



Kass.-Nr. AC060037/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der juristische Sekretär Titus Graf

Zirkulationsbeschluss vom 29. Mai 2007

in Sachen

X.,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch den Leitenden Staatsanwalt lic. iur. Renato Walty,
Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich, Selnaustr. 32, Postfach, 8039 Zürich

betreffend

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Mai 2006 (SB060025/U/jv)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. September 2003 wurde X. (nachfolgend Beschwerdeführer) der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 BetmG in Verbindung mit Art. 25 StGB und der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 und 6 BetmG, je in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG, sowie der Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und mit 30 Monaten Gefängnis, abzüglich der erstandenen Polizei- und Untersuchungshaft von 365 Tagen, bestraft. In einzelnen Anklagepunkten (I/2.2, I/2.3, I/2.5, I/2.6 und I/4.2), alle den unerlaubten Umgang mit Drogen betreffend, wurde der Beschwerdeführer freigesprochen. Zuzufolge Verjährung wurde auf den Vorwurf der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes mittels Beschluss nicht eingetreten. Zudem traf die Erstinstanz in einem weiteren Beschluss Anordnungen betreffend der eingezogenen bzw. beschlagnahmten Gelder und Gegenstände (BG act. 83).

2. Gegen dieses Urteil liess der Beschwerdeführer Berufung erklären (BG act. 80). Die I. Strafkammer des Obergerichtes bestätigte das erstinstanzliche Erkenntnis in ihrem Urteil vom 1. Juli 2004 sowohl im Schuld- als auch im Strafpunkt. Auch die Beschlüsse der Erstinstanz wurden bestätigt (OG act. 91).

3. Der obergerichtliche Entscheid vom 1. Juli 2004 wurde vom Beschwerdeführer beim Kassationsgericht und beim Kassationshof des Bundesgerichtes angefochten. Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wurde mit Beschluss vom 18. Juli 2005 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wurde in Bezug auf Anklageziffer I/2.4 teilweise gutgeheissen und das obergerichtliche Urteil aufgehoben; im Übrigen (d.h. hinsichtlich der sich auf die Schuldsprüche bezüglich der Anklageziffern I/4.4 und I/5 beziehenden Rügen) wurde die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten war (OG act. 106).

4. Am 31. Mai 2006 fällte die I. Strafkammer des Obergerichtes den neuen Entscheid (Urteil und Beschluss). Im Urteil erwog die I. Strafkammer unter der Überschrift "Prozessuales" unter anderem, das Bundesgericht habe ihr früheres Urteil nur bezüglich der Verurteilung in Anklageziffer I/2.4 aufgehoben, weshalb nur dazu und zu den damit konnexen Punkten (Strafmass, Kosten) Stellung zu nehmen sei; um das Urteil dennoch als Einheit erscheinen zu lassen, würden die übrigen Erwägungen integral aus dem früheren Entscheid übernommen (Urteil Ziff. 4 und 6, S. 7; vgl. auch Ziff. 7, S. 8). Hinsichtlich Anklageziffer I/2.4 erging ein Freispruch. Die Strafe wurde neu auf 25 Monate Gefängnis festgesetzt, unter Anrechnung der erstandenen Haft. Zudem entschied die I. Strafkammer neu über die Kostenfolgen. Im Übrigen übernahm sie die früheren Dispositivziffern von Urteil und Beschluss betreffend Gelder und Gegenständen in den Entscheid vom 31. Mai 2006 (OG act. 116).

5.1 Auch bezüglich dieses Entscheides hat der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet (OG act. 119) und dieses Rechtsmittel fristwährend begründet (KG act. 1). Er stellt die folgenden Anträge:

- "1. Es sei das Urteil und der Beschluss des Obergerichts, I. Strafkammer, vom 31. Mai 2006 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Die Kosten des kassationsgerichtlichen Verfahrens, inklusive jene der amtlichen Verteidigung, seien auf die Staatskasse zu nehmen."

5.2 Die Vorinstanz hat eine Vernehmlassung zur Beschwerde eingereicht (KG act. 10), wozu der Beschwerdeführer Stellung nahm (KG act. 14). Die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin) hat auf Beschwerdeantwort verzichtet (KG act. 9).

6. Der Beschwerdeführer hat gegen den obergerichtlichen Entscheid vom 31. Mai 2006 auch eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichtes erhoben (OG act. 123/2). Mit Urteil vom 6. Oktober 2006 trat der Kassationshof auf dieses Rechtsmittel mangels Leistung des Kostenvorschusses nicht ein (KG act. 13).

II.

1. Vorab ist zu bemerken, dass grundsätzlich (auch) gegen den obergerichtlichen Entscheid vom 31. Mai 2006 kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen werden kann, weil die Berufung vor dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Teilrevision der Strafprozessgesetzgebung vom 27. Januar 2003 erklärt wurde (vgl. auch Urteil Ziff. 8, S. 8).

2.1 Der Beschwerdeführer rügt, der vorinstanzliche Schuldspruch bezüglich Anklageziffer I/5 verletze das Anklageprinzip und damit gesetzliche Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO (Beschwerde Ziff. III, S. 4-6). Hinsichtlich desselben Schuldspruches hatte er bereits im ersten kantonalen Kassationsverfahren eine Verletzung des Anklagegrundsatzes gerügt.

2.2 Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung unter Hinweis auf § 104a Abs. 2 GVG aus, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, weil der Beschwerdeführer mit Rügen ausgeschlossen sei, die er im ersten Kassationsverfahren nicht vorgebracht habe bzw. welche abgewiesen worden seien (KG act. 10).

In seiner Stellungnahme hält der Beschwerdeführer zusammengefasst dafür, das Kassationsgericht habe im ersten Beschwerdeverfahren die von ihm bereits damals erhobene Rüge der Verletzung des Anklageprinzipes bezüglich des Schuldspruches wegen Anklageziffer I/5 nur teilweise geprüft, weshalb § 104a Abs. 2 GVG der erneut vorgebrachten Rüge nicht entgegenstehe (KG act. 14).

2.3 Losgelöst von dieser Thematik stellt sich die Frage, ob auf die genannte Rüge eingetreten werden kann. Wie erwähnt, vertritt die Vorinstanz in ihrem Entscheid die Rechtsauffassung, der Kassationshof des Bundesgerichtes habe ihr früheres Urteil ausschliesslich in Bezug auf Anklageziffer I/2.4 aufgehoben, weshalb nur insoweit und den damit konnexen Punkten (Strafmass, Kosten) Stellung zu nehmen sei; um das Urteil dennoch als Einheit erscheinen zu lassen, würden die übrigen Erwägungen integral aus dem früheren Entscheid übernommen. Damit bringt die Vorinstanz klar zum Ausdruck, die übrigen Punkte ihres früheren

Entscheidungen hätten mangels Aufhebung durch den Kassationshof des Bundesgerichtes Bestand, und es sei ihr verwehrt, erneut darüber zu entscheiden.

Diese Rechtsauffassung, mit welcher sich der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde nicht befasst und sie damit auch nicht als unzutreffend rügt, ist richtig. Zwar ist aus dem Wortlaut von Dispositivziffer 1 des Urteiles des (früheren) Kassationshofes des Bundesgerichtes vom 11. Januar 2006 zu schliessen, dass er den ganzen obergerichtlichen Entscheid vom 1. Juli 2004 aufgehoben hat. Der Kassationshof hat jedoch lediglich eine Rüge für begründet erachtet, und die Beschwerde im Übrigen abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (vgl. vorne Erw. I/3). Aus formellen Gründen hob er praxisgemäss - jedenfalls soweit die begründete Rüge im Zusammenhang mit einem Schuldspruch stand - den ganzen kantonalen Sachrichterentscheid auf; anders gesagt, sah er davon ab, den kantonalen Entscheid nur teilweise aufzuheben und ihn in den nicht kassierten Teilen endgültig bestehen zu lassen. Der kantonale Richter darf im neuen Entscheid materiell nur auf die vom Kassationshof beanstandeten Punkte (und gegebenenfalls auf weitere Punkte, auf die sich die andere Beurteilung einer Rechtsfrage durch den Kassationshof auswirkt) zurückkommen. Im Übrigen hat der frühere kantonale Entscheid Bestand. Dies gilt insbesondere auch für durch den Kassationshof nicht aufgehobene Schuldsprüche (einlässlich zum Ganzen, je mit Hinweisen auf die Praxis des Bundesgerichtes zu Art. 277ter Abs. 2 BStP: Ferber, Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, Diss. Zürich 1993, S. 165 f. und S. 172 ff., insb. S. 178; Schweri, Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, Bern 1993, N 751 ff.; Wiprächtiger, Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, in Handbücher für die Anwaltspraxis, Prozessieren vor Bundesgericht, Basel 1996, N 6.138 ff.; vgl. auch BGE 121 IV 128 Erw. 7). Gegen den neuen kantonalen Entscheid kann (bzw. konnte) dennoch auch nur insoweit eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden, als er nach dem Urteil des Kassationshofes Gegenstand der Rückweisung bildete (Ferber, a.a.O., S. 177 m.H.; Schweri, a.a.O., N. 768 m.H.; Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 1110 m.H.). Analoges gilt hinsichtlich des kantonalen Kassationsverfahrens. Das Kassationsgericht hat in einem Beschluss vom 15. Oktober 2002 i.S. K. in Erw. 6.b.aa festgehalten, das Obergericht habe im damaligen Fall nach einer

Rückweisung der Sache durch den Kassationshof des Bundesgerichtes aufgrund der Bindungspflicht an die Rückweisung über nicht aufgehobene Punkte nicht mehr neu befinden können, weshalb mangels Vorliegen eines neuen Entscheids die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde insoweit unzulässig sei; daran ändere nichts, dass das Obergericht in den zweiten Berufungsentscheid sämtliche - auch die nicht aufgehobenen - Dispositivziffern aufgenommen habe, denn dies sei lediglich der Vollständigkeit halber und rein deklaratorisch erfolgt.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass die vorliegende kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, welche sich ausschliesslich auf die Verurteilung bezüglich Anklageziffer I/5 bezieht, unzulässig ist. Es ist daher auf sie nicht einzutreten.

2.4 Bei dieser Sach- und Rechtslage müsste an sich nicht beurteilt werden, ob dem Eintreten auf die Beschwerde auch § 104a Abs. 2 GVG entgegenstünde. Es sei dennoch festgehalten, dass aufgrund dieser Norm die erhobene Rüge nicht geprüft werden könnte. Die vorgenannte Argumentation des Beschwerdeführers (vorne Erw. II/2.2) verfängt nicht. Wenn er der Auffassung gewesen ist, das Kassationsgericht habe die im ersten Kassationsverfahren erhobene Rüge der Verletzung des Anklageprinzipes hinsichtlich der Verurteilung wegen des in Ziffer I/5 eingeklagten Sachverhaltes zu Unrecht nur teilweise geprüft, hätte er gegen den damaligen Beschluss vom 18. Juli 2005 staatsrechtliche Beschwerde führen und das behauptete Unterlassen rügen müssen. Dies hat er nicht getan. Damit hat der Beschluss vom 18. Juli 2005 Bestand, und es ist davon auszugehen, das Kassationsgericht habe umfassend die erhobenen Rügen auf ihre Berechtigung geprüft. Der Beschwerdeführer kann den Beschluss vom 18. Juli 2005 nun heute nicht mehr in Frage stellen und erneut die Verletzung des Anklagegrundsatzes im genannten Punkt rügen.

3. Abschliessend ergibt sich, dass auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten ist.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 396a StPO). Über die Höhe der Entschädigung des Verteidigers wird nach Massgabe der Anwaltsgebührenverordnung und unter Berücksichtigung der bereits eingereichten Honorarnote (KG act. 15) mit Präsidialverfügung zu entscheiden sein.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 203.-- Schreibgebühren,
Fr. 228.-- Zustellgebühren und Porti.
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.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichtes, die 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich, die Bundesanwaltschaft, das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Bewährungs- und Vollzugsdienste) und das Migrationsamt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: