

# ZH\_OBERGERICHT SB210249 vom 8. November 2023

ZH Obergericht, 2023-11-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB210249](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210249)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB210249 du 8 novembre 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT SB210249 del 8 novembre 2023

## Erwägungen

### E. 1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 52 S. 4).

#### E. 1.1

In der Berufungsschrift ist anzugeben, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils verlangt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO). Die Verteidigung ficht die Dispositivziffern 2 (mit Ausnahme des Schuldspruchs wegen Beschimpfung), 4, 5, 6, 11 und 12 des vorinstanzlichen Urteils an (vgl. Urk. 54 S. 1 f.; Urk. 73 S. 1 f.).

#### E. 1.2

Nicht angefochten sind somit die Dispositivziffern 1 (Einstellung des Verfahrens betreffend Beschimpfung gemäss Anklagepunkt B), 2 Lemma 4 (Schuldspruch wegen Beschimpfung), 3 (Freispruch betreffend Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz bezüglich der Anklagepunkte A 1.2., 1.3., 1.4., 1.6., 1.8. und 3.), 7-9 (Einziehung, Beschlagnahme, Herausgaben), 10 (Kostenfestsetzung) und 13 (Entschädigung der amtlichen Verteidigung). Entsprechend ist vorab mittels Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil diesbezüglich in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Prozessuale Einwendungen der Verteidigung Die Verteidigung macht im Rahmen des Berufungsverfahrens, wie bereits vor Vorinstanz, diverse Verfahrensfehler geltend und beantragt, dass der Beschluss vom 2. Oktober 2020 sowie das Urteil vom 8. Februar 2021 der Vorinstanz aufzuheben seien und die Sache an die Staatsanwaltschaft bzw. eventualiter an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (Urk. 72 S. 2 f.).

### E. 2

Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung, vom 8. Februar 2021 im Sinne des eingangs wiedergegebenen Dispositivs schuldig gesprochen und bestraft (Urk. 52). Das Urteil wurde am 15. März 2021 mündlich sowie schriftlich im Dispositiv eröffnet (Urk. 44; Prot. I S. 31 ff.). Der Beschuldigte liess gleichentags Berufung anmelden (Prot. I S. 35 und Urk. 46; Art. 399 Abs. 1 StPO). Das begründete Urteil (Urk. 49 bzw. Urk. 52) wurde den Parteien am 26. bzw. 27. April 2021 zugestellt (Urk. 51/1-3), woraufhin der Beschuldigte mit Eingabe vom 5. Mai 2021 innert Frist die Berufungserklärung beim hiesigen Gericht einreichen liess (Urk. 54; Art. 399 Abs. 3 StPO).

#### E. 2.1

Verfahrensvereinigung infolge Mittäterschaft Zunächst macht die Verteidigung geltend, dass mit dem Verzicht der Untersuchungsbehörde auf formelle Vereinigung der Verfahren gegen den Beschuldigten und gegen dessen Mittäter B.\_\_\_\_\_ der Grundsatz der

Verfahrenseinheit gemäss Art. 29 StPO verletzt sei (Urk. 26 S. 6 und S. 8 f.; Urk. 36 S. 1 f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte sie zu diesem Einwand aus, dass eine Vereinigung dieser Verfahren aufgrund des Berufungsrückzugs von B.\_\_\_\_\_ zwar nicht mehr

- 11 - nachgeholt werden könne. Das Vorgehen der Vorinstanz leide aber dennoch an einem schweren Mangel. Die Nichtvereinigung der Verfahren habe bewirkt, dass den Beschuldigten keine gegenseitigen Teilnahmerechte zugekommen seien und auch die Einsicht in die Akten des anderen Verfahrens verwehrt geblieben sei. Die durch eine fehlende Vereinigung verursachte Verletzung der Verteidigungsrechte dürfe sich daher nicht zum Nachteil des Beschuldigten auswirken (Urk. 72 S. 4 ff.). Die Vorinstanz hat sich einlässlich mit diesem Einwand der Verteidigung auseinandergesetzt, worauf zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen vollumfänglich verwiesen werden kann (Urk. 50 S. 10 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Ausführungen verstehen sich als Ergänzungen bzw. punktuelle Hervorhebungen: Gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO werden Straftaten gemeinsam verfolgt und beurteilt, wenn Mittäterschaft oder Teilnahme vorliegt. Gestützt auf Art. 30 StPO können die Staatsanwaltschaft und die Gerichte aus sachlichen Gründen Strafverfahren trennen oder vereinen. Der in Art. 29 StPO verankerte Grundsatz der Verfahrenseinheit bezweckt die Verhinderung sich widersprechender Urteile, sei dies bei der Sachverhaltsfeststellung, der rechtlichen Würdigung oder der Strafzumessung. Er gewährleistet somit das Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV). Überdies dient er der Prozessökonomie. Eine Verfahrenstrennung ist gemäss Art. 30 StPO nur bei Vorliegen sachlicher Gründe zulässig und muss die Ausnahme bleiben. Die sachlichen Gründe müssen objektiv sein. Getrennte Verfahren sollen vor allem der Verfahrensbeschleunigung dienen bzw. eine unnötige Verzögerung vermeiden helfen. Als sachlicher Trennungsgrund gilt etwa die grosse Zahl von Mittätern, die länger dauernde Unerreichbarkeit einzelner mitbeschuldigter Personen oder die bevorstehende Verjährung einzelner Straftaten. Alle Beispiele beziehen sich auf Charakteristika des Verfahrens, des Täters oder der Tat, nicht aber auf organisatorische Aspekte auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden (BGE 138 IV 214 E. 3.2). Ein sachlicher Grund gemäss Art. 30 StPO, der eine Verfahrenseinigung erforderlich macht, kann überdies namentlich vorliegen, wenn Beteiligte sich wechselseitig Straftaten vorwerfen, die sie im Rahmen des gleichen unter-

- 12 - suchten Sachverhaltskomplexes begangen haben sollen. Der blosser Umstand, dass sich zwei gegen dieselbe Person gerichtete Straftaten am selben Ort und in derselben Nacht ereigneten, reicht dafür nicht (BGE 138 IV 29 E. 5.5 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 1B\_524/2020 vom 28. Dezember 2020 E. 2.4). Die Vorinstanz hielt zutreffend fest, dass sich zumindest in Bezug auf den Vorwurf des Anstaltentreffens zur Einfuhr von Kokain aus Südamerika die Mittäterschaft aus dem Anklagesachverhalt ergibt (Urk. 52 S. 11). Allerdings ist der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft die Verfahren grundsätzlich getrennt führte und den Beschuldigten und B.\_\_\_\_\_ je einzeln anklagte, vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu beanstanden, zumal gegen B.\_\_\_\_\_ zahlreiche und insbesondere über diejenigen gegen den Beschuldigten hinausgehende Anklagevorwürfe erhoben wurden. Wie sich aus dem Polizeirapport vom 16. Januar 2018 ergibt, ermittelte die Kantonspolizei Zürich seit geraumer Zeit unter dem Aktionsnamen "F.\_\_\_\_\_" gegen eine balkanstämmige Gruppierung wegen Drogenhandels (Urk. D1/1/1); erste Ermittlungen gehen auf das Jahr 2014 zurück (vgl. beigezogene Akten

aus dem Verfahren gegen B.\_\_\_\_\_, Urk. 6/1.1). In diesem Zusammenhang wurde also lange bevor der Tatverdacht auf den Beschuldigten fiel gegen B.\_\_\_\_\_ und weitere Personen ermittelt. Aufgrund der Überwachungsmaßnahmen wurde der Beschuldigte im Jahr 2018 verdächtigt, ein Marihuana-/Haschisch-/Kokainabnehmer von B.\_\_\_\_\_ zu sein (Urk. D1/1/1). Würde man nun der Argumentation der Verteidigung folgen, müssten nicht nur die Verfahren gegen B.\_\_\_\_\_ und den Beschuldigten vereinigt werden, sondern – bei Vorliegen einer geringen Übereinstimmung von Teilsachverhalten – jegliche weitere im Rahmen der Aktion "F.\_\_\_\_\_" ermittelten Tatbeteiligten, darunter insbesondere jeden einzelnen Abnehmer von B.\_\_\_\_\_. Dies würde zu einer irrwitzigen Vereinigung etlicher Verfahren und schliesslich zu einem regelrechten "Monsterprozess" führen, was verfahrenstechnisch für die Justiz unter Berücksichtigung der übrigen Geschäftslast kaum zu bewältigen wäre. Letztlich würde dies dazu führen, dass das Verfahren kaum beendet werden könnte, was nicht Sinn der Sache sein kann. Die Trennung der Verfahren dient vorliegend daher im Besonderen auch der Verfahrensbeschleunigung. Zu berücksichtigen ist dabei, dass B.\_\_\_\_\_ die gegen ihn mittlerweile rechtskräftig ausgesprochene Freiheitsstrafe bereits

- 13 - verbüsst und darauf in seine Heimat ausgeschafft wurde (vgl. Urk. 86; Urk. 87/1- 2). Ausserdem liegt vorliegend keine Konstellation vor, bei welcher der Umfang und die Art der Beteiligung wechselseitig bestritten wären. Infolgedessen hielt sich die Gefahr sich materiell widersprechender Entscheide von vornherein in engen Grenzen. Dementsprechend wäre es unzweckmässig gewesen, sämtliche Einvernahmen gemeinsam durchzuführen. Vor Vorinstanz wurde zudem die Durchführung der Hauptverhandlungen der beiden Verfahren am selben Tag vorgenommen und damit die Gefahr widersprüchlicher Urteile vermieden. Wie eingangs erwähnt, wäre dies auch im Hinblick auf die Berufungsverhandlung beabsichtigt gewesen, infolge des Berufungsrückzugs von B.\_\_\_\_\_ jedoch verunmöglicht worden. Damit liegen diverse sachliche Gründe für eine Trennung der Verfahren vor und der Grundsatz der Verfahrenseinheit gemäss Art. 29 StPO ist entgegen der Ansicht der Verteidigung nicht verletzt.

## **E. 2.2**

Rechtliches Gehör betreffend Aktenbeizug Weiter rügte die Verteidigung, dass durch den Aktenbeizug der Überwachungsmaßnahmen aus dem Verfahren gegen B.\_\_\_\_\_ kurz vor der vorinstanzlichen Hauptverhandlung das rechtliche Gehör des Beschuldigten verletzt worden sei. Eine Einsicht in die entsprechenden Akten vor der Verhandlung sei faktisch nicht möglich gewesen und auch durch die Möglichkeit zur Stellungnahme im Nachgang zur Verhandlung sei dem rechtlichen Gehör nicht Genüge getan (Urk. 26 S. 5 f. und S. 7 f.; Urk. 36; Urk. 72 S. 27 ff.). Das vorinstanzliche Vorgehen ist entgegen der Ansicht der Verteidigung nicht zu beanstanden. Ihr wurde im Nachgang zur Hauptverhandlung vom 2. Oktober 2020 – wie es ihr bereits anlässlich dieser in Aussicht gestellt wurde (Prot. I S. 10 und S. 26 f.) – mit Verfügung vom 6. Oktober 2020 das Recht zur schriftlichen Stellungnahme zu den beigezogenen Akten eingeräumt (Urk. 32). Die hierfür angesetzte Frist wurde antragsgemäss bis zum 26. Oktober 2020 erstreckt (Urk. 34). Mit Eingabe vom 22. Oktober 2020 machte die Verteidigung von dem ihr eingeräumten Recht Gebrauch und reichte eine Stellungnahme ein (Urk. 36). Darin erhob sie zunächst – einmal mehr – den Einwand, dass die Verfahren des Beschuldigten und von B.\_\_\_\_\_ hätten vereinigt werden müssen. Ferner be-

- 14 - schwerte sie sich bereits im damaligen Zeitpunkt, dass ihr die Akteneinsicht vor Durchführung der Hauptverhandlung verwehrt worden sei und stellte sich auf den

Standpunkt, dass dies nicht nachträglich im Rahmen einer Stellungnahme im Nachgang zur Hauptverhandlung geheilt werden könne. In diesem Zusammenhang machte sie – wie auch im Rahmen des Berufungsverfahrens (Urk. 72 S. 29 f.) – pauschal geltend, dass auf diese Weise keine Ergänzungsfragen an den Beschuldigten oder an B. \_\_\_\_\_ hätten gestellt werden können, ohne jedoch konkret darzulegen, welche Ergänzungsfragen sie deswegen nicht stellen konnte. Auf eine eigentliche Stellungnahme zu den beigezogenen Akten verzichtete sie zudem gänzlich. Zu berücksichtigen ist ausserdem mit der Vorinstanz, dass die beigezogenen Akten lediglich im Wesentlichen formelle Genehmigungen zu den Überwachungsmaßnahmen betreffen, deren Genehmigung als Zufallsfund bereits vor dem Beizug bei den Verfahrensakten lag (Urk. D1/5/2). Die relevanten Ergebnisse dieser genehmigten Überwachungen wurden dem Beschuldigten in der Untersuchung vorgehalten und er konnte sich dazu äussern. In Bezug auf den Einwand der Verteidigung, in den beigezogenen Akten befänden sich zahlreiche weitere TK-Protokolle und Polizeirapporte, welche für den vorliegenden Sachverhalt relevant seien (Urk. 72 S. 30), wird im Rahmen der Sachverhaltserstellung aufgezeigt, dass dem nicht gefolgt werden kann. Nach dem Gesagten ist nicht ersichtlich, dass dem Beschuldigten durch die Art der Verfahrensführung der Vorinstanz ein konkreter Nachteil erwachsen wäre. Es liegt somit keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

## **E. 2.3**

### Mangelhaftigkeit der Akten

#### **E. 2.3.1**

Unklarheiten und Mangelhaftigkeiten betreffend die Produktion der TK-Protokolle Wie vor Vorinstanz rügt die Verteidigung, das Zustandekommen der TK-Protokolle sei nicht hinreichend nachvollziehbar. Aus den Akten gehe nicht genügend hervor, wie bei der Produktion der TK-Protokolle vorgegangen worden sei und ob die Dolmetschenden in Bezug auf die Erstellung der Protokolle instruiert

- 15 - worden seien. Die TK-Protokolle seien deshalb nicht zulasten des Beschuldigten verwertbar (Urk. 72 S. 7 ff.). Betreffend die Transkription von Telefonüberwachungen hielt das Bundesgericht fest, übersetzte Abhörprotokolle dürften nicht zu Lasten des Beschuldigten verwertet werden, soweit den Straftaten nicht zu entnehmen ist, wer sie wie produziert hat und ob die Dolmetscher auf die Straffolgen von Art. 307 StGB hingewiesen wurden (BGE 129 I 85 E. 4.1 f.; Urteile des Bundesgerichts 6B\_1395/2021 vom 9. Dezember 2022 E. 10.3 und 6B\_682/2023 vom 18. Oktober 2023 E. 1.1; je mit Hinweisen). Aktenkundig ist eine Dokumentation der in der Aktion "F. \_\_\_\_\_", insbesondere gegen den Beschuldigten, eingesetzten Dolmetscher mit Vor- und Nachnamen und ihrem Kürzel. Zudem befinden sich auch die Erklärungen dieser Dolmetscher, dass sie auf die Straffolgen von Art. 307 StGB hingewiesen worden sind, bei den Akten (Urk. D1/12/7; Urk. D1/12/12). Sodann ist nicht nachvollziehbar, inwiefern die Staatsanwaltschaft – wie von der Verteidigung geltend gemacht – den Dolmetschern im Voraus, ohne überhaupt Kenntnis über das Übersetzungsergebnis zu haben, inhaltliche Instruktionen hätte geben können. Es erscheint naheliegend, dass sich die Dolmetscher bei der Übersetzung auf die jeweiligen Inhalte fokussierten, welche offensichtlich mit kriminellen Vorgängen zu tun haben. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass keine Hinweise auf darüber hinausgehende inhaltliche Instruktionen vorliegen und auch keine Anzeichen dafür bestehen, dass die Interpretationshinweise der Übersetzer gestützt auf Instruktionen der

Untersuchungsbehörden erfolgt sind (Urk. 52 S. 6). Weiter hat der Beschuldigte ohnehin keinen Anspruch auf das Erstellen eines Wortprotokolls sämtlicher Gespräche. Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung führte die Staatsanwaltschaft zu den TK-Protokollen aus, dass diese für die Vornahme einer Triage zuerst zusammengefasst übersetzt würden. Anschliessend würden die Protokolle nochmals überarbeitet und wortwörtlich übersetzt, bevor sie dem Beschuldigten vorgehalten würden (Prot. I S. 12). Diese Vorgehensweise ist nicht zu beanstanden, da der untersuchenden Anklagebehörde bei der Aktenführung ein gewisses Ermessen zugestanden wird (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 2.3.2.). Gerade bei einem umfangreichen und komplizierten Verfahren wie dem vorliegenden erscheint die Vornahme einer Triage unumgänglich, weshalb es zulässig erscheint,

- 16 - offensichtlich irrelevantes Material nicht in die Akten aufzunehmen. Letztlich ist entscheidend, was der Bewältigung des Prozessstoffes und damit einer nachprüf- baren und nachvollziehbaren Beurteilung dient. Somit kann der Argumentation der Verteidigung nicht gefolgt werden.

### **E. 2.3.2**

**Dokumentationspflicht / Unvollständigkeit der Akten** Wie bereits vor Vorinstanz beanstandet die Verteidigung im Rahmen des Berufungsverfahrens hinsichtlich der Aktenführung der Staatsanwaltschaft, dass diese ihrer Dokumentationspflicht im Sinne von Art. 100 StPO nicht hinreichend nachgekommen sei und die Untersuchungsakten unvollständig seien. Das Verfahren sei zur Gewährung des Rechts auf Akteneinsicht und des rechtlichen Gehörs an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen und dem Beschuldigten sei insbesondere ein ausführliches Aktenverzeichnis betreffend die Überwachungsmassnahmen zuzustellen (Urk. 26 S. 10 ff.; Urk. 72 S. 21 ff.). 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 des Bundesgerichts 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 Entscheidgrundlagen 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 die beschuldigte Person in der Lage ist zu prüfen, ob sie inhaltliche oder for-

- 17 - melle 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 des Bundesgerichts 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; jeweils mit

Hinweisen). 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 dem Beschuldigten 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 des Bundesgerichts 6B\_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.3.1; 6B\_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.3; jeweils mit Hinweisen). 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 allerdings verzichtet werden, wenn die Tatsache der erfolglosen Überwachung in den Akten vermerkt ist. 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 (Urteile des Bundesgerichts 6B\_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.3.1; 6B\_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.3; jeweils mit Hinweisen). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verstösst es jedoch 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 (Urteile des Bundesgerichts 6B\_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.3.2; 6B\_627/2011 vom 30. Januar 2012

