

# ZH\_OBERGERICHT SB200093 vom 12. Mai 2020

ZH Obergericht, 2020-05-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB200093](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200093)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB200093 du 12 mai 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT SB200093 del 12 maggio 2020

## Erwägungen

### E. 1

Am 27. September 2017 erstattete der Geschäftsleiter der Institution C.\_\_\_\_\_ Anzeige gegen den Beschuldigten wegen sexueller Nötigung zum Nachteil von D.\_\_\_\_\_ sowie von E.\_\_\_\_\_ (Urk. 1/1). Nach durchgeführter Untersu-

- 2 - chung erhob die Jugendanwaltschaft Limmattal/Albis am 8. Januar 2019 Anklage gegen den Beschuldigten an das Jugendgericht Affoltern wegen mehrfacher sexueller Nötigung sowie mehrfacher Nötigung zum Nachteil des Geschädigten D.\_\_\_\_\_ (Urk. 30). Das Verfahren zum Nachteil von E.\_\_\_\_\_ wurde am 27. Dezember 2018 eingestellt (bestätigt mit Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichtes Zürich vom 18. April 2019 im Verfahren UE190007). Nach der Sistierung des Verfahrens zufolge Aktenbeizuges der Staatsanwaltschaft (vgl. Urk. 31 und Urk. 32 Gerichtsakten) ging am 24. Juli 2019 die von der Vorinstanz beurteilte Anklageschrift ein (Urk. 35 Gerichtsakten). Mit Urteil vom 16. Oktober 2019 sprach das Jugendgericht Affoltern den Beschuldigten der mehrfachen sexuellen Nötigung sowie der mehrfachen Nötigung (Anklagevorwurf 1.2 Punkt 1) schuldig. Vom Vorwurf der Nötigung gemäss Anklagevorwurf

### E. 1.2

Punkt 2 sprach es ihn frei.

### E. 2

Gegen diesen Entscheid erhob der Beschuldigte fristgerecht Berufung (Urk. 65). Die Berufungserklärung vom 13. Februar 2020 erfolgte ebenfalls innert Frist (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 75). Nachdem der Oberjugendankwaltschaft mit Präsidialverfügung vom 4. März 2020 Frist angesetzt worden war, Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen sowie sich zu den Beweisanträgen zu äussern, verzichtete diese auf Anschlussberufung (Urk. 82).

### E. 3

Mit der Berufungserklärung beantragte der Beschuldigte auch, es seien von sämtlichen "Video"-Befragungen schriftliche Wortprotokolle zu erstellen und den Parteien zuzustellen. Eventualiter sei seine Videobefragung vom 29. November 2017 anlässlich der Berufungsverhandlung zu visionieren (Urk. 75 S. 2 ff.). Die Oberjugendankwaltschaft beantragt die Abweisung dieser Anträge (Urk. 82 S. 2 und S. 3 f.). Diesen Antrag auf Erstellung von schriftlichen Wortprotokollen stellte der Beschuldigte im Verlauf des vorliegenden Verfahrens bereits mehrmals (Urk. 19/1; Urk. 49). Sowohl die Jugendankwaltschaft als auch die Vorinstanz lehnten diesen jedoch ab (Urk. 19/2; Urk. 74 S. 6 f.).

- 3 - II. Niederschrift der Videoaufnahmen Der Beschuldigte wurde am 29. November 2017 polizeilich als Beschuldigter be- fragt (Urk. 2/1). Der Geschädigte D.\_\_\_\_\_ wurde am 3. Oktober 2017 sowie am

### E. 5

Im vorliegenden Fall wurde von der Verteidigung vor Vorinstanz beispielsweise gerügt, dass der Geschädigte D.\_\_\_\_\_ in den beiden mittels Video aufge- zeichneten Einvernahmen unterschiedliche bzw. widersprüchliche Aussagen ge- macht habe (Urk. 61 S. 11-14). Um überprüfen zu können, ob dieses Vorbringen zutrifft und um eine Würdigung der Aussagen des Geschädigten D.\_\_\_\_\_ vorzunehmen, ist es erforderlich, beide Videoaufzeichnungen nochmals praktisch von A-Z zu visionieren. Der Zeitaufwand hierzu ist um ein Vielfaches grösser, als wenn schriftliche Protokolle dafür benützt werden können. Die Vertei- digung ist nicht verpflichtet, genaue Akten- bzw. Videobandstellen anzugeben, ansonsten ihre Einwände rechtlich unbeachtlich wären. Das Gericht hat die Ein- wände unabhängig von solchen Präzisierungen zu überprüfen. Auch das Argument der Verfahrensökonomie spricht deshalb nicht für den Ver- zicht auf eine schriftliche Niederschrift einer audiovisuellen Aufnahme, sondern – im Gegenteil – für eine zusätzliche schriftliche Niederschrift. Ebenso ist an den Fall zu denken, in dem die Parteien in der Gerichtsverhandlung auf einzelne Aus- sagen der videobefragten Person eingehen. Hier ermöglicht ein schriftliches Pro- tokoll eine schnelle und effiziente Überprüfung der Argumente. Es verzögert eine Verhandlung ungemein, wenn das Gericht zunächst durch Abspielen der Video- befragung feststellen muss, wo sich die gerügte Aussagestelle auf dem Video- band befindet und in welchem Kontext die entsprechende Aussage überhaupt

- 10 - erfolgte. Eine Gerichtsverhandlung sollte schliesslich nicht zur Multimediaver- anstaltung eines "Video Jockeys" mutieren. Schliesslich geht es um eine grundsätzliche Frage im Strafprozess mit Video- befragungen. Im Rahmen eines Gerichtsverfahrens genügt es nicht, die Video- aufzeichnung der Kinderbefragung einfach anzuschauen und dann das Urteil danach zu fällen, ob man den Eindruck erhält, das Kind habe glaubhaft oder un- glaubhaft ausgesagt. Insbesondere bei älteren Kindern ist oft eine seriöse Aussa- genanalyse nötig, welche die Gegenüberstellung von Aussagen in verschiedenen Befragungen bedingt. Bei umfangreichen Videoaufnahmen ist ein sorgfältiger Vergleich von Aussagestellen allein aufgrund von Videoaufnahmen äusserst in- effizient. Schliesslich müssten sich alle an der Entscheidungsfindung Beteiligten schriftliche Aufzeichnungen über die wesentlichen Aussagen machen, um eine sinnvolle Urteilsberatung durchführen zu können, und dies über alle Instanzen hinweg. Letztlich müsste gar das Bundesgericht bei Willkür rügen sämtliche Auf- zeichnungen visionieren. VI. Rückweisung 1. Laut Art. 379 StPO richtet sich das Rechtsmittelverfahren sinngemäss nach den allgemeinen Vorschriften der Strafprozessordnung, soweit keine anders- lautende 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 Staats- anwaltschaft 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 (STEPHENSON/ZALUNARDO- WALSER, in: BSK StPO, a.a.O., N 8 zu Art. 329).

- 11 - 2. Das Verfahren ist deshalb an die Vorinstanz zurückzuweisen, welche zu prüfen hat, ob sie es ihrerseits an die Untersuchungsbehörden zur Vervollständigung der Akten im Sinne der Erwägungen zurückweist. Das erstinstanzliche Gericht kann jedoch auf die Anklagezulassung zurückkommen (Art. 329 Abs. 2 StPO). Das Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern, Jugendgericht, vom 16. Oktober 2019 ist somit aufzuheben (Art. 409 Abs. 1 StPO) und das vorliegende Berufungsverfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, als erledigt an den Registern abzuschreiben und allenfalls, bei Wiedereingang, neu einzutragen. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen Ausgangsgemäss fallen die Gerichtsgebühren für das durchgeführte erst- sowie zweitinstanzliche Verfahren ausser Ansatz (Art. 428 Abs. 4 StPO), wobei die Vorinstanz über die weiteren Kosten (wie auch die Kostenaufgabe) erneut zu befinden haben wird. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens (inkl. allfälliger Kosten für die amtliche Verteidigung) sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. VIII. Rechtsmittel 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

- 12 - 29. September 2017 E. 4). Hinzuweisen ist allerdings auf einen neueren Entscheid des Bundesgerichts vom 19. Januar 2020, mit welchem ein nicht wieder gutzumachender Nachteil bei einer Rückweisung zwecks Niederschrift einer Videobefragung verneint wurde (1B\_518/2019). 2. Es erscheint daher im Rahmen des vorliegenden Beschlusses angebracht, als – allenfalls mögliches – Rechtsmittel die Beschwerde gemäss Art. 93 BGG anzugeben. Es wird beschlossen:

### **E. 5.1**

Die Oberjugendanwaltschaft weist zutreffend darauf hin, dass SCHMID/ JOSITSCH im Praxiskommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung die Auffassung vertreten, im Falle von Art. 154 StPO sei eine Übertragung der audio- visuellen Einvernahme in Schriftform nicht zwingend (SCHMID/JOSITSCH, a.a.O.,

- 6 - 3. Aufl. 2018, N 11 zu Art. 154). Allerdings begründen diese Autoren ihre Auffassung mit keinem Wort. Gleich äussert sich auch WOHLERS im Schulthess- Kommentar zur StPO. Die Videoaufnahme müsse nicht in Schriftform übertragen werden (WOLFGANG WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, 2. Aufl. 2014, N 14 zu Art. 154). Auch hier findet sich allerdings keine nähere Begründung für eine Abweichung von den allgemeinen Protokollierungsvorschriften. Immerhin äussert sich BRÜSCHWEILER im selben Kommentar im Rahmen von Art. 76 StPO, dass eine technische Aufzeichnung das schriftliche Protokoll nicht ersetzen könne (DANIELA BRÜSCHWEILER, a.a.O., N 8 zu Art. 76).

## E. 5.2

Soweit sich die Staatsanwaltschaft auf den Basler Kommentar beruft (vgl. Urk. 82 S. 3), erscheint dies fraglich. Die entsprechende Stelle von WEHRENBURG (N 24 zu Art. 154 StPO) ist nicht restlos klar; scheint sich aber eher auf den separaten Bericht über besondere Beobachtungen gemäss Art. 154 Abs. 4 lit. f. StPO zu beziehen als auf eine Niederschrift der Befragung des Kindes selbst (vgl. WEHRENBURG, in: BSK StPO, 2. Aufl. 2014, N 24 zu Art. 154).

## E. 5.3

Weitere Autoren äussern sich gegenteilig zum Verzicht auf schriftliche Protokollierung. So hält OBERHOLZER fest, dass eine audiovisuelle Aufnahme das schriftliche Protokoll nicht zu ersetzen, sondern bloss zu ergänzen vermöge (NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2012, N 1275). Ebenso vertritt BERSET HEMMER im Commentaire Romand die Auffassung, die Kinderbefragung nach Art. 154 StPO sei schriftlich festzuhalten (VALÉRIE BERSET HEMMER, Commentaire Romand, Code de procédure pénal suisse, Basel 2011, N 11 zu Art. 154). Auch RIKLIN spricht sich klar für eine schriftliche Niederschrift der Videoaufnahme aus, ausdrücklich auch bei Einvernahmen von Kindern nach Art. 154 StPO. Er weist darauf hin, dass ein vollständiger Ersatz des Protokolls durch Aufzeichnungen auch verfahrensökonomisch problematisch wäre, weil sich die Prozessbeteiligten diese Aufnahme mit grossem zeitlichen Aufwand unter Umständen mehrmals zu Gemüte führen müssten (FRANZ RIKLIN, OF-Kommentar StPO, 2. Aufl. 2014, N 5 zu Art. 76). Schliesslich spricht auch MELUNOVIC stets von einer zur schriftlichen Protokollierung zusätzlichen audiovisuellen Aufzeichnung von Einvernahmen (KENAD MELUNOVIC, Das Erfordernis von audiovisuellen

- 7 - Aufzeichnungen im Strafverfahren als Ausfluss des Gebots des bestmöglichen Beweismittels, AJP 2016 S. 596 ff., S. 605 f.). V. Schlussfolgerung 1. Da es sich vorliegend nicht um einen Fall von Art. 144 StPO mit einer nicht oder nur schwer zu erreichenden Person handelt, braucht nicht weiter darauf eingegangen zu werden, welche Protokollierungsvorschriften bei Videokonferenzen nach Art. 144 StPO gelten, auch wenn es gewisse Parallelitäten gibt. 2. Die Oberjugend-anwaltschaft beruft sich denn auch richtigerweise einzig auf Art. 154 StPO, welche lex specialis zu den allgemeinen Protokollierungsvorschriften sei. Für den Beweiswert einer Aussage ist es ohne Bedeutung, ob eine schriftliche Niederschrift der audiovisuellen Aufnahme erfolgt oder nicht. Insofern weisen Wortprotokolle tatsächlich keinen Mehrwert auf. Vorliegend ist die Frage jedoch einzig im Lichte der Dokumentationsvorschriften im Strafverfahren zu beurteilen. Es mag sein, dass allein gestützt auf den Wortlaut von Art. 154 Abs. 4 lit. d StPO, wonach die Einvernahme mit Bild und Ton aufgezeichnet werde, der Standpunkt vertretbar wäre, dass keine zusätzliche schriftliche Niederschrift nötig sei. Umgekehrt spricht der Wortlaut aber auch nicht davon, dass auf eine schriftliche Protokollierung oder Niederschrift verzichtet werden könne bzw. die Videoaufnahme an deren Stelle trete. Im Kontext mit den allgemeinen Vorschriften über den zwingenden Charakter einer schriftlichen Niederschrift von Art. 76 bis Art. 78 StPO ist ein Verzicht darauf nicht zulässig. 3. Art. 154 StPO trägt den Titel "besondere Massnahmen zum Schutz von Kindern". Gemäss Wortlaut von Art. 154 Abs. 4 StPO geht es in dieser Bestimmung um eine Vermeidung schwerer psychischer Belastung, insbesondere durch eine Gegenüberstellung [i.d.R. mit dem Täter]. Es ist nicht nachvollziehbar, inwieweit sich ein Verzicht auf eine schriftliche Niederschrift der Videobefragung als Schutzmassnahme für das befragte Kind

auswirken könnte und Art. 154 StPO somit als Sondervorschrift (*lex specialis*) den allgemeinen Protokollierungsregeln von Art. 76 - 78 StPO vorgehen müsste. Auch das Bundesgericht hat in BGE 143

- 8 - IV 408 klar die Auffassung geäußert, dass im Falle audiovisueller Aufzeichnung auf die schriftliche Niederschrift der verfahrensmässig relevanten Vorgänge nicht verzichtet werden könne. Zwar handelte es sich in jenem Fall um eine mehrtägige Videoaufzeichnung einer Gerichtsverhandlung, jedoch im Rahmen jener Verhandlung ebenfalls um Beweiserhebungen, mithin eine persönliche Befragung des Beschuldigten (BGE 143 IV 415 E. 6.2.2). Es wäre nicht nachvollziehbar, weshalb das Bundesgericht für eine Beweisabnahme bzw. eine Einvernahme eines Beschuldigten vor Gericht eine schriftliche Niederschrift der Videoaufzeichnung verlangt, nicht jedoch für Einvernahmen im Rahmen der Untersuchung. So entschied das Bundesgericht im Entscheid 6B\_98/2018 vom 18. April 2019 denn auch, dass die bloss als Audiodatei abgespeicherte polizeiliche Einvernahme zweier Unfallbeteiligter nicht genüge (E. 2.4). 4. Schliesslich ist noch auf den Aspekt der Verfahrensökonomie einzugehen. Es trifft sicher zu, dass eine schriftliche Niederschrift der Videoaufzeichnung einen zusätzlichen Aufwand für die befragende Ermittlungsbehörde bedeutet. Allerdings können solche Aufgaben auch leicht an eine Schreibkraft delegiert werden. Diese Sichtweise übermässigen Aufwands lässt zudem den späteren Zusatzaufwand ausser Betracht. Für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussage, die Entscheidfindung 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. Dies gilt jedenfalls bei mehrfachen Befragungen kindlicher Opfer, die sich gesamthaft über mehrere Stunden erstrecken können. 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

- 9 - 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.

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