



Kass.-Nr. AC070008/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 15. November 2007

in Sachen

B.,

...,

Angeklagter und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...

...,

gegen

1. **Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**

Anklägerin und Beschwerdegegnerin 1

2. **D.**,

...,

Geschädigter und Beschwerdegegner 2

1 vertreten durch den Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. Ulrich Weder, Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich

2 vertreten durch Rechtsanwältin ...

...,

betreffend

versuchte schwere Körperverletzung etc. und Widerruf

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. November 2005 (SE050004/U/eh)

- Begehren im Sinne von § 430b Abs. 3 StPO -

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil des Obergerichts vom 11. März 2004 im Sinne der Anklage der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 und 3 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie der mehrfachen einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen. Er wurde mit drei Jahren zwei Monaten und 16 Tagen Zuchthaus bestraft, davon 62 Tage erstanden durch Polizei- und Untersuchungshaft, als Zusatzstrafe zu einer mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 13. Januar 2003 ausgefallten Strafe von 14 Tagen Haft. Sodann wurde eine früher ausgefallte Freiheitsstrafe von zwei Monaten Gefängnis für vollziehbar erklärt.

Dagegen gelangte der Beschwerdeführer mit Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht, welches in Gutheissung der Beschwerde das obergerichtliche Urteil mit Beschluss vom 24. Januar 2005 aufhob und die Sache zwecks Befragung einer Zeugin an die Vorinstanz zurückwies (Kass.-Nr. AC040063).

2. Nach durchgeführter Ergänzung der Untersuchung sprach das Obergericht den Beschwerdeführer mit Urteil vom 10. November 2005 (KG act. 2) wiederum anklagegemäss schuldig und bestrafte ihn mit zwei Jahren elf Monaten und 16 Tagen Zuchthaus, als Zusatzstrafe zum genannten Strafbefehl und unter Anrechnung von 62 Tagen Haft.

Auch gegen dieses Urteil gelangte der Beschwerdeführer mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht und gleichzeitig mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht. Mit Beschluss vom 21. Dezember 2006 (Kass.-Nr. AC060007) wies das Kassationsgericht die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat (KG act. 3/3). Ebenso wies das Bundesgericht mit Urteil vom 27. März 2007 die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat (KG act. 3/1). Dieser Entscheid wurde dem

Beschwerdeführer nach dessen Angaben am 16. April 2007 zugestellt (vgl. KG act. 3/1, Eingangsvermerk).

3. Mit Eingabe vom 26. April 2007 (KG act. 1) an das Kassationsgericht stellt der Beschwerdeführer ein "Begehren um materielle Behandlung" und ersucht, es sei über Ziff. 47-55, S. 21-26 der seinerzeitigen Beschwerdeschrift wie auch über die weiteren in dieser Beschwerdebegründung vorgebrachten Rügen materiell zu entscheiden, soweit hierfür im Zusammenhang mit der materiellen Entscheidung über Ziff. 47-55 Anlass bestehe; entsprechend sei das Urteil des Obergerichts vom 10. November 2005 aufzuheben.

Vorinstanz, Staatsanwaltschaft und Beschwerdegegner 2 haben auf Vernehmlassung zur Eingabe vom 26. April 2007 verzichtet (KG act. 11 bis 13).

II.

1. Zur Begründung seines Begehrens bringt der Beschwerdeführer folgendes vor:

In seinem Urteil vom 10. November 2005 habe das Obergericht einerseits ausgeführt, es sei als erstellt zu betrachten, dass der Beschwerdeführer den Geschädigten zunächst mit Steinen beworfen habe; andererseits komme jedoch - so das Obergericht weiter - diesem Fakt keine Entscheidelevanz zu, weil er die nachfolgende Messerstecherei nicht in einem anderen Licht erscheinen lasse. Man könne also zugunsten des Beschwerdeführers durchaus davon ausgehen, dass er selber keine Steine geworfen habe.

In seiner damaligen Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht habe der Beschwerdeführer die Annahme, er habe den Geschädigten vor den Messerstichen mit Steinen beworfen, als willkürlich und gehörsverletzend gerügt. Das Kassationsgericht sei auf diesen Teil der Beschwerde jedoch nicht eingetreten mit der Begründung, die angefochtene Feststellung habe sich nicht zu seinem Nach-

teil ausgewirkt, weil das Obergericht die Frage, ob er mit Steinen geworfen habe, mangels Relevanz letztlich offen gelassen habe. Demgegenüber führe das Bundesgericht in seinem Urteil aus, das Obergericht stelle - für das Bundesgericht verbindlich - fest, der Beschwerdeführer habe das Opfer mit Steinen beworfen. Dieser Umstand sei - entgegen der Auffassung des Obergerichts - für die Frage der provozierten Notwehr durchaus von Bedeutung. Es habe dem Beschwerdeführer klar sein müssen, dass es nun wieder zu handfesten Feindseligkeiten kommen würde, womit er das nachmalige Opfer vorsätzlich zur nachfolgenden Rauferei provoziert habe und sich nicht auf Notwehr berufen könne.

Im Ergebnis seien somit - so der Beschwerdeführer weiter - Rügen gegen obergerichtliche Erwägungen, die das Bundesgericht als tragende Sachverhalts-erwägungen erachtete und die damit Entscheidrelevanz erlangten, materiell vom Kassationsgericht nicht behandelt worden. Letztlich führten die "alles andere als eindeutigen" Erwägungen des Obergerichts zur vorliegenden Lücke in der Überprüfung des Obergerichts; als Folge davon sei unklar gewesen, wie sich der Beschwerdeführer habe wehren müssen; dies erscheine als Verletzung des in Art. 6 EMRK verankerten Fairnessgebotes. Zwar finde § 430b Abs. 3 StPO vom Wortlaut her auf die vorliegende Konstellation keine Anwendung, doch dränge sich eine analoge und konventionskonforme Anwendung dieser Bestimmung auf, um dem Beschwerdeführer die materielle Überprüfung der von ihm erhobenen Rüge zu ermöglichen. Blicke es demgegenüber bei der Nichtbehandlung dieser Rüge, so hätte sich die nicht eindeutige Begründung des Obergerichts zum Nachteil des Beschwerdeführers so ausgewirkt, dass wesentliche Sachverhaltsfeststellungen nicht überprüft worden wären, obschon eine derartige Überprüfung im Rahmen der Kognition des Kassationsgerichts gesetzlich vorgesehen sei und obschon der Beschwerdeführer entsprechende Rügen auch erhoben habe

2.1 Ausgangspunkt ist der erwähnte Passus auf Seite 28 des obergerichtlichen Urteils vom 10. November 2005, wo es heisst:

"Demnach muss als erstellt betrachtet werden, dass der Angeklagte den Geschädigten zunächst mit Steinen bewarf. Sogar X. erachtete das Werfen von Steinen - in dieser Phase - als möglich (...). Abgesehen davon hat dieser Fakt aber keinerlei Entscheidrelevanz. Denn ob noch Steine geworfen wurden oder

nicht bzw. wer gegen wen Steine warf, lässt die nachfolgende Messerstecherei nicht in einem anderen Licht erscheinen. Man kann also durchaus zugunsten des Angeklagten davon ausgehen, er selber habe keine Steine geworfen; am Ergebnis vermag dies nichts zu ändern".

Diese Erwägung verwirrt insofern, als einerseits als erstellt, d.h. bewiesen betrachtet wird, dass der Beschwerdeführer den Geschädigten mit Steinen bewarf; im Gegenzug wird aber - mit dem Hinweis darauf, dass diesem Fakt keine Entscheide Relevanz zukomme - ausdrücklich zugunsten des Beschwerdeführers davon ausgegangen, dieser habe keine Steine geworfen. Das Kassationsgericht ist in seinem Beschluss vom 21. Dezember 2006 davon ausgegangen, die Vorinstanz habe es nicht als erwiesen betrachtet, dass der Beschwerdeführer Steine geworfen habe bzw. habe diesen Punkt mangels Relevanz offen gelassen, und es fehle der Kritik des Beschwerdeführers am Nachweis eines Nachteils zu seinen Lasten, womit der Rüge der Boden entzogen sei (Beschluss S. 9/10). Das Bundesgericht hat demgegenüber auf den einleitenden Satz abgestellt, wonach erstellt sei, dass der Beschwerdeführer den nachmaligen Geschädigten mit Steinen beworfen habe, was wiederum im Hinblick auf die Frage der Notwehr von rechtlicher Relevanz sei (Urteil S. 4, E. 2.2).

2.2 Insofern, als das Obergericht die Frage des Steinwerfens als rechtlich unerheblich qualifizierte bzw. zugunsten des Beschwerdeführers sogar davon ausging, er habe keine Steine geworfen, trifft zu, dass der Passus insgesamt für den Beschwerdeführer keinen Nachteil darstellte bzw. dass er dadurch nicht *unmittelbar* beschwert war.

Auf der anderen Seite enthielt das obergerichtliche Urteil bei näherer Betrachtung in diesem Punkt immerhin eine mittelbare bzw. *latente* Beschwer für den Beschwerdeführer, nachdem das Obergericht die Tatsache des Steinwerfens zuerst als erstellt betrachtete. Zwar kam dieser Feststellung aus Sicht des Obergerichts keine rechtliche Bedeutung zu, was aber nicht ausschloss, dass das (gleichzeitig angerufene) Bundesgericht dieser Feststellung anders als das Obergericht rechtliche Relevanz beimessen würde, was denn auch der Fall war. Es kann insofern analogieweise auf die zur Frage der Rechtsmittellegitimation der obsiegenden Partei entwickelte Praxis verwiesen werden, wo es ebenfalls darum

geht, dass eine Partei durch bestimmte Sachverhaltsannahmen der unteren Instanz einstweilen nicht beschwert erscheint, weil das Gericht im Resultat zu ihren Gunsten entscheidet, was aber nicht ausschliesst, dass sich diese Annahmen als Folge abweichender rechtlicher Schlüsse der (zumal von der Gegenseite ange-rufenen) oberen Instanz nachträglich zu ihrem Nachteil auswirken können, womit sich die latente Beschwer nachträglich (vor der Rechtsmittelinstanz) doch noch aktualisiert (vgl. ZR 96 Nr. 101, insbes. Erw. 3b m.w.H.). Ähnlich verhielt es sich hier, wo die zunächst (für das Obergericht) rechtlich nicht relevante Feststellung des Steinwerfens erst im Zuge der bundesgerichtlichen Beurteilung rechtliche Relevanz erlangte. Insofern wäre grundsätzlich (im Sinne der eben zitierten Pra-xis) eine Anfechtung dieser tatsächlichen Feststellung gestützt auf § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO im kantonalen Beschwerdeverfahren möglich gewesen.

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Kassationsgericht im Beschluss vom 21. Dezember 2006 nicht die Zulässigkeit der betreffenden Rüge verneinte, sondern vielmehr erwog, es fehle der Kritik des Beschwerdeführers am Nachweis eines Nachteils (bzw. einer Beschwer). In der Tat wäre es Sache des Beschwerdeführers gewesen, bei der gegebenen Konstellation nähere Ausführungen dar-über zu machen, weshalb - im Sinne des oben Ausgeführten - zumal im Hinblick auf das parallele Verfahren vor Bundesgericht eine (latente) Beschwer vorliege; generell muss die beschwerdeführende Partei in der Beschwerdebegründung darlegen, inwiefern sich der von ihr behauptete Mangel ausgewirkt hat bzw. aus-wirken kann (vgl. ZR 88 Nr. 63 Erw. 6; SCHMID, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., § 430 N 3). Solche Ausführungen enthielt die damalige Nichtigkeitsbeschwerde nicht, weshalb zu Recht auf diesen Teil der Beschwerde nicht eingetreten wurde. Ausführungen über die "latente" Beschwer im Zusammenhang mit dem Steinwerfen zu machen wäre durchaus denkbar und zumutbar gewesen, hatte sich der Beschwerdeführer doch in seiner Beschwerdeschrift ans Bundesgericht selbst ausführlich zur Be-gründetheit der Notwehr bzw. zur Frage der provozierten Notwehrlage geäußert (KG act. 3/4 S. 2 ff.)

2.3 Es stellt sich die Frage, ob das Kassationsgericht in Anwendung von § 430b Abs. 3 StPO heute in diesem Punkt auf seinen Entscheid zurückkommen und die Rüge nachträglich materiell behandeln kann.

§ 430b Abs. 3 StPO lautet:

"Tritt die kantonale Kassationsinstanz auf eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht ein, weil sie für die geltend gemachte Rüge das Bundesgericht für zuständig hält, und erklärt sich nachher das Bundesgericht als unzuständig, so hat die kantonale Kassationsinstanz auf Begehren des Nichtigkeitsklägers die Beschwerde materiell zu entscheiden. Das Begehren ist innert zehn Tagen nach Zustellung des bundesgerichtlichen Entscheides bei der kantonalen Kassationsinstanz schriftlich zu stellen."

Diese Bestimmung dient der Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte zwischen Kassationsgericht und Bundesgericht. Sie besagt, dass - abweichend vom Grundsatz der Bindung an den eigenen Entscheid - das Kassationsgericht eine bei ihm erhobene Rüge nachträglich materiell zu beurteilen hat, sofern es sich zuvor wegen der Ausschlussordnung von § 430b Abs. 1 StPO als nicht zuständig erachtete und in der Folge auch das Bundesgericht seine Zuständigkeit verneint. Voraussetzung für die Anwendbarkeit ist mit anderen Worten das Vorliegen einer *materiellen Diskrepanz* zwischen den Entscheiden des Kassationsgerichts und des Bundesgerichts.

2.3.1 Grundsätzlich sind die Gerichte im Interesse der Rechtssicherheit an ihre eigenen (verkündeten bzw. zugestellten) Endentscheide gebunden, was ein Rückkommen bzw. eine Wiedererwägung ausschliesst (vgl. nur HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel u.a. 2005, § 45 N 19 f.; SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 582 ff.). Immerhin nennt das Gesetz selber vereinzelte Ausnahme von diesem Grundsatz (z.B. § 200 Abs. 1 GVG [Fristwiederherstellung]).

Im Sinne einer solchen Ausnahme ist auch § 430b Abs. 3 StPO zu verstehen. Jedoch ist diese Bestimmung im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Es liegt zunächst kein negativer Kompetenzkonflikt vor, weil es nicht darum geht, dass sowohl Kassationsgericht wie auch Bundesgericht eine Rüge (je unter Hinweis auf die eigene Unzuständigkeit bzw. die Zuständigkeit des anderen Gerichts) nicht

behandelten, sondern es verhält sich so, dass eine tatsächliche Feststellung des Obergerichts erst im Nachhinein - nämlich im Lichte des bundesgerichtlichen Urteils - rechtliche Relevanz erlangte. Im Übrigen beruht der Umstand, dass die Rüge vom Kassationsgericht nicht materiell behandelt wurde, wie gezeigt darauf, dass der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang seiner Obliegenheit zum Nachweis eines Nachteils bzw. der Beschwer nicht nachgekommen war. Somit scheiterte die damalige Beschwerde insoweit an einem vom Beschwerdeführer zu vertretenden formellen Mangel; eine inhaltliche Diskrepanz zwischen den beiden Entscheiden liegt insoweit nicht vor. Für derartige Konstellationen bietet § 430b Abs. 3 StPO indessen keine Handhabe.

2.3.2 Es kann offen bleiben, ob eine nachträgliche materielle Behandlung der in Frage stehenden Rüge durch das Kassationsgericht dem Beschwerdeführer überhaupt helfen würde. Käme nämlich das Kassationsgericht nach materieller Behandlung der Rüge zur Auffassung, sie sei begründet, so führte dies zunächst jedenfalls nicht zur beantragten Aufhebung des obergerichtlichen Urteils, weil es auch in diesem Fall nicht mit einem entscheiderelevanten Mangel behaftet wäre; vielmehr hätte das obergerichtliche Urteil auch ohne die fragliche Feststellung Bestand, weil es darauf mangels Relevanz gar nicht abstellte. Insofern könnte die fragliche (aus Sicht des Obergerichts irrelevante, für das Bundesgericht jedoch relevante) tatsächliche Feststellung lediglich zuhanden des Bundesgerichts gestrichen werden; dies entspricht der Praxis, wenn bei Mehrfachbegründung parallel zum kassationsgerichtlichen Verfahren ein Rechtsmittelverfahren in der gleichen Sache vor Bundesgericht hängig ist (ZR 79 Nr. 78, 83 Nr. 57; SCHMID, Kommentar a.a.O., § 435 N 3). Das Bundesgericht hat im vorliegenden Fall jedoch längst entschieden, weshalb eine solche Streichung insofern keine Wirkung mehr entfalten könnte; es erscheint als eher unwahrscheinlich, dass das Bundesgericht seinerseits auf seinen bereits getroffenen Entscheid zurückkäme (bzw. zurückkommen könnte).

3. Somit ist das Begehren des Beschwerdeführers um nachträgliche materielle Beurteilung abzuweisen.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.

III.

Gegen den vorliegenden Entscheid ist Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 78 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Begehren um nachträgliche materielle Beurteilung wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das vorliegende Verfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 241.-- Schreibgebühren,
Fr. 209.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Gegen diesen Entscheid kann 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 Obergerichts des Kantons Zürich, das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Bewährungs- und Vollzugsdienste, die Bezirksanwaltschaft Zürich und 1 Exemplar an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: