

# **BE\_ZIVILSTRAF BK 2019 368 vom 21. November 2019**

BE Obergericht, 2019-11-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_BK\\_2019\\_368](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_BK_2019_368)

FR: BE\_ZIVILSTRAF BK 2019 368 du 21 novembre 2019

IT: BE\_ZIVILSTRAF BK 2019 368 del 21 novembre 2019

## **Regeste**

Verwertbarkeit von Beweismitteln | Andere Verfügungen StA, Polizei (393-a)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Verfügung der Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau vom 2. August 2019 i.S. EO 19 2266 sei aufzuheben.

### **E. 2**

Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 396 Abs. 1 der Straf-

### **E. 3**

prozessordnung [StPO; SR 311], Art. 35 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 29 Abs. 2 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Zur Beschwerdeführung legitimiert ist jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat (Art. 382 Abs. 1 der Strafprozessordnung [StPO; SR 312]). Nach konstanter Praxis der Beschwerdekammer sind Beschwerden gegen die Nichtentfernung unverwertbarer Beweise aus den Straftaten zulässig. Der Ausschlussgrund von Art. 394 Bst. b StPO gelangt nicht zur Anwendung, da der Gesetzgeber sich in Art. 141 Abs. 5 StPO bewusst dafür entschieden hat, dass unverwertbare Beweise aus den Straftaten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verchluss zu halten und hiernach zu vernichten sind. Infolgedessen hat die beschuldigte Person ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass unverwertbare Beweise rechtzeitig aus den Akten entfernt werden (Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern BK 17 293 vom 3. Oktober 2017 E. 2; BK 17 266 vom 31. August 2017 E. 2 und BK 15 262 vom 9. November 2015 E. 2.1). Folglich ist der Beschwerdeführer als Beschuldigter und Adressat der angefochtenen unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht erhobene Beschwerde wird grundsätzlich eingetreten (vgl. indes auch hinten E. 7.2 f.).

#### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer macht vorweg eine Gehörsverletzung geltend mit der Begründung, die angefochtene Verfügung setze sich nicht mit allen von ihm vorgebrachten Argumenten auseinander; namentlich weder mit dem geltend gemachten gesetzlichen Zwang aufgrund der verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflicht noch mit der zur steuerrechtlichen

Gesetzeslage und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) gemachten Ausführungen. Ebenso äussere sich die Staatsanwaltschaft nicht zum Eventualantrag.

### **E. 3.2**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst unter anderem die Pflicht der Behörden, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen (Art. 80 Abs. 2 StPO). Der Betroffene muss wissen, weshalb die Behörde entgegen seines Antrags entschieden hat. Die Begründung eines Entscheids muss so verfasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz müssen sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können (VEST/HORBER, in: Basler Kommentar StPO, 2. Aufl. 2014, N. 32 zu Art. 107 StPO m.w.H.).

### **E. 3.3**

Die Anforderungen an die Begründungspflicht sind erfüllt. Nicht zuletzt die einlässliche Beschwerdeschrift zeigt, dass der Beschwerdeführer in der Lage war, die angefochtene Verfügung im umstrittenen Punkt der Beweisverwertung sachgerecht anfechten zu können. Er war sich der Tragweite des Entscheids bewusst. Eine Gehörsverletzung wegen mangelhafter Begründung liegt nicht vor. Ebenfalls führt zu keiner Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, dass der Beschwerdeführer eine andere Rechtsauffassung vertritt als die Staatsanwaltschaft und ihrer Begründung deswegen mit längeren Ausführungen entgegentritt. In der angefochtenen Verfügung wird in ausreichender Dichte erwogen, dass auf den Beschwerde-

### **E. 4**

Der Beschwerdeführer hält in der Sache fest, er unterstehe als Bezüger von Sozialhilfeleistungen einer Mitwirkungs- und Auskunftspflicht nach Art. 28 SHG. Die Verletzung dieser Pflichten stünde unter der Androhung von Leistungskürzungen und unter Strafandrohung. Die Sozialen Dienste C.\_\_\_\_\_ hätten per Ende März 2018 die Leistung der Sozialhilfe aufgrund der unklaren wirtschaftlichen Verhältnisse sistiert. Mit der Sanktionsandrohung und der Zurückbehaltung der Leistung sei eine unmittelbare Zwangslage geschaffen worden, in welcher er habe aussagen müssen. Somit habe er bei den Anhörungen vom 17. April 2018 und vom 9. Mai 2018 unter staatlichem Zwang zur Mitwirkung und Aussage gestanden. Darauf sei er vom Sozialdienst wiederholt aufmerksam gemacht worden. Ihm sei die Streichung der Leistungen aufgrund mangelnder Mitwirkung angedroht worden. Er sei mithin zur Aussage im Verwaltungsverfahren gezwungen worden. Die Protokolle seien im Widerspruch zu Art. 140 StPO entstanden und unverwertbar.

### **E. 5**

Die Generalstaatsanwaltschaft macht in Bezug auf das Protokoll vom 17. April 2018 im Kern geltend, selbst wenn man – was falsch wäre – zum Schluss gelangen würde, dass der Hinweis auf die drohende Kürzung der Sozialhilfe analog zur strafbewehrten Auskunftspflicht des Betroffenen zu einer Unverwertbarkeit seiner Aussagen führen könne, müsse das Vorliegen einer Zwangslage verneint werden. Der Beschwerdeführer habe bei der Anhörung vom 17. April 2018 keine ihn belastenden Aussagen gemacht, sondern bestritten, einen Autohandel zu betreiben. Er habe nur ausweichend Auskunft gegeben, als er mit den Fakten konfrontiert worden sei. Ausserdem habe er die von ihm einverlangten Dokumente nicht eingereicht. Daher verstosse das Anhörungsprotokoll nicht

gegen die Selbstbelastungsfreiheit. Der Verwertbarkeit stehe nichts entgegen. In Bezug auf das Protokoll vom 9. Mai 2018 führt die Generalstaatsanwaltschaft aus, dass alleine eine gesetzlich bestehende Mitwirkungspflicht nicht ausreiche, um eine Zwangslage zu begründen. Das gelte auch für die Erklärung, die der Beschwerdeführer am 2. Oktober 2007 unterzeichnet habe. Weiter habe die Sistierung der Sozialhilfeleistungen, welche dem Beschwerdeführer anlässlich der beiden Abhörungen gar nicht bekannt gewesen sein dürfte, keinen Einfluss auf die Frage der Verwertbarkeit.

## **E. 6**

In der Replik ergänzt der Beschwerdeführer, die von der Gegenseite getroffene Annahme, dass er sich bei beiden Anhörungen in keiner konkreten Zwangslage befunden habe, sei unzutreffend. Dass die Sistierung der Sozialhilfeleistung in den Protokollen nicht erwähnt sei, bedeute nicht, dass der Beschwerdeführer keine Kenntnis von den ausgebliebenen Zahlungen gehabt habe. Was unter «Ziel des heutigen Gespräches», «rechtlichen Rahmen des heutigen Gespräches» und «Erläuterung des weiteren Vorgehens» zu verstehen und was dabei thematisiert worden sei, lasse sich nicht mehr allein aus den Protokollen erschliessen. Es bestehe

5 aber kein Raum dafür, die unklaren Protokolle zum Nachteil des Beschwerdeführers zu interpretieren. Das Handbuch der Berner Konferenz für Sozialhilfe, Kindes- und Erwachsenenschutz als interne Praxisanleitung weise die Mitarbeiter der Sozialdienste explizit an, «Die Klientel [...] auf die Folgen falscher Angaben hinzuweisen». So habe der Beschwerdeführer unter dem Damoklesschwert der Mitwirkungspflichten und der damit einhergehenden Sanktionsandrohungen aussagen müssen. Gemäss Art. 140 StPO sei jedes Zwangsmittel untersagt. Es bleibe kein Raum für eine Unterscheidung zwischen einer unkonkreten Zwangslage («ein bisschen Zwang») und einer konkreten Zwangslage. Es könne nicht ernsthaft behauptet werden, der Beschwerdeführer habe rund zwei Wochen nach Monatsbeginn nicht bemerkt, dass keine Zahlungen des Sozialdienstes eingetroffen seien. Ebenso wenig habe die Ehefrau des Beschwerdeführers ihm den ausgebliebenen Zahlungseingang verschwiegen. So bleibe es dabei, dass er bei den Anhörungen Kenntnis der sistierten Leistungen gehabt habe und sich deswegen Geld habe ausleihen müssen (vgl. Frage 16 im Protokoll vom 17. April 2018). Der Sozialdienst habe die Sistierung gezielt als Druckmittel verwendet, um ihn zur Mitwirkung zu zwingen. Ausdruck davon sei die Anmerkung am Ende der Anhörung vom 17. April 2018, wonach der Beschwerdeführer mit rascher Mitwirkung das Verfahren beschleunigen könne (vgl. zuunterst auf der letzten Seite des Protokolls vom 17. April 2018). Nicht relevant sei bei alledem die rechtliche Wertung der Sistierung (zulässig oder unzulässig) – entscheidend sei einzig die Druck- und Zwangslage. Gemäss der Staatsanwaltschaft sei mangels Hinweise auf eine ausdrückliche Androhung rechtlicher Folgen einer Mitwirkungspflichtverletzung das zweite Anhörungsprotokoll verwertbar. Sie führte aus, dass – bezogen auf das Steuerrecht – Aussagen im Strafverfahren nur unverwertbar seien, wenn der Steuerpflichtige unmittelbar vor der Aussage zur Informationsübermittlung gemahnt und ihm eine Verurteilung wegen Verletzung von Verfahrenspflichten oder eine Ermessensveranlassung angedroht worden sei. Indes sei das Element der Unmittelbarkeit in BGE 138 I 47 E. 2.6 nicht auffindbar. Sämtliche Aussagen, welche der Beschwerdeführer unter dem Zwang seiner Mitwirkungspflichten und der sistierten Leistungen gemacht habe, seien als unverwertbar zu qualifizieren. Es spiele keine Rolle, ob im Protokoll – welches rudimentär und sinngemäss geführt worden sei – der Hinweis auf weitere Sanktionen zu finden sei.

Die Sanktion sei bereits vor den Anhörungen vollzogen und als Druckmittel instrumentalisiert worden. Weshalb ein knapper Hinweis im Anhörungsprotokoll den Unterschied zwischen Verwertbarkeit und Unverwertbarkeit ausmachen soll, sei unklar. Ferner sei zur analogen Anwendung des Steuerrechts festzuhalten, dass (1.) der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung es gebiete, sich widersprechende Entscheide möglichst zu vermeiden und dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung gerade im Schnittstellenbereich verschiedener Rechtsgebiete Bedeutung zukomme (BGE 143 II 8 E.7.3); dass (2.) es mit Blick auf die Frage der Verwertbarkeit nicht darauf ankommen könne, ob sich der Beschwerdeführer tatsächlich belastet habe oder nicht; und dass (3.) der Versuch der Generalstaatsanwaltschaft, der sozialhilfe- und der steuerrechtlichen Mitwirkungspflicht die Vergleichbarkeit abzusprechen, untauglich sei, weil es für den Rechtsunterworfenen unerheblich sei, ob er mehr Geld bezahlen müsse (Steuern) oder weniger Geld erhalte (Sozialhilfe) – beides sei ein Schaden im Rechtssinne.

## **E. 7**

Personen, die Sozialhilfe beanspruchen, haben dem Sozialdienst die erforderlichen Auskünfte über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zu geben und Änderungen der Verhältnisse un- aufgefodert und unverzüglich mitzuteilen (Art. 28 Abs. 1 SHG).

### **E. 7.1**

Gemäss Art. 139 Abs. 1 StPO setzen die Strafbehörden zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein, die rechtlich zulässig sind. Die Strafprozessordnung enthält Bestimmungen zu den verbotenen Beweiserhebungen (Art. 140 StPO) und zur Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise (Art. 141 StPO). Die Selbstbelastungsfreiheit gehört zu den fundamentalen Grundsätzen eines fairen Strafverfahrens (Art. 113 Abs. 1 StPO). Wer an einem Verwaltungsverfahren teilnimmt, hat hingegen Mitwirkungspflichten. Diese unterschiedlichen Paradigmen können Konflikte erzeugen. Sobald unter verwaltungsrechtlichem Mitwirkungszwang erhobene Beweise in einem Strafverfahren verwertet werden, droht der «nemo tenetur»-Grundsatz verletzt zu werden. Informationen aus einem Verwaltungsverfahren dürfen grundsätzlich dann nicht verwertet werden, wenn der Betroffene einer (strafbewehrten) Auskunftspflicht unterliegt (vgl. GLESS, in: Basler Kommentar StPO, 2. Aufl. 2014, N. 47a zu Art. 139 StPO, m.w.H. insb. auf EGMR-Urteil i.S. J.B./Schweiz, N. 31827/96 vom 3. Mai 2001). Die steuerpflichtige Person ist im verwaltungsrechtlichen Steuerveranlagungsverfahren zur Mitwirkung verpflichtet (vgl. Art. 126 DBG [SR 642.11]; [...]). Kommt sie trotz Mahnung ihrer Mitwirkungspflicht nicht nach, macht sie sich unter Umständen wegen Verletzung von Verfahrenspflichten strafbar (vgl. Art. 174 DBG; Art. 55 StHG). Im Steuerstrafverfahren sind demgegenüber die strafprozessualen Verfahrensgarantien zu beachten. Nach dem im Strafprozessrecht allgemein anerkannten sowie in Art. 14 Ziff. 3 lit. g Uno-Pakt II (SR 0.103.2) und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Grundsatz "nemo tenetur se ipsum accusare" ist im Strafverfahren niemand gehalten, zu seiner Belastung beizutragen. Der Beschuldigte ist nicht zur Aussage verpflichtet. Namentlich darf er nicht mit Druckmitteln zur Aussage gezwungen werden und darf sein Schweigen nicht als Indiz für seine Schuld gewertet werden (BGE 131 IV 36 E. 3.1; BGE 130 I 126 E. 2.1; je mit Hinweisen). Aus dem Recht des Angeklagten, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, ergibt sich insbesondere, dass die Behörden ihre Anklage führen müssen, ohne auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch Zwang oder Druck in Missachtung des Willens des Angeklagten

erlangt worden sind. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) verstösst es gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK, den Steuerpflichtigen im Hinterziehungsverfahren mit Busse zu zwingen, Belege über hinterzogene Beträge vorzulegen bzw. solche im Nachsteuerverfahren zwangsweise erhobenen Beweise im Hinterziehungsverfahren zu verwerten (Urteil des EGMR J.B. gegen Schweiz vom 3. Mai 2001 Nr. 31827/96, Recueil CourEDH 2001-III S. 455, auch in: VPB 2001 Nr. 128; vgl. dazu auch BGE 131 IV 36 E. 3.1 mit Hinweisen). Kein Verwertungsverbot besteht demgegenüber bezüglich Beweismitteln, die zwar mittels Zwangsmassnahme beschafft wurden, jedoch unabhängig vom Willen des Beschuldigten existieren (vgl. Urteil des EGMR Saunders gegen Grossbritannien vom 17. Dezember 1996 Nr. 19187/91, Recueil CourEDH 1996-VI S. 2044) (BGE 138 IV 47 E. 2.6.1). Beweismittel aus einem Nachsteuerverfahren dürfen in einem Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung nur dann verwendet werden, wenn sie weder unter Androhung einer Veranlagung nach pflichtgemäsem Ermessen (Art. 130 Abs. 2) mit Umkehr der Beweislast nach Artikel 132 Absatz 3 noch unter Androhung einer Busse wegen Verletzung von Verfahrenspflichten beschafft wurden (Art. 183 Abs. 1bis des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer [DBG; SR 860.1]).

## **E. 7.2**

Der Beschwerdeführer macht zu Recht geltend, dass die Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft nicht in allen Teilen zu überzeugen vermag. Nichtsdestotrotz erweist sich die angefochtene Verfügung im Ergebnis als rechtmässig. GLESS führt im Basler Kommentar zur StPO korrekt aus, dass die Schnittstellenbestimmung von Art. 183 Abs. 1bis DBG letztlich für sämtliche Verwaltungsverfahren gelten müsse, in denen Betroffene durch staatlichen Zwang zur Mitwirkung verpflichtet würden (vgl. GLESS, a.a.O., N. 47a zu Art. 139 StPO). Was in Art. 183 Abs. 1bis DBG ausdrücklich gesetzlich verankert wurde, ist demnach prinzipiell in allen Verwaltungsverfahren analog anzuwenden respektive dessen Auswirkung für den Strafprozess zu beachten. Das Bundesgericht führte dazu im Leitentscheid BGE 138 IV 47 in der Regeste aus, dass «Aussagen des Steuerpflichtigen und von diesem im Nachsteuerverfahren eingereichte Belege [...] unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes "nemo tenetur se ipsum accusare" nicht generell unverwertbar [sind], sondern nur, wenn er gemahnt und ihm eine Ermessensveranlagung oder eine Verurteilung wegen Verletzung von Verfahrenspflichten angedroht wurde». Gemünzt auf den hiesigen Fall führt dies zu folgenden Schlüssen: Sowohl strafprozessual betrachtet als auch in einem generelleren Kontext ist es so, dass Mahnungen oder Androhungen im Zusammenhang mit der Befragung zu konkreten Themen erfolgen müssen, das heisst vor oder zumindest im Verlauf der Anhörung, mithin sobald zur Sache befragt wird. Der Beschwerdeführer hält zwar an sich richtig fest, dass der von der Generalstaatsanwaltschaft verwendete Begriff der Unmittelbarkeit im einschlägigen BGE 138 IV 47 nicht verwendet wurde. Die massgebliche Erwägung 2.6 lässt sich jedoch nicht anders verstehen, als dass die gesetzlich bestehende Mitwirkungspflicht (wie sie in Art. 28 SHG verankert ist) alleine nicht genügt, um eine Zwangslage im Sinne von Art. 140 StPO und damit eine Unverwertbarkeit zu begründen. Wenn dem so wäre, würde eine generelle Unverwertbarkeit solcher Befragungen und Anhörungen resultieren, was gemäss dem bundesgerichtlichen Entscheid aber gerade nicht der Fall ist. Auch der Umstand, dass der Beschwerdeführer Jahre vor den protokollierten Gesprächen – am 2. Oktober 2007 – eine Erklärung unterzeichnete, in welcher er Kenntnis von seinen Mitwirkungspflichten nahm, kann nicht ausreichen, um ihn in eine aktuelle Zwangslage zu versetzen. Im Lichte dessen

müssen die Mahnungen / Androhungen im Kontext einer konkreten Beweiserhebung erfolgen; vorliegend also anlässlich der beiden Befragungen. Darüber geben die Protokolle vom 17. April 2018 beziehungsweise vom 9. Mai 2018 in ausreichender Deutlichkeit Auskunft. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers, welcher in seiner Replik geltend macht, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb ein knapper Hinweis in Anhörungsprotokollen den Unterschied zwischen Verwertbarkeit und Unverwertbarkeit ausmachen soll, ist festzuhalten, dass diese Protokolle Urkundenqualität im Sinne von Art. 110 Abs. 4 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311) besitzen. Ihnen kommt folglich Beweiseignung und Beweisbestimmung zu. Selbstredend könnte die Richtigkeit oder die Vollständigkeit eines Protokolls in Abrede gestellt werden. Der Beschwerdeführer macht indes mit keinem Wort geltend, dass etwas falsch oder un-

### **E. 7.3**

Zusammengefasst steht der Verwertbarkeit beider Protokolle nichts entgegen. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

### **E. 8**

vollständig protokolliert worden wäre. Nach dem Gesagten ist das Protokoll vom

### **E. 9**

8. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ferner legen die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht die amtliche Entschädigung von Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ am Ende des Verfahrens fest (Art. 135 Abs. 2 StPO).

### **E. 10**

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

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