

## **Entscheidungssammlung SB030118 i.S. Ch. betr. Direktberufung**

1.a) Mit der direkten Berufung kann zunächst geltend gemacht werden, die bei der Vorinstanz erhobene Berufung sei zu Unrecht als verspätet im Sinne von § 416 StPO zurückgewiesen worden; diese sei vielmehr rechtzeitig innert Frist erfolgt. Die Berufungsfrist beträgt 20 Tage und läuft dem Angeklagten von der Eröffnung des Urteils an und, wo eine solche nicht erfolgt ist, von der schriftlichen Mitteilung an (§ 412 StPO).

b) Dazu bringt die Verteidigung vor, das Urteil vom 11. September 2001 habe als nicht zugestellt zu gelten, weil die damalige öffentliche Mitteilung des Endentscheids im Amtsblatt unzulässig gewesen sei, zumal nicht im Entferntesten versucht worden sei, den Aufenthalt des Angeklagten im Sinne von § 183 i.V.m. § 187 GVG zu eruieren. § 183 Abs. 1 GVG verlange aber klar, dass vor einer öffentlichen Vorladung "sachdienliche Nachforschungen" betreffend Aufenthalt des Empfängers angestellt würden (Urk. 56 S. 2).

c) § 187 Abs. 1 GVG hält zwar fest, dass hinsichtlich der Mitteilung von Entscheiden die Vorschriften über die Vorladung *sinngemäss* Anwendung finden. Dies bedeutet aber nicht, dass alle Bestimmungen bezüglich des Vorladungswesens auch für die Zustellung von Endentscheiden gelten. Der Kommentar GVG Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 5 und 6) hält dazu fest:

*"Alle schriftlichen Erledigungsentscheide können rechtsgültig auch dem Bevollmächtigten zugestellt werden. (...) § 176 Abs. 1 GVG bleibt auf die Vorladung beschränkt, bei denen ein amtliches Interesse daran besteht, dass die Partei zur Verhandlung erscheint. Nach feststehender zürcherischer Praxis werden in Strafverfahren die schriftlichen Entscheide allein dem Parteivertreter zugestellt, falls ein solcher ernannt worden ist. Wohl kann die Mitteilung auch an die verbeiständete Partei selbst erfolgen. Im Interesse der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit wird in solchen Fällen aber nur die Zustellung an den Vertreter als rechtsgültig betrachtet. Die Rechtsmittelfrist gegen den ergangenen Entscheid wird somit nach dieser Auffassung nur durch die Zustellung an den Vertreter in Gang gesetzt. (...) Diese Praxis gilt indessen nur für den Fall, dass der Vertretene vom gegen ihn geführten Verfahren überhaupt Kenntnis hat."*

Da der Angeklagte das gegen ihn geführte Strafverfahren bis und mit der Hauptverhandlung vor Vorinstanz persönlich verfolgen konnte (Prot. I S. 3 ff.), ist letztere Voraussetzung ohne weiteres gegeben. Die Zustellung der Endentscheide nur an die Verteidigung - mithin nicht zusätzlich an den Angeklagten selbst - entspricht auch der gängigen Praxis am Obergericht des Kantons Zürich. Wie eingangs erwähnt, wurde das Urteil vom 11. September 2001 zwar nicht mündlich

eröffnet, jedoch am 24. September 2001 der damaligen amtlichen Verteidigerin des Angeklagten korrekt zugestellt (Urk. 41). Damit wurde die 20-tägige Berufungsfrist in Gang gesetzt, welche am 15. Oktober 2001 unbenutzt ablief. Dass die Vorinstanz beschloss, das Urteil zusätzlich noch im Amtsblatt zu publizieren, ist nicht zu beanstanden, bleibt nach dem Gesagten jedoch ohne Auswirkung auf den Fristenlauf.

d) Die Berufungserklärung des Angeklagten vom 24. Januar resp. 10. März 2003 (Urk. 51 und 56) erfolgte somit offensichtlich verspätet.

2. Ferner kann mit der Direktberufung geltend gemacht werden, es lägen hinsichtlich der Verspätung der Berufungserklärung Wiederherstellungsgründe im Sinne von § 199f. GVG vor.

a) Hierzu macht die Verteidigung geltend, die ehemalige Verteidigerin des Angeklagten wäre verpflichtet gewesen, vorsorglicherweise Berufung gegen das Urteil vom 11. September 2001 einzulegen, nachdem sie in der Hauptverhandlung noch Antrag auf Freispruch gestellt habe, weshalb sie davon hätte ausgehen müssen, der Angeklagte sei mit dem Schuldspruch nicht einverstanden. Insbesondere habe sie nach Erlass des fraglichen Urteils zugegebenermassen auch keinen Kontakt mehr zum Angeklagten gehabt, sodass sie keine diesbezüglichen Instruktionen gehabt habe. Nach Praxis des Kassationsgerichts sei ein notwendiger Verteidiger im Zweifelsfall jedoch verpflichtet, ein Rechtsmittel anzumelden, ansonsten dies zur Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist führe (Urk. 56 S. 3, Urk. 66).

b) Gemäss Zwischenbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 11. Juni 2001 (Kass.-Nr. 2001/007 S; zu finden im Rechenschaftsbericht des Kassationsgerichts 2001, S. 33/34) hat der amtliche Verteidiger in allen Fällen die Aufgabe, den Willen des Angeschuldigten darüber, ob er einen Weiterzug des Urteils wünscht, zu eruieren. Ist dies nicht möglich oder bleibt der Wille unklar, hat der Verteidiger grundsätzlich das Rechtsmittel (vorsorglich) zu ergreifen bzw. anzumelden. Dies gilt auch dann, wenn der Verteidiger ein Missverständnis zwischen ihm und dem Angeschuldigten nicht ausschliessen kann. Unterlässt er in diesem Fall die Ergreifung des Rechtsmittels, liegt ein Fehlverhalten seinerseits vor, welches in Fällen notwendiger Verteidigung nicht dem Angeschuldigten zugerechnet werden kann; dies führt - auf entsprechendes Gesuch hin - zur Wiederherstellung der versäumten Rechtsmittelfrist (vgl. aber demgegenüber Hauser/Schweri, a.a.O., N 63 zu § 199 GVG).

c) Unbestritten - und damit auch nicht durch eine Zeugeneinvernahme zu erhärten - sind die glaubhaften Ausführungen der früheren Verteidigerin in ihrem Bericht vom 26. Mai 2003 (Urk.

62). Demgemäss hatte sie nach Erlass des Urteils vom 11. September 2001 keinen Kontakt mehr zum Angeklagten. Nach dem Ausschaffungsversuch sei dieser für sie untergetaucht und habe sich in der Folge nie mehr bei ihr gemeldet. Das erstinstanzliche Urteil habe sie ihm daher nicht zustellen können. Der Angeklagte habe damals den eingeklagten Sachverhalt eingestanden und sei sich bewusst gewesen, dass er eine unbedingte Strafe und den Widerruf einer Vorstrafe gewärtige. Er habe vor allem Interesse an seiner baldigen Rückkehr in die Heimat gezeigt, weshalb über die Einlegung eines Rechtsmittels nicht weiter diskutiert worden sei. Sie habe damals keine Instruktion gehabt, auf Freispruch zu plädieren, sondern habe dies einzig aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 13e Abs. 1 ANAG getan. Nach dem missglückten Ausschaffungsversuch im Juli 2001 hätten die rechtlichen Voraussetzungen für einen Freispruch jedoch nicht mehr vorgelegen und eine gleichgelagerte Argumentation wie an der Hauptverhandlung wäre ins Leere gegangen. Angesichts dieser Umstände habe sie sich nicht veranlasst gefühlt, Berufung zu erheben.

d) Dieses Vorgehen der ehemaligen Verteidigung erscheint als korrekt und ist auch im Lichte der obgenannten Kassationsgerichtspraxis nicht zu beanstanden. Der Schuldpunkt war vom Angeklagten nie angefochten worden (Prot. I S. 7). Der Antrag auf Freispruch der Verteidigerin - dies ohne entsprechende Instruktion des Angeklagten (entgegen Urk. 56 S. 3) - basierte auf der Argumentation, dass ein einmaliger (früherer) Ausschaffungsversuch nicht Beweis genug für die Undurchführbarkeit der Ausschaffung an sich darstelle (Urk. 18 S. 2). Nachdem im Juli 2001 jedoch ein zweiter vergeblicher Ausschaffungsversuch vorgenommen worden war, war dieser Argumentation der Boden entzogen, weshalb die Verteidigerin auf eine - aus ihrer Sicht nun erfolglose - Berufung verzichtete (vgl. auch Urk. 49 S. 5). Es ging dem Angeklagten offenbar auch zu keinem Zeitpunkt darum, die Strafhöhe oder Nebenfolgen als unangemessen anzufechten (Prot. I S. 7f.). Die Verteidigerin hatte somit keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte einen Weiterzug des Urteils wünschte, weshalb sie ihren Pflichten hinreichend nachgekommen ist (vgl. Urk. 63 S. 2 unten). Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass der Angeklagte nach seiner Haftentlassung unter einem falschen Namen untertauchte und sich nie mehr bei seiner Verteidigerin meldete oder anlässlich seines neuen Verfahrens auf diese früheren Vorgänge hinwies und sich nach dem Stand der Dinge erkundigte. Der Staatsanwaltschaft ist zuzustimmen (Urk. 54), dass solches Verhalten nicht noch dadurch belohnt werden darf, dass Rechtsmittelfristen in irgendeinem späteren Zeitpunkt wieder

hergestellt werden. Ansonsten hätte es jeder renitente Angeklagte in der Hand, durch Untertauchen oder Kontaktverweigerung die Verteidigung in eine allenfalls völlig sinnlose - und letztlich auch Kosten auslösende - Berufung zu zwingen. Der vorliegende Fall ist mithin nicht mit der Situation zu vergleichen, in der ein Angeklagter etwa ausgeschafft wird, ohne sich mit seiner Verteidigung besprechen zu können, und diese Zweifel an dessen Willen bezüglich Weiterzug des Urteils haben müsste.

Der Vollständigkeit halber sei angeführt, dass das Gesuch der Verteidigung offenkundig primär nicht darauf abzielt, mit der Direktberufung ein ungerechtes oder unangemessenes Urteil zu beseitigen, sondern dass es erklärermassen darum geht, dass im pendenten (anderen) Berufungsverfahren nicht von der Rechtskraft des Urteils vom 11. September 2001 ausgegangen werden kann (vgl. Urk. 56 S. 3 unten). Die Tatsache nämlich, dass sich der Angeklagte - im Zusammenhang mit der schliesslich am 11. September 2001 ausgefallten unbedingten Gefängnisstrafe - ab Februar 2001 während 109 Tage (also mehr als drei Monate) in Untersuchungshaft befand (Urk. 7), müsste im pendenten Berufungsverfahren der Verbüssung einer Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB gleichgesetzt werden (Schneider in: Basler Kommentar, Niggli/Wiprächtiger, Strafgesetzbuch I, Basel 2003, N 118 zu Art. 41 StGB). Damit wäre dem Angeklagten dort der bedingte Strafvollzug bereits aus objektiven Gründen zu verweigern. Würde indes die Direktberufung heute zugelassen, so wäre das Urteil vom 11. September 2001 nicht rechtskräftig und damit für die neue Verurteilung insoweit nicht massgeblich.

3. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass keine hinreichenden Wiederherstellungsgründe vorliegen, weshalb auf die Direktberufung nicht einzutreten ist.