

GR_GERICHTE SK1 2021 4 vom 21. Juli 2022

GR Gerichte, 2022-07-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SK1_2021_4

FR: GR_GERICHTE SK1 2021 4 du 21 juillet 2022

IT: GR_GERICHTE SK1 2021 4 del 21 luglio 2022

Regeste

sexuelle Handlungen mit einem Kind etc. | StGB 187-200 Sexuelle Integrität

Erwägungen

E. 1

Eintretensvoraussetzungen

E. 1.1

Mehrfache sexuelle Handlungen mit einem Kind gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB "Über A._____, geb. _____ 2000, bestand seit dem 27. Juli 2009 eine Bei- standschaft, die mit Erreichen der Volljährigkeit von A._____ in eine Er- wachsenenschutzmassnahme umgewandelt wurde. Bei A._____ handelt es sich um einen intellektuell stark beeinträchtigten inzwischen jungen Er- wachsenen, bei welchem schon früh eine kombinierte Störung des Sozial- verhaltens und der Emotionen sowie eine ausgeprägte Sprachserwerbs- störung festgestellt wurden.

E. 1.2

Das Berufungsgericht kann das Urteil in allen angefochtenen Punkten um- fassend überprüfen (Art. 398 Abs. 2 StPO). Unter Vorbehalt von Art. 404 Abs. 2 StPO erwachsen die mit Berufungserklärung nicht angefochtenen Punkte in Rechtskraft (BGer 6B_428/2013 v. 15.04.2014 E. 3.3 und 6B_694/2012 v. 27.06.2013, E. 1.3). Nicht angefochten wurde der Schuldspruch betreffend das mehrfache Vergehen gegen das Waffengesetz gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. a WG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 WG, die Übertretung des Waffengesetzes gemäss Art. 34 Abs. 1 lit. d WG i.V.m. Art. 26 WG, die Übertretung gegen das Bundesgesetz über explosionsgefährliche Stoffe gemäss Art. 37 Ziff. 1 Abs. 2 SprstG und die mehrfa- che Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG sowie die dafür ausgesprochene Strafe samt gerichtlicher Einziehung und Vernichtung der beschlagnahmten Gegenstände. Die entsprechenden Schuld- sprüche sind damit in Rechtskraft erwachsen (vgl. Art. 437 StPO; Art. 402 StPO).

E. 2

Anklage

E. 2.1

Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten folgendes vor (StA act. 1.74):

E. 2.2

Der Beschuldigte wies die Vorwürfe des Privatklägers von Beginn an von sich und bestritt diese (vgl. StA act. 6.15; StA act. 6.29; RG act. II.2 C., Frage 1). Dies tat er auch an der Berufungsverhandlung (act. H.5, V. Fragen 17-22, 25; act. H.4, Schlusswort Beschuldigter

S. 5).

E. 6

/ 21 Mit Verfügung vom 19. April 2012 wurde der allein sorgeberechtigten Kindsmutter E._____ die Obhut über ihren Sohn A._____ vom Fürsorgeverband F._____ entzogen. Im Rahmen der Kinderschutzmassnahme wurde A._____ mit Entscheid vom 31. Mai 2012 in die Pflegefamilie G._____ nach C._____, Gemeinde H._____, platziert. Er gelangte Ende Juni 2012 nach einer vorübergehenden Platzierung auf dem Bauernhof bei I._____ im J._____ auf den Berghof K._____ ins H._____. Dort half er, so weit dies möglich war, im Bauernbetrieb der Familie K._____ mit. Der Beschuldigte, welcher als gelernter Landwirt im Betrieb seiner Eltern arbeitete, wohnte in der Zeit als A._____ bei der Pflegefamilie K._____ war, in einer im Stall in C._____ eingebauten Wohnung. Im Jahre 2016 übernahm der Beschuldigte, der zwischenzeitlich (2011 - 2014) die Ausbildung zum Sozialpädagogen abschloss, den elterlichen Bauernhof. Um die schulische und soziale Weiterentwicklung zu fördern, wurde A._____ für die Dauer des letzten Schuljahres mit Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Mittelland Süd vom 11. August 2017 ins Internat des Zentrums für Sonderpädagogik L._____ umplatziert. Seit dem 18. Juni 2018 lebt A._____ bei seiner Mutter in M._____ bei N._____. Zu nicht näher bekannten Zeitpunkten im Zeitraum von Ende Juni 2012 und dem 11. August 2017 hat der Beschuldigte an seinem damaligen Wohnort in C._____ in in C._____, an A._____ unter mehreren Malen sexuelle Handlungen vorgenommen und ihn in sexuelle Handlungen einbezogen. Die sexuellen Übergriffe erfolgten jeweils in der Unterkunft des Beschuldigten. Es kam zu folgenden sexuellen Handlungen: - Unter mehreren Malen küsst sich der Beschuldigte und A._____ gegenseitig auf den Mund; - mehrere Male zog sich der Beschuldigte und A._____ die Kleider gegenseitig aus, duschten gemeinsam und seiften sich gegenseitig ein; - als A._____ 13 Jahre alt war, kam es zwischen ihm und dem Beschuldigten zum gegenseitigen Analverkehr, wobei sie sich gegenseitig in den After ejakulierten. Der gegenseitige Analverkehr wurde zwischen den beiden bis ins 16. Altersjahr von A._____ fortgesetzt bzw. vollzogen. Bei all diesen sexuellen Übergriffen in den Jahren 2013 bis am 16. Februar 2016 wusste der Beschuldigte, dass A._____ noch nicht 16 Jahre alt war und die mit ihm und an ihm vorgenommenen Verhaltensweisen sexuelle Handlungen sind."

E. 6.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten grundsätzlich zulasten des Staates (Art. 426 Abs. 1 StPO e contrario i.V.m. Art. 423 StPO). Da der Beschuldigte im erstinstanzlichen Verfahren von der Vorinstanz vom Vorwurf der sexuellen Handlungen mit Kindern ebenfalls freigesprochen wurde, allerdings für die im Berufungsverfahren nicht angefochtenen Schuldsprüche des mehrfachen Vergehens gegen das Waffengesetz gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. a WG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 WG, der Übertretung des Waffengesetzes gemäss Art. 34 Abs. 1 lit. d WG i.V.m. Art. 26 WG, der Übertretung gegen das Bundesgesetz über explosionsgefährliche Stoffe gemäss Art. 37 Ziff. 1 Abs. 2 SprstG und der mehrfachen Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG verurteilt wurde, ist die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung für die erstinstanzlichen Kosten zu bestätigen (vgl. für die zutreffende Begründung act. B.1, E. 9; vgl. Art. 82 Abs. 4 StPO). Demnach gehen die Untersuchungskosten von CHF 8'602.85 zu 4/5 (CHF 6'882.30) zulasten des Kantons Graubünden (Staatsanwaltschaft) und zu 1/5 (CHF 1'720.60) zulasten des Beschuldigten. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen

Verfahrens von CHF 8'000.00 gehen ebenfalls zu 4/5 (CHF 6'400.00) zulasten des Kantons Graubünden (Regionalgericht Viama- la) und zu 1/5 (CHF 1'600.00) zulasten des Beschuldigten. Die Kosten der unent- geltlichen Rechtsverteidigung des Privatklägers von CHF 12'695.50 gehen hin- gegen vollumfänglich zulasten des Kantons Graubünden (Regionalgericht Viama- la) (vgl. Art. 30 Abs. 1 und Abs. 3 OHG). Gestützt auf Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO ist der Beschuldigte zudem für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte zu entschädigen. Entsprechend des von der Vorinstanz festgelegten Verteil- schlüssels ist er somit zu 4/5 des geltend gemachten Honorars der Verteidigung (CHF 13'137.00) zulasten des Kantons Graubünden (Regionalgericht Viamala) zu entschädigen. Zu bestätigen ist sodann die von der Vorinstanz dem Beschuldigten zugesprochene Genugtuung von CHF 1'000.00 (vgl. act. B.1, E. 9), die ebenfalls zulasten des Kantons Graubünden (Regionalgericht Viamala) geht. 6.2.1. Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ih- res Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden in Anwendung von Art. 7 VGS (BR 350.210) in Ver- bindung mit Art. 424 Abs. 1 StPO auf CHF 4'000.00 festgesetzt. Auch diese Kos- ten gehen zulasten des Kantons Graubünden und werden auf die Gerichtskasse des Kantonsgerichts verbucht. 6.2.2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es nicht zulässig, vom Opfer im Falle eines Freispruchs die Rückerstattung der Kosten seiner unentgeltli-

E. 7

/ 21 3. Konfrontationsrecht 3.1. Die Verteidigung brachte bereits vor der Vorinstanz vor und hielt auch an- lässlich der Berufungsverhandlung fest, dass die Videobefragung des Privatklä- gers vom 5. September 2018, welche von einer Vertreterin der Kinderschutzgrup- pe des Inselpitals Bern durchgeführt worden war, unter Verletzung der Partei- rechte zustande gekommen sei (RG act. II.8, S. 3 f.; act. H.3, S. 5 f.). 3.2.1. Gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO hat die beschuldigte Person das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Dieses spezifische Teil- nahme- und Mitwirkungsrecht fliesst aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO). Es darf nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen eingeschränkt werden (Art. 101 Abs. 1, Art. 108, Art. 146 Abs. 4 und Art. 149 Abs. 2 lit. b StPO; BGE 143 IV 397 E. 3.3.1; 141 IV 220 E. 4.4; 139 IV 25 E. 4.2). Gemäss Art. 147 Abs. 4 StPO dürfen Beweise, die in Verletzung der Bestimmun- gen von Art. 147 StPO erhoben worden sind, nicht zulasten der Partei verwendet werden, die nicht anwesend war (BGE 143 IV 397 E. 3.3.1; 139 IV 25 E. 4.2; BGer 6B_1320/2020 v. 12.1.2022 E. 4.2.1). Vor Eröffnung einer Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft besteht der Anspruch auf Parteiöffentlichkeit nicht. Bei Bewei- serhebungen durch die Polizei, etwa bei polizeilichen Einvernahmen von Aus- kunftspersonen gestützt auf Art. 306 Abs. 2 lit. b StPO, sind die Parteien 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; BGer 6B_415/2021 v. 11.10.2021 E. 2.3.2). Soweit die Polizei nach Eröffnung der Untersuchung Einvernahmen im Auftrag der Staatsanwalt- schaft durchführt, stehen den Verfahrensbeteiligten die Rechte zu, die ihnen bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft zukommen (Art. 312 Abs. 2 StPO; BGer 6B_1080/2020 v. 10.6.2021 E. 5.5). Daraus folgt, dass Parteien das Recht haben, bei Einvernahmen, welche die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft während deren Untersuchung durchführt, anwesend zu sein und Fragen zu stellen (BGE 143 IV 397 E. 3.3.2; BGer 6B_14/2021 v. 28.7.2021 E. 1.3.3; 6B_1080/2020 v. 10.6.2021 E. 5.5; 6B_217/2015 v. 5.11.2015 E. 2.2, nicht publ. in BGE 141 IV 423). Die Durchführung einer

Einvernahme ohne Teilnahme des Beschuldigten steht einer Wiederholung der Beweiserhebung im Grundsatz zwar nicht entgegen. Wird aber die Einvernahme wiederholt bzw. zu einem späteren Zeitpunkt eine Konfrontationseinvernahme durchgeführt, darf die Strafbehörde nicht auf die Ergebnisse der vorausgegangenen Einvernahmen zurückgreifen, soweit diese einem Beweisverwertungsverbot unterliegen (BGer 6B_14/2021 v. 28.7.2021 E. 1.3.3).

E. 8

/ 21 3.2.2. Die Bestimmung des Art. 147 Abs. 1 StPO entspricht dem Konfrontationsrecht gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK. Nach den Verfahrensgarantien von Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK hat die beschuldigte Person als Teilgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren Anspruch darauf, den Belastungszeugen Fragen zu stellen. Von hier nicht zutreffenden Ausnahmen, in denen eine Konfrontation aus objektiven, von den Strafverfolgungsbehörden nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich war, ist eine belastende (Zeugen)Aussage grundsätzlich nur verwertbar, wenn die beschuldigte Person 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, je mit Hinweisen; BGer 6B_173/2022 v. 27.4.2022 E. 1.3.1). Damit die Verteidigungsrechte gewahrt sind und die beschuldigte Person ihr Fragerecht wirksam ausüben kann, muss diese in die Lage versetzt werden, die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen sowie die Glaubhaftigkeit seiner Aussage zu prüfen und den Beweiswert der Aussagen in kontradiktorischer Weise auf die Probe und infrage stellen zu können (vgl. BGE 133 I 33 E. 3.1; 132 I 127 E. 2; 131 I 476 E. 2.2; 129 I 151 E. 3.1 und E. 4.2; BGer 6B_14/2021 v. 28.7.2021 E. 1.3.4; 6B_415/2021 v. 11.10.2021 E. 2.3.5; 6B_383/2019 v. 8.11.2019 E. 8.1.2, nicht publ. in BGE 145 IV 470). Dies setzt in aller Regel voraus, dass sich der Einvernommene in Anwesenheit des Beschuldigten (nochmals) zur Sache äussert (BGE 140 IV 172 E. 1.5; BGer 6B_14/2021 v. 28.7.2021 E. 1.3.4; 6B_415/2021 v. 11.10.2021 E. 2.3.5; 6B_1003/2020 v. 21.4.2021 E. 2.2; 6B_886/2017 v. 26.3.2018 E. 2.3.2). Soweit der Konfrontationsanspruch zur Diskussion steht, gilt dies unabhängig von der Regelung in Art. 147 Abs. 1 StPO auch in Bezug auf die in der Voruntersuchung gegenüber der Polizei gemachten Aussagen (vgl. BGE 125 I 127 E. 6a; 6B_415/2021 v. 11.10.2021 E. 2.3.5). Dass die Strafprozessordnung ein Teilnahmerecht der Parteien nur bei Beweiserhebungen nach eröffneter Untersuchung, nicht aber auch für das polizeiliche Ermittlungsverfahren vorsieht (vgl. Art. 147 Abs. 1 StPO), berührt den Konfrontationsanspruch nicht (vgl. BGer 6B_369/2013 v. 31.10.2013 E. 2.3.2). 3.2.3. Für eine wirksame Ausübung des Konfrontationsrechts der beschuldigten Person ist es nicht erforderlich, dass der Zeuge seine Angaben aus der ersten Einvernahme wortwörtlich wiederholt. Macht er Angaben zur Sache, so darf im Rahmen einer Gesamtwürdigung auch auf die Ergebnisse der früheren Beweiserhebung ergänzend zurückgegriffen werden. Denn die Frage, ob bei widersprüchlichen Aussagen oder späteren Erinnerungslücken auf die ersten, in Abwesenheit des Beschuldigten erfolgten Aussagen abgestellt werden kann, betrifft nicht die

E. 9

/ 21 Verwertbarkeit, sondern die Würdigung der Beweise (BGer 6B_14/2021 E. 1.3.4; 6B_1003/2020 v. 21.4.2021 E. 2.2; 6B_1133/2019 v. 18.12.2019 E. 1.3.2). Beschränkt sich die Wiederholung der Einvernahme aber im Wesentlichen auf eine formale

Bestätigung der früheren Aussagen, wird es dem Beschuldigten verun- möglicht, seine Verteidigungsrechte wirksam wahrzunehmen (vgl. BGer 6B_415/2021 v. 11.10.2021 E.2.3.5; 6B_1080/2020 v. 10.6.2021 E. 6.1; 6B_1003/2020 v. 21.4.2021 E. 2.2). Daher genügt es nicht, dass die befragte Person ihre früheren Aussagen auf blossen Vorhalt hin bestätigt. Werden Aussagen, welche der Befragte in Einvernahmen ohne Gewährung des Teilnahmerechts nach Art. 147 Abs. 1 StPO machte, in späteren Konfrontationseinvernahmen dem Befragten wörtlich vorgehalten, so werden diese Aussagen im Sinne von Art. 147 Abs. 4 StPO unzulässigerweise verwertet (vgl. BGE 143 IV 457 E. 1.6.1; BGer 6B_415/2021 v. 11.10.2021 E. 2.3.5). Es genügt somit nicht, wenn der Belastungszeuge in Anwesenheit der beschuldigten Person auf die in einem früheren Zeitpunkt gemachten Aussagen verweist und diese pauschal als richtig bestätigt. Weigert sich der Zeuge, in Gegenwart der beschuldigten Person seine Belastungen zu wiederholen und dessen Zusatzfragen zu beantworten, ist von der Nichtverwertbarkeit seiner früheren belastenden Aussagen auszugehen (vgl. Sarah Summers/Aline Scheiwiller/David Studer, Das Recht auf Konfrontation in der Praxis, in: ZStrR 3/2016, 351 ff., S. 379). Von einer Nichtverwertbarkeit der ersten Einvernahme ist auch auszugehen, wenn eine (Auskunfts-)Person in einer späteren Konfrontationseinvernahme von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht (BGer 6B_14/2021 v. 28.7.2021 E. 1.3.4).

3.2.4. Dem Konfrontationsanspruch 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; BGer 6B_173/2022 v. 27.4.2022 E. 1.3.1). Von einer direkten Konfrontation der beschuldigten Person mit dem Belastungszeugen oder auf dessen ergänzende Befragung kann nur unter besonderen Umständen abgesehen werden, wenn eine persönliche Konfrontation nicht möglich oder eine Beschränkung des Konfrontationsrechts dringend notwendig ist. Die ausgebliebene Konfrontation mit dem Belastungszeugen verletzt die Garantie aber nicht, wenn dieser berechtigterweise das Zeugnis verweigert oder die erneute Befragung nicht möglich ist, weil dieser trotz angemessener Nachforschung unauffindbar bleibt, dauernd oder für lange Zeit zur Einvernahme unfähig wird oder in der Zwischenzeit verstorben ist. Gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. d EMRK erfordert die Verwertbarkeit der ursprünglichen Aussage 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, d.h. der belasten-

E. 10

/ 21 den Aussage nicht ausschlaggebende Bedeutung zukommt bzw. sie nicht den einzigen oder einen wesentlichen Beweis darstellt (BGE 131 I 476 E. 2.2; 129 I 151 E. 3.1; BGer 6B_173/2022 v. 27.4.2022 E. 1.3.1; 6B_369/2013 v. 31.10.2013 E. 2.3.1).

3.3.1. An der Befragung des Privatklägers durch eine Mitarbeiterin der Kinderschutzgruppe im Inselspital Bern vom 5. September 2018 nahm der Beschuldigte unstreitig nicht teil; zu diesem Zeitpunkt war weder ein Verfahren im Sinne von Art. 300 ff. StPO eröffnet noch ermittelte die Polizei im Sinne von Art. 306 ff. StPO. Bei der (privaten) Befragung des Privatklägers vom 5. September 2018, welche auf Video aufgezeichnet wurde, handelt es sich – wie die Vorinstanz richtig festhält – somit nicht um eine Beweiserhebung nach der StPO durch die Strafverfolgungsbehörden oder das Gericht (vgl. act. B.1, E. 5.2). Hingegen ist der Vorinstanz entgegenzuhalten, dass dies nicht bedeutet, dass die private Videobefragung ohne weiteres verwertbar wäre, nur weil darüber hinaus keine Unrechtmässigkeiten festzustellen seien, welche auf die Unverwertbarkeit des Interviews schliessen lassen würden (vgl. act. B.1, E. 5.2). Gemäss der unter Erwägung 3.2.1

abgebildeten Rechtsprechung und Lehre besteht vor Eröffnung einer Strafuntersuchung zwar kein Anspruch auf Parteiöffentlichkeit, womit die Parteien auch nicht zur Teilnahme an Beweiserhebungen durch die Polizei berechtigt sind (vgl. BGE 143 IV 397 E. 3.3.2; 139 IV 25 E. 5.4.3; BGer 6B_415/2021 v. 11.10.2021 E. 2.3.2). Nichts Anderes kann für Beweiserhebungen gelten, welche durch Privatpersonen durchgeführt werden. Der Beschuldigte war damit zwar nicht zur Teilnahme an der privaten Videobefragung vom 5. September 2018 berechtigt. Gleichwohl ist eine Zeugenaussage aufgrund des in Art. 147 Abs. 1 StPO und Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierten Konfrontationsrechts nur verwertbar, wenn der Beschuldigte den Belastungszeugen wenigstens einmal während des Verfahrens in direkter Konfrontation befragen konnte. Um sein Fragerecht wirksam ausüben zu können, muss er hinreichende und angemessene Gelegenheit gehabt haben, die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen zu prüfen und den Beweiswert der Aussagen in Frage zu stellen. Dies bedingt, dass sich der Belastungszeuge in Anwesenheit des Beschuldigten (nochmals) zur Sache äussert (vgl. E. 3.2.2). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt dieser Konfrontationsanspruch auch für Aussagen, die im polizeilichen Verfahren gemacht wurden, bevor die Staatsanwaltschaft eine Untersuchung eröffnet hat und damit auch dann, wenn die Teilnahmerechte der beschuldigten Person (noch) nicht bestehen (vgl. E. 3.2.2). Es sind keinerlei Gründe ersichtlich, weshalb der durch die StPO, die BV und die EMRK garantierte Konfrontationsanspruch der beschuldigten

E. 11

/ 21 ten Person nicht auch für Beweiserhebungen gelten sollte, die durch Privatpersonen (bspw. zum Zweck der Ermittlung einer möglichen Straftat vor Einreichung einer Strafanzeige) durchgeführt werden. Denn ebenso wenig wie die Teilnahmerechte der beschuldigten Person im polizeilichen Ermittlungsverfahren gelten, gelten diese auch bei privaten Ermittlungen nicht. Wenn aber der Konfrontationsanspruch der beschuldigten Person nach der Rechtsprechung dennoch für das polizeiliche Ermittlungsverfahren Geltung beansprucht, hat dies umso mehr für Beweiserhebungen durch Privatpersonen zu gelten. Ansonsten führten private (Video-)Befragungen wie die vorliegende, für welche kein Teilnahmerecht der beschuldigten Person besteht und die als Beweismittel ins Strafverfahren eingebracht werden, im Ergebnis stets zu einer Umgehung des Konfrontationsrechts der beschuldigten Person. 3.3.2. Damit ist festzuhalten, dass vorliegend der Konfrontationsanspruch des Beschuldigten auch in Bezug auf die private Videobefragung durch die Kinderschutzgruppe des Inselspitals Bern vom 5. September 2018 gilt. Folglich ist zu prüfen, ob der Beschuldigte anlässlich der polizeilichen Videobefragung vom 30. April 2019, an welcher er teilnahm, hinreichende und angemessene Gelegenheit im Sinne der Rechtsprechung hatte, die Aussagen des Privatklägers aus der privaten Videobefragung in Zweifel zu ziehen sowie deren Glaubhaftigkeit und Beweiswert in kontradiktorischer Weise zu prüfen. 3.4. Der Privatkläger sagte anlässlich der Videobefragung vom 30. April 2019 praktisch nichts mehr aus. Ab 14:33:48 Uhr bis zum Ende der Befragung um 15:11:00 Uhr schweig er zu allen Fragen mit Ausnahme einer Ergänzungsfrage des Verteidigers betreffend einen Schulkollegen, den er bejahte, zu kennen. Sein Schweigen unterbrach er ein weiteres Mal, im Anschluss an die erwähnte Ergänzungsfrage, als der Privatkläger den ihn befragenden Polizisten fragte, ob er ihn schlagen dürfe (vgl. StA act. 6.16; StA act. 6.19, S. 6). Zuvor, um 14:14:15 Uhr, gab er zu Protokoll, der B._____ habe ihn geschlagen, wobei der ihn befragende Polizist drei Mal nachfragte, was der B._____ gemacht habe ("ähm gschlage"), wen er geschlagen habe ("dä B._____ Sohn"), nochmalige Nachfrage (wen habe B._____

geschlagen) ("mir"). Auf die Frage, wo dieser ihn geschlagen habe, zeigte er sich auf die Brust. Auf Nachfrage bestätigte der Privatkläger, B._____ habe ihn mit der Hand geschlagen, und zwar einmal (vgl. StA act. 6.16, 14:14:15; StA act 6.19, S. 3). Schliesslich bejahte er um 14:29:05 die Frage des Polizisten, ob B._____ mit ihm noch andere Sachen gemacht habe ("ja"). Auf die Frage, was B._____ noch mit ihm gemacht habe, sagte er aus "ähm gefickt". Wie B._____ das gemacht habe? "sich so bewegt". Das Wort "ficken" erklärte er mit "dä Schwanz in

E. 12

/ 21 dä Arsch ine tue". Auf die Frage, wer bei wem den "Schwanz in den Arsch getan" habe, sagte er aus "ig bi ihm". Auf die Frage, was er unter "Schwanz" verstehe, zeigte er sich zwischen die Beine und sagte "do". Der Polizist fragte ihn weiter, ob er noch einen anderen Namen für "Schwanz" habe, worauf der Privatkläger "Schnäbi" antwortete. Auf die Frage, wie oft er sein "Schnäbi" bei B._____ "hin- eingetan" habe, sagte er, "weiss nid, bewegt". Auf die Frage, wer bewegt habe, ob er bewegt habe: ("ig") oder ob der B._____ bewegt habe: ("er"). Wo das genau gewesen sei? ("im huus"). In welchem Haus? ("bi ihm"). In welchem Raum das gewesen sei? ("im Zimmer"). Auf die Frage, ob B._____ mit ihm auch so etwas mit "gefickt" gemacht habe, sagte er "ja". Was B._____ mit ihm genau gemacht habe? "sich so bewegt". Anschliessend sagte er, ob sie über etwas Anderes sprechen könnten, das sei ein langweiliges Thema. Nachher beantwortete er keine der weiteren Fragen mehr (vgl. StA act. 6.6, 14:29:05-14:33:27; StA act. 6.19, S. 4). Der Privatkläger bestätigte mit seinen Aussagen damit, wenn überhaupt, dann nur formal, vereinzelte Aussagen aus der privaten Videobefragung vom 5. September 2018, wo er ausgesagt hatte, er und B._____ hätten zusammen "gefickt", jeder habe sich mit dem "Schwanz" "im Arsch" des anderen "bewegt" (vgl. StA act. 3.5, S. 3). Die einzige Äusserung, welche der Privatkläger anlässlich der polizeilichen Videobefragung gegen den Beschuldigten im Sinne der Anklage vorbrachte, war, dass dieser "sich so bewegt" habe. Er erklärte abstrakt, was er unter "ficken" verstehe ("Schwanz in dä Arsch ine tue") und dass er dies beim Beschuldigten getan habe ("ig bi ihm"). Alle weiteren Aussagen aus der ersten Einvernahme (dass sie sich zusammen geduscht und eingeseift hätten, dass Sperma gekommen sei, dass es gutgetan habe, dass er Schmerzen gehabt habe, dass es mehrmals vor- gekommen sei und dass beide gesagt haben sollen, "ja mache mer mal", vgl. StA act. 3.5, S. 3) wiederholte oder bestätigte er nicht. Er antwortete auf keine einzige dahingehende Frage mehr, weder auf solche vom Polizisten noch vom Verteidiger, machte schlichtweg nicht mehr mit und verweigerte jede weitere Aussage. Dadurch wurde dem Beschuldigten aber jegliche Möglichkeit verwehrt, den Beweiswert der ihn belastenden Aussagen aus der ersten privaten Videobefragung zu hinterfragen und die Glaubhaftigkeit der Aussagen des Privatklägers in kontradiktorischer Weise auf die Probe und infrage stellen zu können. Der Beschuldigte konnte zu den belastenden Erklärungen des Privatklägers mithin nicht hinreichend Stellung nehmen. Ein allfälliger Schuldspruch würde sich jedoch alleine auf die belastenden Aussagen des Privatklägers aus der ersten Einvernahme abstützen, womit diese den einzigen Beweis gegen den Beschuldigten darstellen würden. Vom Erfordernis des Konfrontationsanspruchs des Beschuldigten kann deshalb – vor dem Hintergrund der in Erwägung 3.2.4 abgebildeten Rechtsprechung – auch nicht ausnahmsweise abgesehen werden. Da sich der Privatkläger weigerte, in

E. 13

/ 21 Gegenwart des Beschuldigten seine Belastungen zu wiederholen und dessen Zusatzfragen zu beantworten, ist im Ergebnis von der Nichtverwertbarkeit seiner belastenden Aussagen vom 5. September 2018 auszugehen. Weil es keine weitere Konfrontation mit dem Privatkläger gab und der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte anlässlich der durch die Polizei durchgeführten Videobefragung vom 30. April 2019 nicht wirksam ausüben konnte, wurde sein Anspruch auf Konfrontation gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK verletzt. Infolgedessen erweist sich die Videobefragung der Kinderschutzgruppe des Inselspitals Bern vom 5. September 2018 als nicht verwertbar. Verwertbar ist somit nur die (delegierte) polizeiliche zweite Einvernahme des Privatklägers vom 30. April 2019. 4. Beweiswürdigungs- und Beweislastregel in dubio pro reo 4.1. Gemäss dem in Art. 32 Abs. 1 BV und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Grundsatz "in dubio pro reo" ist bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld zu vermuten, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist. Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (BGE 127 I 38 E. 2.a; 120 Ia 31 E. 2). Als Beweislastregel besagt der Grundsatz, dass der Beschuldigte freizusprechen ist, wenn der Beweis seiner Schuld nicht erbracht werden kann (Niklaus Schmid/Daniel Jositsch, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts [zit. Handbuch], 3. Aufl., Zürich 2017, N 234). Die Beweiswürdigung als solche wird vom Grundsatz der freien und umfassenden Beweiswürdigung beherrscht: Nach Art. 10 Abs. 2 StPO würdigt das Gericht die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung (vgl. BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.1; 141 IV 369 E. 6.1; 133 I 33 E. 2.1). Damit eine Verurteilung erfolgen kann, ist beim Richter zunächst eine persönliche Gewissheit hinsichtlich der Tatschuld notwendig. Es kann jedoch nicht verlangt werden, dass die Tatschuld unter allen Aspekten unwiderlegbar feststeht, da abstrakte und theoretische Zweifel immer möglich und kaum je ganz auszuräumen sind. Es genügt, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld des Angeklagten ausgeschlossen werden können. Hingegen kann blosser Wahrscheinlichkeit für einen Schuldspruch nie genügen (vgl. BGE 144 IV 345 E. 2.1; Niklaus Schmid/Daniel Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung [StPO], Praxiskommentar [zit. Praxiskommentar], 3. Aufl., Zürich 2018, N 6 zu Art. 10 StPO). Die Maxime der freien Beweiswürdigung besagt, dass es keine Rangordnung der Beweise gibt. Vorausgesetzt, diese wurden ordnungsgemäss erhoben und sie sind verwertbar, sind sie gleichwertig.

E. 14

/ 21 Die richterliche Autorität beruht nicht auf der äusseren, sondern alleine der inneren Autorität eines Beweismittels, bestehend aus dessen zwingend-überzeugender Kraft. Der Grundsatz in dubio pro reo besagt jedoch nicht, dass bei sich widersprechenden Beweismitteln automatisch der für den Beschuldigten günstigere Beweis zu übernehmen wäre. In einer Aussage gegen Aussage-Konstellation ist indes eine besonders sorgfältige und überzeugende Beweiswürdigung erforderlich (vgl. Schmid/Jositsch, Handbuch, a.a.O., N 225 ff., insb. auch Fn 401 zu N 235). 4.2. Der Privatkläger ist in der Vergangenheit wiederholt wegen seines sexualisierten Sprachgebrauchs und Verhaltens negativ in Erscheinung getreten (vgl. StA act. 5.4, S. 2 f.; StA act. 5.9; StA act. 5.10; StA act. 5.18, S. 4). Seine Aussagen anlässlich der polizeilichen Videobefragung vom 30. April 2019 erschöpfen sich in einzelnen Wortäusserungen und abstrakten Darstellungen. Der Vorwurf an die Adresse des Beschuldigten beschränkt sich dabei auf "ficken" bzw. "sich (so) be-

wegen" bzw. darin, dass er seinen "Schwanz" in den "Arsch" des Beschuldigten "hineingetan" habe (wobei der Privatkläger dies nur bestätigte und nicht selber aussagte) und darin, dass er die Frage bejahte, ob auch B._____ dasselbe bei ihm getan habe. Diese Aussagen bzw. Bestätigungen sind sehr pauschal gehalten, wenig aussagekräftig, nicht anschaulich und auch sonst nicht überzeugend, als dass sie die vehementen Bestreitungen des Beschuldigten als blosser Schutzbehauptungen erscheinen lassen würden. Daran, dass der Privatkläger über tatsächlich Erlebtes berichtete, bestehen erhebliche Zweifel. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass er auf das ihm geläufige Vokabular zurückgriff und zutreffende Definitionen lieferte, ohne jedoch Details zu den angeblichen Handlungen zu liefern. Im Ergebnis besteht kein hinreichender Beweis dafür, dass sich der Beschuldigte des Tatbestandes von Art. 187 Ziff. 1 StGB zum Nachteil des Privatklägers schuldig gemacht hat. Er ist von diesem Vorwurf freizusprechen. 4.3. Aufgrund des zu ergehenden Freispruches erübrigt sich auch die Einholung eines aussagepsychologischen Gutachtens. Bezüglich der ersten Einvernahme, die sich als unverwertbar erwies, ist ein Glaubhaftigkeitsgutachten obsolet. In Bezug auf die zweite Einvernahme erweist sich die Einholung eines Glaubhaftigkeitsgutachtens als entbehrlich, da auch ein Gutachter aus einer Nicht-Aussage nichts weiter abzuleiten vermag. Daran ändern auch die kognitiven Einschränkungen des Privatklägers nichts. Im Übrigen hielt selbst die Rechtsvertreterin des Privatklägers fest, dass ihr Mandant mutmasslich keine Aussagen zum Tatgeschehen werde machen können, welche über die bereits gemachten Aussagen bei den Videobefragungen der Kinderschutzgruppe und der Polizei hinausgingen, weshalb sie um Dispensation des Privatklägers von der Berufungsverhandlung ersucht hat-

E. 15

/ 21 te (vgl. Sachverhalt lit. E.). Der Beweisantrag, es sei eine Glaubhaftigkeitsbegutachtung der Aussagen des Privatklägers durch eine hierfür qualifizierte Fachperson anzuordnen, ist deshalb abzulehnen. 5. Zivilklage 5.1. Nach Art. 126 Abs. 1 StPO entscheidet das Gericht über die anhängig gemachte Zivilklage, wenn es die beschuldigte Person freispricht und der Sachverhalt spruchreif ist (Art. 126 Abs. 1 lit. b StPO). Dagegen verweist es die Zivilklage auf den Zivilweg, wenn die beschuldigte Person freigesprochen wird, der Sachverhalt aber nicht spruchreif ist (Art. 126 Abs. 2 lit. d StPO). Entgegen der früheren Regelung in vielen Kantonen und von aArt. 38 OHG verlangt der Gesetzgeber seit 1. Januar 2011 nach Möglichkeit auch im Falle eines Freispruchs eine materielle Entscheidung der Zivilklage. Allerdings soll das Strafgericht die Zivilklage nur entscheiden müssen, wenn die Sache spruchreif ist, d.h. über den Zivilanspruch ohne Weiterungen auf Grund der im bisherigen Verfahren gesammelten Beweise entschieden werden kann. Beweiserhebungen für die Zivilklage muss das Gericht im Falle eines Freispruchs keine mehr tätigen (vgl. Annette Dolge, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, N 19 zu Art. 126 StPO). Der Prozess zwischen Zivilklägerschaft und beschuldigter Person soll nicht auf dem Zivilweg weitergeführt werden, wenn die Situation bereits im Strafverfahren klar ist. Die Bestimmung dient insofern den Interessen der beschuldigten und der geschädigten Person, der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden (vgl. Viktor Lieber, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, Art. 1-195 StPO, 3. Aufl., Zürich 2020, N 7 zu Art. 126 StPO). Die Zivilklägerschaft trägt wie im Zivilprozess die (objektive) Beweislast (Art. 8 ZGB) für alle anspruchsbegründenden Tatsachen (vgl. Art. 41 ff. OR). Damit trägt sie auch die Folgen der Beweislosigkeit. Allerdings sind diese im

Adhäsionsprozess insofern gemildert, als einerseits die zum Schuldpunkt ermittelten Ergebnisse von Amtes wegen zu berücksichtigen sind und andererseits bei ungenügender Begründung des Sachverhalts keine Klageabweisung, sondern lediglich die Verweisung auf den Zivilweg droht. Doch sind auch die Interessen der beschuldigten Partei an einer definitiven Entscheidung über die Zivilklage zu beachten. Hat es die geschädigte Partei versäumt, ihren Schaden rechtsgenügend nachzuweisen und ist der Fall spruchreif, muss auf dieser Grundlage eine materielle Entscheidung gefällt werden (Dolge, a.a.O., N 25 zu Art. 122 StPO). Ist die Zivilklage dagegen noch nicht spruchreif, ist sie auf den Zivilweg zu weisen. Das ist gegeben, wenn zwar rechtzeitig Beweisanträge eingereicht wurden, das Beweis-

E. 16

/ 21 verfahren aber noch durchgeführt werden müsste. Wurden keine Beweisanträge gestellt und ist die Klage beziffert und substantiiert, ist die Spruchreife erreicht (Dolge, a.a.O., N 42 zu Art. 126 StPO). Ergeht ein Freispruch aus rechtlichen Gründen, namentlich mangels Erfüllung eines Tatbestands, und ist die Sache spruchreif, hat dies in der Regel die Abweisung der Zivilklage zur Folge (vgl. Lieber, a.a.O., N 8 zu Art. 126 StPO). 5.2. Der Privatkläger stellte den Antrag auf Zusprechung einer Genugtuung in gerichtlich zu bestimmender Höhe, mindestens jedoch von CHF 7'000.00, nebst Zins zu 5% seit dem 16. Februar 2016; eventualiter sei die Zivilforderung dem Grundsatz nach gutzuheissen und im Übrigen auf den Zivilweg zu verweisen (act. A.2). Art. 47 OR bestimmt, dass der Richter bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten unter Würdigung der besonderen Umstände eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen kann. Die Genugtuung bezweckt den Ausgleich für erlittene Unbill, indem das Wohlbefinden anderweitig gesteigert oder die Beeinträchtigung erträglicher gemacht wird (BGE 132 II 117 E. 2.2.2). Genugtuung kann beanspruchen, wer durch einen widerrechtlichen Eingriff immaterielle Unbill erlitten hat. Als Norm für die Bemessung der Leistungspflicht eines Haftpflichtigen kommt Art. 47 OR jedoch nur zum Tragen, wenn die Haftungsvoraussetzungen einer Haftpflichtnorm – mit Ausnahme des Schadens – gegeben sind. Stets vorausgesetzt für einen Genugtuungsanspruch sind somit die Widerrechtlichkeit der Tötung oder Körperverletzung (Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen) sowie ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Haftpflichtigen, der Tötung oder Körperverletzung und der immateriellen Unbill. Erforderlich ist im Weiteren das Vorliegen von Verschulden (vgl. Martin A. Kessler, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019, N 14 f. zu Art. 47 OR). 5.3. Über den vom Privatkläger beantragten Genugtuungsanspruch kann ohne Weiterungen auf Grund des Ergebnisses des vorliegenden Strafverfahrens entschieden werden; der Sachverhalt ist spruchreif. Da ein Freispruch ergeht, erübrigen sich weitergehende Beweiserhebungen für die Zivilklage. Weil der objektive (und subjektive) Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern gemäss Art. 187 Ziff.1 StGB nicht erfüllt ist, sind sämtliche Voraussetzungen für die Zusprechung einer Genugtuung an den Privatkläger (Körperverletzung, Widerrechtlichkeit, Kausalzusammenhang und Verschulden) nicht gegeben (vgl. Art. 47 OR). Demnach ist die Zivilklage gestützt auf Art. 126 Abs. 1 lit. b StPO abzuweisen.

E. 17

/ 21 6. Kosten

E. 18

/ 21 chen Verbeiständung im Untersuchungs- und erstinstanzlichen Gerichtsverfahren zu verlangen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben. Anders verhält es sich hingegen bezüglich der Kosten der unentgeltlichen Verbeiständung im Rechtsmittelverfahren, wenn es bereits erstinstanzlich zu einem Freispruch kam, der Freispruch auch im Berufungsverfahren bestätigt wurde und schliesslich in Rechtskraft erwuchs. Insoweit geht die in Art. 138 Abs. 1 i.V.m. Art. 135 Abs. 4 lit. a StPO statuierte Pflicht zur Rückerstattung der Kosten der unentgeltlichen Verbeiständung im Rechtsmittelverfahren Art. 30 Abs. 3 OHG vor (vgl. BGE 143 IV 154 E. 2.3.4 und E. 2.3.5). Da der Privatkläger mit seiner Berufung vollumfänglich unterliegt, sind ihm entsprechend die Kosten seiner unentgeltlichen Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren aufzuerlegen. Die von Rechtsanwältin Laura Jost gemäss Honorarnote vom 19. Juli 2022 geltend gemachten Aufwendungen von 16.9 Stunden à CHF 200.00 zzgl. Auslagen und 7.7% MwSt. (insgesamt CHF 3'854.80, vgl. act. G.1) sind damit vom Privatkläger zu tragen und werden einstweilen aus der Gerichtskasse des Kantonsgerichts bezahlt. Vorbehalten bleibt die Rückerstattungspflicht gemäss Art. 138 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 135 Abs. 4 StPO. Da die unentgeltliche Rechtspflege für die Privatklägerschaft nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung befreit (vgl. Art. 136 Abs. 2 StPO) und der Beschuldigte vollumfänglich obsiegt, hat der Privatkläger den Beschuldigten für dessen Aufwendungen im Berufungsverfahren zu entschädigen. Der von Rechtsanwalt Luzi Bardill geltend gemachte Aufwand von 14.5 Stunden à CHF 270.00 zzgl. 3% Spesen und 7.7% MwSt. (act. G.2) erscheint angemessen. Somit hat der Privatkläger den Beschuldigten für das Berufungsverfahren mit CHF 4'342.95 zu entschädigen.

E. 19

/ 21

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