

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170037-O/U/cwo

Mitwirkend: Oberrichter Dr. iur. F. Bollinger, Präsident, Oberrichterin lic. iur.
L. Chitvanni und Ersatzoberrichterin lic. iur. I. Erb sowie die
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bärtsch

Urteil vom 12. Juni 2017

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

erbeten verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. R. Jäger,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

Veruntreuung

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom
19. Oktober 2016 (DG160043)**

Anklage

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 7. Juli 2016 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 23).

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 63 S. 61 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Nebendossier).

Vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und Abs. 3 StGB eventualiter der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB (Hauptdossier) wird der Beschuldigte freigesprochen.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 16 Monaten als Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 15. März 2006 (DG060016-K) ausgefallten Strafe.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.
4. a) Der Privatkläger 1, B._____, wird mit seinem Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
b) Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Nachlass von C._____, vertreten durch die Privatklägerin 2, D._____, Fr. 543'950.– zuzüglich 5 % Zins seit 23. Oktober 2001 als Schadenersatz zu bezahlen.

5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4'800.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	2'500.00	Gebühr Vorverfahren
Fr.	2'540.00	Auslagen Gutachten FOR
Fr.	133.00	Zeugenentschädigung Vorverfahren
Fr.	9'876.00	amtliche Verteidigung
Fr.	<u>19'849.00</u>	

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten. Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Entscheidgebühr um einen Drittel.

6. Die Kosten des Gutachtens FOR (Fr. 2'540.–) werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Zeugenentschädigung Vorverfahren (Fr. 133.–) wird dem Beschuldigten ganz auferlegt.

Die übrigen Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

Die dem Beschuldigten auferlegte Hälfte der Kosten der amtlichen Verteidigung wird einstweilen auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

7. Der Beschuldigte wird verpflichtet, den Privatklägerinnen 2 und 3 für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen, der Privatklägerin 2 Fr. 3'422.30 sowie der Privatklägerin 3 Fr. 14'380.05 (je inkl. Barauslagen und MWST).
8. (Mitteilungen)
9. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 82 S. 1)

1. Das Strafverfahren gegen A._____ sei einzustellen; eventualiter sei A._____ vollumfänglich freizusprechen.
2. Die Zivilklage des Nachlasses von C._____ sei abzuweisen.
3. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.
4. Die Anträge der Privatklägerinnen auf Zusprechung einer Prozessentschädigung seien abzuweisen.
5. A._____ sei für die Kosten der erbetenen Verteidigung im Berufungsverfahren eine angemessene Entschädigung auszurichten.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 70, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

c) Der Privatklägerschaft:

(Urk. 72 und 74)

Keine Anträge.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. Oktober 2016 wurde der Beschuldigte der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Nebendossier) schuldig gesprochen. Mit Bezug auf das Hauptdossier wurde er vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3, eventualiter der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB, freigesprochen. Der Beschuldigte wurde mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 16 Monaten als Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 15. März 2006 (DG060016-K) ausgefallten Strafe bestraft. Weiter wurde er verpflichtet, dem Nachlass von C._____, vertreten durch die Privatklägerin 2, D._____, Fr. 543'950.–, zuzüglich 5 % Zins seit 23. Oktober 2001, als Schadenersatz zu bezahlen. Schliesslich wurden dem Beschuldigten die Hälfte der Verfahrenskosten auferlegt. Zudem wurde er verpflichtet, den Privatklägerinnen 2 und 3 für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen, der Privatklägerin 2 Fr. 3'422.30 sowie der Privatklägerin 3 Fr. 14'380.05 (Urk. 63 S. 61 ff.).

2. Gegen dieses mündlich eröffnete Urteil liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 20. Oktober 2016 Berufung anmelden (Urk. 48). Mit Eingabe vom 2. November 2016 ersuchte der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. X2._____, ihn mit sofortiger Wirkung zu entlassen (Urk. 55). Nachdem dem Be-

zirksgericht Winterthur bereits mitgeteilt worden war, dass der Beschuldigte neu durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ verteidigte werde, wurde dem Gesuch des amtlichen Verteidigers mit Verfügung vom 4. November 2016 entsprochen (Urk. 56). Das begründete Urteil wurde dem erbetenen Verteidiger am 20. Januar 2017 zugestellt (Urk. 60). Die Berufungserklärung des Verteidigers vom 23. Januar 2017 ging innert Frist ein (Urk. 65). Mit Präsidialverfügung vom 9. Februar 2017 wurde den Privatklägern und der Staatsanwaltschaft eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und diesen Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erklären (Urk. 84). Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Eingabe vom 15. Februar 2017 auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils. Gleichzeitig ersuchte sie um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 70). Die Privatkläger verzichteten ebenfalls auf Anschlussberufung (Urk. 72 und 74).

3. Am 12. Juni 2017 fand die Berufungsverhandlung in Anwesenheit des Beschuldigten sowie seines Verteidigers und der Privatklägerin 2 statt (Prot. II S. 3).

II. Umfang der Berufung

1. In seiner Berufungserklärung beantragte der Beschuldigte einen vollumfänglichen Freispruch (Urk. 65). Anlässlich der Berufungsverhandlung beantragte er die Einstellung des Strafverfahrens, eventualiter einen vollumfänglichen Freispruch (Urk. 82 S. 1)

2. Unangefochten und damit in Rechtskraft erwachsen ist der Freispruch vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3, eventualiter der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB (Disp. Ziff. 1 Abs. 2), die Verweisung des Privatklägers 1, B._____, mit seinem Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren auf den Weg des Zivilprozesses (Disp. Ziff. 4. a), die Kostenfestsetzung sowie die Entschädigung des amtlichen Verteidigers (Disp. Ziff. 5; vgl. Prot. II S. 4). Die Rechtskraft ist vorab mittels Beschluss festzustellen (Art. 404 Abs. 1 StPO).

III. Prozessuales

1. Dem Beschuldigten wird in der Anklage bezüglich des Nebendossiers zusammengefasst vorgeworfen, er habe am 23. Oktober 2001 Fr. 543'950.– Bargeld in unterschiedlicher Stückelung in E._____ [Ortschaft] an sich genommen. Mit F._____ und G._____ habe er vereinbart, dass er dieses Geld mittels Einmaleinlage in einer Leibrente zu Gunsten von C._____ anlegen soll. Tatsächlich habe der Beschuldigte jedoch beabsichtigt, das Geld in eigenem Interesse zu verwenden und sich daran zu bereichern. In Kenntnis der Vereinbarung habe der Beschuldigte von den Fr. 543'950.– eine Einmalprämie von Fr. 300'000.– in eine anteilsgebundene Versicherung bei der H._____, mit ihm als zu versichernde Person und Versicherungsnehmer investiert. Weitere Fr. 100'000.– habe er in eine anteilsgebundene Lebensversicherung zu seinen Gunsten und zu Gunsten seiner Familienangehörigen bei der I._____ Versicherung einbezahlt. Den Rest der Barschaft von Fr. 143'950.– habe er zur Finanzierung eigener persönlicher Bedürfnisse verwendet. Er habe damit den ganzen übergebenen Betrag in eigenem Interesse und nach eigenem Gutdünken verwendet, was er von Beginn an beabsichtigt habe. Er sei nicht dazu berechtigt gewesen, zumal er gewusst habe, dass die Barschaft ausschliesslich im Interesse und zu Gunsten von C._____ verwendet werden sollte (Urk. 23 S. 4 f.).

2. Mit der Verteidigung (Urk. 82 S. 4 f.) stellt sich betreffend den von der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland gegen den Beschuldigten erhobenen Vorwurf der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. Abs. 2 StGB die Frage des Eintritts der Verjährung.

2.1. Im Zeitpunkt der Tatbegehung am 23. Oktober 2001 stand noch das alte Verjährungsrecht in Kraft, welches – im Unterschied zum heute geltenden Recht – zwischen der relativen und der absoluten Verfolgungsverjährung unterschied. Die StGB-Revision vom 5. Oktober 2001 trat am 1. Oktober 2002 in Kraft. Eine grundlegende Änderung, welches jenes Gesetz brachte, bestand darin, dass die Verjährung neu nicht mehr eintreten konnte, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen war (Art. 70 Abs. 3 aStGB in der Fassung gemäss Ziff. 1 des BG vom 5. Oktober 2001, in Kraft seit 1. Oktober 2002). Gleich-

zeitig wurden das Ruhen und die Unterbrechung der Verjährungsfristen – und damit der Unterschied zwischen relativer und absoluter Verjährungsfrist – abgeschafft und die Verjährungsfristen verlängert (BGE 135 IV 196 E. 2.2.). Mit Art. 389 Abs. 1 StGB gilt übergangsrechtlich der Grundsatz der lex mitior (Art. 2 Abs. 2 StGB) auch in Bezug auf die Verjährung (BGE 129 IV 49 E. 5.5.; Art. 389 Abs. 1 StGB). Da gemäss den Bestimmungen von 2001 nach dem Ergehen eines erstinstanzlichen Urteils die Verjährung nicht mehr eintreten kann, erweisen sich diese regelmässig als das für den Beschuldigten ungünstigere Recht. Für Taten, die vor dem 1. Oktober 2002 begangen worden sind, ist mithin das alte Recht der Verfolgungsverjährung anwendbar, weil es eine absolute Verjährungsfrist kennt, während es nach neuem Verjährungsrecht nach dem erstinstanzlichen Urteil keine Verjährung mehr gibt (vgl. Art. 97 Abs. 3 StGB, vgl. BKS Strafrecht I-Zurbrugg, 3. Aufl., Basel 2013, vor Art. 97-101 N 66).

2.2. Gemäss Art. 70 Abs. 2 aStGB (Fassung gemäss Ziff. 1 des BG vom 17. Juni 1994, in Kraft seit 1. Januar 1995, welcher für Straftaten, welche vor dem 1. Oktober 2010 begangen wurden, anwendbar ist) beträgt die relative Verfolgungsverjährung zehn Jahre, wenn die strafbare Tat mit Gefängnis von mehr als drei Jahren oder Zuchthaus bedroht war. In der damals geltenden Fassung wurde die Veruntreuung mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis (Ziff. 1) bzw. mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder Gefängnis (Ziff. 2) bestraft (Art. 138 aStGB). Gemäss Anklageschrift übernahm der Beschuldigte in Bereicherungsabsicht entgegen der mit F._____ und G._____ geschlossenen Vereinbarung am 23. Oktober 2001 Fr. 543'950.– Bargeld in unterschiedlicher Stückelung. Die Anklagebehörde geht davon aus, dass die Tathandlung an diesem Tag erfolgte. Dementsprechend trat die relative Verfolgungsverjährung nach Ablauf von zehn Jahren am 23. Oktober 2011 ein. Um die relative Verjährungsfrist zu unterbrechen, hätten vor dem 23. Oktober 2011 Untersuchungshandlungen betreffend die Straftat vom 23. Oktober 2001 erfolgen müssen (Art. 72 Abs. 2 aStGB, Fassung gemäss Ziff. 1 des BG vom 17. Juni 1994, in Kraft seit 1. Januar 1995). Die ersten diesbezüglichen Untersuchungshandlungen erfolgten jedoch erst nach Einreichung der Strafanzeige am 1. September 2014 (Urk. ND 15 S. 8) und somit nachdem die relative Verjährung bereits eingetreten war.

2.2. Sodann belief sich die absolute Verfolgungsverjährung bei der Veruntreuung – wie heute – auf 15 Jahre (vgl. dazu alt: 138 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 70 Abs. 2 aStGB und Art. 72 Ziff. Abs. 2 aStGB in der Fassung gemäss Ziff. 1 des BG vom 17. Juni 1994, in Kraft seit 1. Januar 1995, bzw. Art. 70 Abs. 1 lit. b aStGB in der Fassung gemäss Ziff. 1 des BG vom 5. Oktober 2001, in Kraft seit 1. Oktober 2002, bzw. neu : Art. 138 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 97 Abs. 1 lit. b StGB). Wie bereits erwähnt, geht die Anklagebehörde davon aus, dass die Tathandlung am 23. Oktober 2001 stattfand. Die Verfolgungsverjährung begann daher spätestens am 24. Oktober 2001 zu laufen und endete am 23. Oktober 2016. Folglich ist auch die absolute Verfolgungsverjährung inzwischen eingetreten.

3. Die dem Beschuldigten gemäss Anklageschrift vom 7. Juli 2016 vorgeworfene Veruntreuung (Nebendossier) war bereits im Zeitpunkt der Anzeigeerstattung relativ verjährt, weshalb diesbezüglich nie eine Untersuchung hätte durchgeführt werden dürfen. Überdies ist im jetzigen – massgebenden – Zeitpunkt auch die absolute Verfolgungsverjährung eingetreten. Das Verfahren ist daher in Bezug auf den Vorwurf der Veruntreuung (Nebendossier) in Anwendung von Art. 329 Abs. 4 StPO einzustellen.

IV. Schadenersatz

Auf das Schadenersatzbegehren des Nachlasses von C._____, vertreten durch die Privatklägerin 2, D._____, im Umfange von Fr. 543'950.– ist infolge Einstellung des Verfahrens nicht einzutreten (Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 126 N 9.).

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Wird das Verfahren eingestellt oder wird die beschuldigte Person freigesprochen, so können ihr die Verfahrenskosten ganz oder

teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO). Voraussetzungen für die Kostenaufgabe sind demnach die Widerrechtlichkeit (im Sinne einer den zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherten Haftung für ein fehlerhaftes und vorwerfbares Verhalten, durch das die Einleitung oder Erschwerung eines Prozesses verursacht wurde; also nicht Rechtswidrigkeit im strafrechtlichen Sinn), ein Kausalzusammenhang sowie ein Verschulden. Der Überbindung von Verfahrenskosten an die beschuldigte Person bei Einstellung des Verfahrens kommt aber jedenfalls Ausnahmecharakter zu (BSK StPO-Domeisen, Art. 426 StPO N 29 ff. m.w.H.; BGE 116 Ia 162 E. 2.c).

2.1. Nachdem vorliegend infolge Verjährung nie eine Strafuntersuchung in Bezug auf das Nebendossier hätte durchgeführt werden dürfen, fällt eine Kostenaufgabe an den Beschuldigten ausser Betracht. Dementsprechend sind die Kosten der Untersuchung sowie des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, inklusive der Kosten der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2.2. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit dem Antrag auf Einstellung des Verfahrens, eventualiter Freispruch, vollumfänglich, weshalb auch die Kosten für das Berufungsverfahren auf die Gerichtskasse zu nehmen sind.

3. Dem Beschuldigten ist für das Berufungsverfahren eine Entschädigung für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte zuzusprechen (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). Die Verteidigung verzichtete darauf, den Entschädigungsantrag zu beziffern (Urk. 82 S. 5; Prot. II S. 5). Aufgrund der eingetretenen Verjährung, welche sich bereits aus der Anklageschrift ergibt, erübrigte sich eine umfassende Prüfung und Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Urteil sowie den Untersuchungsakten im Vorherein, weshalb eine Entschädigung von Fr. 1'200.– angemessen erscheint. Somit ist dem Beschuldigten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung für die anwaltliche Verteidigung von Fr. 1'200.– aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

4. Schliesslich ist den Privatklägerinnen 2 und 3 ausgangsgemäss keine Prozessentschädigung zuzusprechen (Art. 433 Abs. 1 e contrario).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Oktober 2016 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. (...)

Vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und Abs. 3 StGB eventualiter der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB (Hauptdossier) wird der Beschuldigte freigesprochen.

2. (...)

3. (...)

4. a) Der Privatkläger 1, B._____, wird mit seinem Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

b) (...)

5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 4'800.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 2'500.00 Gebühr Vorverfahren

Fr. 2'540.00 Auslagen Gutachten FOR

Fr. 133.00 Zeugenentschädigung Vorverfahren

Fr. 9'876.00 amtliche Verteidigung

Fr. 19'849.00

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten. Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Entscheidgebühr um einen Drittel.

6. (...)
 7. (...)
 8. (Mitteilungen)
 9. (Rechtsmittel)"
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Das Verfahren betreffend Veruntreuung (Nebendossier) wird eingestellt.
2. Auf das Schadenersatzbegehren des Nachlasses von C._____, vertreten durch die Privatklägerin 2, D._____, wird nicht eingetreten.
3. Die Kosten der Untersuchung sowie des erst- und zweitinstanzlichen Gerichtsverfahrens, inklusive der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Dem Beschuldigten wird für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung für die anwaltliche Verteidigung von Fr. 1'200.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Den Privatklägerinnen 2 und 3 wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - RA Dr. iur. Y1._____ im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin D._____,
 - RA lic. iur. Y2._____ im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin 3
 - den Privatkläger B._____ (auszugsweise)und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mittels Kopie von Urk. 67
 - die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG).
7. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 12. Juni 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. F. Bollinger

lic. iur. S. Bärtsch