



Kass.-Nr. AC070016/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 4. Februar 2008

in Sachen

X.,

...

...,

im vorzeitigen Strafvollzug, in der Kantonalen Strafanstalt Pöschwies, Roosstrasse 49, Postfach 3134, 8105 Regensdorf,

Angeklagter und Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...

gegen

1. **Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**

Anklägerin und Beschwerdegegnerin 1

2. **A.**, ...,

3. **B.**, ...,

4. **C.**, ...,

2 – 4 Geschädigte und Beschwerdegegner

1 vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. M. Scherrer, Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ...,

3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ...,

betreffend **mehrfache versuchte vorsätzliche Tötung etc.**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil und einen Beschluss des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 5. Juli 2007 (WG070002)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 23. Januar 2007 erhob die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich Anklage gegen den Beschwerdeführer wegen mehrfacher versuchter vorsätzlicher Tötung (GG act. 31). Der Anklage liegt eine Auseinandersetzung vom 23. Mai 2005 vor dem Nachtclub "Venus" im Zürcher Niederdorf zwischen dem Beschwerdeführer auf der einen Seite und A. sowie B. auf der anderen Seite zugrunde, in deren Verlauf der Beschwerdeführer fünf Schüsse aus einem kleinkalibrigen Revolver abgab, wobei die beiden genannten Personen Verletzungen erlitten. Mit Beschluss der Anklagekammer des Obergerichts vom 28. Februar 2007 wurde die Anklage zugelassen und der Beschwerdeführer gemäss § 198a Abs. 1 Ziff. 1 StPO dem Geschworenengericht zur Aburteilung überwiesen (GG act. 38).

Ein zuvor gegen die beiden erwähnten Mitbeteiligten eröffnetes Verfahren wegen Körperverletzung war mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV vom 19. Mai 2006 eingestellt worden (KG act. 4/1). Einen dagegen erhobenen Rekurs des Beschwerdeführers wies die Einzelrichterin des Bezirksgerichtes Zürich am 18. Oktober 2006 ab (KG act. 4/2).

2. Das Geschworenengericht tagte vom 25. Juni bis 5. Juli 2007. Mit Urteil vom 5. Juli 2007 (KG act. 2) sprach es den Beschwerdeführer schuldig der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 aStGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 aStGB zum Nachteil des Geschädigten A., der mehrfachen einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 123 Ziff. 2 Abs. 1 und 2 aStGB zum Nachteil der Geschädigten A. und B., ferner der mehrfachen einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB, der Drohung im Sinne von Art. 180 aStGB sowie der Widerhandlung gegen das Waffengesetz. Es sprach den Beschwerdeführer nicht schuldig der versuchten vorsätzlichen Tötung zum Nachteil des Geschädigten B. Der Beschwerdeführer wurde mit sieben Jahren Freiheitsstrafe bestraft, abzüglich 774 Tage Haft, sowie mit einer Busse von Fr. 250.--. Sodann wurde eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63

Abs. 1 StGB angeordnet; der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde nicht aufgeschoben. Weiter entschied das Gericht über verschiedene Schadenersatzforderungen der Geschädigten.

3. Mit Eingabe vom 5. Juli 2007 an das Geschworenengericht meldete der Beschwerdeführer kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (GG act. 124).

Eine schriftliche Begründung des Urteils vom 5. Juli 2007 liegt zur Zeit noch nicht vor.

4. Mit vorliegender Nichtigkeitsbeschwerde vom 24. Juli 2007 beantragt der Beschwerdeführer, es sei einerseits der (mündlich eröffnete) Zwischenentscheid des Geschworenengerichts (bzw. des Gerichtshofs) vom 2. Juni 2007, andererseits auch das Urteil vom 5. Juli 2007 aufzuheben. Ferner stellt er den prozessualen Antrag auf umgehende Behandlung der Beschwerde (KG act. 1 S. 2/3).

Auf Zustellung der Beschwerdeschrift hin beantragte die Staatsanwaltschaft IV, es sei auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten (KG act. 10). Mit Eingabe vom 13. August 2007 (KG act. 11) liess sich die Vorinstanz vernehmen und beantragte ebenfalls, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. Diese beiden Eingaben wurden den Beteiligten zugestellt. Der Beschwerdeführer nahm mit Eingabe vom 8. September 2007 ergänzend Stellung (KG act. 27), worauf diese Eingabe wiederum der Gegenseite bzw. der Vorinstanz zugestellt wurde. Darauf liess sich die Vorinstanz mit Eingabe vom 17. September 2007 vernehmen (KG act. 32); diese wurde den Verfahrensbeteiligten zugestellt. Weitere Stellungnahmen gingen nicht ein.

Der Beschwerdegegner 2 (Geschädigter) verzichtete ausdrücklich auf Stellungnahme (KG act. 26, 31). Seitens der übrigen Geschädigten gingen keine Stellungnahmen ein.

4. Die Frage, ob der Beschwerdeführer persönlich mit der Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde einverstanden ist (vgl. KG act. 11 S. 3 f.), wurde mit der Eingabe des Beschwerdeführers vom 24. August 2007 (KG act. 20) hinfällig.

II.

1. Vorab stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der vorliegenden Beschwerde.

Gestützt auf die Vorbringen des Beschwerdeführers (Beschwerde S. 5 ff.) in Verbindung mit den eigenen Angaben der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung (KG act. 11) ist im hier interessierenden Zusammenhang von folgendem Prozessverlauf auszugehen (ein Verhandlungsprotokoll liegt zur Zeit noch nicht vor, vgl. immerhin auszugsweise GG act. 145/1-2):

Am 28. Juni 2007 stellte der Staatsanwalt vor Geschworenengericht den Antrag, es sei die in der Beweismittelliste nicht aufgeführte Verfügung der Einzelrichterin vom 18. Oktober 2006 ebenso wie die vorangehende Einstellungsverfügung vom 19. Mai 2006 zu den Akten zu produzieren. Der formelle Antrag der Verteidigung, es seien diese beiden Urkunden im Rahmen der Aktenproduktion nicht entgegen zu nehmen, wurde abgewiesen, und zwar (auf Antrag der Verteidigung) nicht vom Vorsitzenden, sondern durch das Gericht. Am 2. Juli 2007 – unmittelbar vor den Plädoyers – beantragte die Verteidigung, die Geschworenen seien wegen Befangenheit bzw. Anschein der Befangenheit in den Ausstand zu versetzen (KG act. 4/3 S. 2, 5 ff.). Diesen Antrag wies der dafür gemäss § 211 Abs. 2 StPO zuständige Gerichtshof ab. Der Entscheid des Gerichtshofs wurde mündlich eröffnet und begründet (vgl. auch KG act. 11 S. 5).

Nach mündlicher Eröffnung des Urteils verlangte die Verteidigung mit Eingaben vom 5. und 7. Juli 2007 (KG act. 4/5 und 4/6) bezüglich der Befangenheitsfrage umgehend einen rechtsmittelfähigen, schriftlich begründeten Entscheid. Diesem Ersuchen kam der Vorsitzende nicht nach, sondern nahm mit Schreiben vom 10. und 11. Juli 2007 den Standpunkt ein, es handle sich bei dem betreffenden Entscheid des Gerichtshofes um einen Zwischenentscheid, welcher erst zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden könne (KG act. 4/7 und 4/8).

2.1 Zur Eintretensfrage führt der Beschwerdeführer aus (Beschwerde lit. C., S. 7 ff.), im vorliegenden Fall liege die Nichtigkeit des Urteils wegen mehrerer krasser prozessualer Fehler des Gerichts bzw. des Gerichtshofs schon heute offen und undiskutabel zu Tage, womit sich ein Eintreten ohne weiteres aufdränge. Zwar sei dem Beschwerdeführer bekannt, dass die Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen grundsätzlich nur gegen Urteile und Erledigungsbeschlüsse zulässig sei und dass Ausstandsbegehren Zwischenentscheide darstellten, gegen welche die kantonale StPO grundsätzlich kein Rechtsmittel vorsehe. Dies bedeute jedoch nicht, dass dies in Ausnahmefällen nicht gleichwohl der Fall sein könne. Analog der (früheren) Praxis des Bundesgerichts zur staatsrechtlichen Beschwerde müsse dies dann der Fall sein, wenn andernfalls dem Betroffenen nicht wieder gutzumachende Nachteile drohten. Solche lägen hier eindeutig vor. Zum einen sei damit zu rechnen, dass es bis zum Vorliegen des begründeten Urteils noch Monate, erfahrungsgemäss ein halbes bis ein ganzes Jahr, dauern werde, und bei einer allfälligen Rückweisung dauere es entsprechend wiederum Monate, bis eine erneute Verhandlung stattfinden könnte. Der Beschwerdeführer befinde sich bereits seit Mai 2005, also mehr als zwei Jahre, in Haft; daraus könnten somit – bei Abwarten des begründeten Urteils – bis zur notwendigen Wiederholung des Prozesses ohne weiteres vier Jahr werden. Der Beschwerdeführer sei daher dringend auf die Beachtung des Beschleunigungsgebotes (auch im Sinne von § 204 StPO) angewiesen; der drohende Nachteil sei rechtlicher Art, weil er auch durch einen für ihn günstigen Endentscheid nicht mehr behoben werden könne. Bei derart langen Verfahrensdauern bestehe ausserdem die Gefahr, die sonst üblichen Hafterleichterungen, wie Urlaub, Arbeitsexternat, Erlass eines Strafdrittels, zu verpassen. Ferner bestehe die Gefahr, dass angesichts im Raum stehender Genugtuungs- und Entschädigungszahlungen im Falle eines gebotenen Freispruchs dieser Aspekt – bewusst oder unbewusst – das Gericht veranlassen könnte, zu einem Schuldspruch zu tendieren.

Wenn – so der Beschwerdeführer dazu abschliessend (Beschwerde S. 10, Ziff. 11) – ein Nichtigkeitsgrund ganz offensichtlich vorliege, welcher dazu führen müsse, das Verfahren zu wiederholen, dann verlange der Grundsatz der Verfahrensfairness bzw. das Beschleunigungsgebot, dass die verfahrensrechtlichen

Konsequenzen umgehend gezogen würden. Wenn daher hinsichtlich des Zwischenentscheides vom 2. Juli 2007 ein Nichtigkeitsgrund offensichtlich vorliege, müsse das darauf beruhende Urteil vom 5. Juli 2007 als prozesslogische Konsequenz ohne weiteres (schon heute) aufgehoben werden.

2.2 Die Beschwerdegegnerin 1 (Staatsanwaltschaft IV) begründet ihren Nichteintretensantrag einerseits damit, dass gegen Zwischenentscheide keine Nichtigkeitsbeschwerde gegeben sei und dass andererseits das (begründete) Urteil des Geschworenengerichts noch nicht vorliege, womit es insofern derzeit an einem Anfechtungsobjekt fehle (KG act. 10).

Die Vorinstanz verweist in ihrer Beschwerdeantwort vorab auf Rechtsprechung und Lehre, soweit es darum geht, dass gegen Zwischenentscheide im Strafprozess die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht – auch nicht ausnahmsweise bzw. in Analogie zur Praxis bei der staatsrechtlichen Beschwerde – zulässig sei (KG act. 11 S. 6 ff.). Sodann nimmt sie zu den Vorbringen des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der Dreimonatsfrist gemäss § 204 StPO Stellung, welcher seinerseits Ausnahmen zulasse und im übrigen in seinem eigentlichen Anwendungsbereich knapp um einen Monat überzogen worden sei, dies zum Teil als Folge verschiedener Fristerstreckungsbegehren. Nicht gelten lässt sie den Umstand, dass es bis zum Vorliegen des schriftlich begründeten Urteils recht lange dauern könne, treffe die Dauer des geschworenengerichtlichen Verfahrens doch alle Angeklagten gleich. Dass der Beschwerdeführer inhaftiert sei, gelte ebenfalls für die weitaus meisten Angeklagten vor Geschworenengericht. Dem Beschwerdeführer sei überdies der vorzeitige Strafantritt bewilligt worden, womit er – entgegen den Vorbringen in der Beschwerde – durchaus in den Genuss eines erleichterten Haftregimes gelange.

2.3 Die nachträgliche Stellungnahme des Beschwerdeführers (KG act. 27) enthält zur Eintretensfrage nichts Neues.

3.1 Einleitend ist klarzustellen, dass die Eintretensfrage nicht von der Frage der materiellen Begründetheit der Beschwerde abhängig gemacht werden kann,

wie dies der Beschwerdeführer verlangt. Ist ein Rechtsmittel nicht zulässig, so stellt sich die Frage, ob es materiell begründet wäre, von vornherein nicht.

3.2 Die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht ist zulässig gegen Urteile und Erledigungsbeschlüsse des Geschworenengerichts und des Obergerichts als erster Instanz (§ 428 StPO). Sie ist nicht zulässig gegen verfahrensleitende oder Zwischenentscheide. Zu letzteren gehören auch Entscheide über Ablehnungsbegehren. Solche Entscheide können daher nur in Verbindung mit dem Endentscheid angefochten werden (SCHMID, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, § 428 N 6, m.H.). Insbesondere verneinen Lehre und Praxis bei derartigen Zwischenentscheiden im Hinblick auf die klare gesetzliche Regelung die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde auch dann, wenn durch die sofortige Überprüfung des fraglichen Streitpunktes ein nicht wieder gutzumachender Schaden bzw. Nachteil vermieden werden könnte (SCHMID, a.a.O. N 7, m.H.). Der Grund für diese Regelung ist darin zu sehen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers das Strafverfahren nach Möglichkeit in einem Zug durchgeführt werden soll und dass demzufolge die kantonale Kassationsinstanz sich nur einmal, nämlich nach Abschluss des Verfahrens, mit der Sache befassen soll. Dies schliesst das Risiko ein, dass früh eingetretene Mängel gegebenenfalls erst nach geraumer Zeit behoben werden können und das Verfahren in diesem Fall somit insgesamt länger dauern kann, als dies der Fall gewesen wäre, wenn die sofortige Anfechtung möglich gewesen wäre.

Aus dieser gesetzlichen Regel folgt, dass nach kantonalem Recht im Strafprozess keine Möglichkeit besteht, den gerichtlichen Entscheid über ein Ablehnungsbegehren als solchen unmittelbar, d.h. vor Ausfällung des Endentscheides, mit Nichtigkeitsbeschwerde anzufechten. Der Hinweis auf eine abweichende Praxis bei der staatsrechtlichen Beschwerde hilft dem Beschwerdeführer insoweit nicht weiter, als die Kantone bei der Ausgestaltung des innerkantonalen Rechtsmittelweges zur Zeit noch autonom sind.

3.3 Vorliegend hat der Beschwerdeführer indessen formell nicht nur den Zwischenentscheid vom 2. Juli 2007, sondern auch das Urteil des Geschworenengerichts vom 5. Juli 2007 angefochten. Insoweit kann man sich fragen, ob die

Voraussetzungen für ein Eintreten auf die Beschwerde erfüllt sind, zumal das Verfahren vor Geschworenengericht abgeschlossen ist und zur Zeit allein die Ausfertigung der Urteilsbegründung aussteht.

Die Frist zur Einreichung der begründeten Nichtigkeitsbeschwerde beginnt mit Zustellung der schriftlichen Urteilsbegründung zu laufen (§ 431 Satz 2 und 3 StPO). Dahinter steht die Überlegung, dass es weder der beschwerdeführenden Partei noch der Kassationsinstanz möglich ist, sich über das Vorhandensein eines Nichtigkeitsgrundes ein Urteil zu bilden, so lange die untere Instanz ihren Entscheid nicht begründet hat. Zur Zeit liegt weder die schriftliche Urteilsbegründung noch eine schriftliche Begründung des materiell angefochtenen Zwischenbeschlusses betreffend Ablehnung der Geschworenen vor. Daher kann schon mangels Begründung des angefochtenen Entscheides auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden. Dem steht auch nicht entgegen, dass § 431 Satz 3 StPO die Variante vorsieht, dass die Beschwerde schon in der Anmeldung begründet wird. Dabei geht es nämlich um Fälle, in welchen von Anfang an ein schriftlich begründeter Entscheid eröffnet wurde (vgl. SCHMID, a.a.O., N 1), was hier nicht zutrifft.

3.4 Fragen könnte sich damit höchstens, ob die vom Beschwerdeführer angerufenen grundrechtlichen Normen (Verfahrensfairness, Beschleunigungsgebot), welche dem kantonalen Verfahrensrecht grundsätzlich vorgehen, eine Auslegung gebieten, nach welcher in einer Konstellation wie der vorliegenden ein sofortiger materieller Entscheid über das erhobene Rechtsmittel zu ergehen hat. Eine solche Auslegung scheitert indessen ebenfalls bereits daran, dass noch keine Begründung des angefochtenen Entscheides vorliegt. Ferner kann auf die in der Beschwerdeantwort genannten Umstände hingewiesen werden. Danach trifft insbesondere nicht zu, dass der Beschwerdeführer den Haftbedingungen eines Sicherheitsgefangenen unterliegt; er befindet sich vielmehr gemäss Verfügung vom 24. Juli 2007 im vorzeitigen Strafvollzug und kann somit von den hier vorgesehenen Hafterleichterungen profitieren (KG act. 11 S. 10 f., 13). Insofern erscheint es als zumutbar und daher mit dem Gebot der Verfahrensfairness wie auch dem Beschleunigungsgebot vereinbar, wenn der Beschwerdeführer zur Zeit noch keine

gerichtliche Überprüfung des Urteils bzw. des diesem zu Grunde liegenden Verfahrens verlangen kann.

4. Zusammenfassend ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kostenpflichtig. Die Übersetzungskosten (KG act. 35) werden auf die Gerichtskasse genommen.

5. Ob gegen diesen Entscheid, welcher einzig die Anfechtung im heutigen Zeitpunkt ausschliesst und die spätere Anfechtung offen lässt, ordentliche Beschwerde in Strafsachen oder subsidiäre Verfassungsbeschwerde zulässig ist, hätte das Bundesgericht zu entscheiden.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr des Kassationsverfahrens wird festgesetzt auf Fr. 900.--
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, ausgenommen diejenigen der Übersetzung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 78 ff. BGG, allenfalls subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff., an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und das Geschworenengericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: