



Kass.-Nr. AC090020

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Matthias Brunner sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Sitzungsbeschluss vom 7. März 2011

in Sachen

X.

geboren, Staatsangehöriger der Dominikanischen Republik,

....,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...

...

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Staatsanwalt lic.iur. D. Kloiber,
Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat, Stauffacherstr. 55, 8004 Zürich

betreffend

Wiederaufnahme

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Revisionskammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. September 2009 (UW090002/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 7. November 2006 im Berufungsverfahren der Vergewaltigung und der Tötlichkeit zum Nachteil vom Y. schuldig gesprochen und zu drei Jahren Zuchthaus, abzüglich 127 Tage Untersuchungshaft, verurteilt. Eine dagegen vom Beschwerdeführer erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 24. Mai 2007 abgewiesen.

2. Am 2. Oktober 2007 verlangte der Beschwerdeführer die Wiederaufnahme des Verfahrens. Mit Beschluss vom 3. Juni 2008 wies die Revisionskammer des Obergerichts dieses Revisionsbegehren ab (act. 2 in Kass.-Nr. AC080016).

Dagegen richtet sich eine erste, vom 22. August 2008 datierende Nichtigkeitsbeschwerde des Beschwerdeführers, mit welcher er die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung beantragt. Über jene Beschwerde wird mit separatem Entscheid von heutigem Datum entschieden.

3.1 Mit Schreiben vom 20. Juni 2008 gelangte die Geschädigte Y. an das Bezirksgericht Zürich und ersuchte um einen Termin, um ihre bisher gemachten Aussagen zu widerrufen. Nach Überweisung des Schreibens an die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat, welche die Geschädigte als Zeugin befragte, gelangte die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 6. Juni 2009 an das Obergericht mit dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens und Aufhebung des Berufungsurteils vom 7. November 2006. Der Beschwerdeführer schloss sich diesem Antrag an. Mit Beschluss vom 28. September 2009 wies die Revisionskammer des Obergerichts auch dieses Revisionsbegehren ab (nachfolgend RevK II; KG act. 2).

3.2 Mit Eingabe vom 16. November 2009 ficht der Beschwerdeführer auch diesen Entscheid an und beantragt, er sei aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Die Beschwerdegegnerin wie auch die Vorinstanz haben auf Stellungnahmen verzichtet (KG act. 9 und 12).

4. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO) in Kraft. Art. 453 Abs. 1 StPO bestimmt, dass Rechtsmittel, die sich gegen einen Entscheid richten, der vor Inkrafttreten der StPO gefällt wurde, nach bisherigem Recht und von den bisher zuständigen Behörden beurteilt werden. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen StPO vom 4. Mai 1919 (StPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 430 StPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und allfällige Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

II.

1. Dem vorliegenden Verfahren liegt, wie bereits erwähnt, ein Schreiben der Geschädigten vom 20. Juni 2008 zu Grunde, worin sie um einen Termin zwecks Widerruf ihrer bisherigen Aussagen ersucht. Am 5. Juni 2009 kam es zur Zeugenbefragung der Geschädigten durch die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

(RevK II [= KG act. 11/1] act. 3/8), welche in der Folge bei der Vorinstanz die Aufhebung des Urteils vom 7. November 2006 beantragte.

Im angefochtenen Entscheid gelangt die Revisionskammer zum Schluss, die Geschädigte halte im Wesentlichen an ihrer ursprünglichen Sachdarstellung fest, weshalb ihre Zeugenaussage vielmehr als Desinteresseerklärung zu Gunsten des Beschwerdeführers denn als echter Widerruf ihrer Aussagen zu werten sei. Dieses Desinteresse sei indessen offenkundig erst nach Abschluss des Hauptverfahrens aufgrund einer Versöhnung mit dem Beschwerdeführer entstanden; dieser Umstand habe dem erkennenden Gericht seinerzeit nicht bekannt sein können, weil er im Zeitpunkt des Urteils noch nicht vorhanden gewesen sei. Als nachträglich eingetretene Tatsache bilde dies keinen Revisionsgrund (Beschluss S. 8).

2. Der Beschwerdeführer beruft sich auf § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO ZH und macht zunächst eine willkürliche Beweiswürdigung geltend (Beschwerde S. 5 ff.).

2.1 Der Beschwerdeführer räumt ein, die Geschädigte habe anfänglich zu Protokoll gegeben, dass er, der Beschwerdeführer, in erkennbarer Weise gegen ihren Willen den Geschlechtsakt vollzogen habe. Hingegen habe sie auf die Frage, ob der Beschwerdeführer damals habe erkennen können, dass sie nicht mit ihm schlafen wollte, zur Antwort gegeben, dass sie sich dessen nicht mehr sicher sei. Insbesondere sei sie nicht mehr sicher, ob der Beschwerdeführer mitbekommen habe, dass sie unter keinen Umständen mit ihm habe schlafen wollen. Mit anderen Worten habe sie ihre anfänglich absolute Aussage auf die konkrete Frage hin zurückgenommen. Dies sei nicht einfach beiläufig erfolgt, sondern aufgrund eines besonderen Hinweises, wonach die Frage der Erkennbarkeit aus Sicht des Beschwerdeführers entscheidend sei. Damit könne nicht einfach von einer Desinteresseerklärung ausgegangen werden, und zwar umso weniger, als die Geschädigte mit ihrem Schreiben vom 20. Juni 2008 einen Widerruf angekündigt habe, wovon sie anlässlich der Einvernahme vom 5. Juni 2009 denn auch nicht abgekommen sei.

Der Beschwerdeführer erachtet das Vorgehen der Vorinstanz in zweierlei Hinsicht als unzulässig: Einerseits nehme die Vorinstanz eine eigentliche Würdi-

gung der Zeugenaussage vor, was aber dem Sachrichter vorbehalten sei. Zum anderen sei diese Würdigung, wenn sie denn die Vorinstanz zu Recht vorgenommen hätte, willkürlich ausgefallen, weil sich aus der Befragung ergebe, dass die Geschädigte an ihrer anfänglich gemachten Aussage nicht mehr habe festhalten wollen.

2.2 Die Rüge, wonach die Vorinstanz die Aussagen der Geschädigten, welche diese als Zeugin am 5. Juni 2009 machte, überhaupt nicht hätte würdigen dürfen, ist schwer verständlich. Kommt es, wie hier, schon im Rahmen der Geltendmachung des Revisionsgrundes von § 449 Ziff. 3 StPO ZH, also im Prüfungs- bzw. Bewilligungsverfahren, zu einer förmlichen Zeugenaussage, obliegt es in der Folge der Revisionsinstanz, diese zumindest summarisch auf ihre rechtliche Relevanz und auf ihre inhaltliche Glaubhaftigkeit hin zu überprüfen und die Revision gegebenenfalls zu verweigern. Zwar dürfen nach der bundesgerichtlichen Praxis (zu Art. 397 aStGB) in diesem Verfahrensstadium nicht zu hohe Anforderungen an den Nachweis behaupteter neuer Tatsachen gestellt werden; was den Kanton Zürich betrifft, verlangt(e) § 449 Ziff. 3 StPO ZH für die Bewilligung der Revision denn auch bloss *Glaubhaftmachung der neuen Tatsache*. Die neue Sach- und Beweislage wird dabei regelmässig nur vorläufig und summarisch auf ihren Wahrheitsgehalt hin geprüft. Hingegen trifft zu, dass der Revisionsrichter grundsätzlich nicht zu prüfen hat, *ob* die vorgebrachten Beweismittel wirklich zu einem anderen Urteil führten bzw. führen könnten; diese abschliessende Neubeurteilung ist gegebenenfalls Aufgabe des nachfolgenden Sachrichters, wobei aber auch eine in diesem Punkt weiter gehende Praxis als vertretbar erachtet wird (SCHMID, a.a.O., § 441 N 4).

Für den vorliegenden Fall ergibt sich, dass es zulässig bzw. sogar geboten war, dass die Vorinstanz die Zeugenaussagen der Geschädigten inhaltlich analysierte und würdigte. Insofern kann sich nur die Frage stellen, ob sie dabei in Willkür verfiel.

2.3a) Auf die insoweit offene Frage des Staatsanwaltes, was sie meine, wenn sie ihre früheren Aussagen zurückziehen wolle, antwortet die Geschädigte in der Einvernahme vom 5. Juni 2009 (RevK II act. 3/8 S. 3): "Ich habe damals

Herrn X. nicht bewusst falsch angeschuldigt. Wir hatten ja eine langjährige Beziehung zueinander, die nicht immer ohne Probleme verlief. Als ich damals die Vergewaltigung anzeigte und als Zeugin aussagte, fühlte ich mich von mir aus gesehen von ihm missbraucht und zu Sachen gezwungen, die ich nicht wollte. Er verkehrte damals wirklich gegen meinen Willen mit mir. Er konnte das auch erkennen."

Hier fällt der letzte Satz auf, in welchem die Geschädigte, offenbar ohne danach gefragt worden zu sein, spontan aussagte, der Beschwerdeführer habe erkennen können, dass sie keinen Geschlechtsverkehr wollte. Auf konkreten Vorhalt des Staatsanwaltes hin ("Die zentrale Frage in diesem Verfahren ist, ob Herr X. damals erkennen konnte, dass Sie nicht mit ihm schlafen wollen") antwortete sie: "Ich bin mir heute nicht mehr sicher, ob Herr X. damals mitbekam, dass ich unter keinen Umständen mit ihm schlafen wollte. Ich kann mich heute auch nicht mehr an die Geschehnisse im Detail erinnern, das Ganze ist ja auch schon lange her. Ich möchte deshalb keine Detailfragen zu jenem Vormittag mehr beantworten."

Auf Grund dieses Aussageverhaltens entsteht der Eindruck, die Geschädigte habe erst auf konkreten Vorhalt hin ihre anfängliche Aussage abschwächt, indem sie nunmehr realisierte, dass die ursprüngliche Aussage den Beschwerdeführer weiterhin belastete, was sie möglicherweise vermeiden wollte. Immerhin nahm sie aber auch bei der Beantwortung der konkreten Frage ihre frühere Aussage nicht unumwunden zurück, sondern schwächte sie lediglich insoweit ab, als sie sagte, sie sei diesbezüglich nicht mehr sicher, sie könne sich aber auch nicht mehr an Details erinnern. Wenn die Vorinstanz dieses Aussageverhalten bloss als nachträgliche Desinteresseerklärung, nicht aber als einen (glaubwürdigen) Widerruf früherer Aussagen interpretierte, verfiel sie nicht in Willkür, sondern legte vielmehr den Aussagen den Sinn bei, der sich bei unbefangener Lektüre des Protokolls aufdrängt.

b) Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt (Beschwerde S. 8/9), vermag nicht zu überzeugen. Wie eben ausgeführt, lässt die Reihenfolge der Aussagen und die Tatsache, dass die erste Aussage (Aufrechterhaltung der belastenden Aussage) spontan, die zweite aber erst nach ausdrücklicher Fokussierung auf die Frage der Erkennbarkeit für den Beschwerdeführer erfolgte, gerade den Ein-

druck entstehen, es handle sich bei der zweiten Aussage um ein versuchtes Rettungsmanöver.

c) Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, beim Revisionsgrund von § 449 Ziff. 3 StPO ZH sei gar kein eigentlicher Widerruf früherer Aussagen erforderlich, denn ein solcher käme dem Eingeständnis einer Falschanschuldigung gleich und fiel damit unter § 449 Ziff. 1 StPO ZH.

Es trifft zu, dass die Falschaussage eines Zeugen als Revisionsgrund unter § 449 Ziff. 1 StPO ZH geltend gemacht werden kann (SCHMID, a.a.O., § 449 N 3). Im vorliegenden Fall geht es aber um einen Punkt, der, soweit ersichtlich, im Verfahren vor dem Sachrichter und insbesondere im Urteil vom 7. November 2006 gar nicht thematisiert worden war (nämlich die Erkennbarkeit der Verweigerungshaltung für den Beschwerdeführer), so dass eine allfällige frühere Aussage der Geschädigten zu diesem Thema nicht unter § 449 Ziff. 1 StPO ZH gefallen wäre. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann offen bleiben, weil sich so oder anders den Aussagen der Geschädigten an der Befragung vom 5. Juni 2009 nicht das entnehmen lässt, was der Beschwerdeführer darin erkennen möchte.

2.4 Die Rüge der willkürlichen (bzw. unzulässigen) Beweiswürdigung erweist sich damit als unbegründet.

3. Der Beschwerdeführer verweist weiter darauf (Beschwerde S. 10 ff.), dass neben der Zeugeneinvernahme vom 5. Juni 2009 weitere Beweismittel vorlägen, welche dem damals erkennenden Richter nicht, der Vorinstanz hingegen sehr wohl bekannt gewesen seien und daher hätten berücksichtigt werden müssen. Konkret beruft er sich dafür auf die Umstände, welche dem ersten Revisionsbegehren vom 2. Oktober 2007 zugrunde gelegt wurden. Darauf ist im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter einzugehen, nachdem diese Fragen Gegenstand des Parallelverfahrens bilden.

4. Zusammenfassend erweist sich die vorliegende Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde gegen den Beschluss der Revisionskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. September 2009 wird abgewiesen
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich 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 von 30 Tagen zur Anfechtung der Beschlüsse der Revisionskammer des Obergerichts vom 3. Juni 2008 und vom 28. September 2009 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und [alt]6 BGG).

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Revisionskammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär:

