

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

6B 1394/2020

Urteil vom 13. Dezember 2021

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Präsidentin,  
Bundesrichterin Koch,  
Bundesrichter Hurni,  
Gerichtsschreiberin Lustenberger.

Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Christoph Vettiger,  
Beschwerdeführer,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt, Binningerstrasse 21, 4051 Basel,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Raufhandel, Verwertbarkeit von Beweismitteln,

Beschwerde gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, Dreiergericht, vom  
26. August 2020 (SB.2018.2).

Sachverhalt:

A.

Am 14. Januar 2017 um ca. 2.30 Uhr kam es vor einem Imbiss-Lokal in U. \_\_\_\_\_ zu einer  
tätlichen Auseinandersetzung zwischen mehreren Personen. B. \_\_\_\_\_ erlitt dabei eine  
Gehirnerschütterung, eine sechs Zentimeter lange Riss-Quetsch-Wunde an der rechten Schläfe sowie  
eine Rissverletzung am linken Ohrläppchen.

Das Strafgericht Basel-Stadt verurteilte A. \_\_\_\_\_ am 6. September 2017 wegen Raufhandels zu  
einer unbedingten Freiheitsstrafe von 12 Monaten, unter Anrechnung von 275 Tagen Untersuchungs-  
und Sicherheitshaft. Gegen dieses Urteil erhoben Fehdi Banbella und die Staatsanwaltschaft  
Berufung.

B.

Mit Urteil vom 26. August 2020 bestätigte das Appellationsgericht Basel-Stadt die Verurteilung  
wegen Raufhandels und sprach ebenfalls eine unbedingte Freiheitsstrafe von 12 Monaten aus  
(wiederum unter Anrechnung der erstandenen Haft).

C.

A. \_\_\_\_\_ führt Beschwerde in Strafsachen vor Bundesgericht. Er beantragt, das Urteil des  
Appellationsgerichts sei aufzuheben, er sei vom Vorwurf des Raufhandels freizusprechen und ihm sei  
eine Entschädigung für die erstandene Haft zu leisten. Zusätzlich ersucht Fehdi Banbella um  
unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

Das Appellationsgericht und die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt verzichten auf  
Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

Der Beschwerdeführer rügt, sein Recht auf Befragung von Belastungszeugen sei verletzt worden (Art.

6 Ziff. 3 lit. d EMRK und Art. 32 Abs. 2 BV), weshalb die Aussagen der Zeugin C.\_\_\_\_\_ unverwertbar seien. Die Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft dürften nicht gegen ihn verwendet werden, weil der Belastungszeugin keine Fragen hätten gestellt und die Verteidigungsrechte nicht hätten wahrgenommen werden können. Sowohl das Strafgericht als auch das Appellationsgericht hätten später im Verfahren eine neuerliche Befragung von C.\_\_\_\_\_ abgelehnt.

1.1. Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Aussagen der Zeugin C.\_\_\_\_\_ verwertbar seien. Sie räumt zwar ein, dass der Verteidiger des Beschwerdeführers an der Konfrontationseinvernahme keine Ergänzungsfragen stellen konnte. Angesichts des Unmuts und des Widerstands, den die Zeugin anlässlich dieser zweiten Befragung geäußert habe, sei eine weitere Einvernahme im Berufungsverfahren aber wenig aussichtsreich gewesen. Immerhin hätten der Beschwerdeführer und sein Verteidiger die Konfrontationseinvernahme per Video mitverfolgen und sich ein Bild von der Durchführung der Befragung und vom Aussageverhalten der Zeugin machen können. Sie hätten im späteren Verfahren Gelegenheit gehabt, die Aussagen der Zeugin in Zweifel zu ziehen. Dass ihnen Ergänzungsfragen verwehrt geblieben sind, sei bei der Würdigung der Zeugenaussagen zu berücksichtigen (angefochtenes Urteil E. 2.5.5). In der Folge stützt die Vorinstanz die Tatbeteiligung des Beschwerdeführers unter anderem auf die Aussagen dieser Zeugin. Sie führt aus, C.\_\_\_\_\_ habe authentisch, schlüssig und präzise ausgesagt und sei keineswegs eine untaugliche Zeugin. Sie sei bei ihrer genauen Beschreibung geblieben, wie alle drei Täter auf das Opfer gekickt und wo sie es getroffen hätten (angefochtenes Urteil E. 2.5.5). Das Zeugnis von C.\_\_\_\_\_ sei in Bezug auf die Zahl der Tatbeteiligten klar und erhärte so die tatnahen Aussagen der zwei anderen Zeugen (angefochtenes Urteil E. 2.6).

1.2.

1.2.1. Die beschuldigte Person hat gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ein Recht darauf, dem Belastungszeugen Fragen zu stellen. Dieser Anspruch ist ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Er wird als Konkretisierung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) auch durch Art. 32 Abs. 2 BV geschützt (BGE 131 I 476 E. 2.2; 129 I 151 E. 3.1 mit Hinweisen). Eine belastende Zeugenaussage ist grundsätzlich nur verwertbar, wenn der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Belastungszeugen zu stellen (BGE 133 I 33 E. 3.1; 131 I 476 E. 2.2; 129 I 151 E. 3.1; Urteile 6B 415/2021 vom 11. Oktober 2021 E. 2.3.5; 6B 14/2021 vom 28. Juli 2021 E. 1.3.4; je mit Hinweisen). Damit die Verteidigungsrechte gewahrt sind, ist erforderlich, dass die Gelegenheit der Befragung angemessen und ausreichend ist und die Befragung tatsächlich wirksam ausgeübt werden kann. Der Beschuldigte muss namentlich in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage zu prüfen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und in Frage zu stellen (BGE 131 I 476 E. 2.2; 129 I 151 E. 4.2 mit Hinweisen). Dem Anspruch gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK kommt grundsätzlich absoluter Charakter zu (BGE 131 I 476 E. 2.2; 129 I 151 E. 3.1). Auf eine Konfrontation des Beschuldigten mit dem Belastungszeugen oder auf dessen ergänzende Befragung kann nur unter besonderen Umständen verzichtet werden. Die ausgebliebene Konfrontation mit Belastungszeugen verletzt die Garantie nicht, wenn jene berechtigterweise das Zeugnis verweigern oder die erneute Befragung nicht möglich ist, weil sie trotz angemessener Nachforschungen unauffindbar bleiben, dauernd oder für lange Zeit einvernahmeunfähig werden oder in der Zwischenzeit verstorben sind. Die Verwertbarkeit der ursprünglichen Aussage erfordert allerdings, dass die beschuldigte Person zu den belastenden Erklärungen hinreichend Stellung nehmen konnte, diese sorgfältig geprüft wurden und ein Schuldspruch sich nicht allein darauf abstützt. Ausserdem darf der Umstand, dass der Angeschuldigte seine Rechte nicht (rechtzeitig) wahrnehmen konnte, nicht in der Verantwortung der Behörde liegen (BGE 131 I 476 E. 2.2 und 2.3.4 mit Hinweisen; Urteile 6B 998/2020 vom 5. Januar 2021 E. 2.5; 6B 1219/2019 vom 24. April 2020 E. 2.1; 6B 1196/2018 vom 6. März 2019 E. 2).

1.2.2. Auf das Konfrontationsrecht kann verzichtet werden. Nach ständiger Rechtsprechung kann der Beschuldigte den Behörden nicht vorwerfen, bestimmte Zeugen zwecks Konfrontation nicht vorgeladen zu haben, wenn er es unterlässt, rechtzeitig und formgerecht entsprechende Anträge zu stellen (BGE 125 I 127 E. 6c/bb; Urteile 6B 120/2019 vom 17. September 2019 E. 2.2.2; 6B 645/2018 vom 22. Mai 2019 E. 1.3.8; 6B 1196/2018 vom 6. März 2019 E. 3.1; je mit Hinweisen). Der Beschuldigte verwirkt sein Recht auf Ergänzungsfragen nicht dadurch, dass er es erst im Rahmen der Berufung geltend macht (Urteile 6B 187/2020 vom 21. Oktober 2020 E. 4.2; 6B 1023/2016 vom 30. März 2017 E. 1.2.3; 6B 529/2014 vom 10. Dezember 2014 E. 5.2, nicht publ. in BGE 140 IV 196; je

mit Hinweisen).

1.2.3. Gemäss Art. 389 Abs. 1 StPO beruht das Rechtsmittelverfahren auf den im Vorverfahren und im erstinstanzlichen Hauptverfahren erhobenen Beweisen. Erweisen sich Beweiserhebungen indes als rechtsfehlerhaft (lit. a), unvollständig (lit. b) oder unzuverlässig (lit. c) im Sinne von Art. 389 Abs. 2 StPO, sind sie von der Rechtsmittelinstanz erneut vorzunehmen. Beweise sind notwendig, wenn sie den Ausgang des Verfahrens beeinflussen könnten (BGE 143 IV 288 E. 1.4.1; Urteile 6B 415/2021 vom 11. Oktober 2021 E. 2.3.6; 6B 1352/2019 vom 14. Dezember 2020 E. 2.4.2; je mit Hinweisen). Gemäss Art. 389 Abs. 3 StPO erhebt die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei die erforderlichen zusätzlichen Beweise. Sie ist mithin verpflichtet, auch von Amtes wegen für eine rechtskonforme Beweiserhebung und damit aus eigener Initiative für die nötigen Ergänzungen besorgt zu sein (BGE 143 IV 288 E. 1.4.4; Urteile 6B 415/2021 vom 11. Oktober 2021 E. 2.3.6; 6B 257/2020 vom 24. Juni 2021 E. 5.3.2, zur Publikation vorgesehen).

### 1.3.

1.3.1. Die Zeugin C. \_\_\_\_\_ wurde am 23. Januar 2017, zehn Tage nach der Tat, ein erstes Mal durch die Polizei vernommen. Zwei Monate später, am 23. März 2017, führte die Staatsanwaltschaft eine Video-Konfrontationseinvernahme durch. Der Beschwerdeführer sowie die zwei Mitbeschuldigten verfolgten die Befragung der Zeugin je mit ihren Verteidigern über eine audiovisuelle Live-Übertragung. Gemäss den insoweit unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz (angefochtenes Urteil E. 2.4.4) lief die Konfrontationseinvernahme aus dem Ruder: Die Zeugin C. \_\_\_\_\_ ärgerte sich über den Hergang der Befragung und insbesondere darüber, dass die Beschuldigten über deren Vertreter Fragen stellen wollten. Sie sagte, sie komme sich lächerlich gemacht vor und ihre Glaubwürdigkeit werde infrage gestellt. Sie verliess die Einvernahme, bevor der Verteidiger des Beschwerdeführers seine Ergänzungsfragen stellen konnte (angefochtenes Urteil E. 2.5.5). Das erstinstanzliche Gericht sah im Hauptverfahren von einer neuerlichen Einvernahme von C. \_\_\_\_\_ ab. Diese sei nach dem unbefriedigenden Verlauf der Konfrontationseinvernahme kaum zu einer neuerlichen Aussage vor Gericht bereit (kantonale Akten, act. 3615). Auch das Berufungsgericht lehnte den Antrag auf Einvernahme der Zeugin C. \_\_\_\_\_ ausdrücklich ab (kantonale Akten, act. 4179). Der Beschwerdeführer hatte demnach im ganzen Verfahren keine Möglichkeit, sein Fragerecht auszuüben und den Beweiswert der Aussagen der Zeugin kontradiktorisch infrage zu stellen. Damit wurde sein Recht auf Konfrontation mit der Belastungszeugin verletzt. Es liegen keine objektiven Umstände vor, die eine erneute Einvernahme der Zeugin oder zumindest das Stellen von Ergänzungsfragen verunmöglicht hätten. So hätte bereits die Staatsanwaltschaft die Zeugin, nötigenfalls unter Hinweis auf Art. 292 StGB und Art. 176 StPO, zum Beantworten der Ergänzungsfragen anhalten müssen, damit die Aussagen im Verfahren gegen den Beschwerdeführer verwendet werden können. Soweit die Vorinstanz die Verurteilung des Beschwerdeführers auf die Aussagen der Belastungszeugin C. \_\_\_\_\_ stützen will, hätte sie diese erneut befragen müssen (Art. 389 Abs. 2 lit. a StPO). Dass die Zeugin ihre Aussagen voraussichtlich nicht wiederholen würde und nicht befragt werden mochte, wie die Vorinstanz ausführt, rechtfertigt es nicht, das Fragerecht des Beschuldigten von vornherein zu beschränken.

1.3.2. Dem Beschwerdeführer kann sodann nicht vorgehalten werden, er sei seinen prozessualen Pflichten nicht nachgekommen. Bereits anlässlich der missglückten Konfrontationseinvernahme vom 23. März 2017 hatte sein Verteidiger festgehalten, dass ihm Ergänzungsfragen verwehrt geblieben seien. Das erstinstanzliche Gericht hatte den Antrag eines Mitbeschuldigten auf Einvernahme verschiedener Zeugen, darunter C. \_\_\_\_\_, bereits vor der Hauptverhandlung abgelehnt (kantonale Akten, act. 3615). Der Beschwerdeführer war deshalb nicht gehalten, denselben Beweisantrag erneut zu stellen. Sein Verteidiger beantragte sodann in der Berufungserklärung, die Zeugin C. \_\_\_\_\_ sei zu befragen, und wies in der schriftlichen Berufungsbegründung darauf hin, dass deren Aussagen nicht verwertbar seien (kantonale Akten, act. 4137 und 4160). Anlässlich der Berufungsverhandlung erneuerte er den Antrag auf eine Einvernahme von C. \_\_\_\_\_ (kantonale Akten, act. 4237 und 4252). Der Beschwerdeführer hat sein Recht, der Belastungszeugin Fragen zu stellen, demnach ausreichend geltend gemacht, zumal es genügt, wenn die Konfrontation im Rahmen der Berufung beantragt wird (vgl. E. 1.2.2).

Zusammengefasst hätten die Aussagen der Zeugin nicht zulasten des Beschwerdeführers verwendet werden dürfen. Die Beschwerde ist insoweit gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung zurückzuweisen.

## 2.

Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich grundsätzlich, auf die weiteren Rügen des Beschwerdeführers

einzugehen. Aus prozessökonomischen Gründen ist es allerdings angezeigt, das Vorbringen des Beschwerdeführers zu prüfen, wonach auch die Aussagen des Zeugen D.\_\_\_\_\_ nicht verwertbar seien. Der Beschwerdeführer macht geltend, die polizeiliche Einvernahme sei in Abwesenheit der Verteidigung erfolgt und könne deshalb nicht zu seinen Lasten verwendet werden.

Vor Eröffnung einer Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft besteht der Anspruch auf Parteiöffentlichkeit nicht. Bei Beweiserhebungen durch die Polizei, etwa bei polizeilichen Einvernahmen von Auskunftspersonen gestützt auf Art. 306 Abs. 2 lit. b StPO, sind die Parteien mit anderen Worten nicht zur Teilnahme berechtigt (Art. 147 Abs. 1 StPO e contrario; BGE 143 IV 397 E. 3.3.2; 139 IV 25 E. 5.4.3; Urteile 6B 415/2021 vom 11. Oktober 2021 E. 2.3.2; 6B 14/2021 vom 28. Juli 2021 E. 1.3.2; 6B 1080/2020 vom 10. Juni 2021 E. 5.2; je mit Hinweisen). Die Polizei vernahm D.\_\_\_\_\_ ungefähr acht Stunden nach der Tat im Rahmen ihrer Ermittlungstätigkeit (vgl. kantonale Akten, act. 1990 ff.). In diesem Verfahrensstadium mussten nach dem Gesagten keine Teilnahmerechte gewährt werden. Der Beschwerdeführer und sein Verteidiger hatten sodann anlässlich der Konfrontationseinvernahme vom 24. März 2017 die Möglichkeit, D.\_\_\_\_\_s Zeugnis auf die Probe zu stellen und ihm Fragen zu stellen. Von diesem Recht machte der Verteidiger denn auch Gebrauch (kantonale Akten, act. 2192-2194). Der Anspruch des Beschwerdeführers auf Konfrontation wurde hinsichtlich D.\_\_\_\_\_ somit nicht verletzt. Dessen Aussagen sind ohne Einschränkung verwertbar und dürfen zulasten des Beschwerdeführers verwendet werden. Es ist fraglich, ob der Beschwerdeführer mit seiner Rüge überhaupt zu hören ist, da er sie vor Bundesgericht zum ersten Mal vorbringt (vgl. Art. 80 Abs. 1 BGG; BGE 135 I 91 E. 2.1; Urteile 6B 735/2020 vom 18. August 2021 E. 1.5.2; 6B 880/2020 vom 1. Februar 2021 E. 1.7). Die Frage kann jedoch offenbleiben, da ohnehin kein Verwertungsverbot vorliegt.

3.

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird gegenstandslos. Der Kanton Basel-Stadt hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 68 Abs. 2 BGG). Die Entschädigung ist praxismässig an seinen Rechtsvertreter auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 26. August 2020 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Der Kanton Basel-Stadt hat dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Christoph Vettiger, für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Dreiergericht, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 13. Dezember 2021

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jacquemoud-Rossari

Die Gerichtsschreiberin: Lustenberger