Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.61/2002 /zga

Urteil vom 16. Mai 2003
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Kolly, Ersatzrichterin Pont Veuthey,
Gerichtsschreiber Kipfer Fasciati.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Caterina Nägeli, Grossmünsterplatz 9, 8001 Zürich und Rechtsanwältin lic. iur. Rafaela Stadelmann, Bürgi Nägeli Rechtsanwälte, Grossmünsterplatz 9, 8001 Zürich,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Wiederaufnahme des Verfahrens (Landesverweisung),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss
des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 11. Januar 2002.

Sachverhalt:
A.
Mit Entscheid vom 14. Juni 2001 verurteilte die Einzelrichterin des Bezirks Winterthur X._____ wegen Diebstahls und versuchten Diebstahls zu zwei Monaten Gefängnis bedingt und zu einer unbedingten Landesverweisung von drei Jahren. Dieses Urteil erwuchs in Rechtskraft.
B.
Mit Eingabe vom 21. November 2001 stellte X._____ beim Obergericht des Kantons Zürich ein Revisionsgesuch. Das Obergericht wies das Revisionsgesuch am 11. Januar 2002 ab.
C.
X._____ erhebt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der Beschluss des Obergerichts sei aufzuheben und das Revisionsgesuch sei gutzuheissen; eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Weiteren sucht X._____ um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und um aufschiebende Wirkung für seine Beschwerde nach.
D.
Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 26. Februar 2003 ab, soweit es überhaupt darauf eintrat.
E.
Die Staatsanwaltschaft verzichtete am 6. Mai 2003 auf Vernehmlassung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen ist kassatorischer Natur (Art. 277ter Abs. 1 BStP). Soweit der Beschwerdeführer mehr als die Aufhebung des angefochtenen Urteils verlangt, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.
2.
2.1 Das kantonale Revisionsbegehren bezog sich materiell allein auf die im Urteil der Einzelrichterin des Bezirks Winterthur vom 14. Juni 2001 angeordnete unbedingte Landesverweisung. Der Beschwerdeführer hatte geltend gemacht, dass die Einzelrichterin auf bedingten Vollzug der Landesverweisung erkannt hätte, wenn sie gewusst hätte, dass er sich bereits im März 2001 mit der Schweizerin Olivia Zehnder verlobt hatte und dass er zum Zeitpunkt der Urteilsfällung im Begriffe war, die - inzwischen vollzogene - Heirat mit ihr vorzubereiten, indem er sich in seinem Herkunftsland um

die Beschaffung der nötigen Papiere kümmerte.

Auch die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde beschränkt sich auf diesen Punkt.
2.2 Die Vorinstanz weist das Revisionsgesuch ohne inhaltlichen Bezug auf die angeblichen Hochzeitsvorbereitungen im Juni 2001 allein wegen dessen offensichtlicher Rechtsmissbräuchlichkeit ab. Sie bringt zwar Zweifel an dem vom Beschwerdeführer geltend gemachten Sachverhalt vor; sie lässt aber ausdrücklich offen, ob die Version des Beschwerdeführers glaubwürdig ist und in tatsächlicher Hinsicht zutrifft. Sie prüft im Weiteren auch nicht, ob es sich beim geltend gemachten Sachverhalt um eine im Sinne von § 449 Ziff. 3 StPO/ZH beziehungsweise Art. 397 StGB erhebliche Tatsache handeln würde, die eine Wiederaufnahme des Verfahrens als erforderlich erscheinen liesse.

Zum Rechtsmissbrauch führt die Vorinstanz Folgendes aus: Nach Lehre und Rechtsprechung sei eine Revision auch zulässig, wenn sie sich auf eine Tatsache stütze, die zwar dem Verurteilten bekannt gewesen sei, die dieser jedoch dem Gericht nicht zur Kenntnis gebracht habe. Dieser Grundsatz werde aber in krassen Fällen begrenzt durch das Prinzip von Treu und Glauben beziehungsweise das Verbot des venire contra factum proprium. Der offensichtliche Missbrauch eines Rechts könne keinen Schutz finden (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Der Beschwerdeführer habe im Rahmen des Asylverfahrens und der Strafuntersuchung sowie gegenüber der Einzelrichterin auf Frage mehrfach klar zum Ausdruck gebracht, in der Schweiz alleine zu sein, keine Freunde und keine Familie zu haben und in einem Heim für Asylbewerber zu wohnen. Wenn er jetzt geltend mache, sich bereits im März verlobt und sich danach hauptsächlich bei seiner Verlobten aufgehalten zu haben, und die Berücksichtigung dieser Umstände beim Aussprechen der Landesverweisung verlange, so handle es sich dabei angesichts seiner früheren Aussagen um ein krass rechtsmissbräuchliches Verhalten. Der vorgebrachte Grund, weshalb er gegenüber der Einzelrichterin nichts von seinen Heiratsplänen erzählt habe - weil er
seine Verlobte nicht habe in das Verfahren hineinziehen wollen - sei unglaubwürdig. Er könne sich im Übrigen nicht darauf berufen, vor Gericht lügen zu dürfen. Die fehlende Wahrheitspflicht des Angeklagten im Strafverfahren beziehe sich auf den Gegenstand der Untersuchung; insoweit sei niemand verpflichtet, zu seiner eigenen Überführung beizutragen. Dass der Beschwerdeführer in der Schweiz eine Verlobte habe und er mit ihr übereingekommen sei zu heiraten, gehöre aber nicht zum Gegenstand der Untersuchung. Er wäre deshalb verpflichtet gewesen, wahrheitsgemäss über seine private Situation Auskunft zu geben.
2.3 Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2 ZGB geltend. Er wendet gegen das vorinstanzliche Urteil ein, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Rechtsmissbrauch nicht leichthin angenommen werden dürfe und dass die Anforderungen an die Begründung dieser Annahme hoch seien. Dies decke sich mit dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 ZGB, wonach nur der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Schutz finde. Im Übrigen seien die Anforderungen im Bereich des Strafrechts noch höher als im Rechtsverkehr unter Privaten. Der Widerspruch zwischen seinen Aussagen im Asyl- und Strafverfahren einerseits und den Angaben im Revisionsgesuch andererseits erfüllten den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs nicht. Eine Lüge im Strafverfahren könne nicht unter das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB fallen, da der Angeklagte im Strafverfahren nicht zur Wahrheit verpflichtet sei. Die Vorinstanz gebe im zentralen Punkt ihres Urteils keine Begründung dafür, weshalb er hinsichtlich der Angaben zur Person zur Wahrheit verpflichtet gewesen wäre. Das Urteil sei deshalb im Sinne von Art. 277 BStP nicht überprüfbar. Wenn ihn keine Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage treffe, könne ihm seine frühere Aussage aber nicht entgegengehalten
werden. Da nur der offensichtliche Missbrauch eines Rechts keinen Schutz finde, seien auch die weiteren Umstände zu berücksichtigen, was die Vorinstanz, obwohl darauf hingewiesen, unterlassen habe. Er habe einsichtige private Gründe gehabt, seine Verlobung und die Vorbereitung der Heirat der Einzelrichterin gegenüber zu verschweigen, insbesondere sei es ihm darum gegangen, die junge Beziehung zu seiner Verlobten nicht zu gefährden. Im Rahmen einer umfassenden rechtlichen Würdigung hätte die Vorinstanz sodann auch berücksichtigen müssen, dass er - anwaltlich nicht vertreten und mit den Gegebenheiten und der Sprache in der Schweiz nicht vertraut - sich der Bedeutung einer Landesverweisung nicht bewusst gewesen sei. Er sei davon ausgegangen, dass die Landesverweisung dahinfalle, wenn er sich mit einer Schweizerin verheirate. Hätte er die notwendigen Kenntnisse gehabt oder wäre er anwaltlich vertreten gewesen, hätte er die Einzelrichterin ohne Zweifel über die bevorstehende Heirat ins Bild gesetzt.
3.
3.1 Gemäss Art. 397 StGB ist wegen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, die dem Gericht zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt waren, die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten zu gestatten. Inhaltlich stimmen Art. 397 StGB und § 449 Ziff. 3 StPO/ZH überein (ZR 83 Nr. 81). Nach ständiger Praxis sind Tatsachen und Beweismittel erheblich, wenn sie geeignet sind, die der

Verurteilung zu Grunde liegenden Feststellungen so zu erschüttern, dass nach dem veränderten Sachverhalt ein milderes Urteil möglich erscheint (BGE 109 IV 174 mit Hinweis).

Gemäss Art. 397 StGB haben die Kantone gegenüber Urteilen, die auf Grund des Strafgesetzbuches ergangen sind, wegen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, die dem Gerichte zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt waren, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Verurteilten zu gestatten.

Auch wenn die Vorinstanz ihren Entscheid auf § 449 Ziff. 3 StPO/ZH abstützt, hat sie die bundesrechtlichen Minimalgarantien von Art. 397 StGB zu beachten. Das Bundesgericht überprüft deshalb die Abweisung eines Revisionsgesuch auf Nichtigkeitsbeschwerde hin, wenn eine falsche Rechtsanwendung geltend gemacht wird (Art. 269 Abs. 1 und 277bis Abs. 1 Satz 2 BStP).
3.2 Das Bundesgericht hat sich in seiner Rechtsprechung bereits mehrfach mit der Abgrenzung von Rechts- und Tatfragen bei der Anwendung von Art. 397 StGB befasst (u.a. BGE 116 IV 353; 125 IV 298; 124 IV 92). Rechtsfrage ist, ob die letzte kantonale Instanz von den richtigen Begriffen der "neuen Tatsache", des "neuen Beweismittels" und deren "Erheblichkeit" im Sinne von Art. 397 StGB ausgegangen ist. Ob eine Tatsache oder ein Beweismittel dem Sachrichter bekannt war oder neu ist, ist eine Tatfrage; ebenso, ob eine neue Tatsache oder ein neues Beweismittel geeignet ist, die tatsächlichen Grundlagen des Urteils zu erschüttern, dessen Revision verlangt wird (BGE 116 IV 353 E. 2b; 109 IV 173; je mit Hinweisen).

Vorliegend macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe sein Revisionsgesuch zu Unrecht als krass rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB taxiert, weil er den mangelhaften Wissensstand der Einzelrichterin selbst zu verantworten habe, er mithin gegen ein factum proprium angegangen sei. Das in Art. 2 Abs. 2 ZGB kodifizierte Rechtsmissbrauchsverbot ist ein für die ganze Rechtsordnung gültiger Grundsatz. Ob er in der konkreten Auslegung von Art. 397 StGB richtigerweise angewendet wurde, beschlägt eine Rechtsfrage.
3.3 Es besteht Einigkeit darüber - und es wird im Grundsatz auch von der Vorinstanz nicht in Frage gestellt -, dass eine Tatsache im Sinne von Art. 397 StGB und § 449 StPO/ZH als neu gilt, auch wenn der Verurteilte die Tatsache zum Zeitpunkt des Prozesses kannte, sie aber dem urteilenden Gericht, aus welchen Gründen auch immer, nicht zur Kenntnis brachte (vgl. BGE 69 IV 134 E. 4; 116 IV 353 E. 3a; vgl. auch H. F. Pfenninger; Das Rechtsmittel der Wiederaufnahme im Schweizerischen Strafgesetzbuch, SJZ 43, 1957, S. 165 ff., S. 171, mit Zitat aus dem Protokoll der Expertenkommission: "Es genügt, wenn dem Richter Tatsachen und Beweismittel neu sind; dass der Verurteilte sie schon früher gekannt hat, sich aber aus irgendwelchen, entschuldbaren oder unentschuldbaren Gründen, nicht darauf berufen hat, fällt im Strafprozess nicht in Betracht"; vgl. auch Hans Walder, Die Wiederaufnahme des Verfahrens in Strafsachen nach Art. 397 StGB, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, hrsg. von Eugen Bucher und Peter Saladin, Bern/Stuttgart 1979, S. 344). Diese eindeutige und in Lehre und Rechtsprechung unbestrittene Auffassung findet ihre Bestätigung im Gesetzeswortlaut. Ihre Grundlage liegt in dem für den Strafprozess fundamentalen
Erkenntnisziel der materiellen Wahrheit (vgl. Pfenninger, ebd.). Daraus folgt, dass der Anspruch des Verurteilten auf Revision beim Vorlegen neuer Tatsachen mit Hinweis auf dessen eigenes Verhalten, wenn überhaupt, nur mit grosser Zurückhaltung begrenzt werden darf. Es kommt hinzu, dass an die Annahme widersprüchlichen und deshalb treuwidrigen und rechtsmissbräuchlichen Verhaltens ohnehin hohe Anforderungen zu stellen sind (Art. 2 Abs. 2 ZGB nennt den offenbaren Missbrauch eines Rechts, der keinen Schutz verdiene).

Die Vorinstanz stützt ihren Entscheid auf eine Kommentarstelle, an der erwogen wird, "ob nicht in krassen Fällen das Prinzip von Treu und Glauben bzw. das Verbot des venire contra factum proprium [dem Anspruch auf Revision] Grenzen setzt" (Schmid, in: Schmid/Donatsch, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, N. 12 zu § 449).
3.4 Der Missbrauch eines Rechts ist, jedenfalls in klaren Fällen, zu bejahen, wenn sich eine Person auf ein Rechtsinstitut beruft, um Ziele zu erreichen, die von der Grundidee dieses Rechtsinstituts nicht erfasst werden. Auch der Angeklagte im Strafprozess darf mit den ihm zustehenden prozessualen Rechten nicht rechtsmissbräuchliche Ziele verfolgen. Der Missbrauch von Rechten ist insbesondere zu bejahen, wenn mit Berufung auf prozessuale Rechte der Gang der Justiz behindert, der Prozess verschleppt oder das Gericht prozesswidrig belastet werden soll. Rechtsmissbrauch ist unter Umständen auch zu bejahen, wenn ein Beweisantrag zu spät gestellt wird. Im vorliegend zu beurteilenden Zusammenhang ist es denkbar, dass ein Angeklagter sich in missbräuchlicher Weise auf sein Recht auf Revision beruft. Dies wäre etwa der Fall, wenn er eine bestimmte entscheiderhebliche Tatsache verschweigt, um anschliessend, beispielsweise zwecks Verzögerung

des Strafvollzugs, die Wiederaufnahme des Verfahrens verlangen zu können und diese auch tatsächlich verlangt. Für die Beantwortung der Frage, ob der Missbrauch eines Rechts vorliegt, sind also auch subjektive Umstände von Bedeutung.
3.5 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe den Umstand seiner Heiratsvorbereitung verschwiegen, weil er habe verhindern wollen, dass seine künftige Ehefrau vom Strafverfahren Kenntnis erhalte und dass sie in das Verfahren hereingezogen werde. In seiner Beschwerde führt er überdies aus, er sei sich über die Bedeutung der verschwiegenen Tatsache für die Landesverweisung nicht im Klaren gewesen, zumal er keinen anwaltlichen Beistand gehabt habe. Er habe angenommen, die Landesverweisung werde gegenstandslos, wenn er sich verheirate. Diese Vorbringen sind nicht zum Vornherein abwegig. Es ist denkbar, dass seinem Verhalten - möglicherweise neben einem gewissen Mass an Verstocktheit - eine Mischung aus Angst und Unkenntnis des hiesigen Rechtssystems zu Grunde lag. Dass er sich von seinem Verhalten unrechtmässige Vorteile für ein allfälliges Revisionsverfahren versprach, stellt die Vorinstanz nicht fest. Rechtsmissbräuchliche Motive für die Falschaussage sind nicht erkennbar und werden von der Vorinstanz auch nicht geltend gemacht.

Die blosse Tatsache, dass der Beschwerdeführer den Umstand der behaupteten Heiratsvorbereitungen verschwieg, ist kein hinreichender Grund, um unter dem Titel des Rechtsmissbrauchs vom Grundsatz abzuweichen, wonach auch derjenige Verurteilte einen Anspruch auf Revision hat, der die erhebliche Tatsache kannte, sie dem urteilenden Gericht aber nicht zur Kenntnis brachte. Sie ist allenfalls zu berücksichtigen bei der Prüfung der Frage, ob die geltend gemachte neue Tatsache glaubhaft ist. Unter diesen Umständen wäre die Vorinstanz verpflichtet gewesen, die im Revisionsgesuch vorgebrachten Tatsachen auf ihre Wahrscheinlichkeit und auf ihre Erheblichkeit hin materiell zu prüfen. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4.
Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben, und der Beschwerdeführer ist für seine Aufwendungen im bundesgerichtlichen Verfahren angemessen zu entschädigen. Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung ist damit als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Mit dem Entscheid in der Sache ist auch das Gesuch um aufschiebende Wirkung für die Beschwerde gegenstandslos geworden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Dem Beschwerdeführer wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 16. Mai 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: