

Kassationsgericht des Kantons Zürich



Kass.-Nr. AC050015/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 01. November 2005

in Sachen

Genossenschaft A.,

...,

Rekurrentin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland,

Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch den Leitenden Staatsanwalt lic. iur. Ulrich Arbenz, Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland, Hermann Götz-Str. 24, Postfach, 8401 Winterthur

betreffend **Einziehung von Vermögenswerten und Ersatzforderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Dezember 2004 (UK040162/U/ml)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 8. Juli 1999 wurden die Angeklagten A.Z. und B.Z. der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Vertrieb von Duftsäcken und Hanfkissen) schuldig gesprochen und mit 24 Monaten bzw. 27 Monaten Gefängnis und je einer Busse von Fr. 5'000.-- bestraft. Im Berufungsverfahren setzte das Obergericht mit Urteil vom 27. September 2001 die Strafe für beide Angeklagten auf 18 Monate Gefängnis, unter Bewilligung des bedingten Strafvollzugs, fest; die Busse gegen B.Z. wurde auf Fr. 10'000.-- erhöht. Weitere (ausserordentliche) Rechtsmittel im Schuld- bzw. Strafpunkt blieben erfolglos.

Mit Beschluss 8. Juli 1999 hatte das Bezirksgericht Andelfingen sodann gestützt auf die Organstellung der Angeklagten die Genossenschaft A. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) verpflichtet, vom unrechtmässig erlangten Vermögensvorteil den Betrag von Fr. 300'000.-- an die Staatskasse abzuliefern; das bereits beschlagnahmte Bargeld im Betrag von Fr. 149'884.90 wurde eingezogen und als Anteil zur Deckung der Fr. 300'000.-- verwendet. Im Rahmen des oben erwähnten Berufungsverfahrens hob das Obergericht diesen Entscheid wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtlichen Gehörs auf und wies die Sache zur Durchführung eines Ergänzungsverfahrens und zu neuer Entscheidung an die erste Instanz zurück (zum Vorstehenden angefochtener Beschluss S. 2/3 und OG act. 3 S. 5 ff.).

2. Nach Wiederholung der Hauptverhandlung ordnete das Bezirksgericht Andelfingen mit Beschluss vom 22. September 2003 erneut (u.a.) die Einziehung des beschlagnahmten Bargeldes in der Höhe von Fr. 149'884.90 an und verpflichtete die Beschwerdeführerin, vom unrechtmässig erlangten Vermögensvorteil - zusätzlich zu dem eingezogenen Bargeld - den Betrag von Fr. 150'000.-- an den Staat abzuliefern. Dagegen rekurrierte die Beschwerdeführerin an das Obergericht. Dessen III. Strafkammer wies den Rekurs mit Beschluss vom 11. Dezember 2004 ab (KG act. 2).

3. Dagegen richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin beantragt, der angefochtene Beschluss des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache sei im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Vorinstanz und Beschwerdegegnerin haben auf Vernehmlassung bzw. Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde verzichtet (KG act. 9, 10).

4. Als erstes rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Beschwerde S. 3 ff., Ziff. 4/5).

a) Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe vor Obergericht geltend gemacht, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Einziehung zusammen mit der Ersatzforderung Fr. 300'000.-- ausmachen solle. Bezüglich dieser Frage habe das Obergericht die im erstinstanzlichen Beschluss fehlende Begründung im einzelnen nachgeliefert, was verfahrensrechtlich aber unzulässig sei, weil die Vorinstanz der Beschwerdeführerin damit eine Instanz entziehe und wesentliche Parteirechte beeinträchtige.

b) Der Rekurs gemäss §§ 402 ff. StPO ist ein ordentliches, vollkommenes Rechtsmittel, bei welchem - jedenfalls im Rahmen der Rekursanträge bzw. der Rekursbegründung (§ 405 StPO) - eine freie Überprüfung des angefochtenen Entscheides unter allen erheblichen Gesichtspunkten stattfindet (SCHMID, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., N 1 zu § 402 und N 4 zu § 407). Grundsätzlich können damit Mängel des erstinstanzlichen Entscheides durch die Rekursinstanz behoben werden; eine Rückweisung findet grundsätzlich nur dann statt, wenn das erstinstanzliche Verfahren mangelhaft war - so im Falle einer formellen Gehörsverweigerung - bzw. wenn über eine zu entscheidende Frage überhaupt nicht entschieden wurde (SCHMID, a.a.O., N 5 zu § 407 StPO; ADRIAN MEILI, Der Rekurs im Strafprozess nach zürcherischem Recht, Zürich 1968, S. 196 f.).

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Rekursinstanz habe eine fehlende Begründung nachgeliefert, könnte man sich fragen, ob dies im Lichte der eben skizzierten Natur des Rekursverfahrens zulässig gewesen sei. Bei näherer

Betrachtung ergibt sich jedoch, dass es nicht um die Nachlieferung einer gänzlich fehlenden Begründung oder gar um die Behandlung eines von der ersten Instanz überhaupt übersehenen Punktes geht, sondern vielmehr darum, dass das Obergericht die Begründung der unteren Instanz partiell ergänzte. Konkret hatte das Bezirksgericht unter Hinweis auf Art. 59 Ziff. 4 StGB erwogen (OG act. 3 S. 12 ff.), wenn sich der Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte bzw. der Ersatzforderung nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln lasse, könne der Richter eine Schätzung vornehmen. Dabei kämen nur die bei den von den Angeklagten vertretenen juristischen Personen angefallenen unrechtmässigen Vermögensvorteile in Betracht; unter Hinweis auf den (ebenfalls geschätzten) Umsatz und unter Wahrung der Möglichkeit des Vertriebs von legalen Produkten gelangte das Bezirksgericht zu dem genannten Betrag (OG act. 3 S. 14 oben). Im vorliegenden Zusammenhang ist wesentlich, dass damit eine Begründung der unteren Instanz vorlag; wenn das Obergericht der Auffassung war, diese sei zu ergänzen oder zu modifizieren, brauchte es deswegen die Sache nach dem Gesagten nicht zurückzuweisen. Die Rüge ist unbegründet.

5. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend (Beschwerde S. 3, 5 ff., Ziff. 3, 6 ff.), sie habe vor erster Instanz ausgeführt, bei der Festsetzung einer (von der Staatsanwaltschaft so beantragten) Ersatzforderung von Fr. 400'000.-- wäre die betriebliche Existenz der Beschwerdeführerin gefährdet. Dazu habe das Bezirksgericht erwogen, die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin mit legaler Produktion sei nach dem Urteil vom 8. Juli 1999 unbestrittenermassen weitergelaufen; von einer Existenzgefährdung könne daher nicht gesprochen werden. Dem habe die Beschwerdeführerin im Rekursverfahren entgegengehalten, der Entzug von Mitteln in der Höhe von Fr. 300'000.-- gefährde ihre Existenz und es sei nicht nachvollziehbar, wie die erste Instanz dies habe verneinen könne. Die Vorinstanz (gemeint: das Bezirksgericht) habe sich mit der finanziellen Situation der Beschwerdeführerin im Falle einer zusätzlich zur definitiven Einziehung der beschlagnahmten Gelder festzusetzenden Ersatzforderung von Fr. 150'000.-- in keiner Weise auseinandergesetzt.

Nachdem dies im Rekurs kritisiert worden sei, habe das Obergericht festgehalten, eine allfällige Existenzgefährdung müsse deshalb unbeachtlich bleiben, weil die Beschwerdeführerin von der deliktischen Herkunft des unrechtmässigen Vermögensvorteils Kenntnis gehabt habe und sich nicht darauf berufen könne, diesen Betrag zur Finanzierung der Weiterführung der legalen Geschäftstätigkeit heranzuziehen; daran vermöge auch die sog. Härteklausel (Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) nichts zu ändern.

a) Insoweit, als die Beschwerdeführerin auch in diesem Zusammenhang eine Verletzung des Gehörsanspruchs zufolge Nachlieferung der Begründung durch die zweite Instanz rügt (Beschwerde Ziff. 7), kann auf das oben Ausgeführte verwiesen werden. Das Obergericht hat die ihm im Rahmen des Rekursverfahrens zukommenden Kompetenzen wahrgenommen und war nicht zur Rückweisung an die erste Instanz (welche sich ihrerseits zu diesem Punkt geäußert hatte) verpflichtet.

b) Die Beschwerdeführerin beanstandet des weiteren, dass das Obergericht zur Frage der Existenzgefährdung weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht Ausführungen mache, worin eine erneute Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liege (Beschwerde Ziff. 8, 12). Hingegen liefere es eine rechtliche Begründung insofern, als die angerufene Existenzgefährdung ohnehin unbeachtlich bleiben müsse. Dabei handle es sich um eine Frage der Anwendung von Art. 59 Ziff. 1 und 2 StGB, also um eine Frage, welche an sich nicht vom Kassationsgericht beurteilt werden könne. Da jedoch in der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Beschlusses nicht auf die Möglichkeit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde hingewiesen werde, müsse diese Frage im vorliegenden Kassationsverfahren vorfrageweise geprüft werden können (Beschwerde Ziff. 9 und 10).

Es trifft zu, dass es sich dabei, ob eine (drohende) Existenzgefährdung im Rahmen der Einziehung gemäss Art. 59 StGB Beachtung finden muss oder nicht, um eine Frage des Bundesrechts handelt. Da gegen letztinstanzliche kantonale Einziehungsentscheide nach Art. 59 Ziff. 1 und 2 StGB die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 268 ff. BStP zulässig ist (BGE 129 IV 305), kann das

Kassationsgericht im Lichte von § 430b StPO auf diese Rüge nicht eintreten. Daran ändert auch nichts, dass in der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Entscheides offenbar zufolge eines Versehens und entgegen § 188 GVG (und Art. 251 Abs. 2 BStP) nur die kantonale, nicht aber die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde angegeben wurde. Ein solcher Fehler kann allenfalls dazu führen, dass der betreffenden Partei die Frist zur Einreichung des Rechtsmittels (also hier der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde) wiederhergestellt wird (vgl. aber Hinweise bei HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 5 zu § 188 GVG); dazu wäre im vorliegenden Fall jedenfalls nicht das Kassationsgericht, sondern das Bundesgericht zuständig. An der gesetzlichen Ausschlussregelung von § 430b StPO vermag die unvollständige Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz nichts zu ändern; insbesondere geht es auch nicht um eine - in die kassationsgerichtliche Zuständigkeit fallende (§ 430b Abs. 2 Satz 2 StPO) - Vorfrage zu kantonalem Recht.

Gelangte das Obergericht nach seiner (hier nicht zu überprüfenden) Rechtsauffassung zum Schluss, eine allfällige Existenzgefährdung sei unbeachtlich, d.h. rechtlich nicht relevant, brauchte es dazu auch keine tatsächlichen Feststellungen zu treffen bzw. Abklärungen zu machen. Die Rüge der Gehörsverweigerung ist insoweit unbegründet.

6. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist. Sie ist insoweit abzuweisen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 750.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 161.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie das Bezirksgericht Andelfingen (ad DG980004/DG980005), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: