



---

Kass.-Nr. AC030112/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Paul Baumgartner sowie der Sekretär Benedikt Hoffmann

**Zirkulationsbeschluss vom 7. Mai 2004**

in Sachen

A. B.,

gegen

C. D.,

betreffend

**Anklage / Nichteintreten (EV)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Juni 2003 (UK030033/U/bk)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Am 11. Dezember 2002 liess der Vorsitzende der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich die von A. B. (Ankläger) gegen C. D. (Angeklagte) eingereichte Ehrverletzungsanklage vom 12. November 2002 zu (Prot. I S. 2). Mit Beschluss vom 7. Februar 2003 trat die 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich auf die Anklage jedoch nicht ein (BG act. 15 = OG act. 3), ohne dass zuvor eine Hauptverhandlung stattgefunden hätte (Prot. I).
2. Gegen den Nichteintretens-Entscheid legte A. B. Rekurs ein, den die III. Strafkammer des Obergerichts mit Beschluss vom 20. Juni 2003 abwies (OG act. 13 = KG act. 2).
3. A. B. (nachfolgend Beschwerdeführer) erhob gegen den Rekursentscheid kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, welche er rechtzeitig angemeldet und begründet hat. Er stellt den Hauptantrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (vgl. KG act. 10). C. D. (nachfolgend Beschwerdegegnerin) beantragt in ihrer Beschwerdeantwort die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. KG act. 11 S. 2).
4. Der Beschwerdeführer reichte gegen den obergerichtlichen Beschluss auch die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde beim Bundesgericht ein (vgl. KG act. 6).

**II.**

1. Gemäss § 428a lit. b StPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen die im Zulassungsverfahren gefassten Entscheide über die Zulassung oder Nichtzulassung von Anklagen und gegen Rekursentscheide über solche Beschlüsse unzulässig. Nach herrschender Lehre gilt diese Regelung für Verfügungen und Be-

schlüsse, die im Zulassungsverfahren im Anschluss an eine abgeschlossene Untersuchung und erhobene Anklage im Sinne von §§ 161 ff. sowie gemäss §§ 165 ff. StPO ergehen, und die mit Rekurs gemäss § 169 StPO angefochten werden können. Gemäss Praxis ist der Entscheid eines Bezirksgerichtes über die Nichtzulassung einer Anklage (was einem Nichteintreten gleichkommt) dann im "Zulassungsverfahren" ergangen, wenn noch keine Hauptverhandlung stattgefunden hat, wenn also das Kollegialgericht vor Durchführung der Hauptverhandlung auf die Zulassungsverfügung seines Präsidenten de facto zurückkommt und auf die Anklage nicht eintritt (ZR 82 Nr. 82, vgl. auch Schmid, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, N 2 und 3 zu § 428a). Vorliegend erging der Nichteintretensbeschluss vor der Durchführung der Hauptverhandlung und hat somit als im Zulassungsverfahren ergangen zu gelten.

2.1. Aus obigen Erwägungen wäre an sich zu folgern, dass die Beschränkung von § 428a StPO nur dann Anwendung fände, wenn vor dem Zulassungsverfahren eine Untersuchung durchgeführt worden ist. Dabei ist indessen zu berücksichtigen, dass in einem normalen Strafprozess dem Zulassungsverfahren immer eine Untersuchung vorausgeht, so dass die obzitierte Lehrmeinung nur für den Normalfall reflektiert, dass es für die Möglichkeit, Rechtsmittel zu ergreifen, keinen relevanten Unterschied macht, ob die Anklage durch den Vorsitzenden nicht zugelassen, oder ob vom (Kollegial-) Gericht unter denselben Bedingungen darauf nicht eingetreten wird. Weshalb diese Überlegung nicht auch für das Ehrverletzungsverfahren gelten sollte, ist nicht ersichtlich und ergibt sich insbesondere weder aus dem Gesetz, noch aus der besonderen Natur dieses Prozesses als Privatstrafklageverfahren (vgl. im Übrigen nachstehend Ziff. 2.2.).

2.2. Zwar wird im Ehrverletzungsverfahren eine Untersuchung erst nach der Anklagezulassung durchgeführt (§ 313f. StPO). Sofern jedoch in den einschlägigen Bestimmungen keine besonderen Normen vorgesehen sind, gelten auch im Ehrverletzungsverfahren die allgemeinen Vorschriften der Strafprozessordnung, wenn sie nicht von der Sache her als ausgeschlossen erscheinen (§ 286 StPO; vgl. dazu Schmid, a.a.O., N 1 zu § 286). Das bedeutet, dass im Ehrverletzungsverfahren grundsätzlich die §§ 161 ff. StPO Anwendung finden (was z.B. in § 161 StPO

ausdrücklich erwähnt wird). So ist insbesondere auch § 169 StPO relevant, der den Rekurs im Anklagezulassungsverfahren regelt und die Rechtsmittelbeschränkung gemäss § 428a StPO nach sich zieht, weshalb auch für diesen Fall gelten muss, dass gegen einen Rekursentscheid betreffend Nichteintreten des erstinstanzlichen Gerichtes auf die Anklage, sofern es unter denselben Umständen wie der Zulassungsentscheid ergangen ist (also ohne dass eine Hauptverhandlung durchgeführt worden wäre), die Nichtigkeitsbeschwerde nicht gegeben ist. Es wäre denn auch sachlich nicht gerechtfertigt, im Ehrverletzungsprozess das Merkmal der durchgeführten Untersuchung für die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Rekursentscheid betreffend Nichteintreten auf die Anklage heranzuziehen, wenn dasselbe Kriterium im Falle eines Zulassungsentscheides des erstinstanzlichen Vorsitzenden ohne Bedeutung ist.

3. An dieser Einschätzung ändert nichts, dass das hiesige Gericht in der Vergangenheit vereinzelt auf Nichtigkeitsbeschwerden eintrat, in denen es um eine Nichtzulassung einer Anklage im Privatstrafklageverfahren ging. Zu nennen sind der Entscheid Kass.-Nr. 120/61 (vom 5. Dezember 1961, Erw. III) sowie der darauf basierende Fall Kass.-Nr. 93/415 (vom 19. Januar 1994, Erw. II.2.).

3.1. Im erstgenannten Fall war entscheidend, dass die damalige Beschwerdeführerin in einem subsidiären und heute nicht mehr vorgesehenen Privatstrafklageverfahren gemäss §§ 46-48 aStPO eine Ergänzung der Untersuchung beantragt hatte, und erst nach der Ergänzung der Untersuchung abschliessend über die Anklagezulassung zu entscheiden gewesen wäre. Weiter erwog das Gericht, es sei davon auszugehen, dass § 428a lit. b StPO lediglich diejenigen Beschlüsse über Zulassung oder Nichtzulassung von Anklagen im Auge habe, welche nach Abschluss der Untersuchung im Sinne von §§ 165 ff. StPO ergehen würden. Zwar nennt dieser Entscheid erneut als Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 428a lit. b StPO eine durchgeführte Untersuchung. Im Vordergrund steht jedoch auch in diesem Fall, dass § 428a lit. b StPO dann zum Tragen kommt, wenn das (nach altem Recht allenfalls zweistufige) Zulassungsverfahren abgeschlossen ist, was im konkreten Fall auf Grund von Besonderheiten des subsidiären Privatstrafklageverfahrens gerade nicht zutraf. Vielmehr sah § 47 Abs. 2 aStPO vor, dass

nach einer allenfalls notwendigen Untersuchung noch einmal über die Anklagezulassung zu entscheiden war. Das Merkmal der durchgeführten Untersuchung erklärt sich somit historisch daraus, dass es im Privatstrafklageprozess zweimal zu einer Zulassungsentscheidung kommen konnte, wobei die Rechtsmittelbeschränkung gemäss § 428a lit. b StPO gegebenenfalls erst für den zweiten Zulassungsentscheid gelten sollte, und diesem stets eine Untersuchung vorausging.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der genannte Entscheid festhält, was folgt:

"§ 428a StPO ist durch Gesetz vom 7. April 1935 geschaffen worden; im beleuchtenden Bericht des Regierungsrates zur Abstimmungsvorlage wird darauf hingewiesen, dass gegen Beschlüsse über die Nichtzulassung von Anklagen der Rekurs nach § 169 StPO erhoben werden könne (S. 77), weshalb kein Bedürfnis für die Zulassung der Nichtigkeitsbeschwerde bestehe (...)".

Daraus erhellt, dass für die Anwendbarkeit von § 428a lit. b StPO letztlich allein entscheidend ist, ob der Zulassungsentscheid - auf dem der allenfalls angefochtene Nichteintretensentscheid basiert - mit Rekurs gemäss § 169 StPO angefochten werden könnte. Wie bereits ausgeführt wurde, spielt es dann keine Rolle mehr, ob der Zulassungsentscheid selber oder der darauf folgende Nichteintretensentscheid des zuständigen Kollegiums angefochten wird, sofern noch keine Hauptverhandlung durchgeführt wurde.

3.2. Auch der Entscheid Kass.-Nr. 93/415 vom 19. Januar 1994 (Erw. II.2.) fusst auf dem alten Recht gemäss §§ 46-48 aStPO. Es ging darum, dass der Privatstrafkläger die zweimonatige Frist gemäss § 46 aStPO angeblich verpasst hatte. Das hiesige Gericht trat auf die Beschwerde mit der Begründung ein, der Entscheid der Vorinstanz über die in Frage stehende Fristwahrung gehöre nicht zu den "im Zulassungsverfahren" gefassten Entscheiden über die Zulassung oder Nichtzulassung von Anklagen. Daraus lässt sich somit für den vorliegenden Fall nichts zu Gunsten des Beschwerdeführers ableiten, da die Nichtzulassung einer Anklage bzw. das Nichteintreten darauf auf Grund eines verspäteten Strafantrages ohne Zweifel zu den "im Zulassungsverfahren" gefassten Entscheiden über die Zulassung oder Nichtzulassung von Anklagen gehört (§ 166 Abs. 1 StPO).

4. Aus all diesen Gründen ergibt sich, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann, da gegen den angefochtenen Entscheid die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur Verfügung steht.

### III.

Ausgangsgemäss wäre der Beschwerdeführer an sich kosten- und entschädigungspflichtig. Allerdings kann in begründeten Fällen von dieser Regel abgewichen werden (§ 293 und § 396a StPO). Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer einerseits zwar rechtskundig vertreten ist, andererseits aber der angefochtene Entscheid eine unzutreffende Rechtsmittelbelehrung enthält (KG act. 2 S. 9), welche selbst für einen Anwalt nicht als offensichtlich falsch zu erkennen sein dürfte. Insofern wäre es unbillig, dem Beschwerdeführer die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Diese sind vielmehr auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Dementsprechend rechtfertigt es sich auch nicht, den Beschwerdeführer zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine Prozessentschädigung zu entrichten.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz. Zudem werden für das Kassationsverfahren keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: