

ZH_KASSATIONSGERICHT AC100002 vom 15. April 2011

Zh Kassationsgericht, 2011-04-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AC100002

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AC100002 du 15 avril 2011

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AC100002 del 15 aprile 2011

Erwägungen

E. 4

Zwar begründete der Beschwerdeführer seine Rüge, die Vorinstanz hätte ihre Überprüfungsbefugnis nicht gestützt auf § 104a Abs. 2 GVG beschränken dürfen, nicht damit, dass § 104a GVG im vorliegenden Fall gar nicht anwendbar sei, sondern damit, dass im Sinne von § 104a Abs. 3 GVG ein geänderter Sachverhalt vorliege. Die Anrufung eines unrichtigen Nichtigkeitsgrundes schadet dem Beschwerdeführer aber nach dem Grundsatz *iura novit curia* nicht. Aus den Ausführungen des Nichtigkeitsklägers muss nur (dies aber mindestens) durch Angabe der entsprechenden tatsächlichen Grundlagen zu schliessen sein, welcher Nichtigkeitsgrund sinngemäss angerufen wird (Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 32 zu § 430, mit Verweisungen). Der Beschwerdeführer rief den Nichtigkeitsgrund der Verletzung gesetzlicher Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO an; die Vorinstanz habe § 104a GVG verletzt, indem sie von einer falschen Überprüfungsbefugnis ausgegangen sei (KG act. 1 S. 14 Ziff. III.1), und er nannte die tatsächlichen Grundlagen dieser Rüge, nämlich die vorinstanzlichen Erwägungen. Das genügt zur Prüfung und vorstehenden Feststellung, dass die Vorinstanz eine gesetzliche Prozessform verletzte, indem sie § 104a GVG auf den vorliegenden Sachverhalt anwandte und ihre Prüfungsbefugnis gestützt darauf beschränkte.

E. 5

Die weiteren Rügen haben keine davon unabhängige Bedeutung. Die Ausführungen des Beschwerdeführers dazu, dass die Vorinstanz ein Beweisanztragsrecht verkannt und verletzt habe (KG act. 1 S. 26 - 35), betreffen ebenfalls die Frage des Aufschubs der Strafe zugunsten der Massnahme (vgl. insbes. KG act. 1 S. 31 Ziff. 5) und sind nur von Bedeutung, wenn die Vorinstanz diese Frage überhaupt prüfen muss. Ist der Vorinstanz entsprechend ihrer Auffassung eine (neue) Prüfung dieser Frage verwehrt (sei es aufgrund von § 104a GVG [welche Bestimmung aber entgegen der vorinstanzlichen Auffassung einer solchen Prüfung nicht entgegensteht; vgl. vorstehend Erw. 3], sei es aufgrund bundesrechtlicher Vorschriften [vgl. KG act. 2 Erw. II.1.2-1.5 und nachfolgend Erw. 6]), bestehen in diesem Themenbereich auch keine prozessualen Rechte der Parteien mehr und gehen diese Ausführungen am Thema vorbei. Die Rüge der unzulässigen antizipierten Beweiswürdigung (KG act. 1 S. 35 - 39) ist ungenügend substantiiert, indem es der Beschwerdeführer unterlässt zu sagen, was für eine

- 8 - tatsächliche Annahme denn die Vorinstanz aufgrund der behaupteten unzulässigen antizipierten Beweiswürdigung getroffen habe. Der Beschwerdeführer visiert aber auch damit das Thema Aufschub der Strafe zugunsten der Massnahme an. Dazu kann auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden. Die Ausführungen des Beschwerdeführers wären nur von Belang, wenn die Vorinstanz diese Frage prüfen müsste. Im angefochtenen Urteil ging sie vom Gegenteil aus. Die Rüge geht daran vorbei.

E. 6

Der festgestellte Nichtigkeitsgrund (vorstehend Erw. 3) führt indes nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Wie vorstehend dargelegt, entscheidet sich ausschliesslich nach Bundesrecht, ob die Vorinstanz nach der bundesgerichtlichen Rückweisung auch die Frage des Strafaufschubes zugunsten der Massnahme neu prüfen muss oder nicht. Die Vorinstanz erwog dazu, müsse die kantonale Behörde nach einer Rückweisung durch das Bundesgericht neu entscheiden, dürfe sie nur in jenen Punkten auf ihr Urteil zurückkommen, welche zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides durch den Kassationshof geführt hätten, selbst wenn aus formellen Gründen das ganze Urteil aufgehoben worden sei. Es sei auf die materielle Tragweite des bundesgerichtlichen Urteils abzustellen und folglich danach zu fragen, ob damit der kantonale Entscheid insgesamt oder nur teilweise aufgehoben worden sei. Die Frage des Aufschiebens des Strafvollzuges zugunsten der ambulanten Massnahme sei vor dem Bundesgericht (gemeint: Im Verfahren 6S.99/2006, Nichtigkeitsbeschwerde gegen das vorinstanzliche Urteil vom 21. November 2005) kein Thema gewesen, obwohl diese Frage dem Bundesgericht nach dem vorinstanzlichen Urteil vom 21. November 2005 und dem kassationsgerichtlichen Beschluss vom 21. Dezember 2006 durchaus hätte unterbreitet werden können. Die Verweigerung des Aufschiebens des Strafvollzuges zu Gunsten der ambulanten Massnahme sei vor Bundesgericht nicht angefochten worden. Dementsprechend habe sich das Bundesgericht in seinem Urteil vom 30. März 2007 mit dieser Frage nicht auseinandergesetzt. Das Bundesgericht habe sich einzig und allein mit der Frage der Strafzumessung befasst und eine unrichtige Anwendung von Art. 64 Abs. 5 aStGB festgestellt. Die Kassation des vorinstanzlichen Urteils sei ausschliesslich wegen Mängeln in der Strafzumessungsbegründung erfolgt, und die Sache sei an die Vorinstanz zurückgewiesen worden, um im Sinne der Erwägungen des Bundesgerichtsurteils eine Neuurteilung vorzunehmen. Für eine erneute Überprüfung der Frage, ob eine Strafe zu Gunsten einer ambulanten Massnahme aufzuschieben sei, bestehe "nach dem Ausgeführten" (damit offenbar gemeint: bezüglich § 104a GVG sowie bezüglich der Wirkung der bundesgerichtlichen Rückweisung) grundsätzlich kein Raum (KG act. 2 S. 19 f.). Die Vorinstanz stellte damit sinngemäss fest, dass aus der bundesgerichtlichen Rückweisung mit dem Urteil vom 30. März 2007 nicht folge, dass die Frage des Aufschiebens der Strafe zugunsten einer ambulanten Massnahme neu zu prüfen wäre. Zwar handelt es sich dabei nicht eigentlich um eine Alternativ- oder Eventualbegründung zur Begründung, dass auch aus § 104a GVG folge, dass diese Frage nicht mehr zu prüfen ist. Die Vorinstanz bekundete nicht die Auffassung, sowohl aufgrund von § 104a GVG als auch (unabhängig davon) aufgrund der bundesrechtlich bestimmten Wirkung der bundesgerichtlichen Rückweisung ergebe sich, dass diese Frage nicht mehr zu prüfen sei. Vielmehr bekundete die Vorinstanz die Auffassung, dass diese Frage aufgrund von § 104a GVG nicht mehr zu prüfen sei, an welchem (mithin aus dem kantonalen Recht gewonnenen) Ergebnis auch die bundesgerichtliche Rückweisung nichts ändere. Doch wirkt sich diese Auffassung mit dem Umstand, dass sich diese Frage allein nach Bundesrecht bestimmt, für den kassationsgerichtlichen Entscheid wie eine Alternativbegründung aus. Entfällt die vorinstanzliche auf § 104a GVG gestützte Begründung, weil sie auf einem Nichtigkeitsgrund beruht, bleibt es doch beim angefochtenen Urteil, dass die Frage des Strafaufschiebens zugunsten der Massnahme nicht mehr zu prüfen sei, weil die bundesgerichtliche Rückweisung für eine solche keinen Raum lasse. Deshalb ist das angefochtene Urteil nicht aufzuheben, sondern die auf die unrichtige Anwendung von §

104a GVG gestützte vorinstanzliche Begründung ist aus dem angefochtenen Urteil zu streichen. Es handelt sich um eine analoge Konstellation zu derjenigen einer Alternativ- bzw. Eventualbegründung nach Bundesrecht (vgl. dazu ZR 79 [1980] Nr. 78, Donatsch/Schmid,

- 10 - a.a.O., N 3 und 4 zu § 435 mit Verweisungen, sowie bereits Erw. II.4 des kassationsgerichtlichen Beschlusses vom 21. Dezember 2006 OG act. 110).

E. 7

Ohne Berücksichtigung der Möglichkeit, dass das angefochtene Urteil aus bundesrechtlichen Gründen auch dann Bestand hat, wenn die vorinstanzliche Abstützung auf § 104a GVG entfällt (nämlich, wenn die Vorinstanz auch aus bundesrechtlichen Gründen nach der bundesgerichtlichen Rückweisung die Frage des Strafaufschubs zugunsten der Massnahme nicht mehr zu prüfen hatte), wäre das angefochtene Urteil aufzuheben, und zwar vollumfänglich, so insbesondere auch mit den Erwägungen unter dem Titel II."2. Konkretes zum Prozessthema des zweiten Berufungsverfahrens" (KG act. 2 S. 21 - 26). Die zu diesen Erwägungen vorgetragenen Rügen (KG act. 1 S. 26 ff.) wären nicht mehr zu prüfen. Denn diese Erwägungen wären nur von Bedeutung, wenn § 104a Abs. 3 GVG anwendbar wäre (vgl. KG act. 2 S. 20 zweiter Absatz). Das ist aber - wie § 104a GVG insgesamt - nicht der Fall. Aufgrund der Möglichkeit, dass es aus bundesrechtlichen Gründen beim angefochtenen Urteil bleibt, ist dieses aber nicht aufzuheben, sondern sind die Erwägungen zuhanden des Bundesgerichts daraus zu streichen, welche (den nicht auf den vorliegenden Fall anwendbaren) § 104a GVG auf den vorliegenden Fall anwenden (die allgemeinen vorinstanzlichen Erwägungen zu § 104a GVG [KG act. 2 Erw. II.1.2 S. 13 - S. 17 erster Absatz] werden in der Beschwerde nicht beanstandet und sind nicht zu streichen). Konsequenterweise sind deshalb auch die Erwägungen unter II."2. Konkretes zum Prozessthema des zweiten Berufungsverfahrens" zu streichen. Demnach sind in teilweiser Gutheissung der Beschwerde folgende Erwägungen zuhanden des Bundesgerichts aus dem angefochtenen Urteil zu streichen: ■ KG act. 2 S. 13 Erw. II.1.1. letzter Satz ("In einem zweiten Schritt (Ziffer 2) wird sodann zu prüfen sein, ob konkret ein geänderter Sachverhalt im Sinne von § 104" [recte: 104a] "Abs. 3 GVG vorliege und was nun genau Prozessthema ist.").

- 11 - ■ KG act. 2 Erw. II.1.2 S. 17 zweiter Absatz ("Nachdem der Angeklagte mit seinen Rügen ..." bis "... damit sein Bewenden haben."). ■ KG act. 2 Erw. II.1.4 S. 20 zweiter Absatz zweiter Satz bis zum Ende dieses Absatzes ("Anders verhält es sich nur, ..." bis "... besteht für eine erneute Überprüfung der Frage, ob die Strafe zu Gunsten einer ambulanten Massnahme aufzuschieben sei, kein Raum."). ■ KG act. 2 Erw. II.2 S. 21 - 26 ("2. Konkretes zum Prozessthema des zweiten Berufungsverfahrens ..." bis "Im Übrigen darf in diesem Zusammenhang ohne Weiteres auf die Ausführungen im Zirkulations-Beschluss vom 25. Mai 2009 verwiesen werden (Urk. 170 S. 14ff).". ■ KG act. 2 S. 52 Erw. V.3 vierter Satz erster Halbsatz ("Da zudem wie gesehen kein geänderter Sachverhalt im Sinne von § 104a Abs. 3 GVG vorliegt,"). Die weiteren vom Beschwerdeführer zu diesen gestrichenen Erwägungen vorgetragenen Rügen brauchen damit nicht mehr geprüft zu werden. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. IV. Der Beschwerdeführer beanstandete im Wesentlichen die unrichtige Anwendung von § 104a GVG durch die Vorinstanz. Die Beschwerde ist insoweit begründet und der Beschwerdeführer obsiegt damit grundsätzlich, auch wenn die Sache entgegen seinem Antrag nicht an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, sondern lediglich die auf dem

Nichtigkeitsgrund beruhenden vorinstanzlichen Erwägungen zuhanden des Bundesgerichts aus dem angefochtenen Urteil gestrichen werden. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind deshalb nicht dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Die Beschwerdegegner 2 - 5 äusserten sich im Beschwerdeverfahren nicht, stellten keine Anträge und veranlassten auch die nun zu streichenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid nicht. Auch ihnen sind deshalb die Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht aufzuerlegen. Diese sind bei

- 12 - diesem Ausgang des Verfahrens vielmehr auf die Gerichtskasse zu nehmen. Prozessentschädigungen sind keine zuzusprechen. Das Gericht beschliesst: 1. In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde werden folgende Erwägungen aus dem Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Oktober 2009 zuhanden des Bundesgerichts gestrichen: a) KG act. 2 S. 13 Erw. II.1.1. letzter Satz ("In einem zweiten Schritt (Ziffer 2) wird sodann zu prüfen sein, ob konkret ein geänderter Sachverhalt im Sinne von § 104 Abs. 3 GVG vorliege und was nun genau Prozessthema ist."). b) KG act. 2 Erw. II.1.2 S. 17 zweiter Absatz ("Nachdem der Angeklagte mit seinen Rügen ..." bis "... damit sein Bewenden haben."). c) KG act. 2 Erw. II.1.4 S. 20 zweiter Absatz zweiter Satz bis zum Ende dieses Absatzes ("Anders verhält es sich nur, ..." bis "... besteht für eine erneute Überprüfung der Frage, ob die Strafe zu Gunsten einer ambulanten Massnahme aufzuschieben sei, kein Raum."). d) KG act. 2 Erw. II.2 S. 21 - 26 ("2. Konkretes zum Prozessthema des zweiten Berufungsverfahrens ..." bis "Im Übrigen darf in diesem Zusammenhang ohne Weiteres auf die Ausführungen im Zirkulations-Beschluss vom 25. Mai 2009 verwiesen werden (Urk. 170 S. 14ff).". e) KG act. 2 S. 52 Erw. V.3 vierter Satz erster Halbsatz ("Da zudem wie gesehen kein geänderter Sachverhalt im Sinne von § 104a Abs. 3 GVG vorliegt,"). Im Übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

- 13 - 2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung sowie allenfalls der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung, werden auf die Gerichtskasse genommen. 3. Prozessentschädigungen werden für das Beschwerdeverfahren keine zugesprochen. 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 27. Oktober 2009 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, an die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, an die 6. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich (ad DG040268) sowie an das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste, je gegen Empfangsschein.

_____ KASSATIONSGERICHT DES
KANTONS ZÜRICH Der juristische Sekretär

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.