

Rechtsprechung / 2. Strafverfahrensrecht

Nr. 8 Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Urteil vom 14. November 2018 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft Basel-Stadt – SB.2018.32

Art. 168 ff., 177 Abs. 3 und 179 Abs. 1 StPO: Auskunftsperson; Zeugnisverweigerungsrecht; Verwertbarkeit der Aussage.

Bei der Befragung eines Ehepartners einer beschuldigten Person als Auskunftsperson ist der Hinweis auf das allgemeine Aussageverweigerungsrecht nicht ausreichend. Die Polizei hat die Auskunftsperson in diesem Falle explizit darauf hinzuweisen, dass sie gegebenenfalls bei einer späteren Befragung als Zeuge einvernommen werden könnte und ihr ein spezifisches Zeugnisverweigerungsrecht als naher Angehöriger zustehe.

Die Polizei kann eine Person, die nicht als beschuldigte Person in Betracht kommt, im polizeilichen Ermittlungsverfahren nicht als Zeuge, sondern ausschliesslich als Auskunftsperson befragen (Art. 179 Abs 1 StPO). Man spricht in diesem Zusammenhang von einer Auskunftsperson «sui generis». Ist aber bereits vor Einvernahmebeginn deutlich, dass es sich bei der einzuvernehmenden Person um eine «Quasi-Zeugin» handelt, ist die Auskunftsperson auf erkennbare Zeugnisverweigerungsrechte gemäss Art. 168 ff StPO aufmerksam zu machen.

Gemäss Art. 177 Abs 3 StPO ist eine Einvernahme, bei der der Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht unterblieben ist, unverwertbar, wenn sich der Zeuge nachträglich auf das Zeugnisverweigerungsrecht beruft. Die Unterlassung einer Belehrung führt somit nicht in jedem Fall, sondern nur dann zur Unverwertbarkeit einer Aussage, wenn sich der Zeuge nachträglich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft. Es handelt sich gewissermassen um eine resolutiv bedingte Verwertbarkeit. (Regeste forumpoenale)

Art. 168 ss, 177 al. 3 et 179 al. 1 CPP : personne appelée à donner des renseignements ; droit de refuser de témoigner ; possibilité d'exploiter la déclaration.

Lorsque le conjoint d'une personne prévenue est interrogé en qualité de personne appelée à donner des renseignements, l'information de l'intéressé relativement au droit général de refuser de déposer ne suffit pas. Dans une telle situation, la police doit expressément informer la personne appelée à donner des renseignements qu'elle pourrait, le cas échéant, être entendue comme témoin lors d'une audition subséquente et qu'elle dispose d'un droit spécifique de refuser de témoigner découlant de son statut de proche.

Dans la phase de l'investigation policière, la police n'est pas habilitée à entendre en qualité de témoin une personne qui ne peut être considérée comme un prévenu ; seule une audition à titre de renseignements est possible

(art. 179 al 1 CPP). On parle dans ce contexte d'une personne appelée à donner des renseignements sui generis. S'il apparaît clairement avant le début de l'audition déjà que la personne appelée à donner des renseignements est un « quasi-témoin », elle doit être rendue attentive aux droits de refuser de témoigner prévus par les [art 168 ss CPP](#) et susceptibles de manière reconnaissable de s'appliquer à elle.

Aux termes de l'[art. 177 al 3 CPP](#), une audition effectuée sans que le témoin n'ait été informé de son droit de refuser de témoigner est inexploitable si l'intéressé se prévaut ultérieurement de ce droit. L'omission d'informer le témoin n'est donc pas systématiquement sanctionnée par une interdiction d'exploiter ses déclarations, mais seulement lorsque le témoin invoque par la suite son droit de refuser de témoigner. La possibilité exploiter le moyen de preuve est en quelque sorte soumise à une condition résolutoire. (Résumé forumpoenale)

Art. 168 segg., 177 cpv. 3 e 179 cpv. 1 CPP: persona informata sui fatti; facoltà di non deporre; utilizzabilità della deposizione.

Quando si interroga il coniuge di un imputato in qualità di persona informata sui fatti, non è sufficiente avvisare in merito alla facoltà generale di non deporre. In tal caso, la polizia deve avvisare in modo esplicito la persona informata sui fatti che in un interrogatorio successivo potrebbe eventualmente essere interrogata quale testimone e che le spetta una specifica facoltà di non deporre in quanto familiare prossimo.

Nella procedura investigativa, la polizia non può interrogare una persona che non entra in considerazione come imputato in qualità di testimone, ma esclusivamente quale persona informata sui fatti ([art. 179 cpv 1 CPP](#)). In questo contesto si parla di persona informata sui fatti «sui generis». Tuttavia, qualora già prima dell'inizio dell'interrogatorio sia chiaro che la persona da interrogare è un «quasi testimone», la persona informata sui fatti deve essere avvisata di diritti ravvisabili di non deporre conformemente all'[art. 168 segg CPP](#).

Conformemente all'[art. 177 cpv 3 CPP](#), un interrogatorio in cui è stato omissso l'avviso della facoltà di non deporre non è utilizzabile, se il testimone oppone in seguito la facoltà di non deporre. L'omissione di un'informazione non comporta dunque l'inutilizzabilità di una deposizione in qualsiasi caso, ma solo se il testimone oppone in seguito la facoltà di non deporre. Si tratta in un certo senso di un'utilizzabilità soggetta a una condizione risolutiva. (Regesto forumpoenale)

Hinweis der Schriftleitung: Der Entscheid ist rechtskräftig.

Sachverhalt:

Mit Urteil des Strafgerichts BS wurde A. wegen versuchter schwerer Körperverletzung zu 2½ Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Der Vollzug der ausgesprochenen Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und es wurde eine stationäre psychiatrische Behandlung angeordnet. Gleichzeitig hob das Strafgericht BS eine in einem früheren Verfahren angeordnete ambulante psychiatrische Behandlung von A. auf. Die amtliche Verteidigerin der A. beantragt die Aufhebung des Urteils des Strafgerichts.

Die A. befindet sich in Sicherheitshaft, nachdem die durch Beschluss des Strafgerichts BS angeordnete Haft zunächst durch eine Verfügung der Verfahrensleiterin des AppGer BS und schliesslich durch Beschluss des Berufungsgerichts verlängert wurde.

Aus den Erwägungen:

[...]

2.

2.1 In formeller Hinsicht macht die Berufungsklägerin zunächst geltend, die polizeiliche Einvernahme von B. vom 23. August 2017 sei unverwertbar, weil er vorgängig nicht richtig über seine Rechte und Pflichten belehrt worden sei. So sei ihm mitgeteilt worden, dass er zwar nicht zur Aussage verpflichtet sei; wenn er aussage, «sollte dies jedoch der Wahrheit entsprechen». Dieser Hinweis impliziere, dass er der Wahrheitspflicht unterstehe, obwohl er als Auskunftsperson generell nicht zur Aussage, geschweige denn zur wahrheitsgemässen Aussage verpflichtet gewesen sei. Unter Hinweis auf BGer 1025/2016 vom 24. Oktober 2017 macht die Berufungsklägerin zudem geltend, wenn einer Auskunftsperson zusätzlich zum allgemeinen Aussageverweigerungsrecht als Auskunftsperson ein spezifisches Zeugenverweigerungsrecht als naher Angehöriger, zukomme, müsse sie über beide Arten der Mitwirkungsverweigerungsrechte belehrt werden. Das sei vorliegend nicht geschehen. Dass B. im polizeilichen Ermittlungsverfahren nicht als Zeuge, sondern als Auskunftsperson einvernommen worden sei, ändere nichts an seiner materiellen Zeugenstellung als Ehemann der Beschuldigten. Da er nicht über sein Zeugnisverweigerungsrecht aufgeklärt und im Hinblick auf seine Wahrheitspflicht als Auskunftsperson irreführend informiert worden sei, sei die Einvernahmen nicht verwertbar.

2.2 Das Bundesgericht hat im inzwischen als [BGE 144 IV 28](#) publizierten Entscheid BGer 1025/2016 vom 24. Oktober 2017, auf den sich die Berufungsklägerin beruft, tatsächlich erwogen, dass die Polizei, wenn sie den Ehepartner einer beschuldigten Person als Auskunftsperson befragt, diesen explizit darauf hinweisen müsse, dass er gegebenenfalls bei einer späteren Befragung als Zeuge einvernommen werden könnte und ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht zustehe. Der Hinweis auf das allgemeine Aussageverweigerungsrecht als Auskunftsperson reiche in einem solchen Fall nicht aus. Die unterschiedlichen Mitwirkungsverweigerungsrechte der Auskunftsperson einerseits und der Zeugin oder des Zeugen andererseits würden auf unterschiedlichen Prämissen beruhen und unterschiedliche Ziele verfolgen. Während das Aussageverweigerungsrecht der Auskunfts-

person deren eigene Interessen im Verfahren schütze, betreffe das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen nicht den Schutz der befragten, sondern den Schutz der dieser nahestehenden beschuldigten Person. Angesichts dieser unterschiedlichen Zielsetzungen erscheine es unerlässlich, die zu befragende Person über beide Arten der Mitwirkungsverweigerungsrechte zu belehren, wenn ihr als Auskunftsperson zusätzlich zum allgemeinen Aussageverweigerungsrecht ein spezifisches Zeugnisverweigerungsrecht, z.B. als naher Angehöriger zukomme. Dies gelte umso mehr, als der Begriff der Auskunftsperson im strafprozessualen Gesamtgefüge doppeldeutig sei. Anders als die Staatsanwaltschaft könne die Polizei eine Person, die nicht als beschuldigte Person in Betracht käme, (ausser bei der delegierten Einvernahme gemäss [Art. 142 Abs 2 StPO](#)) nicht als Zeuge oder Zeugin, sondern ausschliesslich als Auskunftsperson befragen ([Art. 179 Abs 1 StPO](#)). Diese «polizeiliche Auskunftsperson» werde in der Literatur als Auskunftsperson «sui generis» bezeichnet, weil sie mit derjenigen nach [Art 178 StPO](#) nicht identisch sei. Es gäbe daher auch mit Bezug auf den Umfang der Belehrung zwei Kategorien von Auskunftspersonen. Die einzuvernehmende Person sei auf sogleich erkennbare Zeugnisverweigerungsrechte gemäss [Art. 168 ff StPO](#) aufmerksam zu machen, wenn – wie im vom Bundesgericht beurteilten Fall und auch wie im vorliegenden Fall – vor Einvernahmebeginn klar sei, dass es sich bei ihr um eine «Quasi-Zeugin» resp. einen «Quasi-Zeugen» handle. Schliesslich erscheine es nicht zuletzt mit Blick auf die Verwertbarkeit der

Einvernahme und das in [Art. 177 Abs 3 StPO](#) statuierte Verwertungsverbot bei unterbliebenem Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht als unabdingbar, die von der Polizei einzuvernehmende Person, welcher später im Verfahren eventuell Zeugeneigenschaft zukommt, sowohl auf die Rechte und Pflichten einer Auskunftsperson als auch auf diejenigen eines Zeugen aufmerksam zu machen (a.a.O., E. 1.3).

2.3 Aus dem zitierten Bundesgerichtsentscheid ergibt sich, dass B. bei seiner polizeilichen Befragung am 23. August 2017 nicht nur auf sein Aussageverweigerungsrecht als Auskunftsperson, sondern auch auf sein spezifisches Zeugnisverweigerungsrecht als naher Angehöriger hätte hingewiesen werden müssen. Dies wurde unterlassen [...]. Es ist zu prüfen, welche Folgen diese Unterlassung hat. Gemäss [Art. 177 Abs 3 StPO](#) ist eine Einvernahme, bei der der Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht unterblieben ist, unverwertbar, wenn sich der Zeuge nachträglich auf das Zeugnisverweigerungsrecht beruft. In dem vom Bundesgericht beurteilten Fall hatte die Ehefrau des Beschuldigten, nachdem sie in einer späteren Einvernahme über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden war, von diesem Gebrauch gemacht. Das ergibt sich zwar nicht aus dem Bundesgerichtsentscheid selbst, aber aus dem diesem Entscheid zugrundeliegenden Urteil SK 2015 381 des Obergerichts Bern vom 2. August 2016 (E. II). Gemäss Art. 177 Abs. 3 Satz 2 StPO war daher auch ihre frühere Aussage unverwertbar. Demgegenüber hat im vorliegenden Fall B. auch nach der korrekten Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht anlässlich der Konfrontationseinvernahme vom 12. Dezember 2017 nicht davon Gebrauch gemacht, sondern im vollen Bewusstsein, dass er nichts aussagen müsste, nach reiflicher Überlegung erneut Aussagen zum zu beurteilenden Sachverhalt gemacht und alle diesbezüglichen Fragen beantwortet [...]. Gemäss Art. 177 Abs. 3 Satz 2 StPO führt die Unterlassung einer Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht nicht auf jeden Fall, sondern nur dann zur Unverwertbarkeit der Aussage, wenn sich der Zeuge oder die Zeugin nachträglich auf das Zeugnisverweigerungsrecht beruft (vgl. Kerner, in: Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 177 N 14). Es handelt sich gewissermassen um eine resolutiv bedingte Verwertbarkeit (Giovannone, Rechtsfolgen fehlender Belehrung bei Einvernahmen, AJP 21 [2012] 1062, 1065 f.). Diese Rechtsfolge – die Verwertbarkeit der Aussagen, wenn die befragte Person nicht nachträglich von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht – trägt den Interessen der Auskunftsperson Rechnung, welche ja die fehlende Belehrung nicht zu verantworten hat. Nach Ansicht von Donatsch (in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur StPO, 2. Auflage 2014, Art. 177 N 39, 45) dürfen die früheren Aussagen auch ohne spätere Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts nur insoweit verwertet werden, als sie nach erfolgter Belehrung bestätigt werden (a.M. Kerner, a.a.O.; Giovannone, a.a.O.). Ob diese über den Wortlaut von Art. 177 Abs. 3 Satz 2 StPO hinausgehende Interpretation des Verwertungsverbots richtig ist, kann vorliegend offengelassen werden, da B. nach der erfolgten Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht seine früheren Aussagen im Wesentlichen bestätigt hat.

Aus dem Gesagten folgt, dass nicht nur die Aussagen Bs. vom 12. Dezember 2017, sondern auch jene vom 23. August 2017 verwertbar sind. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus [BGE 144 IV 28](#), da sich das Bundesgericht dort nicht dazu geäussert hat, wie die Rechtsfolgen wären, wenn die Zeugin – anders als in dem von ihm zu beurteilenden Fall – nicht später von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hätte. Indem das Bundesgericht überhaupt nicht auf diese wesentliche Voraussetzung der Nichtverwertbarkeit gemäss Art. 177 Abs. 3 Satz 2 StPO eingegangen ist, erscheint sein Urteil als zu pauschal.

[...]

Bemerkungen:

I. Zunächst sind die Beweisverwertungsverbote, die bekanntlich zu den umstrittensten und schwierigsten Fragen des Strafprozessrechts gehören (vgl. Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 700), kurz in Erinnerung zu rufen:

Das Dokument "Nr. 8 Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Urteil vom 14. November 2018 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft Basel-Stadt - SB.2018.32" wurde von Stefan Meichssner, Frick am 11.02.2020 auf der Website forumpoenale.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2020

Beweise, die mittels verbotener Beweiserhebungsmethoden erhoben worden sind, sind absolut unverwertbar. Dasselbe gilt für Beweise, welche die Strafprozessordnung wegen Verletzung einer qualifizierten Gültigkeitsvorschrift ausdrücklich als unverwertbar bezeichnet ([Art. 141 Abs 1 StPO](#); vgl. Jeanneret/Kuhn, *Précis de procédure pénale*, 2^e édition, Berne 2018, N 9004 ff.).

Sind einfache Gültigkeitsvorschriften verletzt worden, unterstehen die Beweise einem relativen Beweisverwertungsverbot und dürfen verwertet werden, wenn sie zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich sind. Unter schwere Straftaten in diesem Zusammenhang fallen gemäss Bundesgericht nur Verbrechen, welche mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind (vgl. [BGE 137 I 218](#), 224 E. 2.3.5.2); Schmid/Jositsch, *StPO Praxiskommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 141 N 8).

Die Verletzung blosser Ordnungsvorschriften hingegen tangiert die Verwertbarkeit nicht; die ordnungswidrig erhobenen Beweise können ohne Einschränkung verwendet werden. Ordnungsvorschriften sind Bestimmungen, die lediglich den äusseren Gang des Verfahrens regeln. Die Abgrenzung zwischen einfacher Gültigkeitsvorschrift und Ordnungsvorschrift fällt indes nicht immer einfach; sie beurteilt sich nach dem Schutzzweck der entsprechenden Norm und verlangt im Einzelfall eine Prüfung, ob die Interessen des Beschuldigten oder anderer Verfahrensbeteiligter im Sinne des Fairnessgebots nur mit der Unverwertbarkeit oder Ungültigkeit der rechtswidrig erlangten Beweises gewahrt werden können (vgl. Schmid/Jositsch, *StPO PK*, Art. 141 N 10 f.; Oberholzer, N 702 ff.).

II. Die Pflicht, Zeugen auf ihr Aussageverweigerungsrecht aufmerksam zu machen, stellt eine wichtige rechtsstaatliche Regel dar. Die gemäss Bundesgericht «zentrale Aussage des Gesetzgebers zum Verwertungsverbot» für Zeugenaussagen findet sich in [Art. 177 Abs 3 StPO](#) (vgl. [BGE 144 IV 28](#), 34 E. 1.3.3). Diese Bestimmung geht von einem materiellen Zeugenbegriff aus und umfasst damit auch die sogenannten Auskunftspersonen sui generis nach [Art. 179 Abs 1 StPO](#), die im polizeilichen Ermittlungsverfahren aus organisatorischen Gründen nicht als Zeugen einvernommen werden können (vgl. [BGE 144 IV 28](#), 34 E. 1.3.2; Schmid/Jositsch, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, N 919).

Der Bundesrat wies in seiner Botschaft zur Schweizerischen Strafprozessordnung betreffend unterlassene Belehrung darauf hin, dass «die Rechtsfolge strenger [ist] als jene bei unterbliebener Belehrung über die Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage: Die Aussagen dürfen nicht verwertet werden» (vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, 21.12.2005, S. 1208). Das Parlament übernahm den Entwurf und normierte, dass die Einvernahme bei fehlender Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht nicht verwertbar ist, was zur absoluten Unverwertbarkeit führen müsste ([Art. 177 Abs. 3 i.V.m. Art. 141 Abs 1 StPO](#)). Doch die Bestimmung beraubt sich mit einer entscheidenden Einschränkung gewissermassen selbst ihrer «Strenge»: sie geht von der Verwertbarkeit aus, knüpft diese aber an eine auflösende (resolutive) Bedingung. Über die Rechtsfolge – Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit – herrscht solange Unklarheit, bis der zuerst unbelehrte Zeuge noch einmal vorgeladen worden ist und nach regelkonformer Belehrung entscheidet, ob er aussagt oder nicht. Macht er keinen Gebrauch von seinem Zeugnisverweigerungsrecht, kann die frühere Aussage verwertet werden. Dabei genügt allerdings eine pauschale «Übernahme» der früheren Aussagen nicht. Die nachträgliche Belehrung muss zum einen den Hinweis enthalten, die früheren Aussagen seien unverwertbar und der Zeuge sei daran nicht gebunden (vgl. Hasler, *Rollenwechsel im Strafverfahren*, Diss. Luzern Band 127, S. 34). Die früheren Aussagen sind zum anderen nur dann verwertbar, wenn sie der nunmehr korrekt belehrte Zeuge in der späteren Einvernahme im Einzelnen bestätigt; weichen die späteren Aussagen von den ursprünglichen ab, bleibt es nach der hier vertretenen Auffassung bei der Unverwertbarkeit (vgl. Donatsch, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], *Kommentar zur*

Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 177 N 39 u. N 45). Insbesondere genügt es nicht, wenn der Zeuge auf Vorhalt hin pauschal ausführt, die früheren Aussagen stimmten (vgl. [BGE 143 IV 457](#), 461 E. 1.6.2).

III. Die Konsequenzen der resolutiv bedingten Verwertbarkeit sind nicht zu unterschätzen. Die Entscheidung über Verwertbarkeit bzw. Unverwertbarkeit bleibt – in Anlehnung an die privatrechtliche Terminologie zu den Bedingungen – solange in der Schwebe, als eine Wiederholung der Zeugenbefragung auf korrekte Art und Weise einschliesslich regelkonformer Belehrung noch möglich ist. Also sehr lange, wenn man bedenkt, dass Beweise noch durch die Berufungsinstanz oder gar nach einer Rückweisung durch das erstinstanzliche Gericht erneut erhoben und folglich bislang unverwertbare Beweise gleichsam verwertbar gemacht werden können (vgl. Art. 389 Abs. 2 und Abs. 3 und [Art. 409 Abs 2 StPO](#)).

Ohnehin passen Bedingungen nicht ins Strafprozessrecht. Es geht nicht an, die Korrektur von Behördenfehlern (unterlassene Belehrung) vom Parteiwillen einzelner Verfahrensbeteiligter (Berufung oder Verzicht auf Zeugnisverweigerungsrecht) abhängig zu machen. In Anlehnung ans Zivilrecht könnte man sagen, die Verwertbarkeit von Beweisen sei bedingungsfeindlich, weil der mit der Bedingung verbundene Schwebezustand mit der Rechtssicherheit unvereinbar ist oder weil die Abhängigkeit vom Willen eines Beteiligten gegen die guten Sitten verstösst. Die Strafverfolgungsbehörde, und nur sie, ist für die korrekte Rechtsanwendung verantwortlich (vgl. [Art 2 StPO](#)). Die Einführung der weiteren Kategorie der bedingten Verwertbarkeit neben

der absoluten und relativen Unverwertbarkeit ist von daher kein Glanzstück des Gesetzgebers. *De lege lata* ist aber dem Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt zuzustimmen, nachdem gemäss Erwägung 2.3 der Zeuge B. nach korrekter Belehrung «im vollen Bewusstsein, dass er nichts aussagen müsste, nach reiflicher Überlegung erneut Aussagen zum zu beurteilenden Sachverhalt gemacht und alle diesbezüglichen Fragen beantwortet [hat]».



Dr. iur. Stefan Meichssner, Rechtsanwalt/Fachanwalt SAV Strafrecht,
Frick