

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

6B 1368/2017

Urteil vom 14. Juni 2018

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Denys, Präsident,  
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,  
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,  
Bundesrichterin Jametti,  
Gerichtsschreiberin Andres.

Verfahrensbeteiligte  
X. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel U. Walder,  
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Mehrfache qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.; rechtliches Gehör,  
fairer Verfahren,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 5. Oktober  
2017 (SB160417-O/U/ad).

Sachverhalt:

A.

Das Bezirksgericht Zürich stellte das Verfahren gegen X. \_\_\_\_\_ am 20. Juli 2016 wegen versuchter Anstiftung zur Misswirtschaft, mehrfachen, teilweise versuchten Betrugs sowie Veruntreuung ein und sprach ihn frei von den Vorwürfen der teilweise qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie der Anstiftung zum Betrug. Im Übrigen erklärte es ihn der mehrfachen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, teilweise qualifiziert begangen, der versuchten Anstiftung zum Betrug sowie des mehrfachen, teilweise versuchten Betrugs schuldig. Es versetzte ihn in den Vollzug der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2011 ausgefallenen Freiheitsstrafe zurück und bestrafte ihn unter Einbezug dieses Strafrests mit einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren. Ferner entschied es über die Verwendung der beschlagnahmten Vermögenswerte und Gegenstände, die Zivilforderungen, die Gerichtskosten sowie die Entschädigungen.

B.

Das Obergericht des Kantons Zürich stellte mit Urteil vom 5. Oktober 2017 fest, dass das bezirksgerichtliche Urteil teilweise in Rechtskraft erwachsen ist, beschloss, das Verfahren bezüglich vier Anklageziffern einzustellen, und sprach X. \_\_\_\_\_ in einem Anklagepunkt vom Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie hinsichtlich der Gewerbmässigkeit des Betrugs frei. Es erkannte ihn der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, teilweise qualifiziert begangen, der versuchten Anstiftung zum Betrug, des mehrfachen, teilweise versuchten Betrugs und der Urkundenfälschung schuldig. Es versetzte ihn in den Vollzug der von ihm mit Urteil vom 5. Oktober 2011 ausgefallenen Freiheitsstrafe zurück und bestrafte ihn unter Einbezug dieses Strafrests mit einer Gesamtfreiheitsstrafe von 5½ Jahren. Es entschied über die Verwendung der beschlagnahmten Vermögenswerte und Gegenstände und regelte die Kosten- und Entschädigungsfolgen.

C.

X. \_\_\_\_\_ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das obergerichtliche Urteil sei aufzuheben und das Verfahren gegen ihn einzustellen, eventualiter sei er von Schuld und Strafe vollumfänglich freizusprechen, subeventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung und unter neuer Gerichtsbesetzung zurückzuweisen. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

D.

Während das Obergericht auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet, lässt sich die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich nicht vernehmen.

Erwägungen:

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 erscheint auch vorliegend nicht als erforderlich.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer wurde während mehreren Monaten überwacht. Seine Verurteilung basiert im Wesentlichen auf zahlreichen übersetzten Telefon- und Audioprotokollen. Er macht unter anderem geltend, die Akten seien unvollständig und die Abhörprotokolle nicht verwertbar. Indem die Vorinstanz dennoch darauf abstelle, verletze sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör.

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Diese Rüge ist deshalb vorweg zu behandeln (BGE 144 I 11 E. 5.3 S. 17; 137 I 195 E. 2.2 S. 197 mit Hinweis).

2.2. Konkret bemängelt der Beschwerdeführer eine ungenügende Dokumentation der Überwachungsergebnisse. Obwohl die gesamte Anklage auf den Überwachungsergebnissen basiere, seien diese grösstenteils nicht aktenkundig gemacht worden. Es befinde sich keine detaillierte, lückenlose und chronologische Übersicht über alle stattgefundenen Überwachungsmassnahmen (sogenanntes Logbuch) in den Akten. Das Aktenfundament sei Resultat eines unfair geführten Untersuchungsverfahrens. Diejenigen Telefon- und Audioprotokolle, die sich in den Akten befänden und auf welche die Vorinstanz abstelle, seien aufgrund formeller und materieller Mängel nicht verwertbar. Weder sei bekannt, wie die Protokolle zustande gekommen seien, noch wer sie verfasst und übersetzt habe, zumal sie teilweise nicht unterzeichnet seien. Ferner enthielten einige Gesprächsprotokolle unzulässigerweise diverse Klammerbemerkungen, Interpretationen und Zusammenfassungen. Schliesslich ergebe sich aus den Akten nicht, ob die Übersetzer über ihre Pflichten belehrt worden seien. Aufgrund dieser Mängel sei nicht überprüfbar, ob die Gespräche korrekt und vollständig abgehört, protokolliert sowie übersetzt worden seien. Seines Erachtens sei dies nicht der Fall. Indem die Vorinstanz es unterlasse, den aufgezeigten Mängeln und Pflichtwidrigkeiten der Untersuchungsbehörden nachzugehen, sondern ihn gestützt auf diese Aktensituation verurteile, verletze sie Art. 3 Abs. 2, Art. 6, 10, 100 und 107 StPO, Art. 9, 29 Abs. 1 sowie 2, Art. 32 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1-3 EMRK.

2.3. 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). 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 die beschuldigte Person in der Lage ist 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. 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 (Urteil 6B 719/2011 vom 12. November 2012 E. 4.5 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 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 (DETLEF KRAUSS, a.a.O., S. 62).

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. S. 88 ff.; Urteile 6B 1021/2013 vom 29. September 2014 E. 5.3; 6B 676/2013 vom 28. April 2014 E. 3.4.3; 6B 80/2012 vom 14. August 2012 E. 1.3 f.; 6P.168/2004 vom 3. Mai 2005 E. 2). Es präziserte, Beweismittel, die den genannten Anforderungen nicht genügten, könnten vom Gericht neu erhoben werden, indem die massgebenden Gespräche an der Gerichtsverhandlung angehört und unmittelbar übersetzt werden (BGE 129 I 85 E. 4.3 S. 90; Urteil 6B 125/2013 vom 23. September 2013 E. 2.1).

2.4. Unbegründet ist die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz verletze seinen Anspruch auf rechtliches Gehör, indem sie sich nicht mit seiner Kritik auseinandersetze. Die Vorinstanz gibt in ihrem Urteil die Einwände des Beschwerdeführers ausführlich wieder und setzt sich über mehrere Seiten hinweg mit diesen auseinander.

Sie erwägt zusammengefasst, vorliegend wäre ein Logbuch angesichts des Umfangs und der Komplexität des Vorverfahrens durchaus dienlich gewesen. Allerdings bleibe es der Anklagebehörde überlassen, welcher Systematik sie sich bedienen wolle. Das Fehlen eines Logbuchs stelle jedenfalls keine unzulässige Einschränkung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf ein faires Verfahren, auf rechtliches Gehör und auf gehörige Verteidigung dar, sei ihm doch letztlich bewusst, auf welche ihm auch vorgehaltenen Beweismittel sich die Anklagebehörde stütze. Bezüglich der Aktenselektion komme der Anklagebehörde ein gewisser Ermessensspielraum zu. Vorliegend sei nicht von einer unzulässig erfolgten, einseitigen Aktenselektion durch die Staatsanwaltschaft auszugehen. Gestützt auf den zur Anklage gebrachten Sachverhalt und den Zeitraum, welcher zwischen Anordnung der Überwachungsmassnahmen und Verhaftung des Beschwerdeführers liege, verstehe es sich von selbst, dass lediglich von den letztlich erstellten Anklagesachverhalten als strafbarem Verhalten auszugehen sei, was auch bedeute, dass die diesbezüglich nicht erheblichen (Telefon-) Gespräche nicht belastend beziehungsweise das sonstige Verhalten des Beschwerdeführers im betreffenden Zeitraum nicht

strafbar und die übrigen Überwachungsmassnahmen erfolglos gewesen seien. Gestützt auf die entsprechenden Ausführungen seitens der Anklagebehörde dürfe davon ausgegangen werden, dass keine Videoaufnahmen des Beschwerdeführers bestünden; seine diesbezüglichen Vorbringen vermöchten daran nichts zu ändern (Urteil E. II.4.7 f., II.4.10 S. 14 f.).

Zu der Kritik an den in den Akten enthaltenen Telefon- und Audioprotokollen hält die Vorinstanz zusammengefasst fest, hinsichtlich der sich im Anhang der Einvernahmen des Beschwerdeführers befindlichen Protokolle seien die gesetzlichen Voraussetzungen mehrheitlich als erfüllt anzusehen. Die Anklagebehörde habe rechtsgenügend dargelegt, dass die mit der Übersetzung der Audiodateien beauftragte Dolmetscherin zu Beginn der Übersetzertätigkeit auf die strafrechtlichen Folgen gemäss Art. 307 und 320 StGB aufmerksam gemacht worden sei. Die "Rahmenerklärung", die mehrere hernach erfolgende Übersetzungen abdecke, sei als ausreichend zu erachten. Daran vermöge der Umstand, dass die unter dem einen Aktionsnamen begonnenen Ermittlungen unter einem anderen Aktionsnamen weitergeführt worden seien und sich auch nicht unterzeichnete Protokolle der Audiodateien bei den Akten befänden, nichts zu ändern. Es bestehe kein Anlass, an der Echtheit der

Unterschriften einer Dolmetscherin zu zweifeln, zumal sie ihre Unterschrift offensichtlich mehrmals mittels Kürzel geleistet habe. Die Erhebung dieser Beweismittel sei daher für das Gericht wie auch den Beschwerdeführer rechtsgenügend nachvollziehbar.

Diesem sei beim nochmaligen Vorspielen der Gespräche die Gelegenheit gegeben worden, die seiner Ansicht nach fehlerhaft beziehungsweise unvollständig übersetzten Stellen im schriftlichen Audiobeziehungsweise Telefonprotokoll zu markieren, woraufhin er die entsprechenden Gesprächsstellen zwar zu kennzeichnen, nicht jedoch spontan schriftlich in ganze Sätze zu übersetzen vermocht beziehungsweise ganz darauf verzichtet habe, Korrekturen anzubringen. Aus seinen Übersetzungen sei auch nicht erkennbar, inwiefern ihn diese entlasten sollten. Abgesehen einer Ausnahme gebe es keine Hinweise darauf, dass weitere Passagen nicht korrekt übersetzt worden seien. Auch seien mehrere Passagen erneut übersetzt worden, wobei sich inhaltlich keine massgebenden Änderungen ergeben hätten. Schliesslich sei nicht seitens der Anklagebehörde über die Überprüfung der Übersetzungen getäuscht worden. Diese habe nachvollziehbar dargelegt, dass es sinnvoll gewesen sei, die für die Übersetzung der Audioprotokolle verantwortliche Person auch als Dolmetscherin bei den Einvernahmen des Beschwerdeführers beizuziehen, zumal es für einen anderen Dolmetscher nicht möglich gewesen sei, gewisse von der Qualität schlecht verständliche Passagen in Wortprotokollen auf

ihre Richtigkeit zu überprüfen, die zuvor von einem anderen Dolmetscher mit Kopfhörern mehrmals gehört werden mussten, bevor sie niedergeschrieben werden konnten. Wesentlich sei, dass die Tonträger in der Einvernahme im Beisein des Beschwerdeführers abgespielt worden seien.

Es erscheine nachvollziehbar, dass die Übersetzer gewisse Stellen als "unverständlich" kennzeichnen würden, wenn Passagen der Audiodatei undeutlich seien. Auch sei plausibel, dass der Beschwerdeführer, der an den fraglichen Gesprächen dabei gewesen sei, um die Umstände der Gespräche wisse und deshalb das Gesagte in den entsprechenden Passagen zu seinen Gunsten auszulegen vermöge. Es könne deshalb in diesem Zusammenhang nicht von falschen Übersetzungen gesprochen werden. Insofern die in den Protokollen teilweise enthaltenen Klammerbemerkungen beziehungsweise Interpretationen dem Beschwerdeführer vorgehalten worden seien, sei eine Einschränkung dessen Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht ersichtlich. Vielmehr erscheine es sinnvoll, ihn auch zu allfälligen Interpretationen einer auslegungsbedürftigen Stelle des in Frage stehenden Gesprächs vernehmen zu lassen. Wesentlich sei, dass nur Protokolle zu Ungunsten des Beschwerdeführers verwertet worden seien, welche den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechen und ihm vorgehalten worden seien.

Die formellen Mängel der aus den Akten nicht ersichtlichen Identität des Erstübersetzers von Gesprächsaufzeichnungen beziehungsweise des daraus nicht hervorgehenden Hinweises des Erstübersetzers auf Art. 307 oder 320 StGB seien durch das neuerliche Abspielen der Gesprächsaufzeichnungen im Beisein des Beschwerdeführers und eines weiteren namentlich vorgestellten Dolmetschers, der aktenkundig ausdrücklich auf Art. 307 und 320 StGB aufmerksam gemacht und aufgefordert worden sei, bei Fehlern des Erstübersetzers unverzüglich korrigierend einzuschreiten, rechtsgenügend geheilt.

Eine stichprobenartige Überprüfung der vom Beschwerdeführer angefertigten Übersetzungen durch eine Dolmetscherin vermöge die vollständige Richtigkeit der Übersetzungen nicht rechtsgenügend zu belegen. Im Gegensatz zu den staatsanwaltlich und gerichtlich eingesetzten Übersetzern fehle vorliegend zudem der Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen von Art. 307 und 320 StGB. Letztlich handle es sich bei den entsprechenden Vorbringen um blosser Parteibehauptungen. Die Gespräche hätten alle mit dem Betäubungsmittelhandel zu tun, wobei daraus hervorgehe, dass der Beschwerdeführer mit den in den Gesprächen thematisierten Drogengeschäften nichts zu tun habe oder haben wolle, nichts darüber wisse oder seinen Gesprächspartnern von einer diesbezüglichen Involvierung abrate. Zu beachten sei indes, dass es sich hierbei lediglich um singuläre Momentaufnahmen handle, aus welchen sich nicht ableiten lasse, dass der Beschwerdeführer generell nicht im Betäubungsmittelhandel tätig gewesen sei. Wesentlich sei, dass jeder dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Anklagepunkt rechtsgenügend erstellt werden müsse.

Es sei davon auszugehen, dass es sich beim Sprachcode "SQ" um ein Versehen handle. Schliesslich sei nicht erkennbar, inwiefern die gehörige Verteidigung des Beschwerdeführers in unzulässiger Weise eingeschränkt worden sei, indem die Arbeitsteilung zwischen Sachbearbeiter und der übersetzenden Person nicht aus den Protokollen hervorgehe, weshalb der entsprechende Einwand der Verteidigung keine Folgen zeitige. Die Vorinstanz gelangt zum Schluss, dass sämtliche relevanten und dem Beschwerdeführer vorgehaltenen Telefon- und Audioprotokolle als Beweismittel verwertbar seien (Urteil E. II.7 S. 22 ff.).

## 2.5.

2.5.1. Die vorinstanzlichen Ausführungen vermögen hinsichtlich ihrer Argumentation wie auch im

Ergebnis nicht vollständig zu überzeugen. Insbesondere in Bezug auf die Telefon- und Audioprotokolle scheint die Vorinstanz allfällige formelle und materielle Mängel teilweise zu vermengen. Die Fragen, ob eine Übersicht über die tatsächlich durchgeführten Überwachungsmaßnahmen hätte erstellt sowie in die Akten aufgenommen werden müssen und ob das Zustandekommen der Telefon- und Audioprotokolle genügend dokumentiert ist, beschlägt die Aktenführungs- und Dokumentationspflicht der Strafbehörden und damit den Anspruch auf rechtliches Gehör sowie letztlich den Grundsatz des fairen Verfahrens. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur (BGE 144 I 11 E. 5.3 S. 17; 137 I 195 E. 2.2 S. 197 mit Hinweis). Folglich geht es vorerst nur darum, ob die Erhebung der Beweismittel sowohl für den Beschwerdeführer als auch für das Gericht nachvollziehbar ist. Erst wenn die Beweismittel, soweit sie nicht unmittelbar an der gerichtlichen Verhandlung erhoben werden, in den Akten vorhanden sind und aktenmässig belegt ist, wie sie produziert wurden, sind der Beschwerdeführer und das Gericht in der Lage zu prüfen, ob die Beweismittel inhaltliche oder

formelle Mängel aufweisen. Ist die Erhebung der Beweismittel für den Beschwerdeführer nicht nachvollziehbar, dürfen diese - unabhängig allfälliger formeller und materieller Mängel - nicht verwertet werden (vgl. BGE 129 I 85 E. 4.1 f. S. 89 f.).

Bezogen auf den vorliegend zu beurteilenden Fall bedeutet dies, dass vorerst zu prüfen ist, ob die Akten vollständig sind und sich daraus alle notwendigen Informationen zu den Beweiserhebungen ergeben. Ist dies der Fall, ist erst in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob die Telefon- und Audioprotokolle formell (z.B. mangels Belehrung der Übersetzer [vgl. Art. 68, 73, 105, 182-191 StPO]) oder inhaltlich (z.B. wegen unvollständiger oder falscher Übersetzung [vgl. Art. 189 i.V.m. Art. 68 Abs. 5 StPO]) mangelhaft sind beziehungsweise die Vorinstanz die angeklagten Sachverhalte in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, der Unschuldsvermutung und des Willkürverbots als erwiesen betrachtet.

2.5.2. Der Beschwerdeführer wurde von Dezember 2012 bis April 2014 überwacht. Gemäss der Mitteilung der Staatsanwaltschaft über die Überwachungsmaßnahmen vom 7. Oktober 2015 hat diese zusammengefasst die Observation des Beschwerdeführers, die Überwachung seiner Mobiltelefonanschlüsse, seiner Wohnung (akustisch sowie optisch) und seiner beiden Personenwagen sowie den Einsatz von IMSI-Catchern verfügt (kantonale Akten, act. HD 4/70). In Fällen singulärer und kurzer Überwachungen vermag die Mitteilung der Staatsanwaltschaft gemäss Art. 279 StPO zur Information des Beschuldigten und des Gerichts zu genügen. Gemäss dem von der Vorinstanz nicht in Frage gestellten Vorbringen des Beschwerdeführers finden sich vorliegend in den Akten jedoch ausschliesslich von der Staatsanwaltschaft ausgewählte Telefon- und Audioprotokolle. Zu all den übrigen tatsächlich stattgefundenen Überwachungsmaßnahmen und deren Ergebnissen ist mit Ausnahme der Gesuche sowie der Anordnungsentscheide in den Akten nichts enthalten (vgl. Beschwerde S. 19). Die Vorinstanz geht aufgrund der Ausführungen der Anklagebehörde davon aus, dass beispielsweise auf die optische Überwachung in der Wohnung des Beschwerdeführers verzichtet worden sei; daran ändere nichts, dass die Verlängerung dieser Überwachung wiederholt beantragt und genehmigt worden sei (Urteil E. II.4.10 S. 15; Beschwerde S. 28 f.). Ob dies zutrifft, kann und muss vorliegend nicht beurteilt werden. Jedoch leuchtet die Kritik des Beschwerdeführers, die visuelle Überwachung wäre wohl kaum wiederholt verlängert worden, wenn sie nicht auch tatsächlich stattgefunden hätte, durchaus ein.

Jedenfalls ist aufgrund der Akten einzig bekannt, dass der Beschwerdeführer gemäss der Mitteilung der Staatsanwaltschaft während 16 Monaten überwacht wurde; jedoch finden sich in den Akten keine Informationen darüber, welche Überwachungsmaßnahmen in welcher Art, wo, durch wen, zu welchem Zeitpunkt und mit welchem Resultat stattgefunden haben. Demnach ergibt sich aus den Hauptakten nicht, welche weiteren Akten beziehungsweise Tonträger im vorliegenden Fall produziert wurden. Ebenso wenig ist den vorinstanzlichen Ausführungen zu entnehmen, dass in den Akten vermerkt ist, weitere Überwachungsmaßnahmen seien erfolglos gewesen. Damit genügen die Akten den dargelegten Anforderungen nicht (vgl. E. 2.3 hiavor).

Angesichts der unvollständigen Akten konnte der Beschwerdeführer sein Akteneinsichtsrecht nicht wirksam ausüben, womit sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt ist. Die Vorinstanz wird die Staatsanwaltschaft auffordern müssen, ihrer Dokumentations- sowie Aktenführungspflicht nachzukommen und zu belegen, wann der Beschwerdeführer durch wen, wo und mit welchen Ergebnissen überwacht wurde. Blieben die konkret zu umschreibenden Überwachungen erfolglos, genügt es, wenn dies in den Akten vermerkt wird.

2.5.3. Auch hinsichtlich der übersetzten Abhörprotokolle sind die Akten unvollständig. Allgemein ist festzustellen, dass gemäss den vorinstanzlichen Ausführungen die Arbeitsteilung zwischen dem Sachbearbeiter und der übersetzenden Person nicht aus den Abhörprotokollen hervorgeht (Urteil E. II.7.8 S. 27). Ebenso wenig ergibt sich aus den Protokollen die Identität des Verfassers und der

übersetzenden Person. Diese wurden, wenn überhaupt, in den Protokollen anonymisiert, mit Nummern, erfasst. Schliesslich legt der Beschwerdeführer rechtsgenügend dar, dass sich in den Akten zahlreiche Protokolle finden, die nicht unterzeichnet wurden, womit nicht erstellt ist, dass die übersetzende Person auf Art. 307 und 320 StGB hingewiesen wurde. Die von der Staatsanwaltschaft mit Schreiben vom 4. September 2017 der Vorinstanz eingereichte Aktennotiz des polizeilichen Sachbearbeiters deutet darauf hin, dass die Dolmetscher die Gespräche mittels Kopfhörer in der Originalsprache hörten und direkt in der Zielsprache, vorliegend Deutsch, niederschrieben. Mit der Aktennotiz wurde die Dolmetschererklärung der für die Übersetzung der Audiogespräche zuständigen Person eingereicht, worin diese am 17. Dezember 2012 bestätigte, auf ihre Pflichten gemäss Art. 307 und 320 StGB aufmerksam gemacht worden zu sein (kantonale Akten, act. 179 ff.). Entgegen dem Einwand des Beschwerdeführers erachtet die Vorinstanz diese "Rahmenerklärung" zutreffend als ausreichend, da sich daraus ergibt, dass die Dolmetscherin zu Beginn der Übersetzertätigkeit auf die strafrechtlichen Folgen gemäss Art. 307 und 320 StGB aufmerksam gemacht wurde (Urteil E. II.7.3 S. 22 f.; Beschwerde S. 43). Namen und Erklärungen der weiteren übersetzenden Personen sind soweit ersichtlich in den Akten nicht vorhanden, zumindest erwähnt die Vorinstanz diese nicht (vgl. Urteil E. II.7.5 S. 25). Dies erstaunt insbesondere deshalb, als die Vorinstanz die Staatsanwaltschaft anlässlich der Berufungsverhandlung aufforderte, ihr innert 20 Tagen die Identität der Dolmetscher aus den dem Beschwerdeführer vorgespielten Audiodateien offen zu legen (kantonale Akten, act. 195 S. 39).

Mit Ausnahme davon, dass sie unverständliche Textpassagen im Protokoll mit "unverständlich" festhalten sollen, ergibt sich weder aus der Aktennotiz noch den übrigen Akten, welchen Instruktionen die Dolmetscher bei ihrer Arbeit folgten; dies wäre insbesondere hinsichtlich der vom Beschwerdeführer kritisierten Klammerbemerkungen beziehungsweise Interpretationen von Interesse. Aus den Akten beziehungsweise den Protokollen geht nicht hervor, von wem diese Bemerkungen stammen. Hinsichtlich des Vorgehens nach Verfassen der Protokolle ist den Akten ebenfalls nichts zu entnehmen: Daraus ergibt sich insbesondere nicht, ob die Protokolle direkt ausgedruckt und - sofern erfolgt - vom Dolmetscher unterschrieben wurden oder ob sie gespeichert und erst im Bedarfsfall ausgedruckt sowie allenfalls unterschrieben wurden. Angesichts der vom Beschwerdeführer dokumentierten Tatsachen, dass sich in den Akten von einem Protokoll drei verschiedene Versionen mit teilweise unterschiedlichem Inhalt (Klammerbemerkungen) sowie Datum finden (Beschwerde S. 47 f.; kantonale Akten, act. HD 2/11 Beilage 1, HD 3/1 Beilage 3, HD 1/5 Beilage 2) und die Akten Protokolle enthalten, die von verschiedenen Dolmetschern verfasst wurden, jedoch alle die gleiche

Unterschrift tragen (Beschwerde S. 46; z.B. kantonale Akten, Beilagen zu act. HD 3/1), wirft das Vorgehen bei beziehungsweise nach der Protokollerstellung Fragen auf, die geklärt werden müssen, damit allfällige Mängel geprüft werden können.

Dass namentlich bekannte und über Art. 307 und 320 StGB belehrte Dolmetscher anlässlich mehrerer Einvernahmen des Beschwerdeführers zahlreiche sowohl von ihnen als auch von anderen Dolmetschern verfasste Abhörprotokolle inhaltlich als korrekt bestätigten, ändert nichts daran, dass die massgebenden Informationen zum Zustandekommen dieser Protokolle in den Akten fehlen. Das Bundesgericht hat zwar in zwei vergleichbaren Fällen festgehalten, die Protokolle seien verwertbar, da sie der beschuldigten Person vorgespielt und der anwesende Dolmetscher, der auf seine Pflichten und die Strafdrohung gemäss den Art. 307 sowie 320 StGB hingewiesen worden sei, nach dem Vorhalt der Gespräche jeweils unterschriftlich bestätigt habe, dass das vorgespielte Gespräch dem Inhalt des Wortprotokolls entspreche (Urteile 6B 1021/2013 vom 29. September 2014 E. 5.4; 6B 676/2013 vom 28. April 2014 E. 3.4.4). Demgegenüber hat das Bundesgericht in seinem Grundsatzentscheid noch festgehalten, die Vorinstanz hätte die entscheidenden Beweise allenfalls durch Anhörung der Tonträger und deren unmittelbare Übersetzung an der Berufungsverhandlung selber erheben können (BGE 129 I 85 E. 4.3 S. 90; so auch: Urteil 6B 125/2013 vom 23. September 2013 E. 2.6). Wie es sich

damit verhält, kann vorliegend offenbleiben. Denn die vorinstanzliche Begründung enthält in diesem Zusammenhang einen unauflösbaren Widerspruch: Einerseits erwägt die Vorinstanz, es sei sinnvoll gewesen, die (vom Beschwerdeführer) verlangte Überprüfung der Protokolle durch diejenige Dolmetscherin vornehmen zu lassen, die bereits die meisten Protokolle übersetzt habe. Die Vorinstanz begründet dies damit, dass die Umstände bei der Übersetzung der Audiodateien aufgrund von akustischen Beeinträchtigungen durch Nebengeräusche, die Distanz zum Aufnahmegerät und den Umstand, dass teilweise mehr als zwei Personen am Gespräch teilnahmen, erschwert gewesen seien. Angesichts der schlechten Qualität einzelner Passagen der Audioaufzeichnung wäre es für einen (anderen) Dolmetscher schlicht nicht möglich gewesen, die Wortprotokolle auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, nachdem die erste Dolmetscherin die Gespräche mit Kopfhörern mehrmals habe hören müssen, bevor sie sie habe niederschreiben können (Urteil E. II.7.5 S. 24). Andererseits führt die Vorinstanz aus, die formellen Mängel (aus den Akten nicht ersichtliche Identität des

Erstübersetzers beziehungsweise des daraus nicht hervorgehenden Hinweises über dessen Belehrung) seien durch das neuerliche Abspielen der Gesprächsaufzeichnungen im Beisein des Beschwerdeführers und eines weiteren namentlich vorgestellten Dolmetschers, der belehrt worden und aufgefordert worden sei, bei Fehlern des Erstübersetzers unverzüglich korrigierend einzuschreiten, rechtsgenügend geheilt worden (Urteil E. II.7.5 S. 25). Während die Vorinstanz also bei der Frage der inhaltlichen Kontrolle der Wortprotokolle davon ausgeht, diese müssten angesichts der teilweise schlecht verständlichen Passagen zwingend von der gleichen Dolmetscherin überprüft werden, die sie bereits mehrheitlich übersetzt hatte, nimmt sie bezüglich der formellen Mängel an, diese Dolmetscherin - beziehungsweise hinsichtlich zweier Einvernahmen ein/e andere/r Dolmetscher/in - sei trotz der teilweise schlechten Qualität der Aufnahmen in der Lage, auch diejenigen Wortprotokolle zu kontrollieren, die sie nicht selbst übersetzt hat. Damit verletzt die Vorinstanz Bundesrecht. Entweder lässt die Qualität der Aufnahmen eine inhaltliche Kontrolle der Wortprotokolle beziehungsweise eine unmittelbare Übersetzung des Gesprochenen zu oder die Audioaufnahmen müssen erneut mittels Kopfhörer mehrmals angehört und übersetzt werden.

Kommt hinzu, dass sich die Vorinstanz bei der Erstellung des Sachverhalts nicht nur auf diese dem Beschwerdeführer vorgehaltenen und von der/dem an der Einvernahme anwesenden Dolmetscher/in als richtig bestätigten Protokolle stützt, sondern auch die Aussagen weiterer Personen sowie die diesen vorgehaltenen Abhörprotokolle berücksichtigt. Zu eben diesen letztgenannten Protokollen äussert sich die Vorinstanz mit keinem Wort. Auch bei ihrer Beurteilung der Vermögensbeziehungsweise Urkundendelikte stützt sie sich auf Abhörprotokolle, deren Zustandekommen und Verfasser aufgrund der Akten nicht ersichtlich sind (beispielsweise Urteil E. III.E.2 S. 80, E. III.E.4.1 S. 108). Da ihre Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung auch auf anderen Protokollen fusst, hätte die Vorinstanz prüfen müssen, ob deren Erstellung in den Akten hinreichend dokumentiert ist. Es ist jedenfalls nicht Aufgabe des Bundesgerichts zu untersuchen, ob alle relevanten Informationen zu den Abhörprotokollen, auf die sich die Vorinstanz stützt, in den Akten enthalten sind.

Insgesamt sind den Akten nur ungenügende Informationen zum Zustandekommen der Abhörprotokolle und der an deren Erstellung beteiligten Personen zu entnehmen. Die Vorinstanz wird zu jedem Abhörprotokoll, das sie verwenden will, Informationen darüber einholen müssen, wie bei der Erstellung vorgegangen wurde, wer mit welchen Instruktionen daran teilgenommen hat und ob jede dieser Personen genügend auf die Straffolgen von Art. 307 StGB hingewiesen wurde. Sollte sie diese Informationen nicht erhältlich machen können, sind die Abhörprotokolle nicht verwertbar. Die Vorinstanz kann jedoch diejenigen Gespräche, die sie verwenden möchte und deren Qualität dies zulässt, an der neuen Berufungsverhandlung anhören und unmittelbar von einer/einem - idealerweise neuen - Dolmetscher/in übersetzen lassen (vgl. Urteil 6B 125/2013 vom 23. September 2013 E. 2.6). Ist dies aufgrund schlecht verständlicher Passagen der Audioaufzeichnung nicht möglich, steht es ihr frei, neue schriftliche Übersetzungen bei einer/einem namentlich bekannten, hinreichend belehrten und instruierten Dolmetscher/in in Auftrag zu geben und den Parteien hierzu das rechtliche Gehör zu gewähren.

2.5.4. Da die Akten unvollständig sind, kann vorliegend nicht beurteilt werden, ob die Abhörprotokolle formell und/oder materiell mangelhaft sind, weshalb auf die entsprechenden Rügen des Beschwerdeführers nicht weiter einzugehen ist. Ebenso wenig kann untersucht werden, ob die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung den Untersuchungsgrundsatz, die Unschuldsvermutung und das Willkürverbot verletzt. Die Vorinstanz wird das Beweisverfahren wieder aufnehmen und die Akten ergänzen müssen. Damit braucht auch die Kritik des Beschwerdeführers am vorinstanzlichen Vorgehen im Berufungsverfahren im Zusammenhang mit Beweisunterlagen, Parteiverhandlung und Beweisverfahren nicht geprüft zu werden. Gründe für eine Einstellung des Verfahrens oder einen vollumfänglichen Freispruch des Beschwerdeführers liegen momentan nicht vor. Seinen Antrag, das Berufungsgericht sei nach der Rückweisung neu zu besetzen, begründet der Beschwerdeführer nicht. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

3.

Die Beschwerde ist gutzuheissen, das obergerichtliche 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 sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2017 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Der Kanton Zürich hat dem Vertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Daniel U. Walder, eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 14. Juni 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Die Gerichtsschreiberin: Andres