

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AC030107 vom 12. Januar 2004

Zh Kassationsgericht, 2004-01-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AC030107](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AC030107)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AC030107 du 12 janvier 2004

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AC030107 del 12 gennaio 2004

## Erwägungen

### E. 1

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, 8001 Zürich, Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin vertreten durch Staatsanwältin Dr. Ursula Frauenfelder Nohl

### E. 2

Gegen den obergerichtlichen Entscheid hat der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet (OG act. 57 bzw. KG act. 4) und begründet (KG act. 1). Er beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 9) sowie die Staatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin 1) auf Beschwerdeantwort (KG act. 10). Die Beschwerdegegnerin 2 reichte fristgemäss (vgl. act. 7; act. 8/3) eine Beschwerdeantwort ein, mit welcher sie im Wesentlichen die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragt (KG act. 11).

### E. 3

a) Der Beschwerdeführer macht weiter eine Verletzung der Dokumentationspflicht geltend. Er begründet dies damit, dass im Anschluss an die polizeiliche Befragung der Geschädigten offenbar eine Fotokonfrontation stattgefunden habe, über deren detaillierten Ablauf aber nichts bekannt sei, da ein Fotodokumentati-

- 9 - onsbogen in den Akten fehle. Es sei nicht ersichtlich, wieviele Personenbilder auf diesem Bogen vorhanden gewesen seien. Ebenso sei nicht bekannt, ob es sich dabei um dunkelhäutige Personen gehandelt habe und ob lediglich eine der wiedergegebenen Personen schiele. Bei der Fotodokumentation handle es sich um ein prozessual relevantes Belegstück. Nur daraus sei ersichtlich, wie die Zeugin auf den Beschwerdeführer gekommen sei. Würde sich herausstellen, dass der Zeugin neben dem Foto des Beschwerdeführers zehn andere weisshäutige Personen vorgezeigt worden seien, so müssten an der Täterschaft des Beschwerdeführers unüberwindbare Zweifel entstehen. Gleiches wäre anzunehmen, wenn der Zeugin lediglich eine einzige schielende Person gezeigt worden wäre. Einmal auf eine bestimmte Person fixiert, dürfte es schwer fallen, von einem einmal eingeschlagenen Weg abzuweichen (KG act. 1 S. 6 f.). b) Der Grundsatz der Dokumentationspflicht besagt, dass alle prozessual relevanten Vorgänge von der handelnden Behörde in geeigneter Form festgehalten und die entsprechenden Aufzeichnungen in die Strafakten integriert werden müssen (Schmid, Strafprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1997, N. 205; Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Aufl., Basel u.a. 2002, § 55 Rz 14). Die Aktenführungspflicht der Behörde ist das Gegenstück zum Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht der Partei, welche ihrerseits als Grundlage des Äusserungs- und Antragsrechts elementare Bestandteile des rechtlichen Gehörs sind. Im Strafprozess darf es zu einer Verurteilung nur aufgrund der Akten kommen, die dem

Angeklagten bekannt sind (Hauser/Schweri, a.a.O., § 55 Rz 12; Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 1994, S. 137 ff.). Wird zur Täteridentifikation eine Gegenüberstellung in der Form einer sogenannten Fotokonfrontation durchgeführt, ist dem Zeugen eine Auswahl von Vergleichsfotografien zu unterbreiten, wobei die Vergleichspersonen auf diesen Fotos der vorangegangenen Täterbeschreibung zu entsprechen haben. Dieser Vorgang ist zu protokollieren, und die Auswahl der dem Zeugen unterbreiteten Vergleichsfotos ist dem Dossier beizulegen (Stefan Blättler, Zur Problematik der Täteridentifikation im Rahmen einer Konfrontation aus der Sicht der polizeilichen Praxis, in: AJP 11/2000, S. 1374).

- 10 - c) Aus der Formulierung des vorinstanzlichen Entscheides geht hervor, dass der Einwand des Beschwerdeführers, die Details der Fotokonfrontation seien nicht dokumentiert, zutrifft. Nicht ganz klar ist, was die Vorinstanz mit ihrem Hinweis auf Actorum 3 Seite 4 der erstinstanzlichen Akten zum Ausdruck bringen will, da eine Seite 4 des entsprechenden Aktenstückes in den dem Kassationsgericht vorliegenden Akten nicht existiert (vgl. ER act. 3). Nachdem die Erstinstanz betreffend Täteridentifikation auf Actorum 3 Seite 3 verwies (ER act. 43 S. 4), ist davon auszugehen, dass es sich im vorinstanzlichen Entscheid um ein Versehen handelt und eine Seite 4 der polizeilichen Befragung der Geschädigten und damit eine Dokumentation der Fotokonfrontation in den Akten tatsächlich fehlt. Damit liegt eine Verletzung der Aktenführungspflicht vor. Zu prüfen bleibt, ob dies zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führt. d) Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer könne daraus, dass den Akten nichts Näheres über die Identifizierung des Beschwerdeführers anhand einer Foto zu entnehmen sei, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Es sei nämlich nicht um die Identifikation eines völlig unbekanntes Täters gegangen, sondern die Geschädigte habe vorgängig ausgesagt, den Beschwerdeführer vom Sehen her zu kennen und habe ein zutreffendes Signalement angegeben, wovon sich das Gericht anlässlich der Berufungsverhandlung überzeugen können. Keineswegs merkwürdig sei, dass die Geschädigte den Namen des Beschwerdeführers nicht habe nennen können, obwohl er ihr an ihrem Hochzeitsfest gratuliert habe, handle es sich beim Beschwerdeführer doch um einen Bekannten des Ehemannes der Geschädigten. Es sei deshalb durchaus denkbar, dass bei dieser Begegnung der Name nicht ausdrücklich genannt worden sei. Schliesslich sei nicht einzusehen, weshalb sie den Namen bei der Anzeige nicht genannt hätte, wenn sie diesen gekannt hätte. Gegen ein nachträgliches Konstrukt der Geschädigten hinsichtlich der Täterschaft sprächen sodann die Aussagen des Zeugen Z, welche - wie bereits dargelegt - bestätigten, dass die Geschädigte den Beschwerdeführer von Beginn weg belastet habe (KG act. 2 S. 8 f.). Ansonsten äusserte sich das Obergericht nicht zur Frage der Täteridentifikation.

- 11 - e) Der Vorinstanz ist darin zuzustimmen, dass der Fotokonfrontation im vorliegenden Fall, in dem die Geschädigte den Täter kannte, jedoch seinen Namen nicht nennen konnte, nicht dieselbe Bedeutung zukommt wie in denjenigen Fällen, bei denen es sich beim Täter um eine gänzliche unbekannte Person handelt. Vorliegend ging es nicht um die Feststellung des Täters als Person, sondern (nur) um die Eruierung des Namens des der Geschädigten bereits bekannten Täters. Bei dieser Sachlage kommt der Fotokonfrontation nicht dieselbe entscheidende Bedeutung zu wie in Fällen, in denen einzig die Konfrontation Grundlage der Identifikation des Täters bildet. Nachdem die Vorinstanz feststellte, dass die Geschädigte ein zutreffendes Signalement angegeben habe und nicht nur die Zeugin D (ER act. 11 S. 2), sondern auch die Geschädigte (ER act. 10 S. 4) den Beschwerdeführer

anlässlich ihrer bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme als Täter erkannten, rechtfertigt sich eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides aufgrund der festgestellten Verletzung der Dokumentationspflicht nicht. Ein Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor.

#### **E. 4**

a) Schliesslich rügt der Beschwerdeführer, der angefochtene Entscheid verletze den Grundsatz "in dubio pro reo", weshalb er mit einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Ziff. 4 StPO behaftet sei (KG act. 7 - 13). b) 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). Die Verneinung eines den Freispruch bedingenden Zweifels wird als Kassationsgrund angesehen, wenn diese bei ernsthafter Abwägung des "Für" und "Wider" schlechthin unverständlich ist (Schmid, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 21 zu § 430 StPO). Es ist zu berücksichtigen, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann; daher muss genügen, dass das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist (BGE 124 IV 88 E. 2a mit Hinweisen; ZR 72 Nr. 80, 69 Nr. 50; von Rechenberg, Die Nichtigkeits-

- 12 - beschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 34). Weiter geht auch die Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 4 Abs. 1 aBV bzw. Art. 32 Abs. 1 BV nicht, denn diese Bestimmungen schliessen einen Schuldspruch nur dann aus, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und unüberwindliche Zweifel am Tat- oder Schuldbeweis zurückbleiben (BGE 120 Ia 35 ff. mit Hinweisen). Der in diesem Zusammenhang regelmässig angerufene Grundsatz "in dubio pro reo" weist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und in Übereinstimmung mit dem Schrifttum zwei Aspekte auf: zum einen bezieht er sich auf die strafprozessuale Beweislast, zum anderen wirkt er sich bei der Feststellung des Sachverhaltes und der Würdigung der Beweise aus (BGE 120 Ia 31 ff., 127 I 38 E. 2a; vgl. Corboz, In dubio pro reo, ZBJV 1993, S. 403 ff. mit weiteren Hinweisen). Als Beweiswürdigungsregel erschöpft sich der Grundsatz im Verbot der willkürlichen Beweiswürdigung (vgl. auch Schultz, ZBJV 1995, S. 852), während er als Beweislastregel besagt, dass es Sache des Staates ist, die Schuld des Angeklagten nachzuweisen. Da der Grundsatz unter beiden in Frage kommenden Aspekten verfassungsrechtlichen Rang hat, kann seine Verletzung vor Bundesgericht allein mit staatsrechtlicher Beschwerde (und nicht mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde) geltend gemacht werden (vgl. schon BGE 102 Ia 203, 101 Ia 67 ff.; zum Ganzen M. Forster, ZStrR 1997, S. 61 ff.), womit in beiden Fällen auf kantonaler Ebene die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist. Hinsichtlich der Kognition des Kassationsgerichtes ist von Bedeutung, dass die Beachtung der Beweislastregel vom Bundesgericht im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde frei geprüft wird (BGE 120 Ia 38, 127 I 38 E. 2a), womit ihr insoweit eine über das Willkürverbot hinausgehende Tragweite zukommt; dem Kassationsgericht kommt daher als vorgeschalteter Instanz sinnvollerweise ebenfalls freie Kognition zu, soweit die Verletzung der Beweislastregel gerügt wird. Bei der Frage, ob die Beweiswürdigungsregel von der Vorinstanz verletzt worden ist, kommt hingegen dem Kassationsgericht – wie bereits ausgeführt – nur eine auf Willkür begrenzte Überprüfungsbefugnis zu (RB 1990 Nr. 5; vgl. auch BGE 127 I 38 E. 2c

und 3a).

- 13 - c) Der Beschwerdeführer wendet zunächst ein, die Vorinstanz gehe zu Unrecht von einem übereinstimmenden Kerngehalt der Aussagen der Geschädigten Y sowie denjenigen der Zeugin D aus. Währenddem die Zeugin D von höchstens zwei, drei Schlägen gesprochen habe, wolle die Geschädigte mit 20 bis 30 Schlägen gegen den Kopf eingedeckt worden sein. Eine solche Diskrepanz sei nicht geeignet, um von einer übereinstimmenden Aussage im Kerngehalt auszugehen. Die Vorinstanz versuche zwar, diese Diskrepanz damit abzutun, dass nicht sämtliche Schläge den Kopf der Geschädigten getroffen hätten. Unter diesen Umständen sei jedoch erstaunlich, dass die Geschädigte keinerlei Verletzungen am Arm, an den Händen oder an den Schultern aufgewiesen habe. Entweder erweise sich die Anzahl der von der Geschädigten geschilderten Schläge als völlig überrissen oder aber es seien lediglich Schläge mit einer Petflasche verabreicht worden. Zumindest hätten weitere medizinische Abklärungen oder nähere Abklärungen darüber, ob anlässlich jenes Anlasses in der \_\_\_\_halle überhaupt Glasflaschen verkauft worden seien bzw. ob sich die Personen beim Eintritt in die \_\_\_\_halle einer gründlichen Leibesvisitation hätten unterziehen müssen, gemacht werden müssen. Diesbezüglich hätte - wie vom Beschwerdeführer beantragt worden sei - eine gewisse E untersuchungsrichterlich befragt werden müssen (KG act. 1 S. 8 f.). Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, es hätten zusätzliche Abklärungen vorgenommen werden müssen, ist nicht ganz klar, ob er damit überhaupt einen selbstständigen Nichtigkeitsgrund geltend machen will. Wollte man davon ausgehen, erweise sich der Einwand - in Bezug auf die Frage der Art der Flasche - als zu wenig substantiiert, als dass darauf eingetreten werden könnte, da sich der Beschwerdeführer mit den entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz (KG act. 2 S. 13) nicht auseinandersetzt. Wenn der Beschwerdeführer geltend machen wollte, die Aussagen der Geschädigten seien nicht glaubhaft, weil sie nur die Verletzung am Kopf genannt habe, so erweise sich dieser Einwand als unzutreffend. Die Geschädigte hatte nämlich zum einen ausgesagt, sie habe auch blaue Flecken am Oberkörper erlitten (ER act. 10 S. 3), zum zweiten führen die ärztlichen Zeugnisse vom 7. September 2001 bzw. 5. Oktober 2001 (auch) eine Prellung/ein Hämatom am linken Ellbogen und ein Hämatom/eine Schürfung an der

- 14 - Nase bzw. Nasenwurzel auf (ER act. 13/1; 13/4). Diese Verletzungen haben zwar keinen Eingang in die Anklage gefunden, weshalb sie, wie die Vorinstanz erwog, auch nicht zu dem zu erstellenden Sachverhalt gehören. Es kann aber auch nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe die Glaubwürdigkeit der Geschädigten aufgrund der geschilderten Verletzungen willkürlich beurteilt. In Bezug auf die von der Geschädigten und der Zeugin unterschiedlich dargestellte Anzahl der Schläge lässt der Beschwerdeführer bei seiner Argumentation die konkrete Aussage der Zeugin ausser Acht. Diese hatte nämlich ausgeführt, sie habe gesehen, dass der Beschwerdeführer die Geschädigte gepackt und angefangen habe, mit einer Flasche auf ihren Kopf zu schlagen. Sie habe sich einschalten wollen und habe dann aber selbst einen Schlag gegen ihren Kopf erhalten, so dass sie einen Moment weg gewesen und zu Boden gefallen sei (ER act. 11 S. 2). Was sie gesehen habe, seien es höchstens zwei, drei Schläge gewesen. Sie habe dann hinzutreten wollen, aber selber einen Schlag erhalten (ER act. 11 S. 3). Wenn die Zeugin aber nur den Beginn der eingeklagten Handlung gesehen hat, ist es nicht unhaltbar, wenn die Vorinstanz trotz der unterschiedlich angegebenen Anzahl Schläge erwog, die Geschädigte und die Zeugin hätten den fraglichen Angriff des Beschwerdeführers mit einer Flasche übereinstimmend

ge- schildert (KG act. 2 S. 7). d) Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, wenn man die Schilderungen der Geschehnisse unmittelbar vor den eigentlichen Schlägen der Geschädigten mit denjenigen der Zeugin vergleiche, stelle man fest, dass diese erheblich von ein- ander abweichen würden. Derartige Abweichungen im Tatablauf würden sich nur in Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" eignen, den Beschwerdeführer eines strafbaren Verhaltens zu überführen. Hernach führt der Beschwerdeführer verschiedene, seiner Ansicht nach bestehende Ungereimtheiten auf (KG act. 1 S. 9 f.). Die Vorinstanz hat begründet, weshalb sie in den Schilderungen der Ge- schädigten und der Zeugin keine relevante Diskrepanz erblickt (KG act. 2 S. 6 f.). Der Beschwerdeführer setzt sich mit diesen Erwägungen nicht auseinander. Die Beschwerde beschränkt sich vielmehr darauf, die eigene Beweiswürdigung des

- 15 - Beschwerdeführers derjenigen des Obergerichts gegenüberzustellen. Dies genügt aber den Anforderungen an die Begründung eines Nichtigkeitsgrundes nicht. Auf die Beschwerde kann deshalb in diesem Punkt nicht eingetreten werden. Eben- falls nicht eingetreten werden kann auf die in der Beschwerde aufgeführten weite- ren Ungereimtheiten, da diese als appellatorische Kritik zu qualifizieren sind. e) Nicht einzutreten ist auch auf die Ausführungen in der Beschwerde auf den Seiten 10 und 11, Litera bb). Die Vorinstanz hat sich zu diesen Einwänden des Beschwerdeführers geäußert (KG act. 2 S. 8 ff.). Sie hat begründet, weshalb die negativen Äusserungen der Geschädigten über den Beschwerdeführer nicht auf die Unglaubhaftigkeit der belastenden Aussagen schliessen liessen (KG act. 2 S. 9). Ebenso hat sich das Obergericht mit dem bereits im Berufungsverfahren erhobenen Einwand, die Zeugin und die Geschädigte hätten ihre Aussagen mit- einander abgesprochen, befasst (KG act. 2 S. 8). Auch mit diesen Überlegungen setzt sich die Beschwerde nicht auseinander. f) Unter Litera cc) weist der Beschwerdeführer auf die Aussagen seiner Ehefrau und des Zeugen Z hin. Er führt weiter aus, die Geschädigte habe unmit- telbar nach der Tat einen Mann namens "O" gesucht, bei dem es sich offenbar um den effektiven Täter handeln müsse. Der von der Vorinstanz diesbezüglich konstruierte Zusammenhang mit der Schwiegermutter des Beschwerdeführers, welche M heisse, scheine reichlich gewagt. Ohnehin wäre der entsprechende Hinweis, der vom Geschädigtenvertreter stamme, nicht verwertbar. Hinzu komme, dass gemäss Aussage des Zeugen Z ein angeblicher "P" den Beschwerdeführer gesehen habe, wie er vor dem angeklagten Vorfall die Örtlichkeiten verlassen ha- be. Dieser "P" hätte als Zeuge befragt werden müssen, was jedoch trotz gegen- teiligen Antrags unterlassen worden sei (KG act. 11 f.). Der Beschwerdeführer legt in der Beschwerdeschrift nicht dar, inwiefern die vorinstanzliche Würdigung der Aussagen seiner Ehefrau und des Zeugen Z als unhaltbar einzuschätzen wären. Ebensowenig setzt sich die Beschwerde mit den Erwägungen der Vor- bzw. Erstinstanz auseinander, weshalb auf die Einvernah- me von "P" verzichtet werden könne (KG act. 2 S. 7; ER act. 43 S. 12). Auch die-

- 16 - se Vorbringen des Beschwerdeführers erweisen sich als zu unsubstanziert, als dass darauf eingetreten werden könnte. g) Schliesslich begründet der Beschwerdeführer (noch einmal), weshalb es zu seinem (widerrufenen) Zugeständnis anlässlich seiner Einvernahme vom 3. Dezember 2001 (ER act. 12) gekommen sei. Von einem Geständnis aus freien Stücken könne keine Rede sein. Auch wenn der Druck kein Ausmass im Sinne von § 154 StPO angenommen habe, welcher zu einer Unverwertbarkeit der Aus- sage führen würde, so habe sich der Beschwerdeführer dennoch einem unaus- weichlichen Druck ausgesetzt gesehen (KG act. 12 f.). Die Vorinstanz hat sich zur Würdigung der Aussagen des

Beschwerdeführers, insbesondere zum widerrufenen Geständnis, geäußert (KG act. 2 S. 10 ff., insbes. S. 12). Auch mit diesen Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. h) Es ergibt sich damit, dass sich die Vorwürfe des Beschwerdeführers der Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" bzw. der willkürlichen Beweiswürdigung als unbegründet erweisen, soweit auf die Rügen überhaupt eingetreten werden kann.

#### **E. 5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde in einem Punkt begründet ist, weshalb sie gutzuheissen und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. II I. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens (inklusive die- jenigen der amtlichen Verteidigung) der Beschwerdegegnerin 2, welche sich mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifizierte und Abweisung der Beschwerde beantragte (KG act. 11), aufzuerlegen (§ 396a StPO).

- 17 - Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.