



Kass.-Nr. AC050119/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 29. Januar 2006

in Sachen

X.

gesetzlich vertreten durch die Mutter,

Rekurrent und Beschwerdeführer

vertreten durch _____

gegen

Jugendstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Kostenaufgabe etc.**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Oktober 2005 (UK050168/U/ml)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Mit (am 24. Februar 2005 durch die Jugendstaatsanwaltschaft genehmigter) Verfügung vom 11. Januar 2005 stellte die Jugendanwaltschaft des Bezirks Zürich eine gegen den (im Jahre 1992 geborenen) Gesuchsteller, Rekurrenten und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) eröffnete Strafuntersuchung wegen geringfügigen Diebstahls zufolge Rückzugs des Strafantrags durch die Geschädigte ein, wobei sie die Verfahrenskosten im Betrage von Fr. 50.-- gestützt auf § 42 StPO dem Beschwerdeführer auferlegte (BG act. 2 = OG act. 6).

b) In der Folge stellte der Beschwerdeführer am 11. April 2005 ein Begehren um gerichtliche Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (BG act. 1), worauf auch das Jugendgericht Zürich mit Beschluss vom 7. Juni 2005 entschied, die Kosten der eingestellten Strafuntersuchung im Betrage von Fr. 50.-- dem Beschwerdeführer aufzuerlegen; zugleich wies es dessen Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und -vertretung ab, und es auferlegte dem Beschwerdeführer auch die Kosten des gerichtlichen (Beurteilungs-)Verfahrens (BG act. 6 = OG act. 2).

c) Gestützt auf die im jugendgerichtlichen Beschluss erteilte (fehlerhafte) Rechtsmittelbelehrung (BG act. 6 S. 11/12, Disp.-Ziff. 6) meldete der Beschwerdeführer gegen diesen Entscheid am 10. Juli 2005 kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (BG act. 7), welche er nach entsprechender Fristansetzung (BG act. 8 = OG act. 3) mit Eingabe vom 3. Oktober 2005 begründete (OG act. 1). Da eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen bezirksgerichtliche (und damit auch jugendgerichtliche; vgl. § 34 GVG) Entscheide nach § 428 StPO (in der seit 1. Januar 2005 in Kraft stehenden Fassung) nicht (mehr) zulässig ist, wurde diese Eingabe von der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) als Rekurs entgegengenommen (vgl. OG act. 5). Mit Beschluss vom 28. Oktober 2005 (OG act. 9 = KG act. 2) trat die Vorinstanz auf den Rekurs nicht ein (Disp.-Ziff. 1), wobei die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens (wegen der fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung des Jugendgerichts) auf die Gerichtskasse genommen

wurden (Disp.-Ziff. 2); eine Entschädigung wurde dem Beschwerdeführer nicht zugesprochen (Disp.-Ziff. 3).

Zur Begründung erwog die Vorinstanz, dass gemäss § 389 StPO die gerichtliche Beurteilung von Kostenentscheiden bei Einstellung des Verfahrens dem Jugendgericht *endgültig* zustehe, womit gegen den jugendgerichtlichen Beschluss vom 7. Juni 2005 weder ein Rekurs noch eine Nichtigkeitsbeschwerde noch – wie der Beschwerdeführer geltend mache – eine "Kostenbeschwerde" möglich sei. Deshalb sei auf die Eingabe des Beschwerdeführers nicht einzutreten. Im Sinne einer den negativen (Erledigungs-)Entscheid selbständig tragenden Eventualbegründung führte die Vorinstanz sodann an, dass der Rekurs abgewiesen werden müsste, wenn darauf einzutreten wäre, wobei sie zur Begründung dieser Ansicht auf die Erwägungen des Jugendgerichts verwies, denen vollumfänglich zuzustimmen sei (KG act. 2 S. 2 f.).

d) Gegen diesen dem Beschwerdeführer am 10. November 2005 in schriftlich begründeter Form zugestellten (OG act. 10) obergerichtlichen Erledigungsbeschluss richtet sich die vorliegende, innert der Frist von § 431 Satz 1 StPO direkt beim Kassationsgericht angemeldete und zugleich begründete Nichtigkeitsbeschwerde vom 16. November 2005 (KG act. 1), von deren Eingang den Parteien und den Vorinstanzen mit Schreiben vom 17. November 2005 Kenntnis gegeben wurde (KG act. 5). Darin beantragt der Beschwerdeführer in der Sache selbst (unter anderem) die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1 und 3 des vorinstanzlichen Entscheids (KG act. 1 S. 2, Antrag 1).

e) Da sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde nach erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (vgl. KG act. 4 und 7-8; s.a. KG act. 1 S. 2, Antrag 12) sofort als unzulässig erweist (dazu nachstehende Erw. 4), kann darüber ohne Anhörung der Beschwerdegegnerin (Gesuchsgegnerin und Rekursgegnerin) entschieden werden; ebenso wenig braucht die Vorinstanz zur Stellungnahme eingeladen zu werden (§ 433 Abs. 1 StPO; s.a. Schmid, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., N 3 zu § 433 StPO). Auch erübrigt es sich angesichts der fehlenden Beschwerdefähigkeit des angefochtenen Beschlusses, dem Beschwerdeführer im Sinne von § 431

Satz 3 StPO Frist zur (ergänzenden) Begründung der Beschwerde anzusetzen; im Übrigen scheint der Beschwerdeführer die Beschwerde ohnehin bereits mit der Anmeldung (d.h. mit der Eingabe vom 16. November 2005) abschliessend begründet zu haben, womit eine entsprechende Fristansetzung auch aus diesem Grund entbehrlich ist (vgl. § 431 Satz 3 a.E. StPO).

2. Mangels hinreichender Erfolgsaussichten bzw. wegen Aussichtslosigkeit der gegen den vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid gerichteten Beschwerde (vgl. nachstehende Erw. 4) besteht im Weiteren weder Veranlassung noch Möglichkeit, dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV (oder Art. 6 Ziff. 1 EMRK) für das vorliegende Kassationsverfahren einen unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen (vgl. BGE 129 I 134 f. und 285; 128 I 235 f.; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., Zürich 2005, Rz 842 f.; Hotz, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, N 46 und 48 zu Art. 29 BV; Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. A., Zürich 1999, Rz 433). Es liegt auch kein Fall notwendiger Verteidigung im Sinne von § 11 Abs. 2 StPO (i.V.m. § 367 Abs. 3 StPO) vor, welcher die Bestellung eines amtlichen Verteidigers erforderlich machen würde (s.a. Schmid, a.a.O., N 3 zu § 371 StPO). Sodann bestehen im Lichte der bislang produzierten Akten auch keine Zweifel daran, dass der Vertreter des Beschwerdeführers als (Mit-)Inhaber der elterlichen Sorge gewillt und in der Lage ist, den Beschwerdeführer (auch im vorliegenden Kassationsverfahren) hinreichend zu verteidigen, weshalb auch unter dem Gesichtspunkt von § 371 Abs. 1 StPO keine diesbezüglichen Weiterungen angezeigt erscheinen (vgl. Donatsch/Weder/Hürlimann, Die Revision des Zürcher Strafrechts vom 27. Januar 2003, Zürich 2005, S. 43). Und schliesslich begründet auch Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK (oder Art. 14 Ziff. 3 lit. d IPBPR) keine Pflicht zur Bestellung eines amtlichen Verteidigers, findet diese Vorschrift in Verfahren der vorliegenden Art (gerichtliche Beurteilung der Kostenfolgen bei Einstellung einer Strafuntersuchung) doch keine Anwendung (Villiger, a.a.O., Rz 402 [m.w.Hinw. in Anm. 96]; Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. A., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, N 52 zu Art. 6 EMRK [S. 192]; s.a. Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren, MRK und

IPBPR, Berlin 2005, N 6 und 41 zu Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR; Nowak, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, CCPR-Kommentar, Kehl am Rhein/Strassburg/Arlington 1989, N 13 a.E. zu Art. 14 IPBPR). Demzufolge ist das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (KG act. 1 S. 2, Antrag 9) bzw. eines amtlichen Verteidigers für das vorliegende Kassationsverfahren abzuweisen.

3. Was im Weiteren das prozessuale Begehren des Beschwerdeführers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung betrifft (KG act. 1 S. 2, Antrag 10), welche der vorliegenden, nicht von einem Verurteilten erhobenen Beschwerde nicht von Gesetzes wegen zukommt (vgl. § 429 Abs. 1 StPO), wird dieses mit dem vorliegenden Erledigungsbeschluss hinfällig. Damit erübrigt sich ein diesbezüglicher Entscheid.

4. In Anbetracht der am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Revision der Strafprozessordnung stellt sich in der Sache selbst vorweg die – eine Prozessvoraussetzung betreffende und daher von Amtes wegen zu prüfende – Frage der Beschwerdefähigkeit des vorinstanzlichen Beschlusses. Hierbei ist zunächst zu klären, ob sich diese nach den alten oder den revidierten Bestimmungen der StPO beurteilt.

a) Gemäss § 3 Abs. 1 der Schlussbestimmungen des Gesetzes über die Teilrevision der Strafprozessgesetzgebung vom 27. Januar 2003 werden Rechtsmittel nach bisherigem Recht beurteilt, wenn der Entscheid, gegen den sie sich richten, vor dem Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen gefällt worden ist. Daraus ist e contrario zu schliessen, dass sich die Zulässigkeit von Rechtsmitteln in jenen Fällen, in denen der anzufechtende Entscheid erst nach Inkraftsetzung der Teilrevision ergangen ist, nach neuem, revidiertem Recht richtet (Donatsch/Weder/Hürlimann, a.a.O., S. 75). Absatz 2 der genannten (übergangsrechtlichen) Vorschrift bestimmt sodann, dass die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Entscheide des Obergerichts als Berufungsinstanz in Verfahren zulässig ist, in denen die Berufung im Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits erklärt worden ist. Analoges gilt nach der Lehre in Fällen, in denen das Obergericht – wie hier – als Rekursinstanz entschieden hat und der Rekurs noch vor dem 1. Januar 2005 erhoben wurde

(Lieber, Nur noch eine Rechtsmittelinstanz im Zürcher Strafprozess, plädoyer 2/05, S. 38; Donatsch/Weder/Hürlimann, a.a.O., S. 75).

In casu wurde der Rekurs (bzw. die als solchen entgegengenommene Eingabe des Beschwerdeführers vom 3. Oktober 2005) erst nach dem Inkrafttreten der StPO-Revision eingereicht. Demzufolge beurteilt sich die Frage der Zulässigkeit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde nach den revidierten StPO-Bestimmungen.

b) Nach § 428 (rev)StPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht (nur noch) zulässig gegen Urteile und Erledigungsbeschlüsse des Geschworenengerichts und des Obergerichts *als erster Instanz*. Im Unterschied zum früheren, bis zum 31. Dezember 2004 in Kraft stehenden Recht, welches dieses Rechtsmittel unter Vorbehalt der in § 428a aStPO genannten Ausnahmen generell gegen Urteile und Erledigungsbeschlüsse des Geschworenengerichts und des Obergerichts für zulässig erklärt hatte (vgl. § 428 Ziff. 2 aStPO), ist die Nichtigkeitsbeschwerde gegen obergerichtliche *Rechtsmittelentscheide* gemäss neuem Recht somit ausgeschlossen (Donatsch/Weder/Hürlimann, a.a.O., S. 72; Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, Rz 439, 1047 [mit Anm. 385] und 1055). (Eine vorliegend allerdings nicht weiter interessierende Ausnahme besteht – zumindest nach der Lehre – immerhin mit Bezug auf Revisionsentscheide, bei welchen es sich zwar um Rechtsmittelentscheide handelt, in denen das Obergericht jedoch als erste Instanz über das Vorliegen eines Revisionsgrundes entscheidet; vgl. Lieber, a.a.O., S. 38.) Mit dieser Einschränkung wurde dem Prinzip der "double instance" Rechnung getragen, als dessen Konsequenz sich die Verkürzung des Rechtsmittelweges bzw. der Wegfall der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde in den Fällen ergibt, in denen das Kassationsgericht bis anhin als dritte Instanz tätig war.

Mit dem vorliegend angefochtenen Beschluss vom 28. Oktober 2005 (KG act. 2) hat die Vorinstanz ein gegen den Beschluss des Jugendgerichts Zürich vom 7. Juni 2005 erhobenes Rechtsmittel (als Rekurs entgegengenommene Nichtigkeitsbeschwerde des Beschwerdeführers) beurteilt. Folglich hat sie ihren Entscheid – unabhängig davon, ob dieser formell zu Recht als Rekursentscheid

gefällt wurde oder ob er richtigerweise als Kassationsentscheid hätte ergehen müssen – funktionell nicht als erste, sondern als Rechtsmittelinstanz gefällt. Damit fehlt es dem angefochtenen Beschluss (mangels Erstinstanzlichkeit) an der Beschwerdefähigkeit und mit ihr an einer Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung. Die gegen ihn gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde erweist sich somit als unzulässig, weshalb auf sie (und die im Rahmen der Beschwerde zur Sache gestellten Anträge [KG act. 1 S. 2, Anträge 1-7]) nicht eingetreten werden kann (s.a. Kass.-Nr. AC050078 vom 19.7.2005 i.S. G.c.StA et al., Erw. 3.3; AC050090 vom 20.7.2005 i.S. G.c.StA und G., Erw. 3.3; AC050092 vom 18.7.2005 i.S. G.c.StA et al., Erw. 3.3; AC050095 vom 20.7.2005 i.S. G.c.StA und T., Erw. 3.3; AC050096 vom 10.8.2005 i.S. G.c.StA et al., Erw. 3.2).

Dass gegen den obergerichtlichen Erledigungsentscheid keine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden kann, war für den Beschwerdeführer im Übrigen ohne weiteres daraus ersichtlich, dass darin keine dahingehende Rechtsmittelbelehrung enthalten ist (vgl. KG act. 2 S. 3 f.); im Falle der Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde wäre der Beschwerdeführer von der Vorinstanz nämlich (vorschriftsgemäss) auf diese Möglichkeit hingewiesen worden (vgl. § 160 Ziff. 14 i.V.m. § 188 GVG).

5.a) Bei diesem Ausgang (Nichteintreten) sind die Kosten des Kassationsverfahrens, deren Regelung dem kantonalen Recht obliegt (Schmid, a.a.O. [Kommentar], N 1 zu § 388 StPO), in Anwendung der – mangels besonderer Bestimmungen auch im Verfahren gegen Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene im Sinne der §§ 367 ff. StPO geltenden (§ 367 Abs. 3 StPO; Schmid, a.a.O. [Kommentar], N 1 zu § 388 StPO) – allgemeinen Regel (§ 396a Satz 1 StPO) dem mit seinen (Rechtsmittel-)Anträgen unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen. (Besondere Umstände, die ein Abweichen von dieser Regel rechtfertigen würden [vgl. § 396a Satz 2 StPO], sind nicht ersichtlich.) Damit fällt auch die Zusprechung einer Prozessentschädigung an den Beschwerdeführer ausser Betracht (vgl. KG act. 1 S. 2, Antrag 11).

b) Gemäss § 388 Abs. 1 StPO, welche Vorschrift auch auf das Rechtsmittelverfahren Anwendung findet, ist bei Bemessung, Auflage und Bezug der Verfah-

renskosten den Verhältnissen und dem Fortkommen des (minderjährigen) Pflichtigen Rechnung zu tragen. Diese Bestimmung nimmt den im Erwachsenenstrafrecht in § 190a StPO sowie § 42 Abs. 3 StPO zum Ausdruck gebrachten Grundgedanken auch für das Jugendstrafverfahren auf: Deren Sinn und Zweck besteht darin, dass eine Partei, von der die auferlegten Kosten in nächster Zeit offensichtlich nicht erhältlich sind, durch die Kostenerhebung nicht in zusätzliche Not gerät oder ihre Resozialisierung durch die Kostenpflicht nicht gefährdet wird; ferner sollen den mit dem Inkasso betrauten Behörden von vornherein sinnlose Umtriebe erspart bleiben (Kass.-Nr. AC050070 vom 21.7.2005 i.S. T.c.OberStA, Erw. 6/b/aa; ZR 103 Nr. 56, Erw. III/2.3.5; Schmid, a.a.O. [Kommentar], N 1 und 4 zu § 190a StPO; ders., a.a.O. [Strafprozessrecht], Rz 1214; RB 1995 Nr. 120; s.a. Kass.-Nr. 97/437 vom 30.11.1997 i.S. G.c.StHA, Erw. 4 [je zu § 190a StPO]). Bezogen auf das Jugendstrafverfahren soll § 388 StPO verhindern, dass die Kostenaufgabe zu einer Gefährdung der günstigen Weiterentwicklung des Minderjährigen führt (ZR 76 Nr. 113). Deshalb eröffnet die Vorschrift dem Gericht durch Einräumung eines entsprechenden Ermessens (unter anderem) die Möglichkeit, der an sich kostenpflichtigen Partei die Verfahrenskosten zu erlassen bzw. zu deren Gunsten von einer an sich möglichen Kostenaufgabe abzusehen, was bei einem zumeist mittellosen Jugendlichen dem Regelfall entsprechen dürfte (Schmid, a.a.O. [Kommentar], N 1 zu § 388 StPO). Dabei setzt ein Kostenerlass nach § 388 Abs. 1 StPO (bzw. § 190a StPO) – im Unterschied zu Art. 29 Abs. 3 BV – grundsätzlich nicht voraus, dass das fragliche Verfahren für den Betroffenen nicht aussichtslos, sondern hinreichend Erfolg versprechend ist (ZR 103 Nr. 56, Erw. III/2.3.5; Kass.-Nr. AC050070 vom 21.7.2005 i.S. T.c.OberStA, Erw. 6/b/aa; Schmid, a.a.O. [Kommentar], N 4 zu § 190a StPO [je zu § 190a StPO]).

c) Nach § 34 Abs. 1 lit. a der (kantonalen) Verordnung über das Jugendstrafverfahren vom 29. Dezember 1976 (LS 322) klärt die Jugendanwaltschaft die finanziellen Verhältnisse des Angeschuldigten und – mit Blick auf die problematische und kaum mehr angewandte Vorschrift von § 388 Abs. 2 StPO (vgl. Schmid, a.a.O. [Kommentar], N 2 zu § 388 StPO) – seiner Eltern ab, soweit sie massgebend sind für Bemessung, Auflage und Bezug der Verfahrenskosten nach § 388 StPO (s.a. Schmid, a.a.O. [Kommentar], N 4 zu § 388 StPO). Aus den beigezo-

genen Akten geht nicht hervor, ob diese Abklärungen im vorliegenden Fall erfolgt seien. Auch sonst lassen sich den Akten keine konkreten Hinweise zu den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers oder seiner Eltern entnehmen (s.a. BG act. 2 und BG act. 6 S. 10). Unter diesen Umständen und mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass der gut 13-jährige Beschwerdeführer nicht über genügend (eigene) finanzielle Mittel verfügt, um die Kosten des vorliegenden Kassationsverfahrens zu bestreiten, und dass eine Kostentragungspflicht sich nachteilig auf seine Weiterentwicklung auswirken würde (vgl. auch BG act. 2, wo die über die Staats- und Pauschalgebühr von insgesamt Fr. 50.-- hinausgehenden allfälligen weiteren Kosten der eingestellten Strafuntersuchung ebenfalls abgeschrieben wurden). Deshalb ist – im Sinne des Regelfalls – von der Belastung des Beschwerdeführers mit Kosten für das Kassationsverfahren abzu- sehen. Dementsprechend sind die (gemäss vorstehender lit. a dem Beschwerdeführer auferlegten) Verfahrenskosten gestützt auf § 388 Abs. 1 StPO sofort definitiv abzuschreiben.

6. Bei dieser Sachlage – vom Beschwerdeführer werden keine Kosten erhoben – erweist sich dessen Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Kassationsverfahren (KG act. 1 S. 2, Antrag 9) als gegenstandslos.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Kassationsverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

3. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters oder amtlichen Verteidigers für das Kassationsverfahren wird abgewiesen.
4. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
5. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 100.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 200.-- Schreibgebühren,
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
6. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch sofort definitiv abgeschrieben.
7. Für das Kassationsverfahren werden keine Entschädigungen zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Jugendgericht Zürich (ad DJ050004), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: