



Kass.-Nr. AC070026/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Titus Graf

Zirkulationsbeschluss vom 24. Juli 2008

in Sachen

X.,

Angeklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland,

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch den Stv. leitenden Staatsanwalt lic. iur. Rolf Jäger,
Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland, Hermann Götz-Str. 24, Postfach, 8401 Winterthur

betreffend

**mehrfache qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz
etc.**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. September 2007 (SB050534/eh)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 18. Mai 2004 wurde X. (fortan Beschwerdeführerin) der qualifizierten Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel (BetmG) im Sinne der Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 und 4 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a, des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB sowie des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB schuldig gesprochen und mit 5 ½ Jahren Zuchthaus bestraft (OG act. 48), wovon 2 Tage durch Polizeiverhaft als erstanden galten. Die Zivilansprüche der Geschädigten wurden auf den Zivilweg verwiesen (OG act. 48).

2. Auf Berufung der Beschwerdeführerin hin bestätigte die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich den angefochtenen Entscheid mit Urteil vom 15. November 2004 vollumfänglich (OG act. 66/2).

3. Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin kantonale Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht des Kantons Zürich (OG act. 66/1). Mit Beschluss vom 21. November 2005 hob das Kassationsgericht das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurück (OG act. 66/12).

4. Mit Urteil vom 3. September 2007 sprach die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Beschwerdeführerin erneut schuldig des mehrfachen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne der Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 und 4 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a, des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB sowie des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB. Sie wurde mit 4 ¾ Jahren Freiheitsstrafe bestraft, wovon 2 Tage durch Polizeiverhaft für erstanden erklärt wurden. Die Zivilansprüche der Geschädigten wurden auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verwiesen (KG act. 2).

5. Gegen dieses Urteil meldete der (amtliche) Verteidiger namens der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 8. Oktober 2007 die kantonale Nichtigkeits-

beschwerde an (KG act. 4). Innert der hierfür angesetzten Frist reichte die Beschwerdeführerin dem Kassationsgericht die Beschwerdebegründung, datierend vom 31. Oktober 2007, ein, in welcher sie den Hauptantrag auf die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung desselben an die Vorinstanz stellt (KG act. 1, insb. S. 2).

6. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9), ebenso die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (KG act. 10).

7. Die Beschwerdeführerin hat keine Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht erhoben (KG act. 5).

II.

1. Die Beschwerdeführerin rügt, der gegen sie ergangene Schuldspruch stütze sich im Kern alleine auf die Aussagen eines gewissen Y. Aus einer Vielzahl von Hinweisen, welche sich aus den Akten ergäben, lasse sich die Vermutung belegen, dass die Angaben von Y., welche die Beschwerdeführerin belasten, unzutreffend seien. Dieser habe insbesondere mit dem Motiv gehandelt, vorab seine Schwester Z. sowie weitere Personen aus seinem Umfeld zu schützen (KG act. 1, S. 3). Um dies beweisen zu können, habe die Beschwerdeführerin anlässlich der Berufungsverhandlung vom 15. November 2004 den folgenden Antrag gestellt:

«Es seien sachdienliche Abklärungen betreffend die wahre Identität der Genannten (Z.) sowie deren Aufenthalt in der Schweiz sowohl unter dem falschen Namen M. wie auch betreffend den richtigen Namen Z. anzuordnen» (KG act. 2, S. 3, OG act. 55, S. 10).

Diesen Beweisantrag habe das Obergericht abgelehnt. In ihrer Nichtigkeitsbeschwerde habe die Beschwerdeführerin den Nachweis zu erbringen versucht, dass die Vorinstanz in verschiedenen Punkten in Willkür verfallen sei. Im Beschluss des Kassationsgerichts werde jedoch lediglich festgehalten, es sei deshalb der Untersuchungsgrundsatz verletzt worden, weil jegliche Untersuchungshandlungen in Bezug auf Z. unterlassen worden seien (KG act. 1, S. 4).

In Befolgung der Erwägungen des Entscheids des Kassationsgerichts habe die Vorinstanz die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland beauftragt, die Untersuchung im Sinne der Erwägungen des Kassationsgerichts zu ergänzen. Dabei habe sich ergeben, dass eine Person namens «Z. alias M.» in Spanien und dass eine «M. oder Z.» in Portugal unauffindbar seien, dass aber eine Person mit diesen Namen im Zusammenhang mit einem Tötungsdelikt international gesucht werde. Überdies sei eine Person namens Z. alias M. in Genf, wo sie die Beschwerdeführerin im Strafvollzug in der Strafanstalt Champs Dollon kennen gelernt haben soll, in den Registern nicht erwähnt. Schliesslich hätten Abklärungen der Verteidigung ergeben, dass Angaben von Y. betreffend seinen Wohnsitz in Portugal und seine familiären Verhältnisse teilweise unrichtig seien. In der Folge habe die Verteidigung der Vorinstanz die folgenden Anträge gestellt:

- «1. Die erkennungsdienstlichen Erhebungen betreffend den angeblichen Y. seien mit dem Ziel einer Identifizierung der Person an IP Lissabon und IP Madrid zu übermitteln.
2. Die bei IP Lissabon getätigten Abklärungen, welche dazu führten, dass IP Lissabon mitteilte, dass eine M. oder Z.G. unbekannt sei, seien auf den Namen M.S. auszudehnen.
3. Es sei IP Lissabon anzufragen, ob ein Todesfall eines Y.G. im Februar 2002 registriert sei.»

Diese und ein weiterer Antrag der Verteidigung (auf Beizug der Akten in Sachen gegen E.) seien, ohne dass sich die Vorinstanz materiell dazu geäußert habe, abgewiesen worden. Zur Begründung sei angeführt worden, dass die gemäss Rückweisungsbeschluss angeordnete Ergänzung der Untersuchung erfolgt sei. Allerdings sei diese ergebnislos verlaufen, was dazu führe, dass sie an der ursprünglichen Beurteilung nichts zu ändern vermöchte (KG act. 1, S. 6 ff.).

Indem die Vorinstanz aufgrund des Ergebnisses der getätigten Abklärungen der Staatsanwaltschaft wie auch der Abklärungen der Verteidigung nicht auf eine erhebliche Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeit von Y. geschlossen habe, habe sie den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt. Das

Obergericht hätte richtigerweise feststellen müssen, dass nach den getätigten Untersuchungen von einem geänderten Sachverhalt im Sinne von § 104a Abs. 3 GVG auszugehen gewesen wäre, und dies unabhängig davon, dass eine entsprechende Rüge im ersten kassationsgerichtlichen Verfahren, Y. sei nicht glaubwürdig, vom Kassationsgericht als unbegründet erachtet worden sei (KG act. 1, S. 10).

2. Gemäss § 104a Abs. 1 GVG ist die untere Instanz bei Rückweisungen an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zugrunde liegt. In Abs. 2 der zitierten Bestimmung ist festgehalten, dass das Kassationsgericht auf im ersten Verfahren nicht erhobene Rügen sowie auf Rügen, welche in diesem als unzulässig behandelt oder verworfen worden sind, in der gleichen Sache nicht mehr eintritt. Der Zweck dieser Regelung besteht darin, dass diejenigen Sachverhaltsaspekte, welche im (ersten) Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren nicht bzw. nicht formgerecht beanstandet und diejenigen, hinsichtlich welcher beurteilte Rügen abgewiesen worden sind, für das weitere Verfahren als abschliessend behandelt zu erachten sind. Diese mit der Teilrechtskraft vergleichbare Wirkung besteht nicht nur für die Kassationsinstanz, sondern auch für diejenige Instanz, an welche sich der Rückweisungsentscheid richtet (vgl. ZR 103 Nr. 49, Erw. 3.5 lit. c; Beschluss KGer vom 22. Dezember 2006, Nr. AC060018). Etwas anderes gilt nach § 104a Abs. 3 GVG nur für den Fall eines geänderten Sachverhalts sowie für den Fall der Änderung von Gesetzen und der Rechtsprechung. Bereits in der Diskussion dieser Bestimmung im Kantonsrat wurde darauf hingewiesen, dass diese gesetzliche Regelung mit der Pflicht der Strafverfolgungsbehörden kollidieren kann, von Amtes wegen nach der materiellen Wahrheit zu suchen (Protokoll des Zürcher Kantonsrates der Sitzung vom 11. Oktober 1999, S. 1489).

2.1 Die Vorinstanz hat in Befolgung des Rückweisungsentscheids des Kassationsgerichts die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland beauftragt, Untersuchungshandlungen in Bezug auf Z. und deren behauptete Anwesenheit im fraglichen Zeitraum der Drogentransporte zu tätigen (OG act. 68, S. 3). Der Zweck dieser Abklärungen bestand darin, die Aussagen von E. zu überprüfen, welche gemäss dem ersten Urteil der Vorinstanz vom 15. November 2004 als geeignet er-

achtet worden sind, die Beschwerdeführerin zu entlasten und die Belastungen von Y. in Frage zu stellen (OG act. 67, S. 16 f.).

2.2 Die getätigten Abklärungen haben ergeben, dass eine Z. alias M. weder in Spanien noch in Portugal verzeichnet sei. Die Vorinstanz geht in ihrem Urteil vom 3. September 2007 davon aus, der im Kassationsgerichtlichen Entscheid festgestellte Mangel sei nunmehr beseitigt worden, indem in Spanien und Portugal umfangreiche und langwierige Abklärungsversuche stattfanden (KG act. 2, S. 16). Der Umstand, dass die Bemühungen erfolglos verlaufen seien, führe nun jedoch nicht dazu, dass die Beweiswürdigung hinsichtlich Y. und E. anders als im aufgehobenen Entscheid ausfallen würde. In diesem sei nämlich Y. als glaubwürdig erachtet worden. Ein dagegen gerichteter Einwand sei vom Kassationsgericht verworfen worden (KG act. 2, S. 16 f.).

2.3 In seinem Entscheid vom 21. November 2005 hat das Kassationsgericht mehrere Rügen der Beschwerdeführerin behandelt, mit welchen geltend gemacht worden war, die Aussagen von Y. seien nicht glaubhaft (OG act. 66/12, S. 9 ff.). Bezüglich einer ersten Rüge wurde festgehalten, diese sei an sich berechtigt, jedoch fehle es am Nachweis eines Nachteils zu Lasten der Beschwerdeführerin, weshalb darauf nicht einzutreten sei. Auf zwei weitere Rügen konnte nicht eingetreten werden, weil sich die Beschwerdeführerin nicht in ausreichendem Masse mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandergesetzt bzw. die notwendigen Aktenzitate unterlassen hatte. Bei keiner der erwähnten Rügen ging es im Übrigen um die Person der angeblichen Schwester von Y. mit dem Namen Z. alias M. Schliesslich wurde die Rüge, die Vorinstanz habe bezüglich des telefonischen Kontakts zwischen Y. und der Beschwerdeführerin während eines bestimmten Aufenthalts desselben in der Dominikanischen Republik eine aktenwidrige (bzw. willkürliche) Würdigung vorgenommen, als unbegründet erachtet.

2.4 Wie vorstehend ausgeführt, sind die gemäss Rückweisungsentscheid durchgeführten Abklärungen mit dem Ziel vorgenommen worden, die Aussagen von E. zu überprüfen und die Belastungen von Y. in Frage zu stellen. Daraus folgt ohne weiteres, dass der Einbezug des Ergebnisses dieser Abklärungen für die Prüfung der Glaubhaftigkeit der Angaben der beiden genannten Personen im

zweiten Verfahren vor der Vorinstanz zulässig und geboten war, und zwar trotz des Umstandes, dass das Kassationsgericht im damaligen Verfahren auf die vorstehend erwähnten gegen die Glaubwürdigkeit von Y. erhobenen Rügen nicht eingetreten war bzw. diese als unbegründet verworfen hatte. Wäre man in diesem Punkt anderer Auffassung, wäre weder die Rückweisung noch die gestützt darauf durchgeführten Abklärungen in Spanien und Portugal sinnvoll gewesen, weil bei diesem Ausgangspunkt beide prozessualen Handlungen – wegen des Nichteintretens bzw. der Abweisung der erwähnten Rügen im ersten kassationsgerichtlichen Verfahren – von allem Anfang an nicht hätten bewirken können, die Glaubwürdigkeit der Aussagen von Y. direkt oder indirekt zu erschüttern.

2.5 Aus dem Ergebnis der durchgeführten Abklärungen folgt, dass die Angaben von Y., er habe die Beschwerdeführerin in der Wohnung seiner Schwester in Madrid in Spanien erstmals getroffen (OG act. 5, S. 3 f.) – wie die Beschwerdeführerin zutreffend rügt (KG act. 1, S. 5 f.) – so kaum zutreffend sein können, nachdem die Abklärungen durch die spanische Polizei ergeben haben, dass in Spanien eine Person mit dem Namen Z. alias M. nicht verzeichnet sei. Diese Tatsache, welche im ersten vorinstanzlichen Verfahren nicht bekannt war, stellt eine neue Tatsache dar, welche in die Würdigung der Aussagen der vorinstanzlichen Urteile nicht eingeflossen ist. Im Übrigen ist diesbezüglich kein Zusammenhang mit den im ersten kassationsgerichtlichen Verfahren hinsichtlich der Glaubwürdigkeit von Y. auf Rüge hin beurteilten Umstände seines Aufenthalts in der Dominikanischen Republik ersichtlich.

2.6 Zu prüfen bleibt, ob es sich bei dieser Tatsache um eine im Sinne von § 104a Abs. 3 GVG relevante neue Tatsache handelt. Wie die Beschwerdeführerin richtig ausführt, liegt sowohl dem Entscheid der Vorinstanz als auch demjenigen des Kassationsgerichts die Annahme zugrunde, wenn die Angaben von E. betreffend Geldüberweisung zutreffen würden, würden die Aussagen von Y. in Frage gestellt und die Beschwerdeführerin entlastet. Daraus folgt, dass die Glaubhaftigkeit der Aussagen von Y. für die Feststellung des prozessrelevanten Sachverhalts von Bedeutung ist. Damit sind auch die aufgrund der Abklärungen in Spanien und Portugal bekannt gewordenen Ergebnisse, wonach eine Person na-

mens Z. alias M. amtlich nicht existiere, für die Würdigung der belastenden Aussagen von Y. von nicht unerheblicher Bedeutung. Dies ist deshalb der Fall, weil Y. ausgesagt hat, bei der gemäss spanischer und portugiesischer Polizei in diesen Ländern amtlich nicht existierenden Frau handle es sich um seine Schwester, in deren Wohnung in Madrid er – Y., – für den Drogenhandel angeworben worden sei.

2.7 Daraus ergibt sich, dass die Rüge begründet ist, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, es sei ihr zufolge § 104a Abs. 2 und 3 GVG verwehrt, auf die Ergebnisse der Abklärungen betreffend Z. zur Beurteilung der Auswirkungen auf die Aussagen von Y. abzustellen.

3. Da die Nichtigkeitsbeschwerde gutzuheissen ist, erübrigt es sich, auf die weitere Rüge einzutreten, die Vorinstanz habe die Anträge der Beschwerdeführerin zu Unrecht abgewiesen, Y. sei erkennungsdienstlich zu identifizieren, bei der Suche nach der Schwester von Y. sei in Portugal nach einer M. zu suchen und es sei IP Lissabon anzufragen, «ob ein Todesfall eines Y.G. im Februar 2002 registriert sei».

4. Abschliessend ergibt sich, dass die Nichtigkeitsbeschwerde gutzuheissen ist. Das Urteil des Obergerichts vom 3. September 2007 ist somit aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens, ebenso die Kosten der amtlichen Verteidigung, gemäss § 396a StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen.

IV.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid. Solche Entscheide sind beim Bundesgericht nur unter den Voraussetzungen von

Art. 92 f. BGG anfechtbar. Vorliegend erscheint die Zulässigkeit einer Beschwerde in Strafsachen sehr zweifelhaft; dennoch ist über das Rechtsmittel zu belehren (vgl. Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. September 2007 aufgehoben und im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 700.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 92 f. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 78 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichts, die II. Abteilung des Bezirksgerichts Bülach und das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: