



Kass.-Nr. AC040003/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 Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 24. März 2004

in Sachen

X.

Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

8001 Zürich,

Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Staatsanwalt Dr. Ulrich Weder,

betreffend **Kostenauflage etc.**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Oktober 2003 (UK030121/U/ml)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. a) Die Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich stellte mit Verfügung vom 14. Mai 2002 die Strafuntersuchung gegen X. wegen Gefährdung des Lebens etc. ein und auferlegte ihm die Verfahrenskosten in Anwendung von § 42 Abs. 1 Satz 2 StPO. Letzteres mit der Begründung, dass X. die Strafuntersuchung durch ein zumindest leichtfertiges, wenn nicht gar verwerfliches Verhalten verursacht habe. Er habe seiner Ehefrau den Mund zugehalten und ihr mit der Faust auf den Rücken geschlagen, um sie am Schreien zu hindern bzw. um sie dazu zu bewegen, das Schreien einzustellen. Durch dieses Verhalten habe er Anlass gegeben für die Untersuchung und die damit zusammenhängenden Kosten, weshalb er für die Kosten aufzukommen habe (vgl. BG act. 3/2).

b) Auf das Begehren um gerichtliche Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen hin entschied der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirks Zürich mit Verfügung vom 19. August 2003, dass die Kosten der eingestellten Strafuntersuchung im Betrag von Fr. 4'173.– X. aufzuerlegen seien (BG act. 7).

c) Einen gegen den einzelrichterlichen Entscheid von X. erhobenen Rekurs wies die III. Strafkammer des Obergerichts mit Beschluss vom 31. Oktober 2003 ab (KG act. 2).

2. Gegen den Rekursentscheid legte der Rechtsvertreter von X. (nachfolgend Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein, welche er rechtzeitig anmeldete und begründete. Er stellt den Hauptantrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids (KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet, die Staatsanwaltschaft auf eine Beschwerdeantwort (vgl. KG act. 9 und 10).

3. Der Beschwerdeführer macht unter Anrufung der Nichtigkeitsgründe gemäss § 430 Abs. 1 Ziff. 4-6 StPO geltend, der angefochtene Entscheid beruhe auf aktenwidrigen tatsächlichen Annahmen, und die Vorinstanz habe zu seinem Nachteil auf nicht verwertbare (polizeiliche) Aussagen seiner Ehefrau abgestellt.

4. a) Die Aktenwidrigkeitsrügen beschlagen jene Erwägungen der Vorinstanz, in welchen sie sich mit der Frage auseinandersetzte, ob die Ingangsetzung des Strafverfahrens die direkte Folge des widerrechtlichen Verhaltens des Beschwerdeführers gewesen sei. Die Vorinstanz erwog (KG act. 2 S. 12):

"[...] Aufgrund der vorliegenden Beweismittel steht fest, dass die Ehefrau des [Beschwerdeführers] nach der Auseinandersetzung [gemäss Polizeirapport am 28. März 2002 um ca. 22.00 Uhr] das eheliche Heim in Zumikon mitten in der Nacht verliess und einen Bekannten der Familie aufsuchte. Rund 60 Minuten später [gemäss Polizeirapport am 28. März 2002 um ca. 23:00 Uhr] erstattete dieser Bekannte telefonisch Strafanzeige bei der Polizeiwache der Kantonspolizei Zürich (Urk. 4/3/1). Um 00:30 Uhr des 29. März 2002, also rund 2 ½ Stunden nach dem Vorfall, fand die erste polizeiliche Befragung der Ehefrau des [Beschwerdeführers] statt (Urk. 4/3/5/1). Ebenfalls am 29. März 2002 stellte sie Strafantrag gegen den [Beschwerdeführer] wegen Körperverletzung (Urk. 4/3/1). Am 29. März 2002 um ca. 06:00 Uhr wurde der [Beschwerdeführer] an seinem Wohnort verhaftet (Urk. 4/3/17/1) und am 5. April 2002 aus der Haft entlassen (Urk. 4/3/17/15). Erst mit Schreiben vom 9. April 2002 zog die Ehefrau des [Beschwerdeführers] ihren Strafantrag zurück (Urk. 4/3/6/4).

Somit steht fest, dass die Ehefrau des [Beschwerdeführers] die Strafverfolgung gegen den [Beschwerdeführer] durch ihre Aussagen sowie ihren Strafantrag wenige Stunden nach der Auseinandersetzung mit dem [Beschwerdeführer] in Gang setzte und erst rund 10 Tage später, als der [Beschwerdeführer] bereits aus der Untersuchungshaft entlassen war, ihr Desinteresse an der Strafuntersuchung bekundete. Die Ingangsetzung des Strafverfahrens war somit die direkte Folge des widerrechtlichen Verhaltens des [Beschwerdeführers]. Hätte der [Beschwerdeführer] seine Ehefrau nicht verletzt, so hätte sie auch keine Strafuntersuchung gegen ihn veranlasst."

b) Der Beschwerdeführer vermag in der Beschwerdeschrift unter Hinweis auf die entsprechenden Aktenstellen zu belegen (vgl. KG act. 1 S. 4-7, Ziffer 5), dass die Vorinstanz in zwei Punkten eine aktenwidrige tatsächliche Annahme getroffen hat:

Richtig ist, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers keinen Strafantrag gestellt hat, wie dem entsprechenden Formular entnommen werden kann (vgl. Untersuchungsakten act. 6/1). Sie - die Ehefrau - hat am 29. März 2002 lediglich die Rubrik "Erklärung betr. Strafantrag" des Formular ausgefüllt bzw. unterzeichnet. Dadurch hat sie nur bestätigt, über die Strafantragsformalitäten orientiert worden zu sein. Einen Strafantrag hat sie indessen nicht - auch nicht später - gestellt (vgl. Untersuchungsakten act. 6/1, Rückseite des Formulars). Die Feststellung des

Obergerichts, die Ehefrau des Beschwerdeführers habe am 29. März 2002 einen Strafantrag gestellt, ist somit aktenwidrig.

Weiter ist richtig, dass die Ehefrau mit Schreiben vom 9. April 2002 ihren Strafantrag nicht zurückgezogen, sondern lediglich auf die Stellung eines Strafantrags *verzichtet* hat (Desinteressesments-Erklärung) (vgl. Untersuchungsakten act. 6/4). Die Feststellung des Obergerichts, die Ehefrau des Beschwerdeführers habe mit Schreiben vom 9. April 2002 ihren Strafantrag zurückgezogen, ist somit ebenfalls aktenwidrig.

c) Für die Vorinstanz war offenbar im Rahmen der interessierenden Fragestellung (nach ihrer aktenwidrigen Darstellung) entscheidend, dass die Ehefrau einen Strafantrag stellte und diesen erst am 9. April 2002, d.h. 10 Tage später, zurückzog. Die beiden aktenwidrigen Annahmen haben sich somit zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt. Etwas Gegenteiliges kann der obergerichtlichen Begründung nicht - jedenfalls nicht mit ausreichender Sicherheit - entnommen werden. Die beiden Rügen sind begründet.

5. a) Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, die Vorinstanz habe bei der Prüfung der Voraussetzungen für eine Kostenaufgabe auf die von seiner Ehefrau gegenüber der Polizei gemachten Aussagen abgestellt. Diese seien unter Verletzung seiner Verteidigungsrechte nach § 14 StPO zustande gekommen. Die entsprechenden Einvernahmeprotokolle seien daher gemäss § 15 StPO nichtig bzw. ein Abstellen darauf durch die Vorinstanz verletzte zu seinem Nachteil gesetzliche Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO (vgl. KG act. 1 S. 7-9, Ziffer 6).

b) Es trifft zu, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers lediglich durch die Kantonspolizei Zürich befragt worden ist (vgl. die beiden Einvernahmen vom 29. März 2002, 00:21 bzw. 14:05 Uhr; Untersuchungsakten act. 5/1 und 5/2). Aktenkundig ist weiter, dass die Ehefrau am Nachmittag des 29. März 2002 ein Telefongespräch mit dem zuständigen Bezirksanwalt führte, anlässlich welchem sie sich im Sinne der zweiten polizeilichen Befragung geäußert habe (vgl. Aktennotiz vom 29. März 2002; Untersuchungsakten act. 12/1). Der Beschwerdeführer und

sein Verteidiger hatten im Verlauf der Strafuntersuchung somit keine Gelegenheit, an einer mit der Ehefrau durchgeführten Einvernahmen teilzunehmen und Ergänzungsfragen zu stellen, insbesondere kam es nicht zu einer (formellen) Zeugenbefragung der Ehefrau, an welcher der Beschwerdeführer sein Teilnahme- und Fragerecht im Sinne von § 14 Abs. 1 StPO hätte ausüben können.

c) Damit steht vorerst fest, dass die polizeilichen und telefonischen Aussagen der Ehefrau in dem dem vorliegenden Verfahren betreffend Kostenaufgabe zugrundeliegenden Strafverfahren nicht verwertbar gewesen wären. Die beweismässige Verwertbarkeit von polizeilichen Aussagen einer Drittperson setzt nämlich grundsätzlich voraus, dass mit ihr später eine formgültige Zeugeneinvernahme (durch den Bezirksanwalt oder das Gericht) durchgeführt wird, bei welcher der Beschuldigte sein Anwesenheits-, Teilnahme- und Fragerecht (vgl. § 14 Abs. 1 StPO, Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV [bzw. Art. 4 aBV], Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. e IPBPR) - soweit er nicht darauf verzichten möchte - ausüben kann (ZR 86 Nr. 87; ZR 98 Nr. 63, BGE 125 I 127, E. 6c/ee und ff; SCHMID, Strafprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1997, N 649). Fand keine Befragung in Gegenwart des bzw. (ergänzend) durch den Angeschuldigten statt, ist es dem Richter somit aus prozessualen Gründen verwehrt, bei der Urteilsbegründung im Schuld- oder Strafpunkt die polizeilichen Aussagen miteinzubeziehen (vgl. § 15 StPO). Das Gleiche muss auch für die anlässlich eines Telefongespächs gemachten Aussagen gelten, die eine Drittperson gegenüber dem Bezirksanwalt im Rahmen einer Strafuntersuchung machte.

d) Indessen geht es hier nicht um das eigentliche Strafverfahren als solches, sondern lediglich um die Nebenfolgen einer eingestellten Strafuntersuchung: Die Frage, welche prozessualen Bestimmungen für die Verwertbarkeit von Aussagen zu beachten sind, wenn sie (wie hier) lediglich für den Entscheid betreffend Kostenaufgabe einer eingestellten Strafuntersuchung Verwendung finden sollen, hat das Kassationsgericht im Jahre 1996 entschieden (Kass.-Nr. 95/520 S, Beschluss vom 14. November 1996, in Sachen D., E. II/2, m.w.H. [RB 1996 Nr. 14]). Es erwog zusammengefasst, die StPO statuiere keine besonderen Verfahrensvorschriften für den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen einer ein-

gestellten Strafuntersuchung. Diesbezüglich gehe es denn auch nicht mehr um einen strafrechtlich relevanten Schuldnachweis und die Ausfällung einer Strafe, sondern um eine vermögensrechtliche Angelegenheit, d.h. um die Abklärung einer zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherten Haftung. Als elementarer Grundsatz *jedes* Verfahrens müsse aber gelten, dass man die Parteien zur Sache hört und erst entscheidet, wenn man den Sachverhalt kenne, und sei es auch nur nach dem Prinzip der formellen Wahrheit. Der Grundsatz schliesse ein, dass den Parteien und ihren Vertretern, bzw. dem Angeschuldigten, Angeklagten oder Geschworenen und deren Verteidiger Gelegenheit geboten werden müsse, grundsätzlich auch allen Beweiserhebungen und Verhandlungen im Prozess beizuwohnen und, bei Einvernahmen von Personen, diesen Ergänzungsfragen zu stellen (vgl. a.a.O., E. II/2/2/2-3, m.H. auf Zivil- und Strafprozess).

e) Nach dem Gesagten kommen die §§ 14/15 StPO in Verfahren der vorliegenden Art zwar nicht zum Nennwert zur Anwendung, da sie primär dem Schutz des Angeschuldigten im eigentlichen Strafverfahren dienen. Wohl aber müssen die aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs abgeleiteten Verfahrensgrundsätze beachtet werden. Wie unter lit. b ausgeführt, hatte der Beschwerdeführer keine Möglichkeit, an den Befragungen seiner Ehefrau teilzunehmen und Ergänzungsfragen zu stellen, und eine solche Möglichkeit ergab sich - bedingt durch den Verlauf der Strafuntersuchung - auch nicht später. Dadurch wurde den vorstehend dargelegten Grundsätzen, wie sie auch in Verfahren betreffend Kostenaufgabe beachtet werden müssen, nicht Genüge getan. Dies führt zur Unverwertbarkeit der betreffenden Einvernahmeprotokolle und der Aktennotiz (soweit es darin um die Aussagen der Ehefrau geht), und ein Abstellen darauf durch die Vorinstanz erfüllt den Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO.

6. Nach dem Gesagten vermochte der Beschwerdeführer zu seinem Nachteil mehrere Nichtigkeitsgründe nachzuweisen. Die gutgeheissenen Beschwerdepunkte führen zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Neuurteilung.

7. Ausgangsgemäss werden die Kosten des Kassationsverfahrens auf die Gerichtskasse genommen, und dem (anwaltlich vertretenen) Beschwerdeführer

wird aus der Gerichtskasse für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung entrichtet.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Oktober 2003 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 400.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 161.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Dem Beschwerdeführer wird für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'614.-- (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse ausbezahlt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie den Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: