Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6P.117/2003 /pai

Urteil vom 3. März 2004
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Wiprächtiger, Zünd,
Gerichtsschreiber Kipfer Fasciati.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Albrecht,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich,
Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach 4875, 8022 Zürich.

Gegenstand
Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Strafverfahren; rechtliches Gehör),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Juni 2003.

Sachverhalt:
A.
Mit Entscheid vom 6. September 1999 verurteilte das Bezirksgericht Zürich X._____, geboren 1975, wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu drei Jahren Gefängnis. Auf seine Berufung hin bestätigte das Obergericht das Urteil im Schuldpunkt und setzte das Strafmass - als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 6. November 1999 (60 Tage Gefängnis wegen Körperverletzung) - auf zwei Jahre und vier Monate Gefängnis fest.
B.
Gegen das Urteil des Obergerichts erhob X._____ eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde beim Bundesgericht und kantonale Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht des Kantons Zürich. Das Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Bundesgericht bis zum Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich sistiert.

Mit Beschluss vom 21. Juni 2003 wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat.
C.
X._____ führt staatsrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, der Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich sei aufzuheben. Ausserdem sucht er um aufschiebende Wirkung für seine Beschwerde und um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung nach.
D.
Zum Gesuch um aufschiebende Wirkung liess sich die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich innert Frist nicht vernehmen. Mit Verfügung vom 25. September 2003 erkannte der Präsident des Kassationshofes der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses wurde verzichtet.
E.

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich verzichtet auf Gegenbemerkungen zur Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Beim angefochtenen Entscheid des Kassationsgerichts handelt es sich um einen letztinstanzlichen kantonalen Endentscheid (Art. 86 Abs. 1 OG). Der Beschwerdeführer ist durch die strafrechtliche Verurteilung in seinen rechtlich geschützten Interessen berührt (Art. 88 OG), weshalb er befugt ist, die Verletzung verfassungsmässiger Rechte zu rügen. Da diese und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.
1.2 Soweit der Beschwerdeführer zur Begründung seiner Eingabe auf Rechtsschriften verweist, die er im kantonalen Verfahren eingereicht hat, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG).
2.
Der Beschwerdeführer wurde verurteilt wegen zahlreicher, zwischen März und Ende Oktober 1997 begangener Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Als Hauptthema seiner Beschwerde legt er dem Bundesgericht den Umstand zur Beurteilung vor, dass er, obwohl bereits im Juni 1997 genügend Anhaltspunkte für seine Verhaftung bestanden hätten, erst im Spätherbst 1997 inhaftiert worden sei. Ob ein Delinquent Anspruch darauf habe verhaftet zu werden, wenn genügend Anhaltspunkte zur Verhaftung und ein Haftgrund bestünden, stelle eine Grundsatzfrage dar, die vom Bundesgericht bisher nicht entschieden worden sei. Er habe von Juni bis Oktober 1997 unter Beobachtung und damit mit Duldung der Behörden weiter delinquiert, obwohl die Behörden seines Erachtens verpflichtet gewesen wären, ihn zu verhaften und damit seiner Tätigkeit frühzeitig ein Ende zu setzen. Dem Kassationsgericht, bei dem er die zu späte Verhaftung gerügt hat, wirft er mehrfache Verfassungsverletzungen (Begründungsgebot, rechtliches Gehör, Verfahrensfairness) und die willkürliche (Nicht-)Anwendung des kantonalen Strafprozessrechts vor.
3.
Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung des verfassungsmässigen Gebotes rechtsgleicher Behandlung gemäss Art. 8 BV, weil das Kassationsgericht feststelle, er sei nicht legitimiert, die Unterlassung seiner Verhaftung geltend zu machen. In anderen Konstellationen sei die Pflicht eines anwesenden, mit polizeilicher Gewalt ausgestatteten Behördenvertreters zur Intervention offensichtlich gegeben, wenn eine Person sich anschicke, ein öffentliches Verbot zu verletzen. Tatsächlich verwendet das Kassationsgericht die Formulierung, der Beschwerdeführer sei nicht legitimiert, die Unterlassung von strafprozessualen Zwangsmassnahmen, die gegen ihn hätten ergriffen werden sollen, geltend zu machen. Die Formulierung ist insoweit missverständlich, als daraus geschlossen werden könnte, das Kassationsgericht sei der Auffassung, auf die Beschwerde sei in diesem Punkt gar nicht einzutreten. Das ist aber nicht der Fall, da sich das Kassationsgericht mit den entsprechenden Rügen materiell auseinandersetzt und diese in der Folge als unbegründet qualifiziert. Die staatsrechtliche Beschwerde ist insoweit gegenstandslos, weshalb darauf nicht einzutreten ist.
4.
4.1 Im Weiteren macht der Beschwerdeführer geltend, das Kassationsgericht begründe seine Auffassung nicht, wonach ein Delinquent keinen Anspruch auf die Anordnung strafprozessualer Zwangshandlungen habe, und es verletze damit das aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete Begründungsgebot.
4.2 Das Kassationsgericht hält die Argumentation des Beschwerdeführers für im Ansatz verfehlt, weil sie darauf hinauslaufe, dem Einzelnen einen persönlichen Anspruch einzuräumen, von den Strafverfolgungsbehörden an der Begehung von Straftaten gehindert zu werden. Ein solcher Anspruch bestehe jedoch nicht. Die Allgemeinheit oder der Einzelne könnten als potentielle Opfer von Straftaten von den Strafverfolgungsbehörden einen im Rahmen des Möglichen und Zulässigen wirksamen Schutz vor Begehung von Straftaten erwarten. Diesbezügliche Unterlassungen der Behörden könnten gegebenenfalls einen Anspruch aus Staatshaftung begründen. Hingegen hätten Verfassung und Strafprozessrecht für den tatsächlichen oder den mutmasslichen Täter eine vollkommen andere Schutzrichtung: Sie gewährleisteten den Anspruch des Angeschuldigten, von den Strafverfolgungsbehörden im Rahmen eines gegen ihn gerichteten Strafverfahrens nicht ohne Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen in der persönlichen Freiheit oder anderen Grundrechtspositionen eingeschränkt zu werden. Der Delinquent könne weder aus Verfassung noch aus Strafprozessrecht den Anspruch ableiten, bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen verhaftet und damit an der Begehung weiterer Straftaten
gehindert zu werden. Damit hat das Kassationsgericht seinen Entscheid jedenfalls begründet. Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, das Kassationsgericht habe seinen Entscheid nicht begründet, ist die Beschwerde

demnach abzuweisen.
5.
5.1 Der Beschwerdeführer rügt die willkürliche (Nicht-)Anwendung des kantonalen Strafprozessrechts. Er bringt vor, dass die Behörden gemäss § 54 StPO/ZH verpflichtet seien, einen Verdächtigen zu verhaften, wenn die Voraussetzungen dieser Bestimmung und des § 58 StPO/ZH erfüllt seien.
5.2 Die §§ 54 und 58 der zürcherischen Strafprozessordnung regeln die polizeiliche Festnahme und die Anordnung der Untersuchungshaft. § 54 bestimmt, dass die Polizeiorgane verpflichtet sind, eine Person festzunehmen, die ein Verbrechen oder Vergehen in ihrer Gegenwart verübt hat oder eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtigt wird, sofern ein Haftgrund nach § 58 Abs. 1 (Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr) gegeben ist.
5.3 Das Kassationsgericht legt diese gesetzlichen Anordnungen dahingehend aus, dass die zuständige Behörde zwar verpflichtet sei, eine Verhaftung vorzunehmen, wenn die Voraussetzungen erfüllt seien, diese Verpflichtung aber keinen persönlichen Anspruch des Verdächtigen auf Verhaftung begründe.

Die präventive Funktion des materiellen Strafrechts liegt im Schutz der elementaren Rechtsgüter der Einzelnen oder der Allgemeinheit (Leib und Leben, Freiheit, Besitz und Eigentum, öffentlicher Friede etc.). Den strafrechtlichen Schutz dieser Rechtsgüter gewährleistet der Staat mittels Sanktionsandrohung für den Fall von deren Gefährdung oder Verletzung. Die Wirksamkeit der strafrechtlichen Sanktionsandrohung beruht auf der Annahme verantwortungs- und das heisst zurechnungsfähiger Bürger, die das Recht im Wissen um die angedrohten Sanktionen verletzen und deshalb das Risiko der Bestrafung bewusst in Kauf nehmen, beziehungsweise auf der Annahme, dass sich der zurechnungsfähige Bürger durch die Sanktionsandrohung von der Begehung eines Deliktes abhalten lässt. Ist dies nicht der Fall, und wird eine Person straffällig, so hat sie die gesetzlich angedrohten Sanktionen zu tragen. Die im Strafverfahren anzuwendenden prozessualen Regeln schützen dabei die Grundrechtspositionen des mutmasslichen oder tatsächlichen Täters vor ungerechtfertigten Eingriffen.
Zusammenfassend ergibt sich, dass das materielle Strafrecht die Rechtsgüter der Einzelnen und der Allgemeinheit vor Straftaten, das Strafprozessrecht den Einzelnen vor grundrechtswidriger Strafverfolgung schützen soll, wenn er ein Delikt begangen hat oder im Verdacht steht, ein solches begangen zu haben. Weder aus dem materiellen Strafrecht noch aus dem Prozessrecht lässt sich somit ein persönlicher Anspruch des Delinquenten ableiten, wegen der zu gewärtigenden Straftatfolgen durch die staatlichen Behörden von Straftaten abgehalten zu werden, die er mit Wissen und Willen begeht. Wollte man anders entscheiden, hiesse dies, dem Staat gegenüber dem frei entscheidenden potentiellen Täter eine Garantenstellung zuzuschreiben. Daraus folgte, dass die Verantwortung für alle den Behörden bekannten und deshalb tolerierten zukünftigen Delikte vom Täter wenigstens teilweise auf den Staat überginge, obwohl der Täter sich frei gegen das Recht entschieden hat oder entscheiden wird. Der Täter könnte sich darauf berufen, über die Statuierung eines strafrechtlichen Verbots hinaus nicht hinreichend von der Begehung einer Straftat abgehalten worden zu sein. Damit käme der Staat gegenüber dem potentiellen Täter in eine - paternalistische - Rolle, die
dem geltenden liberalen und auf dem Schuldprinzip beruhenden Strafrechtskonzept, offensichtlich fremd ist. Der Täter hat mithin grundsätzlich keinen persönlichen Anspruch gegenüber den Strafverfolgungsbehörden, verhaftet zu werden, wenn ein hinreichender Haftgrund bereits besteht, damit er vor den ihm bekannten gesetzlichen Folgen fortgesetzter Delinquenz geschützt werde. Vor diesem Hintergrund erscheint die Auslegung der zürcherischen Strafprozessordnung durch das Kassationsgericht alles andere als willkürlich.
6.
6.1 Im Weiteren rügt der Beschwerdeführer die Verletzung des Gebotes gerechter Behandlung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV und des Rechts auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Das Verhalten der Behörden laufe in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider, sei deshalb willkürlich und verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von Art. 9 BV.
6.2 Der oben festgestellte Grundsatz, wonach ein entdeckter Täter, der weiter zu delinquieren beabsichtigt, keinen persönlichen Anspruch darauf hat, verhaftet zu werden, damit er vor den strafrechtlichen Folgen seiner weiteren Taten geschützt werde, könnte ausnahmsweise dem Gerechtigkeitsgrundsatz und dem Fairnessgebot widersprechen. Ausnahmen vom Grundsatz wären denkbar, wenn ein Täter infolge jugendlichen Alters das Unrecht seiner Taten nicht einsieht; wenn er infolge Krankheit oder psychischer Abhängigkeit in seiner Steuerungsfähigkeit eingeschränkt ist; wenn er aufgrund behördlicher Duldung davon ausgehen darf, dass sein Verhalten nicht verboten ist oder wenn er von Vertretern der Strafverfolgungsbehörden zu seinen Taten fort-

gesetzt angestiftet wird (V-Personeneinsatz). In allen diesen und möglicherweise in weiteren Konstellationen könnte es stossend sein, wenn die Strafverfolgungsbehörden die fortgesetzte Delinquenz kennen und tolerieren würden und den Betroffenen schliesslich dennoch die volle Härte der gesetzlich angedrohten Sanktionen träfe. Das ist jedoch nicht der Fall: Soweit die Zurechnungsfähigkeit oder die Verbotskenntnis in Frage stehen, sieht bereits das materielle Strafrecht Strafreduktion oder Straffreiheit vor
(Art. 10, 11, 19 und 20 StGB). Dasselbe gilt für die fahndungstaktisch begründete behördliche Motivation von Straftaten: Hier sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen in einzelnen kantonalen Strafprozessordnungen umschrieben (z.B. § 113 StPO/BL) oder von der Rechtsprechung entwickelt worden.

Ob die Strafverfolgungsbehörden bei Vorliegen einer der genannten Ausnahmesituationen gegenüber dem Täter zur sofortigen Intervention verpflichtet sind, kann offen bleiben, da im zu beurteilenden Fall eine Ausnahmesituation ohnehin nicht gegeben ist und auch nicht geltend gemacht wird. Die Strafverfolgungsbehörden kannten die deliktische Tätigkeit des aus freien Stücken handelnden Beschwerdeführers und sie verzichteten aus fahndungstaktischen Gründen vorerst auf eine Intervention mit der Folge, dass der Beschwerdeführer unter behördlicher Aufsicht weiter delinquierte und auch für diese Delikte bestraft wurde. Es wurde seitens der Behörden weder motivierend auf den Beschwerdeführer eingewirkt, noch wurde er in seiner freien Willensbildung in irgend einer Weise so beeinflusst, dass er behindert worden wäre, seine Delinquenz aus eigenem Antrieb zu beenden und damit dem ihm bekannten Verbot zu entsprechen. Inwiefern damit das Gebot gerechter Behandlung und das Prinzip der Fairness verletzt worden sein sollte, ist nicht ersichtlich. Im Verhalten der Behörden könnte, falls überhaupt, nur eine Verletzung des Gerechtigkeits- und des Fairnessprinzips liegen, wenn der Beschwerdeführer einen persönlichen Anspruch darauf hätte, von den
Strafverfolgungsbehörden an weiterer Delinquenz gehindert zu werden. Ein solcher Anspruch ist aber, wie oben dargetan, den Prinzipien und den Schutzzwecken des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrensrechts fremd. Die Beschwerde ist demnach auch in diesem Punkt abzuweisen.

An diesem Ergebnis vermag auch das weitere Vorbringen des Beschwerdeführers nichts zu ändern, wonach, im Sinne einer Güterabwägung, ein fahndungstaktisch motivierter Aufschub von an sich angezeigten Zwangsmassnahmen nur zulässig sein könne, wenn die vermuteten, aber noch unbekannten Delikte wesentlich schwerer wögen als die den Behörden bekannten und damit stillschweigend tolerierten. Dieses Vorbringen setzt voraus, was erst zu begründen wäre: dass der Täter einen persönlichen Anspruch auf Intervention überhaupt hat.
7.
Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, das Kassationsgericht verletze Art. 9 (Willkürverbot) und Art. 29 Abs. 2 (Anspruch auf rechtliches Gehör), indem es im Unterschied zum Obergericht offen lasse, ob bereits Ende Juni 1997 genügend Anhaltspunkte für seine Verhaftung bestanden hätten.

Das Kassationsgericht prüft die entsprechende Rüge des Beschwerdeführers unter dem hypothetischen Gesichtspunkt, dass bereits Ende Juni 1997 genügend Anhaltspunkte für eine Verhaftung bestanden hatten, stellt dies jedoch, im Unterschied zum Obergericht, selbst nicht fest. Im Folgenden weist es die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde aus rechtlichen Gründen ab, also unabhängig davon, ob die hypothetische Voraussetzung tatsächlich erfüllt war oder nicht. Die Frage kann offen bleiben, da die rechtliche Begründung der Abweisung korrekt ist. Das Kassationsgericht hätte die Beschwerde auch abgewiesen, wenn es die Auffassung des Beschwerdeführers hinsichtlich bereits Ende Juni 1997 bestehender hinreichender Haftgründe geteilt hätte. Unter diesen Umständen hat der Beschwerdeführer kein schützenswertes Interesse an der vom Kassationsgericht unterlassenen Feststellung, es hätten bereits Ende 1997 hinreichende Gründe für seine Verhaftung bestanden. Auf die Beschwerde ist insoweit nicht einzutreten.

Dasselbe gilt für die weitere Rüge, wonach im kantonalen Verfahren der Verteidigung Akten vorenthalten worden seien, aus welche hervorgehe, dass die Behörden im Juni 1997 genügend Anhaltspunkte gehabt hätten, den Beschwerdeführer zu verhaften. Diese Akten wären, so es sie denn überhaupt gibt, nur von Bedeutung, wenn der Beschwerdeführer daraus etwas zu seinen Gunsten abzuleiten vermöchte. Das ist nach dem Gesagten nicht der Fall.
8.
Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit überhaupt darauf eingetreten wer-

den kann.

Der Beschwerdeführer stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Das Gesuch ist abzuweisen, da die Beschwerde unter den gegebenen Umständen von Anfang an aussichtslos war (Art. 152 Abs. 1 OG). Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG ). Den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers ist bei der Bemessung der Gerichtsgebühr Rechnung zu tragen.

Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird mit dem Entscheid in der Sache gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 800.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Kassationsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 3. März 2004
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: