



Kass.-Nr. AC040106/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 31. März 2005

in Sachen

Mustafa X.,

...,

Angeklagter, Appellant, und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...

gegen

1. **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich.**
Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin 1
vertreten durch den Oberstaatsanwalt lic. iur. Martin Bürgisser
2. **Hans Z.**,
...,
Geschädigter und Beschwerdegegner 2

betreffend

Geiselnahme etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Ober-gerichts des Kantons Zürich vom 09. Juli 2004 (SB030482/U/eh)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer wurde im Zusammenhang mit der Besetzung des griechischen Generalkonsulats in Zürich im Februar 1999 mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29. Januar 2002 der Geiselnahme im Sinne von Art. 185 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, der Freiheitsberaubung im Sinne von Art. 183 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sowie des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB schuldig gesprochen; in einzelnen Teilen der Anklage (insbes. betreffend mehrfache Sachbeschädigung und Nötigung) wurde er freigesprochen. Der Beschwerdeführer wurde mit 14 Monaten Gefängnis bestraft, wobei der Vollzug der Strafe unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren bedingt aufgeschoben wurde. Auf Berufung hin bestätigte das Obergericht mit Urteil vom 2. September 2002 das erstinstanzliche Urteil in allen Teilen.

Das Kassationsgericht hob auf Nichtigkeitsbeschwerde des Beschwerdeführers hin das obergerichtliche Urteil mit Beschluss vom 10. September 2003 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurück. Mit Urteil vom 9. Juli 2004 (KG act. 2) sprach das Obergericht den Beschwerdeführer wiederum der Geiselnahme, der Freiheitsberaubung und des Hausfriedensbruchs schuldig und bestrafte ihn mit einem Jahr Gefängnis, unter bedingter Aufschiebung des Vollzugs.

2. Gegen das neue Urteil des Obergerichts richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer wiederum beantragt, dieses sei aufzuheben (KG act. 1 S. 2). Vorinstanz und Staatsanwaltschaft haben auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 9 und 10). Seitens des Beschwerdegegners 2 ist keine Beschwerdeantwort eingegangen.

3. Zusammen mit dem Beschwerdeführer war auch Hasan Y. schuldig gesprochen und bestraft worden; er hatte sich am ersten Beschwerdeverfahren be-

teiligt, worauf das Obergericht auch gegen ihn neu zu entscheiden hatte. Am vorliegenden Beschwerdeverfahren hat er sich nicht mehr beteiligt.

II.

1. Der Beschwerdeführer hatte vor den Vorinstanzen den Beizug der schriftlichen Protokolle der Verhandlungsrunde vom 17. Februar 1999 zwischen der Polizei und einzelnen Besetzern verlangt. Diesem Antrag hatte das Obergericht seinerzeit nicht stattgegeben, sondern stattdessen auf den nachträglich durch den Polizeipsychologen und Leiter der Verhandlungsgruppe, M., erstellten Amtsbericht abgestellt; überdies war M. als Zeuge befragt worden. Dieses Vorgehen hatte der Beschwerdeführer mit seiner ersten Nichtigkeitsbeschwerde beanstandet. Das Kassationsgericht gelangte zum Schluss, dass die Voraussetzungen für eine Vorenthaltung der ursprünglichen Protokolle nicht gegeben seien, da deren Beweistauglichkeit nicht von vornherein ausgeschlossen werden könne. Insoweit liege eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. auf Akteneinsicht vor, was den Nichtigkeitsgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO erfülle. Dementsprechend hob das Kassationsgericht das damalige Berufungsurteil auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Das Obergericht werde zunächst bei der Polizei das Protokoll des fraglichen Gesprächs anzufordern und dann gestützt darauf eine neue Beweiswürdigung vorzunehmen haben; sollte - so das Kassationsgericht - der Beizug jedoch aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen scheitern, wäre dieser Umstand nach den allgemeinen Grundsätzen betreffend Unerreichbarkeit eines Beweismittels zu würdigen (Beschluss vom 10. September 2003 [OG act. 123], S. 6 ff., 11).

Mit der vorliegenden Beschwerde macht der Beschwerdeführer im wesentlichen wiederum geltend, dass seinem Antrag auf Beizug weiterer Akten von der Vorinstanz nicht bzw. ungenügend Rechnung getragen worden sei, worin eine Gehörsverweigerung im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO liege (Beschwerde S. 2, lit. A/4).

2. Das Berufungsverfahren verlief nach Rückweisung durch das Kassationsgericht wie folgt:

Auf Anfrage des Obergerichts hin teilte zunächst M., Chef des Präventionsdienstes der Stadtpolizei Zürich, am 12. November 2003 mit, er habe entsprechende Unterlagen/Protokolle gefunden und gesichtet; da in den Unterlagen jedoch auch strategische Polizeientscheide festgehalten seien, werde er diese dem zuständigen Stabsleiter Z. weiterleiten (Prot. OG S. 2). Mit Schreiben vom 1. Dezember 2003 teilte Oberstlt Z., Stabschef der Stadtpolizei Zürich, dem Obergericht mit, bei der damaligen Besetzung seien von der Stadtpolizei zwei Protokolle geführt worden; das eine betreffe alle Tätigkeiten der Einsatzleitung, das andere diejenigen der Verhandlungsgruppe. Ein Studium beider Protokolle habe ergeben, dass diese nicht zur Verfügung gestellt werden können, weil sie polizeitaktische Details wie etwa die Einsatzstrategie der Verhandlungsgruppe, vorbehaltene Entschlüsse für Polizeieinsätze, Hinweise von Personen usw. enthalte. Dieses "Knowhow", das sich die Polizei für solche Geiselnahmen erarbeitet habe, müsse im Hinblick auf künftige Fälle absolut vertraulich bleiben; eine Herausgabe sei daher beim besten Willen nicht möglich (OG act. 124).

In der Folge setzte das Obergericht den Parteien Frist an, um zum Schreiben der Stadtpolizei Stellung zu nehmen; der Verteidiger des Beschwerdeführers nahm mit Eingabe vom 5. Januar 2004 (OG act. 130) dazu Stellung und bestritt die Haltung der Stadtpolizei, wonach die Protokolle der Verhandlungsgruppe polizeitaktische Details enthielten; es gebe somit keinen Grund, die protokollierten Aussagen geheim zu halten und das Gericht habe diejenigen Akten vollständig, allenfalls unter Abdeckung einzelner Stellen, beizuziehen, welche die Verhandlungsprotokolle enthielten. Falls der Beizug nicht möglich sei, müssten die vom Beschwerdeführer behaupteten Tatsachen als wahr unterstellt werden.

Mit Schreiben vom 7. Januar 2004 ersuchte die Präsidentin der I. Strafkammer die Stadtpolizei Zürich, ihren Entscheid in Wiedererwägung zu ziehen; ferner wurde auf die Möglichkeit hingewiesen, dass das Obergericht gewisse Passagen der Protokolle abdecken könnte, um einem allfälligen punktuellen Geheimhaltungsinteresse der Polizei Rechnung zu tragen (OG act. 132). Darauf übermittelte

die Stadtpolizei Zürich dem Obergericht ein an verschiedenen Stellen abgedecktes Journal der Verhandlungsgruppe (OG act. 135); in einem Begleitschreiben hielt Lt Q., Chef Rechtsdienst der Stadtpolizei Zürich, dazu fest, es seien sämtliche polizeitaktischen Hinweise und Angaben, die nichts mit den Vorgängen im Konsulat zu tun hatten, abgedeckt worden. Mit dieser Herausgabe des teilweise abgedeckten Journals (das andere Journal sei rein polizeiintern und enthalte keine zusätzlichen Angaben betreffend die Konsulatsbesetzung) sei der kassationsgerichtlichen Rückweisung Genüge getan, so dass das Verfahren "endlich seinen Abschluss finden" könne (OG act. 134; zum Ganzen angefochtenes Urteil S. 14 ff.).

Das Obergericht führte im Einverständnis mit den Parteien das Berufungsverfahren schriftlich fort; der Beschwerdeführer liess sich durch seinen Verteidiger mit Eingabe vom 5. Juni 2004 vernehmen (OG act. 143), wobei er den Standpunkt einnahm, die Einreichung des teilweise abgedeckten Journals trage der Anordnung des Kassationsgerichts nach wie vor nur ungenügend Rechnung. Am 9. Juli 2004 erging das angefochtene Urteil.

3. Das Obergericht geht im angefochtenen Urteil (S. 33 ff.) davon aus, es gebe im wesentlichen zwei Polizei-Journale, nämlich dasjenige über die Tätigkeit der Einsatzleitung und dasjenige der Verhandlungsgruppe. Das Journal der Einsatzleitung könne, da es polizeitaktische Erkenntnisse enthalte, nicht herausverlangt werden (vgl. Urteil S. 44). Das Obergericht erwähnt in diesem Zusammenhang auch das Hauptjournal, ohne indessen näher darauf einzugehen. In terminologischer Hinsicht stellt das Obergericht einleitend klar, dass es sich bei all diesen Journalen nicht um eigentliche Protokolle (im Sinne von §§ 141 ff. GVG) handle, sondern vielmehr um die chronologische Auflistung von Ereignissen, Anordnungen und Tätigkeiten (Urteil S. 34 oben).

In diesem Zusammenhang beanstandet der Beschwerdeführer zunächst (Ziff. 1b der Beschwerde, S. 3 ff.) sowohl die vorinstanzliche Auffassung, wonach das Hauptjournal für den vorliegenden Fall nicht relevant sein könne (nachfolgend lit. a), wie auch die Annahme, das edierte Journal (der Verhandlungsgruppe) sei

identisch mit den vorhandenen Aufzeichnungen bzw. Protokollen über die Verhandlungsrunden (nachfolgend lit. b).

a) Zur Begründung der ersten Rüge weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass es auf Seite 1 des edierten Journals der Verhandlungsgruppe heisse: "Genaue Angaben können aus dem Hauptjournal entnommen werden." Sollte dabei - wie die Vorinstanz annehme - lediglich der Beginn der Besetzung vermerkt worden sein, erscheine der Verweis auf "genaue Angaben" als sinnlos. In Beachtung der Dokumentationspflicht hätte die Vorinstanz demnach auch das Hauptjournal beiziehen oder zumindest dieses einsehen müssen.

Beim Hauptjournal handelt es sich, wie die Vorinstanz ausführt und der Beschwerdeführer nicht bestreitet, um ein bei der Einsatzzentrale geführtes Journal, worin täglich in chronologischer Reihenfolge Buch über polizeirelevante Ereignisse geführt wird. Es liegt auf der Hand, dass der Beginn der Besetzung des griechischen Generalkonsulates Eingang in das Hauptjournal fand. Ebenso liegt nahe, dass weitere Einzelheiten der anschliessenden Besetzung bzw. der damit in Zusammenhang stehenden polizeilichen Aktivitäten, insbesondere aber der hier interessierende Inhalt der Verhandlungsrunden zwischen der Polizei und den Besetzern, nicht im Hauptjournal Eingang gefunden haben; dies vor allem deshalb, weil insoweit zwei besondere Journale geführt wurden. Der im Journal der Verhandlungsgruppe vorhandene Hinweis auf das Hauptjournal vermag daran nichts zu ändern.

b) Nach Auffassung des Beschwerdeführers überzeugt nicht, dass neben dem edierten Journal (der Verhandlungsgruppe) und dem Journal der Einsatzleitung keine weiteren Protokolle bzw. Dokumentationen vorhanden sein sollen. Nach den Definitionen der Vorinstanz zu den Begriffen Protokoll und Journal erscheine es als unwahrscheinlich, dass die Aufzeichnungen über die Verhandlungsrunden nicht in einem gesonderten Dokument erfolgten; das (nachträgliche) Einfügen der Aufzeichnungen über die Ereignisse in ein streng chronologisch geführtes Standard-Journal der Polizei erscheine zumindest als lebensfremd.

Der Beschwerdeführer beschränkt sich in diesem Zusammenhang auf Mutmassungen, die als solche nicht geeignet sind, einen Nichtigkeitsgrund zu belegen. Das Obergericht geht davon aus, die Gespräche der drei Verhandlungsrunden seien gar nicht im technischen Sinn protokolliert worden, sondern die Inhalte dieser Gespräche seien von der Verhandlungsleitung mündlich weitergegeben und (vermutlich) schriftlich zusammengefasst worden; nichts spreche dagegen, dass diese schriftlichen Zusammenfassungen im "Journal der Verhandlungsgruppe" zu finden, die (möglichen) Einträge aber auf dem der Kammer eingereichten Exemplar abgedeckt und damit nicht lesbar seien. Jedenfalls gebe es gestützt auf die Briefe der Stadtpolizei Zürich vom 1. Dezember 2003 und 31. März 2004 keine Hinweise, dass - nebst dem erwähnten Eintrag im Hauptjournal - zusätzliche Protokolle oder Aufzeichnungen über die Besetzung geführt worden seien (Urteil S. 43 unten).

Diese Betrachtungsweise erscheint als zumindest vertretbar. Letztlich kann aber die Frage, ob weitere (protokollarische) Aufzeichnungen über den Inhalt der Verhandlungsrunden existieren oder nicht, einstweilen offen gelassen werden, weil der Inhalt dieser Verhandlungsrunden ohnehin dem Gericht nicht offen gelegt wurde und das Obergericht denn auch ausdrücklich von faktischer Unerreichbarkeit der entsprechenden Unterlagen ausgeht (Urteil S. 44). Daran würde sich auch dann nichts ändern, wenn es ein (zusätzliches) Protokoll gäbe; es kann nach dem Gesagten keinem Zweifel unterliegen, dass die Stadtpolizei nicht gewillt ist, entsprechende (weitere) Unterlagen herauszugeben. Folglich kann sich allein die Frage stellen, ob das Obergericht bei diesem Stand des Verfahrens von Unerreichbarkeit weiterer Unterlagen ausgehen durfte (nachfolgend Ziff. 4), und wenn ja, ob es die zutreffenden Folgerungen aus der festgestellten Unerreichbarkeit gezogen hat (nachfolgend Ziff. 5).

4. Der Beschwerdeführer macht geltend (Beschwerde S. 4 ff.), es stelle eine Verletzung der Dokumentationspflicht sowie des Fairnessgrundsatzes dar, wenn das Obergericht sich zu seinen Lasten auf eine mittelbare Beweisführung beschränke, indem es auf die Beiziehung weiterer Beweise verzichte. Die Bemühungen des Gerichtes zur Beschaffung solcher Beweismittel reichten angesichts der

Bedeutung der Sache und des Wertes der Beweismittel nicht aus, zumal schon das vorgelegte Journal die Glaubwürdigkeit des Zeugen M. erschüttere und die Aussagen des Beschwerdeführers bestätige. Im weiteren beruft sich der Beschwerdeführer auf das Verbot von Geheimakten bzw. den Grundsatz der vollständigen Akteneinsicht.

Vorliegend geht es darum, ob das Gericht sämtliche entscheidungserheblichen Polizeiakten beigezogen bzw. sich hinreichend um deren Herausgabe bemüht hat. Das Problem liegt darin, dass die Verfügungsgewalt über diese Akten nicht bei den Untersuchungsbehörden bzw. Gerichten, sondern bei einer anderen davon unabhängigen Instanz (Stadtpolizei Zürich) liegt, welche - ungeachtet ihrer Stellung als Hilfsorgan der Anklage- und Untersuchungsbehörden im Rahmen der Strafuntersuchung (§ 75 aGVG [auf den 1.1.2005 aufgehoben]) - hinsichtlich der Edition von eigenen Akten nicht der Weisungsgewalt der Strafverfolgungsbehörden unterstellt ist (vgl. HAUSER/SCHWERI, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Auflage, Basel u.a. 2002, § 55 Rz 15; PIRMIN FREI, Mitwirkungsrechte im Strafprozess, Bern 2001, S. 86). Ebenso wenig können - als Folge der Gewaltentrennung, was der Beschwerdeführer zu verkennen scheint (vgl. Beschwerde S. 6) - die Gerichte einer Verwaltungsbehörde die Vorlegung von Akten befehlen, sondern die um Edition ersuchte Verwaltung entscheidet selbst darüber, ob das Interesse an der Geheimhaltung ihrer Akten dasjenige an der Wahrheitsermittlung durch die Gerichte überwiege (ZR 91/92 Nr. 10 Erw. II/1b, m.H.; HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 38 zu § 172 GVG). Insofern handelt es sich um eine ZR 91/92 Nr. 10 analoge Konstellation. Damals ging es um die gerichtlichen Obliegenheiten im Zusammenhang mit einer polizeilich angeordneten *Zeugensperre* (V-Mann), wobei das Kassationsgericht ausführte, von Unerreichbarkeit des gesperrten Zeugen dürfe erst ausgegangen werden, wenn das Gericht von den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, eine Überprüfung des Sperrentscheides durch die oberste Dienstbehörde zu veranlassen, Gebrauch gemacht habe (ZR 91/92 Nr. 10 Erw. II/1). Dabei stützte sich das Kassationsgericht allerdings noch auf das - mittlerweile aufgehobene (vgl. Art. VI des Gesetzes betr. Änderung des VRG v. 8. Juni 1997; OS 54, S. 268 ff., 281) - Konfliktgesetz aus dem Jahre 1831, wo ein spezifisches

Verfahren für die Bereinigung von Konflikten zwischen Organen der Rechtspflege einerseits und der kantonalen Verwaltung andererseits vorgesehen war. Ein solches förmliches Prozedere steht heute und insbesondere im vorliegenden Fall, wo es um die Frage der Edition von Unterlagen einer *kommunalen* Behörde geht, nicht (mehr) zur Verfügung. Auf Grund der vorliegenden Korrespondenz mit den zuständigen Chefbeamten der Stadtpolizei Zürich durfte es sodann als praktisch aussichtslos betrachtet werden, an eine übergeordnete Stelle (Stadtrat) zu gelangen, um zu versuchen, auf diesem Weg eine weiter gehende Aktenedition zu erreichen. Insofern durfte das Obergericht von der Unerreichbarkeit weiterer Beweismittel ausgehen. Damit bleibt es auch ohne Bedeutung, ob (nebst den vorliegenden, abgedeckten Teilen des Journals der Verhandlungsgruppe) zusätzliche einschlägige Unterlagen (Aufzeichnungen) vorhanden sind oder nicht (Erw. 3b vorstehend).

5. Zu den Folgen der festgestellten Unerreichbarkeit ergibt sich folgendes:

a) Das Obergericht hat geprüft (Urteil S. 44 ff.), ob nach Ausscheiden des unmittelbaren Beweismittels aus tatsächlichen Gründen der eingeklagte Sachverhalt aufgrund anderer Beweismittel rechtsgenügend erstellt werden könne. Massgebendes Kriterium sei nach bundesgerichtlicher und kassationsgerichtlicher Rechtsprechung letztlich, ob das (allenfalls belastende) "unerreichbare Beweismittel" nicht den einzigen und ausschlaggebenden Beweis darstelle. Nachdem es im einzelnen abhandelt, was dies (d.h. die im Hinblick auf die Verwertung von Zeugenaussagen entwickelte Praxis) umgesetzt auf das vorliegende Beweismittel bedeutet, tritt das Obergericht der Auffassung des Beschwerdeführers entgegen, wonach dann, wenn die "Verhandlungsprotokolle" nicht vorlägen, im Sinne einer "Wahrunterstellung" bzw. im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung zwingend davon auszugehen sei, dass das, was der Beschwerdeführer aussage, richtig sei (Urteil S. 46).

Gestützt auf die Würdigung aller vorliegenden Beweise (Urteil S. 47 ff.) gelangt das Obergericht zum Schluss, der eingeklagte Sachverhalt sei - mit drei einzeln genannten Ausnahmen, welche zu Freisprüchen führten - rechtsgenügend erstellt (Urteil S. 89, Ziff. IV/7).

b) Der Beschwerdeführer macht geltend (Beschwerde S. 8 f.), dieses Vorgehen wäre nur dann zulässig gewesen, wenn - im Sinne antizipierter Beweiswürdigung - davon auszugehen wäre, dass das beantragte Beweismittel am Ergebnis nichts zu ändern vermöchte, was nicht leichthin angenommen werden dürfe. Im vorliegenden Fall wäre nach dem Verzicht (bzw. der Unmöglichkeit) auf Beizug der vollständigen polizeilichen Dokumente die antizipierte Beweiswürdigung nur insofern zulässig gewesen, als die Vorinstanz dabei die Vorbringen des Beschwerdeführers (wonach er nämlich - entgegen den Aussagen des Zeugen M. - keinen Einfluss auf die Besetzung genommen und auch keine Geiselnahme befürwortet habe), als wahr unterstellt hätte, was die Vorinstanz jedoch ausdrücklich abgelehnt habe.

Die Ausführungen der Vorinstanz zu den Grundsätzen über die Unerreichbarkeit eines Beweismittels bzw. deren Konsequenzen überzeugten - so der Beschwerdeführer - nicht. Das Obergericht stelle hier auf die Praxis zur Verwertbarkeit von Aussagen von Belastungszeugen ab, welche der Angeklagte nicht selbst befragen konnte. Dabei solle es genügen, dass der Angeklagte zu den Sachverhaltsdarstellungen Stellung nehmen konnte. Dies sei jedoch hier nicht der Fall gewesen; da der Inhalt der in Frage stehenden Dokumente bis heute unbekannt sei, habe der Beschwerdeführer auch nicht Stellung nehmen können. Die Konstruktion des Obergerichts führe im übrigen bei konsequenter Durchführung dazu, dass es bei der Vernehmung einer Vielzahl von Zeugen genügen würde, die Rechte des Angeschuldigten nur beim ersten Zeugen zu beachten, während in der Folge darauf verwiesen werden könnte, dass bereits ein Beweismittel zugelassen worden sei und die Rechte des Angeklagten insoweit gewahrt worden seien. Zusammenfassend beruft sich der Beschwerdeführer auf eine Verletzung der Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. b EMRK sowie §§ 167 Abs. 1 GVG.

c) Wie bereits erwähnt, hatte das Kassationsgericht in seinem Beschluss vom 10. September 2003 das Obergericht angewiesen, im Falle, dass der Beizug der Protokolle aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen scheitere, diesen Umstand "nach den allgemeinen Grundsätzen betreffend Unerreichbarkeit eines Beweismittels" zu würdigen (OG act. 123 S. 11, Ziff. II/5b). Darauf bezieht sich denn

das Obergericht auch ausdrücklich (Urteil S. 46 f.). Damit ist zu prüfen, ob das Obergericht - was der Beschwerdeführer bestreitet - den Gehalt dieser Grundsätze erkannt bzw. zutreffend angewandt hat.

aa) Das Obergericht stützt sich für sein Vorgehen auf die im Hinblick auf Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK (Anspruch des Angeschuldigten auf kontradiktorische Beweisabnahme) entwickelte Rechtsprechung zur Frage der Verwertbarkeit von Aussagen von *Belastungszeugen*, bei deren Befragung die durch Verfassung und Konvention garantierten Verteidigungsrechte des Angeschuldigten nicht ausgeübt werden konnten. Diese Rechtsprechung hat aber, was das Obergericht übersieht, eine andere als die hier aktuelle Thematik im Blickfeld.

Vorliegend geht es um Unerreichbarkeit eines Beweismittels in dem Sinn, dass ein vom Angeschuldigten zu seiner *Entlastung* angerufenes Beweismittel aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unerreichbar ist, d.h. *überhaupt nicht erhoben werden kann*, womit es für die Beweiswürdigung von vornherein ausser Betracht fällt. In diesem Sinn ist z.B. Unerreichbarkeit eines Zeugen gegeben, wenn dieser nicht auffindbar ist und folglich überhaupt keine Aussage von ihm vorliegt. Demgegenüber geht es bei der von der Vorinstanz herangezogenen Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK nicht um diese Art der Unerreichbarkeit, sondern darum, welches die prozessualen Konsequenzen der Tatsache sind, dass ein *zunächst erreichbarer und befragter Belastungszeuge* (bzw. eine Auskunftsperson) entweder nicht willens ist, die gemachten Aussagen später in Anwesenheit des Angeschuldigten und der Verteidigung zu erneuern und Ergänzungsfragen zu beantworten und so die Ausübung der Verteidigungsrechte zu ermöglichen, oder um diejenige Konstellation, wo die Wahrnehmung dieser Verteidigungsrechte daran scheitert, dass der - bereits einmal befragte - Zeuge später nicht mehr auffindbar bzw. erreichbar ist und deshalb eine Gegenüberstellung mit dem Angeschuldigten nicht stattfinden kann. Dabei geht es immer um die Frage der Verwertbarkeit einer zwar *vorhandenen*, aber (noch) nicht prozessrechtskonform erhobenen *belastenden* Aussage. Vorliegend stellt sich demgegenüber die Frage, wie es sich verhält, wenn sich der Angeschuldigte zu seiner *Entlastung* auf einen Beweis beruft und dieser Beweis in dem Sinn unerreichbar ist, dass er

aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen überhaupt nicht erhoben werden kann. Es geht also nicht um die Frage der Verwertbarkeit eines bereits vorhandenen Beweismittels, sondern um den Anspruch des Angeschuldigten auf Führung des Entlastungsbeweises bzw. um die Folgen der Unmöglichkeit dieser Beweisführung zufolge Unerreichbarkeit des Beweismittels. Insoweit ist die erwähnte Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK bzw. sind die dort genannten Kriterien hier nicht relevant.

bb) Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Richter nicht dazu verpflichtet, sämtlichen Beweisanträgen des Angeschuldigten stattzugeben; er muss nur solche Beweisbegehren zulassen, die nach seiner Würdigung rechts- und entscheidungserheblich sind. Insbesondere kann der Richter danach das Beweisverfahren schliessen, wenn die gestellten Beweisanträge eine nicht erhebliche Tatsache betreffen oder offensichtlich untauglich sind, oder wenn er, ohne dabei in Willkür zu verfallen, in antizipierter (vorweggenommener) Beweiswürdigung annehmen darf, die verlangten zusätzlichen Beweisvorkehren würden am Beweisergebnis voraussichtlich nichts mehr ändern (BGE 125 I 127 E. 6c/cc, 124 I 208 E. 4a, 121 I 306 E. 1b, je m.H.; DONATSCH, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 2000, N 7 ff. zu § 149 StPO; HAUSER/SCHWERI, Strafprozessrecht, a.a.O., § 55 Rz 7 ff.). Im vorliegenden Fall wurde von keiner Seite geltend gemacht, das in Frage stehende Beweismittel sei unzulässig oder untauglich.

Ist ein vom Angeschuldigten zu seiner Entlastung angerufenes, zulässiges und grundsätzlich beweistaugliches Beweismittel nicht erreichbar, so ist vorab zu prüfen, ob nach den Grundsätzen der (insoweit zulässigen) antizipierten Beweiswürdigung auf die Abnahme des Beweises verzichtet werden dürfte, mit anderen Worten, ob es ohnehin - also auch im Falle seiner Erreichbarkeit - der Abnahme dieses Beweises gar nicht bedürfte; in diesem Fall wäre die Unerreichbarkeit des Beweismittels für den Ausgang des Verfahrens ohne Bedeutung. Erweist sich eine solche antizipierte Beweiswürdigung jedoch als unzulässig, weil das Beweismittel als grundsätzlich geeignet erscheint, das bestehende Beweisergebnis in Frage zu stellen, ist weiter zu prüfen, wer die Unerreichbarkeit des Beweises zu

vertreten hat. Hat dabei *der Staat selbst* die Unerreichbarkeit des Beweismittels zu vertreten, wie dies namentlich im Falle der Sperrung sei es von Zeugen, sei es von Urkunden, der Fall ist, so stellt es einen Verstoss gegen den Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) und den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) dar, die Gegenseite, d.h. den Angeschuldigten die Auswirkungen einer solchen behördlichen Beweissperrung entgelten zu lassen. Der Staat darf mit anderen Worten zwar dem Interesse an der Geheimhaltung bestimmter Vorgänge den Vorrang geben und Beweise sperren, grundsätzlich aber nicht auf Kosten des Rechts auf (materielle) Verteidigung eines Angeschuldigten (vgl. schon ZR 85 Nr. 55 S. 140; zustimmend ERNST R. GNÄGI, *Der V-Mann-Einsatz im Betäubungsmittelbereich*, Bern/Stuttgart 1992, S. 158 f., je m.w.H.). In Analogie zum *Beweisnotstand* zufolge Untätigkeit bzw. Verschleppung seitens der Strafverfolgungsbehörden und im Lichte des Anspruchs auf ein faires Verfahren kann daher die *staatlicherseits zu verantwortende Unerreichbarkeit eines Entlastungsbeweises* nur dadurch sachgerecht kompensiert werden, dass zugunsten des Angeschuldigten insofern eine *Wahrunterstellung* bzw. *Beweishypothese* vorgenommen wird, als zugunsten des Angeschuldigten davon ausgegangen wird, die Abnahme des Beweises hätte die Bestätigung der Entlastungsbehauptung gezeitigt (RB 1995 Nr. 110 und seitherige Rechtsprechung; SCHMID, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 7 zu § 31 StPO; ähnlich für den Zivilprozess FRANK/STRÄULI/MESSMER, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3. Auflage, Zürich 1997, N 9 zu § 183 ZPO m.H.a. GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 336).

d) Umgesetzt auf den vorliegenden Fall ergibt sich im Lichte des Gesagten folgendes:

aa) Der Beschwerdeführer hat geltend gemacht, aus den Gesprächsprotokollen würde sich ergeben, dass er lediglich Überbringer der Nachrichten der Geiselnnehmer gewesen sei und dass er weder als Besetzer noch als Geiselnnehmer tätig gewesen sei bzw. Einfluss auf den Ablauf der Ereignisse genommen habe (OG act. 130 S. 3 mit Hinweis auf frühere entsprechende Vorbringen).

Konkret kann es in diesem Zusammenhang allein um die Frage gehen, welche Rolle der Beschwerdeführer anlässlich des *dritten* Gesprächs (vom 17. Februar 1999, ca. 16.00 bis 16.45 Uhr) mit der polizeilichen Verhandlungsgruppe - dem einzigen, an welchem er persönlich teilnahm (vgl. BG act. 16 S. 4) - spielte, bzw. was sich diesem Protokoll hätte entnehmen lassen.

bb) Das Obergericht verweist in diesem Zusammenhang zunächst auf Einträge im Journal der Verhandlungsgruppe vom 16. Februar 1999, wonach der Beschwerdeführer anlässlich eines Telefonates zum Ausdruck gebracht habe, dass er die Geiseln freilassen möchte, "die Führer hingegen nicht". Den Geiseln werde aber nichts geschehen, sofern die Polizei keine Aktion starte. Die "Organisation Europa bzw. Leitung" werde sagen, wann die Besetzung beendet werde. Er - der Beschwerdeführer - könne bezüglich Beendigung der Besetzung nichts sagen; man müsse abwarten (Urteil S. 77 f.). Anlässlich zweier weiterer Telefonate habe sich der Beschwerdeführer im gleichen Sinne geäußert, nämlich, er sei für die weiteren Entscheide nicht verantwortlich und diese hingen von Führung der koordinierten Aktionen ab (Urteil S. 78). Ausdrücklich hält das Obergericht dazu fest (Urteil S. 83 f.), man könne dem Beschwerdeführer jedenfalls keine Äusserung nachweisen, wonach der Polizeibeamte Sch. als Garantie oder Schutzschild gegen mögliche Polizeiaktionen zurückgehalten werden solle (weshalb insoweit denn auch ein Freispruch erging).

Insbesondere aufgrund der Darstellungen der Zeugen Sch. und M. geht das Obergericht sodann davon aus, dass beide Angeklagten nicht die grossen Drahtzieher und Organisatoren der Besetzungsaktion gewesen seien; vielmehr müsse von einer europa-, wenn nicht gar weltweiten Aktion gesprochen werden, wobei die Angeklagten jeweils - ohne eigene Entscheidungsbefugnis zu haben - weitere Anweisungen von aussen abwarten mussten. Dies ändere nichts daran, dass den beiden Angeklagten in Zürich eine - im Vergleich mit den übrigen Aktionsmitgliedern - wichtige Funktion und Stellung zugekommen sei und sie im übrigen sehr genau gewusst hätten, was im und um das Konsulatsgebäude geschah (Urteil S. 84/85).

Schliesslich gelangt das Obergericht gestützt auf die Aussagen des Zeugen M. zum Schluss, dass es bei den von den beiden Angeklagten gestellten Forderungen nicht um eigene Forderungen gegangen sei, sondern klar um solche, die sie als Vertreter der Besetzer stellten (Urteil S. 88, Ziff. 6.5 am Ende).

cc) Aus dem Gesagten folgt, dass sich - zumindest in den wesentlichen Zügen - die Annahmen des Obergerichts zum Sachverhalt mit den hier interessierenden Behauptungen des Beschwerdeführers zu seiner Rolle anlässlich der Besetzung decken. Insbesondere hat das Obergericht klar zum Ausdruck gebracht, dass der Beschwerdeführer - zusammen mit dem Angeklagten Y. - als Überbringer von Nachrichten und Forderungen und somit als Sprachrohr der Leitung der international koordinierten Aktionen auftrat und dass er insoweit praktisch keine eigenen Entscheidbefugnisse hatte.

Somit hat das Obergericht im Ergebnis faktisch eine Wahrunterstellung vorgenommen, indem es das, was durch die (nicht erreichbaren) Polizeiprotokolle hätte bewiesen werden sollen, dem hier angefochtenen Urteil zugrundegelegt hat. Damit erweist sich die Beschwerde auch in diesem Punkt im Resultat als unbegründet.

III.

Zusammenfassend ist die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet abzuweisen. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer damit für das Kassationsverfahren kostenpflichtig.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 357.-- Schreibgebühren,
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Zürich, 9. Abteilung und die Bundesanwaltschaft, 3003 Bern, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: