

# GR\_GERICHTE SK1 2022 16 vom 25. Juli 2023

GR Gerichte, 2023-07-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_SK1\\_2022\\_16](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SK1_2022_16)

FR: GR\_GERICHTE SK1 2022 16 du 25 juillet 2023

IT: GR\_GERICHTE SK1 2022 16 del 25 luglio 2023

## Regeste

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

## Erwägungen

### E. 2

Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten mit der Anklageschrift vom 14. Juni 2021 (RG act. I.1.) zusammengefasst vor, zwischen August 2006 und Februar 2013 mehrere sexuelle Handlungen an den Privatklägerinnen vorgenommen zu haben. Weiter wird ihm vorgeworfen, im Zeitraum von ca. 2011 bis ca. Juni 2019 im Internet pornographische Inhalte mit (nicht) tatsächlich sexuellen Handlungen mit Minderjährigen konsumiert sowie in der Zeit von anfangs 2017 bis zum 18. Juni 2019 ca. 1'000 bis 1'300 Gramm Marihuana verkauft zu haben. Als Beweismittel liegen die Einvernahmen des Beschuldigten, diejenige der Privatklägerinnen sowie jene ihrer Grossmutter im Recht. 3.1. Die Vorinstanz qualifizierte die Einvernahmen des Beschuldigten, welche vor der Vertretungsanzeige seines Verteidigers am 7. Dezember 2020 erfolgten, aufgrund fehlender notwendiger Verteidigung als nicht verwertbar, was die Staatsanwaltschaft beanstandete (act. H.3 S. 1).

### E. 5

/ 21 3.2.1 Die notwendige Verteidigung ist in Art. 130 und Art. 131 StPO geregelt. Gemäss Art. 130 lit. b StPO besteht namentlich dann ein gesetzlicher Anspruch auf notwendige Verteidigung, wenn der beschuldigten Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr droht. Dies ist dann der Fall, wenn sie im Bereich des Möglichen liegt (vgl. Niklaus Schmid/Daniel Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, N 7 zu Art. 130 StPO; Viktor Lieber, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020, N 16 zu Art. 130 StPO). Massgeblich ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung – in ausdrücklicher Abweichung von jener des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) – nicht die abstrakte Strafdrohung des in Frage kommenden Straftatbestandes. Abzustellen ist vielmehr auf das konkret zu erwartende Strafmass (BGE 143 I 164 E. 2.4.3; 120 Ia 43 E. 2b; BGer 6B\_338/2020 v. 3.2.2021 E. 2.3.1; 6B\_441/2011 v. 20.9.2011 E. 1.4.1; Lieber, a.a.O., N 16 zu Art. 130 StPO; Schmid/Jositsch, a.a.O., N 7 zu Art. 130 StPO), das die Staatsanwaltschaft während des Vorverfahrens gestützt auf die vorhandene Aktenlage als im Bereich des Möglichen liegend betrachtet (Schmid/Jositsch, a.a.O., N 7 zu Art. 130). Die drohende Strafe bzw. deren Höhe ist damit nach objektiver und ausgewogener Beurteilung zu bestimmen, wobei eine relativ entfernte Möglichkeit bereits genügt (vgl. die Hinweise bei Niklaus Ruckstuhl, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, N 18 zu Art. 130 StPO). Mit Blick auf die Wirkungen von Art. 131 Abs. 3 StPO empfiehlt sich daher eine vorsichtige

Prognosestellung in dem Sinne, dass in Zweifelsfällen die notwendige Verteidigung anzunehmen ist (Schmid/Jositsch, a.a.O., N 7 zu Art. 130 StPO; siehe zum Ganzen KGer GR SK2 20 43 E. 5.1). Dies drängt sich auch vor dem Hintergrund auf, dass die notwendige Verteidigung dem Zweck dient, der beschuldigten Person einen fairen Prozess zu sichern, das Prinzip der Waffengleichheit garantiert (BGE 145 IV 407 E. 1.3.1) und der EGMR – wie aus- geführt – auf das abstrakte Strafmass abstellt. 3.2.2. Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, so achtet die Verfahrensleitung darauf, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird (Art. 131 Abs. 1 StPO). Sind die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung bei Einleitung des Vor- verfahrens erfüllt, so ist die Verteidigung nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung sicherzustel- len (Art. 131 Abs. 2 StPO). Das Bundesgericht verlangt die Sicherstellung der notwendigen Verteidigung (gemäss Art. 130 lit. b StPO) spätestens im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung im Sinne von Art. 309 StPO (BGer 6B\_563/2021 v. 22.12.2022 E. 2.3.2; 6B\_990/2017 v. 18.4.2018 E. 2.3.2; 6B\_178/2017 v.

## **E. 6**

/ 21 25.10.2017 E. 2.2.1; 6B\_883/2013 v. 17.2.2014 E. 2.1.2; je mit Hinweisen auf die Lehre). Nach Art. 309 Abs. 1 StPO eröffnet die Staatsanwaltschaft eine Untersu- chung, wenn sie u.a. Zwangsmassnahmen anordnet (lit. b; siehe auch BGE 141 IV 20 E. 1.1.4). Entscheidend ist nicht die formelle Eröffnung der Strafuntersuchung, sondern wann eine solche hätte eröffnet werden müssen (BGer 6B\_563/2021 v. 22.12.2022 E. 2.3.2 m.w.H.). Der Eröffnungsverfügung kommt lediglich deklarato- rische Wirkung zu (BGE 141 IV 20 E. 1.1.4 m.w.H.). 3.2.3. Die Staatsanwaltschaft hat von Amtes wegen die Voraussetzungen zu prü- fen und über die notwendige Verteidigung zu entscheiden. Notwendige Verteidi- gung im strafprozessualen Sinn bedeutet, dass der Betroffene in Anbetracht der rechtlichen und tatsächlichen Umstände in den verschiedenen Stadien des Straf- verfahrens zwingend und ohne entsprechendes Ersuchen vertreten sein muss und dass er darauf auch mit einer persönlichen Verteidigung durch ihn selbst nicht verzichten kann (BGE 143 I 164 E. 2.2; 131 I 350 E. 2.1 mit Hinweisen; BGer 6B\_563/2021 v. 22.12.2022 E. 2.3.1; 1B\_413/2020 v. 21.1.2021 E. 4.5; 1B\_418/2018 v. 6.12.2018 E. 2.1; 6B\_826/2018 v. 7.11.2018 E. 3.2). 3.2.4. In Fällen, in denen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre und bei denen Beweise erhoben wurden, bevor eine Verteidigerin oder ein Vertei- diger bestellt worden ist, gilt die Beweiserhebung nur als gültig, wenn die beschul- digte Person auf ihre Wiederholung verzichtet (Art. 131 Abs. 3 StPO). 3.3.1. Die Tatsache, dass die von der Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift vom 14. Juni 2021 (RG act. I.1) beantragten Strafe "nur" zehn Monate Freiheits- strafe beträgt und damit unter dem Schwellenwert von einem Jahr liegt, genügt nicht, um das Kriterium von Art. 130 lit. b StPO als nicht erfüllt zu betrachten (vgl. Maurice Harari/Raphaël Jakob/Soile Santamaria, in: Jeanneret/Kuhn/Perrier De- peursinge [Hrsg.], Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Basel 2019, N 22 zu Art. 130 StPO, siehe insbesondere Fussnote 50, wo- nach bei einer Strafe in der Grössenordnung von zehn bis zwölf Monaten die An- wendung von Art. 130 lit. b StPO verlangt wird). Vielmehr ist auf die damalige Ak- tenlage abzustellen. Nachdem der Kantonspolizei Zürich über die Opferbera- tungsstelle OKey&KidsPunkt am 1. Februar 2019 mitgeteilt worden war, dass die zwei Privatklägerinnen Opfer sexueller Übergriffe geworden seien, wurden diese sowie ihre erziehungsberechtigte Grossmutter am 18. Februar 2019 durch die Kantonspolizei Zürich videographisch einvernommen (StA act. 6.1 S. 3; StA act. 6.16, 6.20 und 6.13). Mit Schreiben vom 11. März 2019 (StA act. 2.1) ersuchte die Staatsanwaltschaft IV,

Gewaltdelikte, des Kantons Zürich die Staatsanwaltschaft Graubünden um Verfahrensübernahme. Beide Privatklägerinnen schildern

### **E. 7**

/ 21 ten anlässlich ihrer Einvernahmen, einer der zwei Söhne ihrer damaligen Tagesmutter "D. \_\_\_\_\_" in E. \_\_\_\_\_ hätte sie im Alter zwischen ca. zwei und fünf Jahren mehrmals zwischen den Beinen angefasst und seinen Finger in ihre Scheiden eingeführt (StA act. 6.16 und 6.19). Zudem gab die Privatklägerin 1 zu Protokoll, der Beschuldigte habe sie geküsst, worauf sie sich mit dem Handrücken ihren Mund abgeputzt habe. Dann habe er sie mit den Händen auf den Boden gedrückt und wieder geküsst. Weiter habe er ihre Scheide mit der Zunge abgeleckt, ihr und ihrer Schwester, Privatklägerin 2, beim Duschen zugeschaut und seinen Penis gezeigt (StA act. 6.16). Die Grossmutter sagte ihrerseits aus, damals eine Schwelung an der Vagina der Privatklägerin 1 bemerkt zu haben, jedoch aus Angst, die Behörden würden ihr die Privatklägerinnen wegnehmen, nichts gesagt zu haben (StA act. 6.13 Fragen und Antworten 29, 42 und 45). Im Zeitpunkt der Übernahme des Verfahrens von der Staatsanwaltschaft Zürich standen somit mehr als fünf Vorfälle nicht leichten Ausmasses im Raum. Dabei war zu berücksichtigen, dass das Bundesgericht bei sexuellen Handlungen an einem Kind im Alter von vier Jahren und elf Monaten Idealkonkurrenz zwischen dem Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern und dem Tatbestand der Schändung bejahte (BGE 120 IV 194 E. 2d), was angesichts des Alters der Privatklägerinnen im Zeitpunkt der Übergriffe ebenso im vorliegenden Fall in Betracht kam. Die Idealkonkurrenz führt dazu, dass in Anwendung von Art. 49 StGB bei der Strafzumessung von der schwersten Tat, mithin der mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren bewehrten Schändung auszugehen und diese Einsatzstrafe in Nachachtung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen ist. Eine Freiheitsstrafe von unter einem Jahr war angesichts des Strafrahmens der Schändung bereits im unteren Drittel der möglichen Strafen anzusiedeln. Kommt hinzu, dass eine mehrfache Begehung an den zwei Privatklägerinnen im Raum stand. Die Staatsanwaltschaft qualifizierte das Tatverschulden des Beschuldigten im Schlussbericht vom 14. Juni 2021 (RG act. I.2 S. 9) selber als "mittelschwer", womit angesichts des Strafrahmens in der Konsequenz eine Einsatzstrafe von über einem Jahr zu resultieren hätte und der Hinweis der Staatsanwaltschaft, der Tatbestand der Schändung sehe alternativ zur Freiheitsstrafe eine Geldstrafe ab einem Tagessatz vor (act. H.3 S. 5), in casu nicht verhängt. Soweit die Staatsanwaltschaft ausführte, zumal die Vorfälle bis zu 13 Jahren zurückliegen würden, sei klar gewesen, dass ein erheblicher Strafrabatt im Sinne von Art. 48 lit. e StGB zu berücksichtigen sei (act. H.3 S. 6), ist ihr entgegen zu halten, dass sie dies in ihren Ausführungen zur Strafzumessung im Schlussbericht vom 14. Juni 2021 (RG act. I.2 S. 9) mit keinem Wort erwähnt hat und das Bundesgericht die Anwendung von Art. 48 lit. e StGB bei sexuellen Handlungen mit Kindern sowie Schändung zum Nachteil von Kindern unter 16 Jahren mit Verweis auf Art. 97 Abs. 2 StGB als "fakultativ" bezeichnet (BGer

### **E. 8**

/ 21 6B\_694/2020 v. 17.6.2021 E. 4.2). Die Täterkomponente erachtete die Staatsanwaltschaft im Schlussbericht als in der Summe strafzumessungsneutral (RG act. I.2 S. 9). Auch gibt es im Zeitpunkt der Übernahme des Verfahrens keine Anhaltspunkte, dass Faktoren vorliegen, welche im Rahmen der Täterkomponente eine erhebliche Strafminderung indizierten. Zur Einsatzstrafe für die mehrfache Schändung käme eine Asperation für die Vorwürfe der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern an beiden

Privatklägerinnen. Dieser Tatbestand sieht einen Strafraum von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vor (Art. 187 Ziff. 1 StGB). Das Bundesgericht bezeichnete die Penetration mit drei Finger als "gravierend" und im breiten Spektrum der Handlungsweisen von Art. 187 StGB "keineswegs" mehr im Bagatellbereich (BGer 6B\_222/2012 v. 8.10.2012 E. 1.4), womit auch die mehrmalige Penetration mit einem Finger nicht im untersten Bereich anzusiedeln ist. Aufgrund des Ausgeführten war bereits zum Zeitpunkt der Übernahme des Verfahrens im Frühjahr 2019 eine Freiheitsstrafe von einem Jahr durchaus im Bereich des Möglichen anzusiedeln – insbesondere bei einer vorsichtigen Prognosestellung. Zumal der Beschuldigte anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 18. Juni 2019 den Konsum von kinderpornographischen Videos im Internet – darunter auch solche mit Gewaltdarstellungen – bis zum Zeitpunkt von sieben Monaten vor der Einvernahme zu Protokoll gab (StA act. 6.23 Fragen und Antworten 13 bis 18) und bei einem Strafraum von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bei mittlerem Verschulden das Maximum von möglichen Tagessätzen erfüllt ist, womit eine Freiheitsstrafe und damit gleichartige Strafe anzuordnen wäre, konnte zu diesem Zeitpunkt auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Freiheitsstrafe durch eine Asperation für den Vorwurf der Pornographie weiter erhöht würde und damit umso mehr eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr drohte.

3.3.2. Am Morgen des 18. Juni 2019 wurde gestützt auf den Durchsuchungs- und Beschlagnahmefehl vom 11. Juni 2019 (StA act. 4.2) am Wohnort des Beschuldigten eine Hausdurchsuchung durchgeführt. Der Beschuldigte wurde von der Kantonspolizei Graubünden vorläufig festgenommen (StA act. 3.1 und 4.4) und sowohl am 18. wie auch am 19. Juni 2019 im Auftrag der Staatsanwaltschaft als beschuldigte Person polizeilich einvernommen (StA act. 6.23 und 6.27). Am

## E. 9

/ 21 3.3.3. Soweit die Staatsanwaltschaft argumentierte, die Untersuchung sei im Zeitpunkt der polizeilichen Einvernahmen des Beschuldigten weder unter formellen noch unter materiellen Gesichtspunkten eröffnet gewesen, womit eine Verwertungsbeschränkung nicht vorliege (act. H.3 S. 4), stösst sie damit ins Leere. Im vorliegenden Fall wurde die Untersuchung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung spätestens mit der Anordnung der Hausdurchsuchung vom 11. Juni 2019 gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO faktisch eröffnet, auch wenn zu diesem Zeitpunkt noch keine formelle Verfügung der Staatsanwaltschaft vorlag (Art. 309 Abs. 3 StPO). Dass die formelle Untersuchungseröffnung erst vom 9. September 2020 datiert (StA act. 1.2), ist ohne Bedeutung und darf dem Beschuldigten nicht zum Nachteil gereichen. Die Verfügung nach Art. 309 Abs. 3 StPO erfolgt nur amtsintern und hat rein deklaratorische Bedeutung ohne eine materiell-prozessrechtliche Funktion (BGE 141 IV 20 E. 1.1.4; BGer 6B\_563/2021 v. 22.12.2022 E. 2.4.2; 6B\_1015/2016 v. 27.10.2017 E. 2.1; 6B\_178/2017 v. 25.10.2017 E. 2.5; 6B\_995/2014 v. 1.4.2015 E. 5.1).

3.3.4. Dem Standpunkt der Staatsanwaltschaft, die Täterschaft in der Person des Beschuldigten habe sich erst aufgrund der polizeilichen Befragungen des Genannten, dessen Bruder, dessen Mutter sowie gestützt auf weitere Ermittlungshandlungen (Auswertung digitaler Spuren) genügend klar bestimmen lassen (act. H.3 S. 4), kann nicht gefolgt werden. Die Privatklägerin 1 sagte bezüglich dem Täter aus, sie glaube, dass dieser Sohn der Pflegemutter "D. \_\_\_\_\_" noch bei ihr gewohnt habe (StA act. 6.16 S. 6), und die Privatklägerin 2 gab an, er habe jeweils auch beim Aufpassen geholfen (StA act. 6.20 S. 2). Aufgrund der von der Grossmutter der Privatklägerinnen ins Recht gelegten Abrechnung betreffend Betreuung (StA act. 6.14) lagen die Personalien der Pflegemutter sowie von deren Söhnen vor. Zudem war durch die Daten der

Einwohnerkontrolle belegt, dass der Bruder des Beschuldigten bereits per Ende April 2003, also bevor die Privatklägerinnen im Jahr 2005 geboren worden sind, aus der Wohnung seiner Mutter ausgezogen und ab Januar 2010 bis Ende März 2011 im Ausland gewesen war (StA act. 6.4), während der Beschuldigte per Ende Juni 2008 aus der elterlichen Wohnung aus- gezogen ist (StA act. 6.5). Als Täter kam damit klar der Beschuldigte in Betracht. So ordnete denn die Staatsanwaltschaft mit Durchsuchungs- und Beschlagnahmebefehl vom 11. Juni 2019 (StA act. 4.2) auch ausdrücklich nur gegen ihn, welchen sie auch als beschuldigte Person bezeichnete, Zwangsmassnahmen an. 3.3.5. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Zeitpunkt der Übernahme des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft Graubünden im Frühjahr 2019 bzw. spätestens im Zeitpunkt der Anordnung der Zwangsmassnahmen am

## **E. 10**

/ 21

### **E. 10.4**

Die Privatklägerinnen beantragten, der Beschuldigte sei zu verpflichten, sie für die im Berufungsverfahren entstandenen Anwaltskosten im Betrage von CHF 4'537.10 zu entschädigen (act. H.2 S. 1). Zumal die Privatklägerinnen unter- liegen und der Beschuldigte nicht kostenpflichtig ist, ist ihr Antrag abzuweisen (vgl. Art. 433 Abs. 1 StPO). Sofern die Privatklägerinnen unentgeltlich vertreten waren, fällt eine Entschädigung des Beschuldigten an sie zudem ausser Betracht (Maurice Harari/Corinne Corminboeuf Harari, in: Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge, Commentaire Romand, Code procédure pénale suisse, 2. Aufl., Basel 2019, N 7 und Fn. 8 zu Art. 138 StPO).

## **E. 11**

/ 21 wiederholt wurden, auch bei Verfolgung eines schweren Delikts nicht verwertet werden (vgl. Ruckstuhl, a.a.O., N 5e und N 17 zu Art. 131 StPO; Lieber, a.a.O., N 8 zu Art. 131 StPO). Per 1. Januar 2024 wird zudem der deutsche und italienische Gesetzestext dahingehend angepasst, dass der Wortlaut "nur gültig" bzw. "valido soltanto" durch "verwertbar" bzw. "valide" ersetzt wird, womit die Diskrepanz zwischen dem deutschen und italienischen Gesetzestext einerseits und dem französischen andererseits aufgehoben wird und die Beweiserhebungen vor Einsetzung einer notwendigen Verteidigung nur verwertbar sind, wenn der Beschuldigte auf die Wiederholung verzichtet, d.h. Art. 141 Abs. 2 StPO nicht zur Anwendung gelangt (BBl 2019 S. 6731 f.). Im Ergebnis erweisen sich die Aussagen des Beschuldigten anlässlich der Einvernahmen vom 18. und 19. Juni 2019 sowie 19. November 2020 – und damit auch insbesondere sein Geständnis – als unverwertbar. Dies gilt aufgrund der Einheit des Verfahrens nach Art. 30 StPO auch für die Aussagen bzw. Geständnisse in Bezug auf die Vorwürfe der Pornographie und der Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz. 4.1.1. 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 angemessen und hinreichend Gelegenheit hatte,

das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Belastungszeugen zu stellen (BGE 140 IV 172 E. 1.3; 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). Dies gilt auch für die Einvernahme von Auskunftspersonen (BGer 6B\_426/2023 v. 16.8.2023 E. 2.1.2 m.w.H.). 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\_426/2023 v. 16.8.2023 E. 2.1.2; 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

## **E. 12**

/ 21 140 IV 172 E. 1.5; BGer 6B\_426/2023 v. 16.8.2023 E. 2.1.2; 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). 4.1.2. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann auf die Teilnahme vorgängig oder auch im Nachhinein ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet werden, wobei der Verzicht des Beschuldigten auch von seinem Verteidiger ausgehen kann. Ein Verzicht ist auch anzunehmen, wenn die beschuldigte Person es unterlässt, rechtzeitig und formgerecht entsprechende Anträge zu stellen. Der Verzicht auf das Anwesenheitsrecht schliesst eine Wiederholung der Beweiserhebung aus (BGE 143 IV 397 E. 3.3.1 m.w.H.; BGer 6B\_172/2023 v. 24.5.2023 E. 2.3). 4.2.1. In casu wurden die Privatklägerinnen wie auch deren Grossmutter einzig am 18. Februar 2019 polizeilich einvernommen (StA act. 6.13., 6.16 und 6.20). Der Beschuldigte hatte daher keine Gelegenheit, insbesondere den Privatklägerinnen Fragen zu stellen. Die Verteidigung rügte vor der Vorinstanz explizit eine Verletzung des Konfrontationsrechts (RG act. IV.1 S. 6), vor dem Berufungsgericht monierte sie die Verletzung der Verteidigungsrechte gemäss Art. 32 Abs. 2 BV und einen mehrfachen Verstoss gegen Art. 6 Ziff. 3 EMRK (act. H.1 S. 8). Nach Treu und Glauben liegt damit kein Verzicht auf Konfrontation vor. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. E.1 E. 2.3.5.2), welche von der Staatsanwaltschaft auch nicht bemängelt wurden. 4.2.2. Im Ergebnis dürfen die Einvernahmen der Privatklägerinnen und deren Grossmutter in Anwendung von Art. 147 Abs. 4 StPO nicht zulasten des Beschuldigten verwertet werden. 4.3. Anlässlich der Berufungsverhandlung erklärten sowohl die Staatsanwaltschaft wie auch die Vertreterin der Privatklägerinnen (abgesehen von der Einreichung von Unterlagen), keine Beweisanträge zu stellen. Auch auf explizite Nachfrage des Vorsitzenden gaben sie zu Protokoll, keinen Antrag auf eine erneute

## **E. 13**

/ 21 Einvernahme der Privatklägerinnen zu stellen (act. H.4 S. 2). Damit bleibt kein Raum für Beweisergänzungen von Amtes wegen. 5. Zumal der Beschuldigte vor Berufungsgericht die Aussage verweigert hat, verbleibt als verwertbar einzig seine Einvernahme vor der Vorinstanz. Anlässlich dieser bestritt er die Vorwürfe, soweit er zur Sache noch Aussagen machte (RG act. I.3). In den beschlagnahmten Geräten konnten gemäss technischen und forensischen Ermittlungsberichten der Kantonspolizei Graubünden vom 9. und 12. Juli 2019 keine Hinweise auf Widerhandlungen gegen die sexuelle Integrität bzw. keine strafrechtlich relevanten Daten gefunden werden (StA act. 6.7 S. 3; StA act. 6.8 S. 3). Zumal damit keine verwertbaren bzw. belastende Beweismittel im Recht liegen, welche die in der Anklageschrift vom 14. Juni 2021 erhobenen Vorwürfe der mehrfachen Schändung gemäss Art. 191 StGB, der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB, der Pornographie gemäss Art. 197 Abs. 5 Satz 1 und 2 StGB sowie des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG zu stützen vermögen, ist der Beschuldigte von diesen freizusprechen. 6. Nach Art. 51 i.V.m. Art. 110 Abs. 7 StGB ist jede in einem Strafverfahren verhängte Haft anzurechnen. Der Beschuldigte befand sich ab dem 18. Juni 2019, 06.30 Uhr, bis am 19. Juni 2019, 17.00 Uhr, in Polizeihaft (StA act. 3.1). Diese Polizeihaft von zwei Tagen ist an die verhängte Strafe, die in Rechtskraft erwachsene Busse in der Höhe von CHF 200.00, anzurechnen. Der Anrechnungsfaktor, mit welchem die Untersuchungshaft an eine Busse anzurechnen ist, entspricht jenem Faktor, nach welchem der Richter die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse gemäss Art. 106 Abs. 3 StGB bestimmt (BGE 135 IV 126 E. 1.3.9). Die Vorinstanz legte diese auf einen Tag fest (act. E.1 Dispositiv-Ziffer 2b). Die Busse ist daher in Anrechnung eines Tages Polizeihaft vollumfänglich erstanden. Für den zweiten, nicht an eine verhängte Sanktion anrechenbaren Tag Polizeihaft ist der Beschuldigte gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO mit CHF 200.00 zu entschädigen (vgl. BGE 146 IV 231 E. 2.3.2). 7. Die Privatklägerinnen verlangten die Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 5 lit. a des vorinstanzlichen Urteils, wonach ihre Zivilklagen auf den Zivilweg verwiesen wurden, und beantragten je eine Genugtuung in der Höhe von CHF 8'000.00 zuzüglich Zins ab dem 1. März 2013 (act. E.1; act. H.2 S. 1). Zumal der Beschuldigte vorliegend freigesprochen wird und – wie ausgeführt – keine verwertbaren Beweismittel zur Erstellung des angeklagten Sachverhalts in den Akten liegen, womit dieser nicht feststeht, sind die Zivilklagen betreffend Genugtuung gemäss Art. 126 Abs. 2 lit. d StPO auf den Zivilweg zu verweisen.

#### **E. 14**

/ 21 8. Die Staatsanwaltschaft beantragte, das beschlagnahmte Mobiltelefon iPhone 8 schwarz sei gestützt auf Art. 69 Abs. 1 und Art. 197 Abs. 6 StGB einzuziehen (act. H.3 S. 20). Wie ausgeführt, kann nicht erstellt werden, dass der Beschuldigte sich der Pornographie gemäss Art. 197 Abs. 5 StGB schuldig gemacht hat, und sind auf dem Gerät gemäss technischen und forensischen Ermittlungsberichten der Kantonspolizei Graubünden vom 9. und 12. Juli 2019 keine Hinweise auf Widerhandlungen gegen die sexuelle Integrität bzw. keine strafrechtlich relevanten Daten gefunden worden (StA act. 6.7 S. 3; StA act. 6.8 S. 3). Es ist damit nicht belegbar, dass das iPhone zur Begehung einer Straftat gedient hat. Insbesondere ist auch kein Konnex zum Vorwurf der Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz erstellbar. Ferner besteht durch das Gerät auch nicht eine Gefährdung der Sicherheit von Menschen, Sittlichkeit oder öffentlichen Ordnung. Folgerichtig ist die am 21. Mai 2021 verfügte Beschlagnahme des iPhone 8 schwarz aufzuheben und dem Beschuldigten herauszugeben. 9. Im Ergebnis ist die Berufung der

Staatsanwaltschaft wie auch jene der Privatklägerinnen vollumfänglich abzuweisen.

10.1.1. Da der Beschuldigte im erstinstanzlichen Verfahren von der Vorinstanz von den Vorwürfen der mehrfachen Schändung, der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern, der Pornographie sowie der Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz ebenfalls freigesprochen, allerdings für den im Berufungsverfahren nicht angefochtenen Schuldspruch der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetrMG verurteilt wurde, ist die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung für die Untersuchungs- und erstinstanzlichen Kosten zu bestätigen (vgl. für die zutreffende Begründung act. E.1 E. 7; Art. 426 Abs. 1 StPO e contrario i.V.m. Art. 423 StPO).

Demnach gehen die Untersuchungskosten von insgesamt CHF 13'664.00 im Umfang von CHF 680.00 zulasten des Beschuldigten und im Umfang von CHF 12'984.00 zulasten des Kantons Graubünden (Staatsanwaltschaft). Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von insgesamt CHF 6'000.00 gehen im Umfang von CHF 275.00 zulasten des Beschuldigten, infolge Verweisung der Zivilklage auf den Zivilweg gestützt auf Art. 427 Abs. 1 lit. a und c StPO im Umfang von je CHF 250.00 zulasten der Privatklägerinnen sowie im Umfang von CHF 5'225.00 zulasten des Kantons Graubünden (Regionalgericht Imboden). Die den Privatklägerinnen auferlegte Gerichtsgebühr ist infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen durch den Kanton Graubünden (Regionalgericht Imboden) zu bezahlen (vgl. Art. 136 Abs. 2 lit. b StPO). Vorbehalten bleibt die Rückerstattungspflicht der Privatklägerinnen, sobald es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135

## **E. 15**

/ 21 Abs. 4 lit. a StPO analog; BGer 6B\_370/2016 v. 16.3.2017 E. 1.2, nicht publ. in BGE 143 IV 154). 10.1.2. Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens anteilmässig (vgl. Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden in Anwendung von Art. 7 VGS (BR 350.210) in Verbindung mit Art. 424 Abs. 1 StPO auf CHF 4'000.00 festgesetzt. Die Staatsanwaltschaft sowie die Privatklägerinnen, welche ihre Berufung auf den Zivilpunkt beschränkten, unterliegen mit ihren Anträgen vollumfänglich. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind daher im Umfang von je CHF 250.00 den Privatklägerinnen und im Umfang von CHF 3'500.00 dem Kanton Graubünden (Kantonsgericht) aufzuerlegen. Die den Privatklägerinnen auferlegte Gerichtsgebühr ist infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen durch den Kanton Graubünden (Kantonsgericht) zu bezahlen (vgl. Art. 136 Abs. 2 lit. b StPO). Vorbehalten bleibt die Rückerstattungspflicht der Privatklägerinnen, sobald es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 lit. a StPO analog; BGer 6B\_370/2016 v. 16.3.2017 E. 1.2, nicht publ. in BGE 143 IV 154). 10.2.1. Der Beschuldigte hat Anspruch auf Entschädigung seiner Aufwendungen für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren, wenn er ganz oder teilweise freigesprochen wird (Art. 429 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 436 Abs. 1 StPO). Zu diesen Aufwendungen zählen in erster Linie die Kosten der freigeählten Verteidigung, sofern ihr Beizug angesichts der tatsächlichen oder rechtlichen Komplexität des Falles geboten und der von ihr betriebene Aufwand unter Berücksichtigung der Komplexität und der Schwierigkeit des Falles angemessen war (BGE 142 IV 163 E. 3.1.2; 138 IV 197 E. 2.3.4; Stefan Wehrenberg/Friedrich Frank, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, N 13 zu Art. 429 StPO). Unnötige und übersetzte Kosten, die auf überflüssigen, rechtsmissbräuchlichen oder übermässigen, d.h.

unverhältnismässig hohen Aufwendungen beruhen, sind nicht zu entschädigen (BGE 115 IV 156 E. 2d; Wehrenberg/Frank, a.a.O., N 15 zu Art. 429 StPO). Als Massstab bei der Beantwortung der Frage, welcher Aufwand für eine angemessene Verteidigung im Strafverfahren nötig ist, hat der erfahrene Anwalt zu gelten, der im Bereich des materiellen Strafrechts und des Strafprozessrechts über fundierte Kenntnisse verfügt und deshalb seine Leistungen von Anfang an zielgerichtet und effizient erbringen kann (BGer 6B\_336/2014 v. 6.2.2015 E. 2.2 m.w.H.). 10.2.2. Die Entschädigung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach den Tarifen des jeweiligen Verfahrensortes festzusetzen (BGE 142 IV 163

## **E. 16**

/ 21 E. 3.1.2). Vorliegend ist daher die Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Kantons Graubünden anwendbar (HV; BR 310.250). Nach Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 HV ist bei der Bemessung des Honorars vom Betrag auszugehen, welcher der entschädigungsberechtigten Partei für die anwaltliche Vertretung in Rechnung gestellt wird, sofern der Stundenansatz zwischen CHF 210.00 und CHF 270.00 liegt. 10.2.3. Die Verteidigung machte mit Honorarnote vom 13. Dezember 2021 (RG act. IV.3) für das erstinstanzliche Verfahren einen Aufwand von 28.8 Stunden und mit Honorarnote vom 21. Juli 2023 (act. G.4) für das zweitinstanzliche Verfahren einen Aufwand von 18.5 Stunden zu einem Stundenansatz von CHF 250.00 geltend. Der Stundenansatz liegt im Rahmen der kantonalen Vorgaben. 10.2.4. Der Aufwand in Bezug auf das erstinstanzliche Verfahren erscheint als angemessen. In Berücksichtigung des Schuldspruchs betreffend die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes ist die Entschädigung von insgesamt CHF 7'959.00 um 5 % auf CHF 7'560.00 zu reduzieren, dem Kanton Graubünden aufzuerlegen und aus der Gerichtskasse des Regionalgerichts Imboden zu bezahlen. 10.2.5. Auch der Aufwand in Bezug auf das Rechtsmittelverfahren erscheint als angemessen – abgesehen von demjenigen für die Berufungsverhandlung, welcher mit 4.5 Stunden veranschlagt wurde, diese jedoch zwei Stunden gedauert hat und somit in Berücksichtigung des Weges sowie der Vor- wie Nachbesprechung auf drei Stunden zu reduzieren ist. Es ergibt sich ein Stundenaufwand von 17 Stunden, womit eine Entschädigung des Beschuldigten für das Berufungsverfahren von insgesamt CHF 4'711.90, bestehend aus dem Honorar von CHF 4'250.00, Spesen von CHF 125.00 sowie Mehrwertsteuer von CHF 336.90, resultiert. Die Entschädigung ist dem Kanton Graubünden (Kantonsgericht) aufzuerlegen und aus der Gerichtskasse des Kantonsgerichts zu bezahlen. 10.3.1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es nicht zulässig, vom Opfer im Falle eines Freispruchs die Rückerstattung der Kosten seiner unentgeltlichen 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

## **E. 17**

/ 21 Verbeiständung im Rechtsmittelverfahren Art. 30 Abs. 3 OHG vor (vgl. BGE 143 IV 154 E. 2.3.4 f.). 10.3.2. Die unentgeltliche Rechtsbeiständin der Privatklägerinnen machte mit Honorarnote vom 14. Dezember 2021 (RG act. IV.4) einen Aufwand von insgesamt

18.99 Stunden zu einem Stundenansatz von CHF 240.00 geltend. Der Aufwand erscheint angemessen. Gemäss der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte beträgt das Honorar CHF 200.00 pro Stunde (Art. 5 Abs. 1 HV). Der Stundenansatz ist entsprechend zu reduzieren. Für das erstinstanzliche Verfahren resultiert eine Entschädigung von insgesamt CHF 4'225.00, bestehend aus dem Honorar von CHF 3'798.00, Spesen von CHF 114.00 sowie Mehrwertsteuer von CHF 313.00. Die Entschädigung ist dem Kanton Graubünden aufzuerlegen und aus der Gerichtskasse des Regionalgerichts Imboden zu bezahlen. 10.3.3. Da die Privatklägerinnen im Rechtsmittelverfahren mit ihrer Berufung vollumfänglich unterliegen, sind ihnen die Kosten ihrer unentgeltlichen Rechtsvertretung aufzuerlegen. Rechtsanwältin Diana Honegger machte mit Honorarnote vom 23. Juli 2023 einen Aufwand von 16.36 Stunden à CHF 250.00 geltend (act. G.5). Der Aufwand erscheint als angemessen und ist nur in Bezug auf die Berufungsverhandlung, welche mit vier Stunden veranschlagt wurde, auf drei Stunden zu kürzen. Wiederum ist der Stundenansatz auf CHF 200.00 zu reduzieren. Für das Berufungsverfahren resultiert eine Entschädigung von insgesamt CHF 3'407.80, bestehend aus dem Honorar von CHF 3'072.00, Spesen von CHF 92.15 sowie Mehrwertsteuer von CHF 243.65. Die Entschädigung ist von den Privatklägerinnen zu tragen, ist aber einstweilen aus der Gerichtskasse des Kantonsgerichts zu bezahlen. Vorbehalten bleibt die Rückerstattungspflicht gemäss Art. 138 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 135 Abs. 4 StPO.

## **E. 18**

/ 21

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