

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1035/2017

Urteil vom 20. Juni 2018

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,
Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiber Moses.

Verfahrensbeteiligte
Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

X. _____,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Mehrfache sexuelle Handlungen mit Kindern,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 11. April 2017 (SB160381-O/U/dz).

Sachverhalt:

A.
Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich erhob am 28. Januar 2016 Anklage gegen X. _____ wegen mehrfacher sexueller Handlungen mit einem Kind zum Nachteil seiner Tochter A. _____. Das Bezirksgericht Zürich sprach X. _____ am 23. Juni 2016 frei. Dagegen erhoben sowohl die Staatsanwaltschaft als auch A. _____ Berufung.

B.
Das Obergericht des Kantons Zürich sprach X. _____ am 11. April 2017 in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils frei.

C.
Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich führt Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.

1.1. A. _____ wurde am 26. Juni und am 24. September 2015 als Auskunftsperson befragt. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz erachte diese Einvernahmen zu Unrecht als unverwertbar. In Bezug auf die Einvernahme vom 24. September 2015 erwägt die Vorinstanz im Wesentlichen, dass das Einverständnis der Beiständin von A. _____ zur Durchführung der Befragung nicht zur Folge habe, dass Letztere nicht mehr selber vom Recht, die Aussage zu verweigern, Gebrauch machen dürfe. Darauf, ob die minderjährige Auskunftsperson in Bezug auf ihr Aussageverweigerungsrecht urteilsfähig sei, komme es im Ergebnis nicht an, zumal sie sich selbst bei Urteilsunfähigkeit darauf berufen dürfe. Die Vorinstanz erwägt weiter, dass A. _____ mit dem

Satz "Du muesch nüüt säge, wänn Du nöd möchtsch, aber Du därsch" über das ihr zustehende Aussageverweigerungsrecht informiert worden sei. Von einem kurzen Innehalten abgesehen, sei die Befragende dann aber nahtlos mit Ausführungen zur Wahrheitspflicht und dem Kern der Befragung weitergefahren. Es sei für die Auskunftsperson nicht hinreichend klar gestellt worden, dass sie die Mitwirkung an der Einvernahme gesamthaft und nicht nur in Bezug auf einzelne Fragen hätte verweigern können. Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft hätte sich die Auskunftsperson nach einer generellen und eindeutigen Berufung auf das Aussageverweigerungsrecht nicht sämtliche Fragen gegen ihren Willen anhören

müssen. So etwas müsse bei einem knapp neunjährigen Kind auf jeden Fall als unzulässige Druckausübung und damit als unerlaubte Beweiserhebungsmethode im Sinne von Art. 140 Abs. 1 StPO qualifiziert werden. Es könne auch nicht auf die Aufklärung anlässlich der Einvernahme vom 26. Juni 2015 verwiesen werden, zumal diese gleich verlaufen sei wie die vom 24. September 2015. Selbst wenn die Auskunftsperson die Tragweite ihrer Rechte realisiert haben sollte, habe sie keine realistische Chance gehabt, von diesen vorweg Gebrauch zu machen und damit die Befragung zum Abbruch zu führen. Von einem knapp neunjährigen Kind könne nicht erwartet werden, dass es der befragenden Person ins Wort falle, um sich auf seine Rechte zu berufen. Hinzu komme, dass A. _____ bei der Befragung vom 24. September 2015 im Punkt, ob es bei ihren Besuchen beim Beschwerdegegner zu gegenseitigen Massagen im Intimbereich gekommen sei, nicht habe aussagen wollen, was aber von der Befragenden nicht beachtet worden sei. Durch die wiederholte Missachtung ihres Aussageverweigerungsrechts sei A. _____ verständlicherweise in eine sie überfordernde Situation geraten, in der sie letztlich gegen ihren Willen belastende Aussagen gemacht habe. Im Ergebnis sei die Einvernahme unverwertbar.

Als Folge davon, dass die Einvernahme vom 24. September 2015 unverwertbar sei, habe der Beschwerdegegner auch keine Ergänzungsfragen zur früheren Befragung vom 26. Juni 2015 stellen können, an welcher ihm die Teilnahme nicht ermöglicht worden sei. Auch Letztere sei deshalb unverwertbar.

1.2. Die Beschwerdeführerin rügt, eine Auskunftsperson müsse sich trotz erklärter Aussageverweigerung weiterhin Fragen gefallen lassen. Der Einvernehmende dürfe gar versuchen, die Auskunftsperson zu einer Aussage zu bewegen. Konkret sei A. _____ nicht in der Lage gewesen, selbstständig die Tragweite einer Aussageverweigerung zu begreifen und sich entsprechend dieser Einsicht zu verhalten. In Bezug auf diese Frage sei sie deshalb urteilsunfähig gewesen; der Entscheid, sich auf das Aussageverweigerungsrecht im Strafverfahren gegen ihren Vater zu berufen, habe ihr von der Prozessbeiständin abgenommen werden müssen. Letztere habe ihre Zustimmung zur Befragung erteilt, weshalb die Strafbehörden bei beiden Einvernahmen von der Aussagebereitschaft der Auskunftsperson hätten ausgehen dürfen und müssen.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz übersehe, dass die Auskunftsperson bereits am 26. Juni 2015 rechtsgültig belehrt worden sei. Zudem sei weder ersichtlich noch von der Vorinstanz dargelegt, inwiefern die Belehrung "Du muesch nüüt säge, wänn Du nöd möchtsch, aber Du därsch" nicht kindgerecht und altersadäquat gewesen sein soll. Nicht einzusehen sei ebenfalls, inwiefern längere und kompliziertere, mit Nach- und Verständnisfragen versehene Ausführungen von einem Kind besser zu verstehen seien als die konkret verwendete Formulierung. Die Auskunftsperson sei während der Befragung zusätzlich auf das Aussageverweigerungsrecht hingewiesen worden und habe ausdrücklich gesagt, dass sie verstanden habe, dass sie nicht aussagen müsse. Wenn sie dennoch Ausführungen gemacht habe, liege kein unzulässiges Vorgehen im Sinne von Art. 140 StPO vor.

Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, dass die Auskunftsperson anlässlich der zweiten Befragung die Angaben, die sie während der ersten Einvernahme gemacht hatte, pauschal als wahrheitsgemäss bestätigt habe. Auf den konkreten Vorhalt, ob der Beschwerdegegner sie an der Vulva und an der Vagina massiert habe, habe sie gesagt: "Sie, chömmmer jetzt nöd einfach ufhörä?". Diese Äusserung habe aber nicht einfach zum Abbruch der Einvernahme führen dürfen. Einerseits, weil der Auskunftsperson die diesbezügliche Urteilsfähigkeit gefehlt habe, andererseits, weil ihr kein Anspruch zustehe, die Befragung zu beenden. Die Befragerin habe richtig reagiert, indem sie die Befragung nicht vollständig abgebrochen, sondern das Thema gewechselt habe. Damit sei sie der Verpflichtung der Strafbehörden nachgekommen, den relevanten Sachverhalt zu ermitteln. Es sei auch erforderlich gewesen, das zögerliche Aussageverhalten anlässlich der zweiten Einvernahme zu hinterfragen und dessen Hintergründe zu erhellen. Für die Frage der Verwertbarkeit der Aussagen sei entscheidend, dass sich die Auskunftsperson nie grundsätzlich auf das Aussageverweigerungsrecht berufen habe, sondern nur punktuell und ihren Intimbereich betreffend. Die Verweigerung der Aussage sei respektiert worden, sobald hinreichend erkennbar gewesen sei, dass sich die Auskunftsperson darauf habe berufen wollen. In diesem Fall habe die Befragerin korrekt nicht auf der entsprechenden Frage insistiert, sondern sei zur nächsten übergegangen. Dass sie später auf gewisse Themen

zurückgekommen sei, sei nicht nur zulässig, sondern gar geboten gewesen.

Die Beschwerdeführerin rügt ebenfalls, die Einvernahme vom 26. Juni 2015 sei verwertbar. Anlässlich der zweiten Befragung vom 24. September 2015 habe der Beschwerdegegner die Möglichkeit gehabt, Ergänzungsfragen zu stellen. Die Auskunftsperson habe sich solchen nicht verweigert; der Beschwerdegegner habe im Übrigen auch keine gestellt. Schliesslich sei der Vorinstanz vorzuwerfen, die von ihr behauptete Missachtung der Parteirechte nicht im Sinne von Art. 343 Abs. 2 StPO mittels einer erneuten Befragung der Auskunftsperson geheilt zu haben.

1.3.

1.3.1. Nach der von der Vorinstanz erwähnten Lehre entscheiden auch urteilsunfähige Minderjährige alleine über die Ausübung des ihnen als Auskunftsperson zustehenden Rechts, die Aussage zu verweigern. Der gesetzliche Vertreter oder gegebenenfalls der Beistand üben lediglich eine Sperrfunktion aus. Die Auskunftsperson darf nicht befragt werden, wenn sich der gesetzliche Vertreter für die Verweigerung der Aussage ausspricht, selbst wenn die Auskunftsperson zur Auskunft bereit wäre. Erklärt sich der gesetzliche Vertreter mit der Befragung des Urteilsunfähigen einverstanden, kann dieser trotzdem von seinem Recht auf Verweigerung der Aussage Gebrauch machen (ANDREAS DONATSCH, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 20 zu Art. 180 StPO; ALEXANDRA SCHNEIDEGGER, Minderjährige als Zeugen und Auskunftspersonen im Strafverfahren, 2006, S. 105 ff.; SUSANNE VOGEL, Die Auskunftsperson im Zürcher Strafprozessrecht, 1999, S. 139 f.; ROBERT HAUSER, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, 1974, S. 147 f.). Es besteht kein Anlass, von dieser Lehrmeinung abzuweichen. Sollte der urteilsunfähige Minderjährige nicht selbstständig die Aussage verweigern dürfen, müsste er gegen seinen Willen aussagen. Art. 180 Abs. 1 StPO schliesst eine solche Verpflichtung geradezu aus und kann nicht mit dem Hinweis auf (angebliche) Urteilsunfähigkeit umgangen werden. Die Vorinstanz erwägt mithin zutreffend, dass die Auskunftsperson auch bei Vorliegen einer Prozessbeistandschaft selbstständig und unabhängig von ihrer Urteilsfähigkeit die Aussage verweigern darf.

1.3.2. Bereits die Vorinstanz hält fest, dass A._____ im massgeblichen Punkt, ob es bei ihren Besuchen beim Beschwerdegegner zu gegenseitigen Massagen im Intimbereich gekommen sei, nicht habe aussagen wollen, was aber von der Befragenden nicht beachtet worden sei. Die Vorinstanz verweist dabei auf das Urteil der ersten Instanz, welche dies mit zahlreichen Beispielen belege (Urteil, S. 15 f.). Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin hält die Vorinstanz nicht fest, dass A._____ die Aussage in pauschaler Weise verweigert habe, womit die entsprechende Rüge an der Sache vorbeigeht. Im Zusammenhang mit der zu Beginn der Einvernahme erfolgten Belehrung zum Recht, die Mitwirkung zu verweigern, macht die Beschwerdeführerin einzig geltend, diese sei kindgerecht und klar gewesen. Sie lässt ausser Acht, dass die Vorinstanz primär bemängelt, dass A._____ keine realistische Möglichkeit gehabt habe, bereits zu diesem Zeitpunkt von ihrem Recht Gebrauch zu machen. Die Beschwerdeführerin setzt sich damit nur teilweise mit der Begründung des angefochtenen Entscheids auseinander, was den Anforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG nicht genügt.

Nach Art. 140 Abs. 1 StPO sind Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, bei der Beweiserhebung untersagt. Die Vorinstanz erblickt eine unzulässige Druckausübung im Sinne von Art. 140 Abs. 1 StPO darin, dass der von A._____ geäusserte Wunsch, keine Aussagen machen zu wollen, während der Befragung wiederholt missachtet worden sei. Die in Art. 140 Abs. 1 StPO statuierte Grenze gilt selbst, wenn - wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht - die Auskunftsperson keinen Anspruch haben sollte, die Befragung durch Verweigerung der Aussage abubrechen. Weder die Pflicht der Strafbehörden, den relevanten Sachverhalt zu ermitteln, noch der Umstand, dass A._____ die Belehrung zum Aussageverweigerungsrecht verstanden haben soll, vermag eine Verletzung von Art. 140 Abs. 1 StPO auszuschliessen. Inwiefern die Befragerin nicht auf einzelne Fragen insistiert haben soll, sobald A._____ von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, legt die Beschwerdeführerin nicht dar. Die Begründung der Beschwerde genügt in diesem Punkt den Anforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG nicht, womit offenbleiben kann, ob die

Befragerin sich über den Willen von A._____, nicht aussagen zu wollen, hinwegsetzte und ob dies - gegebenenfalls - eine unzulässige Druckausübung im Sinne von Art. 140 Abs. 1 StPO darstellt. Die Rüge, die Befragung von A._____ vom 24. September 2015 sei verwertbar, ist unbegründet, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

1.3.3. Die von der Vorinstanz angenommene Unverwertbarkeit der Einvernahme vom 24. September 2015 bezieht sich auch auf allfällige Aussagen zur vorherigen Befragung vom 26. Juni 2015, weshalb es nicht von Bedeutung ist, wenn A._____ ihre früheren Erklärungen pauschal als wahrheitsgemäss bezeichnet haben soll. Damit unterblieb eine Bestätigung der anlässlich der ersten Befragung gemachten Aussagen, was dazu führt, dass diese - mangels Gewährung des Konfrontationsrechts - gemäss Art. 147 Abs. 4 StPO ebenso unverwertbar sind (Urteil 6B 321/2017 vom 8. März 2018 E. 1.5.2).

Bereits das Gericht erster Instanz erachtete die Einvernahme von A._____ als unverwertbar. Die Beschwerdeführerin kritisierte dies im Berufungsverfahren. Sie unterliess es aber, eine neue Befragung zu verlangen, wozu sie aufgrund ihres Unterliegens im erstinstanzlichen Verfahren verpflichtet gewesen wäre. Auf die Rüge, die Vorinstanz hätte die von ihr festgestellte Missachtung der Parteirechte mittels einer neuen Befragung heilen müssen, ist demnach nicht weiter einzugehen.

2.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der unterliegenden Staatsanwaltschaft sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Dem Beschwerdegegner ist keine Entschädigung zuzusprechen, da ihm im bundesgerichtlichen Verfahren keine Umtriebe entstanden sind.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Es werden keine Kosten erhoben.

3.

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

Lausanne, 20. Juni 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Moses