Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1P.325/2003 /bmt

Urteil vom 1. Oktober 2003
I. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesgerichtspräsident Aemisegger, Präsident,
Bundesgerichtsvizepräsident Nay, Bundesrichter Reeb,
Gerichtsschreiber Pfisterer.

Parteien
B._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Thomas Fingerhuth, Langstrasse 4, 8004 Zürich,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, Postfach, 8023 Zürich,
Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, Postfach, 8023 Zürich,
Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach 4875, 8022 Zürich.

Gegenstand
Strafverfahren; Besetzung des Gerichts,

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 31. März 2003.

Sachverhalt:
A.
B._____ wurde vom Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom 22. August 2001 der Widerhandlung gegen das BetmG schuldig gesprochen. Er legte gegen dieses Urteil Berufung ein. Das Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, bestätigte den Schuldspruch am 6. Dezember 2001.
B.
B._____ zog diesen Entscheid mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich weiter. Er beantragt die Aufhebung des Urteils des Obergerichts, da an der Verhandlung vom 6. Dezember 2001 ein Ersatzoberrichter mitgewirkt habe, der zugleich juristischer Sekretär und Kanzleivorstand in der I. Strafkammer des Obergerichts sei.

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich trat auf die Nichtigkeitsbeschwerde am 31. März 2003 nicht ein.
C.
B._____ führt mit Eingabe vom 23. Mai 2003 staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht und beantragt die Aufhebung des Beschlusses vom 31. März 2003. Mit separater Eingabe vom 23. Juni 2003 stellt B._____ das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

Das Kassationsgericht, das Obergericht und die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich sprechen sich für Abweisung der Beschwerde aus.
D.
Das Gesuch von B._____ vom 1. Juli 2003, es sei der staatsrechtlichen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, wurde am 15. Juli 2003 gutgeheissen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid in seinen rechtlich geschützten Interessen berührt und hat ein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerde (Art. 88 OG). Er macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Grundsatzes von Treu und Glauben geltend. Hierzu ist er befugt (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass, sodass auf die Beschwerde einzutreten ist.
2.
2.1 Das Kassationsgericht trat auf die Beschwerde mangels genügender Substanziierung des geltend gemachten Beschwerdegrundes nicht ein. Es führte aus, der Beschwerdeführer habe nicht genügend dargelegt, wann er den Namen des vor Obergericht mitwirkenden Ersatzrichters und von den angeblich mit dieser Funktion unvereinbaren Tätigkeiten am gleichen Gericht erfahren habe. Weiter habe er sich nicht dazu geäussert, weshalb er die Rüge der ungehörigen Besetzung des Obergerichts erstmals in der Kassationsbeschwerde und nicht unverzüglich nach Entdecken der angeblichen Unvereinbarkeit erhoben habe. Das Kassationsgericht könne deshalb die Frage nicht beantworten, öb in der Geltendmachung der mangelhaften Gerichtsbesetzung allenfalls ein Verzicht auf dieses Recht oder ein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben̈liege. Wäre das Kassationsgericht auf die Nichtigkeitsbeschwerde eingetreten, hätte es diese, wie es darlegt, als unbegründet abgewiesen.
2.2 Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) sowie des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und 9 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Er ist der Meinung, es bestünde keine Pflicht nebst der Rüge der ungehörigen Besetzung des Spruchkörpers auch noch zu begründen, weshalb er die Rüge nicht schon früher erhoben habe oder weshalb ihm dies nicht möglich gewesen sei.
3.
3.1 Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem durch Gesetz geschaffenen, unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Gericht beurteilt wird. Es soll garantiert werden, dass keine Umstände, welche ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zu Gunsten oder zu Lasten einer Partei auf das Urteil einwirken (BGE 128 V 82 E. 2 mit Hinweisen).
3.2 Es ist in erster Linie Sache des kantonalen Verfahrensrechts, die prozessualen Rechte im Allgemeinen und die Art und Weise, wie diese geltend zu machen sind, zu umschreiben. Das gilt auch für die Geltendmachung des Anspruchs auf ein ordentlich besetztes Gericht (BGE 124 I 121 E. 2; 119 Ia 221 E. 5a; 118 Ia 282 E. 5a). Auch diese Verfahrensgarantie untersteht dem Regime des kantonalen Verfahrensrechts, das darüber Vorschriften aufstellen kann und muss. Es kann einem Kanton nicht verwehrt sein, die Einhaltung gewisser Vorschriften bei der Ausübung solcher Rechte zu verlangen, so etwa, dass bestimmte Anträge frist- und formgerecht gestellt werden. In diesem Rahmen kann unter Umständen angenommen werden, dass auf gewisse Verfahrensrechte ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet wurde (BGE 119 Ia 221 E. 5a S. 227 f. mit Hinweisen; siehe auch: Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 574).
3.3 Der Beschwerdeführer erhob kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wegen ungehöriger Besetzung des Obergerichts (§ 430 Abs. 1 Ziff. 2 der StPO/ZH), d. h. wegen Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Nach § 430 Abs. 2 StPO/ZH gilt für die Nichtigkeitsbeschwerde das Rügeprinzip. Danach ist der Beschwerdegrund in der Beschwerdeschrift genau anzugeben, die angeblichen Fehler des vorinstanzlichen Verfahrens bzw. Urteils sind präzis zu nennen und die betreffenden Aktenstellen, aus denen sich die Nichtigkeitsgründe ergeben sollen, sind eindeutig zu bezeichnen. Fehlt es an diesen Ausführungen, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (Andreas Donatsch/Niklaus Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919, Zürich 2000, N. 8 und 32 ff. zu § 430; vgl. Urteil des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom 19. Oktober 1989 E. 6, publ. in: SJZ 87/1991, S. 12 Nr. 3).
3.4 Nach der Rechtsprechung des Kassationsgerichts Zürich kann bei Nichtbeachtung der vorgenannten Formvorschriften ein Verzicht auf die Geltendmachung des angeblichen Mangels in der Besetzung des Gerichtes angenommen werden (vgl. zur analogen Regelung für Ablehnungsbegehren: Urteil des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2002, E. 3b, publ. in: ZR 102, Nr. 32). Unabhängig vom kantonalen Recht wird gestützt auf den auch für die Privaten geltenden Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs verlangt, dass ein echter oder vermeintlicher Organmangel so früh wie möglich, d. h. nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit, geltend gemacht wird (Art. 5 Abs. 3 BV). Es verstösst gegen Treu und Glauben, Einwände dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher

hätte festgestellt und gerügt werden können (so: Yvo Hangartner, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, St. Gallen 2002, Rz. 37 ff. zu Art. 5). Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf den Prozess einlässt, verwirkt sowohl nach der zürcherischen als auch gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Anspruch auf spätere
Anrufung der verletzten Verfassungsbestimmung (Jörg Paul Müller, a.a.O., S. 587; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Auflage, Zürich 1999, N. 416; zur analogen Regelung bei der Ablehnung von Richtern: BGE 128 V 82 E. 2b mit Hinweisen; Robert Hauser/Erhard Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976, Zürich 2002, N. 4 zu § 98).
3.5 Das Rügeprinzip von § 430 Abs. 2 StPO/ZH verlangt eine eingehende Begründung der vorgebrachten Nichtigkeitsgründe. Ein echter oder vermeintlicher Fehler in der Besetzung des Gerichtes (Art. 430 Abs. 1 Ziff. 2 StPO/ZH) ist so früh wie möglich geltend zu machen (vgl. E. 3.4 hiervor). Die Rechtsprechung des Kassationsgerichts fordert dies ebenfalls. Daraus folgt, dass eine Beschwerde, mit der eine Verletzung dieser Garantie erstmals gerügt wird, die prozessuale Begründungspflicht nur erfüllt, wenn nicht nur der Nichtigkeitsgrund angerufen und belegt wird, sondern wenn auch aufgezeigt wird, dass die Rüge unverzüglich nach Kenntnis des Beschwerdegrundes erfolgt und deshalb kein Verzicht auf den Anspruch und auch kein Verhalten wider Treu und Glauben vorliegt.
3.6 Der Beschwerdeführer hat nicht dargelegt, weshalb er die Rüge der ungehörigen Besetzung des Gerichtes nicht bereits vor Obergericht vorgebracht hat. Somit ist er seiner Begründungspflicht, die bereits das Gesetz aufstellt, welche sich aber auch aus der Rechtsprechung des Kassationsgerichts ergibt, nicht nachgekommen. Entgegen seiner Meinung kann nicht von einer ẗstillschweigenden Praxisänderungd̈ie Rede sein, die zunächst hätte angekündigt werden müssen. Sowohl die Rechtsprechung zum Erfordernis der unverzüglichen Geltendmachung eines Mangels in der Besetzung des Gerichts als auch zu den Anforderungen an die Begründung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde stellen keine neue gerichtliche Praxis dar. Das Kassationsgericht des Kantons Zürich verletzte damit die verfassungs- und konventionsmässigen Rechte, auf die sich der Beschwerdeführer beruft, nicht, wenn es auf seine kantonale Beschwerde mangels genügender Begründung nicht eintrat.
4.
Hält die erste selbständige Begründung des angefochtenen Entscheides vor den angerufenen Bestimmungen der Bundesverfassung und der EMRK stand, ist nicht mehr zu prüfen, ob die gegen die Erwägungen zur Sache erhobenen Rügen begründet sind oder nicht. Auch deren Gutheissung vermöchte nichts an der Verfassungs- und EMRK-Konformität des Entscheides des Kassationsgerichts des Kantons Zürich zu ändern.
5.
Die staatsrechtliche Beschwerde ist demnach abzuweisen.

Die Voraussetzung zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind erfüllt (Art. 152 OG). Eine Gerichtsgebühr ist nicht zu erheben (Art. 152 Abs. 1 OG). Dem Beschwerdeführer ist sein jetziger Verteidiger als unentgeltlicher Rechtsvertreter beizugeben. Dieser ist für das bundesgerichtliche Verfahren aus der Bundesgerichtskasse angemessen zu entschädigen (Art. 152 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen.
2.
Dem Beschwerdeführer wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt:
2.1 Es werden keine Kosten erhoben.
2.2 Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Fingerhuth, Zürich, wird als unentgeltlicher Rechtsvertreter ernannt und für das bundesgerichtliche Verfahren aus der Bundesgerichtskasse mit einem Honorar von Fr. 1'500.– entschädigt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft, dem Obergericht, I. Strafkammer, und dem Kassationsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 1. Oktober 2003
Im Namen der I. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: