



Kass.-Nr. AC100017-P/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch und Paul Baumgartner sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 15. September 2011

in Sachen

X.,

...

...,

Zustelladresse: Flughafengefängnis Zürich, Postfach, 8098 Zürich-Flughafen,
Angeklagter und Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. ...

...

gegen

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

Anklägerin und Beschwerdegegnerin 1

vertreten durch Staatsanwältin lic. iur. Kasper,
Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich

2. Y.,

...

...,

Geschädigter und Beschwerdegegner 2

vertreten durch Rechtsanwalt ...

...

betreffend
versuchte vorsätzliche Tötung etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Juli 2010 (SE100006/U/cs)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil des Obergerichts vom 28. April 2009 der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB und des Raufhandels im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB für schuldig befunden; vom Vorwurf der versuchten vorsätzlichen Tötung wurde er freigesprochen. Er wurde zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 3 Jahren (unter Anrechnung von 395 Tagen Untersuchungs- und Sicherheitshaft) verurteilt. Die Oberstaatsanwaltschaft focht dieses Urteil hinsichtlich des Strafmasses mit Beschwerde in Strafsachen an. Mit Urteil vom 28. Januar 2010 hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut, hob das Urteil des Obergerichts auf und wies die Sache in Bezug auf die Strafzumessung zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurück (OG act. 77 in KG act. 7/1).

Mit Urteil vom 19. Juli 2010 sprach das Obergericht den Beschwerdeführer wiederum der schweren Körperverletzung und des Raufhandels schuldig; gleichzeitig setzte es die Freiheitsstrafe auf 4 Jahre und 9 Monate fest, abzüglich 395 Tage Untersuchungs- und Sicherheitshaft (KG act. 2).

2. Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer dessen Aufhebung und die Bestätigung des Strafmasses gemäss erstem Urteil vom 28. April 2009 beantragt; eventualiter sei die Sache zur vollständigen Begründung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Der Beschwerdeführer stellt ferner das Gesuch, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person seines Anwaltes ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

3. Die Beschwerdegegnerin 1 und die Vorinstanz haben auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 11 und 13). Die Beschwerdegegnerin 2 beantragt, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzu-

weisen (KG act. 14). Der Beschwerdeführer hat dazu unter Aufrechterhaltung seiner Anträge Stellung genommen (KG act. 18). Weitere Stellungnahmen sind nicht eingegangen.

4. Mit Eingabe vom 26. November 2010 (KG act. 22) ersuchte der Beschwerdeführer um Bewilligung des vorzeitigen Strafantritts, welchem Antrag sich die Beschwerdegegnerin 1 nicht widersetzte (KG act. 26). Mit Verfügung vom 2. Dezember 2010 wurde dem Beschwerdeführer der vorzeitige Strafantritt im Sinne von § 71a StPO ZH bewilligt, unter gleichzeitiger Entlassung aus der in diesem Verfahren von der Vorinstanz zuvor angeordneten Sicherheitshaft.

5. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO) in Kraft. Art. 453 Abs. 1 StPO bestimmt, dass Rechtsmittel, die sich gegen einen Entscheid richten, der vor Inkrafttreten der StPO gefällt wurde, nach bisherigem Recht und von den bisher zuständigen Behörden beurteilt werden. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen StPO vom 4. Mai 1919 (StPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 430 StPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

II.

1.1 Der Beschwerdeführer macht die Verletzung gesetzlicher Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO ZH geltend, insbesondere der Pflicht zur Begründung von Urteilen im Sinne von § 160 Ziff. 7 GVG und des Verbotes der willkürlichen Beweiswürdigung. Weiter beruft er sich auf § 430 Abs. 1 Ziff. 6 StPO ZH und rügt namentlich die Verletzung der Strafzumessungsgründe. Schliesslich verletze der angefochtene Entscheid Art. 11 KV sowie Art. 10 Abs. 2 KV in Verbindung mit Art. 8, 9, 10 und 29 Abs. 2 BV, ferner Art. 6 Abs. 1 und 45 EMRK (Beschwerde S. 3 Ziff. 1.2).

1.2 Nach § 430b Abs. 1 StPO ZH ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nur zulässig, soweit gegen eine Entscheidung nicht die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht wegen Verletzung materiellen Gesetzes- oder Verwaltungsrechts des Bundes gegeben ist (Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde).

Wie nachfolgend zu zeigen ist, beschlagen sämtliche vorgetragenen Rügen der Sache nach die Frage, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt habe, was vom Bundesgericht frei geprüft werden kann und worauf nach dem Gesagten im vorliegenden Verfahren nicht einzutreten ist.

2. In seinem Urteil vom 28. Januar 2010 hiess das Bundesgericht die von der Oberstaatsanwaltschaft erhobene Beschwerde aus zwei Gründen gut: Zum einen erwog es, die Vorstrafenlosigkeit des Täters sei gemäss neuester Praxis des Bundesgerichts grundsätzlich neutral zu behandeln und nicht, wie die Vorinstanz angenommen hatte, zwingend strafmindernd zu berücksichtigen. Da beim Beschwerdeführer keine besonderen Umstände vorlägen, sei dessen Vorstrafenlosigkeit nicht strafmindernd zu berücksichtigen. Weiter erwog das Bundesgericht, der Beschwerdeführer sei trotz seines jugendlichen Alters (im Zeitpunkt der Tat 20 Jahre) durchaus in der Lage gewesen, die Schwere seiner Tat und deren möglichen Folgen zu erkennen. Somit könne auch das Alter keine wesentlichen strafmindernden Auswirkungen auf das Strafmass haben. Insgesamt sei die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe von drei Jahren, die gerade noch den teil-

bedingten Vollzug ermögliche, deutlich zu milde ausgefallen und verstosse damit gegen Bundesrecht (E. 2, S. 5 ff.).

Ergänzend wies das Bundesgericht darauf hin, eine Strafzumessung, die nicht vom Verschulden ausgehe, sondern sich am Ergebnis (beispielsweise an der Grenze für den unbedingten Strafvollzug) orientiere, verletze Bundesrecht. Entgegen der Auffassung der Oberstaatsanwaltschaft dürfe jedoch das Kriterium des teilbedingten Strafvollzugs in bestimmten Konstellationen dennoch eine Rolle bei der Strafzumessung nach Art. 47 StGB spielen. Somit werde das Obergericht bei seiner neuen Entscheidung auch die Frage zu prüfen haben, ob eine Strafe, die diese Grenze nicht überschreite, noch vertretbar sei. In jedem Fall werde das Gericht seinen diesbezüglichen Entscheidung ausführlich zu begründen haben, um der Begründungspflicht nach Art. 50 StGB nachzukommen (bundesgerichtliches Urteil S. 7).

3.1 Der Beschwerdeführer weist – an sich zutreffend – darauf hin, dass die Vorinstanz somit gehalten gewesen sei, hinsichtlich der Strafzumessung (bzw. deren Begründung) drei Korrekturen vorzunehmen (Beschwerde S. 5 f., Ziff. 6):

- Erhöhung der Strafe um das Mass der gemäss Bundesgericht unzulässigen Strafminderung zufolge der Vorstrafenlosigkeit des Beschwerdeführers;
- Bewertung des Masses einer Strafreduktion zufolge des jugendlichen Alters des Beschwerdeführers und Begründung derselben sowie allenfalls Herabsetzung der Strafreduktion auf das erforderliche (bzw. zulässige) Mass;
- Beurteilung der Frage, ob ein Festhalten am Strafmass von 3 Jahren noch vertretbar sei.

Mit ihrem neuen Strafmass von 4 Jahren und 9 Monaten (und damit einer Erhöhung um 1.75 Jahre) bringe die Vorinstanz implizit zum Ausdruck, die Vorstrafenlosigkeit des Beschwerdeführers einerseits und eine allfällige Minderung zufolge jugendlichen Alters hätten beim ersten Urteil insgesamt eine Reduktion

der Strafe um 1.75 Jahre bewirkt. Dies sei – so der Beschwerdeführer – nicht nachvollziehbar (Beschwerde S. 8, Ziff. 7).

3.2 Mit seinen nachfolgenden Ausführungen macht der Beschwerdeführer in der Sache nichts anderes geltend, als dass selbst bei einer bundesrechtskonformen Würdigung der Umstände seiner Vorstrafenlosigkeit und seines jugendlichen Alters im Ergebnis eine Freiheitsstrafe von über 3 Jahren einerseits materiell nicht zulässig und andererseits von der Vorinstanz nicht hinreichend begründet werde. So rügt er, die Vorinstanz habe schon in ihrem ersten Urteil zahlreiche Faktoren zu seinen Gunsten berücksichtigt, während die Vorstrafenlosigkeit ebenso wie das jugendliche Alter lediglich an letzter Stelle und damit marginal erwähnt worden seien (Beschwerde S. 6 f.). Aus diesem Grund sei nicht nachvollziehbar und krass willkürlich, dass die auf Anweisung des Bundesgerichts vorgenommene Korrektur zu einer Straferhöhung von 1.75 Jahren führe und damit faktisch mehr als eine Verdoppelung der Gesamtstrafe bzw. eine Vervier- bis Verfünffachung der unbedingten Strafe bewirke (Beschwerde S. 7). Damit wird aber der Sache nach eine Verletzung von Art. 47 StGB geltend gemacht, indem behauptet wird, die Vorinstanz habe die Strafzumessungsfaktoren rechtlich unzutreffend gewichtet. Auf diese Rüge kann nach dem oben Gesagten nicht eingetreten werden, und zwar auch insofern nicht, als zur Begründung der Rüge andere (verfassungsrechtliche) Normen zitiert werden, denn diesen kommt mit Bezug auf die nach Art. 47 StGB vorzunehmende Strafzumessung keine zusätzliche Bedeutung zu. Das Gesagte gilt gleichermassen für die vom Beschwerdeführer weiter aufgeworfene Frage, ob bzw. inwiefern die Tatsache, dass sich der Beschwerdeführer mit dem Opfer über dessen Zivilansprüche geeinigt habe, strafmindernd hätte berücksichtigt werden müssen (Beschwerde Ziff. 9, S. 7 f.); auch dabei geht es ausschliesslich um die Frage, wie dieser Umstand gegebenenfalls (rechtlich) zu gewichten ist.

Bezeichnenderweise macht der Beschwerdeführer denn auch an keiner Stelle geltend, die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit der Strafzumessung willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen bzw. Beweise willkürlich gewürdigt.

Der der Strafzumessung zugrundeliegende Sachverhalt ist insofern unstrittig. Zu dessen rechtlicher Würdigung ist das Bundesgericht zuständig.

3.3 Der Beschwerdeführer beanstandet weiter, die Vorinstanz habe es entgegen den Erwägungen des Bundesgerichts unterlassen, ausführlich zu begründen, weshalb eine Strafe ausgefällt werde, die einen teilbedingten Vollzug nicht mehr zulässt (Beschwerde Ziff. 11, S. 8 ff.).

a) Soweit der Beschwerdeführer damit geltend macht, das Obergericht habe gegen die Anweisungen des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheides verstossen, kann auf die Rüge nicht eingetreten werden, weil sich die entsprechende Pflicht der unteren Instanz (unter der Herrschaft von Art. 107 BGG wie früher gemäss Art. 66 Abs. 1 OG) aus Bundesrecht ergibt und es damit auch eine Frage des Bundesrechts ist, welches im konkreten Fall die Tragweite einer Rückweisung ist (BGE 135 III 334).

b) Aber auch insoweit, als der Beschwerdeführer eine Verletzung der Begründungspflicht durch das Obergericht rügt, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Im Bereich der Strafzumessung folgt die Pflicht des Richters zur Begründung des Urteils aus Art. 50 StGB (was sich auch aus dem Urteil des Bundesgerichts vom 28. Januar 2010 klar ergibt, S. 7 m.H. auf BGE 134 IV 17 E. 3). Der kantonal-rechtlichen Bestimmung von § 160 Ziff. 7 GVG, auf die sich der Beschwerdeführer beruft (Beschwerde S. 9), kommt damit seit Inkrafttreten des revidierten AT StGB im Bereich des Bundesstrafrechts keine eigenständige Bedeutung mehr zu. Wenn der Beschwerdeführer daher geltend macht, die Vorinstanz sei mit Blick auf die Strafzumessung ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen, kann auch auf diese Rüge vorliegend nicht eingetreten werden.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Nichtigkeitsbeschwerde insgesamt nicht einzutreten ist.

5.1 Der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ein amtlicher Verteidiger zu bestellen. Da der Beschwerdeführer bereits vor Vorinstanz amtlich verteidigt war, gilt die amtliche Ver-

theidigung ohne weiteres auch für das vorliegende kantonale Beschwerdeverfahren; der amtliche Verteidiger (wie auch die unentgeltliche Geschädigtenvertreterin) wird nach Eingang der Honorarnote aus der Gerichtskasse zu entschädigen sein. Das entsprechende Gesuch ist insofern gegenstandslos.

Entsprechend dem Vorgehen der Vorinstanz rechtfertigt es sich sodann auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren, die (ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegenden) Kosten (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung) definitiv abzuschreiben.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung) werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch sofort definitiv abgeschrieben.
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.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichts vom 19. Juli 2010 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Generalsekretär: