. Der Beschwerdeführer wisse jedoch am besten, ob und welche entlastenden Beweise die Staatsanwaltschaft nicht erhoben haben könnte. Es obliege dem Beschwerdeführer, angeblich entlastende Gespräche vorzubringen, zumal er diese selbst geführt habe. Dem Beschwerdeführer gehe es vielmehr um ein blindes Fischen nach theoretisch möglichen Entlastungsmomenten. Zudem sei eine Triage der in der Untersuchung produzierten Dokumente in umfangreicheren Fällen unumgänglich und die Staatsanwaltschaft habe irrelevantes Material nicht zu den Akten zu nehmen. Es sei deshalb unumgänglich, dass gewisse Indizien vorliegen müssten, um von der Staatsanwaltschaft Beweismittel zu den Akten einzuverlangen, welche sie als nicht sachrelevant beurteilt habe.

E. 2.3.1

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 S. 89; Urteil 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 (BGE 129 I 85 E. 4.1 S. 88 f.; Urteile 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 (Urteil 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 (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; Urteil 6B_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.3, mit Hinweisen).

E. 2.3.2

Für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sieht Art. 276 Abs. 1 StPO ausdrücklich vor, dass die aus den genehmigten Überwachungen stammenden Aufzeichnungen, die für das Strafverfahren nicht notwendig sind, von den Verfahrensakten gesondert aufbewahrt und unmittelbar nach Abschluss des Verfahrens vernichtet werden. Nicht notwendig sind Erkenntnisse, die in Bezug auf die Delikte, für welche die Überwachung bewilligt wurde, keinen Beweiswert haben (THOMAS HANSJAKOB, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber

[Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 7 zu Art. 276 StPO). Die Aussonderungspflicht hat vorallem den Zweck, Drittpersonen und Berufsgeheimnisse zu schützen (MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 7 zu Art. 276 StPO). Es verstösst nicht gegen die Aktenführungs- oder Dokumentationspflicht, wenn Daten, die im Rahmen einer Überwachung oder einer nachträglichen Auswertung gesichtet werden und die in keinem Zusammenhang mit der Sache stehen, nicht ins Dossier übernommen werden, weil sie in diesem Fall auch keine entlastende Funktion haben können (Urteil 6B_627/2011 vom 30. Januar 2012 E. 3.2).

E. 2.3.3

Nach einem Teil der Lehre sind für das Verfahren nicht dienliche Aufzeichnungen - erfahrungsgemäss sei dies ein grosser Teil der aufgezeichneten Gespräche - gesondert aufzubewahren, auf Begehren aber den Parteien, vorab der beschuldigten Person, zur Einsichtnahme zu öffnen (SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 3 zu Art. 276 StPO ; vgl. MARKUS SCHMUTZ, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 22 zu Art. 100 StPO). Ein Autor vertritt hingegen die Auffassung, dass die ausgesonderten Akten vom Recht der Parteien auf Akteneinsicht ausgenommen seien (HANSJAKOB, a.a.O., N. 8 zu Art. 276 StPO). Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist der beschuldigten Person ein Recht auf Einsicht in möglicherweise sachdienliche Aktenteile ausserhalb der Ermittlungsakte zu gewähren, wobei von der beschuldigten Person verlangt werden kann, spezifische Gründe für ihr Gesuch vorzubringen (Urteil des EGMR Matanovi C v. Croatia vom 4. April 2017, Rz. 157, auch in: MEYER/STAFFLER, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2017, in: forumpoenale, 5/2018, S. 446 ff., 454). Nicht zulässig ist es, die Triage im Rahmen der verdeckten Ermittlung ohne verfahrensrechtliche Kontrollmechanismen den Strafverfolgungsbehörden zu überlassen (Urteil des EGMR Matanovi C v. Croatia vom 4. April 2017, Rz. 182, auch in: MEYER/STAFFLER, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2017, in: forumpoenale, 5/2018, S. 446 ff., 454).

E. 2.3.4

Den Parteirechten ist im Zusammenhang mit den ausgesonderten Aufzeichnungen der Fernmeldeüberwachung Rechnung zu tragen. Die beschuldigte Person hat nach den vorstehenden Ausführungen 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.

E. 2.4

Der Beschwerdeführer wurde von Juli 2009 bis Februar 2011 überwacht. Mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 16. Dezember 2013 wurden dem Beschwerdeführer Grund, Art und Dauer der Überwachungsmassnahmen mitgeteilt (Urteil des Bezirksgericht Bülach vom 11. November 2015 E. III.A.7.1). Die Staatsanwaltschaft hat die Protokolle der abgehörten und zu den Akten genommenen Telefongespräche nach Anklagesachverhalt geordnet akturiert und zusätzlich ein Gesamtverzeichnis dieser Protokolle von 56 Seiten erstellt. Nach den vorstehenden Ausführungen sind die Strafverfolgungsbehörden entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers 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. Dem Beschwerdeführer ist 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.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer bringt ferner unter dem Titel der Gehörsverletzung und dem Recht auf ein faires Verfahren vor, es sei nicht bekannt, wie die Abhörprotokolle zustande gekommen seien. Es sei nicht ersichtlich, von wem die Abhörprotokolle gemäss welchen Instruktionen produziert worden seien und ob die übersetzenden Personen vor Beginn ihrer Übersetzertätigkeit auf die Straffolgen nach Art. 307 StGB hingewiesen worden seien. Die ihm an der Berufungsverhandlung bekannt gegebene Liste der Namen der übersetzenden Personen sei nicht vollständig. Das auf einem der Abhörprotokolle aufgeführte Kürzel ZHK59 werde in dieser Liste nicht aufgeführt. Die Liste nenne zudem Polizeibeamte, für welche nicht überprüft werden könne, ob sie die notwendigen sprachlichen Fähigkeiten hätten. Schliesslich lasse sich den Akten die Arbeitsteilung zwischen der übersetzenden Person, dem verfahrensführenden Ermittler und der Staatsanwaltschaft nicht entnehmen.

E. 3.2

Die Vorinstanz erwägt, mit Einreichung der Liste der Namen der übersetzenden Personen sei für den Beschwerdeführer feststellbar, wer als Übersetzer geamtet habe. Die Vorbringen, es lasse sich den Akten nicht entnehmen, wie die übersetzenden Personen instruiert worden seien und ob sie zu Beginn der Übersetzung auf Art. 307 StGB hingewiesen worden seien, qualifiziert sie als überspitzt formalistisch. Es sei nicht erforderlich, ein exaktes Ablaufprotokoll der Übersetzung zu erstellen. Im Übrigen verstosse der Beschwerdeführer mit seinen Vorbringen gegen Treu und Glauben, da er die Übersetzungen inhaltlich nicht beanstandet habe.

E. 3.3

Betreffend die Transkription von Telefonüberwachungen hielt das Bundesgericht fest, übersetzte Abhörprotokolle dürften nicht zu Lasten der beschuldigten Person verwertet werden, soweit den Straftaten nicht zu entnehmen ist, wer sie wie produziert hat und ob die übersetzenden Personen auf die Straffolgen von Art. 307 StGB hingewiesen wurden. Beweismittel, die den genannten Anforderungen nicht genügen, können vom Gericht neu erhoben werden, indem die massgebenden Gespräche an der Gerichtsverhandlung angehört und unmittelbar übersetzt werden (BGE 129 I 85 E. 4.1-4.3 S. 88-90; Urteile 6B_376/2018 vom 25. September 2018 E. 5.2; 6B_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.3).

E. 3.4

Wie vom Beschwerdeführer dargelegt, ist das auf dem Protokoll ND 2/2/42 vom 25. November 2009 (Beilage 2/1), auf welches die Vorinstanz in ihrer Urteilsbegründung abstellt, enthaltene Kürzel ZHK59 auf der an der Berufungsverhandlung bekannt gegebenen Liste der Namen der übersetzenden Personen (act. 239) nicht enthalten. Es ist damit nicht bekannt, wer dieses Protokoll übersetzt hat. Dass den übersetzenden Personen Anonymität nach den Vorgaben von Art. 149 f. StPO zugesichert worden wäre, legt die Vorinstanz nicht dar. Das Protokoll ND 2/2/42 vom 25. November 2009 (Beilage 2/1) vermag damit den

Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu genügen. Die Vorinstanz hat für sämtliche Protokolle, welche zu verwerten sind, die Namen der übersetzenden Person bekanntzugeben.

E. 3.5

Der Beschwerdeführer stellt ferner in Frage, ob die übersetzenden Personen zu Beginn der Übersetzertätigkeit auf die Pflicht zur wahrheitsgemässen Übersetzung gemäss Art. 307 StGB hingewiesen worden sind. Die Vorinstanz hält zutreffend fest, dass kein exaktes Ablaufprotokoll der Übersetzung zu erstellen ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann insbesondere auf die Belehrung nach Art. 307 StGB während der Ausbildung, bei Aufnahme in das Dolmetscherverzeichnis oder bei Ausübung der Tätigkeit abgestellt werden (Urteile 6B_376/2018 vom 25. September 2018 E. 5.3 f.; 6B_1368/2018 vom 14. Juni 2018 E. 2.5.3). Derartige Umstände sind indes übersetzerspezifisch aufzuführen (vgl. Urteile 6B_376/2018 vom 25. September 2018 E. 5.3 f.; 6B_1368/2018 vom 14. Juni 2018 E. 2.5.3). Indem die Vorinstanz sich darauf beschränkt, lediglich pauschal darauf hinzuweisen, es handle sich bei den aufgeführten Personen um Gerichtsdolmetscher und Polizeibeamte und auf den Protokollen sei der mit Stempel angebrachte Vermerk "in Kenntnis von Art. 307 StGB " enthalten, vermag sie diesen Anforderungen nicht zu genügen. Für die auf den zu verwertenden Protokollen aufgeführten Gerichtsdolmetscher ist anhand der dargelegten Umstände aufzuzeigen, dass sie auf die Straffolgen von Art. 307 StGB hingewiesen worden sind.

E. 3.6

Der Beizug von Polizeibeamten als Übersetzer ist nicht zu beanstanden, zumal die in Art. 68 Abs. 5 StPO genannten Bestimmungen gleichermassen zur Anwendung kommen (Urteil 6B_376/2018 vom 25. September 2018 E. 5.5). Keine Verletzung dieser Vorschriften zu begründen vermögen die Äusserungen des Beschwerdeführers, mit welchen er pauschal die Fähigkeiten der übersetzenden Polizeibeamten in Frage stellt. Dass die von ihnen übersetzten Protokolle qualitativ unzulänglich wären, bringt er nicht vor. In Bezug auf die als Übersetzer tätigen Polizeibeamten kann im Übrigen aufgrund ihrer Ausbildung und Tätigkeit, insbesondere der Zusammenarbeit mit den Gerichtsdolmetschern, angenommen werden, dass sie Kenntnis von den Straffolgen nach Art. 307 StGB haben (Urteile 6B_376/2018 vom 25. September 2018 E. 5.5).

E. 3.7

Aus den Akten ergibt sich, dass die Polizei der in die Pflicht genommenen übersetzenden Person den Auftrag erteilte, die vornehmlich auf Kalabrisch geführten Gespräche abzuhören und das Gehörte in schriftlicher Form zusammengefasst festzuhalten. Die übersetzende Person sei angewiesen worden, die nicht relevanten Gespräche mit Stichworten festzuhalten. Anhand dieser Schriftstücke sei es dem verfahrensführenden Ermittler möglich gewesen, die von der Staatsanwaltschaft verlangte Triage vorzunehmen und die Erstellung von Protokollen über die relevanten Gespräche in Auftrag zu geben (act. 334B, S. 17). Entgegen der Kritik des Beschwerdeführers lässt sich damit die Instruktion und die Arbeitsteilung nachvollziehen. Inwiefern die Staatsanwaltschaft mit diesem Vorgehen den Untersuchungsgrundsatz verletzt haben soll, legt der Beschwerdeführer nicht nachvollziehbar dar.

E. 4

Soweit der Beschwerdeführer zur Begründung seiner Beschwerde auf sein Plädoyer oder Eingaben im kantonalen Verfahren verweist, sind diese unbeachtlich, da die Begründung in der Beschwerdeschrift selbst enthalten sein muss (BGE 143 IV 122 E. 3.3 S. 128; 141 V 416 E. 4 S. 421; je mit Hinweisen). Unbegründet ist seine Rüge, die Vorinstanz verletze seinen Anspruch auf rechtliches Gehör, indem sie sich nicht mit seiner Kritik befasse. Die Vorinstanz gibt in ihrem Urteil die Einwände des Beschwerdeführers wieder und setzt sich über mehrere Seiten hinweg mit diesen auseinander (vgl. E. 2.2 und 3.3). Das Gericht darf sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken und muss sich nicht ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen und diese widerlegen (BGE 142 III 433 E. 4.3.2 S. 436; 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; je mit Hinweisen).

E. 5

Die Beurteilung der weiteren Kritik des Beschwerdeführers an der Verfahrensführung, sowie der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung und der geltend gemachten Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, der Unschuldsvermutung und des Willkürverbots setzt die oben dargelegte Gewährung des Akteneinsichtsrechts (E. 2.4) sowie die Vervollständigung der Akten (E. 3.4 f.) voraus, weswegen vorliegend nicht darauf einzugehen ist.

E. 6

Den Antrag, das Berufungsgericht sei nach der Rückweisung neu zu besetzen, begründet der Beschwerdeführer nicht. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

E. 7

Die Beschwerde ist gutzuheissen, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Die Entschädigung ist praxisgemäss seinem Rechtsvertreter auszurichten. Damit wird das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gegenstandslos.

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