

ZH_OBERGERICHT SB210268 vom 15. November 2021

ZH Obergericht, 2021-11-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210268

FR: ZH_OBERGERICHT SB210268 du 15 novembre 2021

IT: ZH_OBERGERICHT SB210268 del 15 novembre 2021

Erwägungen

E. 1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann auf die Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 45 S. 5).

E. 2

Am 5. Februar 2021 erging das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf, I. Abteilung (Urk. 38). Das Urteil wurde mündlich eröffnet und begründet sowie im Dispositiv übergeben (Prot. I S. 20 ff.).

- 6 -

E. 2.1

Der Verteidiger des Beschuldigten bestritt in der Untersuchung sowie vor Vorinstanz die Verwertbarkeit der Erkenntnisse aus der Videoüberwachung des Lagerraums Nr. 11 bei der Firma C._____, D._____-strasse ..., E._____, sowie der darauf basierenden Folgebeweise (Urk. 5/41; Urk. 5/45; Urk. 31 S. 2). Die technische Überwachung sei ursprünglich in einem vom vorliegenden Strafverfahren völlig unabhängigen Strafverfahren gegen den Vormieter des Lagerraums, einen unbekanntem Dritten mit dem polizeilichen Pseudonym G._____, angeordnet worden (Urk. 31 Rz. 3 ff.). Nach dem Auszug von G._____ per 1. März 2017 sei die Videokamera jedoch nicht deinstalliert worden. Als der Beschuldigte sowie der Mitbeschuldigte H._____ am 25. März 2017 erstmals den Lagerraum Nr. 11 betraten, seien sie deshalb heimlich überwacht worden, obwohl die Videokamera zu diesem Zeitpunkt gar nicht mehr hätte laufen dürfen. Dies sei einerseits auf ein Versehen der Firma C._____ zurückzuführen, welche der Polizei die per 1. März 2017 erfolgte Kündigung und den Auszug von G._____ offenbar erst am 7. April 2017 mitgeteilt habe. Andererseits hätte die Polizei auch

- 9 - selber darauf kommen müssen, habe sie doch am 1. März 2017 den Auszug von G._____ auf dem Video mitverfolgt und diesen rapportiert (Urk. 31 Rz. 5 ff.). Die im Strafverfahren gegen G._____ bewilligte Videoüberwachung des Lagerraums Nr. 11 der C._____ sei zwingend an die beschuldigte Person G._____ gekoppelt gewesen und habe nicht auf den Lagerraum Nr. 11 gelautet. Dass der Lagerraum neu ausgerechnet an I._____ (Patenkind des Beschuldigten) vermietet worden sei, habe rein gar nichts mit G._____ zu tun, sondern sei reiner Zufall. Jedenfalls hätte die Videokamera mit dem Wegfall des Überwachungsgrunds (Beendigung des Mietverhältnisses der C._____ mit G._____) deinstalliert werden müssen (Urk. 31 Rz. 11 ff.). Im Übrigen könne mangels schriftlichem Korrespondenznachweis zwischen der Vermieterin und der Polizei in den Akten nicht nachvollzogen werden, wann die Polizei über den Auszug durch G._____ informiert worden sei, weshalb zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen sei, dass die Polizei vor dem 25. März 2017 vom Auszug durch G._____ Kenntnis erhalten habe (Prot. I S. 8 f.).

An dieser Auffassung hielt der Verteidiger des Beschuldigten auch im Berufungsverfahren fest (Urk. 47 S. 3). Vorrangweise machte er im Rahmen der Berufungsverhandlung ergänzend geltend, dass sich in den Akten keine Hinweise dazu finden würden, welche Abmachungen zwischen den Strafverfolgungsbehörden und der Firma C._____ getroffen worden seien (Urk. 62 S. 8). Auch gehe aus den Akten nicht hervor, wie die Firma C._____ die ihr von der Staatsanwaltschaft am 7. April 2017 gestellte Frage danach, wer der/die neuen Mieter an sie vermittelt habe, beantwortet habe (Urk. 62 S. 8 f.). Weiter wies die Verteidigung darauf hin, dass es hinsichtlich der Vermietung der Lagerboxen durch die Firma C._____ keine Kündigungsfristen gegeben habe und die Mieter auch keine Nachmieter hätten stellen müssen. Überdies würden keine Hinweise darauf bestehen, dass die Staatsanwaltschaft der Firma C._____ eine Pflicht auferlegt hätte, über allfällige Mieterwechsel umgehend Mitteilung zu erstatten. Angesichts der aufgeführten Vertragskonditionen und des Umstands, dass keine solche Mitteilungspflicht bestanden habe, hätte die Polizei aus Sicht der Verteidigung nach Bemerken des aufgeräumten und leeren Lagerraums umso eher bei der Firma C._____ nachfragen müssen, ob es Änderungen in Bezug auf die Mieterschaft gegeben habe

- 10 - (Urk. 62 S. 9 ff.). Schliesslich beantragte die Verteidigung die Befragung des Geschäftsführers der Firma C._____ als Zeugen für den Fall, dass das Berufungsgericht in Betracht ziehen würde, dass für die Firma C._____ eine Mitteilungspflicht hinsichtlich einer allfälligen Kündigung von G._____ bestanden haben könnte (Urk. 62 S. 12).

E. 2.2

Die Staatsanwaltschaft führte aus, dass es sich vorliegend um einen echten Zufallsfund handle. Die Polizei habe bis zur Mitteilung durch die Vermieterin keine Kenntnis von der Kündigung von G._____ gehabt. Wenn G._____ seine Sachen aus dem Lagerraum entfernt habe, heisse dies noch lange nicht, dass er diesen aufgegeben habe. Und wenn neue Personen den Lagerraum betreten hätten, habe nicht ausgeschlossen werden können, dass sie Komplizen der überwachten Person sind. Dass die angeordnete Überwachung rechtens sei, ergebe sich schliesslich aus der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht. Die Frage sei durch das Bundesgericht bereits letztinstanzlich entschieden (Prot. I S. 8). Bei dieser Auffassung blieb die Staatsanwaltschaft auch im Berufungsverfahren (Prot. II S. 7 f.). 2.3.1 Die Strafprozessordnung regelt in Art. 269 ff. (8. Kapitel) die geheimen Überwachungsmaßnahmen und in Art. 280 f. speziell die Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten. Die technische Überwachung ist grundsätzlich nur gegenüber der beschuldigten Person zulässig (Art. 281 Abs. 1 StPO). Räumlichkeiten oder Fahrzeuge von Drittpersonen dürfen indes überwacht werden, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen angenommen werden muss, dass die beschuldigte Person sich in diesen Räumlichkeiten aufhält oder das Fahrzeug benutzt (Art. 281 Abs. 2 StPO). Im Übrigen richten sich die Voraussetzungen nach den Art. 269-279 StPO (Art. 281 Abs. 4 StPO). Insbesondere muss der dringende Tatverdacht bestehen, eine in Art. 269 Abs. 2 StPO genannte Straftat sei begangen worden (Art. 269 Abs. 1 lit. a StPO), muss die Schwere der Straftat die Überwachung rechtfertigen (Art. 269 Abs. 1 lit. b StPO) und müssen die bisherigen Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben bzw. muss dargetan sein, dass die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Art. 269 Abs. 1 lit. c StPO). Die Überwachung bedarf der

- 11 - Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 272 Abs. 1 StPO). Dokumente und Datenträger aus nicht genehmigten Überwachungen sind sofort zu

vernichten (Art. 277 Abs. 1 StPO); durch solche Überwachungen gewonnene Erkenntnisse dürfen nicht verwertet werden (Art. 277 Abs. 2 StPO). Erkenntnisse über Straftaten von Personen, die in der Überwachungsanordnung nicht formell beschuldigt werden, können gemäss Art. 278 Abs. 2 StPO verwendet werden, wenn die Voraussetzungen für eine Überwachung dieser Person erfüllt sind. Im Falle eines solchen (personellen) Zufallsfundes ordnet die Staatsanwaltschaft unverzüglich die Überwachung an und leitet das Genehmigungsverfahren ein (Art. 278 Abs. 3 StPO). Spätestens mit Abschluss des Vorverfahrens teilt die Staatsanwaltschaft u.a. der überwachten beschuldigten Person Grund, Art und Dauer der Überwachung mit (Art. 279 Abs. 1 StPO), was die Möglichkeit eröffnet, die Rechtmässigkeit der Überwachung im Beschwerdeverfahren überprüfen zu lassen (vgl. Art. 279 Abs. 3 StPO). 2.3.2 Vorliegend wurde dieses Genehmigungs- und Beschwerdeverfahren durchgeführt: Das kantonale Zwangsmassnahmengericht am Obergericht genehmigte die Anordnung bzw. Verlängerung der geheimen Überwachungsmaßnahmen gegen den Beschuldigten (Urk. 5/3 ff.). Der Beschuldigte wurde über die Überwachung mittels Übergabe der schriftlichen "Mitteilung einer Überwachungs-massnahme" vom 27. November 2018 informiert (Urk. 5/34). Die gegen die Überwachungs-massnahme erhobene Beschwerde des Beschuldigten wurde mit Beschluss des Obergerichts, III. Strafkammer, vom 18. April 2019 abgewiesen (Urk. 5/44). Das Bundesgericht wies die hiergegen geführte Beschwerde mit Urteil vom 25. Februar 2020 ab (Urk. 5/52). Damit wurde über die Rechtmässigkeit der Überwachungs-massnahme bereits entschieden; die Anordnungs- und Genehmigungsvoraussetzungen bzw. die Frage der grundsätzlichen Verwertbarkeit des Zufallsfunds können vor dem Sachgericht nicht nochmals aufgeworfen werden (BGE 140 IV 40, E. 1.1; BGE 141 IV 459 = Pra 105 [2016] Nr. 66 E. 1.2; BGer 1B_191/2018 vom 16. Oktober 2018 E. 1.1; BGer 1B_63/2016 vom

E. 3

Der Beschuldigte meldete mit Eingabe vom 8. Februar 2021 gegen das Urteil innert Frist Berufung an (Urk. 39), worauf ihm am 5. Mai 2021 das begründete Urteil zugestellt wurde (Urk. 43; Urk. 44/1+2). Am 25. Mai 2021 reichte er fristgerecht die Berufungserklärung ein und stellte einen Beweisantrag auf Beiziehung der digitalen Daten der Videoüberwachung des Lagerraums Nr. 11 der Firma C.____, D.____-strasse ..., E.____, im Zeitraum 1. März 2017 bis 19. April 2018 (Urk. 47). Mit Präsidialverfügung vom 27. Mai 2021 wurde der Staatsanwaltschaft die Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben wird, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Zudem wurde Frist angesetzt, um zum Beweisantrag des Beschuldigten Stellung zu nehmen (Urk. 49). Die Staatsanwaltschaft erklärte mit Eingabe vom 10. Juni 2021 Anschlussberufung und hielt fest, gegen den Beweisantrag nicht zu opponieren (Urk. 51). Mit Präsidialverfügung vom 14. Juni 2021 wurde der Beweisantrag gutgeheissen und die Kantonspolizei Zürich ersucht, die genannten Daten dem Gericht auf einem physischen Datenträger einzureichen. Im Weiteren wurde dem Beschuldigten die Anschlussberufungserklärung der Staatsanwaltschaft zugestellt (Urk. 52). In der Folge wurde auf den 15. November 2021 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 54). Nach Eingang der von der Kantonspolizei eingeforderten Dateien der Videoüberwachung (Urk. 56 und 57/1) wurden diese den Parteien mit Präsidialverfügung vom 26. August 2021 zugestellt (Urk. 58). Die Berufungsverhandlung fand in Anwesenheit des Beschuldigten und seines amtlichen Verteidigers sowie des Staatsanwalts statt. Im Rahmen der Vorfragen liess der Beschuldigte wie bereits vor Vorinstanz beantragen, er sei mangels verwertbarer Beweismittel freizusprechen (Urk. 62; Prot. II S. 7 f.). Nach einer internen Beratung zu den

Vorfragen wurde den Parteien mitgeteilt, dass das Gericht die erhobenen Beweise als verwertbar erachte. Die Berufungsverhandlung wurde entsprechend fortgesetzt (Prot. II S. 8). Der Beschuldigte liess überdies den Beweisantrag stellen, es sei der Geschäftsführer der Firma C._____, F._____, als Zeuge einzuvernehmen (Urk. 62 S. 12). Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, erübrigen sich weitere Beweisaufnahmen. Das Urteil wurde im Anschluss an die Berufungsverhandlung gefällt

- 7 - und den Parteien schriftlich im Dispositiv eröffnet (Prot. II S. 5 ff.).

- 8 - II. Prozessuales 1. Umfang der Berufung Der Beschuldigte beantragt im Berufungsverfahren einen vollumfänglichen Freispruch. Seine Berufung richtet sich gegen die Dispositiv-Ziffern 1 (Schuld- spruch), 2 (Sanktion), 3 (Vollzug) und 9 (Kostenauflegung). Nicht angefochten werden vom Beschuldigten die Dispositiv-Ziffern 4 (Herausgabe Sicherheits- leistung), 5 und 6 (Einziehungen), 7 (Entschädigung amtliche Verteidigung) sowie

E. 8

Juni 2016 = Pra 106 [2017] Nr. 67 E. 1.2.2; ZK StPO-Hansjakob/Pajarola, Art. 279 N 60, 99, 101, 103). An diesem Umstand vermag auch die von der Verteidigung mittels Verweis auf eine Urteilsbesprechung in der Zeitschrift

- 12 - "forumpoenale" geübte Kritik am in dieser Sache ergangenen Entscheid des Bundesgerichts nichts zu ändern (Urk. 62 S. 6). In die Zuständigkeit des Sachgerichts fällt insoweit jedenfalls nur, aber immerhin die Beurteilung des Beweiswerts (BGer 1B_63/2016 vom 8. Juni 2016 = Pra 106 [2017] Nr. 67 E. 1.2.2), d.h. der beweismässigen Verwertung der Überwachungsergebnisse. 2.3.3 Nach dem Ausgeführten ist die Rechtmässigkeit der Überwachung und die Frage der grundsätzlichen Verwertbarkeit der Erkenntnisse aus der Video- überwachung des Lagerraums Nr. 11 im Genehmigungs- und Beschwerde- verfahren endgültig entschieden und bejaht worden. Die III. Strafkammer des Obergerichts und das Bundesgericht haben sich insbesondere mit der Rüge des Beschuldigten befasst, die Staatsanwaltschaft hätte die Überwachung des Lager- raums nach dem Auszug von "G'._____" am 1. März 2017 unverzüglich beenden müssen, weshalb die nach diesem Zeitpunkt erhobenen Aufzeichnungen absolut unverwertbar seien. Wie die III. Strafkammer des Obergerichts im Beschluss vom 18. April 2019 zu Recht festhält, macht der Beschuldigte damit sinngemäss geltend, die Voraussetzungen für die gegenüber "G'._____" angeordnete Über- wachung des Lagerraums Nr. 11 seien am 25. März 2017 nicht mehr gegeben gewesen (vgl. Art. 275 Abs. 1 lit. a StPO; OGer ZH UH180437 vom 18. April 2019 [Urk. 5/44] S. 6). Allerdings hängt die rechtmässige Verwendung eines personellen Zufallsfunds und die Anordnung von Überwachungsmassnahmen gegen die neue Zielperson nicht von der Frage ab, ob die Grundüberwachung rechtmässig angeordnet wurde oder nicht und ob im Zeitpunkt der Entdeckung des Zufallsfunds die Voraussetzungen für die mit richterlicher Genehmigung laufende Grundüberwachung noch gegeben waren (Urk. 5/44 S. 8 m.H.; BGer 1B_259/2019 vom 25. Februar 2020 [Urk. 5/52] S. 3 E. 2.2). Massgeblich ist diesbezüglich einzig die formelle Voraussetzung, dass der Zufallsfund aus einer richterlich genehmigten Überwachungsmassnahme stammt (Urk. 5/52 S. 4 E. 2.2 a.E). 2.3.4.1 Wenn die Vorinstanz vor diesem Hintergrund ausführte, es stehe ihr frei, "die Frage der Verwertbarkeit der Zufallsfunde trotz letztinstanzlicher Würdigung durch das Bundesgericht im Rahmen der Strafuntersuchung nun als Sachgericht

- 13 - neu zu beurteilen" (Urk. 45 S. 7), so ist dies nicht korrekt. Allerdings beschränkte sich die Vorinstanz in der Folge darauf, die Zulässigkeit der Überwachung unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs zu untersuchen. Sie hielt fest, die Regeln zur Verwertung von Zufallsfunden sollten verhindern, dass die Strafverfolgungsbehörden die Voraussetzungen zur Überwachung umgehen können. Dass ein missbräuchliches Verhalten der Strafverfolgungsbehörden der Verwertung von Zufallsfunden eine Grenze setze, fliesse letztlich auch aus dem konventions- und verfassungsrechtlich garantierten Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 32 Abs. 2 BV). Art. 3 Abs. 2 lit. a und lit. b StPO konkretisiere sodann auch, dass die Strafbehörden den Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs zu beachten haben, wobei die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts zur Verfolgung von Interessen, welche dieses Rechtsinstitut nicht schützen will, rechtsmissbräuchlich sei. Entsprechend sei zwischen Zufallsfunden und unzulässigen Beweisausforschungen (sog. fishing expeditions) zu unterscheiden. Werde Art. 275 Abs. 1 StPO im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen im Urteil vom 25. Februar 2020 ausgelegt, umfasse die Bestimmung lediglich den Schutz des ursprünglich Überwachten und nicht des vom Zufallsfund Betroffenen (Urk. 5/52 E. 2.3). Diese Auslegung könne im Einzelfall jedoch zu einem stossenden Ergebnis führen. Lasse die Staatsanwaltschaft eine Überwachung – entgegen Art. 275 Abs. 1 lit. a StPO – weiterlaufen, obschon sie vom Wegfall der Voraussetzungen zur Anordnung gegen die ursprüngliche Zielperson, namentlich des Tatverdachts, Kenntnis gehabt habe, würde dies eine rechtsmissbräuchliche respektive unzulässige Beweisausforschung darstellen. Werde aus einer solchen Beweisausforschung ein Zufallsfund produziert, wäre es dem hiervon Betroffenen bei obgenannter Auslegung von vornherein verwehrt, sich gegen die Fortführung der Überwachungsmassnahme zu wehren. Ein solches Ergebnis würde nicht nur dazu führen, dass der Schutzgedanke von Art. 278 Abs. 2 OR (korrekt: StPO) ein toter Buchstabe wäre, sondern auch einer Verletzung des fair trial-Grundsatzes gleichkommen, welcher ein missbräuchliches Verhalten der Strafverfolgungsbehörden nicht zulasse respektive als Konsequenz ein Verwertungsverbot vorsehe. Eine konventions- und verfassungskonforme Auslegung

- 14 - von Art. 275 Abs. 1 StPO setze zwingend voraus, dass sich der vom Zufallsfund Betroffene gegen eine ihn betreffende Nicht-Beendigung einer Überwachung verteidigen können müsse. Diese Auslegung stehe im Übrigen auch nicht im Widerspruch zur diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei personellen Zufallsfunden (siehe BGE 140 IV 40 E. 4.2), da die Rechtmässigkeit der Weiterführung der Überwachungsmassnahme respektive deren Verwendung als Zufallsfund i.S.v. Art. 278 Abs. 2 StPO und nicht die Anordnung der Überwachungsmassnahme gegen die ursprüngliche Zielperson überprüft werden solle (Urk. 45 S. 9 f.). 2.3.4.2 Sieht man davon ab, dass über die Zulässigkeit der Überwachung bereits abschliessend entschieden wurde, kann man der Ansicht der Vorinstanz soweit folgen, als es rechtsmissbräuchlich wäre, wenn die Strafverfolgungsbehörden sicheres Wissen hätten, dass die Voraussetzungen für eine Überwachung nicht mehr erfüllt sind (vgl. Art. 275 Abs. 1 lit. a StPO), von einer Beendigung der Überwachung aber absähen, um diese Überwachung gegenüber unbeteiligten Dritten fortzuführen in der Hoffnung, diese bei einer strafbaren Handlung zu ertappen. Keineswegs genügt es aber, dass "die Fortführung der technischen Überwachung des Lagerraums Nr. 11 der C._____ gegen die ursprüngliche Zielperson G._____ i.S.v. Art. 275 Abs. 1 StPO hätte beendet werden müssen" (Urk. 45 S. 10 E. II/3.7). Im Übrigen wird von der Vorinstanz richtig festgehalten, - dass der Lagerraum Nr. 11 der C._____ im

Rahmen der Aktion "K._____" gegen den vormaligen Mieter "G'._____" bereits seit mehreren Monaten überwacht wurde, wobei die entsprechende Anfrage an die Vermieterin bereits am 26. April 2016 erfolgt ist (Urk. 45 S. 11 m.H.a. Urk. 6/1 S. 1 u. 4), - dass der zuständige polizeiliche Sachbearbeiter, Fw J._____, am

E. 11

April 2017 rapportierte, "G'._____" habe den Lagerraum am

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