



---

Kass.-Nr. AC110001-P/Z02/mum

Mitwirkende: der Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

**Verfügung vom 26. Januar 2011**

in Sachen

**Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Oberstaatsanwalt lic. iur. Martin Bürgisser,  
Oberstaatsanwaltschaft des Kanton Zürich, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich

gegen

**X.**

Verurteilter, Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

betreffend

**Änderung der Sanktion (Rückweisung)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Revisionskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. November 2010 (UW100006/U)**

**Der Vizepräsident hat in Erwägung gezogen:**

1. Das Geschworenengericht des Kantons Zürich sprach den Beschwerdegegner mit Urteil vom 6./12. Mai 1993 und 4. Juli 1993 schuldig des Mordes sowie weiterer Delikte und bestrafte ihn mit 20 Jahren Zuchthaus. Unter Anrechnung von Untersuchungshaft etc. erreichte der Beschwerdegegner am 8. Oktober 2010 die vollständige Strafverbüsung (vgl. Kass.-Nr. AC100011 vom 10.9.2010).

2. Mit Eingabe vom 24. November 2009 stellte die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich beim Obergericht des Kantons Zürich das Gesuch, den Beschwerdegegner gestützt auf Art. 65 Abs. 2 StGB nachträglich zu verwahren. Die Revisionskammer des Obergerichts erachtete die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme des Verfahrens im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB als gegeben und wies mit Beschluss vom 29. März 2010 das Geschworenengericht an, über das Vorliegen der Voraussetzungen einer Sicherungsverwahrung zu entscheiden. Mit Beschluss vom 10. September 2010 hiess das Kassationsgericht eine vom Beschwerdeführer gegen diesen Beschluss eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde gut und wies die Sache an die Vorinstanz zurück (Kass.-Nr. AC100011 vom 10.9.2010).

3. Mit Beschluss vom 7. Oktober 2010 ordnete die Vorinstanz auf Antrag der Oberstaatsanwaltschaft (OG act. 4) "bis zum endgültigen Abschluss des vorliegenden Revisionsverfahrens" für den Beschwerdegegner Sicherheitshaft an (OG act. 15). Mit Beschluss vom 22. November 2010 wies die Revisionskammer den Antrag der Oberstaatsanwaltschaft vom 24. November 2009 (auf nachträgliche Verwahrung des Beschwerdegegners) ab (Dispositiv Ziffer 1) und beschloss, dass der Beschwerdegegner "bis zum endgültigen Abschluss des Revisionsverfahrens" (gemeint: bis zur Erledigung sämtlicher ordentlicher und ausserordentlicher Rechtsmittel gegen den Beschluss vom 22. November 2010; vgl. KG act. 2 S. 17 Erw. III) in Sicherheitshaft verbleibe (KG act. 2, Dispositiv-Ziffer 2).

4. Gegen den ihr am 26.11.2010 zugestellten (OG act. 24/2) Beschluss der Revisionskammer vom 22. November 2012 meldete die Oberstaatsanwaltschaft

am 1. Dezember 2010 kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (OG act. 25) und begründete diese mit Eingabe vom 17. Januar 2011 (KG act. 1) und damit unter Berücksichtigung der Gerichtsferien innert Frist. Sie beantragt, Dispositiv Ziffer 1 des angefochtenen Beschlusses sei aufzuheben, und die Sache sei zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Ferner beantragt sie, der Beschwerdegegner sei "in Nachachtung der unangefochten gebliebenen Ziffer 2 des vorinstanzlichen Beschlusses in Sicherheitshaft zu belassen" (KG act. 1 S. 2).

5. Mit Präsidialverfügung vom 20. Januar wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen und dem Beschwerdegegner unter Hinweis auf § 429 Abs. 4 StPO ZH eine Frist von drei Tagen angesetzt, um zur Frage der Aufrechterhaltung der Sicherheitshaft und zum entsprechenden Antrag der Oberstaatsanwaltschaft Stellung zu nehmen (KG act. 4). Der Beschwerdegegner nahm keine Stellung.

6. Die vorinstanzlichen Akten gingen beim Kassationsgericht am 24. Januar 2011 ein.

7. 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 zu Anwendung. Mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen ist deshalb 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.

8. Der Beschwerdegegner befindet sich in Sicherheitshaft. Gemäss § 429 Abs. 4 StPO ZH entscheidet der Präsident des Kassationsgerichts binnen drei Tagen nach Eintreffen der Akten, ob die Sicherheitshaft aufrecht erhalten bleibt.

Es fragt sich, ob diese Bestimmung auch nach Inkrafttreten der Schweizerischen StPO anwendbar ist.

9. Die Sicherheitshaft ist eine Zwangsmassnahme. Niklaus Schmid hält unter Hinweis auf Art. 448 Abs. 1 StPO dafür, dass sich Zwangsmassnahmen nach dem 31.12.2010 (Inkrafttreten der StPO) materiell und formell stets nach der StPO richten, und zwar auch im Fall von Art. 453 Abs. 1 StPO (Schmid, Übergangsrecht der StPO, Zürich/St. Gallen 2010, S. 12 Rz 40 f.). In Befolgung der allgemeinen Regeln von Art. 448 Abs. 1 und 2 StPO beurteile sich die Zulässigkeit, also die materiellen Voraussetzungen wie auch das Anordnungsverfahren, bei Zwangsmassnahmen nach dem im Zeitpunkt der Anordnung gültigen Recht (Schmid, a.a.O., S. 43 N 159), wobei altrechtlich angeordnete Zwangsmassnahmen ihre Gültigkeit unter dem neuen Recht behielten (Schmid, a.a.O., S. 43 N 157). Verlängerungen von Zwangsmassnahmen richteten sich gemäss Schmid (a.a.O., S. 46 N 165) nach Inkrafttreten der StPO materiell sowie bezüglich des Verfahrens immer nach neuem Recht. Nach Auffassung von Schmid (a.a.O., S. 46 N 167) ist das materielle und formelle Zwangsmassnahmenrecht der StPO nach deren Inkrafttreten auch auf Verfahren anwendbar, die grundsätzlich nach altem Recht weiterzuführen und abzuschliessen sind (z.B. eben gemäss Art. 453 Abs. 1 StPO).

10. Die Auffassung von N. Schmid überzeugt. Gemäss den allgemeinen Verfahrensbestimmungen der StPO gilt der Grundsatz, dass neues Recht anzuwenden ist, soweit die nachfolgenden Bestimmungen der StPO nichts anderes vorsehen (Art. 448 Abs. 1 StPO). Art. 453 Abs. 1 StPO sieht vor, dass Rechtsmittel nach bisherigem Recht beurteilt werden, wenn ein Entscheid vor Inkrafttreten der StPO gefällt worden ist. Die Beurteilung der Rechtsmittel bedeutet nicht, dass auch bestehende Zwangsmassnahmen nach bisherigem Recht zu beurteilen wären. Für diese gilt die Ausnahme von Art. 453 Abs. 1 StPO nicht, sondern die allgemeine Regel von Art. 448 Abs. 1 StPO. Eine gegenteilige Auffassung ist denn auch nicht ersichtlich. Viktor Lieber scheint der Auffassung von N. Schmid beizupflichten (Lieber, Knifflige Fragen zum Übergangsrecht, in: plädoyer 6/10 S. 36 ff., S. 37 Ziff. 2.3.1).

11. § 429 Abs. 4 StPO ZH findet mithin seit dem 1. Januar 2011 (Inkrafttreten der StPO) keine Anwendung mehr. Vielmehr gilt für die Frage der Sicherheitshaft die StPO. Die vorinstanzlich angeordnete Sicherheitshaft gilt weiter, ohne dass im Sinne von § 429 Abs. 4 StPO von Amtes wegen über deren Aufrechterhaltung zu entscheiden wäre. Auf den Antrag der Oberstaatsanwaltschaft, der Beschwerdeführer sei in Sicherheitshaft zu belassen (KG act. 1 S. 2), kann deshalb nicht eingetreten werden. In sinngemässer Anwendung von Art. 233 StPO kann der Beschwerdeführer beim Präsidenten des Kassationsgerichts (bzw. beim Vizepräsidenten, dem in der vorliegenden Sache die Verfahrensleitung obliegt) ein Haftentlassungsgesuch stellen, über welches innert 5 Tagen nach neuem Recht zu entscheiden wäre.

**Der Vizepräsident verfügt:**

1. Auf den Antrag der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner sei in Sicherheitshaft zu belassen, wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien gegen Empfangsschein sowie an die Vorinstanz.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: