

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AC040018 vom 10. Mai 2004

Zh Kassationsgericht, 2004-05-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AC040018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AC040018)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AC040018 du 10 mai 2004

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AC040018 del 10 maggio 2004

## Erwägungen

### E. 1

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, 8001 Zürich, Anklägerin, Drittappellantin und Beschwerdegegnerin vertreten durch Staatsanwalt Dr. iur. Ulrich Weder

### E. 2

Der Beschwerdeführer macht weiter Unverwertbarkeit der ihn belastenden Aussagen von Manuela M. geltend (Beschwerde Ziff. IV., S. 9 ff.). a) Zur Begründung führt der Beschwerdeführer aus, er habe bereits vor Bezirksgericht geltend gemacht, dass vor der ersten (polizeilichen) Befragung der

- 7 - Geschädigten am 24. Juli 2001 ein nicht protokolliertes Vorgespräch stattgefunden habe. Gerade im vorliegenden Fall, wo die Anklagebehörde geneigt sei, zentrale Passagen der ersten protokollierten Aussagen der Geschädigten zum Nachteil des Beschwerdeführers zu ignorieren, sei von grossem Interesse, was jene anlässlich des nicht protokollierten Vorgesprächs gesagt habe; dieses Vorgespräch schein e zudem recht detailliert ausgefallen zu sein, sei doch dort über die Waffe des Beschwerdeführers gesprochen worden, welcher absolut keine zentrale Bedeutung zukomme. Gemäss §§ 144 ff. GVG und § 32 Abs. 1 StPO seien - so der Beschwerdeführer weiter - alle prozessual relevanten Vorgänge in geeigneter Form festzuhalten und die entsprechenden Aufzeichnungen in die Akten zu integrieren (Dokumentationspflicht). Dies müsse auch für ein sogenanntes Vorgespräch mit der einvernehmenden Polizeibeamtin gelten. Durch das - von den Vorinstanzen geschützte - Vorgehen seien die Dokumentationspflicht, Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK sowie Art. 29 Abs. 2 BV verletzt und der Nichtigkeitsgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO erfüllt worden. b) Auf Grund der Akten ergibt sich, dass Manuela M. zusammen mit zwei weiteren Personen am 24. Juli 2001, 15.20 Uhr im Detektivbüro der Stadtpolizei Zürich erschien (HD act. 1/1 S. 5 unten). Die Einvernahme durch Kb Patricia Gmür begann um 16.05 Uhr, wobei im Verlauf dieser Einvernahme zweimal ein Vorgespräch erwähnt wird, welches offenbar in der Zeitspanne zwischen Eintreffen auf dem Polizeiposten und Beginn der Einvernahme stattgefunden hatte und wo von einer Waffe des Beschwerdeführers sowie von verschiedenen Tatorten die Rede gewesen sei (HD act. 2/4 S. 1 und S. 5). Weitere Aufzeichnungen über den Inhalt dieses Vorgesprächs liegen nicht vor. Das Bezirksgericht hielt dazu fest (OG act. 43 S. 19/20), es sei Pflicht des diensthabenden Beamten, zunächst in einem Vorgespräch abzuklären, was das Anliegen einer Bürgerin sei, um dann entscheiden zu können, ob überhaupt eine Untersuchung, und wenn ja, mit welchen Schritten, einzuleiten sei. Demnach handle es sich beim beanstandeten Vorgespräch nicht um einen prozessual relevanten Vorgang im Sinne der §§ 144 ff. GVG und § 32 Abs. 1 StPO. Es sei auch

- 8 - nicht ersichtlich, weshalb ein kurzes Vorgespräch vor der ersten polizeilichen Befragung, welchem keine zentrale Bedeutung in einer ausführlichen Untersuchung zukomme, sämtliche Aussagen der betreffenden Zeugin unverwertbar machen solle. Das Obergericht pflichtete diesen Erwägungen bei und hielt ergänzend fest (Urteil S. 11, Ziff. 3.3.), es habe sich ohnehin nicht um ein recht detailliertes Vorgespräch gehandelt, sei doch die Geschädigte am 24. Juli 2001 um 15.20 Uhr im Detektivbüro erschienen, worauf um 16.05 Uhr die (protokollierte) Einvernahme begonnen habe. c) Gemäss § 32 Abs. 1 StPO sind über alle Verhandlungen und Verfügungen im Rahmen einer Strafuntersuchung Protokolle zu führen. Indessen ist zu berücksichtigen, dass es im vorliegenden Fall nicht um die untersuchungsrichterliche Einvernahme eines Zeugen geht, sondern um erste Abklärungen im polizeilichen Ermittlungsverfahren. Nach gefestigter Praxis des Kassationsgerichts gilt die Bestimmung von § 32 Abs. 1 StPO erst im Untersuchungsverfahren, während die Protokollierung im polizeilichen Ermittlungsverfahren nicht zwingend vorgeschrieben ist (Kass.-Nr. 398/86, Entscheid vom 17. August 1987 i.S. W., Erw. 2; Kass.-Nr. 2000/002 S, Entscheid vom 17. Mai 2000 i.S. H., Erw. II./3c; Kass.-Nr. 2001/ 221 S, Entscheid vom 29. September 2001 i.S. B., Erw. II./4.1b; Kass.-Nr. 2001/ 218 S, Entscheid vom 11. November 2001 i.S. St., Erw. 5 [best. durch BGer v. 5. Februar 2002, E. 4b]; Kass.-Nr. AC020073, Entscheid v. 26. September 2003 i.S. Z., Erw. II/3.3; ebenso SCHMID, in DONATSCH/SCHMID, a.a.O., § 32 N 2 a.E.); in § 32 Abs. 2 und 3 StPO wird denn auch ausdrücklich der Untersuchungsbeamte als Normadressat genannt. Dementsprechend wurde entschieden, dass weder die Protokollierung eines Vorgesprächs, welches der polizeilichen Einvernahme vorausgeht, noch eine entsprechende Aktennotiz über den Inhalt dieses Gesprächs Gültigkeitserfordernis des Einvernahmeprotokolls darstellt (Entscheid v. 11. November 2001 i.S. St., Erw. 5). Das Bundesgericht hat in seinem bestätigenden Urteil erwogen, diese Auslegung von § 32 Abs. 1 StPO sei nicht zu beanstanden und von Verfassung wegen müssten nicht sämtliche Äusserungen, die ein Zeuge im Verlaufe eines Verfahrens mache, sondern nur deren wesentlicher Inhalt zu Protokoll genommen werden, so dass der Beschuldigte in der Lage sei, sich zum

- 9 - Ergebnis des Zeugenbeweises zu äussern (BGer v. 5.2.2002 [Proz.Nr. 6P. 199/2001], E. 4b). d) Im Lichte dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass die Dokumentationspflicht nicht verletzt wurde. Zwar macht der Beschwerdeführer geltend, die Nichtaufzeichnung des Vorgesprächs benachteilige ihn in zweifacher Hinsicht: Zum einen könne er sich damit nicht auf ihn allenfalls entlastende Passagen des Vorgesprächs berufen, zum anderen sei nicht ausgeschlossen, dass die Geschädigte im Vorgespräch zu seinem Nachteil beeinflusst worden sei. Dass gerade diese Möglichkeit nicht nur abstrakt bestanden habe, werde durch die vom Beschwerdeführer gerügten (und vom Bezirksgericht als solche anerkannten) Suggestivfragen belegt, welche der Geschädigten von den Untersuchungsbehörden gestellt worden seien. Abgesehen davon, dass es der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang unterlässt, konkret aufzuzeigen, an welchen Stellen die Vorinstanzen entscheidend auf die Aussagen der Zeugin Manuela M. abgestellt haben, vermag der Beschwerdeführer mit diesen Vorbringen keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Zwar hat das Bezirksgericht eine im polizeilichen Ermittlungsverfahren an die Geschädigte gestellte Frage als tatsächlich suggestiv bezeichnet (OG act. 43 S. 20); dabei handelt es sich aber um eine anlässlich einer späteren Einvernahme (HD act. 2/12; Einvernahme vom 11. August 2001) gemachte Aussage, welche das Bezirksgericht zudem ausdrücklich als für den Ausgang des Verfahrens unerheblich bezeichnet (was in der

Beschwerde nicht in Frage gestellt wird). Dass während der Einvernahme vom 24. Juli 2001 gegenüber der Geschädigten irgendwelche Beeinflussungs- oder Druckversuche gemacht worden seien, behauptet der Beschwerdeführer selber nicht, sondern macht lediglich geltend, dies könne nicht ausgeschlossen werden. Nachdem es die Geschädigte war, die von sich aus die Polizei aufgesucht hatte (vgl. HD act. 1/1 S. 5), können Druckversuche der geschilderten Art ohne Vorliegen konkreter Anhaltspunkte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden. e) Die anschliessende Bezugnahme des Beschwerdeführers auf die kassationsgerichtliche Rechtsprechung zu (unzulässigen) Vorverhören bei Zeugen (ZR

- 10 - 98 Nr. 63 Erw. 3) geht an der Sache vorbei, da es sich, wie schon erwähnt, nicht um eine formelle (untersuchungsrichterliche) Zeugeneinvernahme, sondern um eine bloss polizeiliche Vernehmung handelt. Ebenso wenig lässt sich aus ZR 86 Nr. 93 (Parteiöffentlichkeit von Untersuchungshandlungen) etwas ableiten: Hier hatte das Kassationsgericht entschieden, dass der Bezirksanwalt gegen § 14 Abs. 1 StPO verstosse, wenn er sich im Verlaufe einer Zeugeneinvernahme mit dem Zeugen entferne, um unter Ausschluss des Angeschuldigten ein geheimes (nicht protokolliertes) Gespräch zu führen; auch dies lässt sich nicht auf die vorliegende Konstellation übertragen, weil es sich nicht um eine förmliche Zeugeneinvernahme, sondern um eine polizeiliche Vernehmung im Zuge erster Abklärungen handelt (so schon Entscheid v. 11. November 2001 i.S. St., Erw. 5c). Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Polizei bei der Entgegennahme von Anzeigen Privater das Recht zustehen muss, ohne formalisierte Ermittlungshandlungen zunächst abzuklären, ob die Anschuldigungen nicht offensichtlich aus der Luft gegriffen sind; in diesem Fall sind sie nicht weiter zu verfolgen und brauchen auch nicht rapportiert zu werden (vgl. SCHMID, in DONATSCH/SCHMID, a.a.O., § 22 N 8). Erst wenn sich ein gewisser Anfangsverdacht konkretisiert, d.h. die erhobenen Anschuldigungen nicht offensichtlich haltlos oder gegenstandslos sind, sind sie förmlich entgegenzunehmen und ist entsprechend zu protokollieren bzw. zu rapportieren, was hier auch geschehen ist. f) Zusammenfassend ist das Vorgehen der Ermittlungsbehörde in diesem Punkt nicht zu beanstanden. Die Rüge ist unbegründet. 3.a) Der Beschwerdeführer beanstandet weiter (Beschwerde Ziff. V., S. 12/ 13) die unterbliebene gutachterliche Abklärung der Frage, weshalb der Beschwerdeführer, obschon er angeblich zahlreiche Male ohne Kondom mit Manuela M. geschlafen und diese an einem nicht kurierbaren Scheidenpilz gelitten habe, im Gegensatz zu anderen Männern, mit denen Manuela M. geschlechtlich verkehrte, nicht von diesem Pilz befallen worden sei. Der Beschwerdeführer hatte vor Obergericht die Befragung der betreffenden Männer als Zeugen beantragt, wozu das Obergericht ausführte (Urteil S. 20), zum

- 11 - einen ergebe sich aus den Akten nicht klar, ob Manuela M. die in Frage stehenden Männer tatsächlich mit einem Scheidenpilz angesteckt habe bzw. wann dies der Fall gewesen wäre; diese Frage könne aber offen bleiben, weil selbst dann, wenn dies zuträfe, nicht ausgeschlossen werden könnte, dass der Beschwerdeführer gegen den fraglichen Pilz resistent sei oder eine Ansteckung aus anderen Gründen nicht erfolgt sei. Der Beschwerdeführer macht geltend, ob Resistenz gegen den fraglichen Scheidenpilz überhaupt möglich sei, ob der Beschwerdeführer resistent sei und ob trotz mehrfachen Beischlafs ohne Kondom der Beschwerdeführer allenfalls "aus anderen Gründen" nicht angesteckt worden sei, sei nicht vom Obergericht, dem entsprechendes Fachwissen abgehe, zu beurteilen gewesen, sondern durch einen Arzt. Mit der Ablehnung des Beweisantrages

habe das Obergericht den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) sowie Verteidigungsrechte gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK verletzt. b) Gemäss § 109 Abs. 1 StPO werden Sachverständige beigezogen, wenn es zur Feststellung oder tatsächlichen Würdigung eines Sachverhaltes besonderer Kenntnisse bedarf. Entscheidet das Gericht ohne Beizug eines Sachverständigen, so liegt ein Nichtigkeitsgrund vor, wenn es sich um eine Feststellung oder Würdigung von Tatsachen handelt, die es schlechterdings nicht selber feststellen oder würdigen kann, was grundsätzlich anhand objektiver Kriterien zu beurteilen ist (DONATSCH, a.a.O., § 109 N 29/30; Kass.-Nr. 2002/030 S v. 30.9.2002 i.S. D. M., Erw. II/4e). Denkbar ist auch die Abklärung eines abstraktwissenschaftlichen Sachverhaltes anhand von allgemein zugänglicher Fachliteratur (vgl. DONATSCH, a.a.O., § 109 N 23; Kass.-Nr. AC030030 v. 1. Dezember 2003 i.S. P. F., Erw. II/ 5.1a; so etwa zur Frage, ob die Unversehrtheit des Jungfernhäutchens einen Beweis gegen die Vollendung des Beischlafs bildet, vgl. Kass.-Nr. 95/343 S v. 18. November 1996 i.S. H., Erw. III/7). Bei der in Frage stehenden Feststellung handelt es sich um einen medizinischen Sachverhalt. Dabei stützte sich die Vorinstanz für ihre Annahme, mit welcher sie den Beweisantrag abwies, weder auf Fachliteratur, noch zog sie ein Sachverständigengutachten bei. Die Kenntnis darüber, ob Resistenz gegenüber einem Scheidenpilz (dessen Existenz von der Vorinstanz nicht Abrede gestellt

- 12 - wird) möglich ist bzw. ob trotz mehrfachen ungeschützten Beischlafs eine Ansteckung "aus anderen Gründen" (welchen?) unterbleiben könne, entzieht sich jedoch klarerweise der Beurteilung durch einen medizinischen Laien; die entsprechenden Feststellungen der Vorinstanz sind denn auch bloss, nicht weiter begründete Mutmassungen. Damit versties die Vorinstanz gegen § 109 Abs. 1 StPO, was einer Verletzung gesetzlicher Prozessformen zum Nachteil des Beschwerdeführers (§ 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO) gleichkommt. Die Beschwerde ist insoweit begründet.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer beanstandet weiter (Beschwerde Ziff. VI., S. 13 ff.), dass Manuela M. ihre Aussagen als Zeugin und unter Hinweis auf die strenge Strafandrohung von Art. 307 StGB gemacht hatte. Er rügt eine Verletzung der §§ 128 ff. StPO sowie weiterer Verfassungs- und Konventionsnormen. a) Zur Begründung macht der Beschwerdeführer geltend, betreffend Inzest sei die zur Tatzeit 23-jährige Manuela M. nicht Geschädigte, sondern Mittäterin gewesen; insoweit habe sie nicht als Zeugin befragt werden dürfen. Erst recht habe damit das Bezirksgericht - und diesem folgend das Obergericht - nicht deren Aussagen die erhöhte Beweiskraft einer Zeugenaussage beimessen dürfen, was jedoch geschehen sei. Der "Kunstgriff" der Bezirksanwaltschaft, Manuela M. betreffend Inzest wegen angeblicher Unzumutbarkeit gesetzeskonformen Verhaltens einen diesbezüglichen Rechtfertigungsgrund zuzubilligen, um keine Strafuntersuchung einleiten zu müssen und sie als Zeugin befragen zu können, sei generell unstatthaft. Zudem verletze ein solches Vorgehen den Grundsatz der Rechtsgleichheit nach Art. 8 und 29 Abs. 1 BV. b) Manuela M. wurde zunächst mehrfach polizeilich (HD act. 2/4, 2/9, 2/10, 2/12) und sodann erstmals am 20. September 2001 unter Hinweis auf die Folgen einer wissentlich falschen Zeugenaussage gemäss Art. 307 StGB als Zeugin befragt (HD act. 2/21); zwei weitere untersuchungsrichterliche Befragungen - ebenfalls als Zeugin - fanden am 21. September und 3. Oktober 2001 statt (HD act. 2/22, 2/23). Bezirks- und diesem folgend Obergericht haben weitgehend zulasten des Beschwerdeführers auf diese Zeugenaussagen abgestellt

(vgl. OG act. 43 S.

#### **E. 7**

Abschliessend beanstandet der Beschwerdeführer (Beschwerde Ziff. IX., S. 17/18), dass die Vorinstanz seinem aktenmässig dokumentierten unmässigen Alkoholkonsum bei der Bemessung der Strafe nicht (hinreichend) Rechnung getragen habe. Von der Verteidigung sei beantragt worden, dem Beschwerdeführer wegen seines permanent übermässigen Alkoholkonsums der "Strafmilderungsgrund der in mittlerem Grad eingeschränkten Zurechnungsfähigkeit" zuzugestehen. Indem die Vorinstanz dem nicht gefolgt sei, habe sie willkürlich und in Verletzung von Art. 9 und 29 Abs. 1 BV entschieden. Das Obergericht hat im Rahmen der Strafzumessung auf den Alkoholkonsum des Beschwerdeführers Bezug genommen; es hat hinsichtlich des Inzestes die Annahme einer verminderten Zurechnungsfähigkeit abgelehnt, jedoch dem Beschwerdeführer beim Tatbestand der Drohung eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit zugebilligt (Urteil S. 47). Ob es damit die für die Strafzumessung massgebenden Kriterien zutreffend gewichtet hat, ist eine Frage der Auslegung von Art. 63 ff. StGB und unterliegt insoweit nicht der Überprüfung durch das Kassationsgericht (§ 430b StPO). Dass das Obergericht in diesem Zusammenhang willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen habe, macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Auf die Rüge ist somit nicht einzutreten.

#### **E. 8**

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde in einem Punkt (Erw. 3 vorstehend) als begründet. Demgemäss ist in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde das angefochtene Urteil des Obergerichts vom 25. November 2003 aufzuheben; die Sache ist zur Behebung des Mangels und anschliessender Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) auf die Gerichtskasse zu nehmen.

- 17 - Das Gericht beschliesst:

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