



Kass.-Nr. AC080002/U/la

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Titus Graf

Zirkulationsbeschluss vom 25. November 2008

in Sachen

X.

Angeklagter und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin

gegen

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

Anklägerin und Beschwerdegegnerin

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

2. **Y.**

Geschädigter und Beschwerdegegner

betreffend

schwere Körperverletzung etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2007 (SE070004/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. In ihrer Anklage vom 29. November 2006 wirft die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich dem Beschwerdeführer vor, er habe im Zusammenhang mit einem Drogengeschäft dem Verkäufer L. den verlangten Kaufpreis nicht bezahlt und anlässlich einer späteren tätlichen Auseinandersetzung ihm mit einem Metallstab den rechten Daumen gebrochen und dem Geschädigten B., einem Begleiter von L., der ihm zu Hilfe geeilt war, mit einem Schmetterlingsmesser einen Stich in die Brust versetzt und wegen der dabei entstandenen akuten Lebensgefahr eine schwere Körperverletzung begangen (OG act. 25).

In einer Zusatzanklage vom 27. Juli 2007 wird dem Beschwerdeführer vorgeworfen, er habe in der Nacht von Freitag, dem 18. August 2006, auf Samstag, den 19. August 2006, in einer Bar in W. zusammen mit weiteren Personen eine Hochzeitsgesellschaft mit Stühlen, Flaschen und Aschenbechern angegriffen und sechs Personen dieser Hochzeitsgesellschaft verletzt und dadurch den Tatbestand des Angriffs im Sinne von Art. 134 StGB erfüllt (OG act. B/14).

2. Mit Urteil vom 5. Oktober 2007 fand die II. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich den Beschwerdeführer u.a. schuldig der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB, des Angriffs im Sinne von Art. 134 StGB und der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Ziff. 2 Abs. 1 und 2 StGB und bestrafte ihn mit 4 Jahren Freiheitsstrafe und einer Busse von Fr. 300.-- (KG act. 2).

3. Gegen dieses Urteil liess der Beschwerdeführer kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erheben, welche rechtzeitig angemeldet und mit Eingabe vom 29. Januar 2008 innert Frist begründet wurde (KG act. 1). Der Beschwerdeführer beantragt in der Hauptsache die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Freisprechung von der Anklage der schweren Körperverletzung, der einfachen

Körperverletzung und des Angriffes, sowie eine Reduktion der vom Obergericht ausgefallten Strafe (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegner 1 und 2 haben auf eine Beschwerdeantwort ausdrücklich (KG act. 9) bzw. stillschweigend verzichtet; die Vorinstanz liess sich nicht vernehmen (KG act. 10).

4. Der Beschwerdeführer erhob gegen das Urteil des Obergerichtes keine eidgenössische Beschwerde in Strafsachen (KG act. 4).

II.

1. Hinsichtlich der Hauptanklage der schweren Körperverletzung macht der Beschwerdeführer geltend, im für die rechtliche Qualifikation wesentlichen Punkt, nämlich ob die Aggression am Bahnhof K. vom Beschwerdeführer oder von L., B. bzw. V. ausgegangen sei, habe die Vorinstanz „zwei entlastende Zeugenaussagen unterschlagen“ (KG act. 1 S. 4 Ziff. 8), nämlich die Aussagen der Brüder R. und R. S. in OG act. 8/3 S. 5 und 8/1 S. 3. Gemäss diesen Aussagen hätten L., B. und V. vor ihrer Abfahrt an den Tatort bereits die Absicht gehabt, an den Bahnhof K. zu fahren, um den Beschwerdeführer zu verprügeln; darauf habe die Verteidigung auf S. 8 ihres Plädoyers hingewiesen (KG act. 1 S. 4 Ziff. 8). Diese Aussagen hätten besonderes Gewicht, weil die beiden Zeugen R. und R. S. kein ersichtliches Interesse am Verfahrensausgang hatten und diese nicht berücksichtigten Zeugenaussagen hätten dazu führen müssen, dass den Ausführungen des Beschwerdeführers mehr geglaubt werden müsste als denjenigen von L., B. und V. Konkret würden diese Zeugenaussagen die vorinstanzliche Schlussfolgerung, L. habe mit dem Beschwerdeführer nur verhandeln wollen und der von L. angeblich vorher konsumierte Joint Cannabis habe die Angriffslust bzw. den Tätigkeitstrieb wohl eher gedämpft, widerlegen (KG act. 1 S. 4 und 5 Ziff. 9).

2. Eine vom Beschwerdeführer geltend gemachte Aktenwidrigkeit liegt dann vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt, eine Urkunde zum Beispiel nicht mit dem richtigen Wortlaut in die Be-

weiswürdigung einbezogen worden ist und sich die angefochtene tatsächliche Feststellung deshalb als „blanker Irrtum“ erweist (ZR 55 Nr. 115; ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach Zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 27; Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, Rz 1074; ders., in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Zürcherischen Strafprozessordnung, Zürich 1996 ff., N 25 zu § 430 StPO; BGE 131 I 49 f., Erw. 3.6). Die Formulierung der Rüge durch den Beschwerdeführer lässt erkennen, dass er der Vorinstanz keinen blanken Irrtum, sondern eine unzutreffende Beweiswürdigung und, wie seine Formulierung verrät, die Vorinstanz habe Zeugenaussagen unterschlagen, wahrscheinlich auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorwerfen will. Nach dem Grundsatz „iura novit curia“ sind die Rügen des Beschwerdeführers unter diesen Gesichtspunkten zu prüfen.

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).

Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 129 I 232 E. 3.2, 126 I 97 E. 2b, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt wurden. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich der Richter ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 E. d, 112 Ia 109 E. 2b, je mit Hinweisen; G. Müller, in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 BV, Rz 112 – 114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. A., Bern 1999, S. 535 ff., 539).

3.1 R. S., auf welchen sich der Beschwerdeführer (auch) beruft, erklärte in seiner polizeilichen Einvernahme, er sei am Abend der Auseinandersetzung mit L., B. und V. (und seinem Bruder) zusammengesessen und habe dabei mitbekommen, dass diese Drei noch vorhatten, nach K. zu fahren, um den Beschwerdeführer zu treffen; was sie dabei vorhatten, darüber habe er nicht Bescheid gewusst, es sei ihm aber klar gewesen, dass sie das vom Beschwerdeführer nicht bezahlte Geld für den Drogenkauf holen wollten; L. habe sich nur um sein Geld gekümmert. Diese polizeiliche Aussage hat er als Zeuge bestätigt (OG act. 8/1 S. 3 und 8/2 S. 2). Sein Bruder erklärte diesbezüglich, L., B. und V. seien mit dem Auto von V. weggefahren, wohin wisse er nicht. Auf entsprechende Frage bestätigte er, dass darüber gesprochen worden sei, nach W. zu fahren und diesen „Shpti“ zu verhaften. Der Ausdruck Shpti stehe für Albaner. Von B. wisse er, dass sie mit dem Albaner reden wollten und er auf sie losgegangen sei; den Grund dazu kenne er nicht (OG act. 8/3 S. 4, 5 und 6). Als Zeuge bestätigte er seine polizeilichen Aussagen; auf die Frage, ob darüber gesprochen worden sei, nach W. zu fahren und den Albaner zu verhaften, erklärte er, das sei schon ein Thema gewesen, sie hätten darüber gesprochen; was am Bahnhof passiert sei, wisse er nicht (OG act. 8/4 S. 3).

3.2 Die Vorinstanz fasst zunächst zum Beginn der tätlichen Auseinandersetzung am Bahnhof K. die Behauptungen der Anklage zusammen, nämlich der Beschwerdeführer sei, als L. auf ihn zugegangen sei, mit geöffnetem Schmetterlingsmesser in der linken und mit dem Metallstab in der rechten Hand auf L. zugerannt und habe mit dem Metallstab auf den die Flucht ergreifenden L. eingeschlagen und dabei dessen rechte Hand getroffen und dessen Daumen gebrochen. Sodann fasst sie die Einwände des Beschwerdeführers zusammen, nämlich er habe keinen Metallstab bei sich gehabt; auch habe er das Schmetterlingsmesser nicht bereits in der Hand, sondern erst in seiner Jackentasche geführt, und zudem sei nicht er aggressiv auf L. zugegangen, sondern umgekehrt dieser auf ihn. In der Folge widerlegt die Vorinstanz unter Hinweis auf das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes der Stadtpolizei Zürich den Einwand des Beschwerdefüh-

ers, er habe den Metallstab nicht mit sich geführt. Sodann befasst sie sich mit dem Einwand des Beschwerdeführers, er sei nicht mit geöffnetem Schmetterlingsmesser und dem Metallstab auf L. zugerannt und habe auf diesen eingeschlagen und widerlegt diesen Einwand aufgrund der Aussagen von L., B. und V. sowie des verletzten Daumens der rechten Hand von L. (KG act. 2 S. 14-17 oben).

3.3 Da aufgrund der wiedergegebenen Aussagen der Gebrüder S. feststeht, dass diese über den Beginn der tätlichen Auseinandersetzung, insbesondere, wer diese auf welche Weise begonnen hat, nichts aussagen können, ist es naheliegend, dass die Vorinstanz die Berufung des Beschwerdeführers auf diese Aussagen stillschweigend als unbegründet verwarf. Dies umso mehr, als der Beschwerdeführer in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung mit diesen Aussagen seine Behauptung stützen wollte, nicht er, sondern L. oder einer seiner Kumpanen habe den Metallstab zum Tatort mitgebracht (OG act. 39 S. 8 Ziff. 4.3). Nachdem der Beschwerdeführer sich mit den Ausführungen der Vorinstanz gegen seine Einwendungen nicht auseinandersetzt, die von ihm angeführten Aussagen der Gebrüder S. sich lediglich auf ein Vorstadium der Auseinandersetzung beziehen, zum Beginn der Auseinandersetzung jedoch nichts beitragen können, ist auch seine Rüge unbegründet, die vorinstanzliche Annahme, L. habe mit dem Beschwerdeführer nur verhandeln wollen und der von L. vorher konsumierte Joint Cannabis habe dessen Angriffslust wohl eher gedämpft, beruhe auf Willkür. Überdies hat die vorinstanzliche Annahme über die Wirkung eines konsumierten Joint Cannabis den Charakter einer erfahrungsgesicherten Feststellung (KG act. 2 S. 8 unten); die Aussagen der Gebrüder S. haben keinerlei Bezug zu dieser Feststellung.

3.4 Der Beschwerdeführer rügt weiter, die von der Vorinstanz als erwiesen erachtete Annahme, er sei zum Treffen mit einem Stab und einem Messer erschienen, dürfe nicht zum Schluss führen, „er habe B., V. und L. als Erster angegriffen“ (KG act. 1 S. 5 Ziff. 10). Weil er davon ausgegangen sei, er werde mehre-

ren Personen gegenüberstehen und von diesen angegriffen, sei ein Angriff bei dieser Ausgangslage nicht plausibel, sondern wäre unvorsichtig gewesen.

Diese Rüge erschöpft sich in appellatorischer Kritik; sie setzt sich mit der Argumentation der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe keine friedlichen Absichten gehabt, nicht auseinander, insbesondere nicht mit den Ausführungen auf den S. 15-17, mit denen die Vorinstanz ihre Annahme begründete, der Beschwerdeführer habe als Erster L. angegriffen. Auf die Rüge ist nicht einzutreten.

3.5 Die Vorinstanz, so der Beschwerdeführer weiter, habe auch nicht die Tatsache berücksichtigt, dass er anlässlich der Tatrekonstruktion, am Boden liegend, das Messer aus der Jackentasche innert 7 ½ Sekunden habe nehmen und öffnen können. Die vorinstanzliche Einschätzung, dies sei unmöglich, sei aktenwidrig im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 5 StPO (KG act. 1 S. 5 Ziff. 11).

Die Vorinstanz hat es aufgrund der Aussagen von B., V. und L. als erwiesen erachtet, dass der Beschwerdeführer bereits von Beginn an das Schmetterlingsmesser in seiner Hand geöffnet gehalten hat. Aus diesem Grund erachtet sie die Behauptung des Beschwerdeführers, er habe es erst aus der Jackentasche genommen und geöffnet, als er am Boden lag, als nicht zutreffend. Überdies, nämlich als Eventualbegründung gemeint, führt sie aus, in der vom Beschwerdeführer behaupteten Position wäre eine Herausnahme des Messers und ein Öffnen desselben „ohnehin nur erschwert möglich gewesen“ (KG act. 2 S. 20 Abs. 2). Mit der Hauptbegründung setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander, die Eventualbegründung zitiert der Beschwerdeführer unzutreffend; die Rüge ist daher unbegründet.

3.6 Der Beschwerdeführer rügt als aktenwidrig die vorinstanzliche Würdigung, bei der Tatrekonstruktion hätten B., V. und L. übereinstimmend geschildert, der Beschwerdeführer sei am Boden auf dem Rücken gelegen, als er zugestochen habe. Demgegenüber habe B. behauptet, der Beschwerdeführer sei beim Messerstich gestanden (KG act. 1 S. 5 Ziff. 12).

An der in der Beschwerde angegebenen Stelle befasst sich die Vorinstanz mit der Behauptung des Beschwerdeführers bei der Tatrekonstruktion, er habe das geöffnete Messer hinter seinem Rücken, als er bäuchlings am Boden gelegen sei, den Angreifern entgegengestreckt, was im Widerspruch zu den eigenen Aussagen des Beschwerdeführers stehe, er habe seine Gegner mit der Art und Weise, wie er das Messer gehalten habe, einschüchtern wollen. In diesem Zusammenhang verweist die Vorinstanz auf die Aussagen von B., L. und V. anlässlich deren eigenen Tatrekonstruktion, und würdigt deren Aussagen unter Hinweis auf OG act. 3, Aufnahmen 13-16, 44-46 und 61-62 als übereinstimmend, nämlich der Beschwerdeführer habe am Boden auf dem Rücken gelegen (KG act. 2 S. 20 Abs. 3). Der Hinweis der Vorinstanz auf die übereinstimmenden Aussagen bezog sich somit nicht auf die Position des Beschwerdeführers, in welcher er zugestochen haben soll, sondern nur darauf, dass er nicht bäuchlings am Boden, sondern auf dem Rücken gelegen habe. Die Rüge ist daher unbegründet.

3.7 Dass eine Einschüchterung nicht zu erreichen ist, wenn ein Messer hinter dem eigenen Rücken gehalten und damit die eigene Kontrolle über die Waffe weitgehend aufgegeben wird, wie die Vorinstanz annimmt (KG act. 2 S. 20 Abs. 3), ist nachvollziehbar; die diesbezügliche Rüge des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 6 Ziff. 13) erschöpft sich in einer Gegenbehauptung und vermag daher keine willkürliche Beweiswürdigung zu begründen.

4.1 Bezüglich der Zusatzanklage vom 27. Juli 2007 behauptete der Beschwerdeführer während der Untersuchung und in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung, er sei am Angriff auf die Hochzeitsgesellschaft in der Bar in W. nicht beteiligt gewesen; er habe sich zu jenem Zeitpunkt nicht in dieser Bar aufgehalten (KG act. 2 S. 25 Ziff. 2 unter Hinweis auf OG act. B/2/1-5).

4.2 Die Vorinstanz kommt aufgrund einer eingehenden Würdigung verschiedener Zeugenaussagen, insbesondere der Aussage von I. (KG act. 2 S. 26-32, insbesondere S. 30-32), zum Schluss, dass die Behauptung des Beschwer-

deführers, er sei weder anwesend noch beteiligt gewesen am Angriff, widerlegt ist.

4.3 Der Beschwerdeführer setzt sich mit dieser Beweiswürdigung nicht auseinander, sondern rügt ausschliesslich als aktenwidrig, die Vorinstanz habe die Aussagen des Barmans S. und diejenigen eines anderen Gastes namens P. nicht berücksichtigt. S. habe ausgesagt, er glaube nicht, dass der Beschwerdeführer an der Schlägerei beteiligt gewesen sei; P. habe trotz Vorlage von Photos des Beschwerdeführers diesen nicht erkannt und nicht bestätigen können, dass er an der Schlägerei beteiligt gewesen sei (KG act. 1 S. 6 und 7 Ziff. 17).

4.4 S. hat ausgesagt, er kenne niemanden von den Albanern, und auf Vorhalt der Photographie des Beschwerdeführers und die Frage, ob dieser an der Schlägerei beteiligt gewesen sei, erklärt, er glaube nicht, es seien so viele Leute dabei gewesen, er könne sich nicht mehr erinnern; die Person auf dem Photo komme ihm schon bekannt vor (OG act. B/3/16 S. 2). P. erklärte, er habe von der Schlägerei eigentlich nichts mitbekommen. Er habe niemanden gekannt. Auf Vorhalt der Photographie des Beschwerdeführers erklärte er, er kenne diese Person nicht, er wisse nicht, ob diese Person an der Schlägerei beteiligt gewesen sei; er habe diese Person noch nie gesehen, er kenne sie nicht (OG act. B/3/17 S. 1-3).

Angesichts dieser nichtssagenden Angaben dieser Zeugen und der von der Vorinstanz als sehr konkret und bestimmt gewürdigten Aussagen von I., mit welcher Würdigung sich der Beschwerdeführer nicht auseinandersetzt, ist die Rüge, die Vorinstanz habe willkürlich angenommen, der Beschwerdeführer sei beim Angriff anwesend und beteiligt gewesen, offensichtlich unbegründet.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

Dem Ausgang des Kassationsverfahrens entsprechend sind die Kosten, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 396a StPO).

IV.

Gegen den vorliegenden Beschluss kann Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht erhoben werden. Zudem ist gestützt auf Art. 100 Abs. 6 BGG neu die Frist zur Anfechtung des obergerichtlichen Urteils vom 5. Oktober 2007 anzusetzen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, 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 an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Sodann läuft die Frist zur Anfechtung des Urteils der II. Strafkammer des Obergerichtes vom 5. Oktober 2007 mit Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten Art. 44 ff. BGG.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichtes, das Bundesamt für Polizei (Zentralstelle Waffen), die Bundesanwaltschaft und das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Bewährungs- und Vollzugsdienste, Sonderdienst), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: