



Kass.-Nr. AC050108/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 15. Februar 2006

in Sachen

X.,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

verteidigt durch Rechtsanwältin A.

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch den Leitenden Oberstaatsanwalt Dr. iur. Andreas Brunner, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich

betreffend **Wiederaufnahme**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Revisionskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. Juni 2005 (UW050001/U/ml)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die II. Strafkammer des Obergerichts hat X. mit Urteil vom 26. Februar 2002 der Veruntreuung im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB sowie der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 46 Abs. 1 lit. a, d und i des Bankengesetzes für schuldig befunden und mit 3 ½ Jahren Gefängnis (abzüglich 613 Tage Auslieferungs- und Untersuchungshaft) bestraft. Weiter verwies sie den Angeklagten für die Dauer von 8 Jahren des Landes, wobei der Vollzug dieser Nebenstrafe nicht aufgeschoben wurde. Die gegen das obergerichtliche Urteil eingelegte kantonale und eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde hat das Kassationsgericht mit Beschluss vom 28. September 2003 bzw. der Kassationshof des Bundesgerichts mit Urteil vom 6. Januar 2004 abgewiesen, soweit sie darauf eintraten.

Der Entscheid der II. Strafkammer des Obergerichts vom 26. Februar 2002 ist rechtskräftig und vollstreckbar. Das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich bot den Verurteilten auf den 28. Februar 2005 zum Vollzug der 3 ½ - jährigen Gefängnisstrafe auf.

Mit Eingabe vom 21. Februar 2005 liess X. ein Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens stellen. Der damit verbundene Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wies der Präsident der Revisionskammer des Obergerichts mit Verfügung vom 25. Februar 2005 ab (vgl. OG act. 8).

Schliesslich wies die Revisionskammer des Obergerichts mit Beschluss vom 14. Juni 2005 auch das Wiederaufnahmegesuch ab, soweit sie darauf eintrat (vgl. OG act. 13=KG act. 2).

2. Gegen den Revisionsentscheid liess X. (nachfolgend Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde anmelden, welche seine Verteidigerin innert Frist begründet hat mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons

Zürich (Beschwerdegegnerin) verzichteten auf Vernehmlassung bzw. Beschwerdeantwort (vgl. KG act. 9 und 10).

II.

Mit Blick auf das auf den 1. Januar 2005 in Kraft getretene Gesetz über die Teilrevision der Zürcher Strafprozessordnung (StPO) vom 27. Januar 2003 stellt sich vorab die Frage nach der Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gegen Revisionsentscheide. Die neue StPO statuiert die Beschränkung des kantonalen Rechtsmittelzuges in allen Straffällen auf eine Rechtsmittelinstanz. Entsprechend bestimmt (*rev*)§ 428 StPO, dass die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht nur noch gegen Urteile und Erledigungsbeschlüsse des Geschworenengerichts und des Obergerichts *als erster Instanz* zur Verfügung steht. Nicht mehr möglich ist somit der Weiterzug an das Kassationsgericht gegen zweitinstanzliche obergerichtliche Urteile und Erledigungsbeschlüsse. Nicht so gleich beantworten lässt sich im Lichte der neuen Regelung indessen die Frage, ob Revisionsentscheide des Obergerichts mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden können. Die Revision stellt selber ein Rechtsmittel dar und die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Revisionsentscheid müsste daher quasi *per definitionem* ausgeschlossen sein, da (wie gesagt) nach neuer StPO nur noch eine Rechtsmittelinstanz zur Verfügung stehen soll. Diese Betrachtungsweise greift aber zu kurz. Für die Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gegen Revisionsentscheide spricht, dass im Revisionsverfahren das Sachurteil als solches nicht überprüft wird, sondern es allein um die Frage geht, ob eine neue revisionstaugliche Tatsache vorliegt oder nicht. Dabei entscheidet das Obergericht - soweit es nicht um Urteile des Kassationsgerichts im Sinne von § 437 StPO geht - immer *als erste Instanz* (vgl. § 439 Abs. 1 StPO) und nicht als Rechtsmittelinstanz. Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde muss also gegen Revisionsentscheide des Obergerichts möglich sein (vgl. bereits LIEBER, Nur noch eine Rechtsmittelinstanz im Zürcher Strafprozess, plädoyer 2/05, S. 38).

Aus den Gesetzesmaterialien zur Teilrevision der Strafprozessordnung vom 27. Januar 2003 ergibt sich - soweit ersichtlich - kein abweichender Wille des Gesetzgebers. Offenbar wurde dieser Fragenkomplex bei der Diskussion um (rev)§ 428 StPO nicht speziell thematisiert, ähnlich wie z.B. § 3 Abs. 2 der Schlussbestimmungen zum Gesetz über die Teilrevision der Zürcher Strafprozessordnung, welcher die Frage der intertemporalrechtlichen Regelung des Weiterzugs von Rekursentscheiden nicht beantwortet hat. Anzuführen ist schliesslich, dass das Kassationsgericht in einem neueren Entscheid auch die Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen in einem sogenannten Nachverfahren gefällten Entscheid der III. Strafkammer des Obergerichts bejaht hatte. Letztere hatte ein Berufungsurteil der II. Strafkammer dahingehend abgeändert, dass anstelle der in Ziffer 3 des Urteils beschlossenen Einweisung des Verurteilten in eine Trinkerheilanstalt eine strafbegleitend zu vollziehende ambulante Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 StGB angeordnet wurde. Bei einem solchen urteilsabändernden Beschluss handelt es sich um einen Erledigungsbeschluss in einem sog. Nachverfahren und diesen Entscheid hatte das Obergericht - vergleichbar mit dem vorliegenden Fall - als erste Instanz gefällt (vgl. AC050034, Beschluss vom 23. Juni 2005, in Sachen L., E. II/1, m.w.H. [zur Publikation in der ZR vorgesehen]).

III.

1. a) Der Beschwerdeführer verlangte mit seinem Revisionsgesuch die Zeugeneinvernahme von Z. Mit Hilfe dieses Zeugen wollte er die tatsächlichen Feststellungen erschüttern, welche der Verurteilung wegen Veruntreuung zugrunde lagen. Konkret strebte er den Nachweis an, dass er tatsächlich immer der Meinung gewesen sei, es habe sich bei den DM 63 Mio. um eine Provision der Gesellschaft für Geld- und Kapitalverkehr mbH und nicht - wie im Urteil als erstellt betrachtet - um eine Festgeldanlage der Evangelischen Darlehensgenossenschaft mbH gehandelt. Im Rahmen der Begründung dieses Begehrens verwies der Be-

schwerdeführer insbesondere auf eine schriftliche Bestätigung von Z. vom 1. September 2004.

b) Die Revisionsinstanz prüfte im angefochtenen Entscheid, ob die Zeugenaussage von Z. geeignet wäre, die der Verurteilung zugrunde liegenden Feststellungen so zu erschüttern, dass nach dem veränderten Sachverhalt ein milderer Urteil möglich wäre. Dabei unterstellte sie, dass die Zeugenaussage von Z. der schriftlichen Bestätigung vom 1. September 2004 entsprechen würde (vgl. KG act. 2 S. 6-9). Im Ergebnis hielt die Revisionsinstanz indessen fest, dass die aufgrund der Bestätigung zu erwartende Zeugenaussage keine Veränderung des massgeblichen, dem Urteil zugrunde gelegten Sachverhalts zu begründen vermöge (vgl. KG act. 2 S. 9).

2. Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, in unzulässiger Weise unterstellt zu haben, Z. sage als Zeuge genau das aus, was er in seiner schriftlichen Bestätigung festgehalten habe. Z. habe in seiner Bestätigung nicht alles ausgeführt, was er zur fraglichen Angelegenheit sagen könne. Der Zeuge könne nicht wissen, was im vorliegenden Verfahren wirklich relevant sei. Im Rahmen einer formellen Zeugenbefragung stünde den Parteien auch die Möglichkeit offen, klärende Fragen zum Sachverhalt zu stellen. Die Vorinstanz räume selber ein, die Schilderungen von Z. könnten ein gewisses Indiz dafür sein, dass der Beschwerdeführer nicht direkt in das fragliche Geschäft involviert gewesen sei. Gerade wenn es derart "auf der Kippe" sei, ob die Ausführungen eines neuen Zeugen relevant genug seien oder nicht, dürfe die Vorinstanz nicht einfach annehmen, dieser Zeuge hätte in seiner Befragung genau und nur das ausgeführt, was er in der Bestätigung festgehalten habe. Dies stelle eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung dar und verletze § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO.

3. a) Das Revisionsverfahren unterscheidet sich in grundsätzlicher Hinsicht vom ordentlichen Strafverfahren. Namentlich die Unschuldsvermutung bzw. der Grundsatz in dubio pro reo findet auf das Bewilligungsverfahren der Revision keine Anwendung, sondern es gilt "im Zweifel für die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids". Der Gesuchsteller muss die Revisionsgründe daher selbst ermitteln, im Gesuch genau darlegen und in einem Mindestmass glaubhaft machen bzw.

belegen können. Die Revisionsinstanz muss weder unter Beachtung der Officialmaxime selbst nach Revisionsgründen suchen bzw. ein zu wenig substantiiertes Gesuch ergänzen noch auf nicht geltend gemachte Gründe greifen. Wer sich auf neue Beweismittel beruft, hat anzugeben, in welche Richtung sie eine neue Situation schaffen können. Bei neuen Zeugen sind z.B. schriftliche Bestätigungen beizubringen (vgl. SCHMID, in Donatsch/Schmid, Kommentar StPO ZH, Zürich 1996, N 4 und 19 zu § 439 StPO m.w.H.).

b) Im Lichte der eben umschriebenen Substantiierungsanforderungen an ein Revisionsgesuch und aufgrund der Besonderheiten des Revisionsverfahrens ist es nicht zu beanstanden, wenn die Revisionsinstanz im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung lediglich von jenen behaupteten Tatsachen ausging, welche sich aus der schriftlichen Bestätigung Z. vom 1. September 2004 ergaben. Der Beschwerdeführer kann sich namentlich nicht darauf berufen, dass er im Falle einer formellen Befragung von Z. mittels Stellen von Ergänzungsfragen (möglicherweise) weitergehende Informationen hätte erhältlich machen können, welche für die Bejahung einer Wiederaufnahme gesprochen hätten. Wie gesagt, hat es an ihm gelegen, die Revisionsgründe zu ermitteln und im Gesuch in tatsächlicher Hinsicht zu substantiieren. Dass Z. zur fraglichen Angelegenheit mehr hätte aussagen können, als er in seiner schriftlichen Bestätigung erklärt hatte, mag sein. Dieser Umstand gereicht der Vorinstanz indessen nicht zum Vorwurf. Sie durfte grundsätzlich davon ausgehen, dass sich Z. in der schriftlichen Bestätigung zur fraglichen Angelegenheit erschöpfend geäußert hatte, und sie war auch nicht gehalten, von sich aus nach weiteren (möglicherweise entlastenden) Angaben zu forschen. Schliesslich behauptet der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift nicht, dass die Revisionsinstanz die schriftliche Bestätigung unzutreffend wiedergegeben habe.

c) Das vorinstanzliche Vorgehen stellt nach dem Gesagten keine Verletzung gesetzlicher Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO zum Nachteil des Beschwerdeführers dar. Dies führt zur Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

IV.

Die Kosten des Kassationsverfahrens werden ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer auferlegt (vgl. § 396a StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 168.-- Schreibgebühren,
Fr. 152.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Revisionskammer (ad UW050001) und die II. Strafkammer (ad SB010062) des Obergerichts des Kantons Zürich sowie das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Strafvollzug, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: