



Kass.-Nr. AC070015/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Georg Nägeli sowie die juristische Sekretärin Daniela Brüscheiler

Zirkulationsbeschluss vom 3. April 2008

in Sachen

X.

z. Zt. in der Kantonalen Strafanstalt Pöschwies, Roosstr. 49, Postfach 3143,
8105 Regensdorf,

Angeklagter, Appellant, Anschlussappellat und Beschwerdeführer

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

1. **Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**
Anklägerin, Appellatin, Anschlussappellantin und Beschwerdegegnerin 1
2. **Y.**

Geschädigte und Beschwerdegegnerin 2

1 vertreten durch den Stv. Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. Markus Oertle,
Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

betreffend

Vergewaltigung etc.

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts
des Kantons Zürich vom 23. Dezember 2004 (SB040336/U/hp)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. X. (nachfolgend Beschwerdeführer) wurde mit Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. April 2004 der Vergewaltigung, der mehrfachen sexuellen Nötigung und der sexuellen Handlung mit einem Kind (jeweils zum Nachteil der Geschädigten Y.) sowie der Sachbeschädigung (zum Nachteil seiner damaligen Ehefrau Z.) schuldig gesprochen. Er wurde mit dreieinhalb Jahren Zuchthaus, unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft, bestraft. Zudem wurde er für sieben Jahre des Landes verwiesen. Ferner verpflichtete das Bezirksgericht den Angeklagten, Y. eine Genugtuung von Fr. 18'000.— zuzüglich Zins zu bezahlen und verwies das Schadenersatzbegehren von Z. auf den Weg des Zivilprozesses (BG act. 51 bzw. OG act. 54). Gegen dieses Urteil erhob die damalige amtliche Verteidigerin des Beschwerdeführers Berufung (BG act. 52), die Staatsanwaltschaft ihrerseits erhob Anschlussberufung (OG act. 56). Letztere zog die Staatsanwaltschaft am 4. Oktober 2004 zurück (OG act. 59). Das Berufungsverfahren wurde schriftlich geführt (OG act. 61, 68 und 70). Die II. Strafkammer des Obergerichtes bestätigte mit Urteil vom 23. Dezember 2004 den bezirksgerichtlichen Entscheid vollumfänglich (OG act. 74 bzw. KG act. 2). Gegen das obergerichtliche Urteil erhob die damalige amtliche Verteidigerin kantonale Nichtigkeitsbeschwerde. Mit Beschluss vom 16. Dezember 2005 wurde dieses Rechtsmittel abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (Kass.-Nr. AC050041, act. 11). Da weder dieser Beschluss mit staatsrechtlicher Beschwerde noch das obergerichtliche Urteil mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde angefochten wurden, erwuchs der Berufungsentscheid in Rechtskraft beziehungsweise wurde er vollstreckbar.

2. Der Beschwerdeführer wurde am 5. Dezember 2006 gestützt auf ein entsprechendes Begehren der schweizerischen Behörden in ____/USA von den amerikanischen Behörden festgenommen und in Auslieferungshaft versetzt. Am

3. Februar 2007 wurde er an die Schweiz ausgeliefert (JUV act. 12). Er befindet sich zur Zeit in der Strafanstalt Pöschwies im ordentlichen Strafvollzug.

3. Rechtsanwalt lic. iur. A. meldete mit Schreiben vom 3. Mai 2007 für den Beschwerdeführer beim Obergericht nachträglich (erneut) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (KG act. 10). In der Folge wurde die Frist zur Begründung dieses Rechtsmittels (erneut) angesetzt; die entsprechende Verfügung nahm Rechtsanwalt A. am 23. Mai 2007 in Empfang (KG act. 11).

4. Mit Vollmacht des Beschwerdeführers (KG act. 3 und act. 8) reichte Rechtsanwalt lic. iur. ____ mit Eingabe vom 22. Juni 2007 die Beschwerdebeurteilung ein (KG act. 1). Er beantragt darin die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils vom 23. Dezember 2004 und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (KG act. 1 S. 2). Der Beschwerdeführer lässt zusammengefasst im Wesentlichen geltend machen, er habe erst nach seiner Auslieferung an die Schweiz von seiner strafrechtlichen Verurteilung erfahren; erst danach habe er nach mehrfacher Konsultation eines Rechtsanwaltes feststellen können, dass das Strafverfahren und damit auch das obergerichtliche Urteil an Mängeln bzw. Nichtigkeitsgründen leide, welche nunmehr gerügt würden.

5. Mit Eingabe vom 25. Juni 2007 reichte der Beschwerdeführer ein Gesuch um Entlassung aus dem Strafvollzug ein (KG act. 7), welches den Beschwerdegegnerinnen sowie der Vorinstanz zur Stellungnahme zugestellt wurde (KG act. 13). Am 26. Juni 2007 ging das Gesuch des Beschwerdeführers ein, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (KG act. 15). Die Vorinstanz verzichtete auf Stellungnahme zum Haftentlassungsgesuch (KG act. 19). Die Staatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin 1) beantragte, auf diese (zweite) Nichtigkeitsbeschwerde sei nicht einzutreten, zudem erweise sie sich als verspätet. Sodann erachtete die Staatsanwaltschaft das Kassationsgericht als für die Beurteilung des Haftentlassungsgesuches unzuständig, allenfalls wäre das Gesuch abzuweisen (KG act. 20). Die Vertreterin der Geschädigten nahm zum Haftentlassungsgesuch mit Eingabe vom 29. Juni 2007 Stellung (KG act. 21). Diese sowie die weiteren Stellungnahmen der Beteiligten wurden der jeweiligen Gegenpartei zugestellt (vgl. KG act. 27, 38, 43, 48). Mit Verfügung vom 19. Juli 2007

wurde das Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen, ebenso dasjenige um Entlassung aus dem ordentlichen Strafvollzug. Auf das Gesuch um Nichtanordnung von Sicherheitshaft wurde nicht eingetreten (KG act. 50).

Mit Schreiben vom 9. August 2007 wurde der früheren (amtlichen; vgl. zu deren Entlassung KG act. 36) Verteidigerin des Beschwerdeführers die Möglichkeit einer Stellungnahme zur Beschwerdebegründung eingeräumt (KG act. 52). Am 13. November 2007 ging die entsprechende Eingabe von Rechtsanwältin B. (innert mehrmals erstreckter Frist) ein (KG act. 62). Am 9. Dezember 2007 erfolgte eine ergänzende Stellungnahme (KG act. 70). Die Staatsanwaltschaft äusserte sich nicht zu den Ausführungen von Rechtsanwältin B. (KG act. 73), der Beschwerdeführer reichte am 15. Januar 2008 seine Stellungnahme ein (KG act. 80). Dazu äusserte sich Rechtsanwältin B. wiederum (KG act. 86). Der Beschwerdeführer verzichtete auf weitere Stellungnahme (KG act. 90), ebenso die Beschwerdegegnerinnen (KG act. 91).

II.

1. Zunächst stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde.

Gemäss § 431 StPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde binnen zehn Tagen, von der Eröffnung des Entscheides oder – subsidiär – der Entdeckung des Mangels an gerechnet, beim Präsidenten des urteilenden Gerichts anzumelden. Diese subsidiäre Frist soll den Verfahrensbeteiligten, welche im Blick auf das fragliche Verfahren und den dabei gefällten Entscheid einen Nichtigkeitsgrund nicht erkennen konnten, auch nachträglich die Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen ermöglichen (Schmid, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., N 4 zu § 431 StPO). Dabei spielt es nach der Praxis des Kassationsgerichts hinsichtlich der grundsätzlichen Zulässigkeit einer nachträglichen Beschwerde keine Rolle, ob bereits innert "ordentlicher" Frist eine Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet, begründet und behandelt worden ist (vgl.

zuletzt Kass.-Nr. AC030140, Entscheid vom 25. Dezember 2003 i.S. T.). Zu beachten ist jedoch, dass nachträglich nur Nichtigkeitsgründe geltend gemacht werden können, welche die Partei ohne ihr Verschulden nicht schon vorher hat vorbringen können. Der betroffene Verfahrensbeteiligte muss glaubhaft machen, dass er zum vorherigen Anbringen nicht in der Lage gewesen ist (Schmid, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 4 zu § 431 StPO). Entsprechend hat das Kassationsgericht in einem früheren Entscheid erwogen, in Bezug auf die Frage der Zulässigkeit der nachträglichen Nichtigkeitsbeschwerde sei an der bisherigen Praxis festzuhalten, wonach sich eine Partei nur dann auf die subsidiäre Frist berufen könne, wenn sie Nichtigkeitsgründe geltend mache, die sie ohne Verschulden nicht habe früher vorbringen können (Kass.-Nr. 392/88, Entscheid vom 8. Mai 1989 i.S. B., Erw. 2). Ist das späte Feststellen eines (angeblichen) Mangels auf die Nachlässigkeit einer Partei zurückzuführen, so muss die fehlbare Partei die Konsequenzen tragen und es kann auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden (vgl. auch Adolf Decurtins, Die kantonal-zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, Diss. 1971, S. 21).

2. Der Beschwerdeführer wurde am 16. Januar 2002 verhaftet (BG HD act. 26/1), nachdem die Beschwerdegegnerin 2 über eine Opferberatungsstelle der Polizei mitteilen liess, sie wolle gegen den Beschwerdeführer wegen sexueller Übergriffe Anzeige erstatten (BG HD act. 2). Am 30. Mai 2002, also nach rund 4 ½ Monaten Untersuchungshaft, wurde der Beschwerdeführer entlassen (BG HD act. 26/14). Am 5. März 2003 fand die Schlusseinvernahme statt, anlässlich welcher dem Beschwerdeführer der Sachverhalt sowie die von der (damaligen) Bezirksanwaltschaft als erfüllt betrachteten Gesetzesbestimmungen vorgehalten wurden (BG HD act. 21). Ende März 2003 kehrte der Beschwerdeführer nach Miami zurück (vgl. KG act. 9/2 S. 1).

Angesichts des geschilderten Sachverhaltes wusste der Beschwerdeführer nicht nur, dass ein Strafverfahren gegen ihn lief, es lag auch auf der Hand, dass es sich nicht um ein Bagatellverfahren, sondern um Vorwürfe von erheblicher Bedeutung handelte. Nach durchgeführter Schlusseinvernahme konnte – auch von einem Laien objektiv gesehen und entgegen der Darstellung in der Beschwerde

(KG act. 1 S. 8 Ziff. 18) – nicht mehr ernsthaft mit einer Einstellung des Verfahrens gerechnet werden. Zwar war es primär Pflicht der (damaligen) Verteidigerin, den Beschwerdeführer über den Verfahrensgang zu informieren, doch bestand auch eine Obliegenheit des Beschwerdeführers und es war in seinem Interesse, sich nach einer gewissen Zeit bei der Verteidigerin über das Verfahrensstadium zu erkundigen, zumal er auch nicht ausschliessen konnte, dass seine Verteidigerin – aus welchen Gründen auch immer – nicht mit ihm Kontakt aufnahm oder allenfalls aufnehmen konnte. Dies umso mehr, als der Beschwerdeführer selber ausführt, es sei für ihn klar gewesen, dass er für einen allfälligen (gerichtlichen) Prozess in die Schweiz zurückkommen wollte (KG act. 1 Ziff. 13), er aber auch keinen Einstellungsentscheid erhalten hat. Wenn der Beschwerdeführer geltend macht, er habe zwischen 2004 und 2006 verschiedene Male bzw. immer wieder erfolglos versucht, seine damalige Verteidigerin telefonisch zu erreichen und erbetene Rückrufe seien nie erfolgt (KG act. 1 Ziff. 23 und act. 7 Ziff. 24/25), so erscheint es zum einen erfahrungsgemäss wenig wahrscheinlich, dass es einem Klienten und dessen Partnerin über einen langen Zeitraum hinweg nie gelingt, mit der Verteidigerin telefonischen Kontakt aufzunehmen, und dass diese trotz ausdrücklichem Wunsch auch nie zurückruft. Vor allem aber ist zu beachten, dass die Verteidigerin nicht die einzige Ansprechpartnerin des Beschwerdeführers war beziehungsweise sein konnte und musste. Selbst wenn die Darstellung des Beschwerdeführers, er habe von seiner Verteidigerin keine Nachricht über den Verfahrensstand erhalten und er habe sie auch nicht erreichen können, zutrifft, wäre es ihm ohne Weiteres zuzumuten gewesen und hätte von ihm auch erwartet werden können, dass er sich entweder bei der Bezirksanwaltschaft oder allenfalls beim Bezirksgericht nach dem Verfahrensstand erkundigt hätte. Dies auch deshalb, weil er selber geltend macht, er habe seine damalige Verteidigerin nie als Zustellungsempfängerin bezeichnet (KG act. 1 S. 9 Ziff. 20 und S. 13 Ziff. 31). Umso mehr hätte ihn erstaunen müssen, nicht direkt von der Untersuchungsbehörde oder vom Gericht zu hören. In welchem genauen Zeitpunkt vom Beschwerdeführer eine solche Erkundigung hätte erwartet werden können bzw. müssen, kann offen bleiben. Auf jeden Fall durfte er nicht über mehr als zwei Jahre hinweg mit einer solchen Erkundigung zuwarten und hoffen, das Verfahren sei wohl ein-

gestellt worden. Daran ändert schliesslich auch der Einwand des Beschwerdeführers nichts, er habe sich deshalb nicht mehr bei seiner Verteidigerin gemeldet, weil diese ihm bzw. seiner damaligen Freundin anlässlich des letzten Kontaktes zwischen Dezember 2003 und Februar 2004 gesagt habe, es sei nicht mehr nötig, dass C. die Verteidigerin dauernd anrufe, sie (die Verteidigerin) melde sich, falls es etwas Neues gebe. RAin B. habe daraufhin aber weder den Beschwerdeführer noch Frau C. kontaktiert (KG act. 1 S. 10). Zum einen ist nicht einsichtig, dass sich der Beschwerdeführer selbst in diesem Fall nicht selber erkundigte. Zum anderen erscheint die Behauptung des Beschwerdeführers, es habe keine Kontaktnahme seitens der Verteidigerin mehr stattgefunden, angesichts der Ausführungen von Rechtsanwältin B. zur Frage der Teilnahme des Beschwerdeführers an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (KG act. 62 Ziff. 7 S. 4 f. und KG act. 70 S. 3 f.) und dem von RAin B. eingereichten Schreiben (KG act. 63/7), unglaubhaft. Die Ausführungen des Beschwerdeführers zum genannten Fax-Schreiben (KG act. 80 S. 9 f.) überzeugen nicht. Wenn der Beschwerdeführer somit heute geltend macht, er habe erst im Zusammenhang mit dem Auslieferungsverfahren von dem gegen ihn ergangenen Strafurteil erfahren, ist dies auf seine eigene Nachlässigkeit zurückzuführen. Es kann damit nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer habe seine Vorbringen ohne eigenes Verschulden nicht früher vortragen können.

Auf die nachträgliche Beschwerde ist damit nicht einzutreten.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung, dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 396a StPO). Da Rechtsanwältin B. vom Kassationsgericht veranlasst wurde, sich zur Thematik des behaupteten Fehlverhaltens ihrerseits zu äussern, erscheint es gerechtfertigt, ihr für die entsprechenden Aufwendungen eine Entschädigung aus der Gerichtskasse auszurichten (vgl. Kass.-Nr. AC050074, Beschluss vom 31. Januar 2006 i.S. B., Erw. 11, ähnlich Kass.-Nr. AC040110, Beschluss vom 28. Februar 2005 i.S. K. Erw. 7 lit. c).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 800.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Rechtsanwältin lic. iur. B. wird eine Entschädigung von Fr. 2'500.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 78 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an Rechtsanwältin lic. iur. B. im Dispositiv, an die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, an das Bezirksgericht Zürich sowie das Amt für Justizvollzug (Abteilung Strafvollzugsdienst), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: