



Kass.-Nr. AC050120/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 20. Juli 2006

in Sachen

D. S.,

...,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer
verteidigt durch Rechtsanwalt ...

gegen

1. **Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland**,

...

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin 1

2. **K. Tours**,

...,

Geschädigte und Beschwerdegegnerin 2

2 vertreten durch Rechtsanwältin ...

betreffend **Diebstahl**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. September 2005 (SB050224/U/eh)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Angeklagte arbeitete am Samstag, 10. August 2002, in der Abflughalle des Terminals A des Flughafens Zürich-Kloten als Gepäckwagen-Einsammler. Die Anklage wirft ihm vor, dabei zwischen ca. 19.40 und 19.50 Uhr wissentlich und willentlich ab einem Gepäckwagen den Rucksack der Geschädigten 1, einer Reiseleiterin, samt dem darin enthaltenen Bargeld der Geschädigten 2, einem Reiseunternehmen, in Höhe von EUR 20'000.-- weggenommen zu haben (Anklageschrift, BG/ER act. 24). Der Angeklagte bestreitet diesen Vorwurf.

Die Bezirksanwaltschaft Bülach, Zweigstelle Flughafen, erhob beim Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Bülach Anklage wegen Diebstahls. (Die Anklage datiert vom 21. Mai 2003, ging aber beim Einzelrichter erst am 24. Juni 2003 ein, BG/ER act. 24). Mit Verfügung vom 16. Juli 2003 überwies der Einzelrichter das Verfahren an das Bezirksgericht Bülach als Kollegialgericht, da er für den Fall eines Schuldspruchs dafür hielt, es sei eine sechs Monate übersteigende und damit nicht mehr in die Spruchkompetenz des Einzelrichters fallende Strafe angemessen (BG/ER act. 26 = BG act. 27). Am Vormittag des 25. Novembers 2003 erfolgte die Hauptverhandlung (BG Prot. S. 4 - 20) sowie am Nachmittag desselben Tages ein Augenschein auf dem Flughafen (BG Prot. S. 21 - 23). Mit Beschluss ebenfalls vom 25. November 2003 ordnete das Bezirksgericht bei der Flughafenbetreiberin Unique Airport die Einholung eines Berichts über Aufzeichnungen über die Benützung des Warenliftes in der Abflughalle Terminal A zur Zollhalle A für den fraglichen Zeitraum ein (BG act. 41). Mit Schreiben vom 4. März 2004 teilte der Sicherheitsdienst des Flughafens dem Bezirksgericht mit, dass aus technischen Gründen keine entsprechenden Aufzeichnungen vorlägen (BG act. 44).

Mit Urteil vom 1. Juni 2004 erkannte das Bezirksgericht den Angeklagten schuldig des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziffer 1 StGB und bestrafte ihn mit sechs Monaten Gefängnis unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs. Weiter verpflichtete das Bezirksgericht den Angeklagten, der Geschädigten 2 EUR 20'000.--

sowie eine Prozessentschädigung von Fr. 5'000.-- zu bezahlen (BG act. 46 = OG act. 50). Gegen dieses Urteil erhob der Angeklagte Berufung (BG act. 48).

Mit Urteil vom 18. Oktober 2004 bestätigte das Obergericht (I. Strafkammer) das erstinstanzliche Urteil vollumfänglich (OG act. 58 = KG act. 2). Das Kassationsgericht hiess mit Beschluss vom 31. Mai 2005 eine vom Angeklagten dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde gut, hob das genannte Urteil des Obergerichts auf und wie die Sache zur Neuurteilung an dieses zurück (OG act. 67).

Mit Urteil vom 28. September 2005 bestätigte das Obergericht erneut das erstinstanzliche Urteil in allen Punkten (OG act. 75 = KG act. 2). Dagegen richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde.

2. a) Der Angeklagte beantragt mit seiner rechtzeitig erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde vom 21. November 2005, es sei das obergerichtliche Urteil vom 28. September 2005 aufzuheben und die Sache zwecks Beweisergänzung und neuer Beurteilung an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1).

Die Geschädigte und das Obergericht verzichten auf eine Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde bzw. Vernehmlassung zu derselben (KG act. 9 und 10). Die Staatsanwaltschaft beantragt mit ihrer Beschwerdeantwort vom 2. Dezember 2005, es sei die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen (KG act. 11). Der Beschwerdeführer nahm mit Eingabe vom 24. Januar 2006 Stellung zur Beschwerdeantwort (KG act. 11). Hierzu nahm wiederum die Staatsanwaltschaft am 22. Februar 2006 Stellung (KG act. 21), worauf sich der Beschwerdeführer am 10. April 2006 erneut vernehmen liess (KG act. 31). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine weitere Stellungnahme (KG act. 35).

b) Der Angeklagte beantragt gleichzeitig mit der Einreichung seiner Nichtigkeitsbeschwerde, es sei sein erbetener Verteidiger zum amtlichen Verteidiger mit Wirkung ab 19. Oktober 2005 zu bestellen (KG act. 1 S. 1). Zur Begründung führt er an, sein Antrag stütze sich auf § 11 Abs. 2 Ziffer 5 StPO. Er hätte nicht selber eine Nichtigkeitsbeschwerde verfassen können. Die Arbeit seines heutigen Vertei-

digers habe am 19. Oktober 2005 mit der Übergabe des Falles durch die bisherige Verteidigerin begonnen (KG act. 1 S. 8).

Ist einer der in § 11 Abs. 2 StPO angeführten Gründe gegeben, so muss der Angeschuldigte bzw. Angeklagte durch einen Verteidiger verbeiständet sein. Eine solche notwendige Verteidigung kann sowohl durch einen erbetenen wie durch einen amtlichen Verteidiger erfolgen. Bestellt im Falle notwendiger Verteidigung ein Angeschuldigter bzw. Angeklagter nicht selber einen Verteidiger, so ist ihm ein amtlicher Verteidiger beizugeben (§ 12 Abs. 2 StPO). Ob der Angeklagte im vorliegenden Kassationsverfahren notwendigerweise verteidigt sein muss, kann offen bleiben. Der Angeklagte bevollmächtigte am 24. Oktober 2005 seinen heutigen Verteidiger, gegen das angefochtene Urteil Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht zu erheben (OG act. 82). Damit ist der Angeklagte erbeten verteidigt und es besteht jedenfalls kein Raum für eine amtliche Verteidigung. Das entsprechende Gesuch ist abzuweisen.

II.

1. Zwar fragte der Bezirksanwalt den Beschwerdeführer am 18. März 2003, ob er von ihm Fingerabdrücke im und am Rucksack finden werde, worauf dieser antwortete: "Man soll machen, was man kann. Ich habe nichts getan." (BG act. 4 S. 11). Eine Untersuchung des Rucksacks auf Fingerabdrücke unterblieb jedoch. Die frühere Verteidigerin des Beschwerdeführers monierte dies vor Bezirksgericht (BG act. 37 S. 7), im ersten Kassationsverfahren (KG AC050001 act. 1 S. 12 unten) und im zweiten Berufungsverfahren, wo sie beantragte, dies sei, wenn noch möglich, nachzuholen (OG act. 72 S. 13 Ziffer 2).

Das Obergericht bedauert im angefochtenen Urteil, dass ab dem Rucksack keine Fingerabdrücke genommen worden seien. Es verzichtet jedoch auf eine nachträgliche Durchführung einer Spurensicherung, da kaum noch verwertbare Fingerabdrücke entnommen werden könnten, nachdem die Tasche (der Rucksack) durch viele Hände gereicht worden sei. Selbst die Abwesenheit von Fingerab-

drücken des Beschwerdeführers oder das Auffinden von Fingerabdrücken von anderen Flughafenangestellten schliesse die (Mit-) Täterschaft des Beschwerdeführer nicht aus (KG act. 2 S. 23 oben).

2. Der Beschwerdeführer zitiert die Ausführungen von Wolfgang Zirk und Gottfried Indermaier (Kriminaltechnik und Spurenkunde, 1998, S. 187), zum Thema, wovon die Qualität einer daktyloskopischen Spur abhängt (biochemische Grundbedingungen des Spurenverursachers, Eigenschaften des Spurenrägers, Entstehungsbedingungen) und hält fest, in dieser Aufzählung werde nicht gesagt, die Qualität eines Fingerabdrucks hänge auch davon ab, wie oft und von wie vielen Menschen der zu untersuchende Gegenstand seit dem fraglichen Ereignis berührt worden sei. Die Autoren sagten nirgends, es sei kaum mehr möglich, einen Gegenstand zuverlässig auf Fingerabdrücke des Tatverdächtigen zu untersuchen, wenn seit der Tat viele Menschen den Gegenstand berührt hätten. Das Obergericht begründe seine diesbezügliche Meinung nicht. Indem es zu seiner Meinung gelange, ohne sich dabei auf Fachliteratur oder auf eine Auskunft eines kriminaltechnischen Sachverständigen zu stützen, verstosse es gegen § 109 StPO und genüge der Untersuchungsmaxime nicht, wonach der Sachverhalt so gut wie möglich zu ermitteln sei. Dies gelte noch vermehrt für den Zeitpunkt, als der Bezirksanwalt den Beschwerdeführer gefragt habe, ob auf dem Rucksack Fingerabdrücke des Beschwerdeführers gefunden werden könnten (KG act. 1 S. 2.f).

Das Obergericht hält an der gerügten Stelle nicht fest, es sei ausgeschlossen, dass auf dem Rucksack noch verwertbare Fingerabdrücke zu finden seien, sondern verwendet in diesem Zusammenhang das Wort "kaum". Die Argumentation des Obergerichts, dies sei der Fall, weil die Tasche inzwischen durch viele Hände gereicht worden sei, ist nicht abwegig. Jede Berührung der Tasche durch eine Drittperson nach dem fraglichen Vorfall ist grundsätzlich geeignet, einen bei der Tat angebrachten Fingerabdruck zu verwischen oder zu überdecken. Um solches anzunehmen bedarf es keiner besonderen Kenntnisse, welche nach dem Beizug eines Sachverständigen im Sinne von § 109 Abs. 1 StPO verlangen würde. Das Obergericht entschied über den Antrag der früheren Verteidigerin auf Untersuchung des Rucksacks nach Fingerabdrücken im Hinblick auf den Urteilszeitpunkt

(28. September 2005), also etwas mehr als drei Jahre nach der eingeklagten Handlung. Ob die Chance, verwertbare Spuren auf dem Rucksack sicherstellen zu können, im Zeitpunkt der bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme vom 18. März 2003 noch grösser gewesen wäre, ist für den Entscheid über eine nachträgliche Spurensicherung im Herbst 2005 nicht von Belang. Unter den gegebenen Umständen ist nicht zu beanstanden, dass das Obergericht von einer solchen nachträglichen Spurensicherung abgesehen hat. Die Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime ist in diesem Zusammenhang unbegründet.

Eine andere Frage ist, welche Konsequenzen aus dem Umstand, dass aus welchen Gründen auch immer keine Spurensicherung vorgenommen und folglich auch keine Fingerabdrücke des Beschwerdeführers gesichert wurden, zu ziehen seien.

3. Zur Feststellung des Obergerichts, selbst die Abwesenheit von Fingerabdrücken des Beschwerdeführers oder das Auffinden von Fingerabdrücken von anderen Flughafenangestellten schliesse die (Mit-) Täterschaft des Beschwerdeführer nicht aus, rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung einer gesetzlichen Prozessform, indem das Obergericht nicht begründe, warum sogar sofort nach der Aushändigung des Rucksacks an den Polizeibeamten Zimmermann festgestelltes Fehlen von Fingerabdrücken des Beschwerdeführers dessen Täterschaft nicht ausschliesse. Der Beschwerdeführer äussert sich in der Folge zur Frage, ob eine Geldentnahme auf Grund der Abläufe, wie sie von den Zeugen geschildert wurden, auch ohne Öffnen des Rucksacks möglich gewesen wäre, und ob der Rucksack auch ohne Hinterlassen von Fingerabdrücken hätte geöffnet werden können. Er verneint beide Fragen und hält fest, eine Bejahung wäre willkürlich. Folglich sei nicht erwiesen, dass die Abwesenheit von Fingerabdrücken des Beschwerdeführers bei anlässlich der Tatbestandsaufnahme durchgeführter Untersuchung die Täterschaft des Beschwerdeführers nicht ausschliesse. Die gegenteilige Feststellung des Obergerichts sei unvertretbar, also willkürlich (KG act. 1 S. 3 - 10).

Ein allfälliges Öffnen des Rucksacks musste nicht zwingend von blosser Hand erfolgt sein. Denkbar ist, dass der Täter Handschuhe trug oder dass er nachträglich die Hauptberührungsstellen abwischte. Selbst wenn der Täter den Rucksack

mit blossen Händen berührt und keine Massnahmen zur Spurenbeseitigung wie nachträgliches Abwischen der Spuren getroffen haben sollte, ist ein unbewusstes Verwischen von Fingerabdrücken nicht ausgeschlossen. Die gerügte Feststellung des Obergerichts ist demnach nachvollziehbar und bedarf keiner weiteren Begründung. Die diesbezüglichen Rügen sind unbegründet.

4. Das Obergericht bezeichnet S.F. als die einzige unmittelbare Tatzeugin und gibt Aussagen derselben wieder. So habe der Beschwerdeführer mit einer Hand das Wägeli vor sich geschoben und mit der anderen Hand den Reissverschluss geöffnet. Er habe mit Daumen und Zeigefinger der rechten Hand in der Tasche gesucht, danach seine Hand herausgezogen. Die beiden Finger habe er benutzt, "um sein Blickfeld in die Tasche zu spreizen" (KG act. 2 S. 15 f.).

Das Obergericht beurteile, so der Beschwerdeführer, S.F.'s Aussagen als glaubhaft (KG act. 2 S. 18 f.). Ihre Aussagen hätten entscheidend dazu beigetragen, dass das Obergericht die dem Beschwerdeführer vorgeworfene Tat als erwiesen erachte. Wäre nun der Rucksack für die Aufnahme verwertbarer Fingerabdrücke geeignet (was, wie in der Beschwerdeschrift dargetan, anzunehmen sei), und hätte der Rucksack keinen einzigen Fingerabdruck des Beschwerdeführers getragen, so müsste an der Berührung des Rucksacks durch den Beschwerdeführer trotz der Schilderung von S.F. so stark gezweifelt werden, dass die Berührung und damit auch die Herausnahme von Geld nicht als an Sicherheit grenzend wahrscheinlich erachtet werden könnte. Mit Recht sage das Obergericht nichts darüber, ob auf dem Rucksack Fingerabdrücke des Beschwerdeführers gefunden worden wären oder noch gefunden werden könnten. Denn beides sei völlig ungewiss. Unzulässig wäre es, zu argumentieren, da der Beschwerdeführer den Rucksack laut den glaubhaften Aussagen von S.F. berührt habe, sei anzunehmen, der Rucksack trage Fingerabdrücke des Beschwerdeführers; daher erübrige sich eine Untersuchung auf Abdrücke. Denn Zeugenaussagen seien fehleranfällig. Es sei daher nicht ausgeschlossen, dass eine Untersuchung auf Fingerabdrücke ergeben hätte oder ergäbe, der Beschwerdeführer könne den Rucksack nicht berührt haben. Ein solches Ergebnis vermöchte die Aussage von S.F. mindestens aufzuwiegen. Es wäre ohne weiteres möglich gewesen, den Rucksack sogleich auf

Fingerabdrücke untersuchen zu lassen. Da nicht ausgeschlossen werden könne, dass das Ergebnis einer Untersuchung des Rucksacks auf Fingerabdrücke mindestens einen unüberwindlichen Zweifel an der Täterschaft des Beschwerdeführers begründet hätte, habe die Unterlassung einer solchen Untersuchung gegen das Gebot verstossen, dass entlastenden Tatsachen gleich sorgfältig wie belastenden nachzuforschen sei, und damit gegen das Recht auf ein faires Verfahren (KG act. 1 S. 6 f.).

Das Obergericht stellt nicht fest, eine Untersuchung des Rucksacks auf Fingerabdrücke erübrige sich deshalb, weil S.F. beobachtet habe, wie der Beschwerdeführer den Rucksack berührt habe, woraus sich bereits ergebe, dass der Rucksack Fingerabdrücke aufweise. Die Anmerkung des Beschwerdeführers, eine solche Annahme wäre unzulässig, zielt somit daneben. Das Obergericht äussert sich auch nicht darüber, ob auf dem Rucksack Fingerabdrücke des Beschwerdeführers gefunden worden wären oder noch gefunden werden könnten und geht somit in seiner Beweiswürdigung auch nicht von einer solchen Annahme aus. Wie bereits ausgeführt, muss eine Berührung des Rucksacks durch den Täter nicht zwingend zu verwertbaren Fingerabdrücken auf demselben führen. Deshalb führt das Fehlen von verwertbaren Fingerabdrücken, wovon zu Gunsten des Beschwerdeführers auszugehen ist, nicht ohne weiteres zu unüberwindlichen Zweifeln an dessen Täterschaft. Mit der weiteren Beweiswürdigung des Obergerichts setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Er weist in diesem Zusammenhang keinen Nichtigkeitsgrund nach.

III.

Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen. Damit hat der Beschwerdeführer die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen (§ 396a StPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist der Geschädigten keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung des bisherigen erbetteten Verteidigers zum amtlichen Verteidiger wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 336.-- Schreibgebühren,
Fr. 551.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Bülach (II. Abteilung) und das Migrationsamt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: