

ZURECHTGERICHTET

VERA DELNON / BERNHARD RÜDY

Inhalt

Einleitung

1. Richterliche Vorbefassung
2. Notwendige Verteidigung
3. Verletzung der EMRK
4. Grundsätze eines fairen Verfahrens im besonderen
5. Beweisrecht
6. Teilnahmerechte
7. Zivilrecht und Zivilprozess
8. Schlussbemerkungen

Einleitung

Das Kassationsgericht ist 125 Jahre alt. Das Alter einer solchen Institution an sich sagt nichts aus über ihre Existenzberechtigung; es ist aber ein Indiz dafür. Dies um so mehr, als es, wie eine andere alte zürcherische Rechtsinstanz – das Geschworenengericht (früher Schwurgericht) – mehrere Abschaffungsvorstösse überlebt hat.

Dem *Geschworenengericht* wollte Ende der 60er Jahre der seinerzeitige SP-Kantonsrat Ernst Rosenbusch an den Kragen – weil er dort einen Fall verloren hatte. Als Mitglied einer Grundlagenkommission für eine neue Strafprozessordnung anfangs der 70er Jahre sah er es anders: Ungünstige Erfahrungen mit Berufsgewichten liessen ihn die Vorteile des Laienelementes und des Unmittelbarkeitsprinzips neu entdecken. Auch er stimmte dem Ergebnis der Kommission zu: Weg vom Aktenprozess, verstärkte Unmittelbarkeit vor allen erstinstanzlichen Gerichten, Einsatz von qualifizierten Laien im Rahmen erstinstanzlicher Kriminalgerichte.

Heute befürworten SVP-Exponenten die Abschaffung des *Kassationsgerichts*. Begründet wird das mit Einsparungen im Justizbereich, aber auch mit Misstrauen gegenüber nebenamtlichem Richtertum (Professoren und namentlich Anwälten). Oft liegen diesen Klagen Unmutsbekundungen von Oberrichtern – also Berufsrichtern – zugrunde, deren Urteile das Kassationsgericht aufhebt, wobei es den prozessualen Rechten der Prozessparteien zuweilen kompromisslos Nachachtung verschafft. Diese Opposition erstaunt. Denn bei den durch das Kassationsge-

richt hochgehaltenen Ansprüchen handelt es sich um so elementare Dinge wie den Anspruch auf rechtliches Gehör und die Durchsetzung der Rechte von Beschuldigten gemäss EMRK (bei denen es sich definitionsgemäss um blosser Minimalgarantien handelt).

Die Existenzberechtigung eines Gerichts misst sich nicht zuletzt an den rechtlichen Standards, denen es zum Durchbruch verholfen hat. Im Folgenden werden ein paar dieser «Errungenschaften» dargestellt, es wird aber auch erwähnt, wo es noch einiges zu tun gibt. Der geneigten Leserschaft wird sich dann die Frage von selbst beantworten, ob wir auf das *Zurechtrichten* durch das Kassationsgericht in unserem Rechtsstaat schadlos verzichten könnten.

1. Richterliche Vorbefassung

In ZR 93 (1994) Nr. 22¹ entschied das Kassationsgericht, richterliche Vorbefassung sei gegeben, wenn der *gleiche Richter in verschiedenen Verfahren* Taten mehrerer Angeklagter beurteile, die in nahem sachlichem Zusammenhang stünden. Das Bezirksgericht hatte gegen zwei im gleichen Zusammenhang angeklagte Personen getrennt verhandelt und bei der ersten das Urteil gefällt, bevor es zur Verhandlung mit der zweiten kam. Das Obergericht verneinte eine Vorbefassung und damit eine Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit bei der Beurteilung des zweiten Angeklagten. Das Kassationsgericht hingegen befand, der zweite Angeklagte hätte nicht vom gleichen Richter beurteilt werden dürfen, weil bereits die Gefahr ausreiche, das erste Urteil könnte sich zum Nachteil des zweiten Angeklagten auswirken. Indessen verneinte es in Übereinstimmung mit dem Obergericht eine Vorbefassung, wenn das Gericht getrennt gegen zwei Mitangeschuldigte verhandelt, beide Urteile aber erst nach Durchführung beider Verhandlungen berät und sich somit noch nicht festgelegt hat (RB 1998 Nr. 1).

Eine andere Frage richterlicher Unabhängigkeit (wie auch der Beweiswürdigung) beurteilte das Kassationsgericht in ZR 90 (1991) Nr. 76.² Das Obergericht hatte ein Gesuch um Zeugenbefragung abgelehnt, nachdem ein ausführliches Gespräch des Referenten mit dem fraglichen Zeugen (mit Protokollvermerk) stattgefunden hatte: Eine erneute Befragung dränge sich nicht auf, der Zeuge rücke von den belastenden Aussagen nicht ab. Das Kassationsgericht hob das Urteil mit der Begründung auf, die vom Obergericht herbeigeführte richterliche Überzeugung sei nicht auf gesetzmässige Art und Weise zustande gekommen und daher nicht verwertbar.

Solche Entscheide sind wichtig: Jeder Richter sollte – blickt er auf die faktischen und psychologischen Vorgänge bei der Bildung von Erkenntnissen – spüren,

¹ RB 1993, 335 Nr. 2.

² RB 1992, 346 Nr. 77.

dass der zweite Angeklagte im Rahmen dessen beurteilt wird, was auf der Grundlage der richterlichen Überzeugung im ersten Urteil als feststehend entschieden worden war. Die Ordnungsvorschrift von § 5 StPO, wonach mehrere Täter gemeinsam zu beurteilen sind, bezweckt gerade die Entscheidungsfindung in Kenntnis sämtlicher Umstände und der Argumente aller Verteidiger. Nach dem ersten Urteil ist ein Gericht nicht mehr frei, etwa den Tatbeitrag des zweiten Täters unbefangen zu beurteilen. Blosser Argumente der Verfahrenseffizienz sind nie geeignet, eine richterliche Vorbefassung zu verneinen.

