

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1087/2019

Urteil vom 17. Februar 2021

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Präsidentin,
Bundesrichter Denys,
Bundesrichter Muschietti,
Gerichtsschreiberin Andres.

Verfahrensbeteiligte

A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Christian Lüscher,
Beschwerdeführer,

gegen

1. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,

2. B._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Regina Marti,
Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand

Förderung der Prostitution im Sinne von Art. 195 lit. c StGB; unmittelbare Beweisabnahme, schriftliches Verfahren,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 14. Juni 2019 (SB180355-O/U/cwo).

Sachverhalt:

A.

Das Bezirksgericht Zürich sprach A._____ am 15. Mai 2018 vom Vorwurf der Förderung der Prostitution und der versuchten Erpressung frei. Es sprach ihn der versuchten Nötigung sowie der Pornografie schuldig und widerrief den ihm im Strafbefehl des Ministero pubblico del Cantone Ticino vom 6. Februar 2017 für eine Strafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 100.-- gewährten bedingten Vollzug. Es verurteilte ihn unter Einbezug der widerrufenen Strafe zu einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen zu Fr. 100.--. Den Antrag auf Landesverweisung wies es ab. Im Weiteren verfügte es über die Beschlagnahmen und regelte die Kosten- sowie Entschädigungsfolgen.
Gegen dieses Urteil meldete A._____ Berufung an; die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich erhob Anschlussberufung.

B.

Das Obergericht des Kantons Zürich ordnete am 8. Oktober 2018 mit Präsidialverfügung die Durchführung des schriftlichen Verfahrens an.
Es stellte am 14. Juni 2019 zunächst die teilweise Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils fest, sprach A._____ vom Vorwurf der versuchten Nötigung frei (Dispositiv-Ziff. 2) und erklärte ihn der Förderung der Prostitution schuldig (Dispositiv-Ziff. 1). Es verurteilte ihn (in Berücksichtigung des rechtskräftigen erstinstanzlichen Schuldspruchs wegen Pornografie) zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten und einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 10.-- (Dispositiv-Ziff. 3 und 4). Die mit Strafbefehl des Ministero pubblico del Cantone Ticino vom 6. Februar 2017 angesetzte Probezeit verlängerte es um 1 ½ Jahre (Dispositiv-Ziff. 5). Es verwies A._____ für fünf Jahre des Landes (Dispositiv-Ziff. 6). Ferner regelte es die Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziff. 8-12).
Hinsichtlich des Schuldspruchs wegen Förderung der Prostitution erachtet das Obergericht folgenden

Sachverhalt als erstellt:

In Mittäterschaft mit C._____ hat A._____ B._____ die gesamten Einnahmen aus der Prostitution abgenommen, sie unter Druck gesetzt und ihr vorgeschrieben, wie sie die Prostitution auszuführen hatte (Zeitpunkt, Kleidung, Pausen, ungeschützter Geschlechtsverkehr etc.). Um diesen Forderungen Nachdruck zu verleihen, bedrohte, schlug und beobachtete C._____ B._____ nach Absprache und in gegenseitigem Einverständnis mit A._____. Aufgrund dieses Verhaltens von C._____ und A._____ bediente B._____ täglich bis zu 15 Freier, was sie ohne die Einwirkung von C._____ und A._____ nicht getan hätte, und gab diesen ihre vollständigen Einnahmen aus der Prostitution von insgesamt mindestens Fr. 10'000.-- ab (Urteil S. 13 ff.).

C.

A._____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, die Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4, 6 und 8-12 des obergerichtlichen Urteils seien aufzuheben und die Sache sei zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

D.

Das Obergericht und die Oberstaatsanwaltschaft verzichten auf eine Stellungnahme. B._____ lässt sich nicht vernehmen.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen den Schuldspruch wegen Förderung der Prostitution. Er rügt, die Vorinstanz verletze Art. 389 Abs. 3 und Art. 343 Abs. 3 i.V.m. Art. 405 StPO und ver falle in Willkür (Art. 9 BV), indem sie die Beschwerdegegnerin 2 nicht einvernommen habe und damit ihr Urteil auf ein unvollständiges Beweisergebnis stütze. Konkret bringt er zusammengefasst vor, die Vorinstanz würdige die Beweismittel diametral anders als die erste Instanz. Sie stütze den Schuldspruch fast ausschliesslich auf die spekulativen Äusserungen der Beschwerdegegnerin 2, insbesondere auf deren Schilderung eines einzigen konkret belastenden Vorfalls in einer polizeilichen Einvernahme. Die gemäss Vorinstanz "eher spärlichen Depositionen" der Beschwerdegegnerin 2 seien das einzig direkte und ausschlaggebende Beweismittel für seine Verurteilung. Damit handle es sich bei der Beschwerdegegnerin 2 um die Hauptbelastungszeugin und es liege eine "Aussage gegen Aussage"-Konstellation vor, weshalb sich die Vorinstanz anlässlich einer gerichtlichen Einvernahme selbst ein Bild von der Beschwerdegegnerin 2 hätte verschaffen müssen.

1.2.

1.2.1. Im Strafverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz. Danach klären die Strafbehörden von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen ab (Art. 6 Abs. 1 StPO). Sie untersuchen die belastenden und entlastenden Umstände mit gleicher Sorgfalt (Art. 6 Abs. 2 StPO). Die Ermittlung des wahren Sachverhalts ist von zentraler Bedeutung. Insofern ist es mit Blick auf das Ziel der Erforschung der materiellen Wahrheit erforderlich, dass die Gerichte eine aktive Rolle bei der Beweisführung einnehmen (vgl. BGE 144 I 234 E. 5.6.2 S. 239; Urteile 6B 1352/2019 vom 14. Dezember 2020 E. 2.4.1; 6B 1189/2018 vom 12. September 2019 E. 2.1.1; 6B 288/2015 vom 12. Oktober 2015 E. 1.5.4). Nur wenn die Gerichte ihrer Amtsermittlungspflicht genügen, dürfen sie einen Sachverhalt als erwiesen (oder nicht erwiesen) ansehen und in freier Beweiswürdigung darauf eine Rechtsentscheidung gründen (Urteile 6B 1352/2019 vom 14. Dezember 2020 E. 2.4.1; 6B 1189/2018 vom 12. September 2019 E. 2.1.1). Da es den Strafbehörden obliegt, die Beweise rechtskonform zu erheben, sind die notwendigen Ergänzungen von Amtes wegen vorzunehmen. Dazu bedarf es keines Antrags durch eine Partei (BGE 143 IV 288 E. 1.4.1 S. 291). Dies gilt unabhängig vom Einverständnis der Parteien zur Durchführung des schriftlichen Berufungsverfahrens (vgl. Urteile 6B 1189/2018 vom 12. September 2019 E. 2.1.1; 6B 582/2018 vom 12. Juli 2019 E. 4.1; siehe auch Urteil 6B 973/2019 vom 28. Oktober 2020 E. 2.2.3 und 3.1 i.f.) und im besonderen Masse bei einer "Aussage gegen Aussage"-Konstellation (vgl. Urteile 6B 1189/2018 vom 12. September 2019 E. 2.1.1; 6B 145/2018 vom 21. März 2019 E. 2.4).

1.2.2. Das Rechtsmittelverfahren setzt das Strafverfahren fort und knüpft an die bereits erfolgten Verfahrenshandlungen, namentlich die bereits durchgeführten Beweiserhebungen, an. Gemäss Art. 389 Abs. 1 StPO beruht es auf den Beweisen, die im Vorverfahren und im erstinstanzlichen Hauptverfahren erhoben worden sind (BGE 143 IV 288 E. 1.4.1 S. 290, 408 E. 6.2.1 S. 414).

Beweisabnahmen des erstinstanzlichen Gerichts sind im Rechtsmittelverfahren jedoch zu wiederholen, wenn Beweisvorschriften verletzt worden sind, die Beweiserhebungen unvollständig waren oder die Akten über die Beweiserhebungen unzuverlässig erscheinen (Art. 389 Abs. 2 lit. a-c StPO).

Sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint, erhebt das Berufungsgericht zudem auch im Vorverfahren ordnungsgemäss erhobene Beweise noch einmal (Art. 343 Abs. 3 i.V.m. Art. 405 Abs. 1 StPO; BGE 143 IV 288 E. 1.4.1 S. 290 f.; Urteile 6B 1352/2019 vom 14. Dezember 2020 E. 2.4.2; 6B 83/2020 vom 18. Juni 2020 E. 1.3.1; 6B 1189/2018 vom 12. September 2019 E. 2.1.2; je mit Hinweisen). Eine unmittelbare Abnahme eines Beweismittels ist notwendig im Sinne von Art. 343 Abs. 3 StPO, wenn sie den Ausgang des Verfahrens beeinflussen kann. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Kraft des Beweismittels in entscheidender Weise vom Eindruck abhängt, der bei seiner Präsentation entsteht, beispielsweise wenn es in besonderem Masse auf den unmittelbaren Eindruck der Aussage der einzuvernehmenden Person ankommt, so wenn die Aussage das einzige direkte Beweismittel (Aussage gegen Aussage) darstellt. Allein der Inhalt der Aussage einer Person (was sie sagt), lässt eine erneute Beweisabnahme nicht notwendig erscheinen. Massgebend ist, ob das Urteil in entscheidender Weise von deren Aussageverhalten (wie sie es sagt) abhängt. Das Gericht verfügt bei der Frage, ob eine erneute Beweisabnahme erforderlich

ist, über einen Ermessensspielraum (BGE 140 IV 196 E. 4.4.2 S. 199 f.; Urteile 6B 1352/2019 vom 14. Dezember 2020 E. 2.4.2; 6B 83/2020 vom 18. Juni 2020 E. 1.3.1; je mit Hinweisen).

1.2.3. Die Berufung ist als primäres Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Urteile grundsätzlich als mündliches, kontradiktorisches Verfahren mit Vorladung der Parteien ausgestaltet (BGE 143 IV 288 E. 1.4.2 S. 291; Urteile 6B 973/2019 vom 28. Oktober 2020 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen; 6B 389/2019 vom 28. Oktober 2019 E. 2.2.1, nicht publ. in: BGE 146 IV 59; 6B 1189/2018 vom 12. September 2019 E. 2.1.3). Nach Art. 405 Abs. 1 StPO richtet sich die mündliche Berufungsverhandlung nach den Bestimmungen über die erstinstanzliche Hauptverhandlung (Art. 339 ff. StPO). Der kontradiktorische Charakter des mündlichen Berufungsverfahrens sieht die Anwesenheit der Parteien vor, auf die nur in einfach gelagerten Fällen verzichtet werden kann, namentlich wenn der Sachverhalt unbestritten und nicht angefochten und deshalb eine Einvernahme (auch hinsichtlich der Zivilforderung) nicht erforderlich ist (vgl. Art. 405 Abs. 2 StPO; BGE 143 IV 288 E. 1.4.1 f. S. 290 f.; Urteile 6B 973/2019 vom 28. Oktober 2020 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen; 6B 1189/2018 vom 12. September 2019 E. 2.1.3). Art. 406 StPO zählt abschliessend auf, in welchen Fällen das Berufungsgericht die Berufung im schriftlichen Verfahren behandeln kann. Die in Art. 406 Abs. 2

lit. a und b StPO statuierten Voraussetzungen für die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens müssen kumulativ vorliegen (Urteil 6B 973/2019 vom 28. Oktober 2020 E. 2.2.2 mit Hinweisen, zur Publikation vorgesehen). Sobald eine Sachverhaltsfrage zu beurteilen ist, muss grundsätzlich eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden (BGE 139 IV 290 E. 1.1 S. 292; Urteil 6B 1189/2018 vom 12. September 2019 E. 2.1.3). Will das Berufungsgericht die erstinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen verwerfen und die beschuldigte Person in Abänderung des angefochtenen Urteils schuldig sprechen, kann es den Sachverhalt nicht lediglich auf Grundlage der Akten feststellen, sondern hat die betroffene Person zu einer mündlichen Berufungsverhandlung vorzuladen, so dass sich diese zu den Vorwürfen persönlich äussern und diejenigen Umstände vorbringen kann, die der Klärung des Sachverhalts und ihrer Verteidigung dienen können (Urteil 6B 973/2019 vom 28. Oktober 2020 E. 3.1, zur Publikation vorgesehen; siehe ferner BGE 143 IV 288 E. 1.4.4 S. 292 f.; Urteil 6B 1189/2018 vom 12. September 2019 E. 2.1.3).

1.3. Der Beschwerdeführer hat den angeklagten Sachverhalt stets bestritten und ist im erstinstanzlichen Verfahren vom Vorwurf der Förderung der Prostitution freigesprochen worden. Das erstinstanzliche Gericht erwog, die Aussagen des Beschwerdeführers und seiner angeblichen Mittäterin C._____, die den Vorwurf ebenfalls bestritten habe, seien zwar wenig glaubhaft, daraus könne aber nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass der Beschwerdeführer massgeblich an der Förderung der Prostitution mitgewirkt habe. Die Beschwerdegegnerin 2 habe von keinen konkreten Vorkommnissen berichtet, die ihre Schilderung untermauern könnten, wonach der Beschwerdeführer C._____ aufgetragen habe, wie sie die Beschwerdegegnerin 2 zu behandeln habe. Auch die beiden Zeuginnen hätten nichts Näheres über eine mögliche Täterschaft des Beschwerdeführers berichten können. Den weiteren Beweismitteln liessen sich zwar gewisse Indizien für eine Täterschaft des Beschwerdeführers entnehmen, einen Beweis für eine mittäterschaftliche Zusammenarbeit mit C._____ in der Schweiz ergebe sich daraus jedoch nicht. Das erstinstanzliche Gericht gelangte zum Schluss, dass keine Beweismittel vorliegen, welche den dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Sachverhalt erstellen

könnten (Urteil S. 13 f.; erstinstanzliches Urteil S. 43 ff.).

Anders als die erste Instanz kommt die Vorinstanz nach Würdigung der bei den Akten liegenden Beweise im Rahmen des schriftlichen Berufungsverfahrens zum Schluss, dass der Anklagesachverhalt betreffend Förderung der Prostitution erstellt sei. Sie erwägt zusammengefasst, bereits aufgrund der Aussagen der Beschwerdegegnerin 2, die oft in der Mehrzahl gesprochen habe, womit sie zweifelsohne den Beschwerdeführer und C. _____ gemeint habe, könne als erstellt gelten, dass Letztere in Absprache und in gegenseitigem Einverständnis mit dem Beschwerdeführer gehandelt habe. Den Ausführungen der Beschwerdegegnerin 2 sei ohne Weiteres ein (mit-) täterschaftliches Zusammenwirken zwischen dem Beschwerdeführer als Drahtzieher im Hintergrund und C. _____ als ausführender Person zu entnehmen. Ab seiner Ankunft in Zürich sei der Beschwerdeführer als Geschäftspartner von C. _____ aufgetreten, was von der Beschwerdegegnerin 2 konstant so wahrgenommen und in den unzähligen Einvernahmen zu Protokoll gegeben worden sei. Zusammen mit den Ausführungen der Zeuginnen und den objektiven Beweismitteln ergebe sich zweifelsfrei, dass C. _____ in Absprache und im Einverständnis mit dem Beschwerdeführer gehandelt habe (Urteil S. 24).

