



Kass.-Nr. AC060002/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch und Paul Baumgartner sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 5. Oktober 2006

in Sachen

K.,

...,

Angeklagter, Erstappellant und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt F

gegen

1. **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

Anklägerin, Zweitappellantin und Beschwerdegegnerin 1

vertreten durch den Leitenden Oberstaatsanwalt Dr. iur. Andreas Brunner, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich

2. **W.**,

...,

Geschädigter und Beschwerdegegner 2

betreffend

einfache Körperverletzung etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Oktober 2005 (SB050416/U/hp)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. a) Die gegen den Angeklagten erhobenen Vorwürfe ergeben sich aus vier Anklageschriften (HD 4/65, 5/12, 4/111/11. 15/8). Dem Angeklagten werden unter anderem antisemitische Äusserungen über das Internet und die von ihm redigierten "X-Nachrichten" vorgeworfen.

Zur Hauptverhandlung vor Bezirksgericht Bülach (I. Abteilung) vom 7. November 2001 erschienen weder der Angeklagte noch dessen erbetener Verteidiger Rechtsanwalt C. Das Bezirksgericht erkannte den Angeklagten mit Urteil vom 5. Dezember 2001 schuldig des mehrfachen Hausfriedensbruchs, der Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte, der Sachbeschädigung, der einfachen Körperverletzung und der mehrfachen Rassendiskriminierung. Es sprach den Angeklagten in verschiedenen Anklagepunkten frei und trat mit Beschluss desselben Tages auf weitere Anklagepunkte nicht ein. Das Bezirksgericht bestrafte den Angeklagten mit 9 Monaten Gefängnis, teilweise als Zusatzstrafe zu zwei früheren Urteilen, und verweigerte die Gewährung des bedingten Strafvollzugs (BG DG010072 act. 27). Das Obergericht (II. Strafkammer) hob mit Beschluss vom 20. August 2002 das genannte Urteil und den Beschluss auf und wies die Sache zur Wiederholung des Hauptverfahrens und zu neuer Entscheidung an das Bezirksgericht zurück (BG DG020100 act. 1).

Der Präsident des Bezirksgerichts Bülach gab dem Angeklagten mit Verfügung vom 31. Januar 2003 Rechtsanwältin N als amtliche Verteidigerin bei (BG DG020100 act. 8). An der Hauptverhandlung vom 28. Mai 2003 nahmen neben zwei Pressevertretern der Angeklagte, der erbetene Verteidiger und die amtliche Verteidigerin teil (BG DG020100 Prot. S. 8), an der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 3. September 2003 der Angeklagte und die amtliche Verteidigerin (Prot. S. 44).

Das Bezirksgericht trat mit Beschluss vom 3. September 2003 wiederum auf verschiedene Anklagepunkte nicht ein, teilweise infolge Verjährung, teilweise infolge Rückzugs des Strafantrags. Es erkannte mit Urteil desselben Tages den Angeklagten schuldig der einfachen Körperverletzung, der mehrfachen Rassendiskriminierung und der versuchten Nötigung. Bezüglich weiterer Anklagepunkte (ebenfalls versuchte Nötigung und mehrfache Rassendiskriminierung) sprach das Bezirksgericht den Angeklagten frei. Es bestrafte ihn mit 5 Monaten Gefängnis, teilweise als Zusatzstrafe zu einem früheren Urteil des Obergerichts, und verweigerte die Gewährung des bedingten Strafvollzugs. Sodann erklärte das Bezirksgericht den Angeklagten gegenüber dem Geschädigten W vollumfänglich schadenersatzpflichtig für das Ereignis vom 5. Oktober 1999 (Sprühen von Reizgas ins Gesicht des Geschädigten), verwies den Geschädigten jedoch für die Bemessung des Schadenersatzes auf den Zivilweg und sprach ihm keine Genugtuung zu (BG DG020100 act. 59 = OG act. 63). Gegen dieses Urteil erhob der Angeklagte wiederum Berufung (BG DG020100 act. 51).

Mit Urteil vom 29. November 2004 erkannte das Obergericht (II. Strafkammer) den Angeklagten schuldig der mehrfachen Rassendiskriminierung und der einfachen Körperverletzung. Es sprach ihn vom Vorwurf der Rassendiskriminierung in einem andern Anklagepunkt sowie des Nötigungsversuchs frei und trat mit Beschluss desselben Tages auf verschiedene Anklagepunkte nicht ein. Das Obergericht bestrafte den Angeklagten mit fünf Monaten Gefängnis, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe nicht aufgeschoben wurde. Sodann stellte das Obergericht fest, dass der Angeklagte gegenüber dem Geschädigten W bezüglich der Körperverletzung vom 5. Oktober 1999 schadenersatzpflichtig sei. Die Haftungsquote setzte es auf 80 % fest und verwies den Geschädigten hinsichtlich des Quantitatives des Schadenersatzes auf den Weg des Zivilprozesses (OG act. 108). Gegen dieses Urteil führte der Angeklagte sowohl kantonale wie eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 12, 16 und 22).

Mit Eingabe vom 10. Februar 2005 an das Kassationsgericht stellte die amtliche Verteidigerin, Rechtsanwältin N, das Gesuch um ihre Entlassung, da das Vertrauensverhältnis zum Angeklagten grundlegend gestört sei (KG AC050016 act. 1).

Auch der Angeklagte selber stellte am 9. Februar 2005 beim Obergericht ein solches Gesuch (KG AC050016 act. 5/1), welches vom Obergericht an das Kassationsgericht übermittelt wurde (KG AC050016 act. 4). Der Präsident des Kassationsgerichts gab den beiden Gesuchen mit Verfügung vom 18. Februar 2005 statt, entliess Rechtsanwältin N als amtliche Verteidigerin und bestellte Rechtsanwalt F zum neuen amtlichen Verteidiger (KG AC050016 act. 6). Mit Eingabe vom 3. März 2005 teilte der erbetene Verteidiger, Rechtsanwalt C, dem Kassationsgericht mit, dass er den Angeklagten nicht mehr vertrete (KG AC050016 act. 10).

b) Das Kassationsgericht hielt in seinem Beschluss vom 4. Oktober 2005 fest, zumindest in einem der zentralen Vorwürfe im vorliegenden Strafverfahren, demjenigen der Rassendiskriminierung, habe die Verteidigung des Angeklagten vor Bezirksgericht weitgehend gefehlt. Es hiess deshalb die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten gut, hob das obergerichtliche Urteil vom 29. November 2004 auf und wies die Sache an das Obergericht zur Rückweisung an die erste Instanz zurück (KG AC050016 act. 24 = OG act. 128).

Das Obergericht wies in der Folge, mit Beschluss vom 24. Oktober 2005, die Sache zur Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens ans Bezirksgericht Bülach zurück. Die Gerichtsgebühr für dieses Berufungsverfahren (SB050416) setzte es ausser Ansatz und nahm die übrigen Kosten desselben Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse (OG act. 130 = KG act. 2).

2. Der Angeklagte führt kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen den genannten Beschluss des Obergerichts vom 24. Oktober 2005 mit dem Begehren, das Dispositiv des angefochtenen Beschlusses sei in dem Sinne zu ergänzen, als dem Angeklagten für das Berufungsverfahren SB040014 eine Prozessentschädigung von Fr. 43'093.75 zuzüglich Mehrwertsteuer aus der Staatskasse zugesprochen werde (KG act. 1 S. 2). Die Oberstaatsanwaltschaft und das Obergericht verzichteten auf eine Beschwerdeantwort bzw. Vernehmlassung (KG act. 10 und 11). Der Beschwerdegegner 2 (Geschädigte) reichte keine Beschwerdeantwort ein.

II.

1. Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht habe es versäumt, ihm für das vorangegangene Berufungsverfahren SB040014 eine Entschädigung und eine Genugtuung zuzusprechen, womit materielle Gesetzesvorschriften im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziffer 6 StPO zum Nachteil des Beschwerdeführers verletzt seien. Das im Verfahren SB040014 erfolgte Urteil sei vom Kassationsgericht vollständig, auch mit Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsregelung, aufgehoben worden. In diesem Verfahren SB040014 seien dem Beschwerdeführer wesentliche Kosten und Umtriebe entstanden, die ihm nicht durch die erste Instanz ersetzt werden könnten. Das Obergericht hätte im angefochtenen Entscheid, d.h. mit der Rückweisung der Sache an die erste Instanz, auch über die Frage einer Entschädigung und Genugtuung für das Verfahren SB040014 entscheiden müssen. Er reicht zwei Rechnungen von Professor R für erstattete Gutachten sowie neun Honorarrechnungen seines damaligen erbetenen Verteidigers C über insgesamt Fr. 36'613.75 ein (KG act. 3/1 - 11) und macht einen persönlichen Aufwand für diverse Besprechungen mit seinen Anwälten, eigene Vorbereitungen und Teilnahmen an Gerichtsverhandlungen im Umfang von Fr. 6'480.-- (54 Stunden à Fr. 120.--) geltend, was einen Gesamtaufwand von Fr. 43'093.75 ergebe (KG act. 1 S. 3 - 5).

2. Ein Rückweisungsentscheid ist grundsätzlich ein der Nichtigkeitsbeschwerde nicht zugänglicher Zwischenentscheid. Über die Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren hat jedoch die Berufungsinstanz abschliessend zu befinden, da die entsprechende Regelung nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens bildet und damit von der Rückweisung nicht umfasst ist. Diesbezüglich ist also von einem Erledigungsentscheid im Sinne von § 428 Ziffer 2 alt StPO auszugehen, womit die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist.

3. Nach ständiger Rechtsprechung des Kassationsgerichts stellt die Missachtung von Vorschriften über die Kostenaufgabe eine Verletzung materieller Gesetzesvorschriften im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziffer 6 StPO dar (ZR 89 Nr. 108, 72 Nr. 107, 69 Nr. 68, 67 Nr. 98; vgl. jetzt auch ZR 103 Nr. 63 Erw. II.2b; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 36; Schmid, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur

Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 31 zu § 430). Gemäss § 396a StPO erfolgen die Auflage der Kosten und die Zusprechung einer Entschädigung für das Rechtsmittelverfahren in der Regel im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Verfahrensbeteiligten.

In den Erwägungen des angefochtenen Beschlusses vom 24. Oktober 2005 finden sich keine Ausführungen zur Kosten- und Entschädigungsregelung. Im Dispositiv entscheidet das Obergericht lediglich über die Kostenfolgen des neuesten, zum heute angefochtenen Beschluss führenden Berufungsverfahrens SB050416, nicht aber über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorangegangenen Berufungsverfahrens SB040014. Nachdem, wie der Beschwerdeführer zutreffend festhält, das Kassationsgericht mit Beschluss vom 4. Oktober 2005 das im Berufungsverfahren SB040014 ergangene Urteil vom 29. November 2004 aufgehoben hat (OG act. 128), ist auch die Kosten- und Entschädigungsregelung für jenes Verfahren dahingefallen. Darüber hätte im neuen, heute angefochtenen Entscheid erneut befunden werden sollen. Ein qualifiziertes Schweigen in dem Sinne, dass die Kosten des Berufungsverfahrens SB040014 ebenfalls auf die Gerichtskasse genommen würden und dass dem Beschwerdeführer keine Prozessentschädigung zugesprochen würde, ist in Begründung und Dispositiv des angefochtenen Beschlusses nicht zu erblicken.

Entsprechend liegt keine Verletzung materieller Gesetzesvorschriften im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziffer 6 StPO vor, sondern eine partielle Rechtsverweigerung, indem das Obergericht es unterlassen hat, über den Entschädigungsanspruch des Beschwerdeführers für das Berufungsverfahren SB040014 zu entscheiden. Dies stellt eine Verletzung einer gesetzlichen Prozessform zum Nachteil des Beschwerdeführers im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziffer 4 StPO dar, was zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde und Rückweisung der Sache zur Ergänzung des Entscheids führt.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung des Beschwerdeführers, auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 396a StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Sache zur Ergänzung des Beschlusses vom 24. Oktober 2005 im Sinne der Erwägungen an die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Bülach (I. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: