

# TG\_GERICHTE RBOG-2019-16 vom 1. Januar 2019

TG Obergericht, 2019-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_gerichte\\_RBOG-2019-16](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_gerichte_RBOG-2019-16)

FR: TG\_GERICHTE RBOG-2019-16 du 1 janvier 2019

IT: TG\_GERICHTE RBOG-2019-16 del 1 gennaio 2019

## Erwägungen

### E. 1

a) X erstattete Anzeige wegen Rassendiskriminierung gegen einen unbekanntem Mann. Dieser habe seinen fünf Kollegen und ihm in einem öffentlichen Park von seinen Verschwörungstheorien berichtet und antisemitisches Propagandamaterial verteilt. Zudem habe er sie aufgefordert, das Material zu verbreiten. b) Nach der Tatbestandsaufnahme meldete sich X telefonisch bei der Polizei. Er habe zuhause im Internet Nachforschungen angestellt und sei auf einen Blick-Artikel gestossen. Dort sei ein Foto eines Mannes abgebildet, dessen Augen mit einem schwarzen Balken verdeckt seien. Der Mann auf dem Foto sei der Unbekannte, welcher seinen Kollegen und ihm das antisemitische Propagandamaterial verteilt habe. c) Die Polizei befragte den Berufungsbeklagten, welcher im Blick-Artikel genannt war, zum Vorwurf; dieser bestritt, der Täter zu sein. In der Folge eröffnete die Staatsanwaltschaft eine Strafuntersuchung gegen ihn wegen Rassendiskriminierung. Die Polizei hörte mit X und zwei seiner Kollegen delegierte Einvernahmen als Auskunftspersonen durch. Der Berufungsbeklagte nahm an diesen drei Einvernahmen nicht teil. d) Mit Strafbefehl sprach die Staatsanwaltschaft den Berufungsbeklagten der Rassendiskriminierung schuldig und verurteilte ihn zu einer unbedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je Fr. 50.00. Der Berufungsbeklagte erhob Einsprache. Die Staatsanwaltschaft nahm in der Folge weitere Beweise ab und erhob anschliessend beim Bezirksgericht Anklage.

### E. 2

a) Das Bezirksgericht sprach den Berufungsbeklagten vom Vorwurf der Rassendiskriminierung frei. In Bezug auf die delegierte Einvernahme von X kam das Bezirksgericht zum Schluss, es sei nicht ausgewiesen, dass der Berufungsbeklagte rechtsgenügender über die Teilnahmerechte informiert worden sei. b) Die Staatsanwaltschaft erhob Berufung und beantragte, der Berufungsbeklagte sei der Rassendiskriminierung schuldig zu sprechen. Die Notiz im Einvernahmeprotokoll von X, wonach der Berufungsbeklagte auf eine Teilnahme an der Einvernahme verzichtet habe, sei auf geeignete Art und Weise zu verifizieren, falls das Obergericht Zweifel an der Verwertbarkeit der besagten Einvernahme habe. Sofern das Obergericht die Einvernahme von X als unverwertbar qualifiziere, sei dieser unter Gewähr der Teilnahmerechte des Berufungsbeklagten als Zeuge einzuvernehmen.

### E. 3

a) Im Untersuchungs- und Hauptverfahren gilt gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO der Grundsatz der Parteipflicht der Beweiserhebungen. Demnach haben die Parteien das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Bei Beweiserhebungen durch die

Polizei, etwa bei polizeilichen Einvernahmen von Auskunftspersonen, sind die Parteien nicht zur Teilnahme berechtigt[1]. Bei Einvernahmen, welche die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft durchföhrt, haben die Verfahrensbeteiligten die Verfahrensrechte, die ihnen bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft zukommen[2]. Daraus folgt, dass die Parteien bei Einvernahmen, welche die Polizei nach Eröffnung der Untersuchung im Auftrag der Staatsanwaltschaft durchföhrt, das Recht haben, Fragen zu stellen[3]. Das spezifische Teilnahme- und Mitwirkungsrecht fließt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO. Es kann nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen eingeschränkt werden. Beweise, die in Verletzung dieser Bestimmung erhoben worden sind, dürfen gemäss Art. 147 Abs. 4 StPO nicht zulasten der Partei verwertet werden, die nicht anwesend war[4]. b) Der in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Anspruch der beschuldigten Person, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, ist ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren. Mit der Garantie von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK soll ausgeschlossen werden, dass ein Strafurteil auf Aussagen von Zeugen abgestützt wird, ohne dass dem Beschuldigten wenigstens einmal angemessene und hinreichende Gelegenheit gegeben wurde, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Zeugen zu stellen. Dieser Anspruch wird als Konkretisierung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV auch durch Art. 32 Abs. 2 BV gewährleistet. Der Begriff des Zeugen im Sinn von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ist autonom und ohne formelle Bindung an das nationale Recht auszulegen. Als Aussagen von Zeugen gelten all jene, die formell zugelassen sind, dem Gericht zur Kenntnis kommen und von ihm verwendet werden können. Damit der von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Anspruch gewahrt ist, muss die beschuldigte Person namentlich in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage prüfen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und infrage stellen zu können. Das kann entweder zum Zeitpunkt erfolgen, zu dem der Belastungszeuge seine Aussage macht, oder auch in einem späteren Verfahrensstadium[5]. Auf das Konfrontationsrecht kann verzichtet werden. Der Beschuldigte kann den Behörden grundsätzlich nicht vorwerfen, gewisse Zeugen zwecks Konfrontation nicht vorgeladen zu haben, wenn er es unterlässt, rechtzeitig und formgerecht entsprechende Anträge zu stellen. Der Beschuldigte verwirkt sein Recht auf die Stellung von Ergänzungsfragen jedoch nicht dadurch, dass er es erst im Rahmen der Berufung geltend macht[6]. c) Die Parteien haben somit ein Anwesenheitsrecht an Beweiserhebungen durch Staatsanwaltschaft und Gerichte; ihre persönliche Teilnahme ist fakultativ[7]. Die StPO regelt nicht ausdrücklich, wie anwesenheitsberechtigte Personen über ihr Anwesenheitsrecht zu informieren sind. Die Bestimmungen zur Vorladung nach Art. 201 ff. StPO sind grundsätzlich nicht anwendbar. Vorzuladen gemäss Art. 201 ff. StPO sind nur Personen, deren Anwesenheit bei einer Verfahrenshandlung notwendig erscheint und die deshalb zur Teilnahme verpflichtet werden. Ist eine Person, wie hier, aufgrund ihrer Verfahrensrechte dagegen bloss berechtigt, an Verfahrenshandlungen teilzunehmen, ist ihr von der Durchführung der Verfahrenshandlung nicht mittels einer Vorladung, sondern auf andere Weise Kenntnis zu geben[8]. Die anwesenheitsberechtigte Person soll durch die Einladung Kenntnis von der anberaumten Beweiserhebung erhalten und beurteilen können, ob sie von ihrem Anwesenheitsrecht Gebrauch machen oder darauf verzichten will (Informationsfunktion). Es müssen daher diejenigen Informationen in der Einladung enthalten sein, die der anwesenheitsberechtigten Person vernünftigerweise einen Entscheid über die Relevanz der Beweiserhebung ermöglichen. Art. 201 Abs. 2 StPO[9] mag dabei als Richtlinie dienen[10]. Die StPO sieht für die Einladung

anwesenheitsberechtigter Personen zu Beweiserhebungen keine spezielle Form vor. Die Formvorschrift von Art. 201 StPO ist hinsichtlich der Einladung höchstens als Ordnungsvorschrift oder Empfehlung zu qualifizieren. Immerhin haben sich die Strafbehörden nach Art. 85 Abs. 1 StPO für ihre Mitteilungen grundsätzlich der Schriftform zu bedienen[11]. Laut Botschaft kann die Orientierung der anwesenheitsberechtigten Partei etwa durch Zustellung einer Kopie der Vorladung mit dem Hinweis auf das Recht zur Teilnahme oder durch telefonische Mitteilung erfolgen. In jedem Fall muss sich indes aus den Akten ergeben, dass eine Mitteilung erfolgt ist[12]. Dies bedeutet, dass die Orientierung nach Art. 76 Abs. 1 StPO zu protokollieren ist. Der Nachweis der ordnungsgemässen Einladung obliegt den Strafbehörden, denn sie sind für die Einhaltung des fairen Verfahrens verantwortlich. Aus Gründen der Beweisbarkeit empfiehlt sich deshalb die Schriftform[13]. d) Auf die Teilnahme an Beweiserhebungen kann verzichtet werden[14]. Nur diejenige Person, die Kenntnis der ihr zustehenden Rechte hat, kann sich einen (unverfälschten) Willen darüber bilden, ob sie dieses Recht ausüben will oder darauf verzichten soll. Es ist die Aufgabe der Strafbehörden, für einen fairen Prozess zu sorgen, mithin die Anwesenheitsmöglichkeit der berechtigten Personen sicherzustellen, weshalb sie auch dafür zu sorgen haben, dass die berechtigten Personen von ihren Rechten und den Verfahrenshandlungen der Strafbehörden Kenntnis erhalten. Dies ergibt sich aus Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV i.V.m. Art. 147 StPO sowie für rechtsunkundige Parteien auch aus Art. 107 Abs. 2 StPO. Die anwesenheitsberechtigte Person muss sich ausserdem über den Inhalt und die Tragweite des Verzichts bewusst sein[15]. Ein Verzicht kann vorgängig oder auch im Nachhinein ausdrücklich oder stillschweigend beziehungsweise konkludent erfolgen[16], solange die Verzichtserklärung deutlich ist. Es darf deshalb nicht leichthin von einem Verzicht ausgegangen werden. Will der Staat aus dem Verzicht einer Person eine Rechtsfolge ableiten, liegt es an ihm, die Deutlichkeit der Verzichtserklärung nachzuweisen, weil er sich um die Einhaltung des fairen Verfahrens zu bemühen hat. Allfällige Zweifel an der Deutlichkeit der Verzichtserklärung müssen deshalb zulasten des Staates gehen. Dies rechtfertigt sich auch deshalb, weil der Staat es in der Hand hat, für eine klare Verzichtserklärung der betroffenen Person zu sorgen[17]. Weder die StPO noch die Rechtsprechung verlangen zur Ausübung des Verzichts die Einhaltung einer bestimmten Formvorschrift. Entsprechend kann er mündlich, schriftlich oder durch Stillschweigen erfolgen. Der Verzicht ist grundsätzlich im Einvernahmeprotokoll oder in einer Aktennotiz festzuhalten. Dies ist zwar nicht Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit des Verzichts, denn der Nachweis kann auch auf andere Weise erbracht werden, vereinfacht aber die Nachweisbarkeit[18]. Liegt ein gültiger Verzicht einer Partei auf ihr Anwesenheitsrecht vor, ist sie bei der entsprechenden Prozesshandlung nicht präsent. Der gültige Verzicht hat zur Folge, dass das in Abwesenheit der Partei und/oder ihres Rechtsbeistands erhobene Beweismittel verwertet werden darf, wie wenn die Partei anwesend gewesen wäre[19]. Der Verzicht auf das Anwesenheitsrecht schliesst eine Wiederholung der Beweiserhebung aus[20].

#### **E. 4**

a) Die Polizei führte am 3. Juni 2017 mit X eine Einvernahme durch. Da es sich um eine von der Staatsanwaltschaft an die Polizei delegierte Einvernahme handelte, stand dem Berufungsbeklagten gestützt auf Art. 312 Abs. 2 i.V.m. Art. 147 Abs. 1 StPO das Recht auf Teilnahme an der Einvernahme zu. Es ist unbestritten, dass der Berufungsbeklagte an der Einvernahme von X nicht teilnahm. Strittig ist hingegen, ob er rechtsgültig auf

sein Teilnahmerecht hingewiesen wurde und darauf verzichtete. b) Aus dem Protokoll der Einvernahme von X geht unter Frage 6 hervor: "Der Beschuldigte wurde am 31.05.2017 über seine Teilnahmerechte an dieser Befragung in Kenntnis gesetzt. Er verzichtet auf eine Teilnahme. Haben Sie dies verstanden?" Dem Polizeirapport vom 14. Juni 2017 ist unter dem Abschnitt "Aussagen", Unterabschnitt "A", zu entnehmen, dass der Berufungsbeklagte auf sein Recht der Teilnahme an der Befragung von X verzichtet habe. Zwar sieht die StPO für die Gewährung des Teilnahmerechts keine bestimmte Form vor, doch genügt der Vermerk im Einvernahmeprotokoll von X und im Rapport den Anforderungen an eine rechtsgültige Orientierung und einen Verzicht nicht. So bleibt unklar, ob, wann und gegebenenfalls wie der Berufungsbeklagte über sein Teilnahmerecht informiert wurde und wie er darauf verzichtete. Da abgesehen vom Vermerk im Einvernahmeprotokoll und im Rapport in den Akten jeglicher Hinweis fehlt, ist davon auszugehen, dass die Orientierung und der Verzicht mündlich und nicht schriftlich erfolgten. Dem Vermerk ist jedoch nicht zu entnehmen, auf welche Weise die mündliche Mitteilung erfolgte. So besteht etwa kein Hinweis, dass der Berufungsbeklagte anlässlich seiner eigenen Einvernahme am 31. Mai 2017 über das Teilnahmerecht informiert wurde und ihm dabei auch die Konsequenzen einer Verzichtserklärung aufgezeigt wurden. Ebensovienig ergibt sich aus dem Vermerk, worüber konkret informiert wurde. Damit ist nicht erstellt, dass die mündliche Mitteilung über das Teilnahmerecht vollständig erfolgte. Im Übrigen geht aus dem Vermerk im Einvernahmeprotokoll und im Rapport auch nicht hervor, dass dem Berufungsbeklagten die Tragweite eines Verzichts erläutert wurde und er diese verstand. Es gilt dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass der Berufungsbeklagte IV-Bezügler ist und an einer unbehandelbaren schweren Entwicklungsstörung der Gesamtpersönlichkeit als Folgezustand und Persistenz seines frühkindlichen Autismus leidet. Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass aufgrund der Persönlichkeitsstörung besonderes Augenmerk darauf zu legen sei, dass der Berufungsbeklagte über die ihm zustehenden Verfahrensrechte nachweislich in Kenntnis gesetzt werde und er diese auch verstehe. Nicht massgebend ist dabei, ob der Berufungsbeklagte verfahrenserprobt oder verbeiständet ist; entscheidend ist einzig, dass er über seine Rechte vollständig informiert wurde und deren Tragweite verstehen konnte. Ferner ist auch zu beachten, dass der Berufungsbeklagte im Haushalt seiner Eltern wohnt und denselben Nachnamen trägt. Bei einer mündlichen Information über das Teilnahmerecht in Form eines Telefonats wäre somit zusätzlich zu gewährleisten gewesen, dass der Berufungsbeklagte persönlich am Telefonapparat ist. Ein korrekter und vollständiger Vermerk in den Akten beinhaltet den Adressaten (teilnahmeberechtigte Person), die Art (Form) sowie das Datum der Mitteilung und den konkreten Inhalt der Mitteilung, wie den Grund der Einvernahme, Name der befragten Person, Ort, Datum sowie Zeit der Einvernahme und die Information über das Recht auf Teilnahme. Bei einem Verzicht auf die Teilnahme muss ausserdem sichergestellt werden und aus dem Vermerk hervorgehen, dass die teilnahmeberechtigte Person über die Tragweite des Verzichts informiert wurde und sie dies verstand. Hier fehlt es an einem solchen Vermerk in den Akten. Daran ändert auch nichts, dass für den Missbrauch durch die Polizei keine Anzeichen bestehen. Der Nachweis, dass eine teilnahmeberechtigte Person korrekt und vollständig über ihr Anwesenheitsrecht sowie allfällige Konsequenzen eines Verzichts informiert wurde, obliegt dem Staat. Einen solchen Nachweis konnte die Staatsanwaltschaft in Bezug auf die Einvernahme von X nicht erbringen, weshalb diese unverwertbar ist. Dem Berufungsbeklagten kann schliesslich nicht vorgeworfen werden,

dass er die Verletzung des Teilnahmerechts erstmals an der Hauptverhandlung geltend machte. Der Einwand erfolgte damit zwar eher spät, doch bestellte die Staatsanwaltschaft dem Berufungsbeklagten erst nach seiner Einsprache einen amtlichen Verteidiger. Insofern ist der Einwand an der Hauptverhandlung nicht als verspätet zu betrachten. Obergericht, 1. Abteilung, 26. August 2019, SBR.2019.13 [1] Art. 159 StPO; Art. 147 Abs. 1 StPO e contrario; BGE vom 12. Dezember 2017, 6B\_422/2017, Erw. 1.3 [2] Art. 312 Abs. 2 StPO [3] BGE vom 8. Februar 2019, 6B\_128/2018, Erw. 2.2.2 [4] BGE 143 IV 403, 139 IV 29 f. [5] BGE 131 I 480 f., 129 I 153 f.; vgl. BGE vom 8. Februar 2019, 6B\_128/2018, Erw. 2.3.3 [6] BGE vom 30. März 2017, 6B\_1023/2016, Erw. 1.2.3; BGE vom 10. Dezember 2014, 6B\_529/2014, Erw. 5.2 [7] BGE vom 12. Dezember 2017, 6B\_422/2017, Erw. 1.4.2 [8] Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 S. 1217 [9] Gemäss Art. 201 Abs. 2 StPO enthalten die Vorladungen die Bezeichnung der vorladenden Strafbehörde und der Personen, welche die Verfahrenshandlung vornehmen werden, die Bezeichnung der vorgeladenen Person und der Eigenschaft, in der sie an der Verfahrenshandlung teilnehmen soll, den Grund der Vorladung, sofern der Untersuchungszweck diesen Hinweis nicht verbietet, Ort, Datum und Zeit des Erscheinens, die Aufforderung, persönlich zu erscheinen, den Hinweis auf die Rechtsfolgen des unentschuldigten Fernbleibens, das Datum der Ausstellung der Vorladung, die Unterschrift der vorladenden Person. [10] Christen, Anwesenheitsrecht im schweizerischen Strafprozessrecht mit einem Exkurs zur Vorladung, Diss. Zürich 2010, S. 96 [11] Christen, S. 100 [12] Botschaft, S. 1217 [13] Christen, S. 100 [14] BGE 143 IV 402 f., 139 IV 29 f. [15] Christen, S. 175 f. [16] BGE 143 IV 402 f., 139 IV 29 f. [17] Christen, S. 177 [18] Christen, S. 178 [19] Christen, S. 186 [20] BGE 143 IV 402 f., 139 IV 29 f. ×

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