

DR. IUR. KURT MEIER
TEL. 043 322 09 90

LIC. IUR. THOMAS FINGERHUTH
TEL. 043 322 03 91

LIC. IUR. CHRISTINE FLEISCH, LL.M.
TEL. 043 322 03 84

ANWÄLTE

MEIER FINGERHUTH FLEISCH

Einschreiben
Kassationsgericht
des Kantons Zürich
Postfach
8023 Zürich

Zürich, 2. Mai 2005

JURISTISCHE
MITARBEITERIN:
LIC. IUR.
KAROLIN WOLFENBERGER
TEL. 043 322 06 20

SEKRETARIAT:
MARTHA OBRIST
SILVIA RAIMONDI
THOMAS SCHEDER

ADRESSE:
LANGSTR. 4/
ECKE BADENERSTRASSE
8004 ZÜRICH
FAX: 043 322 06 21
ADVOKATURBUERO@LANGVIER.CH

Kass.-Nr. AC050016

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren KassationsrichterInnen

In Sachen

Erwin Kessler, Dr. Ing. ETH, geb. 29. Februar 1944, von Zürich, Wellhausen und Thundorf/TG, Bauingenieur, Im Büel 2, 9546 Tuttwil,

Angeklagter, Erstappellant und Beschwerdeführer

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Fingerhuth, c/o Meier Fingerhuth Fleisch, Langstrasse 4, 8004 Zürich

gegen

1. **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich**, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich

Anklägerin, Zweitappellantin und Beschwerdegegnerin 1

vertreten durch den Leitenden Oberstaatsanwalt Dr. iur. Andreas Brunner, da- selbst

2. **Emil Wettstein**, Wangenerstrasse 1, 8302 Bassersdorf

Geschädigter und Beschwerdegegner 2

betreffend

einfache Körperverletzung etc.

(Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. November 2004 (SB040014/U/gk))

beziehe ich mich auf den Zwischenbeschluss Ihres Gerichts vom 24. März 2005 und reiche Ihnen namens und zur Verteidigung von Erwin Kessler innert Frist eine

Bechwerdebegründung

ein mit dem

Antrag:

In Gutheissung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde sei das Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. November 2004 aufzuheben, und die Sache sei im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.

Begründung:

1. Mit Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. November 2004 wurde Erwin Kessler der mehrfachen Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 2 und 4 StGB sowie der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 Satz 1 StGB für schuldig befunden und dafür mit fünf Monaten Gefängnis bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde nicht aufgeschoben (OG act. 102, S. 77 f./ Dispositiv-Ziff. 1., 2. und 3.).
2. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher geltend gemacht werden soll, die Vorinstanz habe die ihr obliegende Fürsorgepflicht für eine gehörige Verteidigung und damit gesetzliche Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO zum Nachteil des Beschwerdeführers verletzt.
- 3.1. Die Vorinstanz prüfte zuerst, ob die Verteidigung des Beschwerdeführers ihren Pflichten im erstinstanzlichen Verfahren hinreichend nachgekommen sei, das Bezirksgericht darauf nicht korrekt reagiert habe und deswegen ein Mangel vorliege, der zur erneuten Rückweisung des Verfahrens an die erste Instanz führen müsse (OG act. 102, S. 22 – 34).

Abschliessend erwog die Vorinstanz dazu unter anderem was folgt (OG act. 102, S. 34):

"Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Angeklagten vor Bezirksgericht zwar zwei Anwälte zur Seite standen. Diese nahmen aber zu einigen Teilen der Anklage(n) inhaltlich nicht bzw. nur ganz oberflächlich Stellung, obwohl fraglich war, ob ihre formellen Einwendungen und Anträge erfolgreich sein würden. Die amtliche Verteidigerin weigerte sich zum Teil sogar ausdrücklich, zur Sache zu plädieren, obwohl sie vom Gericht wiederholt und unmissverständlich dazu aufgefordert wurde. Auch wenn Anwälten ein weites Ermessen zusteht, wie sie ihre Mandanten gegen eine strafrechtliche Anklage verteidigen wollen, kann ein solches Vorgehen nicht als gehörige Verteidigung anerkannt werden. Dies gilt umso mehr, als dem Angeklagten eine Freiheitsstrafe von erheblicher Dauer und ohne Vollzugaufschub drohte und sich zumindest teilweise auch in rechtlicher Hinsicht schwierige Fragen stellten, mit denen der Angeklagte allein überfordert sein musste. Da ein Fall notwendiger Verteidigung vorlag, hätte die Vorinstanz die Weigerung der amtlichen Verteidigerin, zu allen Anklagepunkten materiell zu plädieren nicht hinnehmen dürfen. Sie hätte vielmehr das Hauptverfahren erneut unterbrechen und dem Angeklagten vor dessen Fortsetzung einen anderen amtlichen Verteidiger bestellen müssen. Indem sie dies unterliess und stattdessen – nach der expliziten Feststellung des Vorsitzenden, dass nach

wie vor nicht allen Anklagepunkten plädiert worden sei (Prot. I, S. 51) – zur Urteilsfällung schritt, verletzte sie die Verteidigungsrechte des Angeklagten."

Zur Frage der Rückweisung der Sache an die erste Instanz, wurde im angefochtenen Entscheid folgendes erwogen (OG act. 102, S. 35 Mitte):

"Die amtliche Verteidigerin blieb nicht untätig, sondern plädierte ausführlich zu formellen Fragen und äusserte sich hinsichtlich der meisten Anklagepunkte – zum Teil allerdings sehr knapp – auch zur Sache. Nur zu einzelnen Teilen der Anklage verweigerte sie eine materielle Stellungnahme oder blieben ihre Ausführungen so rudimentär, dass nicht von einer effektiven Verteidigung gesprochen werden kann. Bei dieser Sachlage ist nach dem vorstehend Gesagten (Erw. II/6i/bb) eine Rückweisung des (gesamten) Prozesses an die Vorinstanz nicht nötig, sondern kann der nicht besonders stark ausgeprägte Verfahrensmangel mit der Gewährung einer besseren Verteidigung im Berufungsverfahren geheilt werden."

Die Vorinstanz verweist zur Begründung dieser Entscheidung auf die Rechtsprechung des Kassationsgerichts (OG act. 102, S. 35 Mitte mit Verweis auf S. 29). Eben dort wird im angefochtenen Entscheid ausgeführt, dass nach dieser Rechtsprechung das Berufungsgericht, welches über dieselbe Kognition wie die erste Instanz verfüge, nur bei besonders schweren Verfahrensmängeln zur Rückweisung gemäss § 427 StPO schreiten müsse. Dies betreffe insbesondere Fälle, in denen dem Angeklagten entgegen den gesetzlichen Bestimmungen überhaupt kein amtlicher Verteidiger bestellt worden oder dieser völlig untätig geblieben sei. Sei hingegen die Verteidigung vor erster Instanz lediglich hinsichtlich einzelner Punkte, zu denen zu plädieren gewesen wäre, ungenügend, so könne dieser Mangel auf dem Weg einer verbesserten Verteidigung im Berufungsverfahren geheilt werden (a.a.O., mit Verweis auf ZR 86 [1987] Nr. 96, E.II.1. und ZR 100 [2001] Nr. 43, E.3.).

Wie bereits erwähnt, hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid ausdrücklich und vorerst zutreffend festgestellt, dass die Verteidigung des Beschwerdeführers im erstinstanzlichen Verfahren insgesamt nicht als gehörige Verteidigung anerkannt werden könne und damit die Verteidigungsrechte des Angeklagten verletzt worden seien (OG act. 102, S. 34).

Zur Begründung wurde dazu insbesondere darauf hingewiesen, dass die Verteidigung zu einigen Teilen der Anklage(n) inhaltlich nicht bzw. nur ganz oberflächlich Stellung genommen habe, obwohl fraglich war, ob ihre formellen Einwendungen und Anträge erfolgreich sein würden (OG act. 102, S. 34).

Mit dem Hinweis darauf, dass die formellen Einwendungen fraglich gewesen seien, stellt die Vorinstanz zu Recht auch fest, dass diesbezüglich für eine ge-

hörige Verteidigung auch materielle Ausführungen nötig gewesen wären. Da solche Ausführungen jedoch im erstinstanzlichen Verfahren nicht bzw. nur ganz oberflächlich erfolgt sind, wurde die Verteidigung des Beschwerdeführers im erstinstanzlichen Verfahren aus diesem Grund insgesamt nicht als gehörige Verteidigung anerkannt, und es wurde darauf im angefochtenen Entscheid folgerichtig auch ausdrücklich festgestellt, dass damit die Verteidigungsrechte des Angeklagten verletzt worden seien (OG act. 102, S. 34).

Für die Frage der Rückweisung der Sache an die erste Instanz wird nun aber im angefochtenen Entscheid, wie vorstehend erwähnt, geltend gemacht, die Verteidigung sei lediglich in einzelnen Punkten ungenügend gewesen (OG act. 102, S. 29 Mitte). (Genügend) tätig geworden sein soll die Verteidigung im erstinstanzlichen Verfahren mit Bezug auf ihre formellen Ausführungen und mit ihren rudimentären Äusserungen zu den meisten Anklagepunkten (OG act. 102, S. 35).

Der Hinweis auf die formellen Ausführungen und auf die rudimentären Äusserungen der Verteidigung kann nun aber nicht einmal als nicht gehörig, bzw. als ungenügend und ein andermal als genügend und gehörig bezeichnet werden.

Der angefochtene Entscheid leidet hier an einem unauflösbaren Widerspruch und die entsprechenden Feststellungen sind deshalb willkürlich.

Sodann ist darauf hinzuweisen, dass die notwendige Verteidigung im Rahmen von §§ 14 und 17 StPO in jedem Verfahrensabschnitt gewährleistet sein muss (ZR 86 (1987) Nr. 96, E.II.1.b). Eine nicht gehörige Verteidigung vor erster Instanz, wie sie von der Vorinstanz auch zu Recht festgestellt wurde, gebietet deshalb eine Rückweisung der Sache durch das Berufungsgericht (vgl. dazu Hery, Die Berufung im zürcherischen Strafprozess, Zürich 1975, S. 170 f. unter Hinweis auf ZR 53 [1954] Nr. 123 und 57 [1958] Nr. 133).

Der Beschwerdeführer ist mit der ersten vorerwähnten Feststellung der Vorinstanz der Auffassung, dass die Verteidigungsleistung im erstinstanzlichen Verfahren ungenügend war, und zwar in toto, und es kann nach Auffassung des Beschwerdeführers nicht plötzlich behauptet werden, dass keine oder rudimentäre Ausführungen zur Sache und aussichtslose formelle Ausführungen daran etwas zu ändern vermöchten. Dies gilt umso mehr, wenn berücksichtigt wird, dass es sich insbesondere bei der im vorliegenden Verfahren im Mittelpunkt stehenden Frage der Rassendiskriminierung um einen auch nach Auffassung der Vorinstanz komplexen Straftatbestand handelt, dessen Handhabung schwierig ist, was etwa daraus ersichtlich werde, dass alleine zu diesem Artikel ein Kommentar von 350 Seiten Umfang publiziert werden musste (OG act. 102, S. 28 unten mit Hinweis). Ausgerechnet auch zu dieser Frage ist aber von seiten der Verteidigung im erstinstanzlichen Verfahren keine einzige materielle Stellungnahme erfolgt (vgl. a.a.O., S. 25 oben).

Wenn die Vorinstanz die Sache darauf trotzdem nicht an die erste Instanz zurückweist, so ist dieser Entscheid willkürlich, und die Vorinstanz verletzt damit nicht nur die ihr obliegende Pflicht zur Sorge um eine gehörige Verteidigung, sondern im Ergebnis auch § 427 StPO.

- 3.2. Es handelt sich vorliegend klarerweise um einen Fall notwendiger Verteidigung im Sinne von § 11 Abs. 2 StPO (so auch OG act. 102, S. 34 unten).

Formell bedeutet dies einmal, dass dem Angeschuldigten in einem solchen Verfahren ex lege, sei dies über eine private Mandatierung oder eine gerichtliche Bestellung, ein Verteidiger zur Seite stehen muss.

Dieser formellen Anforderung folgt die materielle Pflicht der Verteidigung, bzw. des Verteidigers, sei er nun privat mandatiert oder amtlich bestellt, dass er seiner Aufgabe zur hinreichenden Wahrnehmung der Interessen des Angeschuldigten im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens auch tatsächlich nachkommt.

Für das vorliegend zur Beurteilung anstehende Berufungsverfahren bedeutet dies vorerst einmal, dass der Verteidiger genügende und sachgerechte Berufungsanträge stellt. Sodann muss verlangt werden, dass diese Anträge auch hinreichend und sachgerecht begründet werden, und zwar stets im Hinblick darauf, für den Angeklagten ein bestmögliches Urteil zu bewirken. Der Verteidiger muss sich in seiner Begründung mit dem Prozess, mit den Akten und den Ausführungen im angefochtenen Entscheid in genügender Weise sachgerecht auseinandersetzen und eine eigene Verteidigungsleistung erbringen. Dies bedeutet im vorliegenden Zusammenhang insbesondere, dass er zu allen wesentlichen Punkten und dort insbesondere zum Schuld- und Strafpunkt, aber auch zur Kosten- und Entschädigungsregelung und zur Frage der Einziehung von Gegenständen und Vermögenswerten, die den Angeklagten allenfalls zu entlasten vermögen bzw. sich für diesen günstig auswirken, die massgebenden Aspekte in zureichender und sachgerechter Weise vorbringt.

Als Folge der ihr obliegenden Fürsorgepflicht hat im vorliegenden Fall die Berufungsinstanz dagegen zur Sicherstellung einer effektiven Verteidigung auch im Zusammenhang mit den vorerwähnten Pflichten der Verteidigung im Berufungsverfahren bei dahingehenden offenkundigen bzw. erkennbaren schwerwiegenden und nachträglich nicht rechtzeitig behobenen anwaltlichen Pflichtverletzungen die notwendigen Massnahmen zu ergreifen (vgl. zum Ganzen: Titus Graf, Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren, Zürich 2000, 217 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Bleibt die zuständige Justizbehörde bei einer offenkundigen bzw. einer ohne weiteres erkennbaren schwerwiegenden Pflichtverletzung des Verteidigers da-

gegen vollständig untätig, so verletzt sie die ihr obliegende Fürsorgepflicht und setzt damit im Ergebnis einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO.

Auch im Berufungsverfahren beharrte die Verteidigung des Beschwerdeführers darauf, dass sie nicht in der Lage sei, den Beschwerdeführer gegen den Vorwurf der mehrfachen Rassendiskriminierung zu verteidigen (OG act. 88, S. 11 – 15 und act. 90, S. 4; OG act. 102, S. 36 Mitte). Zum Vorwurf der einfachen Körperverletzung nahm die amtliche Verteidigung überhaupt nicht Stellung (OG act. 102, S. 36 oben).

Die Vorinstanz wies jedoch im angefochtenen Entscheid darauf hin, dass die Verteidigung nicht nur ihre Vorbringen prozessualer Natur wiederholte, sondern sich auch in materieller Hinsicht etwas eingehender als im erstinstanzlichen Verfahren geäußert habe: So sei immerhin das tierschützersiche Engagement des Beschwerdeführers etwas näher beleuchtet und damit die Argumentation, dass er die inkriminierten Publikationen nicht aus rassistischen, sondern ausschliesslich aus tierschützerischen Motiven getätigt habe, ein wenig vertieft worden.

Aufgrund weiterer Hinweise auf die Leistung der Verteidigung im Berufungsverfahren stellte die Vorinstanz darauf fest, dass damit die Argumente, die aus Sicht der Verteidigung zur Freisprechung des Beschwerdeführers führen müssten, doch zumindest in den Grundzügen erkennbar seien. Bei einer gesamthafter Betrachtung erwiesen sich die Bemühungen der beiden Verteidiger zugunsten des Angeklagten nunmehr auch hinsichtlich der materiellen Verteidigung gegen die verschiedenen Anklagen zumindest als knapp ausreichend. Der diesbezügliche Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens sei damit geheilt, und weitere Schritte zur Sicherstellung der gehörigen Verteidigung des Beschwerdeführers seien seitens des Gerichts nicht erforderlich (OG act. 102, S. 36 unten).

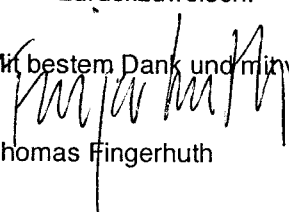
Es ist vorerst noch einmal darauf hinzuweisen, dass die Verteidigung gleich wie im erstinstanzlichen Verfahren auch im Berufungsverfahren zum Vorwurf der Rassendiskriminierung keine Stellungnahme abgegeben hat. Sie blieb diesbezüglich untätig, und es ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer auch mit Bezug auf diesen Vorwurf nicht nur nicht rudimentär, sondern gar nicht verteidigt war. Wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang auf die im Berufungsverfahren etwas vertiefte Auseinandersetzung der Verteidigung mit dem tierschützerischen Engagement des Beschwerdeführers verweist, so ist nicht ersichtlich, inwieweit sich diese Ausführungen der Verteidigung im Berufungsverfahren materielle gewichtig von denjenigen im erstinstanzlichen Verfahren unterscheiden sollen (vgl. dazu OG act. 27, S. 7).

Konnte bereits mit der Vorinstanz im erstinstanzlichen Verfahren von einer genügenden Verteidigung keine Rede sein, so gilt dies auch für das Berufungsverfahren. Von einer sachgerechten Auseinandersetzung der Verteidigung mit dem Prozess, mit den Akten und den Ausführungen im angefochtenen Entscheid und damit von einer eigenen Verteidigungsleistung im Sinne der vorerwähnten Anforderungen, kann wohl ernsthaft keine Rede sein (vgl. OG act. 69, 88 und 90). Die Vorinstanz hat die Verteidigung mit Schreiben vom 10. August 2004 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass am 31. August 2004 zu sämtlichen Anklagepunkten materiell plädiert werden muss (OG act. 77, S. 1 unten). Nachdem die Verteidigung dies, wie bereits erwähnt, nicht getan hat, ist auch aus diesem Grund nicht nachvollziehbar, wie darauf trotzdem immer noch von einer genügenden Verteidigung ausgegangen werden könnte.

Indem die Vorinstanz eine genügende Verteidigung im Berufungsverfahren bejahte und trotz einer offenkundigen ungenügenden Verteidigung auch im Berufungsverfahren vollständig untätig blieb, verletzt sie die ihr obliegende Fürsorgepflicht und setzt im Ergebnis auch damit einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO zum Nachteil des Beschwerdeführers.

4. Zusammenfassend darf ich Sie aus den vorgenannten Gründen noch einmal höflichst bitten, die vorliegende Beschwerde gutzuheissen, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, und die Sache zur Rückweisung an die erste Instanz oder zur erneuten Durchführung einer Berufungsverhandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Mit bestem Dank und mit vorzüglicher Hochachtung


Thomas Fingerhuth

Dreifach