2. Notwendige Verteidigung

Mit Bezug auf die *notwendige Verteidigung* hat das Kassationsgericht Pionierdienste geleistet. Ohne in Ermessensfragen oder Verteidigungsstrategien einzugreifen, hat es dafür gesorgt, dass sich Untätigkeit, Unfähigkeit und Nachlässigkeit bei der Verteidigungsarbeit nicht zu Ungunsten des notwendig Verteidigten auswirken darf. Das Obergericht hingegen hatte sich rein formell damit begnügt, dass ein Verteidiger bestellt worden war, ohne zu prüfen, ob dieser auch wirklich im Interesse des Angeklagten handelte. Sogar Kunstfehler des Verteidigers zulaften des Angeklagten hat es gelten lassen und diesem angerechnet. Die folgenden Entscheidungen sorgten für eine *inhaltlich wirksame Verteidigung*, insbesondere, wo der Gesetzgeber diese als notwendig bezeichnet hat:

- Die Verletzung der notwendigen Verteidigung nach § 11 StPO ist ein absoluter Nichtigkeitsgrund; ein Angeklagter muss nicht nachweisen, dass er bei fachlich richtiger Verteidigung günstiger gefahren wäre (RB 1981, 309 Nr. 37).
- Wenn bei notwendiger Verteidigung im Zeitpunkt der zweiten untersuchungsrichterlichen Einvernahme noch kein Verteidiger bestellt ist, kann auf die entsprechende Einvernahme nicht abgestellt werden (ZR 91/92 [1992/93] Nr. 55).³
- Unterlässt in einem Fall notwendiger Verteidigung der erbetene Verteidiger sein Tätigwerden wegen Nichtleistung einer Akontozahlung, so ist eine effektive Verteidigung nicht gewährleistet (RB 1995 Nr. 107).
- Bei notwendiger Verteidigung hat der Richter zu überprüfen, ob der Angeklagte effektiv verteidigt war. Eine Verteidigung muss auch gegen den Willen des Angeklagten erfolgen. Bei schwerwiegender Vernachlässigung der Verteidigungspflicht hat der Richter einzugreifen, ohne aber Ermessensfragen zu überprüfen (ZR 97 [1998] Nr. 108).⁴

³ RB 1992, 346 Nr. 76.

⁴ RB 1996 Nr. 139.

- Unzutreffende Beratung über die Aussichten eines Rechtsmittels durch den amtlichen Verteidiger führt zur Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist; ein grobes Verschulden des Verteidigers darf nicht dem Angeklagten angelastet werden (ZR 86 [1987] Nr. 90).⁵ Dies gilt auch, wenn der amtliche Verteidiger den Angeklagten nicht einmal über die Fällung des Urteils in Kenntnis gesetzt hat (RB 1990, 343 Nr. 39).
- Versäumt der Verteidiger infolge falscher Fristberechnung die Frist für die Ergreifung eines Rechtsmittels, ohne dass den Angeklagten ein persönliches Verschulden trifft, darf dies nicht zum Rechtsverlust des Angeklagten führen (ZR 96 [1997] Nr. 6).⁶
- Der Rückzug eines Rechtsmittels durch den Verteidiger ohne Zustimmung des Angeklagten ist unwirksam (RB 1996 Nr. 141).

3. Verletzung der EMRK

Mit Bezug auf die Durchsetzung der Minimalgarantien für ein rechtsstaatliches Verfahren gemäss EMRK war das Kassationsgericht zuerst, wie alle Schweizer Gerichte, zurückhaltend. Ein Sinneswandel fand erst statt, nachdem die Strassburger Instanzen das Bundesgericht wiederholt korrigierten, welches ursprünglich praktisch alle Rügen gestützt auf die EMRK gegen kantonale Gerichte abgelehnt hatte.

Nach dem Ordnungsruf aus Strassburg im Falle Minelli achtete auch das Kassationsgericht genau darauf, dass etwa die *Kostenaufgabe bei eingestellten Verfahren oder bei Freispruch* nicht einer Verdachtsstrafe gleichkommt. Es orientierte sich an der Leitlinie des Bundesgerichts, insbesondere an BGE 116 Ia 162, und verdeutlichte dessen Ausführungen in gewissen Aspekten. So übernahm es die Formulierung, für die Kostenaufgabe sei ein Verschulden im zivilrechtlichen Sinne nötig. Ein widerrechtliches Verhalten des Angeschuldigten sei erforderlich, damit ihm trotz einer Einstellung des Verfahrens oder eines Freispruches die Kosten auferlegt werden könnten. Die Ausdrucksweise des Bundesgerichtes präziserte es dahingehend, dass die Widerrechtlichkeit sich nicht aus § 189 oder § 42 StPO selber ergeben könne. Vielmehr müsse dem Angeschuldigten die Verletzung einer ausserhalb dieser beiden Normen liegenden geschriebenen oder ungeschriebenen Verhaltensregel vorwerfbar sein, ansonsten ein unzulässiger Zirkelschluss vorliege (ZR 95 [1996] Nr. 76).⁷ Im Jahre 1998 verdeutlichte das Kassationsgericht seine Rechtsprechung weiter, dass nicht jede noch so geringe Widerrechtlichkeit eine Kostenaufgabe zu begründen vermöge. In Zweifelsfällen oder bei blosser Ordnungswidrigkeit habe die Auferlegung der Kosten vielmehr zu unterbleiben (RB

⁵ RB 1987, 333 Nr. 27.

⁶ RB 1995 Nr. 65.

⁷ RB 1995 Nr. 111.

1998 Nr. 119). In einem anderen Fall führte es gestützt auf den erwähnten Bundesgerichtsentscheid aus, dass einem Angeschuldigten bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens die Kosten nicht mit der Begründung auferlegt werden dürften, er habe geschwiegen oder durch «einfache Lüge» die Behörden gezwungen, für die bestrittenen Handlungen Beweise zu sammeln. Die Kosten bei der Einstellung des Verfahrens oder bei Freispruch wegen mangelnden Kausalzusammenhanges dürften dem Angeschuldigten trotz widerrechtlichen Verhaltens nicht auferlegt werden, wenn diese auch ohne sein Zutun entstanden wären (RB 1998 Nr. 118).

Im Lichte der EMRK bedeutsame, eigenständige Entscheide fällt das Kassationsgericht ab dem Jahre 1990:

- Das Kassationsgericht anerkannte den formellen *Anspruch auf Feststellung einer EMRK-Verletzung*, auch wenn sich das nicht auf das Urteil auswirkt (ZR 89 [1990] Nr. 97).⁸
- Entgegen dem Obergericht anerkannte das Kassationsgericht, dass ein *Verstoss gegen das Beschleunigungsgebot* nebst dem Institut der Verjährung eine eigenständige Tragweite hat und nicht nur im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen ist, sondern sich bis hin zu einem Verfahrenshindernis auswirken kann (ZR 90 [1991] Nr. 47).⁹ In seinem für die Schweiz wegleitenden Entscheid hat das Bundesgericht diese grundsätzlichen Überlegungen des Kassationsgerichts übernommen (BGE 117 IV 129).
- Unter Hinweis auf das Beschleunigungsgebot hatte das Obergericht Beweisabklärungen abgelehnt mit dem Hinweis, das Ergebnis könnte sich bloss noch auf das Strafmass auswirken. Das Kassationsgericht hat diese Einschränkung abgelehnt: Der Untersuchungsgrundsatz stehe nicht in Konkurrenz zum Beschleunigungsgebot; beide Grundsätze stünden nebeneinander. Eine eingetretene oder drohende Verletzung des Beschleunigungsgebotes dürfe das Gericht nicht von der *Erforschung der materiellen Wahrheit* abhalten (ZR 94 [1995] Nr. 9).¹⁰
- Mit einer besonderen Verletzung des Beschleunigungsgebotes befasste sich das Kassationsgericht in RB 1995 Nr. 110: Wenn ein schon früh beantragtes Beweismittel durch *Untätigkeit der Untersuchungsbehörden* nicht Eingang in das Verfahren gefunden hat und zum Beispiel infolge Ablebens des Zeugen nicht mehr beigebracht werden kann, rechtfertigt sich die Annahme, das Beweismittel hätte eine Bestätigung der Entlastungsbehauptung erbracht.
- Obschon die Europäische Menschenrechtskommission und der Ministerrat früher zugunsten der Schweiz entschieden hatten, hielt das Kassationsgericht

⁸ RB 1990, 338 Nr. 6.

⁹ RB 1990, 337 Nr. 3.

¹⁰ RB 1993, 335 Nr. 3.

in RB 1997 Nr. 9 fest, der Vorbehalt der Schweiz in bezug auf die Auferlegung von *Dolmetscherkosten* sei ungültig.¹¹

- Konsequenterweise entschied das Kassationsgericht gemäss ZR 97 [1998] Nr. 42 auch, der von der Schweiz angebrachte Vorbehalt betreffend *Öffentlichkeit der Urteilsverkündung* sei ungültig, weshalb eine blosser Urteilseröffnung gegenüber den Parteien unter Zugänglichmachung auf der Gerichtskanzlei dem Öffentlichkeitserfordernis nicht entspreche.¹²

4. Grundsätze eines fairen Verfahrens im besonderen

Unter teilweiser Berufung auf die EMRK hat sich das Kassationsgericht oft mit grundsätzlichen Fragen der Fairness im Strafprozess befasst. Dabei hat es weitgehend eine allgemeine Sicht der Vernunft walten lassen und sich nicht auf die Sanktionierung nur bei überspitztem Formalismus beschränkt, wie dies bei der staatsrechtlichen Beschwerde der Fall ist. Die Praxis zeigt, dass die Fairness sowohl von den Untersuchungsorganen wie von den Verfahrensbetroffenen verlangt und bei Nichteinhalten sanktioniert wird:

- Zu Unrecht war das Obergericht auf eine ausdrücklich als «Berufung» bezeichnete Rechtsmitteleingabe nicht eingetreten, mit der Begründung, sie werde als Rekurs behandelt, weil darin Ausführungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen enthalten waren. Gemäss Kassationsgericht durfte darin kein Verzicht auf Anfechtung der übrigen Punkte anlässlich einer mündlichen Berufungsverhandlung erblickt werden (ZR 82 [1983] Nr. 59).¹³
- § 185 Abs. 2 StPO sieht vor, der Angeklagte müsse Stellung nehmen können, wenn daran gedacht werde, ihn aufgrund einer schärferen Strafbestimmung zu verurteilen. Das Kassationsgericht hielt fest, der Anspruch auf rechtliches Gehör gebiete, dies auch dann zu tun, wenn der Angeklagte aufgrund einer qualitativ neuen, von der Anklage abweichenden rechtlichen Betrachtungsweise belangt werden soll (ZR 84 [1985] Nr. 134).¹⁴
- Zur Geltendmachung eines Verfahrensmangels erst im Beschwerdeverfahren: Entgegen dem Obergericht betrachtete das Kassationsgericht ein solches Verhalten nur dann als gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossend, wenn sich der Beschwerdeführer in der Untersuchung oder vor den Vorinstanzen bewusst damit abgefunden hatte. Die blosser Nichtgeltendma-

¹¹ Damit übernahm es die Meinung von VILLIGER in: Handbuch der EMRK, Zürich 1993, N 36, und setzte einen blossen Hinweis des Bundesgerichts in dessen Urteil vom 17. Dezember 1991 um, publiziert in SZIER 2 (1992) 468 ff.

¹² So schon der EGMR: vgl. VILLIGER (Fn 11) N 33.

¹³ RB 1983, 314 Nr. 50.

¹⁴ RB 1985, 312 Nr. 47.

- chung könne nicht als bewusster Verzicht interpretiert werden (ZR 86 [1987] Nr. 62).¹⁵
- Gemäss Ansicht des Obergerichts gab es am Verhalten eines Bezirksanwalts nichts zu beanstanden, der sich während einer Einvernahme mit einem Zeugen entfernte, um unter Ausschluss des Angeschuldigten und seines Verteidigers ein Gespräch zu führen. Mit Recht korrigierte das Kassationsgericht dieses gegen § 14 StPO und das aus der EMRK fliessende Teilnahmerecht verstossende Verhalten (ZR 86 [1987] Nr. 93).¹⁶
 - Das Kassationsgericht erkannte die Bedeutung des Originaltons von Telefongesprächen, die mit Betonungen, Pausen, Understatements usw. etwas ganz anderes bedeuten können als die blosse Abschrift des gesprochenen Wortes. Oft werden von irgendwelchen Beamten gar nur blosse Kurzfassungen von dem protokolliert, was diese vom Telefongespräch verstanden haben oder für relevant halten. Auch diesbezüglich musste das Obergericht, welches den wirklichen Beweiswert der Originale offenbar nicht erkannt hatte, korrigiert werden. Den Parteien wurde ein klares Recht auf Abhörung der Original-Tonbänder zuerkannt (ZR 86 [1987] Nr. 97).¹⁷
 - In einem weiteren Fall berief sich das Kassationsgericht ausdrücklich auf den «fair trial» im Sinne der EMRK und leitete aus diesem wie auch aus der Verfassung ab, dass der Angeschuldigte Anspruch hat, mit allen Beweismitteln zum Nachweis der Unrichtigkeit belastender Annahmen zugelassen zu werden. Deshalb sei ihm vollständige Akteneinsicht und der Zugang zu den Originalbeweismitteln aus Überwachungsmassnahmen zu gewähren (ZR 90 [1991] Nr. 27).¹⁸
 - Das Kassationsgericht hat auch der Verwendung von Verteidigerpost als Beweismittel gegen den Angeschuldigten einen Riegel geschoben (ZR 91/92 [1992/93] Nr. 13).¹⁹ Das Bundesgericht hatte vor Inkrafttreten der EMRK ein solches Vorgehen unter Zürcher Recht als «zwar etwas stossend», gleichzeitig aber als «verfassungsrechtlich noch haltbar» bezeichnet.
 - Das Obergericht erachtete die vollständige Übertragung der Ausarbeitung eines Gutachtens vom Gutachter an seinen Assistenten als ohne weiteres zulässig und in vielen Fällen auch als üblich. Das Kassationsgericht bezeichnete das gestützt darauf zustande gekommene Gutachten als nicht StPO-konform erstellt, weil der vom Gericht bestellte Gutachter den Exploranden während der Zeit der Erstattung des Gutachtens überhaupt nie gesehen hatte und somit keinen persönlichen Eindruck gewinnen konnte (ZR 97 [1998] Nr. 25).²⁰

¹⁵ RB 1987, 336 Nr. 59.

¹⁶ RB 1987, 336 Nr. 61.

¹⁷ RB 1987, 337 Nr. 64.

¹⁸ RB 1991, 337 Nr. 2.

¹⁹ RB 1992, 337 Nr. 3.

²⁰ RB 1997 Nr. 102.

- Ein langjähriger Kampf zwischen Obergericht und Kassationsgericht über Fairness im Strafprozess und Gesetzeskonformität entspann sich im Zusammenhang mit der Frage, ob bei unentschuldigtem Ausbleiben des appellierenden Angeklagten Rückzug der Berufung anzunehmen oder der anwesende Verteidiger zur Begründung der Berufung zuzulassen sei. Das Obergericht versuchte immer wieder den einfachen Weg des Nichteintretens auf die Berufung, wogegen das Kassationsgericht konstant und letztmals auch nach der StPO-Revision vom 24.9.1995 bekräftigte, Rückzug sei nur bei Totalversäumnis anzunehmen (ZR 97 [1998] Nr. 29).²¹ In dieser jüngsten Entscheidung hielt das Kassationsgericht fest, dass höherrangiges Recht²² zur Zulassung der Verteidigung führen müsse, unabhängig von der jahrzehntelangen Kontroverse zwischen Obergericht und Kassationsgericht um die Bedeutung von § 424 StPO.

5. Beweisrecht

Die Beschaffung zuverlässiger Grundlagen für die Beweiswürdigung und Urteilsfindung ist das A und O jedes Prozesses, ganz besonders im Strafprozess, wo es um hohe Rechtsgüter geht. Das Kassationsgericht hatte oft Anlass, über wesentliche Grundfragen der Beweisbeschaffung und der Beweiswürdigung zu entscheiden. Dabei zeigte sich wiederholt, dass sich das Obergericht mit zum Teil *bescheidenen Anforderungen* begnügt hatte, dies fast immer zum *Nachteil von Angeklagten*. Auf diesem Gebiete hat das Kassationsgericht eigentliche Rechtsentwicklung betrieben:

- Der Anspruch auf *Zugriff zu Original-Tonaufzeichnungen* ist schon weiter vorn behandelt worden (vgl. oben unter Ziffer 4, fünftes Beispiel).
- Liegen zwei sich *widersprechende Gutachten* vor, so muss ein Anspruch auf Einholung einer Oberexpertise schon dann bejaht werden, wenn der zweite Gutachter die Richtigkeit der Würdigung des Sachverhaltes durch den ersten Experten nicht überzeugend widerlegt hat, so dass das alleinige Abstellen auf das zweite Gutachten willkürlich wäre (RB 1978, 313 Nr. 36).
- Ein Sachverständiger, welcher bei der Staatsanwaltschaft anregt, den Fall vor einer höheren Gerichtsinstanz neu aufzurollen, um einen in der Presse entstandenen Eindruck von der Überzeugungskraft seines Gutachtens zu korrigieren, erweckt den Anschein der *Befangenheit* und darf nicht mit einem Ergänzungsgutachten betraut werden (RB 1990, 342 Nr. 31).
- Auch der Tendenz der Oberrichter, schnell einmal zu erklären, man sei von einem bestimmten Sachverhalt bereits überzeugt, weshalb weitere Beweis-

²¹ ZR 95 (1966) Nr. 87; ZR 70 (1971) Nr. 23; RB 1994, 351 Nr. 106; ZR 90 (1991) Nr. 67.

²² Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK; Art. 14 Ziff. 3 lit. d IPBPR.

mittel nichts mehr ändern könnten, musste das Kassationsgericht wiederholt entgegentreten: Nach seiner klaren Praxis ist die *antizipierte Beweiswürdigung nur zulässig*, wenn mit Sicherheit gesagt werden kann, dass die Abnahme des Beweismittels auch dann an der richterlichen Beweiswürdigung nichts mehr ändern könnte, wenn ihr Ergebnis die aufgestellte Behauptung stützen würde (sog. *Wahrunterstellung*).²³ In einem Fall hat das Kassationsgericht entschieden, rechtzeitig und formrichtig gestellte Beweisanträge müssten grundsätzlich berücksichtigt werden. Selbst die Einvernahme von an sich unglaubwürdigen Zeugen dürfe nicht zum vornherein verweigert werden, und Akten von Mitangeschuldigten seien beizuziehen, wenn sich nicht ausschliessen lasse, dass sich aus diesen Akten entlastende Tatsachen ergeben.²⁴ Gegenüber blossen *Beweisermittlungsanträgen* (z.B. Beizug der Akten eines Strafverfahrens gegen Dritte) habe das Gericht eine freiere Stellung als gegenüber eigentlichen *Beweisanträgen*.²⁵

- Im Jahre 1987 hat das Kassationsgericht definiert, was als *Zufallsfund* (z.B. bei Hausdurchsuchung oder im Rahmen einer Telefonüberwachung) zu bezeichnen ist und inwieweit eine prozessuale Verwertung (gegenüber den Betroffenen oder weiteren Personen) möglich ist. Das Obergericht hatte gefunden, für die Verwertbarkeit eines Zufallsfundes genüge es, wenn ein entsprechender Verdacht erst und ausschliesslich aus der Überwachung selbst resultiere, weshalb ein dringender Tatverdacht von Anfang an nicht nötig sei. Das Kassationsgericht verlangte indessen einen vorbestandenen Verdacht für die unmittelbare Verwertung des Zufallsfundes, erlaubte aber jedenfalls, diesen als Ausgangspunkt für weitere Ermittlungen zu nehmen (ZR 86 [1987] Nr. 96).²⁶ Das Bundesgericht hat diesen Grundsatzentscheid gestützt.²⁷ Dieser vom Kassationsgericht gesteckte Rahmen diene in der Folge als Muster für die Revision von § 104 d StPO im Jahre 1991 hinsichtlich Zufallsfunden bei Überwachungsmassnahmen. Im Jahre 1998 entschied das Kassationsgericht, die Verwertung von Zufallsfunden bei Hausdurchsuchungen als Beweismittel für ein anderes als das ursprünglich abzuklärende Delikt sei grundsätzlich – auch ohne gesetzliche Grundlage – zulässig (RB 1998 Nr. 121).
- Auch der *Einsatz von V-Leuten* beschäftigte das Kassationsgericht. Zuerst musste es entscheiden, dass die Verwertung von Aussagen anonymer polizeilicher Gewährspersonen auf dem Umweg eines indirekten Zeugen unzulässig sei (ZR 85 [1986] Nr. 55).²⁸ In ZR 91/92 (1992/93) Nr. 10²⁹ liess es

²³ RB 1985, 313 Nr. 54; ZR 87 (1988) Nr. 125.

²⁴ RB 1990, 348 Nr. 77; vgl. zu den Folgen der Verschleppung rechtzeitiger Beweisbeschaffung durch die Untersuchungsbehörde vorn: Ziffer 3, Beispiel 4.

²⁵ RB 1997 Nr. 111.

²⁶ RB 1987, 336/337 Nr. 63.

²⁷ Vgl. Bericht NZZ Nr. 278 vom 29.11.1989.

²⁸ RB 1986, 321 Nr. 6.

die Frage der Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für den Einsatz von V-Leuten offen und wies darauf hin, dass der EGMR und das Bundesgericht³⁰ für die verdeckte Fahndung keine gesetzliche Grundlage verlangten. Später musste das Kassationsgericht diese Frage aber konkret entscheiden. Es kam zum Schluss, der Einsatz von V-Leuten sei ein Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit, weshalb eine gesetzliche Grundlage erforderlich sei. Dem Gesetzgeber wurde eine Übergangsfrist für deren Schaffung eingeräumt. Die Einvernahmen von V-Leuten als Zeugen im Strafverfahren unter optischer und/oder akustischer Abschirmung gegenüber dem Angeschuldigten wurde als gegen § 14 StPO verstossend bezeichnet (ZR 94 [1995] Nr. 65).³¹

- Das Kassationsgericht hatte gegenüber dem Obergericht auch festzuhalten, dass ein Geständnis, das in Verletzung von § 154 StPO zustande gekommen ist, nicht verwertet werden kann. Dasselbe gelte für Geständnisse von Mitangeschuldigten (RB 1990, 348 Nr. 83). Es hat ferner entschieden, dass *belastende Aussagen eines Mitangeschuldigten* dann nicht verwertet werden können, wenn dieser sich weigert, solche in Gegenwart des Angeschuldigten anlässlich einer Konfrontation zu wiederholen. Damit hielt das Kassationsgericht die psychologische Erkenntnis hoch, dass Aussagen, zu denen die befragte Person in Anwesenheit des Belasteten nicht steht, zumeist nichts wert sind. Das Kassationsgericht wies auf Ausweichmittel hin, wie die Aussage bloss in Gegenwart des Verteidigers oder etwa als Zeuge nach Abschluss des Verfahrens gegen diesen Mitbeschuldigten. Verweigere er die Aussage dann immer noch, bleibe eine frühere, belastende Aussage prozessual nicht verwertbar (ZR 88 [1989] Nr. 3).³² Widerruft aber ein Mitangeschuldigter in der Konfrontation frühere Aussagen, so führt das nicht zur Unverwertbarkeit dieser früheren Aussagen; deren Bedeutung ist dann vielmehr eine Frage der Beweiswürdigung (ZR 98 [1999] Nr. 11).³³
- Anders als das Obergericht entschied das Kassationsgericht, mögliche *Motive einer Aussageverweigerung* des Angeschuldigten dürften nie in die Beweiswürdigung mit einbezogen werden (ZR 96 [1997] Nr. 19).³⁴ Abgesehen davon, dass eine solche Berücksichtigung auf reinen Mutmassungen beruhen würde, führte dies zu einer Aushöhlung des fundamentalen Rechts eines Angeschuldigten, nicht aussagen und sich auch selber nicht belasten zu müssen.³⁵

²⁹ RB 1992, 338 Nr. 8.

³⁰ BGE 112 Ia 18.

³¹ RB 1994, 350 Nr. 93.

³² RB 1988, 329 Nr. 1.

³³ RB 1998 Nr. 112.

³⁴ RB 1995 Nr. 7.

³⁵ Weil es in den USA trotz der berühmten Miranda-Klausel nicht verboten ist, Spekulationen über die Aussageverweigerung anzustellen, hatte Präsident Bill Clinton die verhängnisvollen

- Entgegen dem Obergericht musste das Kassationsgericht auch auf *Sinn und Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts* hinweisen und ein absolutes *Verwertungsverbot* von Aussagen statuieren, die unter Verletzung des Zeugnisverweigerungsrechts zustande gekommen sind, insbesondere, wenn der Zeuge zu Unrecht nicht auf sein Recht hingewiesen worden war, die Aussage zu verweigern. Das Kassationsgericht machte auch klar, dass es in solchen Fällen nicht zulässig wäre, die damaligen Äusserungen des Betroffenen durch Aussagen von am Verhör beteiligten Dritten in das Verfahren einzubeziehen (ZR 91/92 [1992/93] Nr. 8).³⁶
- In einem weiteren Fall hatte das Obergericht auf polizeiliche Befragungen abgestellt, die *ohne Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht* erhoben worden waren. Die Zeugin hatte bei der korrekt durchgeführten untersuchungsrichterlichen Einvernahme auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht verzichtet, dabei aber Aussagen gemacht, die der polizeilichen Einvernahme widersprachen. Das Kassationsgericht erklärte, dass diese inhaltliche Änderung des Kerngehalts der Aussage zur Ungültigkeit der ursprünglichen im Polizeirapport wiedergegebenen Äusserung führe. Eine *Verwertung der polizeilich protokollierten Aussagen* im Rahmen der Beweiswürdigung sei demnach *unzulässig*. Somit wurde auch dieses offensichtliche Unterlaufen des Rechts, nicht Zeugnis ablegen zu müssen, vom Kassationsgericht gestoppt (ZR 96 [1997] Nr. 45).³⁷

6. Teilnahmerechte

In ZR 86 [1987] Nr. 87³⁸ befasste sich das Kassationsgericht einlässlich mit der Frage der *Verwertbarkeit der im polizeilichen Ermittlungsverfahren erhobenen Aussagen*. In Übereinstimmung mit dem Obergericht kam es zum Schluss, dass die Aussagen von Zeugen und Mitangeschuldigten vor der Polizei in ihrer Gesamtheit in die Beweiswürdigung einbezogen werden dürfen, sofern der Angeklagte später diesen gegenübergestellt werde und die Möglichkeit hatte, Ergänzungsfragen zu stellen. Das Obergericht hatte allerdings die Verwertbarkeit polizeilicher Aussagen mit dem Ergebnis der Beweiswürdigung verknüpft, indem es zur Begründung der Verwertbarkeit auf Erfordernisse einer wirksamen Strafverfolgung hinwies und darlegte, wären polizeiliche Aussagen nicht verwertbar, könnte ein Täter Zeugen oder Mitangeschuldigte einschüchtern, worauf keine verwertbaren Aussagen mehr

falschen Aussagen im Falle Monica Lewinsky gemacht. Dies wohl in der begründeten Befürchtung, wenn er nichts (oder die Wahrheit) zum Fall Lewinsky sage, würde dies zu seinen Ungunsten im Falle Paula Jones ausgelegt werden.

³⁶ RB 1992, 337/338 Nr. 5.

³⁷ RB 1996 Nr. 157.

³⁸ RB 1987, 332 Nr. 2.

bestünden. Dieser Vermischung von Verwertbarkeit und Beweiswürdigung trat das Kassationsgericht entgegen. Entscheidend sei die umfassende freie Beweiswürdigung durch den Richter; in diesem Rahmen seien auch polizeiliche Aussagen verwertbar, wenn sich ein Angeschuldigter damit hatte auseinandersetzen und den entsprechenden Personen detaillierte Fragen stellen können.

In RB 1994, 350 Nr. 99 wies das Kassationsgericht darauf hin, der *blasse Vorhalt von Aussagen im polizeilichen Ermittlungsverfahren* durch den Untersuchungsrichter sei für eine Zeugeneinvernahme ungenügend. Eine spontane und eingehende Darstellung sei erforderlich, ausser bei blosser Wiederholung untersuchungsrichterlicher Einvernahmen.

In ZR 94 [1995] Nr. 15³⁹ ging das Kassationsgericht noch weiter: Weil kein Teilnahmerecht der Verteidigung bei polizeilichen Einvernahmen bestehe, sei die Verwendung der entsprechenden Protokolle (nur) zulässig, *sofern der Angeschuldigte insgesamt einen fairen Prozess* erhalten habe. Da stellt sich die Frage: Wer soll vor welchem Hintergrundwissen diese Beurteilung nach dem «insgesamt fairen Prozess» zuverlässig vornehmen, wenn polizeiliche Befragungsprotokolle ohne Beisein von Bezirksanwalt und Verteidigung unfair zustande gekommen sind und das Verfahren vorgespurt oder «eingefärbt» haben?

Gemäss RB 1996 Nr. 143 geht das *Teilnahmerecht des Angeschuldigten an Einvernahmen von Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen* gemäss § 14 StPO über die Mindestanforderungen gemäss EMRK und BV hinaus. Gleichwohl ist festzustellen, dass das Kassationsgericht in dieser Hinsicht noch kaum wegleitende Entscheide gefällt, sondern sich stark nach der Rechtsprechung der europäischen Menschenrechtsinstanzen ausgerichtet und auf das Bundesgericht abgestellt hat. Damit segnete es das Übergewicht polizeilicher Aussagen ab und leistete faktisch der Verlagerung des Untersuchungsverfahrens in das unkontrollierte polizeiliche Ermittlungsverfahren Vorschub, obwohl dies der Idee der Strafprozessordnung und des Gesetzgebers nicht entspricht.⁴⁰ In ZR 94 [1995] Nr. 15 erkannte es zwar dieses Problem, gelangte aber zum Schluss, dass jedenfalls heute noch kein Anspruch des Angeschuldigten auf Anwesenheit seines Verteidigers schon im polizeilichen Ermittlungsverfahren bestehe; es räumte aber ein, die Tendenz gehe in Richtung eines solchen Anspruchs.

Der obergerichtlichen Meinung, der *ersten polizeilichen Befragung komme ein erhöhter Aussagewert zu*, hat das Kassationsgericht zudem nicht ausdrücklich, sondern nur sinngemäss widersprochen.⁴¹ Wenig Hoffnung besteht alsdann auch, dass die vermehrt feststellbare Praxis von Untersuchungsrichtern beendet wird, Auskunftspersonen und Zeugen zuerst unter Verletzung der Teilnahmerechte von Angeschuldigten und der Verteidigung zu vernehmen und dadurch deren *Aussagen vorzuspüren*, um solche Einvernahmen nachher – als reine Formalität – in Anwesenheit des Angeschuldigten und der Verteidigung zu wiederholen. Zusammen mit

³⁹ RB 1994, 339 Nr. 6.

⁴⁰ Vgl. § 25 i.V.m. §§ 22 und 32a StPO.

⁴¹ ZR 94 (1995) Nr. 6 und Hinweis in ZR 86 (1987) Nr. 87.

der massiven Verlagerung der Ermittlungen zur Polizei, was ebenfalls Aussagen oft unkorrigierbar festlegt, wird dadurch systematisch und missbräuchlich das Teilnahmerecht der vom Verfahren hauptsächlich Betroffenen in jenem Stadium vereitelt, in dem es wirklich greifen könnte und sollte. Das blosses Stellen von Ergänzungsfragen im Nachhinein ist wirkungslos und kann die bereits erfolgte Festlegung der Auskunftspersonen und Zeugen nicht mehr rückgängig machen. Auch das schon in einem älteren Entscheid⁴² gewährte *Recht, an die Zeugen direkt Fragen zu stellen*, bildet dazu kein Gegengewicht.

In Anbetracht der häufigen, keineswegs immer unbegründeten Klagen über Druckausübung, suggestive Fragestellung und verfolgungsorientierte Protokollierung in polizeilichen Ermittlungsverfahren *drängt sich eine weit zurückhaltendere Berücksichtigung* polizeilicher Befragungsprotokolle auf. Bei allem Verständnis für raschen polizeilichen Zugriff läuft die heutige Praxis auf ein völliges Unterlaufen der Teilnahme- und Kontrollrechte durch die Verteidigung hinaus. Die vom Kassationsgericht als Korrekturmöglichkeit erwähnte Befragung der Polizeibeamten über das Zustandekommen des Protokolls wirkt naiv. Welcher Beamte wird schon bewusst registrieren oder als Zeuge gar zugeben, dass er bei der Befragung Einfluss genommen, unerlaubten Druck ausgeübt oder nicht genau protokolliert hat, obschon dies erfahrungsgemäss nicht selten der Fall ist. Die Forschung über das Zustandekommen von Fehlurteilen anhand nachgewiesener Fälle belegt eindrücklich, dass die meisten Fehler im polizeilichen Ermittlungsverfahren gemacht werden. Sie zeigt auch, dass diese Fehler das Verfahren bzw. die richterliche Überzeugung bestimmend in falscher Richtung beeinflussen, bis hin zum Urteil.⁴³

Vom Kassationsgericht müsste erwartet werden, dass es diese *Fehlentwicklung erkennt und Gegensteuer gibt*. Wenn nicht Gefahr im Verzug ist, sind die Parteivertreter auch zu polizeilichen Ermittlungen zuzulassen, wie das in zwei Kantonen und unter der Herrschaft des OHG bereits der Fall ist. Die aufgezeigte Praxis droht, die Grundidee der Strafprozessordnung mit ihrer Gewährleistung der Teilnahmerechte an allen massgebenden Ermittlungshandlungen auszuhöhlen. Eine Klarstellung ist um so eher am Platz, als diese ohne Gesetzesänderung erfolgen kann. Es bedarf der blossen *Korrektur der Rechtsprechung*, indem *streitige* polizeiliche Protokolle für unbeachtlich erklärt werden, wenn sie unter *Ausschluss* der Verteidigung entstanden sind, obschon dafür kein zwingender Grund vorlag.

Möglicherweise tat das Kassationsgericht 1998 einen ersten Schritt in diese Richtung: Es entschied, wenn der Untersuchungsbeamte den Verteidiger von der ersten Einvernahme des Angeschuldigten nach § 17 Abs. 2 StPO ausschliessen wolle, habe er dies mit einer *konkreten Gefährdung des Untersuchungszweckes zu begründen*, sonst liege eine Verletzung der Verteidigungsrechte vor (RB 1998 Nr. 114). Bereits haben auch die Bündner Gerichte entschieden, eine Untersuchung, die praktisch ausschliesslich auf polizeilichen Ermittlungen beruhe, laufe auf eine

⁴² ZR 73 (1974) Nr. 29.

⁴³ KARL PETERS, Fehlerquellen im Strafprozess, 3 Bände, Karlsruhe 1970, 1972 und 1974; vgl. zum Thema die zahlreichen in Bd. I, S. 521 – 567 aufgelisteten Fälle.

unzulässige Delegation der Befugnisse des Untersuchungsrichters an die Polizei hinaus und verletze die Verteidigungsrechte (PKG 31 [1995] 113).⁴⁴

7. Zivilrecht und Zivilprozess

Es gibt auch Beispiele ausserhalb des Bereichs des Strafprozesses, die zeigen, dass das Kassationsgericht gewillt ist, sinnreiche und vernünftige Rechtsfortbildung zu betreiben, wo das Obergericht sich als zu zögerlich oder zu formalistisch urteilend erweist. Im Rahmen dieser Arbeit mag die Darstellung zweier Beispiele genügen:

- Am Tag, als eine Familie in die längst gebuchten Ferien abreisen wollte, wurde der Vater unter Mordverdacht festgenommen, während mehrerer Stunden polizeilich befragt, und es fand eine Hausdurchsuchung statt. Am Nachmittag wurde er wieder entlassen und konnte mit der Familie in die Ferien gehen. Nach über zwei Jahren wurde die Untersuchung gegen ihn definitiv eingestellt. Bei Entschädigung und Genugtuung erwiesen sich aber sowohl die Untersuchungsbehörden wie im Rekursverfahren das Obergericht als knauserig. Das Kassationsgericht entschied entgegen BGE 115 II 481, dass bei solchen Rahmenbedingungen angetretene *Ferien verdorben* seien und deshalb Schadenersatzansprüche gestellt werden könnten. Das Kassationsgericht hiess die Beschwerde gut und sprach eine Entschädigung von Fr. 5'250.– und eine Genugtuung von Fr. 10'000.– zu (ZR 96 [1997] Nr.16).⁴⁵
- Ein Arbeitnehmer mit Konkurrenzverbot hat nach dem Ausscheiden aus der Firma ein eigenes, konkurrenzierendes Unternehmen mit anderen gegründet. Die frühere Arbeitgeberin hatte mit der Durchsetzung des Konkurrenzverbotes vor Bezirks- und Obergericht Erfolg, die Verletzung sei nämlich glaubhaft gemacht. Auf die Einwendungen des Beklagten, er habe aus begründetem Anlass gekündigt, weshalb das Konkurrenzverbot dahingefallen sei, komme nichts an. Demgegenüber hat das Kassationsgericht entschieden, wenn einer *Glaubhaftigkeit* eine *Gegenglaubhaftigkeit* gegenüberstehe, falle die erste Glaubhaftmachung dahin, so dass eine Durchsetzung des Konkurrenzverbotes im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nicht möglich sei (ZR 76 [1977] Nr. 38).

⁴⁴ RStrS 1998 Nr. 500.

⁴⁵ RB 1995 Nr. 35.

8. Schlussbemerkungen

Anhand ausgewählter Themen wurde eine Vielzahl von Fällen aus den letzten 20 Jahren aufgezeigt, in welchen das zürcherische Kassationsgericht wahre *Pionierarbeit* geleistet hat. Oft hat es damit *landesweit* die Rechtsprechung befruchtet und fanden seine Erwägungen Eingang in die gesetzgeberischen Überlegungen und in den Alltag der Rechtsanwendung.

Natürlich lässt sich Gleiches auch von den ersten und zweiten Instanzen sagen. Sowohl die Bezirksgerichte wie auch die Obergerichte leisten nicht selten Pionierarbeit auf der Suche nach dem, was Recht ist. Allerdings verfügt ein Kassationsgericht in dieser Hinsicht über einen unerreichbaren Vorsprung: Erstens beschränkt sich seine Kognition auf die wichtigsten Kernbereiche der richterlichen Arbeit. Zweitens baut es seine Überlegungen auf den Vorarbeiten auf, die bereits zu einem, meist zu zwei Urteilen im Vorfeld geführt haben. Damit wird einerseits anhand konkreter Fälle der aktuelle Stand der Rechtsprechung ausgeleuchtet, andererseits aber auch die Grenze der herrschenden Praxis sichtbar. Drittens tritt zum Berufsrichtertum ein weiteres Element hinzu: Das Zürcher Kassationsgericht besteht ausschliesslich aus nebenamtlich tätigen Rechtsprofessoren und Anwälten. Die Rechtsprechung profitiert somit unmittelbar von zusätzlichen Perspektiven aus Lehre und Praxis.

Diese günstigen Rahmenbedingungen erleichtern die differenzierte Betrachtung und die rasch fortschreitende Erkenntnis in den sensibelsten Bereichen des Justizwesens. Dazu leistet das Zürcher Kassationsgericht seit 125 Jahren für die ganze Schweiz einen wesentlichen Beitrag. Können wir auf dieses *Zurechtrichten* in unserem Rechtsstaat schadlos verzichten?