

# ZH\_OBERGERICHT UE130053 vom 19. Juli 2013

ZH Obergericht, 2013-07-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_ue130053](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_ue130053)

FR: ZH\_OBERGERICHT UE130053 du 19 juillet 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT UE130053 del 19 luglio 2013

## Erwägungen

### E. 1

Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich führte eine Strafuntersuchung gegen C.\_\_\_\_\_ (geb. 1985) wegen sexueller Handlungen mit Kindern. Er soll mit A.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.1996) am 27. März 2012 Geschlechtsverkehr gehabt haben. Am 24. Januar 2013 stellte die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren ein.

#### E. 1.1

Die Staatsanwaltschaft macht geltend (Urk. 8 S. 2), sie sei in der Strafuntersuchung davon ausgegangen, die minderjährige, gehörlose, leicht geistig behinderte und verbeiständete Beschwerdeführerin sei durch die Vormundschaftsbehörde vertreten. Jene Behörde habe Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ mandatiert. Die Einstellungsverfügung sei dem Anwalt als Vertreter der Vormundschaftsbehörde zugestellt worden. Gemäss der Beschwerdeschrift vertrete der Anwalt die Beschwerdeführerin direkt. Eine Vollmacht liege nicht vor. Es scheine fraglich, ob die Beschwerdeführerin selbst einen Anwalt mandatieren könne.

- 3 -

#### E. 1.2

Gemäss Art. 106 StPO kann die Partei Verfahrenshandlungen nur gültig vornehmen, wenn sie handlungsfähig ist (Abs. 1). Eine handlungsunfähige Person wird durch ihre gesetzliche Vertretung vertreten (Abs. 2). Eine urteilsfähige handlungsunfähige Person kann neben ihrer gesetzlichen Vertretung jene Verfahrensrechte ausüben, die höchstpersönlicher Natur sind (Abs. 3).

#### E. 1.3

In der Beschwerde vom 21. Februar 2013 bezeichnet sich Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ als Vertreter der Beschwerdeführerin (Urk. 2). Eine Vollmacht der Beschwerdeführerin liegt der Beschwerde nicht bei. Das Recht, ein Rechtsmittel zu ergreifen, steht einer von einem Verfahren unmittelbar betroffenen Person um ihrer Persönlichkeit willen zu und ist demgemäss ein höchstpersönliches Recht, das grundsätzlich auch ein urteilsfähiger Minderjähriger selbständig ausüben kann (vgl. Christophe A. Herzig, Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör, in: AJP 2013 S. 182 ff., insb. S. 187). Insofern hätte die Beschwerdeführerin wohl grundsätzlich den Anwalt selbst bevollmächtigen können. Es bestehen gewisse Zweifel, ob sie dazu in der Lage gewesen wäre, da sie nach den Angaben ihres Vertreters an einer (leichten) geistigen Behinderung leidet (vgl. Urk. 13). Mit Schreiben vom 3. April 2013 erklärte Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_, die Bevollmächtigung erfolge durch die Mutter der Beschwerdeführerin. Während des Untersuchungsverfahrens habe die Amtsvormundschaft für die Beschwerdeführerin gehandelt, da ein Verfahren betreffend

Sorgerechtsentzug hängig gewesen sei. Mittlerweile sei das Verfahren zugunsten des Sorgerechts der Kindsmutter entschieden worden. Es sei noch nicht rechtskräftig. Im Rahmen des verfügten Sorgerechtsentzugs sei dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung nicht aberkannt worden. Auch ohne Nachweis der Rechtskraft sei die Kindsmutter deshalb im Besitz des Sorgerechts (Urk. 13). Der Kindes- und Erwachsenenschutzdienst Bezirk Zurzach teilte dem Obergericht am 3. Juni 2013 mit, dass das Obergericht des Kantons Aargau am 8. März 2013 den Sorgerechtsentzug der Kindsmutter aufgehoben habe und der Entscheid

- 4 - rechtskräftig sei (Urk. 16 und Urk. 17). Die von der Mutter der Beschwerdeführerin unterzeichnete Vollmacht für den Anwalt ist undatiert (Urk. 12). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Handlungen des Vertreters der Beschwerdeführerin damit (nachträglich) genehmigt wurden.

#### **E. 1.4**

Die weiteren Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

#### **E. 2**

A.\_\_\_\_\_ erhebt Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich (Urk. 2). Sie beantragt die Aufhebung der Einstellungsverfügung. Die Staatsanwaltschaft hat sich vernehmen lassen. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit auf diese einzutreten sei (Urk. 8). A.\_\_\_\_\_ hat repliziert (Urk. 13). Die Staatsanwaltschaft hat sich dazu nicht vernehmen lassen. C.\_\_\_\_\_ hat sich ebenfalls nicht vernehmen lassen. Wegen Ferienabwesenheit eines Richters ergeht der Entscheid nicht in der den Parteien mit Verfügung vom 1. März 2013 (Urk. 6) angekündigten Besetzung. II. 1. Angefochten ist eine Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft. Dagegen ist die Beschwerde beim Obergericht zulässig (Art. 322 Abs. 2 und Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO; § 49 GOG/ZH).

#### **E. 2.1**

Die Staatsanwaltschaft gibt in der Einstellungsverfügung die Aussagen der Beschwerdeführerin und des Beschwerdegegners 1 wieder. Die Beweislage sei unergiebig. Es stehe Aussage gegen Aussage. Die Aussagen der Beschwerdeführerin seien nicht durchwegs konstant und/oder in jedem Fall nachvollziehbar. Dies sei zwar mit ihrer Behinderung zu erklären, nicht aber zum Nachteil des Beschwerdegegners 1 zu werten. Gemäss den Ausführungen im Nachtragsrapport der Polizei sei der Beschwerdegegner 1 nicht nur hör-, sondern auch gehbehindert. Die von der Beschwerdeführerin beschriebene Sexstellung im Stehen scheine deshalb wahrscheinlich eher schwer auszuüben. Die Untersuchung habe nichts ergeben, was eine Anklageerhebung rechtfertige. Weitere Untersuchungen, welche daran etwas ändern könnten, seien nicht erfolgsversprechend.

#### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend (Urk. 2), es stelle sich die Frage, ob sie mit dem Beschwerdegegner 1 Geschlechtsverkehr gehabt habe. In den Akten werde der Hinweis vermisst, ob die Beschwerdeführerin (noch) Jungfrau sei. Im Untersuchungsverfahren seien oft nur die Aussagen der Beteiligten vorhanden. Einzustellen sei aber nur, wenn anzunehmen sei, dass ein Delikt nicht stattgefunden habe. Aus den Befragungen des Beschwerdegegners 1 entstehe der Eindruck, dass dieser nur zugebe, was man ihm belegen könne. Das Gewicht der Untersuchung sei auf den Geschlechtsverkehr gelegt

worden. Andere sexuelle Handlungen seien nicht in Erwägung gezogen worden.

### **E. 2.3**

Gemäss Art. 319 Abs. 1 StPO verfügt die Staatsanwaltschaft die vollständige oder teilweise Einstellung des Verfahrens, wenn: a) kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt; b) kein Straftatbestand erfüllt ist; c) Rechtferti-

- 5 - gungsgründe einen Straftatbestand unanwendbar machen; d) Prozessvoraussetzungen definitiv nicht erfüllt werden können oder Prozesshindernisse aufgetreten sind; e) nach gesetzlicher Vorschrift auf Strafverfolgung oder Bestrafung verzichtet werden kann.

Demgegenüber erhebt die Staatsanwaltschaft Anklage, wenn sie aufgrund der Untersuchung die Verdachtsgründe als hinreichend erachtet und keinen Strafbefehl erlassen kann (Art. 324 Abs. 1 StPO). Der Grundsatz "in dubio pro duriore" fliesst aus dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 2 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 319 Abs. 1 und Art. 324 Abs. 1 StPO). Er bedeutet, dass eine Einstellung durch die Staatsanwaltschaft grundsätzlich nur bei klarer Straflosigkeit bzw. offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen angeordnet werden darf. Bei der Beurteilung dieser Frage verfügt die Staatsanwaltschaft über einen gewissen Spielraum. Hingegen ist (sofern die Erledigung mit einem Strafbefehl nicht in Frage kommt) Anklage zu erheben, wenn eine Verurteilung wahrscheinlicher erscheint als ein Freispruch (BGE 138 IV 186 E. 4.1 mit Hinweisen; Urteile 6B\_126/2013 vom 28. Mai 2013 E. 4.1; 1B\_534/2012 vom 7. Juni 2013 E. 2.1; 1B\_429/2012 vom 19. Juni 2013 E. 3.1; 1B\_747/2012 vom 27. Juni 2013 E. 2).

### **E. 3**

September 2012 E. 2.2.2; vgl. auch Urteil 1B\_578/2012 vom 18. Oktober 2012 E. 3.4).

#### **E. 3.1**

Der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer mit einem Kind unter 16 Jahren eine sexuelle Handlung vornimmt, es zu einer solchen Handlung verleitet oder es in eine sexuelle Handlung einbezieht.

#### **E. 3.2**

Der Beschwerdegegner 1 hatte angenommen, dass die Beschwerdeführerin zur Tatzeit 15 Jahre alt war und er wusste, dass das Schutzalter bei 16 Jahren liegt. Er bestreitet, sexuellen Kontakt mit ihr gehabt zu haben (Urk. 9/10 S. 2 und S. 4).

#### **E. 3.3**

"Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen", in welchen sich als massgebliche Beweise belastende Aussagen des mutmasslichen Opfers und bestreitende

- 6 - Aussagen der beschuldigten Person gegenüberstehen, müssen nicht zwingend oder auch nur höchstwahrscheinlich gestützt auf den Grundsatz "in dubio pro reo" zu einem Freispruch führen. Die einlässliche Würdigung der Aussagen der Beteiligten ist grundsätzlich Sache des urteilenden Gerichts (Urteil 1B\_466/2012 vom

#### **E. 3.4**

Vorliegend würdigt die Staatsanwaltschaft die Aussagen der Beteiligten ungenügend. Sie gibt die Aussagen der Beschwerdeführerin wieder und bezeichnet diese als nicht durchwegs konstant, was mit der Behinderung der Beschwerdeführerin zu erklären sei. Dass deren Aussagen deshalb aber an sich ungläubhaft sind, lässt sich den Erwägungen der

Staatsanwaltschaft nicht entnehmen. Sie hat die Aussagen nicht nach allfälligen Realkennzeichen untersucht (vgl. dazu auch Urteil 6B\_494/2012 vom 21. Februar 2013 E. 1.4.1, wo nicht der Geschlechtsakt, sondern lediglich die Einwilligung des Opfers zur Diskussion stand). Das kann im vorliegenden Fall für die Strafbehörden schwierig sein, da die Beschwerdeführerin an einer leichten geistigen Behinderung leidet (vgl. Urk. 13; vgl. zur allfälligen Anordnung eines Glaubhaftigkeitsgutachtens Urteil 6B\_703/2012 vom 3. Juni 2013 E. 5.3) und ihre Sachdarstellung unter Mithilfe einer Übersetzerin aus der Gebärdensprache erhoben werden muss. Eine nachvollziehbare Würdigung der Aussagen des Beschwerdegegners 1 fehlt. Er bestritt in der polizeilichen Befragung zunächst, die Beschwerdeführerin zu kennen (Urk. 9/10 S. 2 f.). Als die Polizei ihn mit Beweismitteln konfrontierte, gab er zu, die Beschwerdeführerin zu kennen (Urk. 9/10 S. 3 ff.). Er sagte aus, die Beschwerdeführerin habe ihm SMS geschrieben und sich mit ihm treffen wollen. Er habe die Beschwerdeführerin aber nicht treffen wollen (Urk. 9/10 S. 4). Als die Polizei den Beschwerdegegner 1 damit konfrontierte, dass er der Beschwerdeführerin eine SMS schrieb, wonach er sie habe am Bahnhof Oerlikon treffen wollen, gab er zur Antwort, sie sei nicht gekommen (Urk. 9/10 S. 5). Auf die Frage, ob er ihr eine SMS geschrieben habe, um sie in Baden zu treffen, antwortete er, sie sei ja nicht gekommen und lüge. Er habe einen Beweis haben wollen, dass sie lüge. Er habe immerhin den Fahrschein bezahlen müssen. Er habe nur mit ihr sprechen

- 7 - und spazieren wollen. Sie habe mit ihm eine Beziehung gewollt, er habe aber nur ein kollegiales Verhältnis mit ihr haben wollen (Urk. 9/10 S. 6). Er habe der Beschwerdeführerin gesagt, es sei geheim, dass sie sich treffen und reden. Sie habe dies für sich behalten und den anderen nicht weitersagen sollen (Urk. 9/10 S. 8). Sodann hat der Beschwerdegegner 1 bestritten, die Beschwerdeführerin am Tag der Tat in ... gesehen zu haben. Erst als die Polizei ihm das Bild von ihm und der Beschwerdeführerin vorhielt, welches ihn am Tag der ihm vorgeworfenen Tat in ... zeigt, gab er zu, dort gewesen zu sein (Urk. 9/11 S. 1 ff.). Die Aussagen des Beschwerdegegners 1 belegen zwar keine sexuelle Handlung, überzeugen jedoch inhaltlich nicht. Sein Aussageverhalten erweckt den Eindruck, er wolle eine Verbindung zur Beschwerdeführerin abstreiten, bis ihm das Gegenteil belegt wird. Sein Aussageverhalten begründet Zweifel an seinen Aussagen. Demgegenüber konnten die Aussagen der Beschwerdeführerin bisher insofern verifiziert werden, als sich der Beschwerdegegner 1 am Tag der angeblichen Tat mit der Beschwerdeführerin traf. Er soll um ca. 19.15 Uhr bei der Gruppe des Internats angekommen sein. Die Beschwerdeführerin soll den Beschwerdegegner 1 um ca. 20.00 Uhr hinausbegleitet haben. Eine Viertelstunde später sei sie zurückgekommen (vgl. Urk. 9/2 S. 3). Die Beschwerdeführerin hat in der Befragung als Örtlichkeit der sexuellen Handlung die Herrentoilette bezeichnet und davon eine Skizze gemacht (Urk. 9/5 letzte Seite). Aus den Akten ist nicht ersichtlich, ob die Skizze die Örtlichkeit zutreffend darstellt. Die Beschwerdeführerin hat weiter erklärt, dass der Beschwerdegegner 1 bei der angeblich sexuellen Handlung auf der Herrentoilette unten gelegen habe und sie oben. Im Wald seien sie gestanden (Urk. 9/5 S. 29). Es mag zutreffen, dass die von ihr beschriebene Stellung im Stehen aufgrund der Gehbehinderung des Beschwerdegegners 1 schwer durchführbar ist. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass es zu sexuellen Handlungen gekommen sein könnte.

### **E. 3.5**

Unter Würdigung der gesamten Umstände ist nicht von einer klaren Straflosigkeit des Beschwerdegegners 1 auszugehen. Die Beschwerde ist begründet.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerde ist gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen (vgl. Art. 397 Abs. 2 StPO). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 4 StPO). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist damit insofern gegenstandslos.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen im Rechtsmittelverfahren (Art. 436 Abs. 3 StPO; vgl. zur Anwendbarkeit dieser Bestimmung im Beschwerdeverfahren Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, N. 4 zu Art. 436 StPO). Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands ist damit gegenstandslos. Der Beizug eines Anwalts war für die Beschwerdeführerin vorliegend geboten. Das Gesuch ist so zu verstehen, dass die Entschädigung direkt dem Anwalt zuzusprechen ist. Dessen Entschädigung richtet sich nach der Verordnung vom 8. September 2010 über die Anwaltsgebühren (AnwGebV, LS ZH 215.3). Angesichts der Bedeutung und Schwierigkeit des Falls, der Verantwortung sowie des notwendigen Zeitaufwands des Anwalts ist die Gebühr auf Fr. 800.-- festzusetzen (§ 19 Abs. 1 und § 2 AnwGebV), zuzüglich 8% Mehrwertsteuer. Es wird beschlossen:

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