



---

Kass.-Nr. AC040114/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

## Sitzungsbeschluss vom 06. Juni 2005

in Sachen

X,

.....,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch ...

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch die Leitende Staatsanwältin Dr. iur. Ursula Frauenfelder Nohl, Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, Postfach, 8026 Zürich

betreffend **Bussenumwandlung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Juli 2004 (UG040005/U/ml)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. X (nachfolgend Beschwerdeführer) wurde mit Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts vom 3. September 2002 zweitinstanzlich der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB und der Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG in Verbindung mit Art. 4a Abs. 1 lit. d VRV schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 45 Tagen Gefängnis und einer Busse von Fr. 3'000.— bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt (OG act. 4).

2. Mit Beschluss vom 27. Juli 2004 ordnete die III. Strafkammer des Obergerichts die Umwandlung der mit Urteil vom 3. September 2003 ausgefallten Busse in drei Monate Haft an; der Vollzug der Umwandlungsstrafe wurde nicht aufgeschoben (OG act. 16 bzw. KG act. 2).

3. Der Beschluss wurde dem Beschwerdeführer am 27. August 2004 zugestellt. Am 6. September 2004 meldete der Beschwerdeführer bei einem juristischen Sekretär der III. Strafkammer des Obergerichtes telefonisch die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss vom 27. Juli 2004 an (OG Prot. S. 5 oben). Die obergerichtliche Verfügung betreffend Ansetzung der Frist zur Beschwerdebegründung nahm der Beschwerdeführer am 28. September 2004 entgegen (OG act. 20). Diese Frist endete somit am 28. Oktober 2004.

3. Mit am 3. November 2004 zur Post gegebenem Schreiben stellte der Generalsekretär des Vereins "p", A, namens des Beschwerdeführers das Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdebegründungsfrist (KG act. 1). Das Schreiben enthält zudem bereits die Beschwerdebegründung, und es wird der Antrag auf Aufhebung des obergerichtlichen Beschlusses vom 27. Juli 2004 gestellt. Dem Schreiben wurde eine Vollmacht beigelegt, wonach der Beschwerdeführer den genannten Verein und A, B sowie C am 2. November 2004 mit der Wahrung sei-

ner Interessen bezüglich des Bussenumwandlungsverfahrens beauftragt hat (KG act. 3).

4. Mit Verfügung vom 23. November 2004 wurde dem Beschwerdeführer Frist angesetzt, um dem Kassationsgericht Unterlagen zum Nachweis der für die Fristwiederherstellung geltend gemachten Umstände einzureichen. Innert Frist gingen verschiedene Unterlagen ein (KG act. 9 – 11/1-2).

5. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 14). Die Staatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin) nahm zum Gesuch um Fristwiederherstellung keine Stellung und reichte auch keine Beschwerdeantwort ein.

6. Eine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wurde nicht erhoben.

## II.

1. Das Gericht kann auf Antrag der säumigen Partei eine Frist wiederherstellen, bei grobem Verschulden der Partei oder ihres Vertreters aber nur mit Einwilligung der Gegenpartei (§ 199 Abs. 1 GVG). Willigt die Gegenpartei im letzteren Fall nicht ein, ist eine Wiederherstellung somit unzulässig. Andererseits muss nach konstanter Praxis bei fehlendem oder nur leichtem Verschulden des Gesuchstellers die Wiederherstellung selbst dann gewährt werden, wenn die Gegenpartei die Zustimmung verweigert hat (vgl. ZR 83 Nr. 111; zum Ganzen: Hausser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 8 und 29 zu § 199 GVG; vgl. zuletzt: Kass.-Nr. 98/348 Z, Entscheid vom 26. Januar 2000 i.S. Sp., E. II.3.c; Kass.-Nr. 2002/063 S, Entscheid vom 3. Juli 2002 i.S. M., Erw. II.1.3).

Bei der Beurteilung des Verschuldensgrades gilt ein objektivierter Sorgfaltsmassstab. Entscheidend ist, welches Mass an Sorgfalt unter Berücksichtigung der besonderen Umstände allgemein von einer sorgsam Person verlangt werden kann. In diesem Sinne ist die Verletzung einer Sorgfaltspflicht dann als grobes Verschulden zu qualifizieren, wenn deren Beachtung unter den gegebenen Um-

ständen dem durchschnittlich Sorgfältigen zuzumuten bzw. von diesem zu erwarten ist. Ein grobes Verschulden ist umso eher anzunehmen, je höher die Sorgfaltspflicht des Gesuchstellers zu veranschlagen ist. Die Sorgfaltspflicht ihrerseits ist abhängig von der Wichtigkeit der vorzunehmenden Handlung und sie verschärft sich mit dem Schwinden der hierfür noch zur Verfügung stehenden Zeitspanne. Weiter sind auch die persönlichen Verhältnisse der gesuchstellenden Partei zu berücksichtigen, wobei einem Rechtskundigen ein grösseres Mass an Sorgfalt zugemutet werden darf als einem Laien (vgl. ZR 89 Nr. 100, E. 4; vgl. zum Ganzen: Kass.-Nr. 98/348, a.a.O., mit weiteren Hinweisen; vgl. Kass.-Nr. 2002/002 REV, Entscheid vom 17. September 2000 i.S. M., E. II.2-4; Hauser/Schweri, a.a.O., N 32ff. und 8ff. zu § 199 GVG, je mit weiteren Hinweisen).

Grundsätzlich ist es – auch im Strafverfahren - Sache des Gesuchstellers darzutun, dass keine grobe Nachlässigkeit vorliegt (Hauser/Schweri, a.a.O., N 34 und 98 zu § 199 GVG; Kehl, Die Wiederherstellung versäumter Fristen nach zürcherischem Prozessrecht, Zürich o.J., S. 29 [zu § 221 aGVG]). Diese Beweislastverteilung folgt aus dem Umstand, dass die säumige Partei den Nachweis erbringen muss, dass zureichende Gründe für die Restitution vorliegen (RB 1976 Nr. 18; Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 5. Aufl. Bern 1997, Kap. 9 Rz 107); hierzu gehört auch das Fehlen grober Nachlässigkeit (Kass.-Nr. 2003/001 REV, Entscheid vom 24. Juni 2003 i.S. K., Erw. 3.3c; RB 2002 Nr. 68).

2. Zur Begründung des Fristwiederherstellungsgesuchs wird zusammengefasst Folgendes ausgeführt:

Der Beschwerdeführer habe in den letzten Oktoberwochen an einer schweren Angina gelitten, die er mit Antibiotika zu bekämpfen versucht habe. Zudem leide er an einer Depression mit "eingeschränkter Selbstwahrnehmung". Deshalb sei der Beschwerdeführer nicht in der Lage gewesen, die Beschwerdebegründung zu verfassen. Überdies habe der Beschwerdeführer zwei Herzinfarkte hinter sich und müsse Medikamente einnehmen, welche die Depression begünstigten (KG act. 1 S. 2/3). Als Beleg reicht der Beschwerdeführer einerseits ärztliche Unterlagen des Herz-Zentrums Bodensee aus dem Jahr 1995 sowie die Kopie einer Ar-

beitsunfähigkeits-Karte der Neuenburger Versicherungen, den Zeitraum Juni 1995 bis April 1996 umfassend, ein (KG act. 11/1-2), anderseits ein von Dr. med. Martin Butsch am 10. Dezember 2004 ausgestelltes Rezept für verschiedene Medikamente (Aspirin cardio 100, Reniten 20, Zocor 20, Tenormin 50 und Valium 10 mg; KG act. 10).

3. a) Krankheit kann ein unverschuldetes, zur Wiederherstellung einer Frist führendes Hindernis sein (Hauser/Schweri, a.a.O., N 26 zu § 199 GVG). Die Erkrankung muss jedoch derart sein, dass der Betroffene durch sie davon abgehalten wird, selber innert Frist zu handeln oder doch eine Drittperson mit der Vornahme der Prozesshandlung zu betrauen.

