

# **BGer 6B\_1080/2020 vom 10. Juni 2021**

Bundesgericht, 2021-06-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_1080\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1080_2020)

FR: TF 6B\_1080/2020 du 10 juin 2021

IT: TF 6B\_1080/2020 del 10 giugno 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein Endentscheid ( Art. 90 BGG ) in Strafsachen einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht auf Berufung hin ( Art. 80 BGG ) geurteilt hat. Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde legitimiert ( Art. 81 Abs. 1 lit. a BGG ) und hat die Beschwerdefrist eingehalten ( Art. 100 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 78 ff. BGG ist zulässig.

### **E. 2**

Die Verurteilung des Beschwerdeführers beruht hauptsächlich auf den Aussagen der Zeugen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, die von der Polizei ein erstes Mal wenige Stunden nach dem Vorfall, am 15. Juni 2012, und ein weiteres Mal am 24./25. September 2012 als Auskunftspersonen im Sinne von Art. 179 StPO befragt wurden. Anlässlich dieser Einvernahmen identifizierten die Zeugen den Beschwerdeführer als Urheber des Faustschlags. Die Befragungen fanden in seiner Abwesenheit statt. Am 29. April 2016 führte die Staatsanwaltschaft eine Konfrontationseinvernahme durch, bei der D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ als Zeugen nach Art. 177 StPO einvernommen wurden und der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers anwesend war. Dabei schilderten die Zeugen im freien Bericht verschiedene Eckpunkte der Auseinandersetzung. Sie bestätigten, bei der Polizei die Wahrheit gesagt zu haben und - auf Vorhalt - ihre damals getätigten konkreten Aussagen. Verschiedentlich machten die Zeugen aber auch Erinnerungslücken geltend. Insbesondere konnten sie sich an die Täterschaft des Beschwerdeführers nicht mehr erinnern.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer rügt wie bereits vor der Vorinstanz eine Verletzung seines Teilnamerechts nach Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK und Art. 147 Abs. 1 StPO sowie damit einhergehend des Beweisverwertungsverbots nach Art. 147 Abs. 4 StPO .

Zunächst hätten sich die Zeugeneinvernahmen vom 29. April 2016, von Erinnerungslücken geprägt, auf eine formale Bestätigung der früheren Aussagen beschränkt. Dies habe es ihm bzw. seiner Verteidigung verunmöglicht, seine Verteidigungsrechte wirksam auszuüben. Seinem Konfrontationsanspruch sei nur in formeller, nicht aber in materieller Hinsicht Genüge getan worden, was eine Verletzung des Teilnamerechts darstelle.

Überdies seien die Einvernahmen bei der Polizei ohne Gewährung des Teilnamerechts abgehalten worden, ohne dass ein gesetzlich vorgesehener Grund für seinen Ausschluss vorgelegen habe. Die Verletzung von Art. 147 Abs. 1 StPO führe gestützt auf Art. 147 Abs. 4 StPO zu einem Beweisverwertungsverbot gegenüber der Partei, die nicht anwesend war. Dieses Verbot verletze die Vorinstanz, wenn sie dem Schuldspruch die Aussagen der Zeugen bei der Polizei, welche ihnen anschliessend bei der Staatsanwaltschaft vorgehalten

und welche damit unzulässigerweise verwendet worden seien, zugrunde lege.

Insgesamt seien die Aussagen der Zeugen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ sowohl bei der Polizei als auch bei der Staatsanwaltschaft nicht verwertbar und die Vorinstanz hätte nicht darauf abstellen dürfen. Da keine weiteren Beweise für den in der Anklageschrift dargestellten Sachverhalt vorlägen, sei der Beschwerdeführer vom Vorwurf der schweren Körperverletzung freizusprechen.

#### **E. 4**

Die Vorinstanz erwägt, bei den parteiöffentlichen Einvernahmen vom 29. April 2016 hätten die Zeugen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ zunächst offen von den Geschehnissen in der Tatnacht berichtet, bevor ihnen ihre früher getätigten polizeilichen Aussagen vorgehalten worden seien. Angesichts des Aussageverhaltens der beiden Zeugen, welche sich nicht generell auf mangelndes Erinnerungsvermögen oder ihre früheren Aussagen berufen hätten, könne nicht gesagt werden, letztere seien lediglich der Form halber bestätigt worden. Einzig weil weder der Zeuge D.\_\_\_\_\_ noch der Zeuge E.\_\_\_\_\_ den Beschuldigten in der Zeugeneinvernahme aus freier Erinnerung heraus klar als Täter habe bezeichnen können, könne noch nicht eine faktische Verunmöglichung des Konfrontationsanspruchs und der Verteidigungsrechte angenommen werden. Es habe während den genannten Einvernahmen nicht nur die Möglichkeit bestanden, sich ein direktes Bild von den aussagenden Personen zu machen, sondern auch, deren Zeugnis auf seine Glaubhaftigkeit hin zu überprüfen. Während der Beschwerdeführer bei den Einvernahmen nicht dabei gewesen sei, habe dessen damaliger Verteidiger auf das Stellen von Ergänzungsfragen verzichtet. Das Konfrontationsrecht sei insgesamt gewahrt worden, weshalb im Rahmen der Beweiswürdigung auch auf die polizeilichen Befragungen der Belastungszeugen abgestellt werden könne.

#### **E. 5.1**

Gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO haben die Parteien das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Dieses spezifische Teilnahme- und Mitwirkungsrecht fliesst aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO ). Es darf nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen eingeschränkt werden ( Art. 101 Abs. 1, Art. 108, Art. 146 Abs. 4 und Art. 149 Abs. 2 lit. b StPO ; BGE 143 IV 397 E. 3.3.1; 141 IV 220 E. 4.4; 139 IV 25 E. 4.2 mit Hinweis). Nach Art. 147 Abs. 4 StPO dürfen Beweise, die in Verletzung der Bestimmungen von Art. 147 StPO erhoben worden sind, nicht zulasten der Partei verwendet werden, die nicht anwesend war ( BGE 143 IV 397 E. 3.3.1; 457 E. 1.6.1; 139 IV 25 E. 4.2 und 5.4.1).

#### **E. 5.2**

Vor Eröffnung einer Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft besteht der Anspruch auf Parteiöffentlichkeit nicht. Bei Beweiserhebungen durch die Polizei, etwa bei polizeilichen Einvernahmen von Auskunftspersonen gestützt auf Art. 306 Abs. 2 lit. b StPO , sind die Parteien mit anderen Worten nicht zur Teilnahme berechtigt ( Art. 147 Abs. 1 StPO e contrario; BGE 143 IV 397 E. 3.3.2; 139 IV 25 E. 5.4.3; Urteile 6B\_1385/2019 vom 27. Februar 2020 E. 1.1; 6B\_128/2018 vom 8. Februar 2019 E. 2.2.2).

#### **E. 5.3**

Gemäss Art. 309 Abs. 1 StPO eröffnet die Staatsanwaltschaft namentlich dann eine Untersuchung, wenn sich aus Informationen und Berichten der Polizei, aus einer Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt (lit. a) oder wenn sie Zwangsmassnahmen anordnet (lit. b). Nach Abs. 3 der Bestimmung eröffnet sie die Untersuchung in einer Verfügung; darin bezeichnet sie die beschuldigte Person und die Straftat, die dieser zur Last gelegt wird. Die Verfügung braucht nicht begründet und eröffnet zu werden. Sie ist nicht anfechtbar.

Die Strafuntersuchung gilt als eröffnet, sobald sich die Staatsanwaltschaft mit dem Straffall zu befassen beginnt. Dies trifft jedenfalls dann zu, wenn sie Zwangsmassnahmen anordnet. Da die Vorladung als Zwangsmassnahme gilt, genügt es in aller Regel für die Eröffnung, wenn die Staatsanwaltschaft erste Untersuchungshandlungen selber vornimmt, namentlich die beschuldigte Person einvernimmt. Der Eröffnungsverfügung kommt mithin lediglich deklaratorische Wirkung zu ( BGE 143 IV 397 E. 3.4.2; 141 IV 20 E. 1.1.4 mit Hinweisen; Urteil 6B\_1385/2019 vom 27. Februar 2020 E. 1.1).

#### **E. 5.4**

Ab Eröffnung der Untersuchung darf die Polizei grundsätzlich keine selbstständigen Ermittlungen mehr vornehmen und ohne entsprechende Delegation insbesondere keine formellen polizeilichen Einvernahmen zur Sache mehr durchführen (Urteil 6B\_217/2015 vom 5. November 2015 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 141 IV 423 ). Eine Ausnahme besteht bei einfachen Erhebungen zur Klärung des Sachverhalts. So ist etwa die selbstständige polizeiliche Ermittlung von Geschädigten und Zeugen sowie deren informatorische Befragung, namentlich zur Abklärung, ob diese beweisrelevante Angaben zum Sachverhalt machen können, weiterhin möglich ( BGE 143 IV 397 E. 3.4.2 mit Hinweisen).

#### **E. 5.5**

Soweit die Polizei nach Eröffnung der Untersuchung im Auftrag der Staatsanwaltschaft Einvernahmen durchführt, stehen den Verfahrensbeteiligten die Verfahrensrechte zu, die ihnen bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft zukommen ( Art. 312 Abs. 2 StPO ; BGE 139 IV 25 E. 4.3 mit Hinweis und E. 5.4.3). Daraus folgt, dass die Parteien das Recht haben, bei Einvernahmen, welche die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft während deren Untersuchung durchführt, anwesend zu sein und Fragen zu stellen ( BGE 143 IV 397 E. 3.3.2; Urteile 6B\_128/2018 vom 8. Februar 2019 E. 2.2.2; je mit Hinweisen; 6B\_217/2015 vom 5. November 2015 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 141 IV 423 ).

Die Durchführung einer Einvernahme ohne Teilnahme des Beschuldigten steht einer Wiederholung der Beweiserhebung im Grundsatz zwar nicht entgegen. Wird aber die Einvernahme wiederholt resp. zu einem späteren Zeitpunkt eine Konfrontationseinvernahme durchgeführt, darf die Strafbehörde nicht auf die Ergebnisse der vorausgegangenen Einvernahmen zurückgreifen, soweit diese einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise sind nach Art. 141 Abs. 5 StPO vielmehr aus den Strafakten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten ( BGE 143 IV 457 E. 1.6.2 f.).

#### **E. 6.1**

Vorliegend wurden die beiden Zeugen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ am 12. Juni und am 24./25. September 2012 von der Polizei ohne Beisein des Beschwerdeführers und seines

Verteidigers befragt. Nicht geklärt ist, ob das Verfahren sich zu diesem Zeitpunkt noch im Stadium rein polizeilicher Ermittlungen befand oder ob die Strafuntersuchung bereits als von der Staatsanwaltschaft eröffnet anzusehen gewesen wäre (vgl. E. 5.3 hiervor). Falls der Übergang in die Untersuchung nach Art. 308 ff. StPO im Zeitpunkt der Einvernahmen bereits stattgefunden hat, hätten diese unter Gewährung des Teilnahmerechts durchgeführt werden müssen, zumal keine der vom Gesetz vorgesehenen Gründe für die Einschränkung dieses Rechts (vgl. E. 5.1 hiervor) ersichtlich sind. Ebenso wenig beschränkte sich die Polizei, wie den Einvernahmeprotokollen entnommen werden kann, auf die Vornahme einfacher Erhebungen wie die Ermittlung von Zeugen und deren informatorische Befragung, sondern sie führte formelle Befragungen durch. Auch in dieser Hinsicht ist somit keine Ausnahme vom Recht auf Teilnahme erkennbar. Von einem Verzicht des Beschwerdeführers kann sodann nicht ausgegangen werden, weshalb die Verletzung des Teilnahmerechts - die Eröffnung der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung vorausgesetzt - gemäss Art. 147 Abs. 4 StPO die Unverwertbarkeit der im Jahr 2012 durchgeführten Befragungen der beiden Zeugen zur Folge hätte. Diesfalls wären auch die Einvernahmen vom 29. April 2016, bei denen den beiden Zeugen wiederholt ihre früheren Aussagen vorgehalten wurden, als unverwertbar anzusehen, denn das wörtliche Vorhalten unverwertbarer Aussagen stellt nach der Rechtsprechung eine unzulässige Verwertung im Sinne von Art. 141 Abs. 4 StPO dar ( BGE 143 IV 457 E. 1.6.1; Urteile 6B\_1003/2020 vom 21. April 2021 E. 2.2; 6B\_1385/2019 vom 27. Februar 2020 E. 1.1 mit Hinweisen). Eine allfällige Verletzung des Teilnahmerechts bei den polizeilichen Befragungen lässt sich nicht dadurch heilen, dass den Zeugen die entsprechenden Aussagen in einer nachträglichen Konfrontationseinvernahme zur Bestätigung vorgehalten wurden.

## **E. 6.2**

Nach Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG müssen beim Bundesgericht anfechtbare Entscheide die massgebenden Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art enthalten. Der vorinstanzliche Entscheid hat eindeutig aufzuzeigen, auf welchem festgestellten Sachverhalt und auf welchen rechtlichen Überlegungen er beruht ( BGE 141 IV 244 mit Hinweisen; Urteil 6B\_280/2021 vom 27. Mai 2021 E. 3.3.2). Die Begründung ist insbesondere mangelhaft, wenn der angefochtene Entscheid jene tatsächlichen Feststellungen nicht trifft, die zur Überprüfung des eidgenössischen Rechts notwendig sind ( BGE 119 IV 284 E. 5b; Urteil 6B\_280/2021 vom 27. Mai 2021 E. 3.3.2). Genügt ein Entscheid den genannten Anforderungen nicht, kann das Bundesgericht ihn in Anwendung von Art. 112 Abs. 3 BGG an die kantonale Behörde zur Verbesserung zurückweisen oder aufheben. Hingegen steht es ihm nicht zu, sich an die Stelle der Vorinstanz zu setzen, die ihrer Aufgabe nicht nachgekommen ist ( BGE 141 IV 244 E. 1.2.1; Urteil 6B\_280/2021 vom 27. Mai 2021 E. 3.3.2; je mit Hinweisen).

## **E. 6.3**

Die Vorinstanz äussert sich nicht zur Frage, ob die Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft im Zeitpunkt der Befragungen der Zeugen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ durch die Polizei als eröffnet anzusehen und dem Beschwerdeführer entsprechend das Teilnahmerecht zu gewähren gewesen wäre. Indem sie die Verwertbarkeit der von den Zeugen bei der Polizei deponierten Aussagen nicht prüft, verletzt sie Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG . Da die für die Prüfung der Verwertbarkeit massgeblichen tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid fehlen, ist die Sache nicht liquid und daher keinem reformatorischen Entscheid des Bundesgerichts im Sinne von Art. 107 Abs. 2 BGG

zugänglich. Die Sache ist zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird zu prüfen haben, ob und falls ja inwieweit das Teilnahmerecht des Beschwerdeführers bei den von der Polizei durchgeführten Einvernahmen verletzt wurde, welche der zu seinen Lasten berücksichtigten Aussagen aufgrund einer allfälligen Verletzung des Teilnahmerechts nicht verwertet werden dürfen und welche Konsequenzen sich daraus im Schuldpunkt ergeben.

#### **E. 6.4**

Bei diesem Verfahrensausgang kann derzeit offen bleiben, ob der Konfrontationsanspruch des Beschwerdeführers bei den Zeugenbefragungen vom 29. April 2016 hinreichend gewahrt wurde.

#### **E. 7**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der angefochtene Entscheid wird - bis auf die Feststellungen betreffend die in Rechtskraft erwachsenen Teile des erstinstanzlichen Entscheids - aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Die Beschwerdegegner 2 und 3 liessen sich vor Bundesgericht nicht vernehmen und haben keine Anträge gestellt, weshalb ihnen keine Kosten aufzuerlegen sind (vgl. Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Kanton Zürich hat ebenfalls keine Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 4 BGG ), jedoch den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Die Entschädigung ist praxisgemäss seinem Rechtsvertreter auszurichten. Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gegenstandslos.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.