1.4. Wie der Beschwerdeführer zutreffend vorbringt, ergibt sich aus den vorinstanzlichen Erwägungen, dass die Aussagen der Beschwerdegegnerin 2 zu seiner Rolle als Drahtzieher im Hintergrund und damit zu der rechtlich relevanten Frage der Mittäterschaft bei der angeklagten Förderung der Prostitution das ausschlaggebende Beweismittel sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin 2 gemäss der vorinstanzlichen Würdigung angegeben habe, sie nehme an, der Beschwerdeführer habe C. _____ gesagt, sie (C. _____) solle sie (die Beschwerdegegnerin 2) schlagen, gehört habe sie es nicht. Jedoch habe sie einen Vorfall geschildert, bei dem sie selbst gehört habe, dass der Beschwerdeführer C. _____ den Auftrag gegeben habe, sie (die Beschwerdegegnerin 2) zu schlagen und mit dem Messer zu schneiden, falls sie nicht gehorche. Die beiden Zeuginnen konnten gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen vor allem berichten, was ihnen die Beschwerdegegnerin 2 erzählt hatte. Auch die von der Vorinstanz erwähnten objektiven Beweismittel vermögen für sich alleine den angeklagten Sachverhalt nicht zu beweisen, sondern ergeben nach Ansicht der Vorinstanz gemeinsam mit den Aussagen der Beschwerdegegnerin 2 ein stimmiges Bild. Folglich

kommt den Ausführungen der Beschwerdegegnerin 2, welchen die Aussagen des Beschwerdeführers und von C. _____ entgegenstehen, für die Erstellung des Sachverhalts grundlegende Bedeutung zu. Es ist von einer eigentlichen "Aussage gegen Aussage"-Situation auszugehen.

Vor diesem Hintergrund und angesichts der nicht unerheblichen Schwere der Tatvorwürfe erscheint ein Verzicht auf eine Einvernahme sowohl der Beschwerdegegnerin 2 als auch des Beschwerdeführers als unzulässig. Eine sachgerechte und angemessene Beurteilung der Angelegenheit hätte vorliegend nach einer einlässlichen Befragung der beiden vorgenannten Personen verlangt. Dies gilt umso mehr, als dass bereits das erstinstanzliche Gericht auf die Durchführung einer Einvernahme der Beschwerdegegnerin 2 verzichtet hat und diese damit bis anhin noch von keinem Gericht persönlich einvernommen wurde. Die Befragung der Beschwerdegegnerin 2 und des Beschwerdeführers hätte es der Vorinstanz ermöglicht, einen persönlichen Eindruck von deren Aussageverhalten zu gewinnen, sie mit allfälligen Widersprüchen zu konfrontieren und Unklarheiten zu klären (vgl. Beschwerde S. 6). Die unmittelbare Beweisabnahme durch die Vorinstanz erscheint für die Urteilsfällung als notwendig. Das vorinstanzliche Urteil verletzt folglich Art. 343 Abs. 3 StPO. Die Erledigung im schriftlichen Berufungsverfahren verstösst zudem gegen Art. 406 und Art. 389 Abs. 3 StPO.

2.

Die Beschwerde ist gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil aufzuheben. Die Sache ist zur Durchführung des mündlichen Berufungsverfahrens, zur Erhebung der notwendigen Beweise und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anlass, auf die weiteren Rügen einzugehen.

Für das bundesgerichtliche Verfahren sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Die Beschwerdegegnerin 2 hat sich nicht vernehmen lassen, weshalb sie keine Gerichtskosten zu tragen und keine Parteientschädigung zu entrichten hat. Der Kanton Zürich hat dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Diese ist praxisgemäss seinem Rechtsvertreter auszurichten. Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. Juni 2019 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Der Kanton Zürich hat dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Christian Lüscher, für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 17. Februar 2021

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jacquemoud-Rossari

Die Gerichtsschreiberin: Andres