b) Die vom Beschwerdeführer eingereichten ärztlichen Unterlagen belegen zum einen erhebliche gesundheitliche Schwierigkeiten des Beschwerdeführers in den Jahren 1995 und 1996 (KG act. 11/1-2). Aufgrund der dem Beschwerdeführer verschriebenen Medikamente, insbesondere der im Rezept aufgeführten Mengen (KG act. 10), ist davon auszugehen, dass die Beschwerden nicht (vollständig) beseitigt werden konnten. In Bezug auf den fraglichen Zeitraum, Zustellung der fristauslösenden Verfügung betreffend Beschwerdebeurteilung am 28. September 2004 und Ablauf der Frist am 28. Oktober 2004, liegen hingegen keine ärztlichen Unterlagen vor. Wenn der Beschwerdeführer angibt, er habe an einer schweren Angina gelitten, welche er mit Antibiotika selber zu bekämpfen versucht habe, so erklärt dies zwar, weshalb für diese Zeit kein ärztliches Zeugnis vorgelegt werden kann, es vermag ihn dennoch nicht zu entlasten. Einerseits erscheint wenig nachvollziehbar, dass sich eine in ärztlicher Behandlung befindliche Person bei einer schweren Angina nicht an den Hausarzt wendet. Unabhängig davon wird anderseits vom Vertreter des Beschwerdeführers dargelegt, der Beschwerdeführer habe zwar keine Besucher der Organisation "p" empfangen, es habe aber telefonischer Kontakt bestanden. Auch wenn sich der Beschwerdeführer "nicht gross zu äussern vermochte" (KG act. 1 S. 2), muss davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer die Kontaktperson(en) von "p" auf die (ab)laufende Beschwerdebeurteilungsfrist hätte aufmerksam machen und mit der

notwendigen Prozesshandlung beauftragen können. Dies insbesondere deshalb, weil der Beschwerdeführer seit langer Zeit durch freiwillige Helfer von "p" beobachtet und betreut wird (KG act. 1 S. 2), mithin seine Situation dieser Organisation bereits vertraut und somit keine umfassende Information bzw. Instruktion erforderlich war. Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, ein Gutachten darüber erstellen zu lassen, ob der Beschwerdeführer in der Lage gewesen wäre, die Beschwerdebegründung selber zu verfassen. Das Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Begründung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerdebegründung als verspätet, weshalb auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten ist.

Der Vollständigkeit halber bleibt darauf hinzuweisen, dass der Vollzug der durch Umwandlung einer Busse angeordneten Haft unterbleibt, wenn der Gebüsste die Busse vor Antritt der Haftstrafe bezahlt (§ 18 Abs. 3 StVG).

### III.

1. a) Der Beschwerdeführer ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (KG act. 1 S. 1). Aufgrund der nicht ganz eindeutigen Formulierung in der Eingabe vom 3. November 2004 ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer mit seinem Rechtsbegehren einerseits vorbringen will, die Vorinstanz habe ihm im obergerichtlichen Verfahren zu Unrecht keinen Rechtsvertreter beigegeben (vgl. KG act. 1 S. 4), worauf zufolge verspäteter Beschwerdebegründung nicht eingetreten werden kann. Andererseits beantragt der Beschwerdeführer damit wohl auch, es sei ihm für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

b) Nachdem der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren bereits (unentgeltlich) vertreten ist (vgl. KG act. 1 S. 1), erübrigen sich Ausführungen zur unentgeltlichen Rechtsverteidigung. Zu prüfen bleibt hingegen das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass das Strafprozessrecht des Kantons Zürich dieses Institut an sich nicht kennt. Zu berücksichtigen ist indessen, dass Art. 29 Abs. 3 BV unter dem Titel "Allgemeine Verfahrensgarantien", also ohne ausdrückliche Einschränkung auf bestimmte Verfahrensarten oder unter Ausschluss bestimmter Parteifunktionen (wie derjenigen des Angeklagten), festhält, dass jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Dennoch erscheint nicht offenkundig, dass Art. 29 Abs. 3 BV auf die prozessual besondere Stellung eines Angeklagten zugeschnitten ist, nennt doch die Bundesverfassung als eine Voraussetzung der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung das Tatbestandsmerkmal der fehlenden Aussichtslosigkeit, welches dem Strafprozess weitgehend - wenn auch nicht ausnahmslos - fremd ist.

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die verfassungsrechtlich gewährleistete Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV, die eine Kodifizierung der diesbezüglich aus Art. 4 aBV abgeleiteten Grundsätze darstellt (vgl. insbes. Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 [Sonderdruck], S. 182), keinen Anspruch auf definitive Übernahme der Verfahrenskosten durch den Staat begründet (BGE 122 I 6 m.w.Hinw.). Sie gewährleistet vielmehr den von prohibitiv wirkenden Hindernissen finanzieller Natur freien Zugang zum Gericht (s.a. BGE 104 Ia 73; 110 Ia 90); weiter geht auch der durch Art. 6 Ziff. 1 EMRK statuierte Anspruch auf freien Zugang zu den Gerichten nicht (Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. A., Zürich 1999, Rz 433; vgl. auch Kass.-Nr. AC030140, Entscheid vom 25. Dezember 2003, Erw. 4.a). Damit steht freilich nur fest, dass mit einer allfälligen Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführungen gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV eine spätere Nachforderung des Staates möglich wäre, falls sich die Verhältnisse des Gesuchstellers verbessern würden. Ferner könnte sich eine Partei im Strafprozess (also insbesondere der Angeklagte), die zwar als mittellos gelten muss, jedoch nicht offensichtlich hoffnungslos verarmt ist, sondern durchaus realistische Aussichten auf einen finanziellen Aufstieg hat (und rechtskundig beraten wird), durch die Aussicht auf eine mögliche Kostentragung auch dann von der Er-

greifung eines Rechtsmittels abschrecken lassen, wenn ihr ohne vorgängige Sicherstellung für die Prozesskosten der Zugang zum Gericht erst einmal gewährt wird. Aus der genannten Rechtsprechung sowohl des Bundesgerichtes als auch der hiesigen Instanz kann mithin nicht gefolgert werden, Art. 29 Abs. 3 BV finde im Strafverfahren auf den Angeklagten keine Anwendung.

Vielmehr hielt das Bundesgericht in BGE 128 I 225, 226f. (unter Hinweis auf frühere Entscheide; bestätigt in BGE 129 I 129, 133) klar fest, dass der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege in erster Linie zwar durch das kantonale Prozessrecht geregelt wird, dass aber unabhängig davon ein solcher Anspruch unmittelbar auf Grund von Art. 29 Abs. 3 BV besteht. Diese verfahrensrechtliche Minimalgarantie gilt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung für jedes staatliche Verfahren, in welches der Gesuchsteller einbezogen wird. Nicht entscheidend ist dabei die Rechtsnatur der Entscheidungsgrundlagen oder jene des in Frage stehenden Verfahrens. In einer exemplarischen Aufzählung von Verfahren, in denen die Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV gilt, nennt das Bundesgericht ausdrücklich (und als Selbstverständlichkeit fast nur nebenbei) neben dem Zivil- auch das Strafverfahren (BGE 128 I 225, 227).

Wie bereits erwähnt und auch in den zitierten Bundesgerichtsentscheiden festgehalten wurde, bildet Art. 29 Abs. 3 BV indessen nur eine Minimalgarantie, welche dann zum Tragen kommt, wenn das für diese Frage an sich zuständige kantonale Recht keine oder eine weniger weitgehende Regelung vorsieht. Geht das verfassungskonform ausgelegte kantonale Recht dagegen über die Garantie von Art. 29 Abs. 3 BV hinaus oder steht es damit zumindest in Einklang, so ist es allein massgebend. Bevor ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV beurteilt wird, ist somit zu prüfen, ob nicht eine weitergehende kantonale Regelung zur Anwendung gelangt.

Es wurde bereits erwähnt, dass die zürcherische Strafprozessordnung das Institut der unentgeltlichen Prozessführung an sich nicht kennt. Dies bedeutet indessen nicht, dass gemäss kantonalem Recht ein in einem Strafverfahren unterlegener Angeklagter immer die ihm auferlegten Kosten bezahlen müsste. § 190a

StPO legt fest, dass bei Bemessung, Auflage und Bezug der Kosten den Verhältnissen des Betroffenen Rechnung zu tragen ist, wobei mit dem Betroffenen zunächst der Angeklagte gemeint ist (Schmid, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 [2. Lieferung Dezember 1997], N 3 zu § 190a). Sinn und Zweck dieser Norm besteht darin, dass Parteien, von denen die auferlegten Kosten in nächster Zeit offensichtlich nicht erhältlich sind, durch die Kostenerhebung nicht in zusätzliche Not geraten oder ihre Resozialisierung nicht gefährdet wird. Ebenso sollen den mit dem Inkasso betrauten Behörden von vornherein sinnlose Umtriebe erspart bleiben (Schmid, a.a.O., N 4 zu § 190a mit zahlreichen Hinweisen, vgl. auch RB 1995 Nr. 120). Ferner erlaubt § 190a StPO ausdrücklich, dass der Lage des Betroffenen erst bei Bezug der Kosten Rechnung getragen wird, so dass eine entsprechende Regelung bei Festsetzung und Auflage der Kosten nicht vorgesehen werden muss (vgl. Schmid, a.a.O., N 9 zu § 190a). Daraus erhellt, dass § 190a StPO darauf ausgerichtet ist, die Verhältnisse *nach* dem Prozess zu regeln, sei es um der betroffenen Partei das Fortkommen zu erleichtern, sei es um ein effizientes Funktionieren der (Inkasso-) Behörden zu erleichtern. Hingegen ist § 190a StPO nicht darauf ausgelegt, einem Angeklagten die Ergreifung von Rechtsmitteln zu erleichtern und so den Zugang zu den (höheren) Gerichten zu garantieren. Insbesondere darin liegt ein entscheidender Unterschied zu Art. 29 Abs. 3 BV (vgl. Ziff. III.2.3.2. vorstehend). So wird in der Praxis die Auffassung vertreten, § 190a StPO begründe keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung (vgl. Schmid, a.a.O., N 1 zu § 190a). Es ist freilich nicht von der Hand zu weisen, dass § 190a StPO faktisch vielfach dieselbe Funktion wie Art. 29 Abs. 3 BV zukommt, und die beiden Bestimmungen in ihrer Wirkungsweise nahe beieinander liegen und häufig sogar deckungsgleich sind. Es kommt denn auch nicht von Ungefähr, dass Gesuche um unentgeltliche Prozessführung im zürcherischen Strafprozess regelmässig nach § 190a StPO behandelt werden (vgl. RB 1995 Nr. 120). Somit geht § 190a StPO ohne Weiteres dort vor, wo diese Norm weiter geht als Art. 29 Abs. 3 BV. Das ist insbesondere insofern der Fall, als die Anwendung von § 190a StPO nicht an das Erfordernis der fehlenden Aussichtslosigkeit der vom Gesuchsteller gestellten Anträge an-

knüpft. Fraglich erscheint dagegen die Anwendung von § 190a StPO dort, wo sie dazu führen könnte, dass trotz gegebenen Voraussetzungen gemäss Art. 29 Abs. 3 BV (bzw. dem günstigeren kantonalen Recht) der Gesuchsteller die Verfahrenskosten ganz oder teilweise übernehmen müsste, etwa in Anbetracht einer bloss reduzierten Gerichtsgebühr. Insofern bleibt das kantonale Recht zwar anwendbar, muss aber verfassungskonform im Sinne der höchstrichterlichen Praxis ausgelegt werden. Erst, wenn eine verfassungsgemässe Auslegung sinnvollerweise nicht mehr möglich wäre, ohne die fragliche kantonale Norm völlig zu verzerren, müsste direkt auf das übergeordnete (Bundes-) Verfassungsrecht abgestellt werden. Einer restriktiveren Auslegung von § 190a StPO steht im Lichte der Bundesverfassung jedoch dann nichts entgegen, wenn deren Mindestgarantien nicht tangiert werden, was jedoch vorliegend nicht zur Diskussion steht.

Daraus ergibt sich, dass sich das Begehren des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nach dem verfassungskonform auszulegenden § 190a StPO beurteilt (vgl. zum Ganzen Kass-Nr. AC030135, Entscheid vom 23. Februar 2004 i.S. O., Erw. III.2.3. = ZR 103 Nr. 56).

Aus den Akten ist ersichtlich, dass sich der Beschwerdeführer in einer schwierigen persönlichen und finanziellen Situation befindet (KG act. 1 S. 2 ff.; KG act. 2; OG act. 2). Die Kosten des Kassationsverfahrens sind zwar ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 396a StPO), jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 190a StPO).

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

1. Das Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Begründung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 200.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 273.-- Schreibgebühren,  
Fr. 228.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (ad SB020173) sowie das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: