

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB190168-O /U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. S. Volken, Präsident, lic. iur. Ch. Prinz und
Ersatzoberrichterin lic. iur. C. Brenn sowie die Gerichtsschreiberin
MLaw A. Donatsch

Beschluss vom 18. Mai 2020

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Privatklägerinnen und I. Berufungsklägerinnen

1 unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1._____,

2 unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X2._____,

sowie

Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich,

vertreten durch Staatsanwältin lic. iur. F. Stadelmann,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

gegen

C._____,

Beschuldigter und II. Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin MLaw Y._____,

betreffend

mehrfache, teilweise versuchte sexuelle Handlungen mit Kindern etc.

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,

4. Abteilung, vom 17. Dezember 2018 (DG180177)

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 59 S. 6; Art. 82 Abs. 4 StPO).

1.2. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 17. Dezember 2018 wurde der Beschuldigte der mehrfachen, teilweise versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, der mehrfachen einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB sowie der mehrfachen Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht im Sinne von Art. 219 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und bestraft (Urk. 59). Gegen dieses Urteil liessen der Beschuldigte sowie die Privatklägerinnen innert Frist Berufung anmelden (Urk. 50, 51 und 52). Das begründete Urteil wurde den Parteien in der Folge am 18. März 2019 zugestellt (Urk. 58/1-4), woraufhin die amtliche Verteidigung sowie die unentgeltlichen Vertretungen der Privatklägerinnen fristgerecht ihre Berufungserklärungen beim hiesigen Gericht einreichten (Urk. 61, 63 und 65).

1.3. Mit Präsidialverfügungen vom 11. April 2019 bzw. vom 16. April 2019 wurden den Parteien die Berufungserklärungen zugestellt und Frist angesetzt, um bezüglich der Berufung der Gegenpartei Anschlussberufung zu erklären, oder begründet ein Nichteintreten zu beantragen (Urk. 67 und 72). Daraufhin teilte die Anklagebehörde mit Eingabe vom 23. April 2019 Verzicht auf Anschlussberufung mit (Urk. 76).

1.4. Mit Präsidialverfügungen vom 4. Februar 2020 und 19. Februar 2020 wurde zur Berufungsverhandlung – unter Ausschluss der Publikumsöffentlichkeit – auf den 18. Mai 2020 vorgeladen (Urk. 84 und 86).

1.5. Mit Präsidialverfügung vom 21. April 2020 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zu einer allfälligen Rückweisung Stellung zu nehmen (Urk. 91). Diese Stellungnahmen gingen am 27. April 2020 hierorts ein (Urk. 93, 95 und 97). Die Staatsanwaltschaft liess sich nicht vernehmen.

1.6. Am 6. Mai 2020 wurden sodann die Ladungen für die anberaumte Berufungsverhandlung vom 18. Mai 2020 abgenommen (Urk. 101).

2. Ausgangslage

Die Privatklägerin A._____ wurde am 13. Februar 2017 polizeilich und am 16. Mai 2017 gestützt auf die Delegation der Staatsanwaltschaft befragt (Urk. 3/1-6). Die Privatklägerin B._____ wurde am 28. Februar 2017 polizeilich und am 16. Mai 2017 gestützt auf die Delegation der Staatsanwaltschaft befragt (Urk. 4/1-6). Von diesen Befragungen wurden jeweils Videoaufzeichnungen erstellt. Sodann wurde auch die Befragung der jüngeren Schwester der Privatklägerinnen, D._____, mit Videoaufzeichnung durchgeführt (Urk. 5/1-3). Die Ton- und Videoaufzeichnungen dieser Befragungen wurden zwar auf einem Speichermedium zu den Akten genommen und es wurden die wesentlichen Aussagen in einem Bericht zusammengefasst sowie jeweils ein psychologischer Bericht zu den Befragungen erstellt, jedoch fehlen schriftlich ausgefertigte Protokolle.

3. Standpunkte der Parteien

3.1. Die unentgeltliche Vertretung der Privatklägerin 1 stellt sich auf den Standpunkt, es sei das Verfahren nicht an die Vorinstanz zurückzuweisen. Mit Blick auf das Beschleunigungsgebot sei davon abzusehen. Sodann sei es nicht verhältnismässig. Die Verschriftlichung könne im Rahmen des Berufungsverfahrens gerichtsintern ab den Videoaufzeichnungen angefertigt werden oder die Berufungsinstanz könne die Staatsanwaltschaft im Rahmen einer Aktenergänzung damit beauftragen (Urk. 93).

3.2. Auch die unentgeltliche Vertretung der Privatklägerin 2 vertritt die Ansicht, um weitere Verzögerungen im Verfahren zu vermeiden, seien die Abschriften durch das Obergericht intern zu erstellen (Urk. 95).

3.3. Die amtliche Verteidigung beantragt, das Verfahren sei zur Erstellung der Niederschriften der audiovisuellen Befragungen und zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung vor der Vorinstanz an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen. Sie führt aus, die Staatsanwaltschaft habe die betreffenden Niederschriften zu erstellen. Daraufhin sei eine neue erstinstanzliche Hauptverhandlung durchzuführen. Der Mangel könne weder im Berufungsverfahren noch von der Vorinstanz geheilt werden. Die Rückweisung und die Erstellung der Abschriften seien für die Beweiswürdigung notwendig (Urk. 97).

3.4. Die Staatsanwaltschaft hat sich – wie bereits vorstehend bemerkt – nicht vernehmen lassen.

4. Gesetzliche Grundlagen und Rechtsprechung

4.1. Gemäss Art. 76 Abs. 1 StPO werden die Aussagen der Parteien, die mündlichen Entscheide der Behörden sowie alle anderen Verfahrenshandlungen, die nicht schriftlich durchgeführt werden, protokolliert. Art. 76 Abs. 4 StPO bestimmt, dass die Verfahrensleitung anordnen kann, dass Verfahrenshandlungen *zusätzlich* zur schriftlichen Protokollierung ganz oder teilweise in Ton und Bild festgehalten werden können. Da der Wortlaut von Art. 76 Abs. 4 StPO von zusätzlicher audiovisueller Aufzeichnung spricht und nicht davon, diese könnten *an Stelle* der schriftlichen Protokollierung erstellt werden, kann geschlossen werden, dass auf eine schriftliche Protokollierung oder Niederschrift auch im Falle audiovisueller Aufzeichnung nicht verzichtet werden kann. Dies hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid vom 29. September 2017 (BGE 143 IV 408) bestätigt. Es hat festgehalten, dass im Strafverfahren die Dokumentationspflicht gilt und sich die Pflicht zur schriftlichen Protokollführung aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ableitet (BGE 130 II 473 E. 4.2). Es hat auf die Bestimmungen von Art. 76 StPO und Art. 78 StPO verwiesen und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen mit der Anweisung, von einer bloss mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichneten erstinstanzlichen Hauptverhandlung im Nachgang eine schriftliche Protokollniederschrift anzufertigen. Auch die Botschaft zur Strafprozessordnung hält wörtlich fest: "[Art. 76] Absatz 4 lässt allgemein zu, dass Verfahrenshandlungen (und damit auch die in Artikel 76 geregelten Einvernahmen) mit technischen Hilfsmitteln auf-

gezeichnet werden. Diese sollen die schriftlichen Protokollierungen aber nicht ersetzen, sondern nur ergänzen. Am Grundsatz, dass die Verfahrensakten im Prinzip schriftlich sind, soll also festgehalten werden" (BBI 2006 S. 1156).

4.2. Gemäss Art. 154 Abs. 4 lit. d StPO werden die Einvernahmen kindlicher Opfer mit Bild und Ton aufgezeichnet, wenn keine Gegenüberstellung stattfindet. Dass der oben erwähnte Grundsatz der Schriftlichkeit für Einvernahmen von kindlichen Opfern gemäss Art. 154 StPO – welcher besondere Massnahmen zum Schutz von Kindern regelt – nicht gelten soll, ist sachlich nicht begründbar, zumal sich in diesem Abschnitt des Gesetzes ebenfalls keine von Art. 76 und 78 StPO abweichenden Vorschriften befinden. Das kindliche Opfer wird zudem in keiner Weise davon tangiert, ob eine schriftliche Niederschrift der Befragung erstellt wird oder nicht. Es kann deshalb nicht leichthin angenommen werden, dass die allgemeinen Vorschriften über die Protokollierung von Art. 76 - 78 StPO nicht zur Anwendung kommen. Dies, zumal die Überschrift von Art. 78 StPO ausdrücklich Protokollierung von Einvernahmen lautet.

4.3. Die Einhaltung der Protokollierungsvorschriften gemäss Art. 76 - 78 StPO erscheint im Sinne dieser Erwägungen für alle strafprozessualen Einvernahmen zwingend.

5. Schlussfolgerung

5.1. Da im vorliegenden Fall – wie bereits erwähnt – schriftliche Niederschriften der audiovisuellen Befragungen der Privatklägerinnen sowie deren jüngeren Schwester fehlen, sind mit Verweis auf die obigen Erwägungen die zwingenden Bestimmungen über die Protokollierung von Einvernahmen im Sinne der StPO verletzt worden. Dabei ist unerheblich, ob von Videobefragungen Zusammenfassungen von den wesentlichen Aussagen vorliegen. Solche Zusammenfassungen sind in der Strafprozessordnung nicht vorgesehen und beweisrechtlich nicht verwertbar. Sie enthalten regelmässig Interpretationen und Selektionen der Aussageninhalte und geben naturgemäss nicht den gesamten und unverfälschten Gehalt der Depositionen wieder. Entsprechend ersetzen sie keine Einvernahmeprotokolle oder Niederschriften der Aussagen.

5.2. Sodann ist mit Blick auf die Beweiswürdigung für eine seriöse Aussagenanalyse und die Auseinandersetzung mit den Argumenten der Verteidigung eine Übersicht über eine gesamte Einvernahme und die Gegenüberstellung von Aussagen verschiedener Befragungen notwendig, was allein gestützt auf die Videoaufzeichnungen kaum möglich ist. Auch unter diesem Aspekt erscheint eine schriftliche Niederschrift der Einvernahmen geradezu unentbehrlich, insbesondere da in casu die massgeblichen Aussagen der Privatklägerinnen durch den Beschuldigten ausdrücklich und substantiiert bestritten werden.

5.3. Schliesslich spricht auch der Aspekt der Verfahrensökonomie für eine schriftliche Niederschrift der Videoaufzeichnung. Zwar bedeutet dies einen zusätzlichen Aufwand für die befragende Ermittlungsbehörde. Dadurch kann indes in einem späteren Verfahrensstadium ein erheblicher Zusatzaufwand sämtlicher Beteiligten eingespart werden. Für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussagen, die Entscheidungsfindung und die Begründung eines Entscheids genügt nämlich nie eine einmalige Visionierung der Videoaufzeichnung, denn bei der erstmaligen Visionierung steht erfahrungsgemäss nie fest, welche Passagen der Befragung rechtlich relevant sind und welche nicht, zumal bei der Visionierung die Ausführungen der Verteidigung noch gar nicht vorliegen. Dies mag auch beim schriftlichen Protokoll gelten, bei einer Videoaufnahme fällt jedoch ins Gewicht, dass das Auffinden von relevanten Protokollstellen mittels ständigem und oft iterativem Vor- und Zurückspulen weitaus ineffizienter ist als die Durchsicht eines schriftlichen Protokolls. Eine audiovisuelle Aufzeichnung kann vom Menschen immer nur eindimensional erfasst werden, d.h. auf einer Linie in zwei Richtungen, und technisch bedingt mit beschränkter Geschwindigkeit. Demgegenüber ermöglicht ein schriftliches Protokoll sozusagen eine Übersicht über die gesamte Einvernahme aus der Vogelperspektive, wo man punktgenau und direkt am gewünschten Ort landen kann. Dass dies in verfahrensökonomischer Hinsicht eine erhebliche Erleichterung darstellt, erkennt auch das Bundesgericht im bereits zitierten BGE 143 IV 408: *"Das Festhalten am Erfordernis des Schriftprotokolls bezweckt, die Strafbehörden und die Verfahrensbeteiligten davon zu entbinden, stundenlang Aufzeichnungen anzuhören. Das schriftliche Protokoll erlaubt ihnen, sich rasch einen Überblick über die durchgeführte Beweiserhebung zu verschaffen"*

(BGE 143 IV 422 E. 8.3). Insofern dürfte es den Regelfall bilden, dass im Falle einer blossen Videoaufzeichnung die Ersparnis für den Verzicht auf eine schriftliche Niederschrift im Vergleich zum Mehraufwand für später damit befasste Personen in keinem vertretbaren Verhältnis steht.

6. Rückweisung an die Vorinstanz

6.1. Der Umstand, dass die Akten im Sinne von Art. 76 StPO i.V.m. Art. 78 StPO nicht ordnungsgemäss erstellt sind, stellt einen Mangel dar. Dieser Mangel lässt sich indes ohne Weiteres beheben, da von den bestehenden Tonaufnahmen durch die Staatsanwaltschaft Abschriften erstellt werden können (vgl. BGE 143 IV 408 E. 9.2).

6.2. Sodann ist es nicht Sache des Berufungsgerichts, verwertbare und für die Beweiswürdigung notwendige Beweismittel zu beschaffen. Die Untersuchung hat dem Gericht die für die Beurteilung von Schuld und Strafe wesentlichen Grundlagen zu liefern (vgl. Art. 308 Abs. 3 StPO).

6.3. Im Berufungsverfahren SB180318 lag die gleiche Problematik vor. Die Staatsanwaltschaft hat dort die Erstellung der Protokolle im Rahmen des Berufungsverfahrens verweigert. Im vorliegenden Berufungsverfahren wurde die Staatsanwaltschaft mit Präsidialverfügung vom 21. April 2020 darauf hingewiesen, dass die entsprechenden Abschriften fehlten (vgl. Urk. 91). Die Staatsanwaltschaft hat sich nicht geäussert bzw. auch nicht anboten, diese Versäumnisse nachzuholen. Da keine Weisungsbefugnis der Berufungsinstanz gegenüber der Staatsanwaltschaft besteht und es Aufgabe der Staatsanwaltschaft ist, diese Abschriften zu erstellen, erweist sich eine Rückweisung trotz der damit einhergehenden Verzögerungen des Verfahrens als unumgänglich.

6.4. Laut Art. 379 StPO richtet sich das Rechtsmittelverfahren sinngemäss nach den allgemeinen Vorschriften der Strafprozessordnung, soweit keine anderslautende Bestimmung anwendbar ist. Die Verfahrensleitung prüft gemäss Art. 329 Abs. 1 StPO, ob die Anklageschrift und die Akten ordnungsgemäss erstellt sind. Ergibt sich aufgrund dieser Prüfung oder später im Verfahren, dass ein

Urteil nicht ergehen kann, so sistiert das Gericht das Verfahren (Art. 329 Abs. 2 StPO). Falls erforderlich, weist es die Anklage zur Ergänzung oder Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurück. Die Prüfung umfasst insbesondere auch, ob die Akten im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften erstellt worden sind (YVONA GRIESSER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, a.a.O., N 7 zu Art. 329). Eine Rückweisung ist vom Kollegialgericht zu beschliessen (BSK StPO II-STEPHENSON/ ZALUNARDO-WALSER, N 8 zu Art. 329).

6.5. Im vorliegenden Verfahren macht eine Rückweisung an die Anklagebehörde keinen Sinn: Wie bereits erwähnt, ist die Berufungsinstanz nicht befugt, der Untersuchungsbehörde Weisungen zu erteilen. Sodann hat die Anklagebehörde im vorstehend zitierten Verfahren klar zum Ausdruck gebracht, dass sie einer entsprechenden Aufforderung des Gerichts nicht Folge leisten würde. Hingegen kann das erstinstanzliche Gericht auf die Anklagezulassung zurückkommen (Art. 329 Abs. 2 StPO). Sie kann ihrerseits ein Verfahren an die Untersuchungsbehörden zur Vervollständigung der Akten im Sinne der Erwägungen zurückweisen. Deshalb ist im Sinne von Art. 409 Abs. 1 StPO das angefochtene Urteil aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zwecks Prüfung der Anklagezulassung zurückzuweisen. Das Berufungsverfahren ist an den Registern abzuschreiben und allenfalls, bei Wiedereingang, neu einzutragen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Ausgangsgemäss fallen die Gerichtsgebühren für das zweitinstanzliche Verfahren ausser Ansatz (Art. 428 Abs. 4 StPO). Die Vorinstanz wird über die Kosten der Untersuchung und des Hauptverfahrens erneut zu befinden haben. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens (inkl. Kosten für die amtliche Verteidigung und die unentgeltlichen Vertretungen der Privatklägerinnen) sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

7.2. Gemäss ihren Honorarnoten sind die amtliche Verteidigerin des Beschuldigten, Rechtsanwältin MLaw Y._____, mit Fr. 2'277.80, die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Privatklägerin 1, Rechtsanwältin lic. iur. X1._____, mit Fr. 2'224.40 und die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Privatklägerin 2, Rechts-

anwältin lic. iur. X2._____, mit Fr. 2'357.65 für das Berufungsverfahren aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Urk. 104, Urk. 102/1-2 und Urk. 99).

8. Rechtsmittel

8.1. Rückweisungsbeschlüsse, mit denen eine Sache zur neuen Beurteilung an die erste Instanz zurückgewiesen wird, gelten grundsätzlich als Zwischenentscheide, welche unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG angefochten werden können. Rückweisungsentscheide bewirken nach der Rechtsprechung in der Regel allerdings keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG. Eine Ausnahme von dieser Regel sieht die Rechtsprechung jedoch dann vor, wenn eine Behörde durch einen Rückweisungsentscheid gezwungen wird, einer von ihr als falsch erachteten Weisung Folge zu leisten (Urteil 6B_845/2015 vom 1. Februar 2016 E. 1.2.2, nicht publ. in: BGE 142 IV 70; BGE 133 V 477 E. 5.2.2; 138 I 143 E. 1.2; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichtes 6B_32/2017 vom 29. September 2017 E. 3). In Fällen, in denen nicht evident ist, ob ein schwerwiegender und nicht heilbarer Mangel vorliegt, rechtfertigt sich ein Eintreten auf die Beschwerde (Urteil des Bundesgerichtes 6B_32/2017 vom 29. September 2017 E. 4).

8.2. Vor dem Hintergrund des Entscheids des Bundesgerichts 1B_518/2019 vom 19. Februar 2020 zu dieser Problematik erscheint es fraglich, ob das Bundesgericht auf eine Beschwerde eintreten würde. Da es jedoch auch nicht ausgeschlossen ist, ist das Rechtsmittel der Beschwerde gemäss Art. 93 BGG anzugeben.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil und der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 17. Dezember 2018 werden aufgehoben und das Verfahren wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Berufungsverfahren (Prozess-Nr. SB190168) wird als dadurch erledigt abgeschlossen.
3. Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten des Berufungsverfahrens betragen:
Fr. 2'277.80 amtliche Verteidigung
Fr. 2'224.40 unentgeltliche Vertretung der Privatklägerin 1
Fr. 2'357.65 unentgeltliche Vertretung der Privatklägerin 2
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretungen der Privatklägerinnen, werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich
 - die Vertretung der Privatklägerin 1 (im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerschaft)
 - die Vertretung der Privatklägerin 2 (im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerschaft)sowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz (unter Rücksendung der Akten)
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 18. Mai 2020

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Volken

MLaw A. Donatsch