



---

Kass.-Nr. AC050103/U/cap

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

## **Zirkulationsbeschluss vom 29. Juni 2006**

in Sachen

**X.**

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer

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

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

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

gegen

**Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

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

betreffend **Anstiftung zu Brandstiftung etc. und Widerruf**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. April 2005 (SB040629/U/gk)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die II. Strafkammer des Obergerichtes (Vorinstanz) sprach X. (nachfolgend Beschwerdeführer) mit Urteil vom 5. April 2005 im Berufungsverfahren der Anstiftung zu Brandstiftung im Sinne von Art. 221 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 StGB sowie des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG schuldig. Die Strafe setzte die II. Strafkammer auf 15 Monate Gefängnis fest, unter Anrechnung von insgesamt 41 Tagen erstandener Polizei- und Untersuchungshaft; der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde unter Ansetzung einer fünfjährigen Probezeit aufgeschoben. In einem Beschluss vom gleichen Tag ordnete die II. Strafkammer unter anderem den Vollzug der mit Urteil vom 17. November 1999 von der 2. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich ausgefallten Strafe von 18 Monaten Gefängnis (abzüglich 52 Tagen erstandener Haft) an (OG act. 105 bzw. KG act. 2).

2. Gegen Urteil und Beschluss liess der Beschwerdeführer durch seinen neu mandatierten Verteidiger, Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_\_, rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde anmelden (OG act. 107) und begründen (vgl. KG act. 1). In der Beschwerdebegründung wird der Antrag auf Aufhebung von Urteil und Beschluss des Obergerichtes gestellt (KG act. 1 S. 2).

Mit Zwischenbeschluss vom 18. Oktober 2005 wurde Rechtsanwalt lic. iur. \_\_\_\_\_ als amtlicher Verteidiger des Beschwerdeführers entlassen. Zur Sicherstellung einer ausreichenden Verteidigung im Kassationsverfahren wurde Rechtsanwalt lic. iur. \_\_\_\_\_ als neuer amtlicher Verteidiger bestellt. Zudem wurde die Frist zur Begründung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde wiederhergestellt (KG act. 9).

Mit der vom neuen amtlichen Verteidiger am 21. November 2005 fristgerecht eingereichten Beschwerdebegründung beantragt der Beschwerdeführer ebenfalls,

das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 11 S. 2).

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 16). Die Oberstaatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin) äusserte sich nicht.

3. Der Beschwerdeführer hat auch die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben (OG act. 114; 115/1-2; KG act. 1 S. 2 f.).

## II.

1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 430 Abs. 2 StPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat. Wird im Rahmen eines Strafprozesses geltend gemacht, die Untersuchungsmaxime sei verletzt worden, ist in der Beschwerde anzuführen, durch welche Unterlassung dies geschehen sein soll (ZR 91/92 Nr. 6; vgl. auch BGE 127 I 42 E. 3b sowie ZR 81 Nr. 88 E. 6; Schmid, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 32 zu § 430 StPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbe-

schwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 16 ff.).

## 2. Nichtigkeitsbeschwerde des erbetenen Verteidigers (KG act. 1)

Wie bereits im Zwischenbeschluss vom 18. Oktober 2005 dargelegt wurde (KG act. 9 S. 3), erfüllt die Beschwerdeschrift die Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde kaum, soweit überhaupt genügend konkrete und verständliche, im kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfende Rügen vorgebracht werden. Auf folgende Punkte ist kurz einzugehen:

a) Unter dem Titel "Formelles" wird in der Beschwerde erwähnt, der Beschwerdeführer sei in der Zeit zwischen 22. Dezember 2000 und 5. Juni 2002 nicht verteidigt gewesen (KG act. 1 S. 2). Nicht dargelegt wird, dass und welche Untersuchungshandlungen in diesem Zeitraum überhaupt erfolgt sind, so dass sich eine fehlende Verteidigung zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt haben könnte. Auf die Rüge - soweit eine solche überhaupt erhoben werden sollte - ist nicht einzutreten.

b) Ebenfalls nicht einzutreten ist auf den pauschalen Hinweis, Rechtsanwalt \_\_\_\_\_ habe sich - mangels ausreichender Sicherstellung von Verteidigerkosten - dem Fall schon bald nicht mehr in ausreichender Weise widmen können (KG act. 1 S. 3)

c) Der Beschwerdeführer rügt im Weiteren eine Verletzung von § 183 StPO (KG act. 1 S. 4), ohne konkrete Bezugnahme auf die Akten. Dies genügt den Anforderungen an die Begründung eines Nichtigkeitsgrundes nicht.

d) Im Zusammenhang mit den Ausführungen in der Beschwerde zur Frage der Anordnung einer Massnahme im Sinne der Art. 43 StGB werden keine, den vorerwähnten Anforderungen genügende und im kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfende, Rügen erhoben. Soweit der Beschwerdeführer das Abstellen auf ein mangelhaftes Gutachten im Sinne von § 127 StPO vorbringen will, fehlt der Beschwerde jede Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid (KG act. 2 S. 21 ff.).

Auf die Beschwerdeschrift vom 25. August 2005 ist demzufolge nicht einzutreten.

### 3. Nichtigkeitsbeschwerde des amtlichen Verteidigers (KG act. 11)

3.1 Der Beschwerdeführer wurde mit Vorladung vom 17. Januar 2005 zur Berufungsverhandlung auf Dienstag, 5. April 2005, 13.30 Uhr, vorgeladen (OG act. 92). Am 30. März 2005 ging beim Obergericht ein von Frau Dr. med. Y. unterzeichnetes Arztzeugnis über den Beschwerdeführer ein, wonach dieser aus medizinischen Gründen nicht in der Lage sei, an der Gerichtsverhandlung vom 05. April teilzunehmen (OG act. 99). Mit Schreiben vom 31. März 2005 teilte der Präsident der II. Strafkammer dem Beschwerdeführer (sowie dessen damaligem Verteidiger) mit, das eingereichte Zeugnis könne nicht als genügende Entschuldigung akzeptiert werden, da es fast zwei Wochen vor dem Verhandlungstermin ausgestellt worden sei und daraus auch nicht einigermaßen deutlich hervorgehe, aus welchen Gründen der Beschwerdeführer verhandlungsunfähig sein solle (OG act. 100). Zudem wurden dem Beschwerdeführer für den Fall, dass er tatsächlich nicht in der Lage sei, zur Berufungsverhandlung vom 5. April 2005 zu erscheinen, drei Vorgehensmöglichkeiten mitgeteilt:

- a) Der Beschwerdeführer reiche ein aktuelles Arztzeugnis nach, aus dem die Gründe und die voraussichtliche Dauer der Verhandlungsunfähigkeit hervorgehe.
- b) Der Beschwerdeführer unterziehe sich einer amtsärztlichen Untersuchung.
- c) Der Beschwerdeführer lasse durch seinen Anwalt ein begründetes Gesuch um Dispensation vom persönlichen Erscheinen stellen.

Falls der Beschwerdeführer keine dieser Möglichkeiten wähle, wurde er informiert, werde das Gericht die Berufungsverhandlung in unentschuldigter Abwesenheit des Beschwerdeführers durchführen, wobei der Verteidiger plädieren könne und nachher das Urteil gefällt werde.

Zur Berufungsverhandlung erschien der (damalige) amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers, der Beschwerdeführer selber erschien nicht (OG Prot. S. 4).

Nach den Ausführungen des Oberstaatsanwaltes und des Verteidigers fand die öffentliche Urteilsberatung statt und das Urteil wurde mündlich eröffnet (OG Prot. S. 7 ff.).

3.2 a) Der Beschwerdeführer lässt zunächst vorbringen, nach Erhalt des obergerichtlichen Schreibens habe er mit seiner Hausärztin Kontakt aufgenommen und sie um Ausstellung eines ausführlicheren und aktuellen Zeugnisses ersucht. Am 4. April 2005 habe Frau Dr. med. Y. ein solches Zeugnis ausgestellt. Gleichentags habe der Beschwerdeführer seinen Vater beauftragt, bei Frau Dr. Y. das Zeugnis abzuholen und dieses anschliessend direkt dem Obergericht zu überbringen. In der Folge habe der Vater des Beschwerdeführers das Zeugnis bei der Ärztin abgeholt und es beim Obergericht abgeben wollen. Beim Obergericht kurz vor Mittag eingetroffen, habe er die Türe jedoch verschlossen vorgefunden. Eine nicht näher bekannte Person habe dem Vater des Beschwerdeführers geraten, das Arztzeugnis direkt dem zuständigen Staatsanwalt zu übergeben. Gleich anschliessend habe sich Z. zum Sitz der Oberstaatsanwaltschaft an der Florhofgasse 2 begeben, wo er ziemlich genau um 12 Uhr eingetroffen sei. Beim Eingang habe er eine Person angetroffen, welcher er auf Frage erklärt habe, er müsse ein Arztzeugnis abgeben. Der Vater des Beschwerdeführers sei aufgrund des Gesprächs mit der Person, welche er vor dem Amtssitz der Oberstaatsanwaltschaft angetroffen habe, der Auffassung gewesen, er habe Herrn Oberstaatsanwalt Bürgisser vor sich gehabt. Er habe dieser Person in der Folge das Arztzeugnis übergeben.

Der Beschwerdeführer argumentiert, das Arztzeugnis sei somit rechtzeitig vor der Verhandlung vom 5. April 2005 übergeben worden, auch wenn den Akten nicht entnommen werden könne, dass es dem Obergericht tatsächlich weitergeleitet worden sei. Laut § 194 GVG würden Eingaben, die irrtümlich an eine unrichtige zürcherische Gerichts- oder Verwaltungsstelle gerichtet seien, als rechtzeitig eingegangen gelten. Es müsse deshalb davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer das von der Vorinstanz verlangte ausführlichere Arztzeugnis eingereicht habe (KG act. 11 S. 4 ff.).

Anlässlich der Berufungsverhandlung habe der amtliche Verteidiger zu Beginn der Verhandlung erneut ein Verschiebungsgesuch - jedoch kein Dispensationsgesuch - gestellt. Der Beschwerdeführer sei am 5. April 2005 der festen Überzeugung gewesen, dass die Berufungsverhandlung gestützt auf das eingereichte Arztzeugnis verschoben werde. Aus diesem Grund sei er nicht zur Berufungsverhandlung erschienen, wozu er aufgrund seines Gesundheitszustandes auch nicht in der Lage gewesen wäre. Gestützt auf das Arztzeugnis vom 4. April 2005 (KG act. 12) müsse davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer nicht verhandlungsfähig gewesen sei.

Bei dieser Sachlage hätte die Vorinstanz, ist der Beschwerdeführer der Auffassung, die Berufungsverhandlung in Anwendung von § 195 Abs. 1 GVG verschoben müssen. Er sei gemäss den Feststellungen seiner Hausärztin am 4. April 2005 für voraussichtlich 6 bis 8 Wochen nicht in der Lage gewesen, an der Berufungsverhandlung teilzunehmen. Er habe an der Berufungsverhandlung jedoch teilnehmen wollen, um der Berufungsinstanz persönlich seine Stellungnahme zu den in der Anklageschrift enthaltenen Vorwürfen mitzuteilen. Die Verweigerung der Verschiebung der Berufungsverhandlung stelle eine Gehörsverweigerung und damit eine Verletzung gesetzlicher Prozessformen zum Nachteil des Beschwerdeführers im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO dar.

b) Das Protokoll der Berufungsverhandlung enthält folgende Notiz (OG Prot. S. 5 f.): "Der Vorsitzende stellt fest, dass der Angeklagte nicht erschienen ist. Er macht den Verteidiger darauf aufmerksam, dass das Gericht das Arztzeugnis von Dr. med. [Y.], ausgestellt vom 23. März 2005, Urk. 99, nicht akzeptieren könne, da es in keiner Weise begründe, weshalb der Angeklagte nicht in der Lage sein soll, an der Gerichtsverhandlung teilzunehmen, die Ärztin auffallenderweise gerade dies bereits am 23. März 2005 glaubte feststellen zu können. Auf entsprechende Frage erklärt RA [\_\_\_\_], dass er das Schreiben des Vorsitzenden vom 31. März 2005 erhalten habe. RA [\_\_\_\_] führt weiter aus, dass er am Verschiebungsgesuch festhalte und nicht in der Lage sei, für den Angeklagten ein Dispensationsgesuch zu stellen. Der Angeklagte habe ihm zwar geschrieben und ihn auf die Berufungsverhandlung aufmerksam gemacht mit dem sinngemässen Hinweis, er werde er-

scheinen. Vor der Verhandlung habe er, RA [\_\_\_\_], seinen Klienten telefonisch aber nicht erreichen können, sondern lediglich mit dessen Eltern gesprochen".

c) Die Verschiebung einer Verhandlung und die Erstreckung einer richterlichen Frist werden nur aus zureichenden Gründen bewilligt. Nach Ablauf der Frist gestellten Erstreckungsgesuchen wird jedoch nicht entsprochen. Verschiebungsgesuche können abgelehnt werden, wenn sie nicht sofort nach Kenntnis der Verhinderung gestellt worden sind (§ 195 GVG). Stellt eine Partei ein Verschiebungsgesuch und hat sie bis unmittelbar vor dem festgelegten Gerichtstermin - aus welchen Gründen auch immer - keinen Bescheid erhalten, so hat sie die Möglichkeit, sich beim Gericht zu erkundigen, ob dem Gesuch stattgegeben worden sei; andernfalls ist sie gehalten, sich zur anberaumten Verhandlung beim Gericht einzufinden, ansonsten sie Gefahr läuft, einen Rechtsverlust zu erleiden. Eine Partei muss also, solange sie über ein von ihr gestelltes Verschiebungsgesuch vom Gericht keinen Bescheid erhalten hat, von der Gültigkeit der Vorladung ausgehen, so die gefestigte Praxis (ZR 95 Nr. 71; vgl. zuletzt: Kass.-Nr. AA050074, Entscheid vom 16. Juni 2005 i.S. Sch., Erw. 6c.; Kass.-Nr. 2001/384, Entscheid vom 23. August 2002 i.S. St., E. III.2.1c; Kass.-Nr. 2002/272, Entscheid vom 5. Februar 2003 i.S. S., E. 4c; vgl. auch Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 15 zu § 195 m.w.H.).

d) Nach dem Gesagten erweist sich die Rüge des Beschwerdeführers, selbst wenn seine Sachdarstellung als erstellt betrachtet wird, als unbegründet. Der Beschwerdeführer hätte sich, nachdem keine Reaktion auf das von ihm (angeblich) eingereichte Arztzeugnis erfolgte, bei der Vorinstanz nach dem Entscheid über sein (erneutes) Verschiebungsgesuch erkundigen müssen. Dies umso mehr, als das Arztzeugnis nicht am eigentlichen Bestimmungsort abgegeben werden konnte bzw. abgegeben wurde. Dass es dem Beschwerdeführer aus gesundheitlichen oder anderen Gründen nicht möglich gewesen wäre, sich beim Obergericht über den Erhalt des Zeugnisses bzw. das weitere Vorgehen zu informieren, wird in der Beschwerde nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Dabei kann offen bleiben, ob § 194 GVG vorliegend überhaupt zum Tragen käme, nachdem sich der Beschwerdeführer grundsätzlich nicht im Irrtum über den Adressat des

Arztzeugnisses befand und eine allenfalls unterbliebene Weiterleitung des Arztzeugnis durch die Oberstaatsanwaltschaft auch nicht der Vorinstanz angelastet werden könnte.

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, das Schreiben der Vorinstanz vom 31. März 2005 habe beim Beschwerdeführer den Anschein erwecken können, allein die Einreichung eines weiteren Arztzeugnisses genüge, hätte er sich angesichts der konkreten Umstände - Einreichung einen Tag vor der anberaumten Verhandlung und Abgabe des Zeugnisses nicht am bekannten Bestimmungsort - beim Obergericht über den Erhalt des Arztzeugnisses erkundigen oder seinen Verteidiger über die Einreichung eines neuen Arztzeugnisses in Kenntnis setzen müssen.

An diesem Ergebnis vermögen auch die Ausführungen des Verteidigers anlässlich der Berufungsverhandlung nichts zu ändern. Wenn dieser erwähnte, er halte an dem (bereits abgelehnten) Verschiebungsgesuch fest, ohne der Vorinstanz neue Grundlagen bzw. Begründungen für das Gesuch vorlegen zu können, bestand für die Vorinstanz kein Anlass, auf ihren Entscheid zurückzukommen bzw. einen neuen Entscheid zu fällen.

3.3 a) Der Beschwerdeführer sieht eine aktenwidrige tatsächliche Annahme in der vorinstanzlichen Erwägung, dass er sich nach dem Erhalt des Schreibens vom 31. März 2005 nicht mehr habe vernehmen lassen und in der Folge der Verhandlung ferngeblieben sei (KG act. 11 S. 8).

b) Das Vorbringen des Beschwerdeführers ist nicht geeignet, eine Aktenwidrigkeit zu belegen. Er macht selber nicht geltend, dass und aufgrund welcher Aktenstellen davon auszugehen wäre, die Vorinstanz habe von der Einreichung des Arztzeugnisses tatsächlich Kenntnis gehabt. Dass die Oberstaatsanwaltschaft möglicherweise das Arztzeugnis nicht weitergeleitet hat, kann - wie bereits erwähnt - nicht der Vorinstanz angelastet werden. Für das Obergericht waren vielmehr keinerlei Anhaltspunkte für eine Reaktion des Beschwerdeführers auf das Schreiben vom 31. März 2005 erkennbar.

3.4 a) Eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs besteht nach Meinung des Beschwerdeführers schliesslich darin, dass die Vorinstanz den vom Verteidiger gestellten erneuten Antrag auf Verschiebung der Verhandlung im angefochtenen Entscheid nicht erwähnt habe. Die Vorinstanz habe das Dispensationsgesuch des Verteidigers einfach übergangen (KG act. 11 S. 8 f.).

b) Aus der vorstehend wiedergegebenen Protokollnotiz geht hervor, dass die Verteidigung kein Dispensationsgesuch stellte. Sofern es sich beim diesbezüglichen Hinweis in der Beschwerde nicht ohnehin um ein Versehen handelt (weil das Verschiebungsgesuch gemeint war), erweist sich der Einwand von vorneherein als unbegründet.

In Bezug auf das Verschiebungsgesuch gilt, was bereits unter vorstehender Ziff. 3.2.d ausgeführt worden ist. Entgegen der Darstellung in der Beschwerde hat die Verteidigung nicht ein erneutes Gesuch um Verschiebung der Berufungsverhandlung unter Einreichung neuer Unterlagen oder mit neuer Begründung gestellt, sondern sie hat am (bereits abgelehnten) Gesuch festgehalten. Bei dieser Sachlage bestand kein Anlass, im angefochtenen Entscheid explizit auf das Verschiebungsgesuch einzugehen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor.

4. Zusammengefasst ergibt sich somit, dass auf die Beschwerde des erbetenen Verteidigers nicht einzutreten ist. Die vom amtlichen Verteidiger eingereichte Beschwerde ist abzuweisen.

### III.

Dem Ausgang des Kassationsverfahrens entsprechend sind die Kosten, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 396a StPO).

Über die Höhe der Entschädigung des amtlichen Verteidigers wird unter Berücksichtigung der Honorarnote mittels Präsidialverfügung zu entscheiden sein.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerden werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 369.-- Schreibgebühren,  
Fr. 304.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Zürich (2. Abteilung), das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich (Bereich Administrativmassnahmen), das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: