

# **BGer 6B\_684/2007 vom 26. Februar 2008**

Bundesgericht, 2008-02-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_684\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_684_2007)

FR: TF 6B\_684/2007 du 26 février 2008

IT: TF 6B\_684/2007 del 26 febbraio 2008

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Auf die Beschwerde ist einzutreten, da sie unter Einhaltung der gesetzlichen Frist ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) und Form ( Art. 42 BGG ) von der in ihren Anträgen unterliegenden beschuldigten Person (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 BGG) eingereicht wurde und sich gegen einen von einer letzten kantonalen Instanz ( Art. 80 BGG ) gefällten Endentscheid ( Art. 90 und 95 BGG ) in Strafsachen ( Art. 78 Abs. 1 BGG ) richtet.

### **E. 1.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Verletzung von schweizerischem Recht im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; vgl. auch Art. 105 Abs. 2 BGG ). Die Wendung "offensichtlich unrichtig" entspricht dem Willkürbegriff im Sinne von Art. 9 BV (Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 S. 4338). Die Rüge der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts, mithin der Verletzung des Willkürverbots, prüft das Bundesgericht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG nur insoweit, als sie in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert begründet worden ist.

### **E. 2**

In der Anklage wird dem Beschwerdeführer namentlich vorgeworfen, er habe B.\_\_\_\_\_, geboren am 12. Dezember 1982, im Herbst 1998 spätabends in der Nähe eines Bistros in Baar im Kanton Zug bei einer Telefonzelle und auf einem Spielplatz mehrfach sexuell genötigt und vergewaltigt (Anklageziffern I.1.1 und I.1.2).

Des Weiteren wird dem Beschwerdeführer angelastet, die Beschwerdegegnerin 2 im Jahre 2002 in einem Fahrradkeller in der Nähe der Bäckeranlage im Kreis 4 der Stadt Zürich sexuell genötigt und vergewaltigt zu haben (Anklageziffer I.2.1).

Zudem wird dem Beschwerdeführer zum Vorwurf gemacht, er habe gemeinsam mit der Beschwerdegegnerin 2 kurz vor oder am 27. April 2003 an deren Wohnort in Zürich Toquilon (Methaqualon) konsumiert und die benommene Beschwerdegegnerin 2 anschliessend an den Handgelenken am Bettgestell festgebunden. In der Folge sei er gegen ihren Willen vaginal und anal in sie eingedrungen. Am nächsten Morgen habe er sie gefesselt auf dem Bett liegen lassen und die Fesseln erst Stunden später wieder gelöst (Anklageziffern I.2.2 und I.2.3).

Ferner wird dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, am 28. Mai 2004 gegen 08.00 Uhr die Beschwerdegegnerin 2 in deren Wohnung geschlagen und getreten und ihr hierdurch blaue Flecken an der Brust sowie eine Schramme und eine Beule am Kopf zugefügt zu haben

(Anklageziffer II).

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer rügt im Fall B. \_\_\_\_\_ (Anklageziffern I.1.1 und I.1.2) sowie bezüglich des Vorwurfs der Vergewaltigung der Beschwerdegegnerin 2 im Fahrradkeller (Anklageziffer I.2.1) eine Verletzung des Anklagegrundsatzes, da die erhobenen Vorwürfe den Anforderungen an die Umschreibung des Anklagesachverhaltes in zeitlicher Hinsicht nicht genügten. Er bestreite zwar den Sachverhalt als solchen nicht, es sei ihm jedoch mit Blick auf die in zeitlicher Hinsicht völlig unbestimmte Anklage nicht zuzumuten, den Aussagen des Opfers mit dem Argument entgegenzutreten, diesen liege zwar eine wahre Begebenheit zugrunde, welche jedoch entstellt wiedergegeben werde. Im Hinblick auf den Vorwurf der sexuellen Handlungen mit Kindern im Fall B. \_\_\_\_\_ lasse die zeitliche Umschreibung "im Herbst 1998" zudem offen, ob die Tathandlung vor dem 16. Geburtstag des Opfers erfolgt sei, dauere der kalendarische Herbst doch bis zum 20. Dezember (Beschwerde S. 6 - 14).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat erwogen, der Anklagegrundsatz gebiete es, den Deliktszeitraum möglichst genau zu umgrenzen. Unabdingbar sei jedoch eine einzelfallbezogene Beurteilung. Vorliegend seien zwar die zeitlichen Umschreibungen "im Herbst 1998 spätabends" respektive "im Jahre 2002" sehr vage. Im Fall B. \_\_\_\_\_ sei diese Unschärfe dadurch erklärbar, da zwischen dem Geschehnis und den Einvernahmen des Opfers ein Zeitraum von über sechs Jahren liege, weshalb es verständlich sei, dass sich B. \_\_\_\_\_ nicht mehr an das Datum habe erinnern können. Vor allem aber sei für den Beschwerdeführer unzweifelhaft ersichtlich, was ihm vorgeworfen werde, nämlich, dass es anlässlich des ersten Treffens mit B. \_\_\_\_\_ bei einer Telefonkabine respektive auf einem Spielplatz in der Nähe eines Bistros in Baar zu nicht einvernehmlichen sexuellen Kontakten zwischen ihnen gekommen sei. Im Fall der Beschwerdegegnerin 2 rühre die Ungenauigkeit offensichtlich daher, dass es der Geschädigten aufgrund ihres Drogen- und Medikamentenkonsums Mühe bereitet habe, die Geschehnisse zeitlich präzise einzuordnen. Die Schilderung der eingeklagten Tat beinhalte jedoch ein von den Umständen und der Örtlichkeit her sehr signifikantes Ereignis. Im Übrigen habe der Beschwerdeführer selbst ausdrücklich eingeräumt, dass es im besagten Fahrradkeller zu - gemäss seinem Vorbringen allerdings einvernehmlichem - Vaginal- und Oralverkehr gekommen sei. Der Beschwerdeführer wisse mithin genau, gegen welchen Vorwurf er sich zu verteidigen habe.

Zusammenfassend verletze die ungenaue zeitliche Fixierung der Vorfälle das Akkusationsprinzip nicht, weil für den Beschwerdeführer in beiden Fällen kein Zweifel darüber bestanden habe, welches Verhalten ihm zur Last gelegt werde und er sich damit hinreichend habe verteidigen können (angefochtenes Urteil S. 7 - 11).

### **E. 3.3**

Der Anklagegrundsatz dient dem Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten und konkretisiert insofern das Prinzip der GehörsGewährung ( Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 EMRK ; BGE 120 IV 348 E. 2b). Nach diesem Grundsatz bestimmt die Anklage das Prozessthema. Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens können mithin nur Sachverhalte sein, die dem Angeklagten in der Anklageschrift vorgeworfen werden. Diese muss die Person des Angeklagten sowie die ihm zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise umschreiben, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend

konkretisiert sind (Umgrenzungsfunktion). An diese Anklage ist das Gericht gebunden. Die Anklage fixiert somit das Verfahrens- und Urteilsthema (Immutabilitätsprinzip). Zum anderen vermittelt sie dem Angeschuldigten die für die Durchführung des Verfahrens und die Verteidigung notwendigen Informationen. Sie dient insofern dem Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten (Informationsfunktion). Beiden Funktionen kommt gleiches Gewicht zu ( BGE 126 I 19 E. 2a; 120 IV 348 E. 2b und c; 116 Ia 455 E. 3a/cc je mit Hinweisen; ferner BGE 103 Ia 6 ; Robert Hauser/Erhard Schweri/Karl Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel/Genf/München 2005, § 50 N. 6 ff.; Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, N. 140 ff.).

Gemäss § 162 Abs. 1 Ziff. 2 StPO /ZH bezeichnet die Anklageschrift kurz, aber genau die dem Angeklagten zur Last gelegten Handlungen oder Unterlassungen, unter Angabe aller Umstände, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören, sowie möglichst genauer Angabe von Ort, Zeit und anderen Einzelheiten, so dass der Angeklagte daraus ersehen kann, was Gegenstand der Anklage bildet.

### **E. 3.4**

Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, ist unter dem Gesichtspunkt der Informationsfunktion des Anklageprinzips massgebend, dass die angeklagte Person genau weiss, was ihr angelastet wird, damit sie ihre Verteidigungsrechte angemessen ausüben kann. Ungenauigkeiten in den Zeitangaben sind solange nicht von entscheidender Bedeutung, als für die beschuldigte Person keine Zweifel darüber bestehen können, welches Verhalten ihr vorgeworfen wird (Schmid, a.a.O., N. 814; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 1P.427/2001 vom 16. November 2001, E. 5).

Vorliegend war für den Beschwerdeführer ohne Weiteres ersichtlich, welche Vorfälle Gegenstand der Anklage bilden. Die Vorwürfe sind in sachlicher und örtlicher Hinsicht präzise umschrieben, was eine hinreichende Individualisierung der zu beurteilenden Tat erlaubt und die relative zeitliche Unbestimmtheit der Anklage aufzuwiegen vermag. Im Übrigen ergibt sich aus der Anklageschrift auch unzweifelhaft, dass mit der Umschreibung "im Herbst 1998" nicht auf die kalendarische Definition des Herbstes abgestellt wird, sondern dem Beschwerdeführer ausdrücklich vorgeworfen wird, B.\_\_\_\_\_ an einem Wochenende vor ihren Herbstferien und damit sicherlich vor deren 16. Geburtstag am 12. Dezember 1998 sexuell genötigt und vergewaltigt zu haben. Die Beschwerde ist damit in diesem Punkt abzuweisen.

### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung vor, da diese auf einer willkürlichen Beweiswürdigung basiere. Im Ergebnis verletze das angefochtene Urteil den aus der Unschuldsvermutung folgenden Grundsatz "in dubio pro reo" und seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (Beschwerde S. 14 - 49).

### **E. 4.2**

Was der Beschwerdeführer gegen die Beweiswürdigung der Vorinstanz vorbringt, erschöpft sich jedoch weitgehend in einer unzulässigen appellatorischen Kritik am angefochtenen Urteil, wiederholt er doch in seiner Beschwerdeschrift über weite Strecken einzig seine bereits im kantonalen Verfahren erhobenen Tatsachenbehauptungen und stellt damit der Würdigung der Vorinstanz lediglich seine eigene Sicht der Dinge gegenüber, ohne zu

erörtern, inwiefern der Entscheid (auch) im Ergebnis verfassungswidrig sein sollte. Insoweit genügen seine Vorbringen den Begründungsanforderungen gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG nicht, so dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann. Dies gilt namentlich für seine pauschale Kritik an der Glaubwürdigkeit der Beschwerdegegnerin 2 (Beschwerde S. 15 - 22) und an der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen (Beschwerde S. 23 - 38) wie auch für sein nicht hinreichend begründetes Vorbringen, die Körperverletzungen der Beschwerdegegnerin 2 seien nicht erstellt (Beschwerde S. 38 - 41), und seine nicht näher substantiierte Behauptung, B. \_\_\_\_\_ sei anlässlich der Einvernahmen mittels Suggestivfragen unzulässig beeinflusst worden (Beschwerde S. 43 - 49). Näher einzugehen ist somit einzig auf einzelne, ausreichend begründete Rügen des Beschwerdeführers.

#### **E. 4.3**

Betreffend den Vorwurf der Vergewaltigung der Beschwerdegegnerin 2 im Fahrradkeller (Anlageziffer I.2.1) macht der Beschwerdeführer insbesondere geltend, die Beschwerdegegnerin 2 habe den Vorfall nur sehr ungenau zu beschreiben vermocht und habe sich bezüglich der Fragen, ob er ein Präservativ benutzt habe und ob er bei der oralen Befriedigung zum Orgasmus gekommen sei, in widersprüchliche Aussagen verstrickt (Beschwerde S. 23 - 30).

In Bezug auf den eingeklagten Vorfall in der Wohnung der Beschwerdegegnerin 2 von Ende April 2003 (Anlageziffer I.2.2) bringt der Beschwerdeführer vor, die Schilderungen der Beschwerdegegnerin 2 würden durch die Tatsache, dass sich bei der ärztlichen Untersuchung keine Spuren einer Vergewaltigung feststellen liessen, eindeutig widerlegt. Ebenso wenig enthalte der ärztliche Bericht einen Hinweis auf angebliche Fesselungsspuren an den Handgelenken, weshalb es willkürlich sei, die Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdegegnerin 2 als glaubhaft zu bewerten (Beschwerde S. 31 - 38).

#### **E. 4.4**

Die Vorinstanz hat insoweit vorab ausgeführt, die Beschwerdegegnerin 2 sei drogenabhängig und vorbestraft wegen mehrfachen Verbreitens menschlicher Krankheiten und wegen falschen Zeugnisses. Es bestünden deshalb Zweifel an ihrer Glaubwürdigkeit und ihre Aussagen seien mit besonderer Vorsicht zu würdigen. In erster Linie sei aber nicht die generelle Glaubwürdigkeit einer Person, sondern die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen entscheidend (angefochtenes Urteil S. 12 - 14).

Die Vorinstanz hat weiter darauf hingewiesen, der Beschwerdeführer habe bezüglich des eingeklagten Vorfalls im Fahrradkeller (Anlageziffer I.2.1) ausdrücklich eingestanden, dass er dort mit der Beschwerdegegnerin 2 Oral- und Vaginalverkehr gehabt habe, wenn er auch behauptete, diese Handlungen seien einvernehmlich erfolgt. Die Vorinstanz hat weiter dargelegt, die Aussagen des Beschwerdeführers seien inhaltlich sehr widersprüchlich und dementsprechend unglaubhaft (angefochtenes Urteil S. 19 - 21). Allerdings habe auch die Beschwerdegegnerin 2 nicht einheitlich ausgesagt. Bei der ersten Einvernahme vor der Polizei vom 18. August 2004 seien ihre Aussagen zum Tathergang jedoch nicht unwesentlich durch eine nicht nachvollziehbare Frageabfolge beeinflusst worden. Bezüglich des zeitlichen Ablaufs der Tat sei deshalb primär auf die Schilderungen der Beschwerdegegnerin 2 anlässlich der Einvernahme vor der Staatsanwaltschaft vom 2. September 2004 abzustellen. Entscheidend sei, dass ihre Aussagen im Kerngehalt, d.h. bezüglich der Beschreibung des Geschlechtsverkehrs, übereinstimmten und sehr authentisch wirkten. Es könne daher im Ergebnis kein vernünftiger Zweifel daran bestehen,

dass es im besagten Fahrradkeller gegen ihren Willen zu oralem und vaginalem Verkehr mit dem Beschwerdeführer gekommen sei (angefochtenes Urteil S. 23 - 26).

Die Vorinstanz hat weiter erwogen, betreffend der Geschehnisse in der Wohnung der Beschwerdegegnerin 2 Ende April 2003 (Anklageziffern I.2.2 und I.2.3) habe der Beschwerdeführer explizit eingeräumt, dass es zum Analverkehr gekommen sei. Seine Darstellung der Tatumstände weise jedoch diverse Widersprüche auf (angefochtenes Urteil S. 21 - 23). Die Beschwerdegegnerin 2 dagegen habe den Vorfall detailliert beschrieben. Die Aussagen seien individuell geprägt und wirkten in drastischer Weise realistisch und erlebt. Ihre Schilderung des Geschehenen sei auch vereinbar mit den in den ärztlichen Berichten diagnostizierten Verletzungen. Dass gynäkologisch keine pathologischen Befunde festgestellt worden seien, ändere hieran nichts, denn ein erzwungener Vaginal- oder Analverkehr müsse nicht zwingend äussere Verletzungen nach sich ziehen. Ebenso wenig sei es unplausibel, dass die ärztlichen Berichte keine Fesselungsspuren an den Handgelenken erwähnten. Einerseits sei das Augenmerk der Ärzte bei der Untersuchung mutmasslich nicht auf die Handgelenke gerichtet gewesen und andererseits dürfte ein Gürtel wohl wesentlich weniger in die Haut einschneiden als andere Fesselungsmittel wie etwa eine Schnur. Im Übrigen werde auch durch diverse Zeugenaussagen belegt, dass die Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin 2 von Gewalt geprägt gewesen sei (angefochtenes Urteil S. 26 - 30).

#### **E. 4.5**

Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung einzig vor, wenn der angefochtene Entscheid auf einer schlechterdings unhaltbaren oder widersprüchlichen Beweiswürdigung beruht bzw. im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 129 I 173 E. 3.1 mit Hinweisen). Dass das angefochtene Urteil mit der Darstellung des Beschwerdeführers nicht übereinstimmt oder eine andere Lösung oder Würdigung vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, genügt praxisgemäss für die Begründung von Willkür nicht ( BGE 131 IV 100 nicht publ. E. 4.1 ; 127 I 54 E. 2b mit Hinweisen).

Als Beweiswürdigungsregel besagt der aus der Unschuldsvermutung ( Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK ) abgeleitete Grundsatz "in dubio pro reo", dass sich das Strafgericht nicht von einem für die angeklagte Person ungünstigen Sachverhalt überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Inwiefern dieser Grundsatz verletzt ist, prüft das Bundesgericht unter dem Gesichtspunkt der Willkür, d.h. es greift nur ein, wenn das Sachgericht die angeklagte Person verurteilte, obgleich bei objektiver Würdigung des Beweisergebnisses offensichtlich erhebliche bzw. schlechterdings nicht zu unterdrückende Zweifel an deren Schuld fortbestanden. Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann ( BGE 127 I 38 E. 2 und 4 mit Hinweisen).

#### **E. 4.6**

Der Glaubwürdigkeit von Zeugen im Sinne einer dauerhaften personalen Eigenschaft kommt nach neueren Erkenntnissen kaum mehr relevantes Gewicht zu (Rolf Bender/Armin Nack, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Band I, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, 2.

Aufl., München 1995, S. 69 ff.). Insbesondere erlaubt die Glaubwürdigkeit der Person keine sicheren Rückschlüsse auf die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen ( BGE 128 I 81 E. 2; vgl. auch Volker Dittmann, Zur Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen, Plädoyer 2/1997, S. 32 f.). Die Glaubhaftigkeit von Aussagen ist vielmehr durch methodische Analyse ihres Inhalts darauf zu untersuchen, ob die auf ein bestimmtes Geschehen bezogenen Angaben einem tatsächlichen Erleben des Zeugen entspringen. Damit eine Aussage als zuverlässig gewürdigt werden kann, ist sie auf das Vorhandensein von Realitätskriterien (Bender/Nack, a.a.O., S. 105 ff.) und umgekehrt auf das Fehlen von Phantasiesignalen (Bender/Nack, a.a.O., S. 150 ff.) zu überprüfen (vgl. BGE 133 I 33 E. 4.3 ; 129 I 49 E. 5 ; 128 I 81 E. 2; vgl. hierzu auch Max Steller/Renate Volbert, Glaubwürdigkeitsbegutachtung, in: Max Steller/Renate Volbert (Hrsg), Psychologie im Strafverfahren, ein Handbuch, Bern/Göttingen/Toronto 1997, S. 15 ff.). Entscheidend ist, ob die aussagende Person unter Berücksichtigung der Umstände, ihrer intellektuellen Leistungsfähigkeit und der Motivlage eine solche Aussage auch ohne realen Erlebnishintergrund machen könnte (129 I 49 E. 5 ; 128 I 81 E. 2, je mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 4.7**

Die Vorinstanz ist auf sämtliche entscheidenderheblichen Vorbringen des Beschwerdeführers eingegangen und hat somit dessen Anspruch auf rechtliches Gehör nicht missachtet. Sie hat sich eingehend mit seinen Aussagen auseinandergesetzt und hat deren Widersprüchlichkeit aufgezeigt. Sie hat auf der anderen Seite nicht verkannt, dass die Glaubwürdigkeit der Beschwerdegegnerin 2 aufgrund ihrer Drogenabhängigkeit und ihrer Verurteilungen zweifelhaft ist. Sie hat deshalb - entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers - die Aussagen der Beschwerdegegnerin 2 mit der nötigen Vorsicht gewürdigt. So hat die Vorinstanz namentlich in ihre Beweiswürdigung einbezogen, dass die Aussagen der Beschwerdegegnerin 2 in Bezug auf den Vorfall im Fahrradkeller (Anklageziffer I.2.1) gewisse Unstimmigkeiten aufweisen. Sie hat jedoch dargelegt, dass diverse Realitätskriterien für die Glaubhaftigkeit der Schilderungen der Beschwerdegegnerin 2 sprechen und keine Phantasiesignale erkennbar seien. Im Ergebnis konnte die Vorinstanz - ohne in Willkür zu verfallen - folgern, die Aussagen der Beschwerdegegnerin 2 seien im Kerngeschehen konstant und wirkten authentisch, so dass keine begründeten Zweifel am Wahrheitsgehalt ihrer Darstellung vorlägen. Mit sachlichen Gründen haltbar ist insbesondere auch der im angefochtenen Urteil gezogene Schluss, ein fehlender gynäkologischer Befund schliesse eine Vergewaltigung keineswegs aus. Nicht willkürlich ist schliesslich die Argumentation der Vorinstanz, der Beschwerdeführer könne aus der Tatsache, dass an den Handgelenken der Beschwerdegegnerin 2 keine Fesselungsspuren festgestellt worden seien, nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz willkürfrei geschlossen hat, es bestünden keine offensichtlich erheblichen bzw. schlechterdings nicht zu unterdrückenden Zweifel an der Schuld des Beschwerdeführers. Die Beschwerde ist deshalb insoweit abzuweisen, soweit überhaupt auf sie einzutreten ist.

#### **E. 5.1**

Im Fall B.\_\_\_\_\_ macht der Beschwerdeführer eine falsche Anwendung von Art. 187 StGB geltend. Der Umstand, dass er sich nicht um das Alter der Geschädigten gekümmert habe, führe entgegen den Ausführungen im angefochtenen Urteil nicht zum Ausschluss von Art. 187 Ziff. 4 StGB . Die Vorinstanz habe mithin zu Unrecht auf eine

eventualvorsätzliche Tatbegehung nach Art. 187 Ziff. 1 StGB geschlossen (Beschwerde S. 50 - 53).

### **E. 5.2**

Gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer mit einem Kind unter 16 Jahren eine sexuelle Handlung vornimmt (Abs. 1), es zu einer solchen verleitet (Abs. 2) oder es in eine sexuelle Handlung einbezieht (Abs. 3). In subjektiver Hinsicht wird Vorsatz verlangt, wobei Eventualvorsatz genügt. Erforderlich ist, dass der Täter zumindest in Kauf nimmt, dass das Kind unter 16 Jahre alt ist.

Gemäss Art. 12 Abs. 2 StGB begeht ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt. Damit erhebt das neue Recht den von Lehre und Rechtsprechung auch unter der früheren Fassung der Bestimmung von Art. 18 Abs. 2 StGB a.F. anerkannten Eventualvorsatz, nach welchem Vorsatz auch bei demjenigen Täter vorliegt, der den Eintritt des Erfolgs für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein ( BGE 130 IV 58 E. 8.2; 131 IV 1 E. 2.2, je mit Hinweisen), nunmehr ausdrücklich zum Gesetz.

Nach der Rechtsprechung betrifft, was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, sogenannte innere Tatsachen, und ist damit Tatfrage. Rechtsfrage ist demgegenüber, ob im Lichte der von der kantonalen Instanz festgestellten Tatsachen der Schluss auf Eventualvorsatz berechtigt erscheint. Das gilt grundsätzlich auch, wenn bei Fehlen eines Geständnisses des Täters aus äusseren Umständen auf jene inneren Tatsachen geschlossen werden muss ( BGE 133 IV 222 E. 5.3; 130 IV 58 E. 8.5; 125 IV 242 E. 3c S. 251 je mit Hinweisen).

Nach Art. 187 Ziff. 4 StGB wird der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in der irrigen Vorstellung handelte, das Kind sei mindestens 16 Jahre alt, dieser Irrtum bei pflichtgemässer Vorsicht jedoch vermeidbar gewesen wäre. Der Gesetzgeber hat damit einen Sondertatbestand geschaffen für den Fall, dass sich der Täter bezüglich des Alters des Kindes fahrlässig geirrt hat. Der nur wenige Jahre ältere Beteiligte handelt nicht fahrlässig, wenn er aufgrund der erwachsen wirkenden, äusseren Erscheinung des Opfers sowie aufgrund dessen Aussagen folgert, der jüngere Beteiligte sei über 16 Jahre alt. Erscheint das Opfer nur wenig älter als 16, ist erhöhte Sorgfalt am Platz (Philipp Maier, Basler Kommentar StGB II, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 187 N. 21).

### **E. 5.3**

Das angefochtene Urteil ist auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer machte sich keine - und somit auch keine falschen - Vorstellungen über das Alter von B.\_\_\_\_\_, weshalb Ziff. 4 von Art. 187 StGB keine Anwendung findet (vgl. Maier, a.a.O., Art. 187 N. 22). Wenn die Vorinstanz gestützt hierauf annimmt, der Beschwerdeführer habe in Kauf genommen, dass die Geschädigte noch nicht dem Schutzalter entwachsen sei, und er habe daher eventualvorsätzlich gehandelt, verletzt sie kein Bundesrecht. Denn wem der Eintritt eines als möglich erkannten Erfolges völlig gleichgültig ist, dem ist sein Eintreten ebenso recht wie sein Ausbleiben. In einer solchen Einstellung liegt aber eine Entscheidung für die mögliche Rechtsgüterverletzung (Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 2006, § 12 N. 30), so dass die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Art. 187 Ziff. 1 StGB zu Recht erfolgt ist.

### **E. 6.1**

Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, dass infolge einer zu langen Verfahrensdauer das Beschleunigungsgebot verletzt worden sei. Das Verfahren habe vom Zeitpunkt seiner Verhaftung am 28. Mai 2004 bis zur Fällung des angefochtenen Urteils am 6. September 2007 insgesamt rund drei Jahre und vier Monate gedauert. Das Verfahren sei weder komplex noch sehr umfangreich, so dass eine derart lange Verfahrensdauer nicht zu rechtfertigen sei. Im Ergebnis sei von einer Verfahrensverzögerung von neun Monaten auszugehen. Dieser sei im Rahmen der Strafzumessung mit einer Strafreduktion von insgesamt neun Monaten Rechnung zu tragen (Beschwerde S. 53 - 57).

### **E. 6.2**

Das in Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. c UNO-Pakt II festgeschriebene Beschleunigungsgebot verpflichtet die Behörden, das Strafverfahren zügig voranzutreiben, um den Beschuldigten nicht unnötig über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe im Ungewissen zu lassen. Dies gilt für das ganze Verfahren, angefangen von der ersten Orientierung des Beschuldigten über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe bis zum letzten Entscheid in der Sache. Welche Verfahrensdauer angemessen ist, hängt von den konkreten Umständen ab, die in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind. Dabei sind insbesondere die Komplexität des Falls, das Verhalten des Beschuldigten, die Behandlung des Falls durch die Behörden und dessen Bedeutung für den Beschuldigten zu berücksichtigen ( BGE 130 IV 54, E. 3.3.3; 124 I 139 E. 2a; vgl. Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar StGB I, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 47 N. 137; Schmid, a.a.O., N. 216).

### **E. 6.3**

Im zu beurteilenden Fall stehen bzw. standen insgesamt sieben Straftatbestände zur Diskussion, und es sind mehrere Geschädigte involviert, deren Aussagen umfassend zu würdigen waren. Das erstinstanzliche Urteil, der angefochtene Entscheid und auch die vorliegende Beschwerdeschrift umfassen mehr als 50 Seiten. In Anbetracht des Umfangs des Verfahrens verletzt eine Verfahrensdauer von rund drei Jahren und vier Monaten das Beschleunigungsgebot nicht. Diese Beurteilung steht auch in Einklang mit der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung. So bejahte das Bundesgericht Verletzungen des Beschleunigungsgebots namentlich bei einer Verfahrensdauer von sieben Jahren oder mehr (vgl. Urteile 6S.98/2003 vom 22. April 2004, E. 2.3; 6S.335/2004 vom 23. März 2005, E. 6.5, 6S.400/2006 vom 17. März 2007, E. 5) und befand andererseits, dass eine Verfahrensdauer von rund drei Jahren ( BGE 124 I 139 E. 2) und eine solche von über sechs Jahren (Urteil 6S.467/2004 vom 11. Februar 2005, E. 2.2.2) keinen Verstoss gegen das Beschleunigungsgebot begründeten.

Zusammenfassend nahmen vorliegend somit weder die Gesamtheit noch die einzelnen Abschnitte des Verfahrens übermässig viel Zeit in Anspruch. Da eine Verletzung des Beschleunigungsgebots zu verneinen ist, stellt sich auch die Frage der Strafreduktion nicht. Das angefochtene Urteil hält daher auch in diesem Punkt der bundesgerichtlichen Überprüfung stand.

### **E. 7**

Der Beschwerdeführer wendet sich schliesslich gegen die Auferlegung sämtlicher Verfahrenskosten (Beschwerde S. 57 - 60).

#### **E. 7.1**

Im psychiatrischen Gutachten vom 26. September 2005 wurde die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme als zweckmässig erachtet (Gutachten vom 26. September 2005, S. 101). Obwohl sich das Gutachten nicht zur Notwendigkeit einer Verwahrung äusserte, ordnete die erste Instanz in der Folge in ihrem Urteil vom 6. Februar 2006 die Verwahrung des Beschwerdeführers an. Auf entsprechende Rüge des Beschwerdeführers hin holte die Vorinstanz ein Ergänzungsgutachten ein. Der Gutachter sprach sich für eine stationäre therapeutische Massnahme aus und empfahl, von einer Verwahrung abzusehen (Gutachten vom 31. Mai 2007, S. 48 ff.). In ihrem Urteil vom 6. September 2007 ordnete die Vorinstanz daher eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB an.

Im Kostenpunkt hat die Vorinstanz ausgeführt, der Beschwerdeführer obsiege hinsichtlich seines Antrags, es sei keine Verwahrung auszusprechen. Zu berücksichtigen sei jedoch, dass die angeordnete stationäre therapeutische Massnahme sich erst aufgrund des Ergänzungsgutachtens als adäquate Massnahme erwiesen habe. Dieses zweite Gutachten wiederum sei unter anderem deshalb notwendig geworden, weil der Beschwerdeführer nicht bereit gewesen sei, bei der Exploration für das erste Gutachten mitzuwirken. Aufgrund dieser Umstände sei es gerechtfertigt, dem Beschwerdeführer auch die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens vollumfänglich aufzuerlegen (angefochtenes Urteil S. 50).

### **E. 7.2**

Gemäss § 396a StPO /ZH erfolgt die Auflage der Kosten und die Zusprechung einer Entschädigung im kantonalen Rechtsmittelverfahren in der Regel im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen, wobei von dieser Regel in begründeten Fällen abgewichen werden kann, namentlich wenn sich eine Partei in guten Treuen zu ihren Anträgen veranlasst sah.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Vorinstanz willkürfrei folgern konnte, es lägen besondere Umstände vor, welche eine Abweichung vom Regelfall ermöglichen.

### **E. 7.3**

In ihrer Urteilsbegründung ist die Vorinstanz explizit zum Schluss gekommen, das Erstgutachten vom 26. September 2005 erscheine ihr trotz der nur teilweisen Mitwirkung des Beschwerdeführers inhaltlich nachvollziehbar, plausibel und schlüssig, weshalb keine Veranlassung bestünde von der Schlussfolgerung im Gutachten, wonach eine stationäre therapeutische Massnahme als zweckmässig einzustufen sei, abzuweichen. Da sich das Gutachten aber nicht zur Frage der Verwahrung ausgesprochen habe, sei es notwendig gewesen, ein Ergänzungsgutachten erstellen zu lassen (angefochtenes Urteil S. 44). Wenn die Vorinstanz nun jedoch, wie dargelegt, im Kostenpunkt erwägt, die nunmehr ausgesprochene stationäre therapeutische Massnahme habe sich erst aufgrund des Ergänzungsgutachtens als adäquat erwiesen und die ergänzende Begutachtung sei unter anderem aufgrund der mangelnden Mitwirkung des Beschwerdeführers bei der ersten Exploration notwendig geworden (angefochtenes Urteil S. 50), so setzt sie sich in Widerspruch zu ihrer eigenen Begründung und verfällt hierdurch in Willkür.

Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids rechtfertigt sich jedoch nur, wenn dieser auch im Ergebnis unhaltbar ist. Dies ist vorliegend der Fall: Die erste Instanz hat Bundesrecht verletzt, indem sie eine Verwahrung nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB a.F. anordnete, ohne sich auf ein Gutachten stützen zu können, welches sich zur Frage der Notwendigkeit der Verwahrung äusserte und damit den bundesrechtlichen Vorgaben im

Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 StGB a.F. genügt. Der Beschwerdeführer hat den erstinstanzlichen Entscheid deshalb in diesem Punkt zu Recht angefochten, und die Vorinstanz hat zutreffend gestützt auf den nunmehr geltenden Art. 56 Abs. 3 StGB, wonach das Gericht seinen Entscheid über die Anordnung einer Verwahrung auf eine sachverständige Begutachtung zu stützen hat, zur Frage der Verwahrung ein Ergänzungsgutachten einholen lassen. Die sich aus der zweifachen Begutachtung gegenüber einer bundesrechtskonformen Erstbegutachtung ergebenden Mehrkosten sind nicht vom Beschwerdeführer verursacht worden. Es ist daher nicht haltbar, diesem trotz seines teilweisen Obsiegens sämtliche Verfahrenskosten zu überbinden.

Im Ergebnis hat die Vorinstanz somit das kantonale Strafprozessrecht willkürlich angewendet, da keine sachlichen Gründe im Sinne von § 396a StPO /ZH bestehen, welche ein Abweichen vom Regelfall der Kostenverlegung im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen erlauben würden. Die Beschwerde ist folglich in diesem Punkt gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **E. 8**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, im Übrigen aber abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Der Beschwerdeführer ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Das Gesuch ist gegenstandslos geworden, soweit die Beschwerde gutgeheissen wird. Das Rechtsmittel war in den übrigen Punkten von vornherein aussichtslos, weshalb dem Gesuch insoweit nicht entsprochen werden kann ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Da der Beschwerdeführer einzig im Kostenpunkt obsiegt, rechtfertigt es sich, ihm drei Viertel der bundesgerichtlichen Kosten aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr ist seinen finanziellen Verhältnissen Rechnung zu tragen.

Soweit der Beschwerdeführer obsiegt, hat er Anspruch auf Parteientschädigung. Der Kanton Zürich hat den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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