Kassationsgericht des Kantons Zürich

Kass.-Nr. AC040131/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Paul Baumgartner sowie die Sekretärin Daniela Brüschweiler

Sitzungsbeschluss vom 23. Mai 2005

in Sachen

X.,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer

im Kassationsverfahren verteidigt durch Rechtsanwälte Dr. iur. ____

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch den Oberstaatsanwalt lic.iur. Martin Bürgisser, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich

betreffend **banden- und gewerbsmässiger Diebstahl etc. und Widerruf**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. September 2004 (SB040113/U/jv davon abgetrennt SB040161 d.v. SB040170)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil der I. Strafkammer des Obergerichtes (Vorinstanz) vom 23. September 2004 wurde (nebst weiteren Angeklagten) X. (nachfolgend Beschwerdeführer) zweitinstanzlich verschiedener Delikte schuldig gesprochen und mit 2 Jahren und 9 Monaten Gefängnis bestraft. X. wurde unter anderem für die Dauer von 10 Jahren des Landes verwiesen, wobei der Vollzug dieser Nebenstrafe angeordnet wurde (OG act. 199 bzw. KG act. 2).

2. a) Gegen das obergerichtliche Urteil liess der Beschwerdeführer durch seine amtliche Verteidigerin rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde anmelden (OG act. 205A bzw. KG 5). Am 21. Dezember 2004 ging fristgemäss die Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde ein, mit welcher der Beschwerdeführer durch seine (erbetenen) Verteidiger, Rechtsanwälte Dr. iur. ____ und lic. iur. ____, beantragen liess, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1, insb. S. 2).

b) Mit Verfügung des Vizepräsidenten des Kassationsgerichts vom 14. Februar 2005 wurde dargelegt, dass und weshalb im vorliegenden Fall von der in der Regel unzulässigen Verteidigung zweier Mitangeklagter durch denselben Anwalt bzw. zwei Anwälte derselben Kanzlei - Rechtsanwalt ____ verteidigt(e) den Mitangeklagten Y. - abgewichen werden könne (KG act. 8 S. 3). Weiterungen zur Frage der Zulässigkeit der erbetenen Verteidigung des Beschwerdeführers im Kassationsverfahren waren demzufolge nicht nötig. Rechtsanwältin ____ wurde aufgrund der speziellen Konstellation des vorliegenden Falles als amtliche Verteidigerin jedoch nicht entlassen.

c) Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 10), ebenso die Oberstaatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin) auf Beschwerdeantwort (KG act. 11).

3. Der Beschwerdeführer hat auch die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben und begründet (OG act. 206; 207/1-2).

II.

1. Die Kritik des Beschwerdeführers beschlägt einzig die vorinstanzlichen Erwägungen zur Thematik der Landesverweisung. Der Beschwerdeführer macht zusammengefasst geltend, die Vorinstanz - wie zuvor schon das Bezirksgericht Meilen (Erstinstanz) - habe bei der Beurteilung der Nebenstrafe der Landesverweisung auf die Aussagen zweier Personen, nämlich der Ehefrau des Beschwerdeführers sowie deren früheren Freundes, abgestellt, obschon der Beschwerdeführer mit diesen Personen nie konfrontiert worden sei. Damit basiere die unbedingt ausgesprochene Landesverweisung auf einer Verletzung gesetzlicher Prozessformen zum Nachteil des Beschwerdeführers in Form der wesentlichen Beeinträchtigung seiner Parteirechte. Aus § 14 StPO, Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK und Art. 32 BV sowie aus dem durch diese Bestimmungen konkretisierten Anspruch auf rechtliches Gehör gehe hervor, dass die Verwertung von Aussagen von Zeugen wie auch von Auskunftspersonen zum Nachteil des Angeschuldigten grundsätzlich nur zulässig sei, soweit eine Konfrontation stattgefunden habe und der Angeschuldigte zumindest einmal, sei es im Laufe der Untersuchung oder vor den Schranken, Ergänzungsfragen habe stellen können. Es liege somit ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO, allenfalls Ziff. 6 vor (KG act. 1 S. 4 ff.).

2. Die Vorinstanz hielt an der angefochtenen Stelle fest, die Erstinstanz habe zurecht erwogen, dass der Beschwerdeführer in der Schweiz keine eigene Familie, sondern lediglich Verwandte aufweise. Von seiner Ehefrau lebe er - auch wenn nach seinen Aussagen geplant sei, dass sie in seine 1 ½ Zimmer-Wohnung in Embrach ziehe - getrennt. Der Kontakt zu ihr scheine sich auf - relativ unregelmässige - Treffen im Ausgang zu beschränken. Hinzu komme, erwog die Vorinstanz (unter Hinweis auf die Aktoren ND 1.2.7 ff. der Untersuchungsakten), dass die Umstände, wie der Beschwerdeführer zu seiner Ehefrau und - damit verbunden - einer Aufenthaltsbewilligung gekommen sei, - gelinde gesagt - nebulös sei-

en. Auch seine Arbeitseinsätze in der Schweiz seien zumeist temporärer Natur gewesen. Überdies weise er eine Vorstrafe aus dem Jahr 2000 wegen Fahrens ohne Führerschein und Fälschung eines Ausweises auf. Es könne heute somit keineswegs geltend gemacht werden, der Beschwerdeführer habe sich in der Schweiz integriert und - abgesehen von den vorliegend zu beurteilenden Delikten - wohlverhalten (KG act. 2 S. 47).

Die Erstinstanz hatte in ihrem Entscheid festgehalten, der Beschwerdeführer sei laut Aussagen von A. (recte: ____) die Ehe mit ihr nur eingegangen, um eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz zu erhalten. Obwohl der Beschwerdeführer bestreite, eine Scheinehe eingegangen zu sein, würden die Aussagen A. auch von ihrem damaligen Freund B. vollumfänglich bestätigt (mit Hinweis auf act. ND 1/2.10 ff.).

3. a) Gemäss neuerer Praxis wird aus dem Grundsatz von Treu und Glauben bzw. aus dem Verbot des venire contra factum proprium abgeleitet, dass sich derjenige im Beschwerdeverfahren nicht mehr auf einen Verfahrensmangel berufen kann, der sich vor Vorinstanz mit einem dort oder früher gesetzten Mangel einverstanden erklärte bzw. *bewusst* abfand. In der blossen Nichtgeltendmachung kann ein solcher bewusster Verzicht indessen noch nicht erblickt werden. Insbesondere kann in einer Beschränkung auf die Beanstandung inhaltlicher Ungereimtheiten in den Aussagen befragter Personen noch kein Verzicht auf die Geltendmachung von formellen Mängeln erblickt werden, im Gegenteil ist das Gericht angesichts einer materiellen Bestreitung gehalten, von Amtes wegen ihrer Pflicht zur Beachtung der gesetzlichen Formvorschriften nachzukommen (RB 1999 Nr. 146; ZR 86 Nr. 62; Donatsch/Schmid, Kommentar StPO, Zürich 1996, N 4 zu § 430 StPO mit weiteren Literaturhinweisen; vgl. auch Kass.-Nr. 96/447 S, Entscheid vom 17.4.00 in Sachen K., Erw. II.A.1; Kass.-Nr. 2000/166, Entscheid vom 21.01.01 i.S. H., Erw. II.1.1a).

b) Bei den vom Obergericht bezeichneten Akten handelt es sich unter anderem um einen polizeilichen Bericht betreffend Scheinehe (BG ND act. 1/2.7), dieser basierend auf den Protokollen der polizeilichen Befragungen von A. (BG ND act. 1/2.8+9), B. (BG ND act. 1/2.10), Y. (BG ND act. 1/2.11) sowie des Be-

schwerdeführers (BG ND act. 1/2.12). Mit Schreiben vom 27. November 2002 (BG act. ND 1/2.13 = act. 3/3.18) beantragte die amtliche Verteidigerin des Beschwerdeführers bei der Bezirksanwaltschaft u.a. die Durchführung einer Konfrontation zwischen dem Beschwerdeführer und A.. Daraufhin teilte der Bezirksanwalt der Verteidigerin mit Brief vom 28. November 2002 mit, ihrem Ersuchen werde nicht stattgegeben, da das Eingehen einer Scheinehe einerseits nicht strafbar sei und diesbezüglich auch keine Strafuntersuchung geführt werde, dass anderseits das Verfahren betreffend Scheinehe vom Migrationsamt des Kantons Zürich geführt werde und es daher nicht Sache der Strafverfolgungsbehörden sei, die Sachlage hinsichtlich einer allfälligen Scheinehe zu erhellen (BG act. ND 1/2.14 = act. 3/3.19). Der Beschwerdeführer bestritt vor Erstinstanz, dass er mit A. eine Scheinehe eingegangen sei (BG Prot. S. 11 f.). Entsprechende Ausführungen machte auch die Verteidigung (BG act. 74 S. 16). Dasselbe gilt auch für die Angaben des Beschwerdeführers sowie seiner Verteidigerin vor Vorinstanz (OG Prot. S. 19; OG act. 192 S. 2 f.). Bei dieser Sachlage wäre es Sache der Vorinstanz(en) gewesen, den Formvorschriften nachzukommen, wenn sie den Bestreitungen des Beschwerdeführers die Aussagen seiner (erst polizeilich befragten) Ehefrau bzw. deren früheren Freundes entgegenhalten wollten. Von einem bewussten Verzicht des Beschwerdeführers auf die Geltendmachung des Mangels kann nicht gesprochen werden. Auf die Rüge ist mithin einzutreten.

4. Wenn der Beschwerdeführer nun mit seiner Rüge, A. und B. seien zu Unrecht nicht formell als Zeugen einvernommen worden, implizit auch rügt, auf die lediglich anlässlich einer polizeilichen Befragung gemachten Aussagen dürfe nicht abgestellt werden, so ist dem zuzustimmen. Nach herrschender Praxis steht der Verwertbarkeit einer vor Polizei gemachten Aussage dann nichts entgegen, wenn die aussagende Person im Anschluss an die polizeiliche(n) Befragung(en) ordnungsgemäss vom Bezirksanwalt oder Gericht einvernommen wird, insbesondere wenn sie ihre Aussagen gegenüber der Polizei vollumfänglich oder in den wesentlichen Zügen bestätigt (ZR 86 Nr. 87; RB 1981 Nr. 39; Kass.-Nr. 357/83, Entscheid v. 10.4.84 i.S. F., Erw. 7; Kass.-Nr. 99/058, Entscheid v. 8.1.2000 i.S. V., Erw. II/4; Kass.-Nr. 99/367, Entscheid v. 10.7.2000 i.S. S., Erw. II/1b; Kass.-Nr. 2000/322, Entscheid vom 10.12.01 i.S. H., Erw. II.7.3; Schmid, a.a.O., N. 649).

Ob bzw. inwieweit an dieser Praxis auch unter den am 1. Januar 2005 in Kraft gesetzten Bestimmungen der zürcherischen Strafprozessordnung festgehalten werden kann, kann im vorliegenden Verfahren offen gelassen werden. Jedenfalls lässt sich jedoch den §§ 14 und 15 der zürcherischen Strafprozessordnung nichts dahingehend entnehmen, dass die dort erwähnten Grundsätze nur in Bezug auf den Schuldpunkt, und nicht auch auf den Strafpunkt (einschliesslich Nebenstrafen) Anwendung finden würden. Es sind auch keine Gründe ersichtlich, den Geltungsbereich der erwähnten Bestimmungen durch eine restriktive Auslegung einzuschränken. Nicht nur der Schuldpunkt, sondern auch die Strafzumessung, die Anordnung von Massnahmen und die Ausfällung von Nebenstrafen können erhebliche Auswirkungen auf einen Angeklagten zur Folge haben. In diesen Bereichen ist deshalb für die Verwertbarkeit von Aussagen ebenfalls erforderlich, dass die in § 14 Abs. 1 StPO festgehaltenen Rechte des Angeschuldigten bzw. Angeklagten beachtet werden.

Nachdem die Vorinstanz einerseits die erstinstanzliche Erwägung, der Beschwerdeführer habe keine eigene Familie, sondern lediglich Verwandte in der Schweiz, als zutreffend erachtet und zudem auf die entsprechenden polizeilichen Befragungsprotokolle verweist, muss davon ausgegangen werden, dass sie die Aussagen von A. und B. berücksichtigte, obwohl diese weder vom Bezirksanwalt noch vom Gericht ordnungsgemäss und damit mit den für den Beschwerdeführer verbundenen Rechten einvernommen wurden. Die Kritik des Beschwerdeführers ist begründet.

5. Zusammengefasst ergibt sich, dass der vorinstanzliche Entscheid in Bezug auf die Ausfällung der Landesverweisung gegen den Beschwerdeführer mit einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO behaftet ist. Nach § 435 StPO bestimmt die Kassationsinstanz, welche Punkte des angefochtenen Urteils oder Beschlusses aufgehoben werden, wenn sich die Nichtigkeitsbeschwerde als begründet erweist. Im Ergebnis ist demnach das angefochtene Urteil nur in Bezug auf die ausgefällte Nebenstrafe gegen den Beschwerdeführer und die den Beschwerdeführer treffenden Kostenfolgen aufzuheben (Kass.-Nr. 98/262, Entscheid vom 15.03.99 i.S. K., Erw. III.1; vgl. auch ZR 95 Nr. 23).

Anzumerken bleibt, dass es Sache der Vorinstanz sein wird zu entscheiden, ob eine allfällige Verteidigung des Beschwerdeführers im obergerichtlichen Verfahren durch einen Vertreter des Anwaltsbüros ____ zulässig wäre. Wie bereits erwähnt, wurde die amtliche Verteidigerin des Beschwerdeführers, Rechtsanwältin ____, noch nicht entlassen.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Ferner ist dem Beschwerdeführer eine Entschädigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen (§ 396a StPO). Allfällige Aufwendungen der amtlichen Verteidigerin, Rechtsanwältin Dr. iur. ____, die im Zusammenhang mit dem Kassationsverfahren stehen, werden auf die Gerichtskasse genommen.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde werden aus dem Dispositiv des Urteils der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. September 2004 folgende Punkte aufgehoben und die Sache in diesem Umfang im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen:
   - Ziff. 5 b) (Landesverweisung des Beschwerdeführers für die Dauer von 10 Jahren,
   - Ziff. 6 b) (Anordnung des Vollzugs der Nebenstrafe für den Beschwerdeführer),
   - Ziff. 10 in bezug auf die dem Beschwerdeführer auferlegten Kosten,
   - Ziff. 12 in bezug auf die dem Beschwerdeführer auferlegten Kosten.

2. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten betragen:

Fr.	205.--	Schreibgebühren,
Fr.	209.--	Zustellgebühren und Porti.

3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich allfällige Aufwendungen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.

4. Dem Beschwerdeführer wird für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht ____ (II. Abteilung; Proz.-Nr. DG030010), das Migrationsamt des Kantons Zürich, das Amt für Justizvollzug (Bewährungs- und Vollzugsdienste) sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

_____

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: