



---

Kass.-Nr. AC040066/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Benedikt Hoffmann

**Zirkulationsbeschluss vom 24. Dezember 2004**

in Sachen

**Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

8001 Zürich,

Anklägerin, Appellantin, Anschlussappellatin und Beschwerdeführerin

gegen

**A.,**

Angeklagter, Appellat, Anschlussappellant und Beschwerdegegner

betreffend

**Diebstahl etc. (Kostenfolgen)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Mai 2004 (SB030456/U/hp)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Mit Urteil des Obergerichts, II. Strafkammer, vom 3. Mai 2004 wurde A. (Angeklagter, Appellat, Anschlussappellant und Beschwerdegegner) u.a. des Diebstahls, der Sachbeschädigung sowie des Hausfriedensbruchs zum Nachteil der X. AG schuldig gesprochen. Der nämlichen Handlungen zum Nachteil von Y. wurde er dagegen frei gesprochen. Die Kosten der Untersuchung wurden ihm lediglich im Betrag von Fr. 930.- auferlegt und im Übrigen auf die Staatskasse genommen (KG act. 2).

2. Gegen die bloss teilweise Kostenaufgabe durch die Vorinstanz erhob die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Anklägerin, Appellantin und Anschlussappellantin sowie Beschwerdeführerin) rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1 und OG act. 49 = KG act. 7). Am 25. August 2004 verzichtete die Vorinstanz auf Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 10). Mit Eingabe vom 4. Oktober 2004 erstattete der Beschwerdegegner seine Beschwerdeantwort, mit welcher er die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragt (KG act. 13).

3. Soweit ersichtlich wurde keine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben (vgl. KG act. 6).

**II.**

1. Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Erwägung der Vorinstanz, die Kantonspolizei sei zufällig auf den Natelanschluss des Beschwerdegegners gestossen. Der einzige Einbruch, der sich zu seinen Lasten habe nachweisen lassen, habe nicht das erwähnte spezielle Tatvorgehen aufgewiesen und sei nicht auf Grund einer Telefonüberwachung aufgeklärt worden; vielmehr hätten die Ob-

servation des Beschwerdegegners sowie die sichergestellten Spuren zu dessen Überführung geführt (KG act. 1 S. 1).

2. Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, die Rufnummer des Beschwerdegegners habe sich aus gezielten Ermittlungen gegen B. ergeben. Erkenntnisse aus der Telefonkontrolle betreffend B. hätten den Beschwerdegegner der Mitwirkung an Einbruchdiebstählen dringend verdächtig erscheinen lassen, was zur Überwachung der von ihm genutzten Telefonnummer geführt habe. Damit habe man die Identifikation des Beschwerdegegners sowie die Ermittlung seiner Aufenthalts- und Logisorte angestrebt. Ebenso sei es um die Ermittlung von Absatzkanälen für das Deliktsgut und von internationalen Verbindungen gegangen. Daneben sei die Überwachung der genannten Rufnummer für den gezielten Einsatz der Observationskräfte unabdingbar gewesen (KG act. 1 S. 1).

3.1. Die Beschwerdeführerin macht in diesem Kontext den Nichtigkeitsgrund der Aktenwidrigkeit geltend. Aktenwidrigkeit liegt indessen nur dann vor, wenn Bestandteile der Akten gar nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen wurden, es sich also um Fälle von offensichtlichem Versehen handelt. Wenn – wie vorliegend – geltend gemacht wird, die Vorinstanz erachte eine Tatsache entgegen den Akten als erwiesen oder habe einen aus den Akten hervorgehenden Umstand nicht hinreichend berücksichtigt, wird ausschliesslich bemängelt, die Beweiswürdigung sei nicht vertretbar, womit Willkür bei der Beweiswürdigung gerügt wird (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 35 und 27; Schmid, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, N 25 zu § 430 StPO). Entsprechend ist im Zusammenhang mit den als aktenwidrig bezeichneten Annahmen nur zu prüfen, ob diese vor dem Willkürverbot bei der Beweiswürdigung standhalten.

3.2. Die Beweiswürdigung des vorinstanzlichen Sachrichters kann nach der Praxis des Kassationsgerichtes aufgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO dann mit Erfolg gerügt werden, wenn sie sich nicht mehr im Rahmen des Gesetzes hält, sondern willkürlich, d.h. offensichtlich abwegig ist und einer missbräuchlichen Handhabung des richterlichen Ermessens gleichkommt (ZR 64 Nr. 54).

4. Die Vorinstanz führt neben den von der Beschwerdeführerin zitierten Erwägungen aus, beim Abhören des Anschlusses des Beschwerdegegners sei man ursprünglich von mindestens 30 Einbruchdiebstählen der gleichen Gruppe mit einem speziellen Vorgehen ausgegangen. Der Einbruch an der Z.-Strasse habe ihm indes nicht nachgewiesen werden können, obwohl der Beschwerdegegner diesbezüglich zunächst verdächtig gewesen sei (KG act. 2 Erw. V.2.b S. 15f.). Mit diesen Erwägungen wird der von der Beschwerdeführerin kritisierte Standpunkt verdeutlicht, wonach die fraglichen Telefonkontrollen mit Delikten in Zusammenhang stünden, welche dem Beschwerdegegner nicht nachgewiesen werden könnten, wohingegen dessen Überführung bezüglich des Einbruchs bei der X. AG keinerlei Telefonkontrolle bedurft habe.

5. Vorab ist irrelevant, ob die Kantonspolizei zufällig oder nach einer zielorientierten Ermittlung gegen den Beschwerdeführer (nicht gegen B., da eine Ermittlung gegen Letzteren einen Zufallsfund zu Lasten des Beschwerdegegners nicht ausschliessen würde) auf dessen Mobiltelefonnummer stiess. Wichtig ist lediglich, ob die Vorinstanz willkürfrei annimmt, der Beschwerdegegner habe die angeordneten Telefonkontrollen als Delinquent oder aber in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise nicht verursacht, wobei die vorinstanzlichen Erwägungen zur zivilrechtlichen Vorwerfbarkeit (KG act. 2 Erw. V.2.b letzter Absatz auf S. 16) nicht angefochten werden.

6.1. Diesbezüglich gelingt es der Beschwerdeführerin nicht nachzuweisen, der angefochtene Entscheid sei willkürlich. Sie bezieht sich zunächst auf BG act. 3/1/1, woraus ersichtlich sei, dass sich auf Grund einer Telefonkontrolle ein dringender Verdacht gegen den Beschwerdegegner ergeben habe. Damit wird aber der Standpunkt der Vorinstanz nicht widerlegt, wonach sich der im genannten Aktenstück dokumentierte Verdacht nur auf die nicht erstellten Delikte erstreckt habe. Vielmehr ergibt sich aus BG act. 3/1/1 - wie dies die Vorinstanz ausdrücklich festhält (KG act. 2 Erw. V.2.b S. 16) -, dass sich besagter Verdacht insbesondere auf einen zu Lasten des Beschwerdegegners nicht erstellten Einbruch an der Z.-Strasse bezog. Auch die Tatsache, dass man sich von der beantragten Kontrolle diverse Informationen etwa bezüglich Aufenthaltsorte oder Absatzkanäle

des Beschwerdegegners erhoffte, bedeutet nicht, dass der Beschwerdegegner die Kontrolle durch deliktisches Verhalten verursacht hätte. Auch aus BG act. 3/1/3, worauf sich die Beschwerdeführerin bezieht, geht nicht hervor, dass der Beschwerdegegner die fraglichen Telefonkontrollen auf Grund seines Einbruchs bei der X. AG verursacht hätte.

6.2. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, selbstverständlich habe die nach einem Rufnummerwechsel erneut angeordnete Telefonkontrolle unter anderem der Stütze der Observationskräfte gedient. Sie beruft sich dabei auf BG act. 3/3/1 und BG act. 3/3/3 (KG act. 1 S. 2). Aus diesen geht indessen nur hervor, dass auf Grund des genannten Nummernwechsels eine neue Überwachung beantragt wurde. Dass diese nicht nur im Kontext mit nicht erstellten Delikten gestanden habe, wird nicht belegt. Auch ein Zusammenhang zu konkreten Aktivitäten der Observationskräfte wird nicht dargetan. Im Übrigen drängt sich die von der Beschwerdeführerin behauptete Kausalität zwischen Telefonüberwachung und erstelltem Einbruch auch in zeitlicher Hinsicht nicht auf. Der Einbruch zum Nachteil der X. AG ereignete sich gemäss Anklage in der Nacht vom 4. auf den 5. Juli 2002. Die Akten, auf die sich die Beschwerdeführerin bezieht, und die eine noch nicht aufgeschaltete Telefonkontrolle betreffen, datieren vom 5. Juli 2002 (BG act. 3/3/1 und BG act. 3/3/3), also aus der Zeit nach dem einzigen erstellten Delikt. Diese TK kann somit nicht zur Stützung der Observation vom Vortag gedient haben, was die Beschwerdeführerin letztlich selber einräumt (KG act. 1 S. 2).

6.3. Die Beschwerdeführerin erläutert ferner, auf Grund der Vorsichtsmassnahmen des Beschwerdegegners hätten andere Ermittlungserkenntnisse beigezogen werden müssen, z.B. Erkenntnisse aus der TK B. (BG act. 3/4/1). Allerdings ergibt sich auch aus diesem Aktenstück kein Zusammenhang zum Einbruch zum Nachteil der X. AG.

6.4. Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die Observation des Beschwerdegegners am 5. Juli 2002 habe die Polizei zum Waldgebiet "C." geführt, dessen Durchsuchung am 8. Juli 2002 zur Sicherstellung des Diebesguts geführt habe, was indirekt auf die Erkenntnisse aus der Telefonkontrolle zurückzuführen sei (KG act. 1 S. 2). In diesem Kontext nimmt die Beschwerdeführerin jedoch

bloss Bezug auf den Observationsbericht betreffend die Vorgänge vom 4. und 5. Juli 2002 sowie auf eine Dokumentation über den Fundort des gestohlenen Kleintresors (BG ND act. 3/4-3/6). Der behauptete indirekte Zusammenhang zur Telefonüberwachung ergibt sich daraus nicht.

7. Aus alledem ergibt sich, dass die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen ist. Damit fällt die Gerichtsgebühr ausser Ansatz. Kosten (inkl. derjenigen für die amtliche Verteidigung) werden nicht erhoben.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Es werden keine weiteren Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: