

# Protokoll

Öffentliche Urteilsberatung vom 24. April 2019 i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich. Bundesgerichtsurteil 6B\_517/2018, teilweise amtlich publiziert als BGE 145 IV 197

Marc Thommen/Selma Kuratle/Fabienne Zimmermann

---

## I. Verfahren im Kanton

X. wurde in den Jahren 2014-2016 von den Staatsanwaltschaften des Kantons Zürich drei Mal mittels Strafbefehl wegen rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz verurteilt. Am 9. Oktober 2017 gelangte er an das Obergericht des Kantons Zürich und verlangte die Revision dieser drei Strafbefehle. Das Obergericht hob den jüngsten Strafbefehl auf und wies die Revision bezüglich der beiden älteren Strafbefehle ab.

## II. Verfahren vor Bundesgericht

Gegen den obergerichtlichen Entscheid erhob X. Beschwerde in Strafsachen und verlangte, die beiden Strafbefehle seien aufzuheben. Die Angelegenheit wurde am 24. April 2019 vom Bundesgericht öffentlich beraten. Es hat die Beschwerde sodann abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist.

### 1. Öffentliche Urteilsberatung

In einer international wohl als einmalig einzustufenden Verfahrensbestimmung hält das Bundesgerichtsgesetz in Art. 59 Abs. 1 fest, dass mündliche Beratungen und die darauf folgenden Abstimmungen öffentlich sind.<sup>1</sup> Das Fehlen von dissenting opinions kann im Verfahren vor Bundesgericht<sup>2</sup> bis zu einem gewissen Grad kompensiert werden, indem auch die Voten der unterliegenden BundesrichterInnen öffentliches Gehör bekommen.

Jedes Mitglied eines Spruchkörpers kann in einem Verfahren eine öffentliche Urteilsberatung verlangen (Art. 58 Abs. 1 lit. a BGG). Von Gesetzes wegen kommt es zu einer öffentlichen Urteilsberatung hingegen nur, wenn das Zirkulationsverfahren unter den BundesrichterInnen keine Einigkeit ergibt (lit. b a.a.O.). Im vorliegenden Fall stand dem Abweisungs- und Nichteintretensantrag des Referenten, Bundesrichter Yves Rüedi, ein Gegenantrag auf Gutheissung der Beschwerde von Bundesrichter Niklaus Oberholzer gegenüber. Nachfolgend wird versucht, die Voten und Argumente der beteiligten BundesrichterInnen nachzuzeichnen.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BSK BGG<sup>3</sup>-Heimgartner/Wiprächtiger, Art. 59 N 41; vgl. bereits [Georg Müller/Marc Thommen, Unabhängigkeit versus Öffentlichkeit der Justiz](#), in: [Marianne Heer/Adrian Urwyler \(Hrsg.\), Justiz und Öffentlichkeit, Bern 2007, 24](#) (online: <https://perma.cc/CS94-2RCJ>).

<sup>2</sup> Eingehend dazu Mirjam Baldegger, Der wiederkehrende Ruf nach dissenting opinions am Bundesgericht: Wünschbarkeit, Auswirkungen und Ausgestaltung richterlicher Sondervoten in der Schweiz, ZBl 118/2017, 131 ff.

<sup>3</sup> Mit E-Mail vom 23. Mai 2019 haben wir beim Präsidenten der Strafrechtlichen Abteilung, Bundesrichter Christian Denys, angefragt, ob wir für die vorliegende Urteilsbesprechung Einsicht in die Sitzungsnotizen der beteiligten BundesrichterInnen nehmen dürfen. Dieses Begehren hat der Präsident mit E-Mail vom 24. Mai 2019 abgelehnt. Die nachfolgende Rekonstruktion der Urteilsberatung erfolgt deshalb ohne Gewähr der Vollständigkeit und Richtigkeit lediglich gestützt auf unsere Verhandlungsnotizen.

*a. Antrag auf Abweisung (Referent, Bundesrichter Yves Rüedi)*

Der Referent beantragte, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Eine mangelnde Übersetzung stelle keinen Revisionsgrund gem. Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO dar, weshalb offenbleiben könne, ob Art. 68 Abs. 2 StPO verletzt sei. Die beschuldigte Person müsse ihren Übersetzungsbedarf den Strafbehörden zudem signalisieren, da es sich dabei um eine Holschuld handle. Der Beschwerdeführer unterlies dies nicht nur, sondern legte gar ein renitentes Verhalten an den Tag. Bundesrichter Rüedi schloss sein Votum mit Antrag auf Abweisung.

*b. Gegenantrag auf Gutheissung (Bundesrichter Niklaus Oberholzer)*

Bundesrichter Niklaus Oberholzer stellte einen Gegenantrag auf Gutheissung der Beschwerde. Es sei unbestritten, dass die beiden Strafbefehle dem fremdsprachigen Analphabeten X nicht übersetzt und auch nicht erklärt worden seien. Daraus ergebe sich die Frage: „Darf der Staat eine Freiheitsentziehung anordnen, ohne der betroffenen Person zu sagen, warum?“

Strafbefehle würden unbestrittenermassen zu den wichtigsten Verfahrenshandlungen i.S.v. Art. 68 Abs. 2 StPO gehören und hätten daher zwingend übersetzt werden müssen. Der Vorwurf der Passivität der beschuldigten Person sei nicht legitim, wenn der Staat – wie im Falle des Übersetzungsbedarfs - zur Kenntnis zu bringen habe. Es handle sich in einem solchen Fall klarerweise um eine Hol-, keine Bring-schuld.

Die Konsequenz der fehlenden Übersetzung der beiden Strafbefehle sei, dass mangels Übersetzung des Dispositivs und der Rechtsmittelbelehrung die Strafbefehle nie rechtskräftig eröffnet worden seien. Sie seien deshalb auch nie in Rechtskraft erwachsen und müssten auch nicht für nichtig erklärt werden. Wenn einem fremdsprachigen Analphabeten die Möglichkeit an seinem Prozess teilzunehmen verwehrt bleibt, dann sei das kein Bagatellfall. Es müsse auf Feld eins neu begonnen werden, um dem Beschuldigten einen fairen Prozess gewähren zu können. Bundesrichter Oberholzer schloss sein Votum mit Antrag auf Gutheissung.

*c. Votum von Bundesrichterin Monique Jametti*

Als Dritte kam Bundesrichterin Monique Jametti zu Wort, sie führte aus was folgt: Analphabetismus sei nicht mit mangelnder Intelligenz gleichzusetzen. Der Beschwerdeführer sei sich bewusst gewesen, dass er sich illegal in der Schweiz aufhält. Deshalb – und wohl auch weil dem Beschwerdeführer bei der polizeilichen Einvernahme ein Dolmetscher zur Seite gestellt wurde - kämen die Strafbefehle für ihn nicht „out of the blue“. Damit sei auch das „zur Kenntnis bringen“ gem. Art. 68 Abs. 2 StPO erfüllt. Schriftliche Übersetzung könne man zudem nicht per se aus genanntem Artikel ableiten, vielmehr müsse der konkrete Einzelfall beachtet werden. Eine schriftliche Übersetzung des ganzen Strafbefehls würde in diesem Fall auch zu weit gehen, ebenso die Annahme von Nichtigkeit bei mangelnder schriftlicher Übersetzung.

*d. Votum von Bundesrichterin Laura Jacquemoud-Rossari*

Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari betonte insbesondere noch einmal, dass es sich bei den vorgebrachten Rügen nicht um „nouveau fait“ handle und damit die Revision nicht geltend gemacht werden könne. Schon Gesagtes ergänzte sie damit, dass Nichtigkeit aufgrund des Vertrauensschutzes und auch der Rechtssicherheit immer restriktiv ausgelegt werden müsse. Weil die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Rügen (fehlende Übersetzung und notwendige Verteidigung) zudem nicht besonders gravierend seien, könne sodann die Nichtigkeit offengelassen werden.

*e. Votum des Präsidenten, Bundesrichter Christian Denys*

Der Gerichtspräsident stellte sich sodann auf den Standpunkt, dass im Strafverfahren das Prinzip von Treu und Glauben eine generelle Regel und nicht „toter Buchstabe“ sei. Das passive Verhalten des Beschwerdeführers widerspreche diesem Prinzip diametral und ist Ausdruck seiner Ignoranz. Um eine Übersetzung zu erhalten, hätte er aktiv werden müssen, habe aber nicht einmal das Mindeste gemacht. Seine Auskunft, seine Verantwortung. Zudem hätte der Beschuldigte besser um Wiederherstellung der Einsprachefrist ersucht als ein Revisionsbegehren gestellt.

## 1. Abstimmung und Eröffnung

Nach der öffentlichen Urteilsberatung erfolgte die öffentliche Abstimmung (Art. 59 Abs. 1 BGG). Die Bundesrichterinnen Laura Jacquemoud-Rossari und Monique Jametti sowie der Präsident der strafrechtlichen Abteilung, Bundesrichter Christian Denys, schlossen sich dem Referenten, Bundesrichter Yves Rüedi, an. Die Beschwerde wurde somit mit einem Stimmenverhältnis von 4:1 abgewiesen.

## 2. Urteilsbegründung und -publikation

Nach der öffentlichen Urteilsberatung wurde die vollständige Urteilsbegründung ausgefertigt (Art. 60 Abs. 1 BGG) und den Parteien zugestellt (Art. 47 Abs. 1 BGerR). Danach wurde der Entscheid unter der Prozessnummer 6B\_517/2018 im Internet publiziert (Art. 27 BGG; Art. 57 Abs. 1 lit. b BGerR).<sup>4</sup> Das Richterkollegium hat der Erwägung 1 seines Entscheids ferner grundsätzliche Bedeutung zugemessen und sie deshalb in der amtlichen Sammlung als BGE 145 IV 197 publizieren lassen (Art. 58 BGerR).<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> [Bundesgerichtsurteil 6B\\_517/2018 vom 24. April 2019](https://perma.cc/K5F8-YLUA) (online: <https://perma.cc/K5F8-YLUA>).

<sup>5</sup> [BGE 145 IV 197](https://perma.cc/L92A-ZXF4) (online: <https://perma.cc/L92A-ZXF4>).