

# Kassationsgericht des Kantons Zürich



---

Kass.-Nr. AC050036/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Rudolf Ottomann sowie die Sekretärin Daniela Brüscheweiler

## **Zirkulationsbeschluss vom 10. Februar 2006**

in Sachen

X.,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer

ehemals amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. oec. et lic. iur. \_\_\_\_\_

neu amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. \_\_\_\_\_

gegen

**Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

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

betreffend **mehrfachen Diebstahl etc.**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Januar 2005 (SB040502/U/mbü)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Mit Urteil vom 2. September 2004 sprach das Bezirksgericht Zürich (7. Abteilung) den durch Rechtsanwalt lic. oec. und lic. iur. A. amtlich verteidigten Beschwerdeführer X. verschiedener Delikte (mehrfacher Diebstahl und Versuch dazu, geringfügiger Diebstahl sowie mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes) schuldig und bestrafte ihn - ohne Aufschub des Vollzuges der Freiheitsstrafe - mit 12 Monaten Gefängnis, wobei 225 Tage als bereits erstanden angerechnet wurden. Ein Schadenersatzbegehren wurde auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verwiesen. Mit Beschluss vom gleichen Tag entschied das Bezirksgericht (Erstinstanz) zudem über verschiedene beschlagnahmte Gegenstände (BG act. 50 bzw. OG act. 58).

2. Dagegen liess der Beschwerdeführer kantonale Berufung erklären (BG act. 56). Mit Vorladung vom 21. Oktober 2004 wurde dem Beschwerdeführer sowie seinem Verteidiger der Termin für die Berufungsverhandlung (11. Januar 2005) mitgeteilt (OG act. 64). Der Verteidiger bestätigte den Erhalt der Vorladung am 27. Oktober 2004, die an den Beschwerdeführer gerichtete Vorladung kam bei beiden Zustellversuchen jeweils mit dem Vermerk "nicht abgeholt, taxpflichtig" an das Obergericht zurück (OG act. 64). Gemäss Aktennotiz vom 15. November 2004 nahm das Obergericht daraufhin mit dem Verteidiger telefonischen Kontakt auf, wobei dieser erklärte, er habe den Fall mit dem Beschwerdeführer besprochen und ihm den Termin der Berufungsverhandlung mitgeteilt. Zudem wurde vereinbart, dass dem Beschwerdeführer eine Vorladung noch per A-Post zugesandt werde (OG act. 61).

Zur Berufungsverhandlung erschien weder der amtliche Verteidiger noch der Beschwerdeführer (OG Prot. S. 2). In der Folge wurde das Verfahren von der II. Strafkammer des Obergerichts mit Beschluss vom 11. Januar 2005 androhungsgemäss (vgl. OG act. 64) als durch Rückzug der Berufung erledigt abge-

schrieben und gleichzeitig festgestellt, dass das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig sei (OG act. 66 bzw. KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss hat der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet (OG act. 68 bzw. KG act. 5) und begründet (KG act. 1).

4. Mit Zwischenbeschluss vom 23. September 2005 (KG act. 14) wurde der bisherige amtliche Verteidiger, lic. iur. und lic. oec. A. entlassen. Gleichzeitig wurde dem Beschwerdeführer Rechtsanwalt lic. iur. B. als (neuer) amtlicher Verteidiger bestellt. Zudem wurde dem Beschwerdeführer eine neue Frist zur Einreichung einer Beschwerdebegründung und eines allfälligen Gesuches um Wiederherstellung bzw. Neuansetzung der Berufungsverhandlung angesetzt.

Mit der am 27. Oktober 2005 fristgerecht eingegangenen Beschwerdebe-gründung wird die Aufhebung des obergerichtlichen Beschlusses vom 11. Januar 2005 und Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung beantragt. Zudem lässt der Beschwerdeführer ein Gesuch um Neuansetzung der Berufungsverhandlung stellen (KG act. 16 S. 2).

Die Beschwerdegegnerin hat (auch) auf Beantwortung dieser neuen Be-schwerdebegründung verzichtet (KG act. 11 und 19), ebenso die Vorinstanz auf Vernehmlassung (KG act. 10 und 20).

## II.

1. a) Der Beschwerdeführer lässt - zusammengefasst - vorbringen, er habe gegen das erstinstanzliche Urteil rechtzeitig Berufung erklärt, jedoch an der auf den 11. Januar 2005 angesetzten Berufungsverhandlung nicht erscheinen können, da er am 3. Januar 2005 verhaftet worden sei und sich hernach in Polizeiverhaft bzw. ab 5. Januar 2005 in Ausschaffungshaft befunden habe. Er habe den Behörden den Namen seines (damaligen) amtlichen Verteidigers bekannt gegeben und auch auf den Termin der Berufungsverhandlung hingewiesen. Damit habe er in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass seinen Interessen Rechnung

getragen, insbesondere sein Verteidiger über die Inhaftierung informiert worden sei. Dass dies weder durch den das neue Untersuchungsverfahren leitenden Staatsanwalt, das Migrationsamt noch den die Ausschaffungshaft prüfenden Richter geschehen sei, sei unerklärlich, könne aber keinesfalls dem Beschwerdeführer angelastet werden. Da in der Folge weder der Beschwerdeführer, noch - aus unerklärlichen Gründen - der (damalige) amtliche Verteidiger zur Berufungsverhandlung erschienen sei, wäre die Vorinstanz angesichts des Vorliegens eines Falles notwendiger Verteidigung verpflichtet gewesen, die Berufungsverhandlung zu vertagen. Die Durchführung einer Hauptverhandlung in Abwesenheit des Verteidigers stelle in jedem Fall eine Verletzung von Art. 32 BV sowie von Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. c EMRK dar.

Der Fürsorgepflicht des Gerichts bezüglich Sicherstellung einer hinreichenden anwaltlichen Verteidigung sei auch nicht dadurch Genüge getan, dass die Vorinstanz noch am Tag der Berufungsverhandlung versucht habe, den früheren amtlichen Verteidiger des Beschwerdeführers telefonisch zu erreichen. Der Vorinstanz hätten im entscheidenden Zeitpunkt keine Hinweise dafür vorgelegen, dass die Berufung nach dem Willen des Beschwerdeführers hätte zurückgezogen werden sollen. Es sei deshalb für die Vorinstanz erkennbar gewesen, dass die notwendige Verteidigung mit einiger Gewissheit ungenügend ausgeübt worden sei. Indem sie trotzdem nicht für Abhilfe gesorgt habe, habe sie mit dem angefochtenen Entscheid einen Nichtigkeitsgrund gesetzt, da wesentliche gesetzliche Prozessformen zum Nachteil des Beschwerdeführers verletzt worden seien (KG act. 16 S. 4 f.).

b) In Bezug auf das Gesuch um Neuansetzung der Berufungsverhandlung legt der Beschwerdeführer dar, unter den vorerwähnten Umständen könne ihm ein Verschulden am Nichterscheinen zur Berufungsverhandlung vom 11. Januar 2005 nicht vorgeworfen werden. Der frühere amtliche Verteidiger seinerseits sei, nachdem er den Kontakt zum Beschwerdeführer nicht herstellen können, davon ausgegangen, der Beschwerdeführer sei - freiwillig - aus der Schweiz ausgereist. Unabhängig davon, ob das Nichterscheinen des Verteidigers als leichtes oder grobes Verschulden zu qualifizieren wäre, sei das Restitutionsgesuch zu

bewilligen, da das Verschulden jedenfalls nicht dem Beschwerdeführer angelastet werden dürfe. Nur mit dieser Betrachtungsweise könne der Zweck der notwendigen Verteidigung erfüllt werden (KG act. 16 S. 6).

2. Nach § 200 Abs. 1 GVG können, wenn die Voraussetzungen der Fristwiederherstellung vorliegen, auch Endentscheide aufgehoben werden, die bereits mitgeteilt worden sind. Die Bestimmung regelt insbesondere Fälle wie den vorliegenden, in denen die Aufhebung eines Erledigungs-Beschlusses angestrebt wird, der auf der Annahme beruht, dass eine Partei während des Verfahrens eine Frist bzw. eine Tagfahrt versäumt hat (vgl. ZR 102 Nr. 29 E. 2d). Bezüglich der funktionalen Zuständigkeit in derartigen Konstellationen bestimmt § 200 Abs. 2 GVG, dass über die Wiederherstellung und Aufhebung eines Entscheids die obere Instanz entscheidet, sofern das Verfahren bei ihr rechtshängig ist (vgl. ZR 102 Nr. 29 E. 2d/aa m.w.H.).

Nach kassationsgerichtlicher Praxis ist § 200 Abs. 2 GVG nicht anwendbar, wenn sich die Begründung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde in der Stellung eines blossen Fristwiederherstellungs-Begehrens bezüglich einer versäumten Frist oder Tagfahrt erschöpft, ohne dass daneben geltend gemacht wird, der angefochtene Erledigungsentscheid leide an einem oder mehreren Nichtigkeitsgründen. Denn diesen Fall hat der Gesetzgeber mit der Zuständigkeitsregel von § 200 Abs. 2 GVG nicht ins Auge gefasst. Diese Bestimmung kommt nach der gesetzgeberischen Konzeption aber dann zur Anwendung, wenn im Rahmen eines bereits bei der oberen Instanz hängigen Kassationsverfahrens - wie im vorliegenden Fall - *zusätzlich* ein Wiederherstellungsgesuch bezüglich des gleichen angefochtenen oder eines anderen Entscheids des gleichen Verfahrens gestellt wird (Titus Graf, Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren, Dargestellt anhand zürcherischer Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde, Diss. Zürich 2000, S. 203; vgl. ZR 102 Nr. 29 E. 2d/bb m.w.H.). Angesichts der vorstehend wiedergegebenen Ausführungen der Beschwerdeschrift ist die Zuständigkeit des Kassationsgerichts vorliegend zur Beurteilung des Restitutionsgesuches gegeben.

3.1 a) Gemäss § 199 Abs. 1 GVG kann das Gericht auf Antrag der säumigen Partei eine Verhandlung neu ansetzen, bei grobem Verschulden der Partei

oder ihres Vertreters aber nur mit Einwilligung der Gegenpartei. Nach Abs. 3 derselben Vorschrift ist das entsprechende Gesuch spätestens zehn Tage nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen.

Wie dargelegt macht § 199 GVG die Wiederherstellung einer Frist bzw. die Neuansetzung einer Verhandlung davon abhängig, ob die Partei ein an der Säumnis leichtes oder grobes Verschulden treffe und ob im letzten Fall die Gegenpartei zustimme oder nicht. Massgebend ist dabei nicht der gute Wille der säumigen Partei zur rechtzeitigen Vornahme der ihr obliegenden prozessualen Handlung, sondern allein, ob ihr das Ausbleiben derselben nach den gegebenen Umständen im Licht des objektiven Sorgfaltsmassstabs zum Vorwurf gereicht. Weiter sind auch die persönlichen Verhältnisse der gesuchstellenden Partei zu berücksichtigen, wobei dem Rechtskundigen ein grösseres Mass an Sorgfalt zugemutet werden darf als einem Laien (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 30 zu § 199 GVG; RB 1998 Nr. 57). Hat ein Gesuchsteller lediglich nicht beachtet, was ein sehr sorgfältiger Mensch unter den gleichen Umständen beachten würde, dann ist leichte Nachlässigkeit anzunehmen. Wenn eine Sorgfaltspflicht verletzt wurde, deren Beachtung unter den gegebenen Umständen auch dem durchschnittlich Sorgfältigen zuzumuten ist, muss die Restitution wegen grober Nachlässigkeit verweigert werden. Ein grobes Verschulden ist um so eher anzunehmen, je höher die Sorgfaltspflicht des Gesuchstellers zu veranschlagen ist, und diese ihrerseits ist abhängig von der Wichtigkeit der vorzunehmenden Handlung, und sie verschärft sich mit dem Schwinden der hierfür noch zur Verfügung stehenden Zeitspanne. Dass eine grobe Nachlässigkeit nicht vorliegt, hat der Gesuchsteller darzutun (Hauser/Schweri, a.a.O.; N 34 und N 48 zu § 199 GVG; ZR 89 Nr. 100; 99 Nr. 21; vgl. Kass.-Nr. 2002/063 S, Entscheid vom 3. Juli 2002 in Sachen M., Erw. II.1.3.a mit Hinweisen; Kass.-Nr. 2002/305 S, Entscheid vom 18. Dezember 2002 i.S. H., Erw.II.2).

b) In Fällen notwendiger Verteidigung führt ein schuldhaftes Verhalten des Verteidigers, welches die Säumnis einer Frist oder einer Tagfahrt bewirkt, zur Wiederherstellung der versäumten Frist bzw. zur Neuansetzung der Verhandlung,

wenn den Angeklagten bzw. Verurteilten kein eigenes Verschulden trifft und für ihn der drohende endgültige Rechtsverlust stossend ist (ZR 96 Nr. 6; Graf, a.a.O. S. 205 ff. mit Hinweisen).

3.2 a) Hinsichtlich der Frage, ob der Verteidiger zur Erhebung oder Begründung eines Rechtsmittels verpflichtet bzw. berechtigt ist, ist generell der klare oder mutmassliche Wille des Beschuldigten massgebend. Ist ein solcher Wille gegeben, muss der Anwalt den Weiterzug erklären bzw. das Rechtsmittel begründen - mithin zu einer angesetzten Verhandlung erscheinen -, soweit zumindest gewisse Erfolgschancen bestehen; wenn er trotz Erfolgsaussichten diese Prozesshandlungen nicht vornimmt, liegt grundsätzlich eine schwerwiegende anwaltliche Pflichtverletzung vor. Eine solche ist auch dann gegeben, wenn der Wille des Beschuldigten trotz hinreichender anwaltlicher Bemühungen, dessen Absicht zu ergründen, unklar ist, und der Verteidiger in Kenntnis dieser Sachlage untätig bleibt. Das Gleiche gilt bei nicht möglicher Kontaktnahme mit dem Beschuldigten (Graf, a.a.O., S. 173 f.; vgl. auch Giovanni Andrea Testa, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Diss. Zürich 2001, S. 86).

Der frühere amtliche Verteidiger hat weder (in der ersten Beschwerdebeurteilung) geltend gemacht, der Beschwerdeführer habe ihm gegenüber zum Ausdruck gebracht, die Berufung zurückziehen zu wollen, noch sind solche Hinweise aus den Akten ersichtlich. Vielmehr hatte Rechtsanwalt A. nach eigenen Angaben den Fall mit dem Beschwerdeführer besprochen und ihm den Verhandlungstermin mitgeteilt (OG act. 61). Bei dieser Sachlage war der Verteidiger verpflichtet, zur Berufungsverhandlung zu erscheinen und die Berufung zu begründen, selbst wenn er seinen Klienten unmittelbar vor dem Verhandlungstermin nicht mehr erreichen konnte und er davon ausging, der Beschwerdeführer sei möglicherweise aus der Schweiz abgereist. Das Nichterscheinen des Verteidigers zur Berufungsverhandlung stellt angesichts dieser Umstände ein grobes Verschulden dar, welches dem Beschwerdeführer aber aufgrund des Vorliegens eines Falles notwendiger Verteidigung nicht angerechnet werden darf, weil sonst keine effiziente Verteidigung mehr gegeben wäre. Eine fehlende Einwilligung der

Gegenpartei zur Restitution kann der Restitution unter diesen Umständen nicht entgegen stehen. Die Gerichte sind aus rechtsstaatlichen Gründen verpflichtet, einer schwerwiegenden anwaltlichen Pflichtverletzung durch die Ergreifung geeigneter Massnahmen zu begegnen. Diese Aufgabe darf nicht davon abhängen, ob die Gegenseite zur Sicherstellung der effizienten Verteidigung einwilligt, mithin kann es nicht im Belieben der Gegenpartei stehen, ob die ungenügende Verteidigung nachträglich korrigiert wird (Graf, a.a.O., S. 206 f.; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 61 f. zu § 199 GVG).

b) Zu prüfen bleibt, ob das Verhalten des Beschwerdeführers selber der Restitution entgegen steht. Dies wäre dann der Fall, wenn dem Beschwerdeführer ein erhebliches eigenes Verschulden an der Säumnis vorzuwerfen ist. Aus den eingereichten Unterlagen geht hervor, dass der Beschwerdeführer am 3. Januar 2005 verhaftet wurde und er sich anschliessend in Polizeiverhaft bzw. Ausschaffungshaft befand (KG act. 13/1-7). Gegenüber dem Staatsanwalt gab er am 5. Januar 2005 zu Protokoll, dass ein Verfahren vor Obergericht hängig sei und am 14. Januar 2005 eine Verhandlung anstehe (KG act. 13/1 S. 4). Bei der Befragung im Wegweisungsverfahren am 6. Januar 2005 bejahte er, im fremdenpolizeilichen Verfahren in der Person von Rechtsanwalt A. einen Rechtsvertreter zu haben, mit welchem er sich in Verbindung setzen wolle (KG act. 13/4 S. 1 f.). Im Weiteren befindet sich ein an Rechtsanwalt A. gerichtetes Schreiben des Beschwerdeführers vom 17. Januar 2005 bei den Akten, in welchem sich der Beschwerdeführer nach der stattgefundenen Berufungsverhandlung vom 11. Januar 2005 erkundigt (KG act. 3/2). Angesichts der persönlichen Verhältnisse des nicht rechtskundigen Beschwerdeführers (vgl. KG act. 13/1 S. 3 f.) kann nicht von einem erheblichen Verschulden seinerseits gesprochen werden, wenn er davon ausging, sein Verteidiger werde von den Behörden über die Inhaftierung informiert und dieser werde die notwendigen Schritte - auch solche betreffend einer allenfalls zwingend erforderlichen Teilnahme des Beschwerdeführers an der Berufungsverhandlung - veranlassen.

3.3 Der Vollständigkeit halber bleibt schliesslich daran zu erinnern, dass die Frist zur Stellung des Restitutionsgesuches (§ 199 Abs. 3 GVG) mit Zwischenbeschluss vom 23. September 2005 wiederhergestellt wurde (KG act. 14). Weiterungen diesbezüglich erübrigen sich somit.

4. Zusammenfassend ergibt sich damit, dass das Gesuch des Beschwerdeführers um Neuansetzung der Appellationsverhandlung gutzuheissen ist. Dies führt ohne weiteres zur Aufhebung des vorinstanzlichen Erledigungsbeschlusses (§ 200 Abs. 1 GVG). Damit fällt das Anfechtungsobjekt der Nichtigkeitsbeschwerde dahin, womit die Beschwerde gegenstandslos wird und dementsprechend abzuschreiben ist. Die Sache geht an die Vorinstanz zurück, welche die Verfahrensbeteiligten zur Durchführung einer neuen Berufungsverhandlung vorzuladen haben wird.

### III.

Ausgangsgemäss werden die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse genommen.

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

1. In Gutheissung des Wiederherstellungsgesuchs wird in der Prozesssache OG-Nr. SB040502 die Berufungsverhandlung neu angesetzt und der Abschreibungsbeschluss der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Januar 2005 aufgehoben.  
Die Sache geht zur Vorladung der Beteiligten zu einer neuen Berufungsverhandlung an die Vorinstanz zurück.
2. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz.
4. Die weiteren Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Zürich (7. Abteilung, Proz.-Nr. DG040444), die Allianz Suisse (Schadencenter Mittelland, Rain 41, 5001 Aarau), das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Bewährungs- und Vollzugsdienste) sowie die Bundesanwaltschaft (3003 Bern), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: