



Kass.-Nr. AC050094/U/mb

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

Zirkulationsbeschluss vom 26. Dezember 2005

in Sachen

X.,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Y.

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

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

betreffend

mehrfache Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Ober-
gerichts des Kantons Zürich vom 6. April 2005 (SB040319/U/hp)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Anklageschrift vom 17. Dezember 1999 warf die Bezirksanwaltschaft Bülach X. (Beschwerdeführer) zusammengefasst vor, er habe in der Zeit vom 4. Februar 1999 bis 12. Februar 1999 zwei Transporte von 2'418,4 Gramm bzw. 3'805,3 Gramm Kokaingemisch in die Schweiz organisiert (BG HD act. 21).

2. Die II. Strafkammer des Obergerichtes sprach den Beschwerdeführer im Berufungsverfahren mit Urteil vom 16. August 2001 der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 und teilweise Abs. 4 und 6 i.V.m. Ziff. 2 lit. a BetmG schuldig und bestrafte ihn mit 7 Jahren Zuchthaus, abzüglich 916 Tagen erstandener Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigem Strafvollzug. In einem ersten Beschluss vom gleichen Tag nahm sie vom Berufungsrückzug der Staatsanwaltschaft Vormerk; zudem entschied sie in einem zweiten Beschluss über die sichergestellten bzw. beschlagnahmten Gelder und Gegenstände (OG Proz.-Nr. SB000498 act. 76). Die gegen das obergerichtliche Urteil vom Beschwerdeführer bzw. seinem amtlichen Verteidiger erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wurde mit Beschluss des Kassationsgerichtes vom 4. September 2002 gutgeheissen, der Berufungsentscheid aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückgewiesen (Kass.-Nr. 2001/359S, act. 29).

3. Nachdem in Nachachtung des kassationsgerichtlichen Entscheides eine Beweisergänzung durchgeführt worden war, wurde der Beschwerdeführer mit Urteil der II. Strafkammer des Obergerichtes vom 14. Oktober 2003 erneut der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 und teilweise Abs. 4 und 6 i.V.m. Ziff. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen, wobei die Strafe auf 6 ½ Jahre Zuchthaus (abzüglich erstandener Haft und vorzeitigem Strafvollzug) reduziert wurde. Zudem wurden die beiden vorgenannten Beschlüsse bestätigt (OG Proz.-Nr. SB020452 act. 114). Auch gegen dieses Urteil (sowie gegen Teile des zweitgenannten Beschlusses) liess der Beschwerdeführer kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erheben. Mit Beschluss des Kassationsgerichtes vom 27. Mai 2004 wurde die Nichtigkeitsbeschwerde gutgeheissen, das Urteil sowie der Beschluss betreffend Einziehungen aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückgewiesen (Kass.-Nr. 2001/359S, act. 11).

4.1 Nach durchgeführter Beweisergänzung fällte die II. Strafkammer am 6. April 2005 den neuen Berufungsentscheid. Im Urteil wurde der frühere Schuldspruch bestätigt und die Strafe neu auf sechs Jahre Zuchthaus festgesetzt (unter Anrechnung von erstandener Haft und vorzeitigem Strafvollzug). Zudem bestätigte die Vorinstanz die beiden vorgenannten Beschlüsse (OG Proz.-Nr. SB040319 [nachfolgend „OG“], act. 133B bzw. KG Proz.-Nr. AC050094 [nachfolgend „KG“], act. 2).

4.2 Gegen diesen Entscheid meldete der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (OG act. 138). Sowohl der Beschwerdeführer persönlich (KG act. 1) wie auch sein amtlicher Verteidiger (KG act. 9) reichten fristgerecht eine Beschwerdebegründung ein. Beide beantragen die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils vom 6. April 2005 (KG act. 1 S. 2 und act. 9 S. 2).

4.3 Eine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wurde nicht erhoben (OG act. 144).

II.

1. Der Beschwerdeführer persönlich rügt unter anderem, die Vorinstanz habe die Untersuchungsmaxime verletzt (und ihm in diesem Kontext auch das rechtliche Gehör verweigert), indem sie sein Tatmotiv nicht abgeklärt bzw. ihn nicht ausdrücklich danach befragt habe. Anschliessend führt er aus, er habe seinen Verteidiger über das Tatmotiv informiert, doch habe dieser dazu im Rahmen seines Plädoyers vor Obergericht nichts ausgeführt. Unmittelbar danach wiederholt er die bereits genannte Rüge, die Vorinstanz habe die Untersuchungsmaxime verletzt (KG act. 1 S. 2 ab Mitte). Da aus diesen Vorbringen nicht hinreichend klar hervorging, ob der Beschwerdeführer auch eine ungenügende anwaltliche Verteidigung geltend machen will, wurde ihm Frist zu einer entsprechenden Stellungnahme angesetzt (KG act. 10). Innert Frist erklärte der Beschwerdeführer schriftlich, er mache bezüglich der Thematik des Tatmotives auch eine ungenügende anwaltliche Verteidigung geltend (KG act. 12).

2. Nach Eingang dieses Schreibens wurde mit Verfügung vom 5. September 2005 (KG act. 13) Vorinstanz und Oberstaatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin) Gelegenheit erteilt, zu den beiden Beschwerden (KG act. 1 und act. 9) Stellung zu nehmen; in der Verfügung wurde zudem festgehalten, es werde in einem späteren Zeitpunkt darüber entschieden, ob dem Beschwerdeführer angesichts der Rüge der ungenügenden Verteidigung für das Kassationsverfahren ein neuer Verteidiger zu bestellen sei.

3. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin haben auf Vernehmlassung zu den Beschwerden verzichtet (KG act. 15/16).

4. Wird im Kassationsverfahren eine ungenügende anwaltliche Verteidigung vor Vorinstanz geltend gemacht, besteht grundsätzlich ein Interessenkonflikt zwischen Beschwerdeführer und Verteidiger, weshalb jenem in der Regel (bei Privatverteidigung ein zusätzlicher, bei Officialverteidigung ein neuer) amtlicher Verteidiger zu bestellen ist (vgl. z.B. RB 2002 Nr. 114 und AC050036, Zwischenbeschluss vom 23. September 2005 i.S. B. Erw. 4.2). Im vorliegenden Fall besteht indessen aus den nachfolgend genannten Gründen eine spezielle Konstellation, welche Weiterungen im soeben erwähnten Sinne nicht angezeigt erscheinen lässt:

Rechtsanwalt Y. hat den Beschwerdeführer bereits im erstinstanzlichen Verfahren und danach in den Rechtsmittelverfahren verteidigt. Auf Grund der früheren zwei vom Verteidiger verfassten kantonalen Beschwerdebegründungen wurden die damit angefochtenen Berufungsentscheide aufgehoben. Der Beschwerdeführer persönlich hat zuvor nie eine ungenügende anwaltliche Verteidigung geltend gemacht. Hinsichtlich des nach der zweiten Rückweisung der Sache erfolgten fortgesetzten Berufungsverfahrens rügt er einzig in einem –allerdings nicht unbedeutenden – Punkt eine unzureichende anwaltliche Verteidigung. Im vorliegenden Kassationsverfahren hat Rechtsanwalt Y. – wie erwähnt - ebenfalls eine Beschwerdebegründung eingereicht und darin die auch vom Beschwerdeführer persönlich erhobene Rüge, die Vorinstanz habe zu Unrecht festgehalten, der Beschwerdeführer habe während des Laufes einer Probezeit delinquent, vorgebracht (vgl. KG act. 1 S. 3 und KG act. 9 S. 3-5). Eine ungenügende anwaltliche

Verteidigung im vorliegenden Kassationsverfahren macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Er führt auch nicht aus, das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und seinem Verteidiger sei beeinträchtigt oder gar zerstört.

Wesentlich ist ferner, dass sich – wie nachstehend auszuführen sein wird – die soeben genannte Rüge als begründet erweist und demzufolge der angefochtene Berufungsentscheid aufzuheben sein und die Sache zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen wird. Im Rahmen des (erneut) fortzusetzenden Berufungsverfahrens ist es dem Beschwerdeführer unbenommen, (mündlich oder schriftlich) Ausführungen zu seinem Tatmotiv zu machen. Vor diesem Hintergrund wirkt sich eine allfällige ungenügende Verteidigung im geltend gemachten Punkt nicht aus.

Aus diesen Gründen ist von der Ersetzung von Rechtsanwalt Y. durch einen neuen Officialverteidiger abzusehen.

III.

1.1 Die Vorinstanz erwog im Rahmen der Strafzumessung unter anderem, der Beschwerdeführer habe während laufender Probezeit delinquent (KG act. 2 Ziff. IV/5, S. 15). Dem Entscheid – insbesondere dem der Erwägung unmittelbar folgenden Satz - ist zu entnehmen, dass die Vorinstanz den von ihr angeführten Umstand (erheblich) strafehöhend berücksichtigte. Wie erwähnt, rügen Beschwerdeführer persönlich und Verteidiger, die genannte Erwägung sei unzutreffend bzw. willkürlich. Im Hinblick auf § 104a GVG ist festzuhalten, dass sich die beanstandete Feststellung in den beiden früheren (jeweils durch das Kassationsgericht aufgehobenen) Berufungsentscheiden (und auch im erstinstanzlichen Entscheid, auf welchen die Vorinstanz gestützt auf § 161 GVG verwies) nicht findet; somit steht einem Eintreten auf die Rüge nichts entgegen.

1.2 Beschwerdeführer und Verteidigung bringen zur Begründung der Rüge zusammengefasst vor, die Vorinstanz erwähne nicht, während welcher Probezeit der Beschwerdeführer delinquent haben soll. Aus den Akten ergebe sich nichts, was die vorinstanzliche Annahme stütze. Dem Beschwerdeführer sei ein-

zig im Zusammenhang mit der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug bezüglich der obergerichtlichen Verurteilung vom 15. Dezember 1997 eine Probezeit angesetzt worden; dies sei jedoch erst mittels Verfügung des (damaligen) Amtes für Straf- und Massnahmenvollzug des Kantons Zürich vom 11. Mai 1999 und somit erst nach der Begehung der ihm im vorliegenden Verfahren vorgeworfenen Taten (Februar 1999) geschehen (KG act. 1 S. 3 und KG act. 9 S. 3/4).

1.3 Der Beschwerdeführer weist zwei Vorstrafen auf (vgl. OG act. 124). Die I. Strafkammer des Obergerichtes hat den Beschwerdeführer (nach einer Gutheissung einer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde und Rückweisung der Sache im fortgesetzten Berufungsverfahren) mit Urteil vom 15. Dezember 1997 wegen diverser Delikte schuldig gesprochen und mit zweieinhalb Jahren Zuchthaus (abzüglich erstandener Haft) bestraft; zudem wurde eine Landesverweisung ausgesprochen, deren Vollzug nicht aufgeschoben wurde. In diesem Urteil, welches nach am 13. Februar 1999 erfolgter Abweisung einer dagegen erhobenen kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (KG Proz.-Nr. 98/166, act. 12) Rechtskraft bzw. Vollstreckbarkeit erlangte, wurde somit keine Probezeit angesetzt. Die zweite Vorstrafe datiert vom 31. Januar 2003; im entsprechenden Urteil der II. Strafkammer des Obergerichtes wurde zwar bezüglich der darin ausgefallten Busse eine Probezeit angesetzt, doch fielen die dem Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren zur Last gelegten Taten vom Februar 1999 klarerweise nicht in diese Probezeit.

Bezüglich des früheren Strafverfahrens, welches mit genanntem obergerichtlichem Urteil vom 15. Dezember 1997 seinen Abschluss fand, ist zu erwähnen, dass im damaligen ersten Kassationsverfahren ein Gesuch des Beschwerdeführers um Entlassung aus der Sicherheitshaft mit Präsidialverfügung vom 24. Mai 1996 gutgeheissen (KG Proz.-Nr. 95/154, act. 21) und die Entlassung noch am gleichen Tag vorgenommen wurde (KG Proz.-Nr. 95/154, act. 23). Nachdem der vorgenannte Beschluss des Kassationsgerichtes vom 13. Februar 1999 dem (damaligen) Amt für Straf- und Massnahmenvollzug mitgeteilt worden war, prüfte diese Behörde in der Verfügung vom 11. Mai 1999 (KG act. 3), ob dem Beschwerdeführer hinsichtlich der vom Obergericht mit Urteil vom 15. Dezember

1997 ausgefallten, teilweise bereits verbüssten Strafe gestützt auf Art. 38 StGB die bedingte Entlassung sowie bezüglich der darin angeordneten Landesverweisung gestützt auf Art. 55 Abs. 2 StGB der Vollzug der Landesverweisung probeweise aufgeschoben werden kann. Sie kam in dieser Verfügung zum Schluss, dem Beschwerdeführer könne die bedingte Entlassung gewährt werden, weshalb er rückwirkend auf den 24. Mai 1996 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen werde, unter Ansetzung einer dreijährigen Probezeit; zudem sei auch der Vollzug der gerichtlichen Landesverweisung probeweise aufzuschieben. Dem Beschwerdeführer wurde somit in dieser Verfügung vom 11. Mai 1999 eine (ab Datum bzw. Mitteilung dieser Verfügung laufende; vgl. insb. Disp.-Ziff. IV der Verfügung) Probezeit angesetzt. Diese Verfügung befindet sich nicht in den obergerichtlichen Akten. Hingegen ergeben sich die in der Verfügung enthaltenen Anordnungen (insbesondere die angesetzte Probezeit) aus dem von der Vorinstanz im Rahmen des (dritten) fortgesetzten Berufungsverfahrens eingeforderten Strafregisterauszug über den Beschwerdeführer (vgl. OG act. 124 Blatt 3). Es ist davon auszugehen, dass der Vorinstanz bei der Interpretation dieses Teils des Strafregisterauszuges ein Fehler unterlaufen ist. Offenbar hat sie angenommen, dem Beschwerdeführer sei bereits zusammen mit der am 24. Mai 1996 erfolgten Haftentlassung die dreijährige Probezeit angesetzt worden, da bei der Rubrik „Bedingte Entlassung“ dieses Datum und die Probezeit vermerkt sind. Dass diese Interpretation bzw. Annahme jedoch falsch ist, ergibt sich (nicht nur aus der genannten Verfügung vom 11. Mai 1999 [KG act. 3], sondern auch) aus dem Dokument selber. Als Datum der entscheidenden Behörde ist nämlich der 11. Mai 1999 und als Datum der Mitteilung der 14. Mai 1999 vermerkt; zudem musste der Vorinstanz klar sein, dass das (damalige) Amt für Straf- und Massnahmenvollzug über die genannten Anordnungen, insbesondere die Frage der bedingten Entlassung gemäss Art. 38 Ziff. 1 Abs. 1 StGB erst nach Rechtskraft bzw. Vollstreckbarkeit des Urteils vom 15. Dezember 1997 entscheiden durfte.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Beschwerdeführer erst mit Verfügung vom 11. Mai 1999 (mit Wirkung ex nunc) eine Probezeit angesetzt wurde. Die im vorliegenden Verfahren zur Beurteilung stehenden Delikte beging er jedoch im Februar 1999. In diesem Zeitpunkt lief gemäss den Akten auch keine

andere Probezeit. Bei dieser Sachlage erweist sich die beanstandete Erwägung, der Beschwerdeführer habe während laufender Probezeit delinquent, als unzutreffend. Die entsprechende Rüge ist daher begründet. Dies führt zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde und zur Aufhebung des obergerichtlichen Urteils.

2. Nebst den bereits genannten Vorbringen (bzw. Rügen) erhebt der Beschwerdeführer persönlich eine weitere, ebenfalls im Zusammenhang mit der vorinstanzlichen Strafzumessung stehende Rüge. Er führt aus, er habe sich vor Obergericht nicht hinreichend zu seinem Tatmotiv äussern können (KG act. 1 S. 2 unten). Von der Behandlung all dieser Rügen kann abgesehen werden, da das vorinstanzliche Urteil nach dem Gesagten aufzuheben ist und es dem Beschwerdeführer (wie erwähnt) im Rahmen des fortzusetzenden Berufungsverfahrens unbenommen ist, sich (schriftlich oder mündlich) zum Tatmotiv zu äussern.

3. Abschliessend ergibt sich, dass zufolge Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde das angefochtene Urteil aufzuheben ist. Es erscheint angezeigt, auch die beiden mit dem Urteil zusammenhängenden vorgenannten Beschlüsse aufzuheben.

4. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Staatskasse zu nehmen (§ 396a StPO). Über die Entschädigung des amtlichen Verteidigers wird nach Eingang der Honorarnote mittels Präsidialverfügung zu entscheiden sein.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde werden Urteil und Beschlüsse der II. Strafkammer des Obergerichtes vom 6. April 2005 aufgehoben, und es wird die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz.

3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, die II. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach, das Migrationsamt des Kantons Zürich, die Bundesanwaltschaft Bern und das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: