

ZH_KASSATIONSGERICHT AC050032 vom 15. November 2005

Zh Kassationsgericht, 2005-11-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AC050032

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AC050032 du 15 novembre 2005

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AC050032 del 15 novembre 2005

Erwägungen

E. 1

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin 1 vertreten durch die Leitende Staatsanwältin Dr. iur. Ursula Frauenfelder Nohl, Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, Postfach, 8026 Zürich

E. 2

Nachdem sich sämtliche Beteiligten mit der Durchführung des schriftlichen Berufungsverfahrens einverstanden erklärt hatten, sprach die II. Strafkammer des Obergerichts den Beschwerdeführer mit Urteil vom 21. Dezember 2004 vom Vorwurf der Anklage frei. Sie trat auf das Schadenersatzbegehren der Geschädigten nicht ein, bestätigte die erstinstanzliche Kostenaufstellung und auferlegte die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens dem Beschwerdeführer, während sie die Kosten beider Berufungsverfahren auf die Gerichtskasse nahm. Des Weiteren wurde dem Beschwerdeführer für beide Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.-- für anwaltliche Vertretung und weitere Fr. 500.-- für persönliche Umtriebe aus der Gerichtskasse zugesprochen. Schliesslich wurde er verpflichtet, der Geschädigten eine Umtriebsentschädigung von Fr. 1'000.-- zu zahlen (KG act. 2).

E. 3

Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende, rechtzeitig angemeldete und begründete Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt, Ziffer 4, 7 und 8 des angefochtenen Urteils (betreffend die Auferlegung von Kosten und die Regelung der Entschädigungsfolgen) seien aufzuheben (KG act. 1 S. 2). Staatsanwaltschaft und Vorinstanz haben auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9 und 10); seitens der Geschädigten ist keine Antwort eingegangen.

E. 4

Am 18. September 2005 ist die bisherige Verteidigerin des Beschwerdeführers verstorben (KG act. 11). In der Folge übernahm RA _____ neu dessen Verbeiständung im Kassationsverfahren (KG act. 12), wovon Vormerk zu nehmen ist. II. 1. Der Beschwerdeführer beanstandet die (teilweise) Auferlegung von Kosten und die Bemessung bzw. (teilweise) Verweigerung einer Prozessentschädigung. Er rügt eine Verletzung der §§ 189 und 191 StPO und beruft sich auf den Nichtigkeitsgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO. Dabei ist in Erinnerung zu rufen,

- 4 - dass das Kassationsgericht nach ständiger Rechtsprechung die Verletzung von Bestimmungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen unter dem Nichtigkeitsgrund

von § 430 Abs. 1 Ziff. 6 StPO subsumiert (vgl. SCHMID, in Donatsch/ Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 31 zu § 430 mit zahlreichen Hinweisen). Indessen schadet die Anrufung des un- zutreffenden Nichtigkeitsgrundes dem Beschwerdeführer nicht (SCHMID, a.a.O., N 32 bei Anm. 180).

2. Zur Begründung der Auferlegung der Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens an den Beschwerdeführer hat die Vorinstanz erwo- gen (Urteil S. 6/7), die Tatsache, dass der Beschwerdeführer die Anfrage der Bank, ob er eine grössere Zahlung erwarte, wahrheitswidrig bejahte, stelle ein Verhalten gegen Treu und Glauben dar. Durch das ihm nicht zustehende Geld sei er in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert wor- den. Der Beschwerdeführer habe nicht nur leichtfertig, sondern geradezu verwerf- lich gehandelt und damit den Anfangsverdacht erweckt, dass er das eingeklagte Delikt begangen habe. In dieser Situation sei die Untersuchungsbehörde gehalten gewesen, die notwendigen Schritte gegen ihn einzuleiten und eine Untersuchung durchzuführen. Demnach werde der Beschwerdeführer für die Untersuchung und das erstinstanzliche Verfahren kostenpflichtig.

3. Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend (Beschwerde Ziff. 2, S. 3), adäquat für die Einleitung des Strafverfahrens sei die Tatsache gewesen, dass sich bei der Besprechung vom 26. April 2002 mit der Geschädigten ergeben ha- be, dass der Beschwerdeführer den irrtümlich überwiesenen Betrag nicht zurück- zahlen könne oder wolle. Ausschlaggebend sei also die Nichtrückzahlung gewe- sen; normalerweise werde in solchen Fällen der zivilrechtliche Weg beschritten. Offenbar will der Beschwerdeführer damit der vorinstanzlichen Auffassung entgegentreten, wonach Ursache für die Einleitung des Strafverfahrens die Tatsa- che gewesen sei, dass er die entsprechenden Anfragen der Bank wahrheitswidrig bejaht hatte, also die Falschankunft. Indessen wird damit kein Nichtigkeitsgrund belegt. Wenn der Beschwerdeführer anlässlich der Besprechung vom 26. April 2002 gegenüber den Vertretern der Geschädigten ausführte, er habe das Geld

- 5 - ausgegeben und könne es demzufolge nicht zurückzahlen (vgl. BG act. 1 S. 2), so führte zwar erst dies zur Einreichung des Strafantrages vom 8. Mai 2002. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass als effektiver Anlass für die Eröffnung bzw. weite- re Durchführung des Strafverfahrens und Anklageerhebung bereits die vorange- hende Tatsache der Entgegennahme und Verwendung des Geldes aufgrund fal- scher Auskünfte betrachtet werden durfte.

E. 4.1

Weiter macht der Beschwerdeführer geltend (Beschwerde Ziff. 4, S. 3 f.), es sei während des ganzen Verfahrens ausschliesslich um eine rechtliche Frage gegangen, während der Sachverhalt klar und seitens des insoweit gestän- digen Beschwerdeführers nie bestritten worden sei. Dabei hätte schon ein Blick in das Gesetz der Geschädigten klar machen müssen, dass das Verhalten des Be- schwerdeführers nicht unter Art. 141bis StGB falle. Ein weiterer Blick in die Recht- sprechung hätte zudem - so der Beschwerdeführer - verdeutlicht, dass sich das Bundesgericht bereits einmal in BGE 123 IV 125 mit der fraglichen Bestimmung auseinandergesetzt hatte, insbesondere mit dem Merkmal "ohne seinen Willen". Damit sei die Fahrlässigkeit der Geschädigten adäquat für die Einleitung des Verfahrens gewesen und nicht das Verhalten des Beschwerdeführers. Schon auf- grund des Strafantrages hätte es ferner der Untersuchungsbehörde klar sein müssen, dass der hier geschilderte Sachverhalt Art. 141bis StGB nicht erfülle, und die Sache hätte somit durch ein Schreiben an die Geschädigte erledigt werden können. Unter diesen Umständen verstosse

jegliche Kostenaufgabe gegen § 189 StPO, da zwischen den entstandenen Kosten und dem Verhalten des Beschwerdeführers kein adäquater Kausalzusammenhang bestehe.

E. 4.2

Der Sachverhalt, welcher für die Begründung der Kostenaufgabe heran- gezogen wird, deckt sich mit demjenigen, welcher der Anklage zugrundelag und welcher als strafrechtlich (zufolge Fehlens eines Tatbestandsmerkmals) nicht relevant bezeichnet wurde. Dabei wird die Auffassung vertreten, es sei unzulässig, dem Angeklagten, der deshalb freigesprochen wird, weil sein Verhalten zwar ein- ge, jedoch nicht alle Merkmale des objektiven Tatbestandes erfüllt, Kosten auf- zuerlegen (vgl. RUTH WALLIMANN BAUR, Entschädigung und Genugtuung durch den Staat an unschuldig Verfolgte im ordentlichen zürcherischen Untersuchungs-

- 6 - verfahren, S. 78 f.). Auf der anderen Seite bildet aber gerade die objektive Tatbestandsnähe einen Anwendungsfall der Belastung des nichtverurteilten Angeklag- ten mit Kosten (vgl. Kasuistik bei SCHMID, a.a.O., N 43 zu § 42). Nach bundesge- richtlicher Rechtsprechung verstösst es dabei allerdings gegen die Unschuldsver- mutung und das Willkürverbot, einem Angeschuldigten bei Einstellung oder Frei- spruch Kosten unter dem Gesichtspunkt eines zivilrechtlich schuldhaften Verhal- tens aufzuerlegen, soweit in diesem Bereich das Strafrecht den Umfang des Im- moralitätsvorwurfs abschliessend bestimmt (vgl. Pra 2004 Nr. 19). Ob dies hier der Fall ist, kann jedoch offen gelassen werden, weil die Nichtigkeitsbeschwerde schon aus einem anderen Grund gutzuheissen ist (nachfolgend Ziff. 4.3) und zu- dem der Vorwurf eines Verstosses gegen die Unschuldsvermutung nicht (jeden- falls nicht ausdrücklich) erhoben wird.

E. 4.3

Es stellt sich sodann die Frage nach dem adäquaten Kausalzusammen- hang zwischen dem Verhalten des Beschwerdeführers und den ihm auferlegten Verfahrenskosten. An der Kausalität fehlt es u.a. dann, wenn - ungeachtet des Vorliegens eines verwerflichen Verhaltens - die Behörde bei der ihr zuzumuten- den Prüfung der Sach- und Rechtslage wegen offensichtlichen Fehlens eines Straftatbestandselementes kein Verfahren hätte eröffnen dürfen (SCHMID, a.a.O., N 22 zu § 42 StPO; ähnlich ESTHER TOPHINKE, Das Grundrecht der Unschuldsver- mutung, Bern 2000, S. 446, je m.w.H.). Mit anderen Worten ist von einer Anklage- erhebung abzusehen, wenn auf Grund einer gefestigten Rechtsprechung nicht mit einer Verurteilung zu rechnen ist (vgl. ZR 99 Nr. 64 Erw. 4c mit Hinweis; HAUSER/ SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel u.a. 2005, § 108 N 21); dies gilt auch schon für die Frage der Einleitung der Untersu- chung, soweit zu diesem Zeitpunkt der Sachverhalt in den Grundsätzen feststeht. Der Beschwerdeführer beruft sich in diesem Zusammenhang auf den im Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens bekannten BGE 123 IV 125, worin sich das Bun- desgericht zur Tragweite von Art. 141bis StGB geäussert und dabei entschieden habe, dass derjenige, welcher über Beträge verfügt, deren Überweisung er selber veranlasst hat, sich nicht wegen unrechtmässiger Verwendung von Vermögens- werten strafbar macht.

- 7 - Es trifft zu, dass das Bundesgericht im erwähnten BGE 123 IV 125 entschie- den hatte, dass keine Strafbarkeit gegeben sei, wenn der Bereicherte die Über- weisung selber veranlasst hat. Darüber hinaus hat das Bundesgericht in zwei weiteren, im Zeitpunkt der Einleitung der Untersuchung ebenfalls bereits publi- zierten Entscheiden (aus dem Jahre 2000) den genannten Entscheid bestätigend erwähnt (BGE 126 IV 163 E. 3b sowie 126 IV

212 E. 2b). Diese Praxis stiess in der Lehre angesichts des klaren Wortlauts der gesetzlichen Bestimmung auf praktisch uneingeschränkte Zustimmung (vgl. Urteilsanmerkung NIGGLI, AJP 1998, S. 118 ff.; DERS., BSK-StGB II, Basel 2003, N 12 zu Art. 141bis; GUIDO JENNY, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, ZBJV 134/1998, S. 620; neuerdings auch STRATENWERTH/JENNY, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 6. Auflage, Bern 2003, S. 318 m.w.H. in FN 16). Insofern musste im hier interessierenden Zeitpunkt (Ende 2002) vom offensichtlichen Fehlen eines Straftatbestandselementes ausgegangen werden. Zwar fällt auf, dass sich zu Beginn des Verfahrens weder die Strafverfolgungsbehörden auf der einen Seite noch die Verteidigung auf der anderen Seite diesbezüglich äusserten. Erstmals im Rahmen des Berufungsverfahrens wandte die Verteidigerin ein, dass der Beschwerdeführer aus rechtlichen Gründen freigesprochen werden müsse (vgl. OG act. 42 S. 10 oben), was dem Obergericht Gelegenheit bot, sich näher mit Rechtsprechung und Lehre zu Art. 141bis StGB - konkret zum Merkmal "ohne seinen Willen" - auseinanderzusetzen und eine davon abweichende Auffassung zu begründen (a.a.O., S. 11 ff.). Massgebend ist jedoch, was aus objektiver Sicht bereits zu Beginn der Untersuchung zumutbarerweise erkennbar gewesen wäre, und dabei ergibt sich nach dem Gesagten, dass schon die Einleitung eines Verfahrens und erst recht die Anklageerhebung gestützt auf den insoweit von Anfang an feststehenden Sachverhalt (insbesondere angesichts der Aussagen des Beschwerdeführers, er habe die Überweisung durch seine Aussagen konkret veranlasst) mit sehr erheblichen Risiken verbunden war, nachdem sich das Bundesgericht in den vorangehenden fünf Jahren zur hier entscheidenden Frage dreimal in amtlich publizierter Form geäussert hatte und in der Lehre keine Kritik gegen diese Praxis laut geworden war. Damit kann offensichtlich nicht das - wie auch immer zu qualifizierende - Verhalten des Beschwerdeführers als adäquat kausal für die entstandenen Kosten bezeichnet werden, sondern es ist das Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden, die entweder die einschlägigen Präjudizien übersehen hatten oder aber in Kenntnis derselben eine Änderung der Rechtsprechung provozieren wollten, als ausschlaggebend für die unnötigerweise entstandenen Kosten zu betrachten. Indem die Vorinstanz vom Gegenteil ausging, versties sie gegen § 189 Abs. 1 StPO, was zur Gutheissung der Beschwerde in diesem Punkt führt.

E. 4.4

Gestützt auf § 437 StPO ist die Kostenregelung durch das Kassationsgericht neu vorzunehmen. Demnach sind die Kosten der Untersuchung, des erstinstanzlichen Verfahrens und beider Berufungsinstanzen vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen.

E. 5

Aus dem Gesagten ergibt sich weiter, dass dem Grundsatz nach auch die weitere Rüge, nämlich der Beschwerdeführer sei zu Unrecht dazu verpflichtet worden, der Geschädigten für die Untersuchung und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren eine Umtriebsentschädigung zu bezahlen und er selber habe zu Unrecht nur für die beiden Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung zugesprochen erhalten, begründet ist. Diese Frage beurteilt sich nach den gleichen Grundsätzen wie diejenige der Auferlegung von Kosten. Fehlte es nach dem oben Ausgeführten von Anfang an am adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Beschwerdeführers und den eingetretenen Kosten bzw. Par-teiaufwendungen, so hat der freigesprochene

Beschwerdeführer Anspruch auf (grundsätzlich) volle Entschädigung für wesentliche Kosten und Umtriebe auf sämtlichen Verfahrensstufen und schuldet umgekehrt der Geschädigten keine Umtriebsentschädigung (§§ 191 in Verbindung mit 43 StPO). Im einzelnen ergibt sich, was folgt:

E. 5.1

Wie der Beschwerdeführer zutreffend geltend macht (Beschwerde S. 4, Ziff. 5), ist ihm nach dem Gesagten nicht nur für die beiden Berufungsverfahren, sondern darüber hinaus auch für das Untersuchungsverfahren und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren eine Entschädigung zuzusprechen. Vor Vorinstanz hatte er diesbezüglich einerseits unter dem Titel Erwerbsausfall einen Betrag von

- 9 - Fr. 3'167.75 sowie andererseits für Verteidigungskosten bis zum 4. März 2004 einen Betrag von Fr. 9'068.95 in Rechnung gestellt (OG act. 55), woran er im Beschwerdeverfahren festhält.

E. 5.1.1

Was den Erwerbsausfall betrifft, führte der Beschwerdeführer aus, er sei als selbständiger Sanitärinstallateur tätig und habe durch die verschiedenen Einvernahmen und Besprechungen insgesamt einen Einkommensausfall von 32 Stunden à Fr. 92.-- plus Mehrwertsteuer, total Fr. 3'167.75, erlitten (OG act. 55 S. 1; Beschwerde S. 4). Diese Angaben erscheinen als glaubwürdig und plausibel, weshalb dem Beschwerdeführer unter dem Titel Erwerbsausfall der genannte Betrag zuzusprechen ist. Dazu kommt Zins von 5% ab Eintritt des Schadens, wobei von einem mittleren Verfallsdatum auszugehen ist (vgl. SCHMID, a.a.O., § 43 N 15 a.E.; WALLIMANN BAUR, a.a.O., S. 119). Hier geht es um den Erwerbsausfall zwischen Juli 2002 und Dezember 2003, womit als Verfallsdatum der 15. März 2003 festzusetzen ist.

E. 5.1.2

Als Verteidigungskosten stellte der Beschwerdeführer einen Zeitaufwand seiner Verteidigerin zwischen dem 23. Juni 2002 bis zum 4. März 2004 von $23\frac{3}{4}$ Stunden à Fr. 350.-- in Rechnung, total Fr. 9'068.95 (OG act. 55 S. 2). Der Zeitaufwand als solcher erscheint als angemessen und durch die Akten ausgewiesen (vgl. insbesondere ER/BG act. 4, 12, Prot. ER S. 14-17, Prot. BG S. 12-17; Prot OG S. 11-14). Das Obergericht ging von einem „nicht komplexen Fall“ aus, weshalb es für die von ihm zugesprochene Entschädigung einen Stundenansatz von Fr. 250.-- zugrundelegte (Beschluss S. 7). Dem ist zu folgen. Grundsätzlich ist - wovon das Obergericht zutreffend ausgeht (Beschluss S. 4) - die VO über die Anwaltsgebühren vom 10. Juni 1987 (AnwGebVO; LS 215.3) massgebend. Nach § 9 Satz 2 dieser VO beläuft sich der Ansatz für Strafverteidigungen "in der Regel" auf Fr. 110.-- bis 250.-- für die Stunde. In Fällen, welche nicht zu den Standardverfahren zu zählen sind, ist nach kassationsgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich von der konkreten Honorarnote der Verteidigung auszugehen, wobei diese unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit sowie des Gebotes

- 10 - der Schadensminderung auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen ist; eine Überschreitung des Stundenansatzes von Fr. 250.-- ist in derartigen Fällen möglich (ZR 102 Nr. 49, 101 Nr. 19; ferner NIKLAUS SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 1221 Anm. 99). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann aber im vorliegenden Fall nicht von einem besonders komplizierten bzw. aufwendigen Verfahren

gespröchen werden, nachdem - wie aufge- zeigt - die Rechtslage angesichts der publizierten bundesgerichtlichen Rechtspre- chung von Anfang an klar war. Daran ändert auch nichts, dass sich die Geschä- digte ihrerseits durch ein externes Anwaltsbüro vertreten liess. Daher rechtfertigt sich die Berücksichtigung eines Stundenansatzes von Fr. 250.--, was bei einem Aufwand von $23\frac{3}{4}$ Stunden Fr. 5'937.50 ergibt; dazu kommen Spesen von Fr. 115.90, was total (einschliesslich 7.6% Mehrwertsteuer) den Betrag von Fr. 6'513.45 ergibt.

E. 5.2

Nach dem Gesagten entfällt die Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Zahlung einer Umtriebsentschädigung an die Geschädigte.

E. 6

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens auf die Ge- richtskasse zu nehmen, nachdem sich die Geschädigten einer Stellungnahme enthalten hat. Im weiteren ist der Beschwerdeführer auch für das Kassationsver- fahren aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.