



---

Kass.-Nr. AC100023

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

**Zirkulationsbeschluss vom 16. März 2011**

in Sachen

X.,

...,

Gesuchsteller, Angeklagter und Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. \_\_\_\_

betreffend

**Ablehnung der Besetzung des Geschworenengerichts im Prozess  
WG080011 betreffend mehrfache versuchte vorsätzliche Tötung etc.**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungs-  
kommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Oktober 2010  
(VV100041/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1.a) Im Rahmen des (damals noch) vor Geschworenengericht des Kantons Zürich gegen ihn geführten Strafverfahrens betreffend mehrfache versuchte vorsätzliche Tötung etc. liess der Beschwerdeführer (Angeklagter und Gesuchsteller) am 4. Oktober 2010 ein Ausstandsbegehren gegen den beisitzenden Richter, die beisitzende Richterin und den vorsitzenden Geschworenengerichtspräsidenten stellen (OG act. 2/1 S. 2 ff.). Dieses Begehren wurde mit Schreiben vom 6. Oktober 2010 (OG act. 1) zuständigkeitshalber an die Verwaltungskommission des Obergerichts (Vorinstanz) überwiesen; zugleich gaben die drei Abgelehnten je im Sinne von § 100 Abs. 1 GVG die gewissenhafte Erklärung ab, dass gegen sie kein Ausschluss- oder Ablehnungsgrund vorliege bzw. sie sich gegenüber dem Beschwerdeführer nicht befangen fühlten (OG act. 1 S. 2 und OG act. 3-4). Nachdem die gewissenhaften Erklärungen dem Beschwerdeführer mit Datum vom 7. Oktober 2010 zur Kenntnisnahme zugestellt worden waren (OG act. 5 und 10), beschloss die Vorinstanz am 15. Oktober 2010, auf das Ausstandsbegehren unter Kostenfolgen zulasten des Beschwerdeführers nicht einzutreten. Dabei gab sie in ihrer Rechtsmittelbelehrung einerseits die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und andererseits die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht als zulässige Rechtsmittel gegen ihren Entscheid an (OG act. 11 = KG act. 2).

b) Gegen diesen ihm am 19. Oktober 2010 (in schriftlich begründeter Form) eröffneten (OG act. 13) Entscheid meldete der Beschwerdeführer unter dem 20. Oktober 2010 rechtzeitig (vgl. § 431 Satz 1 StPO/ZH) die vorliegende kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (OG act. 16 = KG act. 13), welche er mit ebenfalls innert Frist (vgl. § 431 Satz 3 StPO/ZH sowie OG act. 17 = KG act. 3 und OG act. 18) eingereichtem Schriftsatz vom 1. November 2010 begründete (KG act. 1). Darin beantragt er die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz (KG act. 1 S. 2).

Mit Schreiben vom 2. November 2010 wurden die Parteien, die Vorinstanz und das Geschworenengericht vom Eingang der Beschwerde in Kenntnis gesetzt

(KG act. 6) und die vorinstanzlichen Akten beigezogen (vgl. KG act. 4 und 8). Zudem wurde der Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass die Beschwerde entgegen der unzutreffenden vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung nicht zulässig sei, sondern gegen den angefochtenen Entscheid lediglich die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht offenstehe (KG act. 5). In seiner diesbezüglichen Stellungnahme vom 4. November 2010, die der Beschwerdegegnerin (Anklägerin und Gesuchsgegnerin) und der Vorinstanz mit Verfügung vom 5. November 2010 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (KG act. 11 und 12), lässt der Beschwerdeführer die Auffassung, wonach die Beschwerde unzulässig sei, teilen und beantragen, die Kosten des Kassationsverfahrens der Vorinstanz aufzuerlegen und seinem amtlichen Verteidiger eine Entschädigung für die verursachten Umtriebe zuzusprechen (KG act. 9).

c) Ebenfalls am 4. November 2010 teilte der Präsident des Geschworenengerichts dem Kassationsgericht mit, dass das Verfahren in den nächsten Tagen an das ab 1. Januar 2011 zuständige Bezirksgericht Zürich überwiesen werde (KG act. 10), und am 22. November 2010 ging die Überweisungsverfügung vom 18. November 2010 hierorts ein (KG act. 15 und 14). Beide Eingaben wurden den Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 11 und 16).

d) Da sich die Nichtigkeitsbeschwerde sofort als unzulässig und die Sache demnach als spruchreif erweist (vgl. nachstehende Erw. 3), kann darüber ohne Anhörung der Beschwerdegegnerin entschieden werden; ebenso wenig braucht die Vorinstanz zur Stellungnahme eingeladen zu werden (§ 433 Abs. 1 StPO/ZH; s.a. Schmid, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., N 3 zu § 433).

2. 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) zürcheri-

schen StPO vom 4. Mai 1919 (StPO/ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung.

3.a) Gemäss § 428 StPO/ZH ist die Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen nur gegen *Endentscheide* (Urteile und Erledigungsbeschlüsse) der dort genannten Gerichtsbehörden zulässig. Demgegenüber können – anders als im (altrechtlichen) Zivilverfahren (vgl. § 282 ZPO/ZH) – verfahrensleitende oder Zwischenentscheide nicht selbstständig mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden (Schmid, a.a.O., N 4 und 6 zu § 428; ders., Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 1997, Rz 1050 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 10 f.). Zu Letzteren gehören nach herrschender Lehre und gefestigter Praxis auch Entscheide über Ausstandsbegehren, weshalb deren selbstständige Anfechtung ausgeschlossen ist (Schmid, a.a.O. [Kommentar], N 6 zu § 428; von Rechenberg, a.a.O., S. 10 f.; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 7 zu § 101; SJZ 1975, S. 64; ZR 81 Nr. 97; 82 Nr. 125; 83 Nr. 56; 94 Nr. 25; 95 Nr. 82; Kass.-Nr. AC070016 vom 4.2.2008 i.S. des Beschwerdeführers, Erw. II/3.2; s.a. Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel/Genf/München 2005, § 101 Rz 18 f.). Insbesondere verneinen Lehre und Praxis bei derartigen Zwischenentscheiden im Hinblick auf die klare gesetzliche Regelung die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde auch dann, wenn durch die sofortige Überprüfung des fraglichen Streitpunktes ein nicht wiedergutmachender Schaden bzw. Nachteil verhindert oder erhebliche Weiterungen und wesentliche Kosten vermieden werden könnten (Schmid, a.a.O. [Kommentar], N 7 zu § 428 m.Hinw.). Mangels (selbstständiger) Beschwerdefähigkeit des angefochtenen Beschlusses (KG act. 2) kann somit auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden.

Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass in der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde als zulässiges Rechtsmittel gegen den angefochtenen Entscheid genannt wird (vgl. KG act. 2 S. 10/11, Disp.-Ziff. 5/a), kann die Zulässigkeit eines Rechtsmittels doch keinesfalls von der (unrichtigen) Rechtsmittelbelehrung der unteren Instanz abhängen. Viel-

mehr hat die Rechtsmittelinstanz (hier: das Kassationsgericht) im Hinblick auf die ihr vom Gesetz verliehene funktionale Zuständigkeit die Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzungen für das bei ihr anhängig gemachte (Rechtsmittel-)Verfahren von Amtes wegen zu prüfen und das Rechtsmittel bei Fehlen einer solchen von der Hand zu weisen. Eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung vermag eine nach der gesetzlichen Kompetenzordnung nicht gegebene Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz mithin nicht zu begründen bzw. die fehlende Beschwerdefähigkeit des vorliegend angefochtenen Beschlusses nicht zu beseitigen (Hauser/Schweri, a.a.O., N 18 zu § 188; s.a. ZR 105 Nr. 18, Erw. II/4 m.w.Hinw.; 107 Nr. 28, Erw. 4.4/e a.E.; BGE 92 I 77; 122 I 60 f. m.w.Hinw.; 129 III 89; 129 IV 200/201; 135 III 473, Erw. 1.2 a.E.; BGer 4A\_94/2008 vom 8.5.2008, Erw. 1.4; 1B\_10/2009 vom 14.5.2009, Erw. 2, wonach auch der Grundsatz von Treu und Glauben bzw. des Vertrauensschutzes kein Rechtsmittel schaffen kann, das es nicht gibt, d.h. nicht dazu führen kann, dass auf ein als solches unzulässiges Rechtsmittel eingetreten wird).

b) Bloss nebenbei sei angemerkt, dass sich die Ausstandsbegehren nach erfolgter Überweisung des Prozesses an das Bezirksgericht Zürich gegen Gerichtspersonen richten, die nicht (mehr) mit der Sache befasst sind. Damit wäre wohl auch das rechtlich geschützte Interesse des Beschwerdeführers an der Beurteilung seiner Ausstandsbegehren und demzufolge auch an der Behandlung der Beschwerde entfallen.

4. Bei diesem Ausgang (Nichteintreten) sind die – betragsmässig nach bisherigem Recht, d.h. nach § 2 und §§ 12 f. der obergerichtlichen Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) zu bemessenden (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010) – Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, in Anwendung der allgemeinen Regel (§ 396a StPO/ZH) dem mit seinem Antrag (auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses) unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (Schmid, a.a.O. [Strafprozessrecht], Rz 1202 f.). Dies trotz des Umstands, dass die Vorinstanz die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde als zulässiges Rechtsmittel gegen ihren Entscheid bezeichnet hat:

Zwar folgt aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV), dass einer Partei aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung kein Rechtsnachteil erwachsen darf (Hauser/Schweri, a.a.O., N 20 zu § 188). Das gilt jedoch nur, wenn und soweit sich die Partei unter den konkreten Umständen nach Treu und Glauben auf die unzutreffende Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte. Diese Voraussetzung wird von der (gefestigten) Praxis verneint, wenn die Rechtsmittelbelehrung offensichtlich unrichtig ist oder wenn die Partei oder ihr Rechtsvertreter, dessen Wissen der Partei angerechnet wird, deren Unrichtigkeit kannte oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen können, wobei diesbezüglich nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt schadet. Eine Partei darf sich insbesondere dann nicht auf das durch die falsche Rechtsmittelbelehrung erweckte Vertrauen berufen, wenn sie oder ihr rechtskundiger Vertreter die Unrichtigkeit durch blosser Konsultierung des massgebenden Gesetzestextes ohne Weiteres erkennen konnte (vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., N 20 zu § 188; BGE 135 III 374 ff. m.w.Hinw.; Pra 1992 Nr. 150, Erw. 2/a; 2007 Nr. 22, Erw. 4.3; BGer 4A\_5/2007 vom 23.3.2007, Erw. 2.2; 5A\_33/2008 vom 26.2.2008, Erw. 2.2; 4A\_94/2008 vom 8.5.2008, Erw. 1.4; 1B\_25/2008 vom 2.7.2008, Erw. 1.2.4; 1B\_10/2009 vom 14.5.2009, Erw. 2; 5A\_399/2010 vom 17.8.2010, Erw. 3.3 [teilweise im Zusammenhang mit Art. 49 BGG, welche Bestimmung ihrerseits auf dem in Art. 9 BV statuierten Grundsatz von Treu und Glauben beruht]; Kass.-Nr. AA060012 vom 6.3.2006 i.S. B.c.R., Erw. 7).

In casu geht – zumindest für einen forensisch tätigen und mit der Bezeichnung der Entscheidarten im (bisherigen) zürcherischen Prozessrecht (vgl. insbes. § 155 GVG) vertrauten Rechtsanwalt – bereits aus dem Wortlaut des einschlägigen § 428 StPO/ZH klar und unmissverständlich hervor, dass in Strafsachen die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht nur gegen *Endentscheide* ("Urteile und Erledigungsbeschlüsse"), nicht aber gegen *Zwischenentscheide* (auch betreffend Ausstandsbegehren) zulässig ist. Damit war die Unrichtigkeit der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung für den rechtskundigen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers durch blosser Konsultierung des massgebenden Gesetzestextes ohne Weiteres erkennbar. Überdies – und das ist vorliegend entscheidend – wurde dem (schon damals in der Person des heutigen amtlichen Verteidigers ver-

tretenen) Beschwerdeführer in einem früheren Stadium des vorliegenden Strafverfahrens bereits einmal dargelegt, dass (in Strafsachen) Entscheide über Ausstandsbegehren nicht selbstständig mit Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar sind (Kass.-Nr. AC070016 vom 4.2.2008 i.S. des Beschwerdeführers, Erw. II/3.2). Somit konnte sein Rechtsvertreter die (offensichtliche) Unrichtigkeit der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung nicht nur ohne Weiteres erkennen, sondern er hat sie auch *tatsächlich gekannt* (was er im Übrigen auch selber einräumt, wenn er ausführt, er teile die ihm erörterte Rechtsauffassung bezüglich Unzulässigkeit der Beschwerde, sei die Sache in derselben Angelegenheit doch "schon einmal durchgespielt [worden], mit der genau gleichen falschen Rechtsmittelbelehrung" [KG act. 9 S. 1]). Wusste der Beschwerdeführer bzw. sein amtlicher Verteidiger (aufgrund des bisherigen Verfahrensgangs) aber offensichtlich um die Unrichtigkeit der ihm erteilten Rechtsmittelbelehrung, erweist sich die Beschwerdeerhebung und die Berufung auf den Vertrauensgrundsatz (resp. sein Antrag, die durch das vorliegende Verfahren verursachten Kosten der Vorinstanz aufzuerlegen) als treuwidrig und verdient keinen Schutz (vgl. ZR 108 Nr. 52, Erw. 5).

Daran ändert auch die in der Eingabe vom 4. November 2010 (KG act. 9) geübte Kritik an den (offenbar) wiederholt fehlerhaften Rechtsmittelbelehrungen der Vorinstanz nichts. Sie mag sachlich zwar durchaus berechtigt erscheinen. Weil sein amtlicher Verteidiger den Fehler in der Rechtsmittelbelehrung erkannt hat, verhindert sie jedoch nicht, dass dem Beschwerdeführer der Vertrauensschutz versagt bleibt. Ebenso wenig ist ein Anwalt gezwungen, "rein aus Sorgfaltsgründen" eine als offensichtlich falsch erkannte Rechtsmittelbelehrung zu befolgen, d.h. ein nach Gesetz (und dazu ergangener konstanter Rechtsprechung) unzulässiges Rechtsmittel zu erheben, weil er ja nicht wisse, ob sich die Praxis möglicherweise geändert habe oder ändern werde (vgl. KG act. 9 S. 2). Dies umso weniger, als die Frage einer allfälligen Praxisänderung angesichts der (beinahe) lückenlosen Veröffentlichung der Entscheide des Kassationsgerichts im Internet (unter "<http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/html>") ohne Weiteres hätte überprüft (und verneint) werden können. Somit bleibt es ungeachtet der unzutreffenden Rechtsmittelbelehrung durch die Vorinstanz bei der (ausgangsgemässen) Kostenaufgabe.

5. Der vorliegende Beschluss schliesst das (Straf-)Verfahren (als Gesamtes) nicht ab. Folglich handelt es sich (in der Terminologie des BGG) nicht um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG, sondern um einen selbstständig eröffneten (letztinstanzlichen) Zwischenentscheid über ein Ausstandsbegehren. Als solcher unterliegt er der Anfechtung beim Bundesgericht (Art. 92 BGG). Da der Rechtsweg gegen Zwischenentscheide (auch betreffend Ausstand) dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel folgt und die Hauptsache eine Strafsache betrifft, steht gegen ihn aus den in Art. 95 ff. BGG genannten Rügegründen die Beschwerde in Strafsachen nach Art. 78 ff. BGG offen (vgl. BGer 1B\_22/2007 vom 29.5.2007, Erw. 1-2; 1B\_27/2007 vom 7.5.2007, Erw. 1; 1B\_67/2007 vom 27.4.2007, Erw. 2).

Hingegen findet, wie dem Beschwerdeführer bereits mit Schreiben vom 2. November 2010 mitgeteilt wurde (vgl. KG act. 5 S. 2), die Vorschrift von Art. 100 aAbs. 6 BGG (betreffend den Beginn der Anfechtungsfrist für den obergerichtlichen Beschluss vom 15. Oktober 2010) mangels Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde in casu keine Anwendung (BGE 134 III 92 ff., Erw. 1.2 und 1.4; BGer 5A\_651/2007 vom 27.11.2007). Ob die (auch insofern) unzutreffende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung (vgl. KG act. 2 S. 11, Disp.-Ziff. 5/b a.E.) hieran etwas zu ändern vermag (oder zur Wiederherstellung der Anfechtungsfrist von Art. 100 Abs. 1 BGG führen kann), hätte gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.
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 in Strafsachen gemäss Art. 78 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich und das Geschworenengericht des Kantons Zürich (Proz.-Nr. WG080011), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: