



Kass.-Nr. AC060047/U/mb

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

Sitzungsbeschluss vom 18. Juni 2007

in Sachen

X.,

Verurteilter, Gesuchsgegner und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur.

gegen

1. **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**
Beschwerdegegner 1
vertreten durch Oberstaatsanwalt lic.iur. Martin Bürgisser, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich
2. **Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich,**
Bewährungsdienst Zürich I, Feldstr. 42, 8090 Zürich,
Gesuchsteller und Beschwerdegegnerin 2

betreffend **Vollstreckung aufgeschobener Strafen**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. November 2006 (UG060005/U/bee)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. X. (nachfolgend Beschwerdeführer) wurde mit Urteil der II. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 7. Dezember 2004 erstinstanzlich unter anderem des mehrfachen bandenmässigen Raubes und der gewerbsmässigen räuberischen Erpressung schuldig gesprochen und mit vier Jahren und sechs Monaten Zuchthaus bestraft, unter Anrechnung von erstandener Untersuchungshaft und verbüsstem vorzeitigem Strafvollzug. Es wurde eine stationäre Massnahme im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB und Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 6 Abs. 1 StGB angeordnet und der Vollzug der Freiheitsstrafe zu diesem Zweck aufgeschoben. In einem Beschluss vom gleichen Tag erklärte die II. Strafkammer unter anderem zwei am 21. Februar 2001 bzw. am 16. Mai 2001 vom Strafbefehlsrichteramt Basel-Stadt ausgefallte, bedingt aufgeschobene Strafen von insgesamt 90 Tagen Gefängnis für vollziehbar, schob den Vollzug indessen zu Gunsten der angeordneten stationären Massnahme auf (OG act. 3). Urteil und Beschluss erwachsen in Rechtskraft.

2. Am 22. Dezember 2005 verfügte das Amt für Justizvollzug die Einstellung des Vollzuges der vom Obergericht angeordneten stationären Massnahme unter Hinweis auf eine Rekursmöglichkeit gegen diese Verfügung. In derselben Verfügung hielt das Amt für Justizvollzug fest, nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung werde dem Obergericht des Kantons Zürich die Anordnung des Vollzuges der drei zufolge Massnahmedurchführung aufgeschobenen Strafen beantragt, unter Anrechnung der Dauer des stationären Massnahmevollzuges (OG act. 1). Am 16. Januar 2006 ging diese Verfügung bzw. der erwähnte Antrag bei der III. Strafkammer des Obergerichtes ein (vgl. OG act. 1 S. 1).

3. Mit Beschluss vom 18. November 2006 ordnete die III. Strafkammer des Obergerichtes den nachträglichen Vollzug der drei genannten Strafen sowie eines Strafstrestes bezüglich eines Entscheides des Präsidenten der Strafvollzugskommission des Kantons Basel-Stadt vom 24. Oktober 2005 an. Hinsichtlich der vom

Obergericht am 7. Dezember 2004 ausgefallten Strafe wurden nebst Untersuchungshaft und vorzeitigem Strafvollzug zusätzlich nachträglich erstandene Sicherheitshaft und erstandener Massnahmevollzug (insgesamt 1035 Tage) angerechnet (OG act. 38).

4. Der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers meldete bezüglich dieses Beschlusses rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (OG act. 41). Innert angesetzter Frist begründete er dieses Rechtsmittel; er beantragt die Aufhebung des obergerichtlichen Beschlusses (KG act. 1).

Die Oberstaatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin 1) hat auf Beschwerdeantwort (KG act. 10), die Vorinstanz auf Vernehmlassung (KG act. 11) verzichtet. Das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin 2) äusserte sich innert Frist nicht.

5. Der Beschwerdeführer liess gegen den obergerichtlichen Beschluss auch eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erheben (OG act. 46/2).

II.

1. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Anspruches auf rechtliches Gehör und damit einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO. Zusammengefasst macht er Folgendes geltend:

Sein Verteidiger habe im Rahmen seiner Stellungnahme vom 27. März 2006 zum Antrag der Beschwerdegegnerin 2 vom 22. Dezember 2005 den prozessualen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Fällung der Entscheidung über den beantragten Vollzug der Freiheitsstrafen gestützt auf die Erkenntnisse einer solchen Verhandlung gestellt. Zur Begründung dieses Antrages habe der Verteidiger ausgeführt, es bestehe aufgrund von Art. 6 EMRK ein unbedingter Anspruch des Beschwerdeführers auf persönliche Anhörung; dem Beschwerdeführer sei es ein ganz besonderes Anliegen, persönlich vor den Richtern zu erscheinen und seine jetzige Lebenssituation persönlich darzulegen und zu zeigen, dass er wirklich motiviert und überzeugt sei, dass eine ambulante Mass-

nahme unter gleichzeitigem Strafaufschub die ideale Lösung in seiner derzeitigen Situation bedeute; deshalb werde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt, anlässlich welcher weitere und detaillierte Ausführungen der Verteidigung erfolgen würden. In der Folge sei dem Beschwerdeführer durch die Vorinstanz mit Verfügungen vom 18. September 2006 und vom 26. Oktober 2006 zweimal Gelegenheit gegeben worden, sich schriftlich zu neu bekannt gewordenen Umständen zu äussern. In der Stellungnahme der Verteidigung vom 27. September 2006 zur obergerichtlichen Verfügung vom 18. September 2006 sei erneut darauf hingewiesen worden, dass eine mündliche Verhandlung beantragt werde, anlässlich welcher der Beschwerdeführer weitere Ausführungen machen würde. Die Vorinstanz habe indessen nicht zu einer solchen Verhandlung vorgeladen, sondern ohne Weiterungen am 18. November 2006 den Erledigungsbeschluss gefällt. Im Beschluss werde ausgeführt, es bestünde kein Anspruch auf eine mündliche Verhandlung, und dem Beschwerdeführer sei das rechtliche Gehör durch die Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme eingeräumt worden. Durch dieses Vorgehen - so die Beschwerde - habe die Vorinstanz den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt. In der Stellungnahme der Verteidigung vom 27. März 2006 sei klar darauf hingewiesen worden, dass die Ausführungen nicht abschliessend gewesen seien und im Rahmen einer anzuberaumenden mündlichen Verhandlung weitere Ausführungen sowohl des Beschwerdeführers wie auch der Verteidigung erfolgen würden. Wenn die Vorinstanz zur Auffassung gelangt sei, eine solche Verhandlung sei nicht durchzuführen, wäre es ihre Pflicht gewesen, dies dem Beschwerdeführer vorgängig mitzuteilen sowie ihm und der Verteidigung Frist anzusetzen, um die angekündigten zusätzlichen Ausführungen auf schriftlichem Weg tätigen zu können. Das Vorgehen der Vorinstanz verletze damit den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör und wohl auch denjenigen auf ein faires Verfahren (KG act. 1 S. 3-5).

Der Beschwerdeführer rügt somit nicht, dass die Vorinstanz keine mündliche Verhandlung durchgeführt hat. Vielmehr beanstandet er (einzig), dass sie ihm und seiner Verteidigung vor der Fällung des Erledigungsbeschlusses keine Gelegenheit erteilt hat, die - im Zusammenhang mit der beantragten mündlichen Ver-

handlung - angekündigten ergänzenden Ausführungen schriftlich vornehmen zu können.

2. Die soeben erwähnte Sachdarstellung in der Beschwerde zum Prozessverlauf, zum genannten Antrag und zu den Ausführungen der Verteidigung sind zutreffend. Richtig ist auch, dass die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss festhielt, es werde im vorliegenden Verfahren keine mündliche Verhandlung durchgeführt, und entsprechend sei dem Beschwerdeführer bzw. seinem Verteidiger zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Gelegenheit zur schriftlichen Äusserung gegeben worden (vgl. KG act. 2 S. 6).

3.1 Der in Art. 29 Abs. 2 BV verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleistet unter anderem dem Einzelnen die Möglichkeit, in einem ihn betreffenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren mitzuwirken; mithin ist der Gehörsanspruch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass von Entscheidungen, die in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreifen (Reinhold Hotz, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, [Hrsg.: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender], Zürich u.a. 2002, Rz 23 zu Art. 29 BV m.H.; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 520 ff. m.H.). Als Teilgehalt umfasst Art. 29 Abs. 2 BV unter anderem den Anspruch einer Partei, sich zu allen wesentlichen Aspekten des Prozesses vorgängig äussern zu können, um so auf den Entscheid Einfluss nehmen zu können (Hotz, a.a.O., Rz 27 zu Art. 29 BV m.H.; Müller, a.a.O., S. 520 m.H.; Markus Schefer, Die Kernehalte von Grundrechten, Bern 2001, S. 547 m.H.). Dieser Anspruch bezieht sich primär auf alle relevanten Fragen des Sachverhaltes (Hotz, a.a.O., Rz 28 zu Art. 29 BV m.H.; Schefer, a.a.O., S. 548 m.H.). Hervorzuheben ist, dass auch dem anwaltlich vertretenen Angeschuldigten (bzw. Verurteilten) ein selbständiges Äusserungsrecht zusteht (vgl. BGE 95 Ia 362 f. Erw. 2.c und 105 Ia 301 Erw. 1.d; zum Ganzen siehe auch Kass.-Nr. AC05109, Beschluss vom 12.6.2006 i.S. S. Erw. II/4.b, sowie René Wiederkehr, Fairness als Verfassungsgrundsatz, Bern 2006, S. 19 f. m.H.).

3.2 Im vorliegenden (erstinstanzlichen) obergerichtlichen (Nach-)Verfahren ging es um die Frage, ob der Beschwerdeführer antragsgemäss nachträglich vier

Freiheitsstrafen zu verbüssen und damit längere Zeit im Strafvollzug zu verbringen hat, oder ob - wie von ihm beantragt (OG act. 14 S. 2) - der Vollzug der Strafen zwecks Durchführung einer neu anzuordnenden ambulanten Massnahme aufzuschieben ist. Mit anderen Worten war eine gerichtliche Anordnung zu treffen, welche für den Beschwerdeführer von erheblicher Bedeutung war und welche bei Entscheidung im Sinne des Antrages des Beschwerdegegnerin 2 in massiver Weise seine persönliche Freiheit tangierte (vgl. auch Kass.-Nr. AC05109, Beschluss vom 12.6.2006 i.S. S. Erw. II/4.b Abs. 2, sowie Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 55 Rz 1). Zudem ist zu bemerken, dass bei der vom Obergericht zu prüfenden Frage unter anderem die aktuelle Lebenssituation des Beschwerdeführers, seine aktuelle Einstellung zu den von ihm begangenen Taten, den Gründen des Scheiterns der stationären Massnahme und seinem Drogenproblem sowie der Grad von Wille bzw. Motivation und Fähigkeit, sich einer neuen Massnahme zu unterziehen, wesentlich sind. Der Beschwerdeführer hat der Vorinstanz durch seinen Verteidiger in der schriftlichen Eingabe vom 27. März 2006 unmissverständlich mitteilen lassen, dass er sich (teilweise) genau zu diesen (Sachverhalts-)Aspekten anlässlich einer mündlichen Verhandlung äussern möchte; zumindest sinngemäss liess er ausführen, dass er anlässlich einer solchen Verhandlung dem Gericht ermöglichen wollte, sich einen persönlichen Eindruck von ihm zu verschaffen. Der Verteidiger hat zusätzlich bemerkt, dass er danzumal selber weitere und detaillierte Ausführungen zum Prozessthema machen wolle (OG act. 14 S. 10). Hervorzuheben ist, dass diese Mitteilung keinesfalls derart aufzufassen war, dass Beschwerdeführer und Verteidigung sich lediglich (ergänzend) mündlich äussern wollten und im Falle der Abweisung des Antrages auf mündliche Verhandlung auf eine Äusserung verzichten würden. In der Eingabe vom 28. September 2006 nahm die Verteidigung Stellung zu Noven und schloss mit der Bemerkung, der Beschwerdeführer wünsche nach wie vor, vom Gericht persönlich angehört zu werden (OG act. 32 S. 3); implizit wurde damit erneut vorgebracht, der Beschwerdeführer möchte sich (ergänzend) äussern, weshalb nicht davon auszugehen ist, der Beschwerdeführer habe nachträglich auf ergänzende Ausführungen verzichtet. Bei dieser Sachlage hätte die Vorinstanz im Lichte der erwähnten verfassungsrechtlichen

Grundsätze ihren Erledigungsbeschluss nicht fällen dürfen, ohne dem Beschwerdeführer und der Verteidigung Gelegenheit für ergänzende Ausführungen einzuräumen. Mit anderen Worten hätte sie die Verteidigung darüber informieren müssen, dass sie von der Durchführung der (beantragten) mündlichen Verhandlung absieht, das Verfahren vollumfänglich schriftlich durchführt und den Beschluss aufgrund der Akten fällt, dass Verteidigung und Beschwerdeführer sich jedoch abschliessend schriftlich äussern können. Indem die Vorinstanz nicht derart vorgegangen ist, hat sie dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör verweigert und damit einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO gesetzt.

An dieser Feststellung ändert nichts, dass die Vorinstanz der Verteidigung zweimal Gelegenheit erteilte, schriftlich zu neuen Aspekten Stellung zu nehmen. Mit den beiden betreffenden Verfügungen wurden der Beschwerdegegnerin 1 und dem Beschwerdeführer neue Dokumente zugestellt und je Frist angesetzt, dazu Stellung zu nehmen (OG Prot. S. 3 und 4). Es wurde in diesen Verfügungen weder festgehalten, dass keine mündliche Verhandlung durchgeführt würde, noch dass kurze Zeit nach Ablauf der in der zweiten Verfügung angesetzten Frist der Erledigungsbeschluss ergehen werde. Der Passus "Gelegenheit zur allfälligen ergänzenden Stellungnahme" in der zweiten Verfügung bezog sich auf beide der genannten Parteien und ausschliesslich auf das in der Verfügung genannte Novum (vgl. OG Prot. S. 4), weshalb daraus nicht abgeleitet werden kann, die Vorinstanz habe den Beschwerdeführer aufgefordert, abschliessend ergänzend zum Prozessthema Stellung zu nehmen. Dem Beschwerdeführer bzw. seinem Verteidiger kann daher nicht vorgeworfen werden, sie hätten damit rechnen müssen, dass der Endentscheid ergeht, ohne dass eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird und ohne dass ihnen Gelegenheit zu (den beabsichtigten bzw. in Aussicht gestellten) ergänzenden Ausführungen erteilt wird.

4. Abschliessend ist festzuhalten, dass der angefochtene obergerichtliche Beschluss aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Die Vorinstanz wird dem Beschwerdeführer und der Verteidigung Gelegenheit zur abschliessenden Stellungnahme zum Prozessthema einzuräumen haben.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 396a StPO). Über die Höhe der Entschädigung der Verteidigung wird nach Eingang der Honorarnote mittels Präsidialverfügung zu entscheiden sein.

IV.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 78 BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. November 2006 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 252.-- Schreibgebühren,
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
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 III. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, das Migrationsamt des Kantons Zürich, das Amt für Migration des Kantons Basel-Stadt, den Strafbefehlsrichter Basel-Stadt, das Justizdepartement des Kantons Basel-Stadt, die II. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich (ad SE040008) und das Schweizerische Bundesgericht (ad 6S.581/2006), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: