

# ZH\_OBERGERICHT UE120189 vom 27. November 2012

ZH Obergericht, 2012-11-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_UE120189](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_UE120189)

FR: ZH\_OBERGERICHT UE120189 du 27 novembre 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT UE120189 del 27 novembre 2012

## Erwägungen

### E. 1

Mit Eingabe vom 2. August 2011 liess A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) ein Gesuch um Wiederaufnahme eines Verfahrens gegen ihn betreffend Pfändungsbetrug stellen, welches vom damaligen Stv. Leitenden Staatsanwalt lic. iur. B. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdegegner 1) am 27. April 2010 mit Strafbefehl und Widerruf abgeschlossen worden war (Urk. 10/1-2). In der Eingabe liess der Beschwerdeführer vorbringen, der Beschwerdegegner 1 habe Amtsmissbrauch begangen. Mit Beschluss vom 13. Dezember 2011 erteilte die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich der Staatsanwaltschaft die Ermächtigung zur Strafverfolgung (Untersuchungseröffnung/Nichtanhandnahme) gegen den Beschwerdegegner 1 (Urk. 10/6/6). Mit Verfügung vom 2. August 2012 entschied die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich, eine Untersuchung werde nicht anhand genommen (Urk. 10/9 = Urk. 6). Dagegen liess der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 17. August 2012 fristgerecht Beschwerde erheben und Folgendes beantragen (Urk. 2 S. 2): " 1. Die Nichtanhandnahmeverfügung sei aufzuheben.

### E. 2

In Rückweisung sei die Vorinstanz anzuweisen, eine Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten wegen Amtsmissbrauchs durchzuführen.

### E. 3

Der Beschwerdeführer liess in seiner Beschwerdeschrift im Wesentlichen ausführen, es mute stossend an, dass ausgerechnet bei Gleichartigkeit der Vorstrafe und der neuen Strafe nach dem Wortlaut der Bestimmung die Bildung einer Gesamtstrafe nicht möglich sein soll. Dies beruhe offensichtlich auf einem Versehen des Gesetzgebers. Diese Gesetzeslücke könne bzw. müsse vom Richter in analoger Anwendung von Art. 46 Abs. 1 i.V.m. Art. 49 StGB geschlossen werden. In seiner richterlichen Funktion hätte somit auch der Beschwerdegegner 1 den Anwendungsbereich von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB durch analoge Applizierung von Art. 46 Abs. 1 i.V.m. Art. 49 StGB auf gleichartige Strafen ausdehnen und eine Diskriminierung des Beschwerdeführers gegenüber mit ungleichartigen Sanktionen belegten Tätern verhindern müssen. Ausserdem liessen die Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 8. November 2006 keine Zweifel offen, dass der Beschwerdegegner 1 zwingend von einer Gesamtstrafe hätte ausgehen und aufgrund der eindeutigen und imperativen Regelung von § 317 Abs. 4 StPO/ZH Anklage beim zuständigen Gericht hätte erheben müssen. Aus den Akten gehe hervor, dass der Beschwerdegegner 1 mit der Frage "Anklage beim zuständigen Gericht oder Ausstellung eines Strafbefehls" bewusst "gespielt" habe. Obschon der sehr berufserfahrene Beschwerdegegner 1 habe wissen müssen, dass es zur Anklage keine

Alternative gebe, habe er dem Beschwerdeführer gegen dessen Willen einen Strafbefehl ausgehändigt, wohl wissend, dass ein Gericht aller Voraussicht nach zu einem anderen Urteil gelangen würde. Dass der Beschwerdeführer mit dem Strafbefehl und der darin ausgefallten Straftat keinesfalls einverstanden gewesen sei, beweise überdies die Tatsache, dass er mit einer - wegen eines Auslandsaufenthaltes vier Tage verspäteten und deshalb rechtsunwirksamen - Einsprache dagegen opponiert habe. Im vorliegenden Fall hätte zwingend eine Gesamtstrafe gebildet und Anklage beim zuständigen Gericht erhoben werden müssen, weshalb der Erlass eines Strafbefehls und einer separaten Widerrufsvorfügung in krassem Widerspruch zu den Prozessvorschriften stehe. Ausserdem sei zu beachten, dass der Beschwerdeführer ohne Weiteres in der Lage gewesen wäre, eine unbedingt ausgesprochene Geldstrafe zu bezahlen. Daran ändere auch nichts, dass der Beschwerdeführer die am 11. August 2008

- 5 - ausgefallte unbedingte Geldstrafe von Fr. 18'000.- bis am 10. April 2012 noch nicht bezahlt habe. Vor dem Hintergrund, dass bei Nichtbezahlung der Geldstrafe als ultima ratio immer noch die Ersatzfreiheitsstrafe zur Verfügung gestanden hätte, erweise sich das ungesetzliche Vorgehen des Beschwerdegegners 1 als zumindest eventualvorsätzliche Rechtsbeugung. Hinsichtlich der gemeinnützigen Arbeit habe selbst die Staatsanwaltschaft einräumen müssen, dass der Beschwerdegegners 1 seiner diesbezüglichen Fragepflicht nicht nachgekommen sei. Ihr Hinweis, dem Beschwerdeführer sei die Begründung der Verweigerung der gemeinnützigen Arbeit im Strafbefehl erläutert worden, sei falsch. Erstens sei die Behauptung des Beschwerdegegners 1, der Beschwerdeführer würde nicht in "stabilisierten" Verhältnissen leben, unrichtig und zweitens vermöge eine solch einsilbige Aussage keinesfalls den Anforderungen an eine "Begründung" zu genügen. Dass der Beschwerdeführer zur Leistung von gemeinnütziger Arbeit willig und fähig gewesen sei, stehe ausser Zweifel. Auch diese - von der Staatsanwaltschaft als blosser Nachlässigkeit bezeichnete - gravierende strafprozessuale Verfehlung des berufserfahrenen Beschwerdegegners 1 erweise sich als zumindest eventualvorsätzliche Rechtsbeugung zum Nachteil des Beschwerdeführers. Die Anordnung einer unbedingt zu vollziehenden Freiheitsstrafe stehe deshalb in krassem Widerspruch zu den Prozessvorschriften. In Bezug auf die Frage der notwendigen formellen Verteidigung sei festzuhalten, dass der Hinweis der Staatsanwaltschaft, der Beschwerdeführer habe sich im Sinne des Schlussvorhaltes geständig und schuldig erklärt, zu kurz greife. Der Beschwerdeführer habe nur den Tatvorwurf als solchen anerkannt, nicht jedoch die Aussagen der Zeugen. Ein Rechtsbeistand hätte diesbezüglich interveniert und das Geständnis relativiert. Dass der Beschwerdeführer zudem als juristischer Laie überfordert gewesen sei, habe sich auch im Umstand gezeigt, dass er die nachweislich falschen Ausführungen des Beschwerdegegners 1 betr. Halbgefangenschaft mit den Worten kommentiert habe "... ich habe beim Betriebsamt Einkünfte verschwiegen, weil man mir kein anständiges Existenzminimum hat zubilligen wollen". Ausserdem erweise sich auch die Behauptung der Staatsanwaltschaft, dem Beschwerdeführer hätte während der damaligen Strafuntersuchung ein Rechtsanwalt beratend zu Seite gestanden, als unkorrekt. Der Beschwerdeführer habe sich bei Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_ in einer anderen Angelegenheit im Jahre 2009 beraten lassen. In der fraglichen Strafuntersuchung sei Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_ nicht mandatiert gewesen und habe dem Beschwerdeführer nicht den geringsten Ratschlag erteilt. Für den Beschwerdegegners 1 hätte die Notwendigkeit einer formellen Verteidigung des Beschwerdeführers auf der Hand liegen müssen. Bei objektiver Betrachtung des Falles,

insbesondere mit Blick auf die vor allem für einen Laien erheblichen rechtlichen Schwierigkeiten wie Widerruf einer altrechtlichen Gefängnisstrafe, Bildung einer Gesamtstrafe, Strafbefehl oder Anklage, Falschinstruktion betr.

Normalvollzug/Halbgefangenschaft durch den Beschwerdegegner 1 etc., erweise sich eine formelle Verteidigung als absolut notwendig. Es könne mit Recht behauptet werden, dass die Anwesenheit eines gewählten Strafverteidigers bei den insgesamt sechs durchgeführten Einvernahmen zu einem deutlich anderen Ergebnis geführt hätte. Die Durchführung des Strafverfahrens ohne Verteidiger, obwohl eine formelle Verteidigung notwendig gewesen sei, stehe in krassem Widerspruch zu den Prozessvorschriften und stelle ebenfalls eine zumindest eventualvorsätzliche Rechtsbeugung durch den Beschwerdegegner 1 dar. Demzufolge sei eine Strafuntersuchung gegen den Beschwerdegegner 1 wegen (zumindest eventualvorsätzlichen) Amtsmissbrauchs an die Hand zu nehmen (Urk. 2).

#### **E. 4**

Die Staatsanwaltschaft verwies in ihrer Stellungnahme zur Beschwerdeschrift auf ihre Ausführungen in der Nichtanhandnahmeverfügung und führte im Wesentlichen nochmals aus, dass die vom Beschwerdegegner 1 unterlassene Ausfällung einer Gesamtstrafe in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts erfolgt sei. Ein rechtbeugendes Verhalten des Beschwerdegegners 1 lasse sich hierin nicht erblicken (Urk. 11).

#### **E. 5**

Nach der oben zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 134 IV 241) ist die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB bei Gleichartigkeit der Vorstrafe und der neuen Strafe ausgeschlossen. Eine altrechtliche Gefängnisstrafe und eine neurechtliche Freiheitsstrafe als gleichartig zu betrachten und auf eine Gesamtstrafe zu verzichten, lag dabei noch im Ermessensspielraum des Beschwerdegegners 1, auch wenn in den Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft der Hinweis enthalten ist, bei Widerruf von altrechtlichen, bedingt ausgesprochenen Sanktionen sei immer eine Gesamtstrafe zu bilden (vgl. Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 8. November 2006 S. 2). Folglich kann auch der Entscheid, einen Strafbefehl und eine separate Verfügung betreffend Widerruf zu erlassen und auf die Erhebung einer Anklage zu verzichten, nicht als Rechtsbeugung betrachtet werden.

#### **E. 6**

Es bleibt somit noch zu prüfen, ob der Umstand, dass der Beschwerdegegner 1 nicht dafür sorgte, dass der Beschwerdeführer einen amtlichen Verteidiger erhielt, einen Amtsmissbrauch darstellt. Dem Beschwerdeführer wurde vorgeworfen, anlässlich von mehreren Betreibungsverfahren wahrheitswidrig angegeben zu haben, ohne Anstellung und Verdienst zu sein. Dieser Sachverhalt war nicht sehr kompliziert. Daran ändert auch nichts, dass der Beschwerdeführer in Bezug auf die Höhe des erhaltenen Lohnes andere Angaben machte als die einvernommenen Zeugen (vgl. Urk. 10/Beizugsakten/4, Urk. 10/Beizugsakten/9-11 und Urk. 10/Beizugsakten/13). Der Beschwerdeführer war zudem auch in der Lage, selbst den Zeugen Ergänzungsfragen zu stellen (vgl. Urk. 10/Beizugsakten/9 S. 5 f., Urk. 10/Beizugsakten/10 S. 4 ff. und Urk. 10/Beizugsakten/11 S. 3) bzw. seine Meinung kund zu tun (Urk. 10/Beizugsakten/10 S. 6). Alleine der Umstand, dass der Widerruf einer bedingten Strafe zur Diskussion stand und sich somit auch die Frage nach einer Gesamtstrafe stellte, bedeutet sodann nicht, dass zwingend eine amtliche

Verteidigung hätte bestellt werden müssen. Sprachliche oder intellektuelle Schwierigkeiten scheinen beim Beschwerdeführer jedenfalls nicht vorhanden zu sein. Hinweise, dass der Beschwerdeführer mit diesem Fall ohne Beistand eines Verteidigers offensichtlich überfordert war, bestehen nicht. So lässt sich entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers aus der Bemerkung

- 11 - des Beschwerdeführers auf die Ausführungen des Beschwerdegegners 1 zur Halbfreiheit nicht der Schluss ziehen, der Beschwerdeführer sei überfordert gewesen, gab er doch unmittelbar zuvor zu Protokoll, die Ausführungen des Beschwerdegegners 1 zur Halbfreiheit verstanden zu haben (Urk. 10/Beizugsakten/13 S. 6). Mag sein, dass ein Verteidiger eingegriffen hätte, als der Beschwerdeführer sich im Sinne des Vorhaltes geständig und schuldig erklärte (Urk. 10/Beizugsakten/13 S. 5). Daraus lässt sich aber nicht der zwingende Schluss ziehen, der Beschwerdeführer sei nicht in der Lage gewesen, das Verfahren ohne Verteidiger zu bewältigen. Das Absehen von der Bestellung einer amtlichen Verteidigung lag unter den gegebenen Umständen noch im Ermessensspielraum des Beschwerdegegners 1, weshalb auch in Bezug auf diesen Entscheid nicht von einer Rechtsbeugung besprochen werden kann.

#### **E. 7**

Schliesslich bleibt noch festzuhalten, dass sich auch aus dem Umstand, dass der Beschwerdegegner 1 sein Ermessen mehrheitlich zulasten des Beschwerdeführers ausübte, nicht der Schluss ziehen lässt, dass der Beschwerdegegner 1 das Recht gebeugt habe.

#### **E. 8**

Nach dem Gesagten bestehen keine Hinweise auf eine Rechtsbeugung durch den Beschwerdegegner 1, und somit auch keine Anhaltspunkte für einen Amtsmissbrauch. Die Nichtanhandnahmeverfügung erging somit zu Recht. Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen. IV.

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