- 18 - E. 3.2; jeweils mit Hinweisen). Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass die Strafverfolgungsbehörden nicht verpflichtet seien, bei der Überwachung des Fernmeldeverkehrs selbst irrelevante Gespräche zu den Akten zu nehmen bzw. diese in einer detaillierten, lückenlosen und chronologischen Übersicht aller stattgefundenen Überwachungsmassnahmen im Sinne eines sog. Logbuchs zu erfassen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.4). Entgegen der Ansicht der Verteidigung verstösst es demzufolge 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 (Urteile des Bundesgerichts 6B\_627/2011 vom 30. Januar 2012 E. 3.2 und 6B\_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.3.2). Die relevanten Untersuchungsergebnisse befinden sich bei den Akten. Die Untersuchungsbehörden waren zudem nicht verpflichtet, ein Logbuch zu führen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.4). Es kann ergänzend auf die ausführliche Begründung der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 52 S. 13 f.). 3. Beweisanträge der Verteidigung

### **E. 3**

Innert der angesetzten Frist gemäss Art. 400 Abs. 3 lit. b StPO (Urk. 56) wurde keine Anschlussberufung erhoben. Die Staatsanwaltschaft beantragte mit Eingabe vom 10. Mai 2021 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 58). Das Dispensationsgesuch wurde am 22.

März 2023 gutgeheissen (Stempel auf Urk. 58). Die Privatklägerin liess sich nicht vernehmen.

### **E. 3.1**

Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 23. Mai 2023 wiederholte die Verteidigung ihre mit Eingabe vom 24. April 2023 gestellten Beweisanträge, es seien B.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ in Anwesenheit des Beschuldigten und unter Gewährung seines Konfrontationsanspruchs zu befragen (Urk. 63) und ergänzte sie um den Beweisantrag auf Einvernahme von E.\_\_\_\_\_. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, dass im Rahmen der Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten eine grosse Anzahl an Gesprächen zwischen diesen Herren abgehört worden sei. Für die Verwertbarkeit allfälliger den Beschuldigten belastenden TK-Protokolle müsse der Beschuldigte mindestens einmal die Möglichkeit haben, diesen Personen Ergänzungsfragen zu stellen (Prot. II S. 22).

### **E. 3.2**

Der in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Anspruch des Beschuldigten, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, ist ein besonderer Aspekt des Rechts auf

- 19 - ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Eine belastende Zeugenaussage ist grundsätzlich nur verwertbar, wenn der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Belastungszeugen zu stellen (BGE 140 IV 172 E. 1.3 S. 176 mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann sich der Anspruch auf Konfrontation auch auf Personen, deren Gespräche abgehört wurden, beziehen, sodass "belastende Zeugenaussagen" im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK auch im Rahmen einer geheimen Telefonabhörung erfolgen bzw. in den entsprechenden schriftlichen Abhörprotokollen enthalten sein können (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1395/2021 vom

### **E. 3.3**

Mit Beschluss vom 26. Mai 2023 wurden die Beweisanträge des Beschuldigten auf Einvernahme von E.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ abgewiesen. Wie nachfolgend noch aufgezeigt wird, wird für die vorliegende Sachverhaltserstellung – wie bereits

- 20 - die Vorinstanz (vgl. Urk. 52 S. 50) – auf keine (den Beschuldigten belastenden) Aussagen von E.\_\_\_\_\_ abgestellt. Damit kann auf eine Konfrontation von E.\_\_\_\_\_ mit dem Beschuldigten verzichtet werden. In Bezug auf D.\_\_\_\_\_ haben Abklärungen ergeben, dass er nach wie vor flüchtig und seit November 2017 zur Fahndung ausgeschrieben ist (vgl. Urk. 75), weshalb sich eine Konfrontation mit dem Beschuldigten im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als unmöglich erweist. Der Beweisantrag auf Einvernahme von B.\_\_\_\_\_ als Zeuge wurde indes mit vorerwähntem Beschluss gutgeheissen (Urk. 76) und es wurde in der Folge auf den 13. September 2023 zur Zeugeneinvernahme vorgeladen (Urk. 78). Nachdem der Beschuldigte aufgrund von Verhandlungsunfähigkeit an dieser nicht teilnehmen konnte, stellte die Verteidigung ein Verschiebungsgesuch mit der Begründung, dass der Beschuldigte einen Konfrontationsanspruch und insbesondere einen Anspruch auf persönliche Teilnahme an der Zeugenbefragung habe (Prot. II S. 27). Dieses wurde abgewiesen und die Zeugeneinvernahme am

### **E. 3.4**

Versteht eine am Verfahren beteiligte Person die Verfahrenssprache nicht oder kann sie sich darin nicht genügend ausdrücken, so zieht die Verfahrensleitung eine Übersetzerin oder einen Übersetzer bei (Art. 68 Abs. 1 Satz 1 StPO). Die Verfahrensleitung prüft, ob beim betroffenen Verfahrensbeteiligten die Kenntnisse der Verfahrenssprache bezogen auf den Gegenstand des konkreten Strafverfahrens und dessen allfällige Komplexität genügend sind (JOSITSCH/SCHMID,

- 21 - Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 68 N 5). Zu Beginn der Zeugenbefragung wurden die Anwesenden darauf hingewiesen, dass das Gericht keinen Dolmetscher aufgeboten habe. B.\_\_\_\_\_ gab darauf auf entsprechende Nachfrage des Präsidenten an, in der Lage zu sein, die Einvernahme auf Deutsch zu führen und keinen Übersetzer zu benötigen. Da er zudem angab, Hochdeutsch besser zu verstehen, wurde die Zeugeneinvernahme in der Folge auf Hochdeutsch geführt (Prot. II S. 26). Auch auf den späteren Einwand der Verteidigung, dass der Zeuge akustisch schlecht zu verstehen sei und deshalb die Gefahr von Missverständnissen bestehe, erwiderte B.\_\_\_\_\_ ausdrücklich, dass er die Fragen des Präsidenten verstehe (Prot. II S. 31). Ebenso gab es aus Sicht des Gerichts keine Verständigungsprobleme mit dem Zeugen. Dass seine Antworten leicht von einem Akzent geprägt waren, ändert daran nichts. Entsprechend konnte im Anschluss an die Befragung auch das Protokoll zur Zeugeneinvernahme problemlos ausgefertigt und der Verteidigung zugestellt werden (Urk. 83). Nebst der schriftlichen Protokollierung wurde von der Zeugeneinvernahme eine Tonbandaufzeichnung gemacht. Diese wurde von der Verteidigung jedoch nicht herausverlangt. Weder wurde von ihr eine Protokollberichtigung beantragt noch gab sie im Ansatz an, an welchen Stellen das Protokoll aus ihrer Sicht fehlerhaft sein soll. In ihrer Stellungnahme vom 1. November 2023 war es ihr denn auch möglich, bestimmte Aussagen des Zeugen B.\_\_\_\_\_ zu zitieren (vgl. Urk. 99). In Bezug auf den Einwand der Verteidigung, dass B.\_\_\_\_\_ bei seinen Befragungen im Rahmen der Voruntersuchung stets auf Serbisch mit einem Dolmetscher befragt worden sei (Urk. 85 S. 1; Urk. 90 S. 4), ist zu berücksichtigen, dass seit diesen Befragungen mehrere Jahre vergangen sind und sich seine deutschen Sprachkenntnisse seither durchaus verbessert haben können. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die Aussagen des Zeugen B.\_\_\_\_\_ sich zusammengefasst darauf beschränkten, zunächst pauschal auszusagen, dass der Beschuldigte nichts mit seinen Drogengeschäften zu tun gehabt habe, sowie wiederholt deutlich zu machen, dass er sich an keine Details mehr erinnere bzw. sich nicht mehr daran erinnern wolle, da er mit dem Ganzen abgeschlossen habe (Prot. II S. 31 ff.). Wie es bei diesen rudimentären Aussagen zu Missverständnissen hätte kommen sollen, erschliesst sich nicht. Nach dem Gesagten drängt sich aufgrund des Umstandes, dass die Befragung von B.\_\_\_\_\_ ohne Dolmetscher durchgeführt wurde, keine Wiederholung der Zeugeneinvernahme auf.

### **E. 3.5**

B.\_\_\_\_\_ wurde am 13. September 2023 für die Zeugeneinvernahme polizeilich aus dem Strafvollzug zugeführt. Am Schluss der Zeugeneinvernahme teilte er mit, dass seine bedingte Entlassung in 3 bis 4 Tagen bevorstehe. Da gegen ihn eine Landesverweisung angeordnet worden sei, werde er danach nach Montenegro ausgeschafft (Prot. II S. 34). Nachdem die Verteidigung mit Eingabe vom

### **E. 4**

Am 27. Oktober 2022 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 23., 24. Mai und 1. Juni 2023 vorgeladen (Urk. 60), wobei das vorliegende Verfahren aufgrund des Sachzusammenhangs gemeinsam mit dem Strafverfahren gegen B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: B.\_\_\_\_\_; SB210287) hätte verhandelt werden sollen (vgl. Urk. 69). Da gleichzeitig ein Sachzusammenhang zwischen dem Verfahren gegen B.\_\_\_\_\_ und demjenigen gegen C.\_\_\_\_\_ (SB210328) vorlag, sollte auch letzteres am gleichen Tag verhandelt werden. Da das Berufungsverfahren betreffend B.\_\_\_\_\_ infolge Rückzugs der Berufung in der Zwischenzeit jedoch abgeschrieben wurde,

- 8 - wurde den Parteien vorgeschlagen, die beiden noch hängigen Verfahren nunmehr getrennt voneinander zu verhandeln (vgl. Urk. 70/1). Die jeweiligen Parteivertreter erklärten sich mit diesem Vorgehen einverstanden (Urk. 70/2-3).

#### **E. 5**

Mit Eingabe vom 21. April 2023 beantragte der Beschuldigte, es seien B.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: D.\_\_\_\_\_) in seiner Anwesenheit und unter Gewährung seines Konfrontationsanspruchs als Auskunftspersonen zu befragen (Urk. 63). Mit Präsidialverfügung vom 28. April 2023 wurden diese Beweisanträge einstweilen abgewiesen (Urk. 64).

#### **E. 6**

Die Berufungsverhandlung fand am 23. Mai 2023 in Anwesenheit des Beschuldigten und dessen amtlichen Verteidigung statt (Prot. II S. 4 ff.). Anlässlich derselben beantragte die Verteidigung vorfrageweise die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz (Prot. II S. 6). Nach einer internen Beratung zu den Vorfragen wurde der Antrag der Verteidigung abgewiesen und der Entscheid kurz mündlich erläutert (Prot. II S. 7). Der Beschuldigte liess in der Folge die eingangs aufgeführten Berufungsanträge stellen (Urk. 73 S. 1 f.). Zudem wiederholte die Verteidigung die mit Eingabe vom 24. April 2023 gestellten Beweisanträge auf Einvernahme von B.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ und ergänzte sie um den Beweisantrag auf Einvernahme von E.\_\_\_\_\_ (Prot. II S. 22 f.). Mit Beschluss vom 26. Mai 2023 wurden die Beweisanträge auf Einvernahme von D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ abgewiesen, der Beweisantrag auf Einvernahme von B.\_\_\_\_\_ als Zeuge hingegen gutgeheissen (Urk. 76).

#### **E. 7**

Am 14. Juni 2023 wurde zur Fortsetzung der Berufungsverhandlung und zur Zeugeneinvernahme von B.\_\_\_\_\_ auf den 13. September 2023 vorgeladen (Urk. 78). B.\_\_\_\_\_ wurde hierfür polizeilich aus dem Strafvollzug zugeführt (Prot. II S. 26). Kurz vor Beginn der Verhandlung reichte die Verteidigung ein Arztzeugnis des Beschuldigten ein, welches dessen Verhandlungsunfähigkeit für den 13. September 2023 bescheinigte (Prot. II S. 26; Urk. 82). Anlässlich der Verhandlung stellte sie sodann ein Verschiebungsgesuch (Prot. II S. 27). Nach einer internen Beratung wurde entschieden, die Zeugeneinvernahme trotz Abwesenheit des Beschuldigten durchzuführen und im Nachgang dazu der Verteidigung das ausgefertigte Protokoll zuzustellen mit der Bitte um Bekanntgabe, ob weiterhin ei-

- 9 - ne Konfrontation mit dem Zeugen gewünscht werde (Prot. II S. 28-34). Dementsprechend wurde das Protokoll der Verteidigung am 15. September 2023 zuge stellt (Urk. 84). Mit Eingabe vom 18. September 2023 stellte sie den Antrag auf Wiederholung der Zeugeneinvernahme (Urk. 85). Nachdem Abklärungen zum aktuellen Aufenthalt des

Zeugen B.\_\_\_\_\_ ergeben hatten, dass dieser am 16. September 2023 aus dem Strafvollzug entlassen, dem Migrationsamt zwecks Ausschaffung zugeführt und noch gleichentags nach Montenegro ausgeschafft wurde (Urk. 86; Urk. 87/1-2), wurde dem Beschuldigten mit Präsidialverfügung vom 21. September 2023 Frist angesetzt, um sich zur Frage der Durchführbarkeit der beantragten Zeugeneinvernahme zu äussern (Urk. 88). Mit Eingabe vom 26. September 2023 teilte die Verteidigung mit, dass der Beschuldigte am Antrag auf Befragung des Zeugen B.\_\_\_\_\_ weiterhin festhalte (Urk. 90). Mit Präsidialverfügung vom 2. Oktober 2023 wurde diese Eingabe der Staatsanwaltschaft zugestellt zur freigestellten Stellungnahme (Urk. 91). Diese verzichtete indes darauf (Urk. 93). Mit Eingabe vom 18. Oktober 2023 teilte die Verteidigung mit, dass sie nicht auf eine Ergänzung des Plädoyers zu den Aussagen des Zeugen B.\_\_\_\_\_ vom 13. September 2023 verzichte, sollte eine erneute Befragung des Zeugen nicht mehr stattfinden (Urk. 95; vgl. auch Urk. 94/2). Mit Präsidialverfügung vom 19. Oktober 2023 wurden die Parteien darüber in Kenntnis gesetzt, dass demnächst über den Antrag des Beschuldigten auf Wiederholung der Zeugeneinvernahme beraten werde und im Falle der Abweisung dieses Antrags, unter dem Vorbehalt, dass sich der Fall als spruchreif erweist, den Endentscheid beraten werde. Gleichzeitig wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, um zur Einvernahme des Zeugen B.\_\_\_\_\_ vom 13. September 2023 Stellung zu nehmen (Urk. 97). Diese Stellungnahme ging am 2. November 2023 ein (Urk. 99). Mit Präsidialverfügung vom 2. November 2023 wurde diese der Staatsanwaltschaft zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt (Urk. 101). Die Staatsanwaltschaft verzichtete wiederum darauf (Urk. 103). Der Fall erweist sich als spruchreif.

- 10 - II. Prozessuales 1. Rechtskraft

### **E. 9**

Dezember 2022 E. 11.3.1 mit Verweis auf das Urteil des EMGR i.S. Lüdi gegen Schweiz vom 15. Juni 1992, Nr. 12433/86, § 46). Dem Konfrontationsanspruch gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK kommt grundsätzlich absoluter Charakter zu. Er erfährt in der Praxis aber eine gewisse Relativierung. Von einer direkten Konfrontation der beschuldigten Person mit dem Belastungszeugen oder auf dessen ergänzende Befragung kann nur unter besonderen Umständen abgesehen werden, wenn eine persönliche Konfrontation nicht möglich oder eine Beschränkung des Konfrontationsrechts dringend notwendig ist. Die ausgebliebene Konfrontation mit Belastungszeugen verletzt die Garantie nicht, wenn diese berechtigterweise das Zeugnis verweigern oder die erneute Befragung nicht möglich ist, weil sie trotz angemessener Nachforschungen unauffindbar bleiben, dauernd oder für lange Zeit zur Einvernahme unfähig werden oder in der Zwischenzeit verstorben sind. Die Verwertbarkeit der ursprünglichen Aussage erfordert allerdings, dass die beschuldigte Person zu den belastenden Erklärungen hinreichend Stellung nehmen konnte, diese sorgfältig geprüft wurden und ein Schuldspruch sich nicht allein darauf abstützt. Ausserdem darf der Umstand, dass die beschuldigte Person ihre Rechte nicht (rechtzeitig) wahrnehmen konnte, nicht in der Verantwortung der Behörde liegen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1454/2022 vom 20. März 2023 E. 2.3.4 m.w.H.).

### **E. 13**

September 2023 durchgeführt (Prot. II S. 28 ff.). Am 15. September 2023 wurde der Verteidigung das ausgefertigte Protokoll zur Zeugenbefragung zugestellt und Gelegenheit eingeräumt, bekanntzugeben, ob weiterhin eine Konfrontation mit dem Zeugen gewünscht

werde (Urk. 83 f.). Mit Eingabe vom

#### **E. 18**

September 2023 den Antrag auf Wiederholung der Zeugeneinvernahme stellte (Urk. 85), nahm das Gericht unverzüglich Abklärungen zum aktuellen Aufenthaltsort von B.\_\_\_\_\_ vor, welche ergaben, dass dieser am 16. September 2023 aus dem Strafvollzug entlassen und dem Migrationsamt zwecks Ausschaffung zugeführt sowie noch gleichentags nach Montenegro ausgeschafft wurde (Urk. 86 und Urk. 87/1-2). Dieser neu eingetretene Umstand war für das Gericht unvorhersehbar und kann ihm auch nicht zugeschrieben werden. Infolgedessen ist eine Wiederholung der Zeugeneinvernahme bzw. eine persönliche Konfrontation von B.\_\_\_\_\_ mit dem Beschuldigten im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht mehr möglich. Ohnehin ist bei Berücksichtigung der Tatsache, dass der Zeuge B.\_\_\_\_\_ den Beschuldigten mit seiner pauschalen Aussage, dieser habe mit seinen Drogengeschäften nichts zu tun gehabt, entlastet hat, sowie der sonstigen von diesem auf Vorhalt der einzelnen Vorfälle geltend gemachten Erinnerungslücken fraglich, mit welchen Ergänzungsfragen der Beschuldigte diesen noch konfrontieren will. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang, dass die von der Verteidigung im Rahmen ihres Plädoyers zur Sache beispielhaft aufgezählten Ergänzungsfragen (namentlich was in den abgehörten Gesprächen gemeint gewesen sei und vom wem jeweils gesprochen worden sei; Urk. 73 N 11) dem Zeugen B.\_\_\_\_\_ durch das Gericht am 13. September 2023 gestellt wurden. Allerdings konnte dieser darauf keine konkreten Antworten geben und machte vielmehr wiederum geltend, dass er es vergessen oder bereits hinter sich habe (Prot. II S. 31 ff.). Bei einer erneuten Befragung von B.\_\_\_\_\_ wäre nichts anderes zu erwarten, zumal der Zeuge am 13. September 2023 unter Wahrheitspflicht und dem Hinweis auf die Strafandrohung bei wissentlicher Falschaussage ausgesagt

- 23 - hat und kein Interesse daran haben dürfte, anders auszusagen. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes erweist sich auch eine im Rechtshilfeverfahren durchzuführende Befragung von B.\_\_\_\_\_ als unverhältnismässig.

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