



Kass.-Nr. AC030122/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Christian Vogel

Zirkulationsbeschluss vom 3. Februar 2004

in Sachen

C.-Stiftung,,

...,

Geschädigte, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwältin ...

gegen

1. **Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**
8001 Zürich,
Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin 1
2. **Yves G.,**
...,
Angeklagter, Appellat und Beschwerdegegner 2
2 verteidigt durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Veruntreuung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Juni 2003 (SB030193/U/jv)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Eingabe an die Bezirksanwaltschaft Bülach vom 8. Oktober 1999 erstattete die C.-Stiftung, gegen den ehemals bei ihr angestellten Sozialpädagogen Yves G. Strafanzeige wegen des Verdachts auf Veruntreuung (ER act. 1). In der Folge wurde eine Untersuchung gegen den Angeschuldigten G. eröffnet und durchgeführt. Mit Verfügung vom 24. April 2001 wurde diese eingestellt, da der Bezirksanwalt der Meinung war, dem Angeschuldigten könne eine Veruntreuung zum Nachteil der C.-Stiftung nicht nachgewiesen werden (ER act. 15).

Gegen die Einstellungsverfügung führte die Geschädigte C.-Stiftung Rekurs. Mit Verfügung der Einzelrichterin in Strafsachen des Bezirkes Bülach vom 27. März 2002 wurde der Rekurs gutgeheissen. Die Einzelrichterin gelangte zur Auffassung, dass gewichtige Anhaltspunkte für ein Handeln des Angeschuldigten in Aneignungs- und Bereicherungsabsicht vorlägen und in einem allfälligen gerichtlichen Verfahren ein Schuldspruch wahrscheinlich wäre (ER act. 20).

Nach der Ergänzung der Untersuchung erhob der Bezirksanwalt Anklage. Mit der Anklageschrift vom 15. August 2002 wurde dem Angeklagten Yves G. vorgeworfen, insgesamt CHF 14'660.-- veruntreut zu haben (ER act. 29).

2. Der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Bülach sprach den Angeklagten G. mit Urteil vom 28. November 2002 vom Vorwurf der Veruntreuung frei. Auf die Zivilansprüche der Geschädigten Caspar-Appenzeller-Stiftung wurde zufolge des Freispruchs nicht eingetreten (OG act. 43).

3. Mit Eingabe vom 8. Januar 2003 erklärte die Geschädigte rechtzeitig Berufung (ER act. 40). Die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sprach den Angeklagten mit Urteil vom 23. Juni 2003 in Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" wiederum vom Vorwurf der Veruntreuung frei und trat

entsprechend auf die Zivilansprüche der Geschädigten ebenfalls nicht ein (KG act. 2).

4. Gegen dieses Urteil meldete die Geschädigte C.-Stiftung (nachfolgend Beschwerdeführerin) fristgerecht kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (KG act. 6) und begründete diese innert angesetzter Frist mit Eingabe vom 13. Oktober 2003 (KG act. 1). Sie beantragt damit die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung (KG act. 1, S. 2).

Sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdegegnerin 1 (Staatsanwaltschaft) haben auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 11 und 10). Der Angeklagte G. (nachfolgend Beschwerdegegner 2) beantragt mit innert Frist erstatteter Beschwerdeantwort Abweisung der Beschwerde (KG act. 13).

II.

1. a) Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vor, ihr Antrag auf Einvernahme der damaligen Partnerin des Angeklagten als Zeugin zur Thematik, welche Beträge sie dem Angeklagten in der fraglichen Zeitperiode in bar übergeben haben sollte, sei von den Vorinstanzen zu Unrecht abgelehnt worden. Obwohl das Obergericht die zeitliche Koinzidenz zwischen den nicht verbuchten Bancomat-Bezügen vom Konto der Wohngruppe der Geschädigten und den Einzahlungen auf das private Postkonto des Angeklagten als belastendes Indiz betrachtet habe, habe es in nicht nachvollziehbarer Weise dafür gehalten, die Darstellung des Angeklagten, bei den Einzahlungen habe es sich um Überschüsse von vorgängigen Bezügen für die Bezahlung privater Rechnungen gehandelt, könne nicht widerlegt werden, weshalb auch eine allfällige belastende Aussage der Zeugin nichts mehr am Beweisergebnis ändern könnte. Die Abweisung des Beweisantrags der Beschwerdeführerin beruhe damit auf einer willkürlichen antizipierten Beweiswürdigung (KG act. 1, S. 12 - 18, Ziff. III./5.)

b) Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs folgt die Pflicht zur Berücksichtigung rechtzeitig und formrichtig gestellter Beweisanträge, soweit die Strafverfolgungsbehörden den Sachverhalt nicht ohnehin schon von Amtes wegen abzuklären haben. Das bedeutet aber nicht, dass sämtliche Beweise abgenommen werden müssen. Auf die Abnahme von (weiteren) Beweisen darf dann verzichtet werden, wenn es um offenkundige oder gerichtsnotorische Tatsachen, rechtlich nicht erhebliche Tatsachen oder um solche Tatsachen geht, die als wahr unterstellt werden; ferner wenn das angerufene Beweismittel offensichtlich untauglich ist (vgl. Donatsch, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., N 8 ff. zu § 149 StPO; Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Aufl., Basel/Genf/München 2002, § 55 N 7 ff., S. 235 f., je mit Hinweisen). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 aBV (jetzt Art. 9 und 29 Abs. 2 BV) ist die antizipierte Beweiswürdigung in beschränktem Umfang zulässig. Der Richter darf danach von weiteren Beweisvorkehren absehen, wenn er den Sachverhalt für genügend geklärt erachtet, d.h. wenn er aufgrund bereits erhobener Beweise davon überzeugt ist, dass über die erheblichen Tatsachen kein zusätzlicher Beweis mehr geführt zu werden braucht. Das Bundesgericht überprüft dabei im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde nur, ob der Richter ohne Willkür annehmen durfte, die weiteren Beweise könnten am feststehenden Beweisergebnis nichts ändern (BGE 125 I 135 Erw. 6c/cc, 124 I 211 Erw. 4a, 124 I 285; Donatsch, in: Donatsch/Schmid, a.a.O., N 13 zu § 149 StPO, mit weiteren Hinweisen). Weiter ist darauf hinzuweisen, dass auch Art. 6 EMRK einer solchen Beschränkung des Beweisverfahrens zufolge antizipierter Beweiswürdigung nicht entgegensteht (BGE 125 I 135 mit Hinweisen).

Nach der Praxis des Kassationsgerichtes ist die antizipierte Beweiswürdigung zulässig, wenn mit Sicherheit gesagt werden kann, dass die Abnahme des Beweises auch dann an der richterlichen Überzeugung nichts mehr ändern könnte, wenn ihr Ergebnis die vom Beschwerdeführer aufgestellte Behauptung stützen würde (ZR 87 Nr. 125 Erw. 4a; RB 1985 Nr. 54; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 42). Dabei wird auch vom Kassationsgericht die antizi-

pierte Beweiswürdigung des Sachrichters nicht frei, sondern - im Rahmen von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO - allein auf ihre Vertretbarkeit hin überprüft, mit anderen Worten darauf, ob die sachrichterliche Annahme der Gewissheit willkürlich ist oder nicht (RB 1990 Nr. 77 und seitherige Entscheide).

c) Die Vorinstanz hielt dafür, dass auf die von der Geschädigten beantragte Einvernahme der Freundin des Angeklagten als Zeugin verzichtet werden könne. Hiezu wurde erwogen, selbst wenn die Freundin des Angeklagten ihre schriftliche Bestätigung, sie habe dem Angeklagten ihren Anteil an den Haushaltskosten jeweils in bar übergeben, im Rahmen einer Zeugenbefragung nicht bestätigen würde, könne dem Angeklagten nicht widerlegt werden, dass er Beträge von seinem Konto abgehoben habe, um seine Zahlungen am Postschalter zu tätigen und einen allfälligen Überschuss wieder auf sein Postkonto einbezahlt habe. Entsprechend wäre - so die Vorinstanz - die Darstellung des Angeklagten auch aufgrund einer ihn belastenden Aussage der beantragten Zeugin nicht zu widerlegen (KG act. 2, S. 35 f.).

Wie die Beschwerdeführerin zutreffend bemerkt, ist die Darstellung des Angeklagten und Beschwerdegegners betreffend der Herkunft der Barbeträge für die nachweislich von ihm stammenden Einzahlungen nicht glaubhaft. Aus dem bei den Akten liegenden Kontoauszug des Postkontos des Angeklagten geht hervor, dass der Angeklagte in der Zeit vom 1. November 1998 bis 16. März 1999 kein Geld auf sein Konto einzahlte (ER act. 7/3, S. 1 - 6). Am 17. März 1999 wurde dem Konto des Angeklagten ein Betrag von CHF 500.-- gutgeschrieben, welcher mittels Einzahlungsschein einbezahlt worden war (ER act. 7/3, S. 6). Dass dieser Betrag vom Angeklagten selbst stammen würde, geht - entgegen der unzutreffenden Annahme der Vorinstanz (KG act. 2, S. 34) - aus den Akten nicht hervor (vgl. ER act. 21 und 23). Anschliessend wurden dem Konto des Angeklagten bis zum 20. April 1999 keine Bareinzahlungen mehr gutgeschrieben (ER act. 7/3, S. 6 f.). Am 21. April 1999 erfolgte die Gutschrift eines vom Angeklagten am 19. April 1999 auf der Poststelle Fischenthal einbezahlten Betrages von CHF 1'200.-- (ER act. 7/3, S. 7; ER act. 23). Im Mai 1999 zahlte der Angeklagte Beträge in Gesamthöhe von CHF 2'600.-- auf sein Konto ein (ER act. 7/3, S. 8 f.; ER act. 23). Ein

weiterer Betrag von CHF 800.--, welcher vom Angeklagten am Postschalter einbezahlt worden war, wurde dem Konto am 15. Juni 1999 gutgeschrieben (ER act. 7/3, S. 10; ER act. 23). Wenn der Angeklagte somit erst im Monat April 1999 mit dem Einzahlen von Barbeträgen auf sein Konto begann, ist aber seine Behauptung, er pflege jeweils Überschüsse von Barbezügen nach dem Bezahlen der Rechnungen am Schalter wieder einzuzahlen, lebensfremd. Im Widerspruch zu seiner Darstellung steht auch, dass die fraglichen Einzahlungen in Gesamthöhe von CHF 4'600.-- im kurzen Zeitraum von nur zwei Monaten getätigt wurden. Der vorinstanzliche Schluss, es könne dem Angeklagten nicht widerlegt werden, dass er jeweils Restbeträge von früheren Bezügen wieder auf sein Konto einbezahlt habe, erweist sich damit als unhaltbar. Wenn die (damalige) Freundin des Angeklagten als Zeugin nun nicht glaubhaft bestätigen würde, dass sie dem Angeklagten in der fraglichen Periode Bargeld in entsprechender Höhe übergeben hätte, wären die Aussagen des Angeklagten als blosser Schutzbehauptungen zu werten. Der angefochtene Entscheid beruht daher auf einer willkürlichen antizipierten Beweiswürdigung zum Nachteil der Geschädigten und Beschwerdeführerin, weshalb er an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO leidet. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und die Sache zur Beweisergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. a) Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die vorinstanzliche Annahme, der Angeklagte habe den am 29. Juni 1999 am Bankschalter bezogenen Betrag von CHF 4'000.-- lediglich falsch verbucht, sei unhaltbar. Seine Darstellung sei mit dem aktenkundigen Kassenbestand am Abend des 29. Juni 1999 nicht vereinbar, was die Vorinstanz übersehe (KG act. 1, S. 9 - 11, Ziff. III./3.).

b) Der Angeklagte sagte bezüglich des Bezugs von CHF 4'000.-- vom 29. Juni 1999 widersprüchlich aus (ER act. 4/1, S. 3 f.; ER act. 4/3, S. 6). Indem die Vorinstanz annahm, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Darstellung des Angeklagten zutrefte, wonach er entweder die fehlenden CHF 1'000.-- am Bankschalter zurückgelassen oder diese an Gabriele Pössl zum Wechseln übergeben habe (KG act. 2, S. 29 f.), übersah sie, dass beide - sich im übrigen widersprechenden - Varianten mit dem Eintrag im Kassenbuch nicht har-

monisiert werden können. Hätte der Angeklagte tatsächlich den Betrag von CHF 1'000.-- fälschlicherweise unter den Ausgaben aufgeführt, hätten sich am Abend des fraglichen Tages CHF 2'163.10 in der Kasse befinden müssen. Da dies nicht der Fall war, muss aus diesem Umstand geschlossen werden, dass sich der Angeklagte die Differenz von CHF 1'000.-- eben angeeignet hatte. Unwahrscheinlich ist sodann die Annahme der Vorinstanz, der als Einlage bezeichnete Betrag von CHF 3'000.-- sei bereits in Kronen gewechselt worden. In diesem Fall hätte nämlich ein negativer Kassenbestand resultiert, was indes unmöglich ist. Entsprechend erweist sich die Beweiswürdigung der Vorinstanz auch in diesem Punkt als willkürlich.

3. Bei dieser Sachlage brauchen die übrigen Vorbringen der Beschwerdeführerin, mit welchen sie geltend macht, die Vorinstanz sei bei der Beweiswürdigung in weiteren Punkten in Willkür verfallen (KG act. 1, S. 4 - 8, 11 f., 18, Ziff. III./1., III./2., III./4., III./6.), nicht mehr geprüft zu werden. Nach Abnahme des von der Beschwerdeführerin beantragten Zeugenbeweises wird die Vorinstanz den Sachverhalt unter Berücksichtigung des entsprechenden Beweisergebnisses ohnehin insgesamt neu zu beurteilen haben.

III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdegegner 2, welcher Abweisung der Beschwerde beantragt hatte, für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 396a StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Juni 2003 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 205.-- Schreibgebühren,
Fr. 114.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdegegner 2 auferlegt.
4. Der Beschwerdegegner 2 wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- (inkl. MWST) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie den Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Bülach (ad GG020096), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: