

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB140030-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, lic. iur. M. Langmeier  
und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos sowie der Gerichtsschreiber  
lic. iur. P. Rietmann

## **Beschluss vom 17. Juni 2014**

in Sachen

**Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**  
vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. U. Weder,

Anklägerin und I. Berufungsklägerin

gegen

**A.\_\_\_\_\_**,

Beschuldigter und II. Berufungskläger (Rückzug) sowie Anschlussberufungskläger  
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

betreffend

**schwere Körperverletzung etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom  
6. September 2013 (DG130029)**

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 6. September 2013 wurde der Beschuldigte von der Vorinstanz der mehrfachen schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 3 StGB schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 9 Jahren und 6 Monaten bestraft. Von der Anordnung einer von der Staatsanwaltschaft beantragten Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB wurde abgesehen (Urk. 182 S. 193 ff.). Am 9. September 2013 meldete die Staatsanwaltschaft gegen dieses Urteil Berufung an (Urk. 172) und reichte dem Obergericht am 24. Januar 2014 rechtzeitig die Berufungserklärung ein. Damit beschränkt die Staatsanwaltschaft die Berufung auf die Sanktion und beantragt, es sei in Aufhebung der Dispositivziffern 2 und 3 des vorinstanzlichen Urteils eine höhere Freiheitsstrafe auszufällen und eine Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB anzuordnen (Urk. 187).

2. Mit Eingabe vom 25. Februar 2014 liess der Beschuldigte – soweit im vorliegenden Zusammenhang interessierend – den Antrag stellen, es sei auf die Berufung der Staatsanwaltschaft nicht einzutreten. Zur Begründung führt der Verteidiger kurz zusammengefasst an, es würde gegen das Verbot der reformatio in peius verstossen, im Berufungsverfahren eine härtere Sanktion als im seinerzeit vom Kassationsgericht aufgehobenen Urteil des Geschworenengerichts vom 17. Dezember 2010 auszusprechen, wo – wie nun vorinstanzlich – ebenfalls auf eine Freiheitsstrafe von 9 Jahren und 6 Monaten und ein Absehen von einer Verwahrung erkannt worden war. Die Staatsanwaltschaft – so macht die Verteidigung geltend – verlange mit ihrer Berufung daher etwas Unmögliches (Urk. 193 S. 4/5).

Die Staatsanwaltschaft beantragt dagegen, es sei auf die Berufung einzutreten. Das von der Verteidigung angesprochene Verbot der reformatio in peius gelte im vorliegenden zweitinstanzlichen obergerichtlichen Verfahren nicht (Urk. 197 S. 2/3).

In weiteren Eingaben hielten die Parteien an ihren Auffassungen fest (Urk. 201; Urk. 206; Urk. 209).

3. Gemäss Art. 403 Abs. 1 StPO entscheidet das Berufungsgericht in einem schriftlichen Verfahren, ob auf die Berufung einzutreten sei, wenn eine Partei geltend macht, die Berufung sei unzulässig, es fehlten Prozessvoraussetzungen oder es lägen Prozesshindernisse vor. Indem die Verteidigung der Auffassung ist, die Staatsanwaltschaft verlange mit ihrer Berufung etwas Unmögliches, spricht sie dieser damit die Legitimation zur Erhebung der vorliegenden Berufung ab (vgl. dazu BSK StPO-Eugster, N. 2 ff. zu Art. 403 StPO m.w.H.).

4. Der deshalb nunmehr zu entscheidenden Frage liegt die folgende Ausgangslage zugrunde:

4.1. Mit Urteil vom 17. Dezember 2010 sprach das – inzwischen zufolge der Einführung der eidgenössischen StPO aufgehobene – Geschworenengericht des Kantons Zürich den Beschuldigten der mehrfachen schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 3 StGB schuldig und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 9 Jahren und 6 Monaten. Eine Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB wurde (bereits damals entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft: Urk. 125 S. 6) nicht angeordnet (Urk. 125 S. 154 f.). In der Folge wurde dieses Urteil auf eine Beschwerde des Beschuldigten vom – heute ebenfalls nicht mehr existierenden – Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 14. Mai 2012 aufgehoben und die Sache an das Bezirksgericht Pfäffikon zurückgewiesen, das nach Abschaffung des Geschworenengerichts an dessen Stelle getreten war (Urk. 141 S. 23). Grund für die Aufhebung war, dass nach Meinung des Kassationsgerichts die Verurteilung des Beschuldigten durch das Geschworenengericht in einzelnen Punkten gegen das Anklageprinzip gemäss § 162 der damals noch anwendbaren zürcherischen Strafprozessordnung vom 4. Mai 1919 (StPO/ZH) verstossen habe. Gegen den kassationsgerichtlichen Entscheid erhob die Oberstaatsanwaltschaft Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht. Dieses trat jedoch mit Urteil vom 6. November 2012 auf die Beschwerde nicht ein, weil die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG nicht gegeben waren (Urk. 143).

4.2. Nach dem damals geltenden zürcherischen Prozessrecht ergab sich nach einem Urteil des Geschworenengerichts eine Gabelung des Rechtsmittel-

weges: Wollte die Verletzung eidgenössischen Rechts gerügt werden, war eine Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichtes zu erheben, Verletzungen des (kantonalen) Prozessrechts waren demgegenüber zum Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde an das zürcherische Kassationsgericht zu machen (§§ 428 und 430 ff. StPO/ZH). Grundsätzlich waren diese beiden Rechtsmittel sofort nach der Eröffnung des geschworenengerichtlichen Urteils (bzw. innert der jeweils geltenden Beschwerdefristen: § 431 StPO/ZH und Art. 100 Abs. 1 BGG) zu erheben. Hatte jedoch eine Partei kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so begann ihr die Frist für die Erhebung der Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht gegen den Entscheid des Geschworenengerichts erst mit der Eröffnung des Entscheides der Kassationsinstanz zu laufen (Urk. 125 S. 156; Art. 100 Abs. 6 BGG in der zum Zeitpunkt des geschworenengerichtlichen Urteils geltenden Fassung).

4.3. Unbestrittenermassen hat die Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Geschworenengerichts vom 17. Dezember 2010 weder kantonale noch eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben. Wenn in der Folge weiterhin das kantonale Recht anwendbar geblieben und nicht durch die eidgenössische StPO ersetzt worden wäre, hätte deshalb nach der Gutheissung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde des Beschuldigten durch das Kassationsgericht und Rückweisung der Sache an das Geschworenengericht im neuerlichen Verfahren vor demselben das Verbot der *reformatio in peius* gemäss § 399 StPO/ZH gegolten (RKG 1996 36 Nr. 173; Schmid, Strafprozessrecht, Zürich 2004, 4. Auflage, Rz 988; Schmid, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N. 6 zu § 399 StPO/ZH; vgl. auch Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, Rz 1491). Das Geschworenengericht hätte also im neuen Urteil auf keine höhere Strafe als 9 Jahre und 6 Monate erkennen und auch keine Verwahrung anordnen können.

5.1. Die Vorinstanz hat diese Rechtslage grundsätzlich zutreffend erfasst (Urk. 182 S. 18/19) und daraus abgeleitet, dass das Verbot der *reformatio in peius* gegenüber dem ersten aufgehobenen Urteil des Geschworenengerichts auch für

ihr erstinstanzliches Verfahren gelte. Sie – die Vorinstanz – sei lediglich an die Stelle des mittlerweile abgeschafften Geschworenengerichts getreten und habe die Sache deshalb gerade nicht als erstes Gericht vollumfänglich frei zu beurteilen. Würde sie – so die Vorinstanz weiter – den Grundsatz des Verbots der reformatio in peius nicht beachten und eine höhere Strafe ausfällen sowie eine Verwahrung anordnen, würde der Beschuldigte härter als im ersten Urteil bestraft, obwohl er in den bisherigen Rechtsmittelverfahren obsiegt habe (Urk. 182 S. 19). In Umsetzung dieses Gedankens sprach die Vorinstanz mit einer Freiheitsstrafe von 9 Jahren und 6 Monaten dann "lediglich" diejenige Strafe aus, die bereits das Geschworenengericht ausgefällt hatte, obwohl sie eigentlich eine Freiheitsstrafe von 10 Jahren und 6 Monaten für angemessen erachtete (Urk. 182 S. 170). Und aus den gleichen Gründen sah die Vorinstanz von der Anordnung einer Verwahrung ab, obschon sie die Voraussetzungen einer Solchen für gegeben hielt (Urk. 182 S. 182).

5.2. Die Vorinstanz erwog dann weiter, es erwachse der Staatsanwaltschaft trotz dieser Ausgangslage kein Rechtsnachteil: Es stünden ihr nämlich seit der Einführung der eidgenössischen StPO zwei Rechtsmittelinstanzen zur Verfügung, wobei insbesondere zu berücksichtigen sei, dass dem Obergericht als Berufungsinstanz die volle Kognition zukomme. Im Gegensatz dazu habe die Staatsanwaltschaft gemäss der früheren kantonalen StPO lediglich die Möglichkeit gehabt, das Urteil des Geschworenengerichts an das Bundesgericht weiterzuziehen. Dies bedeute, dass die Staatsanwaltschaft im Verfahren bis dahin zwar noch nicht die Möglichkeit gehabt habe, die Fragen, ob eine höhere Strafe angemessen wäre und ob eine Verwahrung auszusprechen sei, von einer höheren Instanz beurteilen zu lassen. Diese Möglichkeit stehe ihr nun aber aufgrund des jetzt geltenden Instanzenzuges an das Obergericht zu.

6.1. Gegen diese Rechtsauffassung wendet sich die Verteidigung im Berufungsverfahren. Sie macht zur Begründung ihres Antrags auf Nichteintreten auf die Berufung der Staatsanwaltschaft geltend, es widerspräche der ratio legis des auch im eidgenössischen Prozessrecht festgeschriebenen Verschlechterungsver-

bots (Art. 391 Abs. 2 StPO), dieses nur im bezirksgerichtlichen, nicht aber im obergerichtlichen Verfahren gelten zu lassen. Indem die Staatsanwaltschaft das damalige Geschworenengerichtsurteil nicht angefochten habe, habe sie sich mit demselben abgefunden, und für die Anwendbarkeit von Art. 391 Abs. 2 StPO genüge der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft kein Rechtsmittel ergriffen habe. Es wäre – so die Verteidigung weiter – nicht nachvollziehbar, weshalb die Staatsanwaltschaft plötzlich von einer Gesetzesänderung und der Schaffung einer zusätzlichen kantonalen Instanz sollte profitieren können, obwohl sie das erstinstanzliche Urteil gar nicht angefochten habe. Wäre die eidgenössische StPO nämlich erst später in Kraft getreten, wäre das Geschworenengericht im Rückweisungsverfahren betreffend die höchstmögliche Sanktion und den Verzicht auf eine Verwahrung an das frühere Urteil gebunden gewesen. Das nun zufälligerweise früher in Kraft getretene neue Recht habe einzig zur Folge, dass anstelle der bisherigen einzigen ordentlichen Instanz (Geschworenengericht) neu zwei ordentliche kantonale Instanzen (Bezirksgericht, Obergericht) getreten seien (Urk. 193 S. 4/5).

6.2. Nach Ansicht der Staatsanwaltschaft gilt demgegenüber das Verbot der *reformatio in peius* im vorliegenden Berufungsverfahren nicht: Auf dieses sei gemäss Art. 453 Abs. 2 StPO die schweizerische StPO anwendbar. Danach sei das zur Überprüfung des bezirksgerichtlichen Urteils berufene Obergericht zwar grundsätzlich an das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO gebunden. Nachdem die Staatsanwaltschaft aber mit der vorliegenden Berufung ein Rechtsmittel zu Ungunsten des Beschuldigten ergriffen habe, gelte das Verschlechterungsverbot nicht. Aus dem im früheren Recht in § 399 StPO/ZH festgeschriebenen Verschlechterungsverbot könne im vorliegenden Verfahren zufolge der Anwendbarkeit des neuen Rechts nichts abgeleitet werden. Hinzu komme, dass der Staatsanwaltschaft gegen das seinerzeitige erstinstanzliche Urteil des Geschworenengerichts mit der kantonalen und der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde einzig zwei nicht vollkommene Rechtsmittel mit beschränkter Kognition zur Verfügung gestanden seien. Weder die Höhe der Strafe noch der Verzicht der Anordnung auf eine Verwahrung seien der kantonalen

Nichtigkeitsbeschwerde zugänglich gewesen, und eine Beschwerde an das Bundesgericht wäre zufolge der nur eingeschränkten Prüfungsbefugnis erfolglos gewesen. Es könne deshalb der Staatsanwaltschaft nicht zum Rechtsnachteil gereichen, wenn sie gegen das geschworenengerichtliche Urteil vom 17. Dezember 2010 bewusst kein Rechtsmittel ergriffen habe (Urk. 197 S. 2/3).

7.1. Die Auffassung der Verteidigung trifft zu: Entscheidend ist, dass über die ganze massgebliche Zeit hinweg das Verbot der *reformatio in peius* gegolten hat und noch immer gilt, insbesondere auch im Rückweisungsverfahren (vgl. zum alten Recht oben unter Erw. 4.3. und zum neuen Recht BSK StPO-Ziegler, N. 4 zu Art. 391 StPO und ZHK StPO-Lieber, N. 8 zu Art. 391 StPO m.w.H.). Dass dieser Grundsatz nun heute im Gegensatz zum Zeitpunkt des geschworenengerichtlichen Urteils nicht mehr in § 399 StPO/ZH, sondern in Art. 391 Abs. 2 StPO festgehalten ist, ist in Bezug auf den Gehalt dieser prozessualen Regelung jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung. Insbesondere ist es nicht etwa so, dass – wie die Staatsanwaltschaft der Meinung zu sein scheint – mit dem Inkrafttreten der eidgenössischen StPO quasi "der Zähler wieder auf Null gestellt" worden und die Frage der *reformatio in peius* ab jenem Zeitpunkt neu zu betrachten wäre: Das vorliegende Verfahren bleibt ungeachtet des zwischenzeitlichen Inkrafttretens der schweizerischen StPO ein Rückweisungsverfahren, und in einem solchen ist eben sowohl nach altem als auch nach neuem Recht das Verschlechterungsverbot zu beachten. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz gilt dies aber nicht nur für das erstinstanzliche Verfahren, sondern selbstredend auch für das Berufungsverfahren, welches letztlich nichts anderes als die Fortsetzung des bezirksgerichtlichen Verfahrens vor einer oberen Instanz ist und demzufolge sicher keinen weniger engen allfälligen prozessualen Schranken als jenes unterworfen sein kann. Dass mit der Berufung heute im Gegensatz zu früher ein Rechtsmittel mit voller Kognition zur Verfügung steht, steht mit dem Verschlechterungsverbot in keinem Zusammenhang. Denn dass dieses (auch) unter eidgenössischem Recht gelten soll, hat der Gesetzgeber – wie gesehen – eben gerade explizit bestimmt.

7.2. Im Sinne der Ausführungen der Verteidigung muss sich damit die Staatsanwaltschaft entgegen halten lassen, dass sie das seinerzeitige Urteil des Geschworenengerichts vom 17. Dezember 2010 nicht angefochten hat. Dadurch hat sie akzeptiert, dass gegen den Beschuldigten keine höhere Strafe als 9 Jahre und 6 Monate und keine Verwahrung ausgesprochen wird. Wäre sie damit nicht einverstanden gewesen, hätte sie die damals zur Verfügung gestandenen Rechtsmittel ergreifen müssen, und zwar unabhängig von deren gegenüber der heute möglichen Berufung eingeschränkten Kognition. Woraus die Staatsanwaltschaft schliesst, dass sie "im früheren kantonalrechtlichen Verfahren keine Möglichkeit hatte, eine Strafrechtsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht oder eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Zürcher Kassationsgericht einzureichen" (Urk. 206 S. 2) bzw. woher sie die Gewissheit nimmt, dass auf diese Beschwerden "unabhängig davon, ob sie inhaltlich erfolgreich gewesen wären, gar nicht erst eingetreten worden" wäre (ebd.), ist nicht ersichtlich. Von Solchem kann gegenteils keine Rede sein: natürlich hätte die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit gehabt, das geschworenengerichtliche Urteil im Rahmen der möglichen Beschwerdegründe beim Kassations- und/oder Bundesgericht anzufechten.

8. Dass das Obergericht im vorliegenden Berufungsverfahren im Sinne der entsprechenden Anträge der Staatsanwaltschaft eine höhere Freiheitsstrafe als 9 Jahre und 6 Monate sowie eine Verwahrung aussprechen könnte, ist deshalb aufgrund des gegenüber dem geschworenengerichtlichen Urteil vom 17. Dezember 2010 nach wie vor bestehenden Verschlechterungsverbots ausgeschlossen. Wie die Verteidigung richtig schreibt, verlangt die Staatsanwaltschaft damit etwas Unmögliches. Es fehlt der Staatsanwaltschaft deshalb an der Legitimation der von ihr erhobenen Berufung. Auf die Berufung ist nicht einzutreten. Damit fällt auch die von der Verteidigung eventualiter erhobene Anschlussberufung (Urk. 193 S. 2/3) dahin (Art. 401 Abs. 3 StPO).

9. Ausgangsgemäss (vgl. dazu Art. 428 Abs. 1 StPO) sind die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich jener der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen.

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die im Sinne der Berufungserklärung vom 24. Januar 2014 beschränkte Berufung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 9'469.35 amtliche Verteidigung
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
  - die Privatklägerschaft 1
  - RA in lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin 2sowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an die Vorinstanz
5. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Strafkammer

Zürich, 17. Juni 2014

Der Präsident:

lic. iur. P. Marti

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Rietmann