



Kass.-Nr. AC050047/U/br

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Sekretär Titus Graf

Sitzungsbeschluss vom 6. November 2006

in Sachen

X.,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer
verteidigt durch Rechtsanwalt

gegen

Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich,

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch den Leitenden Staatsanwalt lic.iur. Christian Weber, Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, Weststr. 70, Postfach 9717, 8036 Zürich

betreffend **Bestechung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Dezember 2004 (SB030494/U/jv)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Anklage vom 29. November 2001 der damaligen Bezirksanwaltschaft III für den Kanton Zürich wurde dem Beschwerdeführer Bestechung im Sinne von Art. 322ter StGB, eventualiter Vorteilsgewährung im Sinne von Art. 322quinquies StGB vorgeworfen. Er habe, so die Anklage, im Zeitraum vom 15./16. August 2000 bis 17. Oktober 2000 einen Angestellten des Arbeitsamtes Zürich namens Y. in verschiedenen Bars, Clubs und Cabarets getroffen und dabei dessen Konsumationen in der Höhe von insgesamt mehreren Hundert Franken bezahlt. Ausserdem wurde dem Beschwerdeführer von der Anklage vorgeworfen, dem genannten Y. am Abend des 17. Oktober 2000 im Night Club A. einen Umschlag mit Fr. 3'000.-- ausgehändigt zu haben. Am Tag danach habe er auf Rat von Y. beim Arbeitsamt der Stadt Zürich bzw. bei Y. ein Gesuch um Erhöhung des Kontingents von sechs auf acht Bewilligungen zur Beschäftigung von ausländischen Cabarettänzerinnen im Nachtclub B. gestellt.

1.1 Der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirksgerichtes Zürich sprach den Beschwerdeführer mit Urteil vom 19. März 2002 vom Vorwurf, Fr. 3'000.-- an Y. übergeben zu haben, frei. Hingegen war der Einzelrichter der Auffassung, der Sachverhalt bezüglich der Konsumationen Y. und eingeladener Tänzerinnen in Nachtclubs sei erstellt und der Beschwerdeführer wurde der Bestechung im Sinne von Art. 322ter StGB schuldig gesprochen und mit sieben Tagen Gefängnis bedingt bestraft (OG act. 28).

1.2 Auf Berufung des Beschwerdeführers hin bestätigte die I. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich diesen Entscheid mit Urteil vom 28. Oktober 2002 (OG act. 36).

1.3 Dagegen erhob der Beschwerdeführer kantonale und eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde. Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wurde mit Entscheid des Kassationsgerichtes vom 3. Oktober 2003 gutgeheissen und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung an die I. Strafkammer zurückgewiesen (OG act. 48).

1.4 Diese wies die Akten mit Beschluss vom 6. November 2003 an die damalige Staatsanwaltschaft zurück mit dem Ersuchen, in diversen Nachtclubs Abklärungen darüber zu treffen, ob der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 15./16. August 2000 bis 17. Oktober 2000 Konsumationen von Y. bezahlt habe, und was allenfalls konsumiert worden sei (OG act. 49). Die Staatsanwaltschaft wurde ausserdem ersucht, bei Ausstellern von zwei im Kassationsverfahren eingereichten Bestätigungen Abklärungen betreffend deren Entstehung zu treffen. Die Staatsanwaltschaft ihrerseits beauftragte am 27. November 2003 die Bezirksanwaltschaft III für den Kanton Zürich mit den verlangten Abklärungen. Diese wiederum erliess am 4. Dezember 2003 einen Ermittlungsauftrag an die Stadtpolizei Zürich (OG act. 53/1 und 51/3). Die Stadtpolizei führte Einvernahmen durch und erstellte einen Nachtragsrapport. Die Bezirksanwaltschaft III traf Abklärungen bei Kreditkartenfirmen und befragte zwei Beamte der Stadtpolizei Zürich als Zeugen. Die Ergebnisse der Abklärungen wurden von der Bezirksanwaltschaft am 25. Mai 2004 der Staatsanwaltschaft und von dieser am 3. Juni 2004 der I. Strafkammer übermittelt. Nach schriftlicher Fortsetzung des Berufungsverfahrens entschied die erste Strafkammer am 21. Dezember 2004 erneut und bestätigte wiederum das Urteil der ersten Instanz (KG act. 2).

1.5 Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde vom 14. März 2005, die fristgerecht eingereicht worden ist. Es wurde vom Beschwerdeführer sodann auch eine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben. Sowohl die Vorinstanz (KG act. 10) als auch die Staatsanwaltschaft III (KG act. 11) haben auf eine Stellungnahme zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde verzichtet.

1.6 Es scheint sinnvoll, zunächst den Aufbau des vorinstanzlichen Entscheides zum Sachverhalt darzustellen, damit die Behandlung der Rügen besser verständlich wird:

Auf den Seiten 9 bis 17 legt die Vorinstanz allgemeine Grundsätze des Beweisrechts dar. Danach äussert sie sich zur Verwertbarkeit der Beweismittel im vorliegenden Fall und legt u.a. dar, dass die Verwertung von Aussagen, die vor der Polizei gemacht wurden, zu Lasten des Beschwerdeführers nicht möglich sei

(S. 17ff.). Danach folgen Ausführungen zur allgemeinen Glaubwürdigkeit der Personen, die im Verfahren ausgesagt haben (S. 19ff.). Die Vorinstanz hält sodann fest, dass in den Abklärungen bei Kreditkartenfirmen nichts die in der Anklage behaupteten Zahlungen untermauere, was den Beschwerdeführer jedoch auch nicht entlaste (S. 24 f.). Auf den S. 25 bis 82 legt die Vorinstanz die Beweismittel - ohne Würdigung - dar, nämlich eingereichte Bestätigungen, Aussagen des Beschwerdeführers, des gemäss Anklage bestochenen Y., sowie der Personen, die in Nachtclubs arbeiteten, als die inkriminierten Handlungen geschehen sein sollen. Es folgt eine Würdigung der Beweislage zum Punkt, in dem der Beschwerdeführer von der ersten Instanz freigesprochen wurde und in dem die Staatsanwaltschaft keine Berufung erhob (S. 82ff.), danach die Darstellung der bestrittenen und unbestrittenen Sachverhalte betreffend des anderen Anklagevorwurfs (Bezahlung von Konsumationen, S. 84ff.) und die Würdigung der Beweismittel, und zwar zunächst jener der ergänzenden Beweiserhebungen, mit der Schlussfolgerung, durch sie ändere sich nichts an der Beweiswürdigung im ersten obergerichtlichen Entscheid (S. 95) und sodann die wörtliche Wiedergabe der Beweiswürdigung aus dem Entscheid vom 28. Oktober 2002 als Zitat.

Dabei ging die Vorinstanz (erneut) von den Aussagen Y. aus, wonach der Beschwerdeführer anlässlich der Treffen mehrere hundert Franken spendiert habe, es um grössere Beträge gegangen sei, da auch noch Frauen an den Tisch gekommen seien und dass Champagner geflossen sei (KG act. 2 S. 96 lit. b). Den Bestreitungen des Beschwerdeführers glaubte die Vorinstanz unter Berufung darauf nicht, dass sein Aussageverhalten nicht immer gleichbleibend sei, dass er zum Teil vage und ausweichende Antworten gegeben habe, dass aus einem SMS erhelle, dass man sich an einem Ort mit schönen Frauen treffen wollte und dass „wirklich nicht in guten Treuen angenommen werden könne, dass man diese Frauen einfach nur von weitem sehen wollte“, dass es „jedenfalls gerichtsnotorisch“ sei und dass keine „vernünftigen und zu beachtenden Zweifel“ bestünden, dass „in solchen Lokalen schnell für grössere Beträge konsumiert“ werde (KG act. 2 S. 96 lit. c).

2. Der Beschwerdeführer rügt zunächst die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz dadurch, dass er nicht die Gelegenheit er-

halten habe, den befragten Personen Ergänzungsfragen zu stellen. Er macht dazu geltend, die Vorinstanz habe festgehalten, die ergänzenden Untersuchungshandlungen hätten am Beweisergebnis nichts geändert. Implizit ergebe sich aus dem vorinstanzlichen Urteil, dass die Vorinstanz deswegen zu dieser Auffassung komme, weil ihrer Meinung nach die Zeugen wenig glaubhaft seien. Gemäss dem Entscheid des Kassationsgerichtes sei die ergänzende Untersuchung jedoch so zentral gewesen, dass dem Beschwerdeführer das Recht auf Ergänzungsfragen hätte eingeräumt werden müssen, „um die Glaubhaftigkeit der für ihn so zentralen Entlastungszeugen zu untermauern.“ (KG act. 1 S. 3f. Ziff. 3 - 7).

2.1 Aus dem vorinstanzlichen Entscheid ergibt sich, dass nach der Rückweisung durch das Kassationsgericht eine Serie von Personen durch die Polizei in Abwesenheit des Beschwerdeführers und seines Verteidigers befragt wurde und dass zwei weitere Personen (Beamte der Stadtpolizei) von der Bezirksanwaltschaft III als Zeugen in Anwesenheit des Beschwerdeführers und seines Verteidigers einvernommen wurden (KG act. 2 S. 8). Die Vorinstanz stellt allgemeine Erwägungen zur Frage der Verwertbarkeit von Zeugenaussagen an und hält fest, dass der Angeschuldigte gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK im Strafverfahren Anspruch darauf habe, Fragen an einen Belastungszeugen zu stellen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter den selben Bedingungen wie die der Belastungszeugen zu erwirken (KG act. 2 S. 15). Die Vorinstanz erwägt sodann in allgemeiner Form die Voraussetzungen der antizipierten Beweiswürdigung (KG act. 2 S. 16f.). In der Folge prüft die Vorinstanz die Verwertbarkeit der „Aussagen weiterer Personen“ (KG act. 2 S. 17), womit sie die diversen Zeugen meint (KG act. 2 S. 17ff). Zu den im Auftrag der Vorinstanz von der Polizei einvernommenen Personen stellt sie fest, dass keine dieser Personen in Anwesenheit des Beschwerdeführers und seines Verteidigers befragt worden sei, weshalb ihre Aussagen nicht verwertet werden könnten, soweit sie den Beschwerdeführer belasteten. Diese Einvernahmen stützten jedoch im Wesentlichen die Darstellung des Beschwerdeführers; insofern seien sie im Sinne einer Entlastung des Beschwerdeführers durchaus prozessual verwertbar. Im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung könne davon ausgegangen werden, dass sie auch als Zeugen nicht anders aussagen würden, als sie dies bei der Polizei getan hätten. Insofern

habe die Bezirksanwaltschaft III zu recht darauf verzichtet, diese Personen als Zeugen zu befragen.

Gemäss § 14 Abs. 1 StPO wird dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger Gelegenheit gegeben, den Einvernahmen von Zeugen vor dem Untersuchungsbeamten beizuwohnen und an sie Fragen zu richten, welche zur Aufklärung der Sachen dienen können. § 15 StPO schreibt vor, dass Einvernahmen, bei welchen diese Vorschriften nicht beachtet werden, nichtig sind, falls die Einvernahmen den Angeschuldigten belasten. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK dürfen Aussagen in der Regel nur nach erfolgter Konfrontation zum Nachteil eines Angeschuldigten verwertet werden. Damit die Verteidigungsrechte gewahrt sind, ist erforderlich, dass die Gelegenheit der Befragung angemessen und ausreichend ist und die Befragung tatsächlich wirksam ausgeübt werden kann. Der Beschuldigte muss namentlich in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage prüfen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und in Frage stellen zu können (BGE 129 I 151).

In BGE 125 I 127 S. 134f. äussert sich das Bundesgericht zum Verhältnis von Teilnahmerechten bei Belastungs- und Entlastungszeugen. Die Bestimmung von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK nenne die Befragung sowohl von Belastungs- als auch von Entlastungszeugen in einem Zuge und hebe die Verbindung durch den Hinweis auf «dieselben Bedingungen» speziell hervor. Dennoch seien Ladung und Befragung von Belastungszeugen und von Entlastungszeugen voneinander zu trennen. Das Teilnahmerecht an Einvernahmen von Belastungszeugen sei grundsätzlich absoluter Natur. Demgegenüber sei das Recht, Entlastungszeugen zu laden und zu befragen, nur von relativer Natur. Der Richter habe nur solche Beweisbegehren, Zeugenladungen und Fragen zu berücksichtigen und zuzulassen, die nach seiner Würdigung rechts- und entscheidungserheblich sind. Der Gerichtshof verlange gestützt auf Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK nicht die Befragung jedes Entlastungszeugen; die Bestimmung bezwecke, wie der Hinweis auf «dieselben Bedingungen» zeige, die Herstellung der vollen Waffengleichheit auch im Bereiche der Entlastungszeugen.

2.2 Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Einvernahmen den Beschwerdeführer nicht belasten, da sie weitgehend seine Darstellung bestätigten. Da die Befragung der fraglichen Personen auf Anordnung der Vorinstanz hin stattgefunden hat (KG act. 2 S. 7), steht die Frage, ob die Einvernahmen rechts- und entscheidenderheblich seien, vorliegend nicht zur Diskussion, sodass für die Form der Einvernahmen „dieselben Bedingungen“ gelten, wie wenn es sich um Belastungszeugen handelte. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergeben sich mit anderen Worten gegenüber der Befragung von Belastungszeugen vorliegend keine Einschränkungen.

Auch wenn vom Text der zürcherischen Strafprozessordnung ausgegangen wird, ergibt sich kein anderes Ergebnis. Zwar sind nur belastende Aussagen unverwertbar, wenn die Teilnahmerechte des Angeschuldigten nicht gewahrt sind. Das heisst aber nicht, dass für entlastende Aussagen oder solche, die jedenfalls den Angeschuldigten nicht belasten, die Teilnahmerechte nicht dennoch bestehen würden. Vorliegend geht es denn auch nicht um die Frage der Verwertbarkeit dieser Aussagen, sondern um die Gewährung des rechtlichen Gehörs.

Der Beschwerdeführer erleidet dadurch, dass die Vorinstanz entlastende Aussagen als für das Beweisergebnis unerheblich erachtet (KG act. 2 S. 95: „... dass die ... Untersuchungshandlungen am früheren Beweisergebnis, ..., nichts zu ändern vermögen.“) einen Nachteil, der jenem entspricht, der durch das Abstellen auf belastende Aussagen entsteht. Es verhielte sich eben so, wenn der Zeuge, welcher dem Beschwerdeführer ein Alibi verschafft, vom Gericht als unglaubhaft bezeichnet würde. Auch dann könnte auf die parteiöffentliche Einvernahme des Zeugen nicht mit dem Argument verzichtet werden, seine Aussage belaste den Beschwerdeführer nicht.

Die Teilnahmerechte des Angeschuldigten bei Zeugeneinvernahmen haben nicht bloss abstrakte Bedeutung, sondern sie sollen, wie sich aus der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt, zur besseren Qualität der Depositionen des Zeugen beitragen. Die blosse Anwesenheit des Angeschuldigten soll den Zeugen zu gewissenhafterer Aussage veranlassen; die Möglichkeit des Angeschuldigten, Ergänzungsfragen zu stellen, kann helfen, die Aussage zu vertiefen,

indem zum Beispiel Hintergründe des Sachverhalts zum Vorschein gebracht werden, welche die Aussage in einem anderen Licht erscheinen lassen, als wenn sie nicht bekannt sind. Es kommt hinzu, dass der Zeuge nur beim (damaligen) Bezirksanwalt, beim Staatsanwalt oder beim Gericht unter der Wahrheitspflicht der Zeugenaussage mit entsprechender Strafdrohung stand, nicht aber bei der Polizei, welche hier die Einvernahmen durchführte, was auch von der Vorinstanz in konstanter Rechtsprechung als (ein) Kriterium bei Überlegungen zur Glaubwürdigkeit von Zeugen und deren Aussagen angesehen wird.

Die antizipierte Beweiswürdigung der Vorinstanz, wonach nicht daran zu zweifeln sei, dass die diversen, von der Polizei ohne Parteiöffentlichkeit einvernommenen Personen als Zeugen dasselbe aussagen würden wie zuvor, und also auch nicht mehr bzw. nicht in einer Form, die der Vorinstanz weniger Anlass zu Zweifeln an der Glaubwürdigkeit der Zeugen und Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen geben würde, ist unter diesen Umständen unzulässig. Nach der Praxis des Kassationsgerichtes ist die vorweggenommene Beweiswürdigung zulässig, wenn mit Sicherheit gesagt werden kann, dass die Abnahme des Beweismittels auch dann an der richterlichen Überzeugung nichts mehr ändern könnte, wenn ihr Ergebnis die vom Beschwerdeführer aufgestellte Behauptung stützen würde (ZR 87 Nr. 125, Erw. 4a; RB 1999 Nr. 87, 1985 Nr. 54; so auch das Zitat der Vorinstanz auf S. 17 ihres Entscheides). Hier geht die Vorinstanz gerade davon aus, dass auch die parteiöffentliche Abnahme der Entlastungsbeweise das nicht beweisen könnte, was der Beschwerdeführer vorbringt: dass er dem Beamten, den bestochen zu haben ihm vorgeworfen wird, keine erheblichen Konsumationen bezahlt habe. Die Wahrunterstellung als Probe für die Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung findet demnach gerade nicht statt.

Vielmehr geht die Vorinstanz von einem anderen Verständnis der antizipierten Beweiswürdigung aus: Aus ihrem Entscheid ergibt sich, dass sie für genügend hält, zu unterstellen, dass die Aussage des Zeugen sich mit der Behauptung des Angeschuldigten deckt, ohne dass zusätzlich unterstellt werden müsste, dass diese Aussage auch wahr sei. Auch wenn man von dieser Interpretation der kassationsgerichtlichen Praxis ausgeht, erweist sich der Entscheid, die Zeugen nicht parteiöffentlich zu befragen, als unzulässig. Die antizipierte Beweiswürdigung des

Sachrichters wird vom Kassationsgericht nicht frei, sondern – im Rahmen von § 281 Ziff. 2 ZPO bzw. 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO – allein auf ihre Vertretbarkeit hin überprüft, mit anderen Worten darauf, ob die sachrichterliche Annahme der Gewissheit willkürlich ist oder nicht (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 42). Die Annahme der Vorinstanz, es werde sich in einer parteiöffentlichen Einvernahme der Zeugen nichts anderes oder neues ergeben (so die Vorinstanz auf S. 19 ihres Entscheides), lässt sich jedoch nicht ohne Willkür treffen. Es kann vor Durchführung einer solchen Konfrontation nicht sicher ausgeschlossen werden, dass durch die Anwesenheit des Beschwerdeführers und die Stellung von Ergänzungsfragen neue Aspekte (konkretere Angaben, spezielle Zeichen für und wider die Glaubhaftigkeit) den Beweiswert der Aussagen in einem anderen Lichte erscheinen lassen, als dies bisher der Fall war. Erst nach der Gewährung der auch hier obligatorischen Teilnahme- und Fragerechte hätte die Vorinstanz über die von der Strafprozessordnung als nötig vorausgesetzten Grundlagen verfügt, um zu entscheiden, ob die befragten Personen glaubwürdig seien oder nicht bzw. ob ihre Aussagen glaubhaft seien oder nicht.

Die Vorinstanz hätte, zusammenfassend gesagt, zur Wahrung des Gehörsanspruchs des Beschwerdeführers grundsätzlich die von der Polizei befragten Personen unter Wahrung der Formen der Zeugeneinvernahme und Gewährung der Teilnahmerechte befragen lassen müssen.

2.3 Dies wäre allerdings dann nicht der Fall, wenn von einem Verzicht des Beschwerdeführers auf seine Teilnahmerechte ausgegangen werden könnte, welcher Verzicht nach der Praxis zulässig ist (vgl. BGE 125 I S. 134 lit. bb). Der Beschwerdeführer gibt in der Nichtigkeitsbeschwerde keinerlei Hinweis darauf, dass und allenfalls wo er vor der Vorinstanz geltend machte, den einvernommenen Personen Ergänzungsfragen stellen zu wollen bzw. an seinem Recht, an den Einvernahmen anwesend zu sein, festhalten zu wollen und es ist auch in den Akten nicht ersichtlich, dass er entsprechende Anträge gestellt habe. Andererseits ist auch kein ausdrücklicher Verzicht ersichtlich. Es stellt sich daher die Frage, ob der Beschwerdeführer auf das Recht, an Zeugeneinvernahmen anwesend zu sein

und Ergänzungsfragen stellen zu können, dadurch (also konkludent) verzichtet habe, dass er sein Recht nicht ausdrücklich geltend machte.

Mit Präsidialverfügung vom 8. Juni 2004 (OG act. 54) wurde den Parteien Frist angesetzt um „nach erfolgter Rückweisung des Verfahrens durch das Kassationsgericht und ergänzter Untersuchung schriftlich abschliessend ihre Anträge zu stellen und zu begründen“. Die Staatsanwaltschaft nahm am 7. Juli 2004, der Verteidiger des Beschwerdeführers am 30. August 2004 (innert erstreckter Frist) Stellung. Die Staatsanwaltschaft machte geltend, es habe sich am Beweisergebnis nichts geändert, weil die neu erhobenen Beweise, soweit sie den Beschwerdeführer entlasten, unglaubhaft und ohne Beweiswert seien (OG act. 57 S. 10). Der Beschwerdeführer liess ausführen, die von der Vorinstanz im ersten Entscheid angeführte Gerichtsnotorietät respektive die allgemein bekannten Gepflogenheiten in Nachtlokalen hätten bezüglich der Person des Beschwerdeführers klar widerlegt werden können und der Beschwerdeführer sei als seriöser, nicht auffälliger Nachtclubbesitzer beschrieben worden, der nur Mineralwasser oder ein Bier konsumiert habe. Es wäre den Befragten aufgefallen, wenn der Beschwerdeführer einmal in grösseren Mengen Champagner getrunken respektive offeriert hätte (OG act. 58 S. 5 Ziff. 12). Zwei der Befragten hätten ihre vorgängigen schriftlichen Bestätigungen mündlich wiederholt; bezüglich C. gebe es keine Gründe, an seinen Aussagen zu zweifeln, weshalb der zuständige Untersuchungsrichter auf eine bezirksanwaltschaftliche Befragung verzichtet habe (a.a.O., Ziff. 13). Die Untersuchungsbehörde habe bezüglich D. die Frage der Begünstigung in den Raum gestellt, wobei der Beschwerdeführer auf den Polizeirapport OG act. 53/8, S. 17 verweist. Es folgen Ausführungen, welche dies entkräften sollen (a.a.O., Ziff. 14).

Vom Ablauf des Verfahrens her ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft zum Ergebnis der ergänzenden Untersuchung nicht kannte (gleichzeitige Fristansetzung, keinerlei Bezugnahme des Beschwerdeführers auf die Eingabe der Staatsanwaltschaft). Es handelte sich nicht um einen kontradiktorischen Schriftenwechsel. Aus der Eingabe des Beschwerdeführers ergibt sich unzweifelhaft - und ergab sich ebenso unzweifelhaft für die Vorinstanz - dass er angenommen hat, dass die Vorinstanz

vom Ergebnis dieser Einvernahmen werde ausgehen müssen. Nach seiner Auffassung mussten die Einvernahmen ihn entlasten und war damit die Grundlage für einen Freispruch gelegt. Damit hatte aber der Beschwerdeführer - erkennbar - keinen Anlass, die Wiederholung der Einvernahmen in seiner Anwesenheit und in den Formen der Zeugeneinvernahme zu verlangen. Wenn er einen entsprechenden Antrag daher nicht stellte, kann daraus nicht der Schluss hergeleitet werden, der Beschwerdeführer habe auch für den Fall, dass die Vorinstanz diese Aussagen nicht effektiv zu seinen Gunsten würdigen würde, auf eine Einvernahme in der prozessual vorgeschriebenen Form der Zeugeneinvernahme verzichten wollen. Die erwähnten Ausführungen zum Zeugen C. sagen sogar explizit, dieser Verzicht des Untersuchungsrichters sei (nur) angesichts der Verlässlichkeit der entlastenden Aussage von C. erfolgt.

Es gibt unter diesen Umständen keinen Raum für die Annahme eines konkludenten Verzichts des Beschwerdeführers. Damit erweist sich die Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs als berechtigt.

3. Im Hinblick auf die bereits zweimalige Rückweisung an die Vorinstanz erweist es sich als gerechtfertigt, einen Teil der übrigen Rügen ebenfalls zu behandeln, soweit sie sich nicht unmittelbar auf die beanstandeten Einvernahmen bzw. deren Würdigung beziehen (was insbesondere bei den Rügen in Ziff. 10 - 17 der Fall ist). Dabei ist § 104a GVG zu beachten, der seit dem 1. November 2001 in Kraft ist, also zur Zeit der ersten Nichtigkeitsbeschwerde schon in Kraft war. Damit ist zu jeder Rüge zu prüfen, ob sie, falls dies möglich war, schon mit der ersten Nichtigkeitsbeschwerde vorgebracht wurde und im ersten Entscheid des KG nicht als unberechtigt verworfen wurde. Ist eines von beiden nicht der Fall, darf auf die Rüge heute nicht mehr eingetreten werden. Es kann vorweggenommen werden, dass die neue, hier behandelte Nichtigkeitsbeschwerde abgesehen von den Rügen, welche die Würdigung der polizeilichen Einvernahmen betreffen, die nach dem ersten KG-Entscheid stattfanden, die selben, zum erheblichen Teil identisch formulierten Rügen enthält wie schon die erste Nichtigkeitsbeschwerde. Diese Rügen hat der erste kassationsgerichtliche Entscheid nicht geprüft, weil er den Entscheid wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben hat. Dies bedeutet, dass auf die weiteren Rügen eingetreten werden kann.

4. Der Beschwerdeführer rügt eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung, die darin bestehe, dass die Vorinstanz den Beweiswert der Aussagen (offenbar der nachträglich befragten Personen) von vornherein als fragwürdig bezeichne, weil Aussagen nach 3.5 Jahren generell mit Vorsicht zu geniessen seien und weil es lebensfremd sei, anzunehmen, die einvernommenen Personen hätten sich nicht über Details der Befragung unterhalten. Für die Vorinstanz habe daher bereits vor der Befragung festgestanden, dass die Befragungen nichts am Beweisergebnis ändern könnten, was eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung darstelle (KG act. 1 S. 4 Ziff. 8).

Bei antizipierter Beweiswürdigung wird nach hypothetischer Prüfung des möglichen Beweisergebnisses auf die Abnahme des Beweismittels verzichtet, was ein Problem des Gehörsanspruchs ist. Hier macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe die abgenommenen Beweise nicht ihrer Bedeutung nach gewürdigt. Damit rügt er, allerdings in dieser Form ganz ungenügend substantiiert, die Beweiswürdigung, was der Beschwerdeführer auch erkannt zu haben scheint, indem er selbst vorbringt, die Beweiswürdigung wäre willkürlich, wenn keine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung angenommen werden sollte (KG act. 1 S. 5, Ziff. 10). Auf die Rüge ist mangels genügender Substanziierung nicht einzutreten. Daran ändert auch die später vorgebrachte Rüge, die Annahme der Vorinstanz sei unrichtig, nach 3.5 Jahren hätten die Aussagen der Befragten keinen Beweiswert mehr, weil das Kassationsgericht sonst nicht zurückgewiesen hätte (KG act. 1 S. 7 Ziff. 16). Damit macht der Beschwerdeführer im Grunde geltend, die Vorinstanz verletze ihre Bindung an die Rechtsauffassung des rückweisenden Gerichtes. Dies ist in dieser Form nicht richtig. Ob sich aus den (späten) Einvernahmen von Zeugen noch ein Beweis erbringen lasse, kann nicht abstrakt, sondern nur bezogen auf eine konkrete Aussage entschieden werden. Die Rückweisung konnte mit anderen Worten die Vorinstanz zum vornherein nicht verpflichten, das noch nicht abgenommene Beweismittel in einer bestimmten Weise zu würdigen. Eine andere Frage ist es, inwieweit der Beschwerdeführer die Folgen des Scheitern eines Entlastungsbeweises, den er schon früh abzunehmen beantragt hatte, zu tragen hat, wenn dieser Beweis daran scheitern sollte, dass er erst viel später als ursprünglich verlangt, abgenom-

men wurde (vgl. ER act. 7/3, Brief des Verteidigers des Beschwerdeführers, in welchem dieser die Einvernahme von Zeugen aus sämtlichen Lokalen, in denen er Konsumationen bezahlt haben soll, beantragte, sowie der Verweis auf diesen Antrag in der Berufungsbegründung, OG I act. 32 S. 5; Hinweise darauf in KG I act. 1 S. 5).

5. Zu Beginn des Abschnittes „willkürliche Beweiswürdigung“ macht der Beschwerdeführer - möglicherweise nur einleitend - geltend, die Willkür der Beweiswürdigung der Vorinstanz ergebe sich schon aus deren Entscheid vom 28. Oktober 2002, da die Vorinstanz in ihrem neuen Urteil ihre ursprüngliche Beweiswürdigung ins neue Urteil kopiert habe. Sollte der Beschwerdeführer damit geltend machen wollen, die Vorinstanz übernehme aus dem aufgehobenen ersten Entscheid die Beweiswürdigung, die vom Kassationsgericht in seinem ersten Entscheid als willkürlich erklärt worden sei, so erläge er einem Irrtum: im Entscheid vom 3. Oktober 2003 hat das Kassationsgericht eine Verletzung des Anspruchs auf das rechtliche Gehör festgestellt und Willkür rügen nicht geprüft. Ein Nichtigkeitsgrund wird an dieser Stelle nicht dargetan (KG act. 1 S. 5 Ziff. 9).

6. Die Vorinstanz nahm im ersten Berufungsentscheid wie folgt Stellung zum Argument des Beschwerdeführers, der Belastungszeuge Y. (der gemäss Anklage Bestochene) habe widersprüchlich ausgesagt (wobei diese Erwägungen sich als Zitat auch im angefochtenen Entscheid unter KG act. 2 S. 97, Ziff. 3, wieder finden): Es sei zwar zutreffend, dass Y. anfänglich von sechs bis sieben Besuchen in Nachtclubs gesprochen habe, wobei jeweils Ausgaben in der Höhe von durchschnittlich Fr. 2'000.-- mithin insgesamt Fr. 12'000.-- bis Fr. 14'000.-- angefallen seien, und dass Y. dies später auf mehrere hundert Franken reduziert habe. Dazu sei festzuhalten, so die Vorinstanz weiter, dass unter „mehreren hundert Franken“ mehr oder weniger als Fr. 500.--, aber auch Fr. 2'000.-- oder Fr. 3'000.-- verstanden werden könnten, was offen bleiben könne.

Der Beschwerdeführer rügt zunächst als willkürlich, dass die Vorinstanz unter mehreren hundert Franken auch Fr. 2'000.-- - Fr. 3'000.-- verstehen wolle (KG act. 1 S. 8, Ziff. 18). Die Frage kann offen bleiben, da ohnehin nicht nachzuvollziehen ist, was die Vorinstanz mit dieser Argumentation sagen will, nachdem es ja

nicht um den Unterschied zwischen Fr. 500.-- und Fr. 2'000.-- bis Fr. 3'000.--, sondern um jenen zwischen mehreren hundert Franken und Fr. 12'000.-- bis Fr. 14'000.-- geht. So erweist sich die weitere Rüge des Beschwerdeführers im selben Zusammenhang ohne weiteres als berechtigt, dass es willkürlich erscheint, wenn bei dieser Differenz in den Aussagen, wie die Vorinstanz sie selbst darstellt, von „klaren Depositionen von Y. im Kernbereich“ gesprochen wird (KG act. 1 S. 10 Ziff. 23; KG act. 2 S. 97 unten). Die Frage der Zahl und des Preises von Konsumationen, die Y. vom Beschwerdeführer bezahlt worden sind, stellen diesen Kernbereich dar oder bilden jedenfalls Teil dieses Kernbereichs. Solche Widersprüche oder Unsicherheiten eines Belastungszeugen bedürfen einer sorgfältigeren Würdigung als sie hier von der Vorinstanz vorgenommen wurde.

Berechtigt ist auch die Kritik des Beschwerdeführers an der Feststellung der Vorinstanz, er selbst habe „nicht immer gleichbleibend“ ausgesagt. Die Vorinstanz gibt im Anschluss an diese Feststellung Aussagen des Beschwerdeführers wieder, von denen nicht ohne Willkür gesagt werden kann, sie seien im Kernbereich nicht immer gleichbleibend (KG act. 1 S. 11 Ziff. 24; KG act. 2 S. 96 lit. c Abs. 1).

Auch die Ausführungen der Vorinstanz zur Frage, ob der Beschwerdeführer ausweichend ausgesagt habe, vermögen nicht zu überzeugen. Die Vorinstanz verweist zu dieser Frage auf den Entscheid des Einzelrichters, OG act. 28, S. 10. Dort wird ausweichendes Antworten zweifach begründet: 1. Der Einzelrichter habe den Beschwerdeführer gefragt, ob man nicht schnell auf ein paar hundert Franken komme, wenn in einem Nachlokal Frauen an den Tisch eingeladen würden, die Champagner trinken. Angesichts der Tatsache, dass der Beschwerdeführer immer bestritten hatte, Champagner bzw. Frauen und Champagner bezahlt zu haben, ist diese Frage nicht unproblematisch. Denn eine (nicht ausweichende) bejahende Antwort könnte naheliegenderweise falsch (als Zugabe) verstanden werden. Die Antwort des Beschwerdeführers erscheint daher nicht als ausweichend, sondern als korrekte Ausübung seiner Verteidigungsrechte. 2. Als ausweichend beurteilte sowohl der Einzelrichter als auch die Vorinstanz sodann die Antwort des Beschwerdeführers auf die Frage des Einzelrichters, ob es im Tabaris Frauen um den Beschwerdeführer und Y. herum gegeben habe. Der Beschwerdeführer antwortete, es sei normal, dass man beim Betreten in einem Cabaret von

Frauen angefragt werde, es gebe jedoch keine Pflicht, diese zu bezahlen. Auch diese Frage ist nicht unproblematisch, da sie auf eine als Selbstverständlichkeit vorausgesetzte Situation zielt und der Beschwerdeführer sich durch eine blosser Bejahung erneut dem Verdacht einer Zugabe aussetzt. Auch diese Antwort erscheint nicht als Lügensignal. Die Rüge des Beschwerdeführers ist berechtigt (KG act. 1 S. 11 Ziff. 25; KG act. 2 S. 96 lit. c Abs. 2).

7. Die Vorinstanz erwägt im wörtlich den ersten Berufungsentscheid zitierenden Teil ihres Urteils, dass man sich offensichtlich an einem Ort habe treffen wollen, wo es schöne Frauen habe, was sich aus einem SMS ergebe (ER act. 5/29). Die Vorinstanz äussert sich nicht dazu, von wem das SMS abgeschickt wurde; aus ER act. 5/29 ergibt sich Y. als Absender dieser Botschaft. Die Vorinstanz fährt fort, es könne nicht in guten Treuen angenommen werden, dass man diese Frauen einfach nur von weitem habe sehen wollen. Es sei gerichtsnotorisch und es bestünden keine vernünftigen und zu beachtenden Zweifel, dass in solchen Lokalen schnell für grössere Beträge konsumiert werde. Die Vorinstanz verweist auf den Verteidiger, der in der ersten Berufungsverhandlung ausgeführt habe, eine Flasche Champagner koste Fr. 500.--, „weshalb mit der Vorinstanz davon auszugehen“ sei, „dass der Angeklagte Konsumationen Y. und solche von Tänzerinnen in Nachtclubs anlässlich der Treffen mit Y. bezahlt hat, die insgesamt einige hundert Franken betrug.“ (KG act. 2 S. 96 letzter Absatz). Später führt die Vorinstanz aus, dass sich angesichts der klaren Depositionen von Y. im Kernbereich und vor allem auch aufgrund der Aussagen des Beschwerdeführers selbst sowie „unter Berücksichtigung der allgemein bekannten Gepflogenheiten in Nachtlokalen betreffend die Konsumationen der dort angestellten Frauen“ und des erwähnten SMS weitere Ermittlungen in den fraglichen Etablissements erübrigten (KG act. 2 S. 97 unten).

Der Beschwerdeführer rügt, es könne von solchen Gepflogenheiten nicht ausgegangen werden, weil diese im vorliegenden Zusammenhang nicht existierten und die vorliegenden konkreten Umstände eine solche Annahme nicht zuließen. Die Vorinstanz gehe von Mutmassungen aus, ohne sich ernsthaft mit den Gepflogenheiten in der Branche auseinandergesetzt zu haben. Sie gehe ausserdem vom Vorurteil aus, dass ohnehin jeder Ehemann als Ehebrecher zu betrach-

ten sei (KG act. 1 S. 8f. Ziff. 19). Die meisten Gäste, und der Beschwerdeführer als Betreiber eines solchen Lokals wüssten das, kämen in ein solches Lokal, um die Darbietungen (Striptease) zu geniessen, und würden möglichst wenig konsumieren. Der kleinere Teil könne es sich leisten, sich mit den anwesenden Frauen zu vergnügen und diesen Champagner zu offerieren. Die Vorinstanz habe es auch im Rahmen der Nachuntersuchung versäumt, die Gepflogenheiten, mit denen sie nicht vertraut sein dürfte, abzuklären. Auch der Beschwerdeführer sei erstaunlicherweise nie zu diesen Gepflogenheiten gefragt worden, ebenso wenig wie die Besitzer der beiden Nachtlokale in der Nachuntersuchung dazu befragt worden seien (KG act. 1 S. 9 Ziff. 20). Gerichtsnotorisch seien nur Umstände oder Erfahrungssätze, die zuverlässig allgemein bekannt seien; bei ihrer Annahme sei Zurückhaltung erforderlich und im Zweifel sei Beweis abzunehmen. Die Annahmen der Vorinstanz seien willkürlich und hätten beweismässig abgeklärt werden müssen.

Es kann kaum Zweifel daran bestehen, dass die von der Vorinstanz geschilderten Gepflogenheiten existieren, und dies wird auch vom Beschwerdeführer im Grunde nicht bestritten. Hingegen ist ebenso naheliegend, dass keineswegs von jedem Besucher eines Nachtlokals angenommen werden kann, dass er selbst diesen Gepflogenheiten auch folge, aus welchen Gründen auch immer (sittliches Empfinden, Geldmangel oder anderes). Die Rüge der Willkür ist in dem Sinne gerechtfertigt, dass auch aus einer verbreiteten Verhaltensweise kein Rückschluss auf das konkrete Verhalten einer bestimmten Person in einer bestimmten Situation gezogen werden darf. Wenn z.B. das Nichteinhalten des vorschriftsgemässen Abstandes auf Autobahnen gelegentlich fast als Regel erscheint, kann gestützt auf diese Beobachtung niemand gebüsst werden. Unter diesen Umständen hätte allerdings auch die Beweisabnahme zu dieser Frage nicht weitergeholfen.

8. Der Entscheid der Vorinstanz ist aufzuheben und im Sinne der Erwägungen an sie zurückzuweisen. Die Kosten sind auf die Gerichtskasse zu nehmen und dem Beschwerdeführer ist eine Prozessentschädigung von Fr. 1'600.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das Urteil der I. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 21. Dezember 2004 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 395.-- Schreibgebühren,
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Dem Beschwerdeführer wird für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'600.-- (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, den Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Zürich (GG010827), das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: