



Kass.-Nr. AC050044/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

Zirkulationsbeschluss vom 5. Juli 2005

in Sachen

X.

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

substituiert durch Fürsprecherin lic. iur. _____, daselbst

gegen

1. **Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin 1

vertreten durch die Leitende Staatsanwältin Dr. iur. Ursula Frauenfelder Nohl, Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, Postfach, 8026 Zürich

2. **Y.**

Geschädigter und Beschwerdegegner 2

betreffend

einfache Körperverletzung etc. und Widerruf

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 09. Dezember 2004 (SB040570/U/eh)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. X. (nachfolgend Beschwerdeführer) wurde mit Urteil des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirksgerichts _____ (Erstinstanz) vom 21. Oktober 2004 der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 Abs. 1 StGB und der groben Verletzung einer Verkehrsregel im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG in Verbindung mit Art. 4a Abs. 1 lit. a VRV schuldig gesprochen und mit 3 Monaten Gefängnis (1 Tag durch Polizeihaft erstanden) und einer Busse von Fr. 600.-- bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre angesetzt. Zudem verwies der Einzelrichter das Schadenersatzbegehren des Geschädigten Y. (Beschwerdegegner 2; nachfolgend Geschädigter) auf den Zivilweg, verpflichtete den Beschwerdeführer aber zur Zahlung einer Genugtuung von Fr. 2'000.-- an den Geschädigten. Mit Entscheidung vom gleichen Tag verfügte der Einzelrichter einerseits den Vollzug der mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 4. Dezember 2001 ausgefallten Strafe von 30 Tagen Gefängnis. Andererseits wurde ein beschlagnahmtes Metallrohr eingezogen und der Bezirksgerichtskasse zur Vernichtung überlassen (ER act. 30).

2. Auf Berufung des Beschwerdeführers hin (ER Prot. S. 12), sprach ihn die I. Strafkammer des Obergerichts (Vorinstanz) mit Urteil vom 9. Dezember 2004 der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 Abs. 1 und 2 StGB und der groben Verletzung einer Verkehrsregel im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG in Verbindung mit Art. 4a Abs. 1 lit. a VRV schuldig. Die Berufungsinstanz fällte eine Freiheitsstrafe von 45 Tagen Gefängnis und eine Busse von Fr. 600.-- aus, wobei der Vollzug der Gefängnisstrafe aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt wurde. In Bezug auf die Zivilforderungen des Geschädigten entschied die Vorinstanz, das Schadenersatzbegehren werde auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen, der Beschwerdeführer werde aber verpflichtet, dem Geschädigten eine Genugtuung von Fr. 1'000.-- zu bezahlen. Im Mehrbetrag wurde die Genugtuungsforderung des Geschädigten abge-

wiesen. Die I. Strafkammer beschloss im Weiteren ebenfalls den Vollzug der 30-tägigen Gefängnisstrafe (Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 4. Dezember 2001) sowie das Einziehen und Vernichten des beschlagnahmten Metallrohrs (OG act. 38 bzw. KG act. 2).

3. Gegen den Entscheid des Obergerichts liess der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde anmelden (OG act. 41 bzw. KG act. 6) und begründen (KG act. 1). Mit Verfügung des Vizepräsidenten des Kassationsgerichts vom 29. März 2005 wurde der Verteidiger des Beschwerdeführers aufgefordert, in Bezug auf die nicht (erkennbar) von einem der mandatierten Rechtsanwälte (vgl. KG act. 3) unterzeichnete Beschwerdeanmeldung bzw. Beschwerdeschrift eine Substitutionsvollmacht oder Genehmigung nachzureichen. Am 8. April 2005 ging eine von Rechtsanwalt ____ unterzeichnete, mit der zunächst eingereichten Eingabe übereinstimmende Beschwerdebegründung ein (KG act. 17). Auf dieses Aktenstück wird im Folgenden verwiesen. Mit Schreiben vom 15. April 2005 teilte Rechtsanwalt ____ sodann mit, die Beschwerdeanmeldung sei (ordnungsgemäss) von Rechtsanwalt ____ unterzeichnet worden (KG act. 19).

Der Beschwerdeführer lässt folgende Rechtsbegehren stellen (KG act. 17 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 09.12.2004 aufzuheben;
2. Es sei der Beschwerdeführer wegen grober Verletzung einer Verkehrsregel im Sinne von Art. 90 Ziffer 2 SVG i.V.m. Art. 4a Abs. 1 lit. a VRV schuldig zu sprechen und mit einer Busse von Fr. 600.-- zu bestrafen;
3. Es sei der Beschwerdeführer vom Vorwurf der einfachen Körperverletzung freizusprechen;
4. Die Schadenersatzbegehren des Geschädigten Y. [recte: ____] seien auf den Zivilweg zu verweisen, eventuell abzuweisen;
5. Das Genugtuungsbegehren des Geschädigten Y. sei zurückzuweisen, eventuell abzuweisen;
6. Die mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft ____ vom 04.12.2001 ausgefallte Strafe von 30 Tagen Gefängnis bedingt sei nicht zu widerrufen;
7. Das mit Verfügung der Bezirksanwaltschaft ____ vom 15.06.2004 beschlagnahmte Metallrohr (Sachkaution Nr. 15797) sei einzuziehen und zu vernichten;

8. **Eventualiter:** Es sei die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
9. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates."

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung (KG act. 13), die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (Beschwerdegegnerin 1) auf Beschwerdeantwort (KG act. 15) verzichtet. Vom Geschädigten ging ebenfalls keine Beschwerdeantwort ein.

4. Der Beschwerdeführer hat auch die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben (OG act. 49; 50/1-2).

II.

1. Vorauszuschicken ist, dass die Nachtrags-Anklageschrift vom 14. Oktober 2004 (ER act. 25 bzw. ND 2 act. 8) insoweit im vorliegenden Verfahren nicht von Interesse ist, als im Zusammenhang mit dem Vorwurf der groben Verletzung von Verkehrsregeln keine Nichtigkeitsgründe geltend gemacht werden.

In der Anklageschrift vom 15. Juni 2004 wird dem Beschwerdeführer vorgeworfen, er habe am Vormittag des 30. Juli 2003 beim Taxistandplatz an der ____strasse 0 in A. im Verlauf einer zunächst verbalen Auseinandersetzung und nachdem der Geschädigte Y. mit einem Pfefferspray in Richtung des Gesichts des Beschwerdeführers gesprayed habe, mit einem Metallrohr mehrmals auf den Geschädigten eingeschlagen und ihn dabei am linken Unterarm, an der linken Gesässhälfte und am linken Oberschenkel getroffen und verletzt (ER act. 25).

2. Der Beschwerdeführer ist zusammengefasst der Meinung, hinsichtlich der Verurteilung wegen einfacher Körperverletzung habe die Vorinstanz zwar zu Recht eine Notwehrsituation bejaht, jedoch in willkürlicher Weise angenommen, es habe ein Notwehrexzess vorgelegen. Damit verletze sie gesetzliche Prozessformen zu seinem Nachteil und setze einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO (KG act. 17 S. 5).

Anzumerken ist, dass der Beschwerdeführer (auch) im eidgenössischen Beschwerdeverfahren eine falsche Anwendung von Art. 33 StGB rügt (OG act. 50/2 S. 3 und S. 6 ff.).

3. a) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 430 Abs. 2 StPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Es schadet dem Beschwerdeführer (nach dem Grundsatz "iura novit curia") aber nicht, wenn er den geltend gemachten Kassationsgrund rechtlich falsch subsumiert hat, oder wenn er nicht angegeben hat, auf welche Ziffer von § 430 StPO er sich beruft. (ZR 91/92 Nr. 6; vgl. auch BGE 127 I 42 E. 3b sowie ZR 81 Nr. 88 E. 6; Schmid, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 32 zu § 430; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 16 ff.).

b) Die Frage, unter welchen Voraussetzungen von Notwehr bzw. Notwehrüberschreitung/Notwehrexzess auszugehen ist, beurteilt sich ausschliesslich nach Art. 33 StGB und somit nach dem materiellen Bundesrecht. Auch die Frage, ob die Vorinstanz bezüglich der Begriffe des Notwehrexzesses oder der entschuldbaren Aufregung einen falschen bzw. zu hohen Massstab angelegt hat, beurteilt sich ausschliesslich nach Art. 33 Abs. 2 StGB (bzw. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dazu) und somit ebenfalls nach dem materiellen Bundesrecht. In diesem Zusammenhang kann im eidgenössischen Beschwerdeverfahren auch Willkür in der materiellen Rechtsanwendung geltend gemacht werden. Von Auslegung und Anwendung des eidgenössischen Rechts hängt auch ab, welche Aspekte in diesem Zusammenhang massgebend sind. Mit anderen Worten sind

die Fragen, ob die Vorinstanz zu Unrecht vom Vorliegen eines Notwehrexzesses ausging bzw. ob sie bei der Prüfung dieser Thematik die wesentlichen Kriterien berücksichtigt hat, ausschliesslich vom Bundesrecht beherrscht. Diese Fragen können im kantonalen Kassationsverfahren auf Grund von § 430b Abs. 1 StPO nicht überprüft werden, weil sie im vorliegenden Fall mittels eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde aufgeworfen werden können. Hinzuweisen ist auch auf Art. 277 BStP und somit darauf, dass der Kassationshof des Bundesgerichts im Rahmen der Behandlung einer eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde die Sache an die kantonale Behörde zurückweisen kann, wenn der Entscheid an derartigen Mängeln leidet, dass die Anwendung von Bundesrecht nicht überprüft werden kann; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der kantonale Sachrichter im Rahmen der Anwendung von materiellem Bundesrecht den Entscheid nicht hinreichend begründet oder wesentliche Aspekte nicht berücksichtigt hat.

4. Wie im Folgenden aufzuzeigen sein wird, wird die von der Beschwerdeschrift hauptsächlich behandelte Thematik des Bejahens oder Verneinens eines Notwehrexzesses (KG act. 17 S. 7 ff.) vom Bundesrecht beherrscht, mithin macht der Beschwerdeführer bei richtiger Betrachtung überwiegend Willkür in der materiellen Rechtsanwendung geltend.

Der Beschwerdeführer führt an, in der Regel hätten Pfeffersprays eine erheblich grössere Reichweite, als die von der Vorinstanz angenommenen ca. 50-80 cm (KG act. 17 S. 7). Dieser Einwand erweise sich - läge eine im kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfende Rüge vor - als nicht genügend substantiiert. Wie vorstehend erwähnt (Ziff. II.3.a), genügt es den Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht, einer Annahme der Vorinstanz lediglich seine eigene Behauptung entgegenzuhalten. Auf die Rüge ist damit nicht einzutreten, weshalb sich weitere Ausführungen zu den vom Beschwerdeführer gezogenen Folgerungen aus seiner Behauptung erübrigen.

Nicht eingetreten werden kann nach dem Gesagten (Ziff. II.3.b) auf das Vorbringen, das Obergericht habe zu subtile Überlegungen darüber angestellt, ob der Beschwerdeführer sich nicht allenfalls auch mit anderen, weniger einschneidenden Massnahmen hätte begnügen können und sollen (KG act. 17 S. 7 und 8). Diese Thematik wird vom materiellen Bundesrecht beherrscht.

Wenn der Beschwerdeführer weiter einwendet, die Vorinstanz habe den Beginn der Notwehrsituation in willkürlicher Weise viel zu spät angesetzt, denn bereits das Anheben und Drohen mit dem Stuhl seitens des Geschädigten habe ihn zur Notwehr berechtigt (KG act. 17 S. 8 unten), so beurteilt sich auch dies nach materiellem Bundesrecht. Der Vollständigkeit halber ist immerhin festzuhalten, dass die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht als erstellt betrachtete, dass der Geschädigte einen Stuhl in der Hand hatte und den Beschwerdeführer damit provozierte bzw. bedrohte. Nachdem der Geschädigte den Stuhl wieder hingestellt habe, sei er zu seinem Auto geeilt, um sich zu bewaffnen. Ebenso der Beschwerdeführer, der befürchtet habe, der Geschädigte könnte eine Waffe holen. Dann sei es zum Show-Down gekommen, als beide aufeinander losgegangen seien: Zuerst habe der Geschädigte gesprayed und dann der Beschwerdeführer geschlagen (KG act. 2 S. 10). Ob das Obergericht aus diesem Sachverhalt die rechtlich richtigen Schlüsse zog, ist im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht zu prüfen. Dasselbe gilt für die Kritik des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine entschuldbare Aufregung seinerseits verneint (KG act. 17 S. 8/9).

Schliesslich rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe sein Vorleben im Rahmen der Beurteilung der Angemessenheit seines Verhaltens in unzulässiger Weise berücksichtigt (KG act. 17 S. 9). Damit wird geltend gemacht, in die Beurteilung des Vorliegens eines Notwehrexzesses sei ein nicht massgeblicher Aspekt eingeflossen. Auch diese Frage ist aber der Überprüfung im kantonalen Beschwerdeverfahren entzogen (vgl. Ziff. II.3.b vorstehend).

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann. Weiterungen bezüglich der Ziffern II.6. (Vollzug der gemäss Strafbefehl vom 4. Dezember 2001 ausgefallten 30-tägigen Gefängnisstrafe) und II.7. (Zivilforderungen) der Beschwerdeschrift (KG act. 17 S. 9/10), mit welchen der Beschwerdeführer keine Nichtigkeitsgründe geltend macht, sondern Ausführungen in der Sache im Falle eines (teilweisen) Freispruchs vorträgt, erübrigen sich.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 396a StPO), jedoch - wie dies bereits die Vorinstanz getan hat (KG act. 2 S. 25 und 27) - in Anbetracht seiner finanziellen und persönlichen Verhältnisse (vgl. OG Prot. S. 3 und 4) einstweilen abzuschreiben (§ 190a StPO).

Der Geschädigte hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt, weshalb er nicht als obsiegende Partei zu betrachten ist. Ein Anspruch auf Entschädigung entfällt.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 219.-- Schreibgebühren,
Fr. 228.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch einstweilen abgeschrieben.
4. Prozessentschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Einzelrichteramt für Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichts _____ (Proz.-Nr. GG040419), das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Bewährungs- und Vollzugsdienste) sowie das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

Die juristische Sekretärin: