



Kass.-Nr. AC050109/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Rudolf Ottomann sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

Sitzungsbeschluss vom 12. Juni 2006

in Sachen

X.,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

gegen

1. **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

Beschwerdegegnerin 1

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

2. **Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich,**

Bewährungsdienst Winterthur, Tellstr. 4, 8401 Winterthur,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin 2

betreffend **Vollstreckung einer aufgeschobenen Strafe**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. August 2004 (UG040031/U/T.)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. X. (nachfolgend Beschwerdeführer) wurde mit Urteil der I. Strafkammer des Obergerichtes vom 28. Januar 1999 zweitinstanzlich des gewerbsmässigen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB, der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 aStGB sowie der Veruntreuung im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB schuldig gesprochen und mit zwei Jahren Zuchthaus bestraft, unter Anrechnung von 201 Tagen erstandener Untersuchungshaft. Es wurde eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 2 Abs. 2 StGB angeordnet und der Vollzug der Freiheitsstrafe zu diesem Zweck aufgeschoben (OG act. 3). Dieses Urteil erwuchs in Rechtskraft.

2. Im Mai 2004 stellte das Amt für Justizvollzug bei der III. Strafkammer des Obergerichtes den Antrag, es sei gestützt auf Art. 45 Ziff. 6 StGB zu entscheiden, ob und inwieweit die im vorerwähnten Urteil ausgefallte Freiheitsstrafe zu vollstrecken sei (OG act. 1). Mit Beschluss vom 31. August 2004 ordnete die III. Strafkammer (Vorinstanz) den nachträglichen Vollzug der Strafe an (OG act. 14). Der Beschluss wurde am 9. September 2004 dem amtlichen Verteidiger des Beschwerdeführers zugestellt (OG act. 16).

3. Mit Schreiben vom 5. September 2005 (OG act. 17 bzw. KG act. 1) wandte sich der Beschwerdeführer, der sich damals im Zusammenhang mit einer neuen Strafuntersuchung im Flughafengefängnis in Untersuchungshaft befand, an die III. Strafkammer des Obergerichtes und stellte am Ende das Gesuch um "Wiederherstellung der Rechtsmittel für eine Nichtigkeitsbeschwerde" (S. 4 a.E.). Die III. Strafkammer hat dieses Schreiben samt den Akten am 15. September 2005 zuständigshalber dem Kassationsgericht überwiesen (OG act. 18; KG act. 3), worauf ein Kassationsverfahren eröffnet wurde.

In der Folge ergingen verschiedene Präsidialverfügungen: Zunächst wurde festgestellt, dass der Beschwerdeführer aus dem ordentlichen Strafvollzug zu

entlassen sei und er mit sofortiger Wirkung in Sicherheitshaft versetzt werde. Das Gesuch um Haftentlassung wurde abgewiesen (KG act. 11). Nach Eingang eines neuen Haftentlassungsgesuches wurde der Beschwerdeführer schliesslich mit Verfügung vom 18. Oktober 2005 aus der Sicherheitshaft entlassen und es wurde mit sofortiger Wirkung eine Pass- und Schriftensperre angeordnet (KG act. 41). Nachdem das hiesige Gericht feststellte, dass der Beschwerdeführer die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde fristgemäss angemeldet hat, wurde ihm Frist zur schriftlichen Begründung angesetzt (KG act. 48).

Mit der fristgemäss eingegangenen Beschwerdebegründung (sowie den bereits früher eingereichten Eingaben) lässt der Beschwerdeführer beantragen, der angefochtene Beschluss des Obergerichts vom 31. August 2004 sei aufzuheben und die Sache sei neu zu beurteilen (KG act. 52 S. 2).

Die Oberstaatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin 1) hat auf Beschwerdeantwort verzichtet (KG act. 56), ebenso die Vorinstanz auf Vernehmlassung (KG act. 57). Das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin 2) äusserte sich innert Frist nicht.

II.

1. Vorauszuschicken ist, dass der Beschwerdeführer bereits im Zeitpunkt des obergerichtlichen Strafurteils vom 28. Januar 1999 zwar in Brasilien wohnhaft war (vgl. OG act. 3 S. 23), er jedoch gemäss entsprechendem Rubrum über eine Adresse im Tessin (Postfach 157, _____) verfügte (a.a.O. S. 1).

2. Der Beschwerdeführer machte mit seiner Eingabe vom 5. September 2005 - welche auch als Anmeldung der Nichtigkeitsbeschwerde zu betrachten ist (vgl. KG act. 48) - im Sinne einer teilweisen Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde geltend, das vorinstanzliche Verfahren sei durchgeführt worden, ohne dass er selber zum Prozessthema angehört worden sei. Frühere Zustelladressen im Tessin sowie eine Adresse in Rio de Janeiro seien bekannt gewesen. Auf seine Briefe aus Rio de Janeiro habe er keine Antwort bekommen (KG act. 1). Damit behauptet der Beschwerdeführer sinngemäss eine Verletzung seines Anspruches

auf rechtliches Gehör und damit einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO.

3. a) Die Vorinstanz hält im angefochtenen Entscheid fest, der Beschwerdeführer habe sich dem Amt für Justizvollzug wie auch seinem ehemaligen Rechtsvertreter entzogen. Zwischenzeitlich sei er auch zur Verhaftung ausgeschrieben worden. Vom vorliegenden Verfahren habe er keine Kenntnis. Das Gericht habe aber keine Veranlassung zuzuwarten, bis er sich wieder einmal melde bzw. von der Polizei angehalten werden könne. Müsste nämlich in einem Nachverfahren zugewartet werden, bis sich der untergetauchte Verurteilte zum Therapieverlauf äussern könne, könnte das Verfahren nicht innert nützlicher Frist nach Eingang des Gesuches des Amtes für Justizvollzug erledigt werden. Der Verurteilte, zu dessen Gunsten die Massnahme angeordnet worden sei, hätte es zudem in der Hand, den Verjährungseintritt der Strafvollstreckung herbeizuführen. Dies liege aber nicht im Sinne des Massnahmerechts (KG act. 2 S. 3).

b) Nach Eingang des Antrages des Amtes für Justizvollzug (OG act. 1) bestellte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 1. Juni 2004 einen amtlichen Verteidiger - wie bereits im Strafverfahren - in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. ____ und räumte diesem gleichzeitig Frist zur schriftlichen Stellungnahme zum Antrag des Amtes für Justizvollzug ein (OG Prot. S. 2). Der Verteidiger teilte der Vorinstanz innert erstreckter Frist mit, die Adresse des Beschwerdeführers habe trotz umfassender Bemühungen nicht ausfindig gemacht werden können, weshalb er auch in der Sache nicht Stellung nehmen könne (OG act. 9). Mit Verfügung vom 26. Juli 2004 wurde dem amtlichen Verteidiger erneut Frist zur Stellungnahme angesetzt (OG act. 10). Daraufhin teilte Rechtsanwalt ____ mit Eingabe vom 13. August 2004 mit, er habe seit dem Gerichtsurteil mit dem Beschwerdeführer keinen Kontakt mehr gehabt und sehe sich deshalb ausserstande, irgendeine Stellungnahme in der Sache abzugeben (OG act. 12). Mit Brief vom 17. August 2004 ergänzte der Verteidiger, er beantrage, gestützt auf die Akten zu entscheiden (OG act. 13).

4. Vor dem geschilderten Hintergrund ist zu prüfen, ob dem Anspruch auf rechtliches Gehör des (abwesenden) Verurteilten im Nachverfahren Genüge getan wurde.

a) Weder die Voraussetzungen noch die Zuständigkeiten oder der Ablauf des sogenannten "Nachverfahrens" sind im Gesetz geregelt (Donatsch, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 9 zu § 67 StPO). In § 22 des kantonalen Straf- und Vollzugsgesetzes (StVG) wird bezüglich des Verfahrens von nach der Urteilsfällung ergehenden Entscheiden, die das Bundesrecht dem Richter überträgt (was im vorliegenden Verfahren der Fall ist; vgl. Art. 45 Ziff. 6 StGB) lediglich festgehalten, die Begehren seien schriftlich zu stellen und zu begründen. Das Kassationsgericht hat in seiner Entscheidung vom 16. April 1997 (Kass.-Nr. 97/085 S, Erw. II.1.3.c) denn auch nur festgehalten, aus dem kantonalen Prozessrecht ergebe sich kein Anspruch des Verurteilten auf mündliche Befragung im Verfahren betreffend den nachträglichen Vollzug aufgeschobener Strafen. Ob dem Verurteilten persönlich Gelegenheit zur (schriftlichen) Stellungnahme einzuräumen ist, oder ob es genügt, wenn sein Verteidiger dieses Recht wahrnimmt, brauchte damals ebenso wenig geprüft zu werden wie die Frage, wie bei Abwesenheit eines Verurteilten vorzugehen ist.

b) Heranzuziehen sind somit die Grundsätze des Bundesverfassungsrechts, mithin diejenigen des in Art. 29 Abs. 2 BV verankerten Anspruches auf rechtliches Gehör. Allgemein gewährleistet der Anspruch auf rechtliches Gehör dem Einzelnen die Möglichkeit, in einem ihn betreffenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren mitzuwirken, mithin ist der Gehörsanspruch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass von Entscheiden, die in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreifen (Reinhold Hotz, in Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, [Hrsg.: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender], Zürich u.a. 2002, Rz 23 zu Art. 29 BV; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 509 ff.; BGE 107 Ia 185). Als Teilgehalt umfasst Art. 29 Abs. 2 BV unter anderem den Anspruch einer Partei, über die sie betreffende, von einer Behörde in Aussicht genommene Anordnung orientiert zu werden, damit sie sich zu allen wesentlichen Aspekten vorgängig äussern kann (Hotz, a.a.O., Rz 27 zu Art. 29;

Jörg Paul Müller, a.a.O., S. 520). In Strafverfahren wird das Äusserungsrecht des Angeklagten in der Regel durch dessen persönliche Teilnahme an der Hauptverhandlung gewährleistet. Der Angeklagte kann auf eine Teilnahme indessen verzichten, wobei der Verzicht unmissverständlich erklärt werden muss, unter Wahrung gewisser verfahrensrechtlicher Gewährleistungen. Einen Anspruch auf persönliche Anwesenheit wird selbst in Rechtsmittelverfahren bejaht, wenn schwerwiegende Sanktionen drohen, oder wenn der Charakter des Angeklagten, sein Geisteszustand oder seine Motive für die Tat zu beurteilen sind (Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, Ergänzungsband zur dritten Auflage des gleichnamigen Werks von Jörg Paul Müller, Bern 2005, S. 515). Von selbst versteht sich, dass auch dem anwaltlich vertretenen Angeschuldigten ein Äusserungsrecht zusteht (vgl. BGE 95 Ia 362 f.).

Werden die vorstehenden Grundsätze auf das vorliegend zu beurteilende Nachverfahren übertragen, bedeutet dies, dass dem Verurteilten das Recht einzuräumen ist, sich mindestens persönlich schriftlich äussern zu können, was selbstverständlich die Kenntnis vom Verfahren voraussetzt. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass mit dem Entscheid über die Vollstreckung einer aufgeschobenen Strafe eine gerichtliche Anordnung getroffen wird, welche in massiver Weise in die persönliche Freiheit des Verurteilten eingreift. Bei einer schwerwiegenden Sanktion wie vorliegend einer zweijährigen Zuchthausstrafe liegt dies jedenfalls auf der Hand. Zum anderen stellen sich in Fällen wie dem vorliegenden aber auch Fragen bzw. es sind Sachverhalte zu klären - nämlich weshalb mit dem Vollzug der angeordneten Massnahme nicht hat begonnen bzw. weshalb die Massnahme nicht hat fortgesetzt werden können -, welche eine Äusserung des Verurteilten erfordern, sei dies eine persönliche Äusserung gegenüber dem Gericht oder in Form der Instruktion eines Verteidigers. Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass der Beschwerdeführer grundsätzlich über den Antrag des Amtes für Justizvollzug hätte orientiert und ihm die Möglichkeit zur Äusserung dazu hätte geboten werden müssen.

c) Zu prüfen bleibt somit das Vorgehen bei Aufenthaltverhältnissen des Verurteilten wie im vorliegenden Fall. Für die Mitteilung von Entscheiden - und somit

auch für die Fristansetzung zur Äusserung - gelten die Vorschriften über die Vorladung sinngemäss (§ 187 GVG). Die Unmöglichkeit einer Zustellung - und damit eine öffentliche Mitteilung oder Vorladung - darf erst angenommen werden, wenn sachdienliche Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort der betreffenden Person ergebnislos geblieben sind (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 5 zu § 183 GVG mit Hinweis auf ZR 97 Nr. 113; ZR 102 Nr. 40; ZR 77 Nr. 82; Kass.-Nr. 2003/157S, Entscheid vom 29. Juli 2003 i.S. R., Erw. II.2.3). Dabei dürfen die Anforderungen an die Bemühungen um eine ordnungsgemässe Zustellung gegenüber Personen im Ausland nicht herabgesetzt werden (Hauser/Schweri, a.a.O., N 9 zu § 183 GVG; ZR 102 Nr. 40).

Aus den Akten des Amtes für Justizvollzug geht hervor, dass der Beschwerdeführer zunächst auf Zustellungen an die von ihm genannte Adresse im Tessin (Postfach 157, _____) reagierte (JUV act. 13-16), mithin diese Zustellungen erfolgreich waren. Im Brief vom 3. November 1999 nahm der Beschwerdeführer Bezug auf eine vorangegangene Besprechung und teilte mit, er werde sich vom 15. Januar bis 16. Februar 2000 wieder in der Schweiz aufhalten (JUV act. 25). Der Bewährungsdienst richtete sein Antwortschreiben vom 10. November 1999 wiederum an die Adresse in _____ (JUV act. 26), ebenso die beiden Aufforderungen an den Beschwerdeführer zum Erscheinen zu einem persönlichen Gespräch im Zeitraum der angekündigten Anwesenheit in der Schweiz (JUV act. 30 und 33). Der eingeschrieben versandte Brief vom 1. Februar 2000 (JUV act. 33) kam mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" zurück (JUV act. 33). In der Folge meldete sich der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 12. April 2000, in welchem er mitteilte, er habe keine Antwort auf sein letztes Schreiben erhalten und seinen geplanten Aufenthalt in der Schweiz wegen einer Krankheit nicht ausführen können (JUV act. 35). Mit Brief vom 12. Mai 2000 meldete sich der Beschwerdeführer letztmals, unter Angabe der bereits bekannten Adresse im Tessin sowie einer Adresse in Rio de Janeiro (JUV act. 36). Er teilte mit, dass er sich von einer schweren Malaria-Erkrankung erholt habe und hoffe, im August in die Schweiz zu kommen. Zudem stellte er ein Gesuch um erneute Begutachtung in der Schweiz. Im Folgenden gab es weder weitere Kontakte noch sind den Akten entsprechende Bemü-

hungen zu entnehmen. Gemäss einer Aktennotiz des Amtes für Justizvollzug wurden im April 2004 Erkundigungen eingeholt bei den für das neue Strafverfahren zuständigen Untersuchungs- bzw. Ermittlungsbehörden sowie bei der ehemaligen Ehefrau des Beschwerdeführers (JUV act. 37).

Aus den vorinstanzlichen Akten ist nicht ersichtlich, dass vom Obergericht selber irgendwelche Nachforschungen betreffend den Aufenthaltsort des Beschwerdeführers getätigt worden wären. Aufgrund der Nachforschungen im Zusammenhang mit dem neuen Strafverfahren konnte wohl davon ausgegangen werden, dass sich der Beschwerdeführer nicht in der Schweiz aufhielt, jedoch geht aus den Akten nicht hervor, dass und inwiefern Abklärungen in Brasilien vorgenommen wurden. Da zumindest eine brasilianische Adresse des Beschwerdeführers bekannt war, hätte die Vorinstanz diesbezüglich zumindest Nachforschungen tätigen müssen, um den Beschwerdeführer über das Nachverfahren in Kenntnis zu setzen und ihm die Möglichkeit zur (persönlichen) Äusserung zu eröffnen. Allfällige Ermittlungen eines (amtlichen) Verteidigers (vgl. OG act. 8, 9 und 12) vermögen in einem Strafverfahren die gerichtlichen Nachforschungen nicht zu ersetzen. Als "ultima ratio" stellt das Gesetz schliesslich die Möglichkeit der öffentlichen Mitteilung zur Verfügung (vgl. schon ZR 64 Nr. 59 betr. Bussenumwandlung; Hauser/Schweri, a.a.O., N 14 zu § 187 GVG). Insofern hat es der Verurteilte - entgegen der Darstellung im angefochtenen Entscheid - nicht in der Hand, den Verjährungseintritt der Strafvollstreckung herbeizuführen.

Zusammengefasst ergibt sich somit, dass wesentliche Prozessformen zum Nachteil des Beschwerdeführers verletzt wurden und damit ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO vorliegt. Der angefochtene Entscheid ist demzufolge aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Da zu erwarten ist, dass sich der Beschwerdeführer - persönlich oder über seinen Verteidiger - äussern wird und sich dadurch die Entscheidungsgrundlagen ändern können, erweist sich die Behandlung der vom Verteidiger geltend gemachten Rügen (KG act. 52) im derzeitigen Verfahrensstadium als nicht sinnvoll. Weiterungen diesbezüglich erübrigen sich.

III.

Ausgangsgemäss werden die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse genommen (§ 396a StPO). Über die Höhe der Entschädigung der Verteidigung wird nach Eingang der Honorarnote mittels Präsidialverfügung zu entscheiden sein.

IV.

Den Parteien wird davon Kenntnis gegeben, dass ein Richter im Sinne von § 138 Abs. 4 GVG eine abweichende Ansicht zu Protokoll gegeben hat.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. August 2004 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 273.-- Schreibgebühren,
Fr. 399.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die III. Strafkammer und die I. Strafkammer (ad Proz.Nr. SB980523) des Obergerichts des Kantons Zürich sowie die 9. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich (ad Proz.Nr. DG951000), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: