

# BGE 118 IV 175

Bundesgericht (BGE), 1992-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_118\\_IV\\_175](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_118_IV_175)

FR: ATF 118 IV 175

IT: DTF 118 IV 175

## Regeste

Regeste Falsches Zeugnis; Strafmilderung nach Art. 308 Abs. 2 StGB. Art. 308 Abs. 2 StGB erfasst auch das falsche Zeugnis zugunsten eines bereits angeschuldigten Angehörigen (E. 1a und E. 1b). Art. 308 Abs. 2 StGB ist auch dann anwendbar, wenn dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht und er darauf hingewiesen worden ist (E. 1c). Gegenüber demjenigen, welcher zu falschem Zeugnis zu seinen eigenen Gunsten oder zugunsten eines Angehörigen angestiftet hat, ist Art. 308 Abs. 2 StGB nicht anwendbar (E. 2).

Regeste Faux témoignage; circonstance atténuante au sens de l'art. 308 al. 2 CP. L'art. 308 al. 2 CP vise également le faux témoignage en faveur d'un proche déjà accusé (consid. 1a et consid. 1b). L'art. 308 al. 2 CP est applicable même si le témoin a la possibilité de refuser de témoigner et qu'il en a été informé (consid. 1c). L'art. 308 al. 2 CP n'est en revanche pas applicable à celui qui s'est rendu coupable d'instigation à faux témoignage en sa faveur ou en celle d'un proche (consid. 2).

Regesto Falsa testimonianza; attenuazione della pena ai sensi dell'art. 308 cpv. 2 CP. L'art. 308 cpv. 2 CP vale anche per la falsa testimonianza a favore di un prossimo congiunto già imputato (consid. 1a e consid. 1b). L'art. 308 cpv. 2 CP è applicabile anche laddove il teste abbia diritto di non testimoniare e ne sia stato informato (consid. 1c). L'art. 308 cpv. 2 CP non si applica nei confronti di chi sia stato istigatore di falsa testimonianza a proprio favore o a favore di un prossimo congiunto (consid. 2).

## Erwägungen

### E. 1

Gemäss Art. 308 Abs. 2 StGB kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern, wenn der Täter eine falsche Äusserung ( Art. 306 und 307 StGB ) getan hat, weil er durch die wahre Aussage sich oder seine Angehörigen der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen würde. Die Strafverfolgung gegen den Beschwerdegegner 1 wegen Einbruchdiebstahls war schon im Gange, als die Beschwerdegegnerin 2 ihre falsche Zeugenaussage machte und der Beschwerdegegner 1 sie dazu anstiftete. Durch die falsche Aussage sollte erreicht werden, dass dieses Strafverfahren wegen Einbruchdiebstahls gegen den Beschwerdegegner 1 nicht weitergeführt, sondern eingestellt werde. Eine Gefahr, dass im Falle der wahren Aussage irgendein neues, weiteres Strafverfahren gegen den Beschwerdegegner 1 oder die Beschwerdegegnerin 2 eröffnet würde, bestand nicht. a) Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, unter die in Art. 308 Abs. 2 StGB genannte Gefahr, sich oder seine Angehörigen strafrechtlicher Verfolgung auszusetzen, falle entgegen dem durch den zu engen Gesetzeswortlaut vermittelten Eindruck nicht nur die Gefahr der Eröffnung eines (weiteren) Strafverfahrens gegen den Zeugen oder einen Angehörigen bei wahrer

Zeugenaussage, sondern nach Sinn und Zweck dieser Bestimmung auch die Gefahr der Fortsetzung einer bereits angehobenen Untersuchung bzw. die Gefahr der Bestrafung im bereits hängigen Strafverfahren bei wahrer Zeugenaussage. Sinn und Zweck der Bestimmung sprächen auch für eine Gleichbehandlung des falschen Zeugnisses zur Vermeidung einer Belastung mit dem falschen Zeugnis zur Entlastung (z.B. Verschaffen eines falschen Alibis). Ziel der falschen Zeugenaussage, zu welcher die Beschwerdegegnerin 2 vom Beschwerdegegner 1 angestiftet wurde, sei es gewesen, die Fortsetzung der gegen den Beschwerdegegner 1 aufgrund der belastenden Aussagen von B. bereits angehobenen Untersuchung wegen Einbruchdiebstahls bzw. eine Bestrafung des Beschwerdegegners 1 wegen Einbruchdiebstahls BGE 118 IV 175 S. 178 durch Angabe eines falschen Alibis zu verhindern. Diese Begünstigung eines Angehörigen durch eine entlastende falsche Zeugenaussage in einem bereits hängigen Strafverfahren werde von Art. 308 Abs. 2 StGB nach dessen Sinn und Zweck ebenfalls erfasst. Daran ändert nach den weiteren Ausführungen der Vorinstanz auch nichts, dass der Beschwerdegegnerin 2 als Angehörigen des angeschuldigten Beschwerdegegners 1 ein Zeugnisverweigerungsrecht zustand (§ 92 Ziff. 2 StPO /LU), sie darauf ausdrücklich hingewiesen wurde und auf dessen Ausübung verzichtete. Die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts biete nicht durchwegs einen zureichenden Schutz, da der Richter auch aus einer Zeugnisverweigerung seine Schlüsse ziehen könnte. Die Beschwerdeführerin vertritt demgegenüber die Auffassung, mit der in Art. 308 Abs. 2 StGB genannten Gefahr, sich oder seine Angehörigen strafrechtlicher Verfolgung auszusetzen, sei bloss die Gefahr der Eröffnung einer Strafuntersuchung gegen den Zeugen oder einen Angehörigen gemeint, nicht auch die Gefahr der Fortsetzung eines bereits eröffneten Strafverfahrens gegen einen Angehörigen des Zeugen. Die Auffassung der Vorinstanz hätte zur Folge, dass jede (falsche) begünstigende Aussage grundsätzlich geeignet wäre, unter Art. 308 Abs. 2 StGB zu fallen; beim Wegfall der begünstigenden Aussage würde ja die Gefahr der Fortsetzung der Strafuntersuchung in aller Regel akut. Die Beschwerdeführerin hält an ihrer Auffassung fest, die Anwendung von Art. 308 Abs. 2 StGB komme nur dann in Betracht, wenn zwischen der Falschaussage und der drohenden Strafverfolgung ein unmittelbarer Zusammenhang in der Weise bestehe, dass gerade die in der wahrheitsgemässen Aussage liegende Belastung (d.h. die richtige Aussage des Zeugen) die Gefahr einer Bestrafung bzw. strafrechtlichen Verfolgung begründen würde. Gemäss den weiteren Ausführungen in der Nichtigkeitsbeschwerde hätte sich die Beschwerdegegnerin 2 risikolos auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht als Schwester des Angeschuldigten berufen können; die Tatsache der Zeugnisverweigerung hätte nicht gegen ihren Bruder, d.h. den Beschwerdegegner 1, verwendet werden können. Wenn sich die Beschwerdegegnerin 2 auf die Zeugenbefragung eingelassen habe, dann könne sie sich nicht nachträglich auf eine Zwangslage berufen, die einen Ehrennotstand begründen könnte. b) Der Wortlaut von Art. 308 Abs. 2 StGB spricht zwar (auch in der französischen und in der italienischen Fassung) für die Ansicht der Beschwerdeführerin, doch ist er zu eng und wird er Sinn und Zweck dieses Strafmilderungsgrundes, der gewisse Parallelen zu BGE 118 IV 175 S. 179 Art. 305 Abs. 2 StGB aufweist (vgl. dazu TRECHSEL, Kurzkommentar, Art. 308 N 5 ; GEORG MESSMER, Der strafrechtliche Schutz der Rechtspflege vor Irreführung, Kriminalistik 1965, S. 441), nicht gerecht. Nach der "ratio legis" kann es keinen Unterschied machen, ob der Zeuge falsch aussagt, um einen Angehörigen vor der Eröffnung einer Strafuntersuchung zu schützen, oder ob er falsches Zeugnis ablegt, um den Angehörigen vor der Fortsetzung eines bereits angehobenen Strafverfahrens bzw. vor der Bestrafung zu bewahren. In beiden

Fällen steht der Zeuge vor dem Dilemma, entweder seinen Angehörigen zu belasten bzw. ihm die gewünschte Entlastung zu verweigern oder aber falsch auszusagen. Gerade wegen dieses Dilemmas des Zeugen sieht Art. 308 Abs. 2 StGB fakultative Strafmilderung nach freiem richterlichem Ermessen bei falscher Zeugenaussage vor. Zwar ist das Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen (bzw. der Geschwister) eines Angeschuldigten (Zeugnisverweigerung aus Verwandtschaft) in den schweizerischen Strafprozessordnungen praktisch allgemein anerkannt (siehe dazu ROBERT HAUSER, *Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses*, Zürich 1974, S. 190), während das Zeugnisverweigerungsrecht bzw. das Antwortverweigerungsrecht zum Schutz Angehöriger vor der Eröffnung eines Strafverfahrens (Verweigerungsrecht aus "Ehrennotstand" zum Schutz Angehöriger) in verschiedenen Strafprozessordnungen nicht vorgesehen ist (vgl. dazu ROBERT HAUSER, *op. cit.*, S. 163 f. Fn. 16 und 17). Das kann aber nicht erheblich sein, weil, wie nachstehend darzulegen ist, die Anwendung von Art. 308 Abs. 2 StGB auch dann in Betracht fällt, wenn der Zeuge über ein Zeugnisverweigerungsrecht verfügt, auf dieses hingewiesen worden ist und dennoch - falsch - aussagt. Auch in der Literatur wird, soweit sie zu dieser Frage überhaupt Stellung nimmt, die Ansicht vertreten, Art. 308 Abs. 2 StGB erfasse entgegen seinem zu engen Wortlaut auch das falsche Zeugnis zur Begünstigung eines bereits angeschuldigten Angehörigen (PAUL PFÄFFLI, *Das falsche Zeugnis*, Diss. Bern 1962, S. 102; ANDREAS HAUSWIRTH, *Die Selbstbegünstigung im schweizerischen Strafrecht*, S. 219/220; wohl auch SCHULTZ, *Über das falsche Zeugnis*, ZStrR 76/1960 S. 348 ff., 351; ebenso für das deutsche Recht SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *Kommentar*, 24. Aufl. 1991, § 157 dt.StGB N 9 in fine). Dabei macht es keinen wesentlichen Unterschied, ob das falsche Zeugnis zur Vermeidung einer Belastung oder aber zur Entlastung (Alibi) des bereits angeschuldigten Angehörigen abgegeben wird. Eine die Gefahr der Fortsetzung eines bereits eröffneten BGE 118 IV 175 S. 180 Strafverfahrens begründende Belastung kann auch dann gegeben sein, wenn der vom Angeschuldigten als Entlastungszeuge angerufene Angehörige entgegen den Abmachungen die den Angeschuldigten entlastende Zeugenaussage nicht macht, sondern, etwa unter dem Eindruck der Zeugenbelehrung, die Wahrheit sagt, das falsche Alibi also nicht bestätigt. c) Die Beschwerdegegnerin 2 war als Schwester des Beschwerdegegners 1 im gegen diesen eröffneten Strafverfahren wegen Einbruchdiebstahls gemäss § 92 Ziff. 2 StPO /LU zur Zeugnisverweigerung berechtigt, und sie wurde auf dieses Zeugnisverweigerungsrecht ausdrücklich aufmerksam gemacht. Die Frage, ob ihr dennoch im Falle falscher Zeugenaussage zugunsten ihres Bruders der Strafmilderungsgrund gemäss Art. 308 Abs. 2 StGB zugebilligt werden kann, ist mit der Vorinstanz zu bejahen. Diese Auffassung entspricht der herrschenden Lehre (TRECHSEL, a.a.O., Art. 308 StGB N 7, mit Hinweis auf BGE 87 IV 22 ; STRATENWERTH, *Strafrecht* Bes. Teil II, 3. Aufl., § 55 N 53 ; PAUL PFÄFFLI, *op.cit.*, S. 103; ANDREAS HAUSWIRTH, *op. cit.*, S. 222; GEORG MESSMER, a.a.O., S. 438; SCHULTZ, *Falsche Anschuldigung, Irreführung der Rechtspflege und falsches Zeugnis*, ZStrR 73/1958 S. 213 ff., 260; WALTER UFENAST, *Das falsche Zeugnis in rechtsvergleichender Darstellung*, Diss. Zürich 1927, S. 99; andere Auffassung: HAUSER/REHBERG, *Strafrecht* IV, S. 326; OLIVIER CORNAZ, SJK Nr. 1012 S. 8 oben). Zwar befindet sich der Zeuge, dem ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, nicht aus rechtlichen Gründen in der Zwangslage, entweder falsch auszusagen oder aber den Angehörigen zu belasten bzw. nicht in der gewünschten Weise entlasten zu können. Der Zeuge, der über ein Zeugnis- oder Antwortverweigerungsrecht verfügt, befindet sich aber faktisch weiterhin in einem

gewissen Dilemma, welches die Anwendung von Art. 308 Abs. 2 StGB rechtfertigt. Denn die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts, d.h. das Schweigen des Zeugen, kann je nach den Umständen von der Behörde im Rahmen der freien Beweiswürdigung als eine Verdacht begründende bzw. erhärtende Tatsache gewürdigt werden. Ob eine solche Beweiswürdigung zulässig sei (dazu eingehend ROBERT HAUSER, Der Zeugenbeweis im Strafprozess ..., S. 158 ff.), kann hier dahingestellt bleiben; entscheidend ist insoweit, dass der Zeuge subjektiv glaubt (vgl. dazu BGE 75 IV 65 ff.), sein Schweigen in Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts könne sich zum Nachteil des Angehörigen auswirken (vgl. dazu auch KLAUS BÜTTIKOFER, Die falsche Zeugenaussage aus kriminologischer Sicht, Diss. Zürich 1975, S. 109 ff.). BGE 118 IV 175 S. 181 Es ergibt sich somit zusammenfassend, dass Art. 308 Abs. 2 StGB auch dann anwendbar ist, wenn der Zeuge die begünstigende falsche Zeugenaussage in einem bereits eröffneten Strafverfahren gegen einen Angehörigen abgibt und ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht zustand. Die Vorinstanz durfte demnach ohne Verletzung von Bundesrecht der Beschwerdegegnerin 2 den Strafmilderungsgrund gemäss Art. 308 Abs. 2 StGB zubilligen, soweit diese sich des falschen Zeugnisses schuldig gemacht hat.

## **E. 2**

a) Die Vorinstanz billigte auch dem Beschwerdegegner 1, der seine Schwester zu falschem Zeugnis zu seinen Gunsten im hängigen Strafverfahren wegen Einbruchdiebstahls angestiftet und deren Freundin zum falschen Zeugnis anzustiften versucht hatte, den Strafmilderungsgrund gemäss Art. 308 Abs. 2 StGB zu. Sie billigte zudem der Beschwerdegegnerin 2 den Strafmilderungsgrund nach Art. 308 Abs. 2 StGB auch insoweit zu, als diese sich der versuchten Anstiftung ihrer Freundin zu falschem Zeugnis (zugunsten des Beschwerdegegners 1) schuldig gemacht hatte. Die Vorinstanz vertritt in bewusster Abweichung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ( BGE 73 IV 245 , BGE 81 IV 39 ff.) die Auffassung, dass auch dem Anstifter zu falschem Zeugnis zugunsten des Anstifters dieser Strafmilderungsgrund zuerkannt werden müsse. Zur Begründung führt sie unter Berufung auf HAEFLIGER (Das StGB als Schuldstrafrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ZStrR 69/1954 S. 393 f.) aus, bei Vorliegen eines Aussageverweigerungsrechts aus Ehrennotstand (z.B. § 95 StPO /LU) sei der Zeuge der Zwangslage, zu lügen oder Strafe zu riskieren, enthoben. Dennoch werde ihm ja der Strafmilderungsgrund von Art. 308 Abs. 2 StGB zugebilligt. Auf das Vorliegen eines Ehrennotstandes komme es demnach nicht entscheidend an. Wenn der Täter milder bestraft werden könne, der lügt, um sich der Strafverfolgung zu entziehen, dann sollte auch der Anstifter, der sich in der gleichen Lage befindet, des Wohlwollens des Gesetzgebers teilhaftig sein. Der Umstand, der zur Privilegierung des Täters führt, müsse nach Art. 26 StGB auch beim Anstifter berücksichtigt werden, wenn er in dessen Person gegeben sei. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. b) Wohl ist es nach der insoweit zutreffenden Ansicht der Vorinstanz entgegen einer Bemerkung in BGE 73 IV 245 E. 2 nicht entscheidend, dass in Art. 308 Abs. 2 StGB lediglich vom Täter und nicht auch vom Teilnehmer am falschen Zeugnis die Rede ist; denn die Bestimmungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sprechen in der Regel nur vom Täter. Entscheidend ist indessen BGE 118 IV 175 S. 182 folgendes: Der Zeuge, dem ein Aussageverweigerungsrecht sei es aus Verwandtschaft, sei es aus Ehrennotstand zusteht, befindet sich nach den vorstehenden Ausführungen zwar nicht mehr aus rechtlichen Gründen, aber, was die Vorinstanz in diesem Zusammenhang offenbar übersieht, aus faktischen Gründen weiterhin in einer gewissen Zwangslage. Gerade wegen dieser fortbestehenden Zwangslage, die ein

persönliches Verhältnis im Sinne von Art. 26 StGB ist, kann dem Zeugen trotz Vorliegens eines Aussageverweigerungsrechts der Strafmilderungsgrund gemäss Art. 308 Abs. 2 StGB zugebilligt werden. Der Anstifter zu falschem Zeugnis zugunsten des Anstifters befindet sich demgegenüber schon deshalb nicht in einer der Lage des Zeugen vergleichbaren Zwangslage, weil er, ohne Bestrafung zu riskieren, lügen kann und weil zudem sein Schweigen sich nicht in gleicher Weise zu seinem Nachteil auswirken kann wie das Schweigen des Zeugen. Die Selbstbegünstigungsabsicht, mit welcher der Anstifter zu falschem Zeugnis zugunsten des Anstifters handelt, ist unter dem Gesichtspunkt von Art. 305 StGB relevant (siehe dazu BGE 115 IV 230 ff.), nicht aber unter dem Gesichtspunkt von Art. 307 StGB. Zudem ist die Anstiftung zu falschem Zeugnis zugunsten des Anstifters der geradezu typische, klassische Fall; dieser verdient keine mildere Strafe. Der Kassationshof bestätigt daher seine Rechtsprechung ( BGE 73 IV 245 E. 2, BGE 81 IV 39 ff.), wonach Art. 308 Abs. 2 StGB auf den Anstifter zu falschem Zeugnis zugunsten des Anstifters nicht anwendbar ist (ebenso PAUL PFÄFFLI, op.cit., S. 103; ANDREAS HAUSWIRTH, op.cit., S. 221; HERBERT WINTER, Die falsche Beweisaussage der Partei nach Art. 306 StGB, S. 162 f.; SCHULTZ, ZStrR 73/1958 S. 260; GEORG MESSMER, a.a.O., S. 444; OLIVIER CORNAZ, a.a.O., S. 8; SCHWANDER, Das schweizerische Strafgesetzbuch, S. 501; HAUSER/REHBERG, Strafrecht IV, S. 326 unten; WAIBLINGER, ZBJV 85/1949 S. 479 zu BGE 73 IV 242 ff.; LOGOZ, Commentaire, art. 308 note 3; so auch die herrschende Meinung in Deutschland, siehe SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, op.cit., § 157 dt.StGB N 4; andere Auffassung ausser HAEFLIGER, a.a.O., TRECHSEL, op.cit., Art. 308 StGB N 8; STRATENWERTH, Strafrecht Bes. Teil II, § 55 N 54 ). Die Vorinstanz hat dem Beschwerdegegner 1 somit zu Unrecht den Strafmilderungsgrund von Art. 308 Abs. 2 StGB zugebilligt. c) Die Vorinstanz hat auch der Beschwerdegegnerin 2 zu Unrecht den Strafmilderungsgrund von Art. 308 Abs. 2 StGB zugebilligt, soweit diese sich der versuchten Anstiftung (ihrer Freundin) zum falschen Zeugnis zugunsten des Beschwerdegegners 1 schuldig machte. BGE 118 IV 175 S. 183 Wenn nach den vorstehenden Ausführungen bei Anstiftung zu falschem Zeugnis zugunsten des Anstifters Art. 308 Abs. 2 StGB nicht anwendbar ist, dann kann dieser Strafmilderungsgrund auch bei der Anstiftung zu falschem Zeugnis zugunsten eines Angehörigen des Anstifters nicht zur Anwendung gelangen. Die Beschwerdegegnerin 2 befand sich nur als Zeugin im Verfahren gegen den Beschwerdegegner 1 in einer gewissen, das Verschulden vermindernenden Zwangslage, welche die Anwendung von Art. 308 Abs. 2 StGB rechtfertigt, nicht auch ausserhalb des Zeugenstandes.

### **E. 3**

Die Sache ist demnach in teilweiser Gutheissung der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese gegenüber dem Beschwerdegegner 1 die Strafe ohne Zuerkennung des Strafmilderungsgrundes von Art. 308 Abs. 2 StGB neu bemesse und der Beschwerdegegnerin 2 diesen Strafmilderungsgrund nur insoweit zubillige, als sie sich des falschen Zeugnisses schuldig gemacht hat, nicht aber auch insoweit, als sie wegen versuchter Anstiftung zu falschem Zeugnis verurteilt worden ist.

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