



Kass.-Nr. AC040012/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 29. Juni 2004

in Sachen

X.,

...,

Rekurrent und Beschwerdeführer

verteidigt durch Rechtsanwalt ...

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

8001 Zürich,

Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. Christian Weber

betreffend

Kostenauflage

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Dezember 2003 (UK020115/U/mp)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. X. (Rekurrent, Beschwerdeführer) war Präsident, Delegierter und Konzernleiter der Z. AG. Im Zusammenhang mit deren Konkurs erhoben verschiedene Investoren und Aktionäre sowie die beiden ausseramtlichen Konkursverwalter, die Steuerbehörden und die Sozialversicherungsanstalt mehrere Strafanzeigen wegen diverser Delikte gegen die Verantwortlichen der Z. Gruppe, darunter den Rekurrenten, und gegen die Vertreter der Hauptgläubigerbanken. In der Folge eröffnete die Bezirksanwaltschaft III für den Kanton Zürich (BAK III) eine Strafuntersuchung gegen verschiedene Personen, worunter auch der Rekurrent. Letztlich angeklagt wurde lediglich der Rekurrent; die gegen die andern Personen geführten Strafuntersuchungen wurden eingestellt.

Am 22. Oktober 2001 erhob die BAK III gegen den Rekurrenten Anklage beim Bezirksgericht Zürich (BG act. BHD 22), zog diese jedoch am 22. November 2001 telefonisch unter Vorbehalt der Wiedereinbringung zurück (vgl. Präsidialverfügung des Bezirksgerichts Zürich. 9. Abteilung, vom 22. November 2001, BG act. BHD 23). Am 8. Januar 2002 erhob die BAK III erneut Anklage gegen den Rekurrenten betreffend Bevorzugung eines Gläubigers, Veruntreuung, Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Alters- und Hinterlassenenversicherung, Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer und gegen das (alte) kantonale Steuergesetz (BG act. BHD 24). Auf die einzelnen Anklagepunkte wird, soweit dies notwendig ist, im Rahmen der Behandlung der Rügen eingegangen.

Mit Urteil vom 4. September 2002 (BG HD 47 = OG act. 2) erkannte das Bezirksgericht Zürich (9. Abteilung) den Rekurrenten schuldig des mehrfachen Steuerbetrugs im Sinne von Art. 186 DBG und des mehrfach versuchten Steuerbetrugs im Sinne von § 192 alt StG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie des mehrfachen Vergehens im Sinne von Art. 87 Abs. 2 und 4 AHVG. Von den übrigen Anklagepunkten sprach das Bezirksgericht den Rekurrenten frei, soweit es auf diese eintrat. Das Bezirksgericht bestrafte den Rekurrenten mit einer Busse von Fr.

18'000.-- und gewährte die vorzeitige Löschung der Busse im Strafregister, wenn sich der Rekurrent während einer Probezeit von einem Jahr bewähre. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens wurden dem Rekurrenten vollumfänglich auferlegt.

Der Rekurrent erhob gegen die genannte Kostenregelung Rekurs beim Obergericht mit dem Antrag, es seien ihm die Kosten des Verfahrens zu 5 % aufzuerlegen und es sei ihm eine reduzierte Entschädigung von Fr. 117'460.-- (inklusive Mehrwertsteuer) zuzusprechen (OG act. 1).

Mit Beschluss vom 1. Dezember 2003 wies die III. Strafkammer des Obergerichts den Rekurs ab (OG act. 13 = KG act. 2).

2. Der Rekurrent beantragt mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde vom 2. Februar 2004, es sei der genannte Beschluss des Obergerichts vom 1. Dezember 2003 aufzuheben und es seien in Aufhebung von Dispositiv Ziffer 5 des bezirksgerichtlichen Urteils die Kosten des Strafverfahrens dem Rekurrenten zu 5 % aufzuerlegen und es sei ihm eine reduzierte Entschädigung von Fr. 117'460.-- (inklusive Mehrwertsteuer) zuzusprechen (KG act. 1). Mit Eingabe vom 20. Februar 2004 berichtigte der Rekurrent seine Beschwerdeschrift in einem Punkt (KG act. 11). Darüber wurden die Staatsanwaltschaft und das Obergericht orientiert (KG act. 12).

Die Staatsanwaltschaft verzichtet auf eine Beantwortung der Beschwerde (KG act. 13) und das Obergericht auf eine Vernehmlassung zu dieser (KG act. 10).

II.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Kassationsgerichts stellt die Missachtung von Vorschriften über die Kostenaufgabe eine Verletzung materieller Gesetzesvorschriften im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 6 StPO dar (ZR 89 Nr. 108, 72 Nr. 107, 69 Nr. 68, 67 Nr. 98; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und

Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 36; Schmid, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 31 zu § 430). Dabei ist es insbesondere mit Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 4 aBV bzw. Art. 32 Abs. 1 BV vereinbar und gestützt auf §§ 42 bzw. 189 StPO zulässig, einem Angeschuldigten bei Einstellung des Verfahrens oder Freispruch Kosten aufzuerlegen, wenn er in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise, d.h. schuldhaft im Sinne einer analogen Anwendung von Art. 41 Abs. 1 OR (bzw. "leichtfertig oder verwerflich") gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Rechtsnorm verstossen hat, soweit dadurch das Strafverfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert wurde (BGE 119 Ia 334, 116 Ia 162 ff.; zur Widerrechtlichkeit insbesondere ZR 99 Nr. 8). Das Kassationsgericht beurteilt dahingehende Rügen grundsätzlich - d.h. bezüglich der richtigen Anwendung der fraglichen Rechtsnorm - mit freier Kognition, im Quantitativen indessen nur unter dem Gesichtspunkt der offensichtlichen Unangemessenheit bzw. Willkür (Schmid, a.a. O., N 31 zu § 430 StPO bei Anm. 176 mit Hinweisen).

2. Die Anklage und der angefochtene Beschluss des Obergerichts beruhen auf folgendem, vom Beschwerdeführer nicht bestrittenen und in seiner Beschwerdeschrift (S. 4 - 6, Ziff. 6) wiedergegebenen Sachverhalt:

Die Z. Holding AG schloss am 27. April 1994 mit dem Beschwerdeführer einen Arbeitsvertrag für eine feste Dauer von drei Jahren (1. Januar 1994 bis 31. Dezember 1996). Darin wurde ein Jahressalär von Fr. 600'000.-- sowie eine zusätzliche Salärpauschale von Fr. 1 Mio. für die gesamte Vertragsdauer vereinbart. Gleichzeitig wurde ein Stock-Option-Plan mit garantiertem Mindestgewinn in der Höhe der genannten Salärpauschale vereinbart (Entscheid S. 15 f lit. C Ziff. 2). Am 4. Dezember 1995 beschloss das Verwaltungsrats-Committee „Management Development & Compensation“ (vier Verwaltungsratsmitglieder, worunter der Beschwerdeführer) „dass für 1995 die Krankenversicherungsprämie von vier Holdingmitarbeitern [darunter des Beschwerdeführers] à cto der Saläre durch den Arbeitgeber entrichtet werde. Für X. erfolgt anstelle der Ausrichtung des November- und Dezemberlohnes [1995] eine Einkaufssumme in die Vorsorgeeinrichtung zugunsten X. Diese Massnahmen zur Steueroptimierung [...] erfolgen kostenneu-

tral für den Arbeitgeber.“ Im den Steuerbehörden eingereichten Lohnausweis des Beschwerdeführers für das Jahr 1995 waren diese Leistungen nicht deklariert. Sozialbeiträge auf den Löhnen des Beschwerdeführers für November und Dezember 1995 und auf den vom Lohn abgezogenen Krankenkassenbeiträgen für 1995 wurden nicht abgerechnet. Die Zusage der Kostenneutralität für den Arbeitgeber wurde so ausgelegt, dass die arbeitgeberseitigen Sozialabgaben zufolge ihres vermeintlichen Nichtanfalls dem Arbeitnehmer (unter anderem Beschwerdeführer) zugedacht seien (Entscheid S. 33 f.). An seiner Sitzung vom 20. März 1996 genehmigte der Verwaltungsrat der Z. Holding AG die entsprechenden Anträge des genannten Committees (Entscheid S. 35 oben).

Der Verwaltungsrat der Z. Holding AG erteilte an seiner Sitzung vom 18. Juni 1996 der Geschäftsleitung der Z. Management AG die Kompetenz, die im Arbeitsvertrag des Beschwerdeführers zugesicherte Salärpauschale auszuzahlen, dies maximal bis zu den pro rata temporis-Ansprüchen der Dreijahresperiode. Diese Auszahlung habe im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten nach den Vorgaben des Beschwerdeführers bei Kostenneutralität für den Arbeitgeber gegenüber der Auszahlung als Salär zu erfolgen. Zu berücksichtigen sei ein Zinsausgleich zu 3% per 31. Dezember 1996 und der Optionsvertrag werde damit ausser Kraft gesetzt. Die Detailregelung sei vom Beschwerdeführer zu erarbeiten, vom Verwaltungsratsmitglied und Rechtsanwalt Dr. N. einzusehen und vom Verwaltungsratsmitglied und ehemaligen Präsidenten B. mit zwei Zeichnungsberechtigten der Geschäftsleitung der Z. Management AG zu unterzeichnen. Am 27. Juni 1996 wurde Verwaltungsrat N. im Auftrag des Beschwerdeführers ein Entwurf des Textes der vorgesehenen Vertragsänderung auf Briefpapier der Z. Management AG und unter Aufführung der im Text einzusetzenden Zahlen auf einem separaten Blatt unterbreitet (Entscheid S. 38 f.). Am 1. Juli 1996 schreibt Rechtsanwalt Dr. N. in einem Fax an den Beschwerdeführer: Was den Optionsvertrag anbelangt, gehe ich mit dem [vordatieren] Entwurf vom 10. Juli [1996] einig. Im Konkursfall im zweiten Semester 96 bleibt ein Restrisiko, das aber wohl kaum weiter zu minimieren ist.“ (BG act. B6/3.12). Am 10. Juli 1996 wird die mit „Nachtrag zu Anstellungs- und Optionsvertrag von Christian R. X. vom 27. April 1994“ überschriebene Regelung namens der Z. Management AG und der Z. Holding AG sowie durch den Be-

schwerdeführer unterzeichnet (BG act. B3/3.22). Gestützt auf diesen Nachtrag vergütet die Z. Management AG Fr. 608'915.-- auf das Vorsorgekonto des Beschwerdeführers bei der Swiss Life (vormals Rentenanstalt) und zahlt mit den weiteren Lohnbetreffnissen dem Beschwerdeführer die übrigen Anteile der Salärpauschale aus, wie im Nachtrag vereinbart.

Der Beschwerdeführer ergänzt, ein dritter im angefochtenen Beschluss nicht erwähnter Beschluss des Verwaltungsrats sei am 21. November 1996 ergangen, mit welchem das Anstellungsverhältnis mit dem Beschwerdeführer bis Ende Februar 1997 verlängert worden sei. Der Verwaltungsrat habe den Vorschlag des Beschwerdeführers angenommen, das Anstellungsverhältnis bis Ende Februar 1997 zu den gleichen Konditionen wie bisher zu verlängern. Die „Salärpauschale“ werde dabei proratiert für die zwei Monate als Arbeitgebereinlage in die Vorsorgeeinrichtung eingezahlt. Diese Einlage werde so bemessen, dass Kostenneutralität für den Arbeitgeber gegenüber der Auszahlung als Salär entstehe (BG act. B4/ 1.24 S. 5). Am 24. Februar 1997 habe die Z. Management AG die letzte Zahlung von Fr. 60'194.-- an die Swiss Life überwiesen (die vom Beschwerdeführer hier genannte Aktenstelle „B HD 24, S. 12“ - dies wäre die Anklageschrift - stimmt nicht). Die Z. Holding AG sei einen Monat früher, am 21. Januar 1997, in Konkurs gefallen.

3. a) Das Obergericht hält fest, aus strafrechtlicher Sicht möge man dem Beschwerdeführer attestieren, in der Durchsetzung seiner Ansprüche gegenüber den Unternehmen der Z. Gruppe ausschliesslich als Arbeitnehmer gehandelt zu haben. Aus der für die Kostenaufgabe massgebenden Optik sei er für seine Handlungen (in welcher seiner Funktionen und wie transparent auch immer er sie vorgenommen habe) und deren allenfalls schädigenden Folgen haftbar und verantwortlich, wenn dadurch die Interessen der ihm kraft seiner Mehrfachfunktionen in der Z. Gruppe anvertrauten Unternehmungen oder Personen und Einrichtungen, die in einem wirtschaftlichen Verhältnis zu ihr stehen, verletzt worden seien. Als Delegierter des Verwaltungsrates habe er für die korrekte und gesetzeskonforme Umsetzung der Verwaltungsratsbeschlüsse zu sorgen, ob er nun daran mitgewirkt habe oder nicht. Als Konzernleiter habe er für einen reibungslosen und

selbstredend mit den gesetzlichen Bestimmungen übereinstimmenden Ablauf der unternehmerisch wirksamen, administrativen und buchhalterischen Belange in der Unternehmung und - wo er dies an Untergebene delegiert - für eine entsprechende gehörige Instruktion und Beaufsichtigung der Mitarbeiter besorgt zu sein. Als Verwaltungsrat der Z. Holding AG und der Z. Management AG habe er eine diesbezügliche Leitungs- und Überwachungsfunktion in den Unternehmungen der Z. Gruppe, wozu wiederum die Pflicht gehöre, dafür zu sorgen, dass nicht prioritär und einseitig Einzelinteressen, wie die eigenen persönlichen Interessen, im Unternehmen verfolgt und durchgesetzt werden könnten, sondern dass zwischen den Ansprüchen, die im Innen- und Aussenverhältnis des Unternehmens von verschiedenen Anspruchsgruppen (wie Arbeitnehmern, Gläubigern der Unternehmung, Anlegern im Kapitalmarkt, Aktionären und weiteren Betroffenen) an dieses gestellt würden, ein ausgewogener Ausgleich geschaffen werde (Corporate Governance). Diese allgemein verbindlichen organschaftlichen und aktienrechtlichen Verhaltensregeln, die wie das Verbot des Rechtsmissbrauchs auf dem Prinzip von Treu und Glauben generell und insbesondere im Geschäftsverkehr basierten, habe der Beschwerdeführer auch als Arbeitnehmer bei der Durchsetzung seiner eigenen Saläransprüche einzuhalten. Den aus diesen geltenden Regelungen und aus den von ihm bekleideten Funktionen fliessenden Verpflichtungen und Verantwortungen habe er sich nicht dadurch entledigen können, dass er (nota bene nachdem er von der drohenden Überschuldung der Holding nach dem Verkauf der Q. [...] gewusst habe, nachdem er als CEO und Verwaltungsrat die Gründung der Z. Management AG initiiert habe, die unter seiner Leitung à conto der Holding so grosszügig mit finanziellen Mitteln [Rückstellungen] ausgestattet worden sei, dass sie nicht in Konkurs habe gehen können und für die Deckung der Ansprüche ihrer Angestellten [X., J., K.. L. und zwei Sekretärinnen] stets genügend Mittel zur Verfügung gestanden seien, und nachdem sein Arbeitsverhältnis definitiv auf die Z. Management AG übertragen worden sei) einen Rollenwechsel vorgenommen habe, bei der Beschlussfassung im Verwaltungsrat zwar als Protokollführer anwesend gewesen sei, aber als Verwaltungsrat in den Ausstand getreten sei, Transparenz geschaffen habe hinsichtlich Geltendmachung seines Anspruchs, Detailregelung, Berechnung und Auszahlung und es vermieden habe, in eigener Sache

in irgendeiner andern Form, als derjenigen des Arbeitnehmers zu erscheinen. Dieses Vorgehen habe der ausseramtliche Konkursverwalter zu recht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert. Als CEO und Delegierter des Verwaltungsrats bleibe der Beschwerdeführer - auch wenn er im Angestelltenverhältnis stehe und in eigener Sache gehandelt habe - verantwortlich für die oben umschriebene Corporate Governance, die korrekte gesetzeskonforme Abwicklung des Zahlungsverkehrs inklusive die korrekte Deklaration und Verabgabung gegenüber Sozialversicherungseinrichtungen bzw. die gehörige Instruktion seiner Untergebenen. Als Verwaltungsrat der Z. Holding AG und insbesondere auch der Z. Management AG habe er den Vertrauensgrundsatz verletzt, wenn er - wie hier - zum einen bei der Durchsetzung der Eigeninteressen seinen zufolge seiner diversen Funktionen in der Unternehmung gewonnenen Wissensvorsprung gegenüber andern Gläubigern der Unternehmung zum eigenen Vorteil ausnütze, und zum andern der ihm kraft seiner Funktionen zukommenden Verpflichtung für einen ausgewogenen Ausgleich zwischen den Interessen der Gesellschaft und denjenigen weiterer Anspruchsgruppen (wie hier im Vordergrund stehend die Fünftklass-Gläubiger im absehbaren Konkurs) sein persönliches Interesse voranstelle. Damit habe er bewusst in Kauf genommen, dass die Vorab-Befriedigung seiner eigenen Ansprüche der Arbeitgeberin gegenüber eine Gläubigerschädigung zur Folge haben würde und müsse sich damit den - nicht im strafrechtlich relevanten Sinne - Vorwurf der Selbstbegünstigung gefallen lassen. Daran ändere nichts, dass er den grundsätzlich formell korrekten Weg für die Durchsetzung eigener Ansprüche eines angestellten Organs eingeschlagen habe. Ob ihm als Organ bei der gegebenen Lage des Unternehmens überhaupt ein Weg zur Verfügung gestanden sei, unter Beachtung seiner vertraglich und aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen eingegangenen Verantwortlichkeit, die er kraft seiner Funktion gehabt habe, und in Wahrung der Interessen der Unternehmung und der damit wirtschaftlich verbundenen Dritten seine eigenen Ansprüche ungeschmälert ans Trockene zu bringen oder nicht, berühre seine Verpflichtung, in erster Linie für die Interessen der Unternehmung und der Gläubiger zu sorgen, in keiner Weise. Insoweit und bis zu einem gewissen Grad - nämlich bis zur Höhe seiner Ansprüche an die Arbeitgeberfirma - habe damit auch das mittels Arbeitsvertrag verpflichtete - immerhin ge-

geschäftsführende - Organ ein beschränktes Unternehmerrisiko zu tragen und könne der für das nicht in einem faktischen Unterordnungsverhältnis stehende geschäftsführende Organ fehlende Schutz seiner Lohnansprüche durch das Konkursprivileg nicht durch die Voranstellung der Eigeninteresse nach Bedarf ersetzt werden. Dem Beschwerdeführer werde denn auch nicht der eingeschlagene Weg zur Geltendmachung seiner eigenen Ansprüche als Verstoss gegen Treu und Glauben zum Vorwurf gemacht, sondern sein Handeln und Vorgehen als geschäftsführendes Organ in der prekären Lage der Z. Gruppe im klar nachgewiesenen Wissen um den nach dem Verkauf der Q nicht zu vermeidenden Konkurs der Holding infolge Überschuldung, mit welchem er ungeachtet sämtlicher nicht ihn persönlich betreffender Interessen den ihm für den Fall einer weiteren Verzögerung gewissen persönlichen Verlust abzuwenden getrachtet habe und die ungeschmälerte Durchsetzung seiner eigenen Ansprüche angestrebt habe, und zwar ohne irgendwelche Abstriche gemacht zu haben. Mit Abschluss des Arbeitsvertrags und des Stock Options-Plans sei der Beschwerdeführer ursprünglich ein kalkuliertes Risiko eingegangen für den Fall, dass die massgeblich unter seiner Führung geplante Sanierung der Z. Gruppe scheitern sollte. Im Gegenzug dazu sei er entsprechend entlohnt worden und es sei ihm für den Fall eines steigenden Aktienkurses unentgeltlich die Möglichkeit auf die Erzielung eines erheblich höheren Gewinns eingeräumt worden. So sei er bereit gewesen, auf den Aufschwung zu warten. Solange noch die geringste Chance bestanden habe, dass die Hauptgläubigerbanken die Sanierung der Z. Gruppe weiterhin unterstützen könnten, habe der Beschwerdeführer keinen Anlass gesehen, seine Gewinnchancen aufzugeben, selbst angesichts des aufgrund der ihm bekannten prekären finanziellen Lage der Gruppe latent immer gegebenen Konkursrisikos, und sich mit dem garantierten Mindestgewinn, der Salärpauschale von Fr. 1 Mio. zufrieden zu geben. Erst als absolut klar geworden sei, dass die Optionen nichts mehr wert gewesen seien und sich die Z. Gruppe nicht mehr erholen würde, erst als der Konkurs praktisch vor der Türe gestanden sei, und sich das im Grunde genommen einkalkulierte Risiko (Abklärungen betreffend Konkursprivileg bereits kurz nach Abschluss des Vertrags), dass im Konkurs keine vollumfängliche Deckung des garantierten Mindestgewinns mehr erreicht werden könnte, zu verwirklichen gedroht

habe, sei der Beschwerdeführer bereit gewesen, seine nun wertlosen Optionen an die Z. Holding AG zurückzugeben und mit dem Mindestgewinn bzw. der Salärpauschale von Fr. 1 Mio. vorlieb zu nehmen. Um das - solange die Chancen auf Erzielung von Gewinn einigermaßen intakt gewesen seien, in Kauf genommene - Risiko auszuschliessen, zufolge des bei leitenden Organen einer Unternehmung nicht greifenden Arbeitnehmerschutzes im Konkurs als Fünftklass-Gläubiger womöglich eine Einbusse auf der Salärpauschale erleiden zu müssen, habe der Beschwerdeführer seine Ansprüche sofort durchgesetzt, was im gewählten Zeitpunkt, in der gegebenen Situation und unter den gegebenen Umständen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und die dem Beschwerdeführer in seinen Funktionen als Organ und geschäftsführender Konzernleiter obliegenden aktienrechtlichen und organschaftlichen Sorgfalts- und Treuepflichten verstossen habe.

Das Obergericht kommt zum Schluss, der Beschwerdeführer habe für die Kosten der durch sein vorwerfbares verwerfliches Verhalten kausal verursachten Eröffnung und Durchführung einer Strafuntersuchung wegen Gläubigerbevorzugung, die entsprechende Anklageerhebung und die Durchführung des diesbezüglichen Gerichtsverfahrens einzustehen (angefochtener Entscheid S. 50 - 53).

b) Unter Ziffer 8 seiner Beschwerdebegründung (S. 6 f.) weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass sein Verhalten weder mit strafrechtlichen noch mit SchKG-rechtlichen Verhaltensnormen in Widerspruch stehe. Über solche Verhaltensregeln hinaus bestehe keine verbindliche Rechtsnorm, welche einem Gläubiger vorschreibe, bei Geltendmachung seines Anspruchs auf andere Gläubiger Rücksicht zu nehmen.

Das Obergericht wirft dem Beschwerdeführer nicht vor, sich in straf- oder SchKG-rechtlicher Hinsicht unkorrekt verhalten zu haben. Es wirft ihm auch nicht vor, spezifisch als Gläubiger falsch gehandelt zu haben. Der angefochtene Entscheid des Obergerichts beruht darauf, dass der Beschwerdeführer nicht nur Arbeitnehmer und damit Gläubiger von Unternehmen der Z. Gruppe war, sondern innerhalb dieser Gruppe verschiedene Funktionen, so solche des CEO, des Konzernleiters und des Verwaltungsratspräsidenten bekleidete und sein Verhalten deshalb nicht bloss unter dem Gesichtspunkt seiner Gläubigerstellung zu beurteilen sei. Soweit

der Beschwerdeführer sich darauf beruft, dass keine Pflicht des Gläubigers bestehe, bei Geltendmachung seines Anspruchs auf andere Gläubiger Rücksicht zu nehmen, gehen seine Ausführungen im vorliegenden Kassationsverfahren an der Sache vorbei.

c) Unter Ziffer 10 und 11 der Beschwerdebegründung (S. 7 f.) wendet sich der Beschwerdeführer gegen den Vorwurf, sich rechtsmissbräuchlich bzw. gegen Treu und Glauben handelnd verhalten zu haben. Er habe einen vertraglich eingeräumten Anspruch geltend gemacht. Art. 2 ZGB untersage dem Berechtigten nicht, von seinem Recht Gebrauch zu machen, es gebiete ihm lediglich, diejenige Art der Rechtsausübung zu wählen, die für den Verpflichteten am wenigsten schädlich sei (schonende Rechtsausübung). Dass der Beschwerdeführer eine andere Art der Rechtsausübung hätte wählen können und müssen, werfe der angefochtene Beschluss dem Beschwerdeführer jedoch explizit nicht vor („Daran ändert nichts, dass er den grundsätzlich formell korrekten Weg für die Durchsetzung eigener Ansprüche eines angestellten Organs eingeschlagen hat“ [Entscheid S. 52 unten] und „Dem Rekurrenten wird denn auch nicht der eingeschlagene Weg zur Geltendmachung seiner Ansprüche als Verstoss gegen Treu und Glauben zum Vorwurf gemacht ... [Entscheid S. 53 oben]). Aus welchen Gründen sonst sein Verhalten klar gegen Treu und Glauben verstossen haben soll, führe der Entscheid nicht aus und sei auch nicht ersichtlich. Dass das Vorgehen des Beschwerdeführers offenbar rechtsmissbräuchlich gewesen sein sollte, werde im angefochtenen Entscheid nirgends behauptet und von „offenbarem Rechtsmissbrauch“ (Art. 2 Abs. 2 ZGB) sei im angefochtenen Entscheid ohnehin nicht die Rede. Aus Art. 2 ZGB ergebe sich kein Art. 41 Abs. 1 OR angenähertes widerrechtliches Verhalten und Verschulden des Beschwerdeführers.

Das zweite vom Beschwerdeführer wörtlich angeführte Zitat ist unvollständig. Das Obergericht hält an der zitierten Stelle (Entscheid S. 53 Mitte) fest: „Dem Rekurrenten wird denn auch nicht der eingeschlagene Weg zur Geltendmachung seiner Ansprüche als Verstoss gegen Treu und Glauben zum Vorwurf gemacht, sondern sein Handeln und Vorgehen als geschäftsführendes Organ in der mehrfach umschriebenen prekären Lage der Z. Gruppe ...“. Das Obergericht hat somit einmal

mehr klar gemacht, dass es das zur Kostenaufgabe führende Verhalten des Beschwerdeführers nicht in dessen Verhalten als Gläubiger, sondern als Organ der Z. Gruppe sieht.

d/aa) Der Beschwerdeführer bringt vor, der angefochtene Entscheid erwähne weiter allgemein verbindliche organschaftliche und aktienrechtliche Verhaltensregeln, aus denen sich die Pflicht ergebe, dafür zu sorgen, dass nicht prioritär und einseitig Einzelinteressen durchgesetzt werden könnten, sondern dass zwischen verschiedenen Anspruchsgruppen - Arbeitnehmern, Gläubigern, Anlegern, Aktionären und weiteren Betroffenen - ein ausgewogener Ausgleich geschaffen werde (Stichwort Corporate Governance) (Entscheid S. 51). Dies konkretisiere der Entscheid dahin, dass er dem Beschwerdeführer die „ungeschmälerte Durchsetzung seiner eigenen Ansprüche“, „und zwar ohne irgendwelche Abstriche zu machen“, vorhalte (Entscheid S. 53). Das schweizerische Aktienrecht (Art. 717 Abs. 1 OR) mache den Mitgliedern des Verwaltungsrats zur Pflicht, die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren. Daraus sei herzuleiten, dass keine eigene Interessenverfolgung zu Lasten der Gesellschaft erfolge dürfe, beispielsweise ein Organmitglied, das selber mit der Gesellschaft Verträge abschliesse, sich an marktübliche Bedingungen halten müsse, widrigenfalls es sich im Sinne von Art. 754 OR haftbar mache. Vorliegend gehe es jedoch nicht um den Abschluss von Verpflichtungen zulasten der Gesellschaft. Die Verpflichtung zur Zahlung einer Salärpauschale sei bereits 1994 eingegangen worden. Eine sich aus aktienrechtlichen und organschaftlichen Bestimmungen hergeleitete Regel, wonach ein geschäftsführendes Organ in einer prekären finanziellen Lage einen im Arbeitsvertrag vereinbarten Saläranspruch gar nicht, nur mit Abstrichen oder mit Rücksicht auf andere Anspruchsgruppen (Gläubiger, andere Arbeitnehmer, Anleger, Aktionäre, usw.) erst später, z.B. nach Konkurseröffnung, geltend machen dürfe, gebe es nicht. Kein Aktionär, kein Gläubiger, aber auch kein Arbeitnehmer, und sei er auch CEO, habe eine Unterstützungspflicht gegenüber der Gesellschaft. Eine solche Unterstützungspflicht ergebe sich aus keiner allgemein verbindlichen organschaftlichen oder aktienrechtlichen Norm. Ebenso wenig sei ein Unternehmen nicht berechtigt, solche geltend gemachten Ansprüche zu erfüllen (Beschwerdeschrift S. 8 f. Ziff. 12 und 13).

Der Beschwerdeführer fährt fort, strafbar im Sinne von Art. 167 StGB handeln könne nur der im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit handelnde Schuldner. Der Beschwerdeführer habe jedoch als Gläubiger (der Salärpauschale) gehandelt. Schuldnerin (der Salärpauschale) sei die Z. Management AG gewesen. Die Z. Management AG habe bereits Ende 1995 für die Zahlung der Salärpauschale eine „Rückstellung Delegierte“ von Fr. 500'000.-- gebildet, die weiteren Fr. 500'000.-- sollten der Rechnung 1996 belastet werden. Die Z. Management AG sei auch nie in Konkurs gefallen, und diese habe dem Beschwerdeführer Ende Februar 1997, d.h. gut einen Monat nach dem Konkurs der Z. Holding AG, Fr. 60'194.-- auf sein Vorsorgekonto bei der Swiss Life bezahlt. Die Z. Holding AG, deren Verwaltungsrat im Juni 1996 der Geschäftsleitung der Z. Management AG die Kompetenz zu einer pro rata temporis Auszahlung der Salärpauschale erteilt habe, sei zu diesem Zeitpunkt auch nicht überschuldet gewesen. Somit hätten weder die Organe der Holding noch diejenigen der Z. Management AG im Bewusstsein einer Überschuldung handeln können. Schliesslich gehe es in Art. 167 StGB um die Zahlung einer noch nicht verfallenen Schuld. Und diesbezüglich spreche der angefochtene Entscheid auch nur von einer „zweifelhaften“ Fälligkeit, vertrete also selbst nicht die Auffassung, es sei eine noch nicht fällige Schuld bezahlt worden. Zusammenfassend sei somit kein einziges der drei objektiven Tatbestandselemente von Art. 167 StGB - Schuldner, Überschuldung, Zahlung einer noch nicht verfallenen Schuld - erfüllt, noch habe das subjektiv erforderliche Bewusstsein vorliegen können. Somit habe kein Anlass zu einer Strafuntersuchung und für eine Anklageerhebung bestehen können (Beschwerdeschrift S. 9 f. Ziff. 14 - 16).

bb) Der Beschwerdeführer beruft sich darauf, er habe als Gläubiger und nicht als Schuldner gehandelt. Dabei berücksichtigt er nicht, dass er nicht bloss - als Arbeitnehmer - Gläubiger der fraglichen Forderung war, sondern dass er als Verwaltungsratspräsident, Konzernchef und CEO der Z. Gruppe bzw. einzelner dieser angehörenden Unternehmen eine führende Funktion innerhalb der Schuldnerin eingenommen hat. Zwar trat er bei den entsprechenden Entscheiden der zuständigen Organe jeweils in den Ausstand, was aber nichts daran ändert, dass diese Entscheide zum Teil auf Grund seiner Vorschläge erfolgten. Auch stellte

sich die Frage, wie weit ein führendes Organ bzw. Mitglied eines führenden Organs Gesamtverantwortung für das Unternehmen bzw. die Unternehmensgruppe auch dann trägt, wenn es sich wegen Interessenskonflikten im Ausstand befindet. Zu beachten ist auch, dass der Arbeitsvertrag, aus welchem der Beschwerdeführer seine Ansprüche ableitete, am 27. April 1994 mit der Z. Holding AG geschlossen wurde und erst am 18. Juni 1996 der Entscheid des Verwaltungsrats der Z. Holding AG erging, der Z. Management AG die Kompetenz zu erteilen, die im Arbeitsvertrag mit dem Beschwerdeführer zugesicherte Salärpauschale auszuführen, und es dann auch die Z. Management AG ist, welche zu Gunsten des Beschwerdeführers Bezahlungen an die Vorsorgeeinrichtung bei der Swiss Life leistete, zuletzt rund einen Monat nach dem Konkurs der Z. Holding AG. Unter diesen Umständen drängte sich die Frage auf, weshalb die Zahlung der Salärpauschale nicht durch die ursprüngliche Schuldnerin, die Z. Holding AG, sondern durch eine ihrer Tochterunternehmen, die Z. Management AG erfolgt sei, ob dieser Entscheid im Wissen um die prekäre Lage, allenfalls um eine sich abzeichnende Überschuldung der Z. Holding erfolgt sei, und ob damit die Durchsetzung der Ansprüche des Beschwerdeführers im Sinne einer Bevorzugung desselben gegenüber andern Gläubigern der Z. Holding AG, welche zur Durchsetzung ihrer Forderungen nicht auf die Tochterunternehmung Z. Management AG greifen konnten, hätte bezweckt werden sollen. Eine Prüfung dieser Vorgänge unter strafrechtlichen Aspekten, auch unter dem Gesichtspunkt der Bevorzugung eines Gläubigers im Sinne von Art. 167 StGB bzw. der Anstiftung hierzu, drängte sich auf. Daran ändert sich nichts, dass es diesbezüglich letztlich zu einem Freispruch kam.

e) Das Obergericht hält auf Seite 27 des angefochtenen Entscheids fest, zwischen Ende April und Mitte Juli 1996 seien von der Arbeitsgruppe Z. die Projekte „Kappa“, „Alpha“, „Beta“ und „Alpha II“ entwickelt und diskutiert worden. Eine Fortführung der Z. Holding AG habe einzig das Projekt „Alpha“ vorgesehen (indem die Z. Holding AG und die Q fusioniert hätten bzw. die Q von der Z. Holding AG absorbiert worden wäre) und auch das nur für den (Not-)Fall, dass kein Käufer für die Aktiven der Q gefunden werden könnte oder ein völlig ungenügendes Angebot unterbreitet werden sollte. Allen andern Planungsvarianten gemein sei auch

der Verkauf der betriebsnotwendigen Aktiven der Q mit anschliessender (wenn immer machbar stiller oder falls nicht vermeidbar konkursamtlicher) Liquidation der übrig gebliebenen Q und insbesondere der Z. Holding AG, deren Anlagevermögen nun zu rund 95 % in der Beteiligung an der Q und einem Konzerndarlehen an dieselbe bestanden habe.

Der Beschwerdeführer stellt in der Beschwerdeschrift die Vorgänge innerhalb der besagten Arbeitsgruppe dar und macht geltend, er habe immer verschiedene Planungsvarianten verfolgt. Er macht geltend, dass auch andere Planungsvarianten ohne Konkurs der Z. Holding AG zur Diskussion gestanden seien, und rügt, das Obergericht beurteile das Verhalten des Beschwerdeführers auf der Grundlage aktenwidriger tatsächlicher Annahmen, eventuell willkürlicher Beweismwürdigung und Verweigerung des rechtlichen Gehörs (Beschwerdeschrift S. 10 - 15, lit. C Ziff. 17 - 28).

Selbst wenn dem Obergericht ein Fehler unterlaufen sein sollte, als es davon ausging, dass nur eine der entwickelten Varianten eine Fortführung der Z. Holding AG vorgesehen habe, ändert dies nichts daran, dass der die Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens rechtfertigende Verdacht im Raum steht, durch den Übergang der Schuld der Z. Holding AG gegenüber dem Beschwerdeführer als Arbeitnehmer/Gläubiger auf die Z. Management AG und die damit verbundenen Umständen hätten die Ansprüche des Beschwerdeführers als Gläubigers im Sinne einer Bevorzugung zum Nachteil der andern Gläubigern der Z. Holding AG gesichert werden sollen. Somit ist es für den Ausgang des Verfahrens betreffend Kostenregelung ohne Belang, ob die gerügte Feststellung des Obergerichts zutrefte oder nicht. Diesbezüglich ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten.

4. a) Im Zusammenhang mit der Auszahlung eines Teils der dem Beschwerdeführer vertraglich zustehenden Salärpauschale in Form der Überweisung an eine Vorsorgeeinrichtung, ohne über diesen Betrag mit der AHV korrekt abzurechnen, hält das Obergericht fest, selbst wenn der Verwaltungsrat (Dr.N.) den vom Beschwerdeführer vorgeschlagenen Berechnungsmodus bezüglich Vorsorgeeinrichtung und Sozialversicherung genehmigt und keines der Mitglieder des Exeku-

tivgremiums dagegen Einwände erhoben haben sollte - wovon hier auszugehen sei -, habe der Beschwerdeführer, der verantwortliche Konzernleiter und Verwaltungsrat beider Aktiengesellschaften, seine Aufsichts- und Überwachungspflicht gegenüber sich selber (eine Folge der Ämterkumulation, die nicht durch einen Rollenwechsel nach Bedarf ausser Kraft gesetzt werden könne) und auch gegenüber den Mitarbeitern der Finanz- und Buchhaltungsabteilung verletzt, wenn er die Frage der Abgabepflicht unter den gegebenen Umständen nicht geklärt habe oder habe klären lassen, sondern sich auf die angeblich in der Finanzabteilung herrschende Meinung verlassen habe, die zudem den Vorteil gehabt habe, dass sie sich zu seinen Gunsten ausgewirkt habe. Keines der befragten Mitglieder des Verwaltungsrates sei sich anscheinend dessen bewusst gewesen, dass sich der Beschwerdeführer durch seine in der Detailregelung vorgenommene Berechnungsweise und durch den Zusatz, „kostenneutral für den Arbeitgeber bei Auszahlung als Salär“ sich effektiv massiv höhere Bezüge zugeschanzt habe, als sie ihm vertraglich zugestanden hätten (rund Fr. 125'000.--). Die Transparenz der Geltendmachung seiner Ansprüche scheine hier ihre Grenzen gefunden zu haben. Eine plausible Erklärung oder Grundlage für seine Annahmen, der ihm geschuldete für Einlagen in die Pensionskasse verwendete Betrag umfasse nicht 100 % sondern lediglich 80,95 % und die „eingesparten“ Arbeitgeberbeiträge stünden ihm zu, habe der Beschwerdeführer nicht liefern können. Auch gemäss Bezirksgericht bedürfe keiner weiteren Erörterung, dass die vorgenommenen Überweisungen an die Vorsorgeeinrichtung des Beschwerdeführers keine freiwilligen Einlagen des Arbeitgebers an die Pensionskasse waren, sondern aus dem Einkommen des Beschwerdeführers erfolgt seien. Damit hätten zwingend die gesetzlichen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge an die AHV-Ausgleichskasse geleistet werden müssen, was der Beschwerdeführer bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte merken bzw. abklären lassen müssen. Sein Versäumnis bzw. seine Nachlässigkeit diesbezüglich sei vorwerfbar und widerrechtlich und habe - gerade auch weil sie sich zum Vorteil des Beschwerdeführers persönlich ausgewirkt habe - zum zu untersuchenden Verdacht geführt, er habe seine Bezüge als Geschäftsleiter eigenmächtig und unberechtigterweise zum Nachteil der ihm anvertrauten Unternehmung aufgebessert, und damit adäquat kausal zur Einleitung einer

Strafuntersuchung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung, eventuell Veruntreuung beigetragen (angefochtener Entscheid S. 59 f.).

b/aa) Der Beschwerdeführer macht geltend, seine Bezüge seien durchwegs aufgrund von Beschlüssen des Verwaltungsrates und eines von der Z. Holding AG, der Z. Management AG und dem Beschwerdeführer unterzeichneten Nachtrags (zum Arbeitsvertrag) vom 10. Juli 1996 erfolgt. Die damit verbundene Verletzung der AHV-Abgabepflicht habe sich aus diesen Beschlüssen und übereinstimmenden Willensäusserungen ergeben, so dass aufgrund der Akten zugleich klar gewesen sei, dass sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer die AHV-Abgabepflicht unrichtig beurteilt hätten. Davon sei auch die BAK III ausgegangen, was sich aus Protokollnotizen ergebe. Deswegen sei nicht erst bei Anklageerhebung, sondern bereits in der Untersuchung unerfindlich gewesen, worin die dem Beschwerdeführer vorgeworfene ungetreue Geschäftsbesorgung bzw. Veruntreuung bestehen solle. Da somit kein erfindlicher Anlass für eine Untersuchung und ein gerichtliches Verfahren wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung evtl. Veruntreuung bestanden habe, verletze die Kostenaufgabe materielle Gesetzesvorschriften. Eine Anklage, welche nicht einigermassen plausibel machen könne, worin die Veruntreuung bzw. ungetreue Geschäftsbesorgung bestehe, könne auch keine Aussicht auf Erfolg haben, weshalb die Anklageerhebung das pflichtgemässe Ermessen der Anklagebehörde verletzt habe. Damit verletze die Kostenaufgabe für das gerichtliche Verfahren materielle Gesetzesbestimmungen (Beschwerdeschrift S. 16 f. Ziff. 31 und 32).

Der Beschwerdeführer verneint weiter das Vorliegen eines zivilrechtlich vorwerfbaren Verhaltens für die im Ergebnis unrichtige Beurteilung der AHV-Abgabepflicht. Er weist darauf hin, dass Einzahlungen des Arbeitgebers in die betriebliche Vorsorgeeinrichtung des Arbeitnehmers grundsätzlich nicht AHV-pflichtig seien, und dass sie dies nur ausnahmsweise seien, wenn sie aus nicht freien Mitteln des Arbeitgebers erfolgten. Zu den nicht freien Mitteln gehörten solche, auf deren Auszahlung der Arbeitnehmer verzichte und welche der Arbeitgeber für die betriebliche Vorsorge des Arbeitnehmers verwende. Er verweist darauf, dass die genannte Ausnahme der Genfer AHV-Rekurskommission nicht bekannt gewesen

sei, als sie in einem Entscheid vom 17. März 1995, der später vom Eidgenössischen Versicherungsgericht aufgehoben worden sei, anders befunden habe. Diese Ausnahme sei auch dem Solothurner Versicherungsgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2000 noch nicht bekannt gewesen. Der Beschwerdeführer habe sich auf die einhellige Auffassung Dritter verlassen, nämlich des Personalchefs G.-C. Ph., des Geschäftsleiters der Vorsorgestiftungen der Z.-Gruppe M. und des Verwaltungsrats und Rechtsanwalts Dr. N. Daneben hätten auch die Mitglieder des Verwaltungsrats-Committees Management Development & Compensation B. und S. keine Einwände gehabt. Damit sei auch der Auffassung, der Beschwerdeführer habe nachlässig gehandelt bzw. seine Sorgfaltspflicht in eigener Angelegenheit ungenügend wahrgenommen, der Boden entzogen. Der Beschwerdeführer rügt weiter die vom Obergericht an verschiedenen Stellen geäusserten Mutmassungen, es sei kaum glaubhaft, dass der Beschwerdeführer die ihm erteilten Auskünfte selbst für richtig gehalten habe. Eine Kostenaufgabe müsse jedoch auf unbestrittenen oder bereits klar nachgewiesenen Umständen erfolgen. Zuletzt weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass die Hinweise des Obergerichts betreffend Erkundigungen bei Behörden nicht der gelebten Rechtswirklichkeit entsprechen würden, und verweist auf einen Brief der Geschäftsleitung der UBS an ihre Mitarbeiter von anfangs 2003 betreffend die Deklaration von Krankenkassenbeiträgen, welche die UBS für ihre Mitarbeiter vergüte, in der Steuererklärung (KG act. 3/1) (Beschwerdeschrift S. 17 - 19 Ziff. 33 - 38).

bb) Die Zahlungen an die Vorsorgeeinrichtungen erfolgten anstelle der Auszahlung eines Teils der Salärpauschale. Es handelte sich also offensichtlich nicht um ordentliche Pensionskassenbeiträge. Die Salärpauschale untersteht klarerweise, wie jeder Lohn eines Arbeitnehmers, der AHV-Beitragspflicht. Somit musste es dem Beschwerdeführer bewusst gewesen sein, dass solche ausserordentlichen Zahlungen an Vorsorgeeinrichtungen, die der Tilgung einer Lohnforderung dienen, auch der AHV-Beitragspflicht unterstehen könnten. Dass der Personalchef der Z.-Gruppe und der Geschäftsleiter der Vorsorgeeinrichtung der Z.-Gruppe, aus welchen Gründen auch immer, dies nicht erkannten und auch verschiedene Verwaltungsratsmitglieder sich dieser Problematik offenbar nicht bewusst waren, vermag allenfalls den Grad der Verletzung der Sorgfaltspflicht des Beschwerde-

führers, welcher sich auf die Auskünfte bzw. Prüfungen der genannten Personen stützte, zu mildern, jedoch das entsprechende Verschulden nicht vollends zu beseitigen. Die Annahme des Obergerichts, es sei unwahrscheinlich und nicht glaubhaft, dass der Beschwerdeführer die ihm erteilten Auskünfte für richtig gehalten habe, ist jedenfalls verständlich.

Wie das Obergericht zutreffend feststellt, führte der Passus in der Detailregelung dieses Vorgangs, dieser werde „kostenneutral für den Arbeitgeber bei Auszahlung als Salär“, dazu, dass dem Beschwerdeführer höhere Bezüge zukamen, als ihm vertraglich zugestanden waren, insbesondere da der Beschwerdeführer davon ausgegangen ist, die „eingesparten“ Arbeitgeberbeiträge stünden ebenfalls ihm zu. Die Z.-Gruppe lief durch dieses Vorgehen Gefahr, sich mit einer Nachforderung der Sozialversicherungsbeiträge durch die zuständige AHV-Ausgleichskasse konfrontiert zu sehen, nachdem sie bereits den ungekürzten Betrag an die Vorsorgeeinrichtung des Beschwerdeführers ausbezahlt hatte. Ein Verdacht, der Beschwerdeführer, der nicht nur Angestellter und Schuldner der Z.-Gruppe, sondern unter anderem auch leitendes Organ derselben Gruppe war, habe sich durch sein Vorgehen letztlich auf Kosten der Z.-Gruppe einen Vorteil „zuschancen“ wollen oder dies durch mangelnde Abklärung zumindest in Kauf genommen, bestand damit, was die Durchführung eines Strafverfahrens betreffend ungetreue Geschäftsbesorgung rechtfertigte.

Der Hinweis auf einen im Hinblick auf Abklärungen möglicherweise auch nicht optimalen Vorgang bei der UBS ist nicht zu hören und es kann offen bleiben, wie weit jener Vorfall mit dem dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Handeln bzw. dem Unterlassen von hinreichenden Abklärungen zu vergleichen sei. Die entsprechende Mitteilung der UBS an ihre Mitarbeiter „Steuerinformationen für Mitarbeiter der UBS AG für das Steuerjahr 2002“ (KG act. 3/1) ist ein im Kassationsverfahren unzulässiges Novum.

Soweit ist die Feststellung des Obergerichts, das Versäumnis des Beschwerdeführers bzw. seine Nachlässigkeit sei vorwerfbar und widerrechtlich und habe zum untersuchenden Verdacht geführt, er habe seine Bezüge als Geschäftsleiter eigenmächtig und unberechtigterweise zum Nachteil der ihm anvertrauten Unter-

nehmung aufgebessert, und damit adäquat kausal zur Einleitung einer Strafuntersuchung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung, eventuell Veruntreuung geführt, nicht zu beanstanden.

c) Das Obergericht hält auf Seite 56 (unten) des angefochtenen Entscheids fest: „Nur hier, ausgerechnet im Bereich der komplexen und vielschichtigen Problematik von Vorsorgeeinrichtung und Sozialversicherung, will er [der Beschwerdeführer] sich ausschliesslich auf die anscheinend stillschweigend in der Finanzabteilung des Unternehmens (...) herrschende (offensichtlich falsche) Ansicht und die (offensichtlich falsche) Berechnung verlassen haben, ohne jeden Einbau einer Absicherung oder Kontrolle.“

Der Beschwerdeführer rügt diese Feststellung als aktenwidrig und verweist darauf, dass keines der Mitglieder des Verwaltungsrats-Committees „Management Development and Compensation“ Einwände gegen den vom Beschwerdeführer vorgeschlagenen Berechnungsmodus bezüglich Vorsorgeeinrichtung und Sozialversicherungsbeiträge erhoben habe. Hinzu komme, dass er sich auf die Meinung der Herren J.C. Philipona und J. Müller, des Personalchefs und des Geschäftsführers der Pensionskassen der Z. Gruppe verlassen habe (Beschwerdeschrift S. 19 f., lit. D, Ziffern 39 - 42).

Tatsächlich ist die Feststellung, der Beschwerdeführer habe sich „ausschliesslich“ auf die Auskünfte der Finanzabteilung verlassen, unzutreffend und aktenwidrig, da der Beschwerdeführer auch die Herren J.C. Ph. und M. konsultierte. Damit liegt grundsätzlich ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Ziff. 5 StPO vor. Wie in der vorangegangenen Erwägung lit. b/bb aufgezeigt, ist auch unter Berücksichtigung der Konsultation der Herren J.C. Ph. und M. die Annahme des Obergerichts nicht zu beanstanden, das Versäumnis des Beschwerdeführers bzw. seine Nachlässigkeit sei vorwerfbar und widerrechtlich und habe zum zu untersuchenden Verdacht geführt, er habe seine Bezüge als Geschäftsleiter eigenmächtig und unberechtigterweise zum Nachteil der ihm anvertrauten Unternehmung aufgebessert, und damit adäquat kausal zur Einleitung einer Strafuntersuchung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung, eventuell Veruntreuung geführt. Somit ist fraglich, ob sich der festgestellte Nichtigkeitsgrund letztlich zum Nachteil des Beschwer-

deführers ausgewirkt hat. Dies kann offen bleiben, da die Nichtigkeitsbeschwerde aus anderem Grund gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben sein wird (vgl. nachfolgende Erwägungen 5 und 6).

d) Der Beschwerdeführer rügt im Zusammenhang mit der Kostenaufgabe wegen Zuwiderhandlung gegen das AHV-Gesetz das Vorliegen aktenwidriger tatsächlicher Annahmen und die Verletzung materieller Gesetzesvorschriften. Er bringt vor, der angefochtene Entscheid enthalte mit Bezug auf die genannte Kostenaufgabe keine selbständige Begründung, sondern verweise auf die Begründung „zum Thema Kostenaufgabe bezüglich Untersuchung und Gerichtsverfahren betreffend den Anklagevorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung, ev. Veruntreuung“ (angefochtener Entscheid S. 62 unten). Der Beschwerdeführer wiederum verweist auf die von ihm vorgebrachten Rügen im Zusammenhang mit dem Thema des Anklagepunktes betreffend ungetreue Geschäftsbesorgung, eventuell Veruntreuung (Beschwerdeschrift S. 21 lit. E Ziff. 43). Weitere Rügen führt er in diesem Zusammenhang nicht an.

Nachdem den Rügen betreffend ungetreue Geschäftsbesorgung, eventuell Veruntreuung kein Erfolg beschieden ist, führen dieselben Rügen auch betreffend die Kostenaufgabe wegen Zuwiderhandlung gegen das AHV-Gesetz nicht zur Gutheissung der Beschwerde.

5. a) In den Akten des Obergerichts findet sich ein anonymisiertes Urteil der 9. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Juni 2001 in Sachen BAK III gegen X (OG act. 4). Der Beschwerdeführer macht geltend, dieses Urteil sei vom Obergericht beigezogen worden und habe den (erstinstanzlichen) Akten des Strafprozesses gegen den Beschwerdeführer nicht beigelegt. Es betreffe einen ehemaligen Direktor des SBV und sei nie rechtskräftig geworden. OG act. 4 enthalte viele An- und Unterstreichungen in Bleistift, so namentlich in Bezug auf das Wissen und die Absicht der Beteiligten. Danach habe die klare Absicht bestanden, die Aktiven der Q zu verkaufen, und in diesem Zusammenhang habe das Urteil auch festgestellt, „dass der Verkauf der Aktiven der Q den Konkurs der Z. Holding bedeuten würde (vgl. act. 11/62g unten“, sowie dass diese Tatsachen nach dem 28. Juni 1996 die Qualität eines ähnlichen Sachverhalts von vergleichbarer Tragweite

im Sinne von Art. 161 Ziff. 3 StGB aufwiesen (OG act. 4 S. 37, Unterstreichungen). Aus dem sofortigen Beizug und den Bleistiftunterstreichungen ergebe sich, dass die III. Strafkammer tatbeständliche Feststellungen in dieses Urteil übernommen habe. Mit dem Beizug des anonymisierten Urteils ohne Kenntnisgabe an den Beschwerdeführer habe das Obergericht diesem das rechtliche Gehör verweigert. Der Nachteil bestehe in der unvollständigen und unrichtigen Würdigung der Ausführungen im Plädoyer und in den Akten im Strafprozess, insbesondere in der in Erwägung III/F/2 (angefochtener Beschluss S. 49 - 54) gemachten Annahme, der Beschwerdeführer habe im Wissen um den nach dem Verkauf der Q eintretenden Konkurs der Holding gehandelt (Beschwerdeschrift S. 21 - 23 Ziff. 44 - 47)

b) Weder aus dem Protokoll noch aus den Akten des obergerichtlichen Verfahrens ergibt sich, auf welche Weise das besagte Urteil des Bezirksgerichts vom 14. Juni 2001 in Sachen X. Aufnahme in die Akten gefunden hat. Ein förmlicher Beizug liegt nicht vor. Insbesondere ist den Akten nicht zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer über diesen Beizug orientiert worden sei und dass er zum Inhalt dieses Urteils und zu einer allfälligen Tragweite für das vorliegende Kostenverfahren hätte Stellung nehmen können. Zwar wird das Urteil in der vom Beschwerdeführer genannten Erwägung III/F/2 des angefochtenen Beschlusses nicht zitiert. Doch betrifft das Urteil die Angelegenheit der Z. Holding und steht damit in einem inhaltlichen Zusammenhang mit dem gegen den Beschwerdeführer geführten Strafverfahren. Die vom Beschwerdeführer angeführten Unterstreichungen zeigen, dass das beigezogene Urteil jedenfalls durch mindestens eine am angefochtenen Entscheid mitwirkende Person gelesen wurde, also in den Entscheidungsprozess Eingang gefunden hat. Indem das Obergericht dieses Urteil beigezogen hat, ohne dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur Stellungnahme zu bieten, hat es ihm das rechtliche Gehör verweigert, was eine Verletzung gesetzlicher Prozessformen darstellt (§ 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO). Dies führt zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Das bedeutet, dass bei seiner Verletzung ein angefochtener Entscheid unabhängig davon aufgehoben werden muss, ob er bei korrektem Verfahrensgang anders ausgefallen wäre (BGE 125 III 118 E. 3; BGE 122 II 469 E. 4a;

Ulrich Häfelin/ Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, S. 238 RZ 839; Michel Hottelier, Les garanties de procédure, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hsg.), Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 813, § 51 RZ 14).

6. a) Gemäss obergerichtlichem Aktenverzeichnis bestehen die erstinstanzlichen Akten aus „5 Kisten / 49 BO“ (= Bundesordner). Diese liegen auch dem Kassationsgericht vor und teilen sich auf in sechs Ordner mit der Bezeichnung „B“ („B HD“, „B 1/ B 2“ [ein Ordner], „B 3“ bis „B 6“), einem blaugrünen Ordner „act. 34“, eine grauen Ordner mit den Akten des gerichtlichen Verfahrens (act. 26 - 54/5) sowie eine grössere Zahl von weiteren Ordnern mit den Bezeichnungen „0“, „A“, „C“ und „D“.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die BAK III habe mit ihrer ursprünglichen Anklage vom 22. Oktober 2001 der 9. Abteilung des Bezirksgericht nur die sechs erstgenannten blauen Ordner mit der Bezeichnung „B“ eingereicht. Diese Akten seien auch nach dem Rückzug der Anklage beim Bezirksgericht verblieben, und die Akten hätten auch nach der Wiedereinbringung der Anklage dieselben sechs blauen Ordner umfasst. Hinzu gekommen seien die Gerichtsakten (BG act. 26 - 40). Weiter habe der Beschwerdeführer am 11. März 2002 dem Gericht einen Ordner mit Strafakten eingereicht, welche von der BAK nicht eingereicht worden seien (BG HD 34). Darüber sei die BAK III informiert worden. Sodann habe das Bezirksgericht von der BK III noch ein Einvernahmeprotokoll, Beilagen zur Schlusseinvernahme und die Einstellungsverfügung angefordert (BG HD 36 - 38). In der Folge sei dem Gericht die Einstellungsverfügung (BG HD 39/) zugegangen. Am 17. Juni 2002 habe der Beschwerdeführer dem Gericht noch diverse Steueranlagungen eingereicht (BG HD 40). Diese Akten seien Gegenstand des Strafprozesses vor dem Bezirksgericht gewesen, und gestützt auf diese Akten habe das Bezirksgericht über die Anklage und die Kostenfolgen entschieden. Der Verteidiger des Beschwerdeführers habe die Akten drei Mal beim Bezirksgericht abholen lassen. Der letzte Aktenbeizug sei drei Wochen vor der Hauptverhandlung und dem Urteil vom 4. September 2002 erfolgt, nämlich am 12. August 2002. Der Beschwerdeführer habe die Akten BG HD 1 - 40 erhalten.

Bei der Lektüre des angefochtenen Entscheids habe der Beschwerdeführer festgestellt, dass sich dieser auf Akten mit den Bezeichnungen 0, A, C und D beziehe. Er habe die Akten daraufhin erneut beigezogen. Dabei sei er auf einen undatierten Brief der BAK III (BG HD 41, Versehen des Beschwerdeführers: der Brief datiert vom 12. Juli 2002) an das Bezirksgericht gestossen, mit welchem die Übermittlung weiterer Akten (eben mit den genannten Bezeichnungen) in Aussicht gestellt worden sei. Diese seien dann aber offensichtlich nicht eingetroffen. Anders sei jedenfalls nicht zu erklären, dass das Aktenverzeichnis am 12. August 2002 (beim letzten Aktenbeizug vor der Verhandlung) nach wie vor nur die Nr. 1 - 40 umfasst habe. An der Verhandlung vom 4. September 2002 seien denn auch diese Akten mit den Bezeichnungen 0, A, C und D nicht vorgelegen. Der Bezirksanwalt habe sich in seinem Plädoyer (BG HD 44) auch kein einziges Mal auf ein Aktenstück mit den Bezeichnungen 0, A, C oder D bezogen. Gleiches gelte für das Urteil des Bezirksgerichts vom 4. September 2002 (OG act. 2).

Das Obergericht, so der Beschwerdeführer, nehme im angefochtenen Beschluss unzutreffend an, die Akten mit den Bezeichnungen 0, A, C und D seien Bestandteil der Prozessakten im Verfahren vor Bezirksgericht gewesen. Aufgrund dieser Annahme gehe das Obergericht davon aus, der Inhalt dieser Akten sei vom Beschwerdeführer „unbestritten“ geblieben. Damit sei dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör verweigert worden. Das Obergericht hätte ihm von den neu zu den Gerichtsakten genommenen Akten mit den Bezeichnungen 0, A, C und D erst Kenntnis geben müssen, bevor es in seiner Entscheidung hätte annehmen können, dass der von ihm dargestellte „umfassendere Kontext“ sich auf Umstände stütze, welche „als nachgewiesen durch die Akten (...) oder als unbestritten“ gelten könne. Der Beschwerdeführer listet in der Folge eine Reihe von Stellen in angefochtenen Urteil auf, an welchen das Obergericht Akten mit den Bezeichnungen 0, A, C und D zitiert (Beschwerdeschrift S. 23 - 27, Ziff. 48 - 56).

b) Der letzte Aktenbeizug durch den Verteidiger des Beschwerdeführers beim Bezirksgericht umfasste tatsächlich lediglich die Akten mit den Nummern 1 bis 40 (Empfangsschein Kopie KG act. 3/4, Original ohne Aktennummer zuhinterst im grauen Ordner BG act. 26 ff.). Als Untersuchungsakten werden auf diesem Emp-

fangsschein die act. 1 - 25 gemäss separatem Verzeichnis genannt. Das Aktenverzeichnis im Ordner B HD umfasst die act. 1 - 20. Die act. 21 - 25 (Kostenblatt, Anklageschriften, Präsidialverfügung betreffend einstweiligem Rückzug der ursprünglichen Anklage usw.) finden sich ebenfalls im blauen Ordner „B HD“. Die Einreichung weiterer Akten mit den Teilen 0, A, C und D wird erst in BG HD 41 angekündigt, so dass davon auszugehen ist, dass die Akten mit den Bezeichnungen 0, A, C und D dem Beschwerdeführer nicht vorlagen. Eine Durchsicht des Plädoyers des Bezirksanwalts anlässlich der Hauptverhandlung vom 4. September 2002 (BG HD 44) sowie des bezirksgerichtlichen Urteils desselben Tages (BG act. 46) ergibt, dass in diesen die Aktenstücke mit den Bezeichnungen 0, A, C und D nicht erwähnt werden. Sie sind also offensichtlich nicht in den bezirksgerichtlichen Entscheidprozess eingeflossen. Wann diese Aktenstücke in die Akten eingegangen sind, kann weder den bezirksgerichtlichen noch den obergerichtlichen Akten entnommen werden.

Will das Obergericht Akten, welche dem erstinstanzlichen Entscheid nicht zugrunde lagen und zu denen die beschwerte Partei vor erster Instanz nicht Stellung nehmen konnte, in seine Entscheidfindung einbeziehen, so hat es der beschwerten Partei Gelegenheit zu geben, sich zu diesen zu äussern. Indem das Obergericht an verschiedenen Stellen seines Entscheids auf eben diese Akten mit den Bezeichnungen 0, A, C und D abstellte, ohne zuvor dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur Einsichtnahme in diese und zur Stellungnahme zu geben, verweigerte es ihm wiederum das rechtliche Gehör. Dies führt wegen Verletzung gesetzlicher Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

7. Auf die unter lit. G der Beschwerdeschrift (S. 27 ff. Ziffern 57 - 69) vorgebrachten Rügen ist nicht weiter einzugehen. Diese betreffen unter anderem Erwägungen des angefochtenen Entscheids, welche sich auf die vorne genannten Untersuchungsakten mit der Bezeichnung „C“ stützen. Zu diesen Aktenstücken ist dem Beschwerdeführer, sollte das Obergericht seinen Entscheid weiterhin auf diese stützen wollen, zunächst das rechtliche Gehör zu gewähren.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Weiter ist dem Beschwerdeführer, der erbeten verteidigt ist, eine Prozessentschädigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen (§ 396a StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Dezember 2003 aufgehoben und die Sache zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz; die übrigen Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Dem Beschwerdeführer wird für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.— (inklusive Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Zürich (9. Abteilung), je gegen Empfangsschein..

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: