



Kass.-Nr. AC100013/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 28. Mai 2010

in Sachen

X.

Gesuchsteller und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Stauffacherstr. 55, 8004 Zürich,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

Wiederaufnahme

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. März 2010 (UG100010/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Das Bezirksgericht Zürich sprach den Beschwerdeführer mit Urteil vom 7. Oktober 2009 (OG act. 9) der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und weiterer Delikte schuldig (Dispositiv Ziffer 1) und bestrafte ihn mit 30 Monaten Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe (unter Einbezug einer Geldstrafe von 25 Tagessätzen zu Fr. 50.-- gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn) (Dispositiv Ziffer 3). Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit insoweit auf vier Jahre festgesetzt. Im Übrigen wurde der Vollzug der Freiheitsstrafe angeordnet (Dispositiv Ziffer 4). Nach dem Rückzug einer durch die Staatsanwaltschaft erklärten Berufung wurde dieses Urteil rechtskräftig (OG act. 10).

2. Mit Eingabe vom 4. März 2010 reichte der Beschwerdeführer beim Obergericht des Kantons Zürich ein Revisionsgesuch ein. Im Wesentlichen beantragte er, Dispositiv Ziffer 4 des bezirksgerichtlichen Urteils sei aufzuheben, und der Vollzug der Freiheitsstrafe sei im Umfang von 24 Monaten aufzuschieben (OG act. 2).

3. Mit Beschluss vom 17. März 2010 wies das Obergericht (III. Strafkammer) das Revisionsgesuch ab (KG act. 2). Dagegen meldete der Beschwerdeführer rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde an (OG act. 13/1, act. 14) und reichte beim Kassationsgericht innert dazu angesetzter Frist (OG Prot. S. 4, act. 17) eine Begründung ein mit dem Hauptantrag, der angefochtene obergerichtliche Beschluss sei aufzuheben (KG act. 1 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 4. Mai 2010 wurde der sinngemässe Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (KG act. 4). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Stellungnahme zur Beschwerde (KG act. 9), die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 10).

II.

1. Die Vorinstanz erwog, mit dem Wiederaufnahmegesuch bringe der Beschwerdeführer vor, dass sich seine berufliche Lage seit Erlass des bezirksgerichtlichen Urteils in entscheidender Weise geändert habe. Der Aufbau seiner neuen beruflichen Tätigkeit habe sich in ungeahnter Weise beschleunigt und intensiviert. Heute seien nennenswerte Institutionen sowie mehrere Arbeitsplätze im In- und Ausland direkt davon abhängig, ob er seine Berufstätigkeit fortsetzen und weiter ausbauen könne oder durch den Strafvollzug für ein volles Jahr daran gehindert werde. Aus diesem Grund ersuche er um Revision des Urteils und mache geltend, mit der seitherigen Entwicklung seiner Geschäftstätigkeit liege eine Tatsache vor, die dem erkennenden Gericht nicht bekannt gewesen bzw. welche neu sei und insofern eine mildere Bestrafung rechtfertige, als ein Normalvollzug seiner Freiheitsstrafe jedenfalls zu vermeiden sei. Zur Begründung seines Revisionsbegehrens rufe der Beschwerdeführer damit ausschliesslich Umstände an, welche sich nach der Fällung des bezirksgerichtlichen Urteils ergeben hätten. Solche nachträglichen Entwicklungen seien jedoch keine Revisionsgründe im Sinne des Gesetzes. Als neue Tatsachen oder Beweismittel fielen einzig Aspekte in Betracht, welche bereits vor der Urteilsfällung bestanden hätten, jedoch erst nachträglich entdeckt worden seien. Diese Voraussetzung erfüllten die vom Beschwerdeführer angeführten Faktoren offensichtlich nicht. Das Wiederaufnahmegesuch sei demnach unbegründet und abzuweisen (KG act. 2 S. 5).

2. Der Beschwerdeführer macht geltend, aus § 449 Ziff. 3 StPO ergebe sich nicht, dass die neue Tatsache oder das neue Beweismittel bereits im Zeitpunkt der Urteilsfällung bestanden haben müsste und nachträgliche Entwicklungen nicht berücksichtigt werden könnten. Nach dem Buchstaben des Gesetzes berechtigten alternativ sowohl neue Tatsachen wie auch neue Beweismittel zur Revision (KG act. 1 S. 4 lit. d). Mit der Verwendung der Begriffe "Umstände" und "Entwicklungen" lasse die Vorinstanz vermuten, dass sie die Argumente des Beschwerdeführers nicht sauber qualifiziert, sondern das Revisionsbegehren von vornherein als ohnehin aussichtslos beurteilt und nur noch eine passende Begründung für dessen Ablehnung gesucht habe. Tatsachen, welche bereits vor der Urteilsfällung

bestanden hätten, mangels Beweisen aber nicht berücksichtigt worden seien, berechtigten folglich zur Revision des Urteils, wenn neue Beweismittel bezüglich solcher bekannter Tatsachen vorlägen. Durch die mit dem Revisionsbegehren vorgelegten neuen Beweismittel erweise sich der dem bezirksgerichtlichen Urteil bezüglich der Bewährungsprognose zugrunde gelegte Sachverhalt als unrichtig, weshalb der Beschwerdeführer Revision verlangen könne, und zwar nicht aufgrund neuer Tatsachen, sondern aufgrund neuer Beweismittel, die sich auf die Bewährungsprognose bezögen, welche schon Gegenstand des früheren Urteils gewesen sei (KG act. 1 S. 5). Es seien neue Beweismittel für eine vom Gericht bloss im Umfang der damals relativ bescheidenen Beweismittel berücksichtigte Tatsache gegeben, welche eine mildere Bestrafung im Sinne von § 449 Ziff. 3 StPO erwarten liessen. Dieser Sachverhalt gebe dem Beschwerdeführer Anspruch auf Wiederaufnahme des Verfahrens. Indem die Vorinstanz sein diesbezügliches Begehren abgewiesen habe, habe sie einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 6 StPO gesetzt (KG act. 1 S. 6).

3. Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht zulässig, soweit gegen eine Entscheidung die Beschwerde in Strafsachen wegen Verletzung materiellen Gesetzesrechts des Bundes gegeben ist (§ 430b Abs. 1 StPO).

3.1. Gegen den angefochtenen obergerichtlichen Beschluss ist die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht zulässig (Art. 78 ff. BGG; vgl. auch die zutreffende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung in KG act. 2 S. 7). Mit dieser kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). § 430b StPO schliesst die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde auch dann aus, wenn der Mangel durch Verletzung inhaltlich gleichlautender Vorschriften des Bundesrechts und des kantonalen Rechts gesetzt worden sein soll. Das Kassationsgericht hat in verschiedenen Entscheiden festgestellt, dass Art. 397 aStGB inhaltlich mit § 449 Ziff. 3 StPO übereinstimme, weshalb auf die Rüge der Verletzung von § 449 Ziff. 3 StPO nicht einzutreten sei (ZR 83 [1984] Nr. 81 Erw. 2.b mit weiteren Hinweisen). Als im kantonalen Beschwerdeverfahren vorzubringender Nichtigkeitsgrund verbleibt in einem Revisionsverfahren lediglich noch die Rüge, bei der Frage der Bewilligung der Revision habe die Vorinstanz in

willkürlicher Würdigung der neuen Vorbringen den Beweiswert oder die Beweiskraft der neuen Tatsachen oder Beweismittel entweder unter dem Gesichtspunkt der Glaubhaftmachung oder des Beweises verneint (ZR 91/92 [1992/93] Nr. 11).

3.2. Zwar ist seit den zitierten Entscheiden das Strafgesetzbuch revidiert worden. Art. 397 aStGB gibt es nicht mehr. Dafür gibt es neu Art. 385 StGB. Dieser stimmt wörtlich mit Art. 397 aStGB überein. Durch die Gesetzesrevision vom 13. Dezember 2002, in Kraft seit dem 1. Januar 2007, wurde am Inhalt dieser Bestimmung nichts geändert. Ferner ist seit den zitierten Entscheiden die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts gemäss Art. 268 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege durch die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht gemäss Art. 78 ff. BGG ersetzt worden. Auch das brachte aber keine Änderung im Kognitionsbereich des Bundesgerichts betreffend eine Verletzung von Art. 397 aStGB bzw. 385 StGB. Schliesslich erfuhr im Zuge des Inkrafttretens des BGG auch § 430b Abs. 1 StPO eine Änderung. Auch dadurch änderte sich aber an der Kognition des Bundesgerichts betreffend eine Verletzung von Art. 385 StGB und an der daraus folgenden Unzulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde im Bereich der freien Kognition des Bundesgerichts nichts. Die in ZR 91/92 Nr. 11 dargelegte Rechtsprechung (vorstehend Erw. 3.1) gilt nach wie vor.

3.3. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend (richtigerweise, denn die Vorinstanz äusserte sich dazu gar nicht, sondern liess dies offen), die Vorinstanz habe den Beweiswert oder die Beweiskraft von geltend gemachten neuen Tatsachen oder Beweismitteln unter dem Gesichtspunkt der Glaubhaftmachung oder des Beweises verneint. Der Beschwerdeführer beanstandet vielmehr, dass die Vorinstanz die geltend gemachten Revisionsgründe als von vornherein gar nicht zu einer Revision berechtigend gewertet habe (weil gemäss Vorinstanz lediglich Tatsachen behauptet worden seien, welche erst nach Erlass des bezirksgerichtlichen Urteils entstanden seien, während sich gemäss Beschwerdeführer durch die mit dem Revisionsbegehren vorgelegten neuen Beweismittel der dem bezirksgerichtlichen Urteil vom 7. Oktober 2009 bezüglich der Bewährungsprognose zugrunde gelegte Sachverhalt als unrichtig erweise). Er verweist denn auch für

seine Auffassung auf Rechtsprechung (BGE 92 IV 79) und Lehre (Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht) zum materiellen Bundesrecht (KG act. 1 S. 5) und macht einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 6 StPO, also eine Verletzung materieller Gesetzesvorschriften geltend (KG act. 1 S. 6). Tatsächlich sind die Fragen, ob als Revisionsgründe (neue Tatsachen oder Beweismittel) einzig Aspekte in Betracht fallen, welche bereits vor der Urteilsfällung bestanden haben (so die Vorinstanz KG act. 2 S. 5), oder ob eine Revision auch möglich bzw. geboten ist, wenn sich eine Bewährungsprognose in einem Urteil durch ein Verhalten des Verurteilten (oder andere nach der Urteilsfällung eingetretene Tatsachen) nach dem Urteil nicht bestätigt oder gar als falsch erweist (so der Beschwerdeführer KG act. 1 S. 5 lit. f), Fragen der Anwendung des Bundesrechts. Diesbezüglich ist aber die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, wie dargelegt, nicht zulässig. Auf die Beschwerde kann deshalb nicht eingetreten werden.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 396a StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 800.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens 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 des Beschlusses der III. Strafkammer des Obergerichts vom 17. März 2010 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, an die 8. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich (DG090231) sowie zur Orientierung an das Amt für Justiz- und Strafvollzug des Kantons Zürich (Bewährungs- und Vollzugsdienste), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: