

ZH_OBERGERICHT SB150359 vom 31. März 2016

ZH Obergericht, 2016-03-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB150359

FR: ZH_OBERGERICHT SB150359 du 31 mars 2016

IT: ZH_OBERGERICHT SB150359 del 31 marzo 2016

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Hinsichtlich des Verfahrensganges bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens kann vollumfänglich auf die vollständigen und zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 79 S. 4; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 1.2

Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 23. Juni 2015 wurde der Beschuldigte von den Vorwürfen der Schändung und der sexuellen Handlungen mit einem Kind freigesprochen. Dementsprechend wurde die Zivilklage der Privatklägerin abgewiesen. Die vom Beschuldigten gegenüber der Gerichtskasse gestellte Genugtuungsforderung wurde im Umfange von Fr. 50'000.– gutgeheissen und im Mehrbetrag abgewiesen (Urk. 79 S. 59 f.). Die Gerichtsgebühr fiel ausser Ansatz und die übrigen Kosten wurden auf die Gerichtskasse genommen. Mit Ergänzungsurteilen vom 22. Juli 2015 wurden die amtliche Verteidigerin mit Fr. 24'547.70 (inkl. Barauslagen und MwSt., Urk. 72) und der unentgeltliche Vertreter der Privatklägerin mit Fr. 11'131.55 (inkl. Barauslagen und MwSt, Urk. 73) aus der Gerichtskasse entschädigt.

E. 1.3

Gegen dieses gleichentags mündlich eröffnete Urteil meldeten der Vertreter der Privatklägerin mit Eingabe vom 24. Juni 2015 und die Staatsanwaltschaft mit solcher vom 25. Juni 2015 je fristgerecht Berufung an (Urk. 66, 68). Die Berufungserklärungen der Staatsanwaltschaft vom 3. September 2015 sowie diejenige der Privatklägerin vom 9. September 2015 gingen ebenfalls je fristgerecht ein (Urk. 83, 84). Die Privatklägerin stellte einen Eventualantrag auf Rückweisung der Anklage und die Staatsanwaltschaft einen solchen auf Ergänzung der Anklage. Mit Verfügung vom 10. September 2015 wurden dem Beschuldigten und der Privatklägerin eine Kopie der Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft eine Kopie der Berufungserklärung der

- 5 - Privatklägerin zugestellt. Gleichzeitig wurde dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung beantragt werde. Weiter wurde der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten Frist angesetzt, um zum Eventualantrag auf Rückweisung der Anklage Stellung zu nehmen (Urk. 87). Mit Eingabe vom 6. Oktober 2015 liess der Beschuldigte Anschlussberufung erklären und verzichtete auf Stellungnahme zum Eventualantrag (Urk. 89). Mit Eingabe vom 7. Oktober 2015 liess die Privatklägerin

beantragen, für den Fall der Einvernahme von einer Frau einvernommen zu werden und dass dem Gericht eine Person weiblichen Geschlechts angehören soll (Urk. 90). Mit Eingabe vom 8. Oktober 2015 liess der Beschuldigte beantragen, dass die Privatklägerin erneut einzu- vernehmen sei (Urk. 92). Mit Verfügung vom 12. Oktober 2015 wurde der Privat- klägerin und der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um zum Beweisantrag auf erneute Befragung der Privatklägerin Stellung zu nehmen (Urk. 94). Mit Beschluss vom 13. Oktober 2015 wurde der Staatsanwaltschaft das Recht eingeräumt, die Anklageschrift hinsichtlich Art. 187 Ziff. 4 StGB mit einer Eventualanklage zu er- gänzen. Gleichzeitig wurde vorgemerkt, dass die Staatsanwaltschaft eine solche Ergänzung bereits mit ihrer Berufungserklärung vorgenommen hat und diese dem Beschuldigten und der Privatklägerin bereits zugestellt wurde (Urk. 96 S. 5 f.). Mit Eingabe vom 18. November 2015 gab die Privatklägerin ihre Bereitschaft, an der Gerichtsverhandlung teilzunehmen und auszusagen bekannt und liess gleichzeitig den Ausschluss der Öffentlichkeit und die Einschränkung der Medienberichterstat- tung beantragen (Urk. 99). Der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten wurde mit Verfügung vom 19. November 2015 Frist angesetzt, um zu diesen Anträgen Stellung zu nehmen (Urk. 102). Mit Präsidialverfügung vom 16. Dezember 2015 wurde der Beweisantrag auf erneute Einvernahme der Privatklägerin einstweilen abgewiesen und die Publikumsöffentlichkeit ausgeschlossen. Die akkreditierten Gerichtsberichterstatter wurden unter der Auflage zur Berufungsverhandlung zu- gelassen, dass die Identität der Privatklägerin nicht veröffentlicht werden dürfe (Urk. 104).

E. 1.4

In der Folge wurde zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 106).

- 6 -

E. 1.5

Mit Eingabe vom 4. März 2016 liess die Privatklägerin die Berufung gegen den Freispruch betreffend Schändung zurückziehen, mit dem Hinweis, dass an der Berufung betreffend den Freispruch vom Vorwurf der sexuellen Handlungen mit einem Kind ausdrücklich festgehalten werde (Urk. 112). Mit Eingabe vom 17. März 2016 liess der Beschuldigte die Anschlussberufung zurückziehen (Urk. 115).

E. 1.6

Am 31. März 2015 fand im Beisein aller Parteien und deren Vertreter die Berufungsverhandlung statt (Prot. II S. 10 ff.). Vorfragen waren anlässlich der Be- rufungsverhandlung keine zu entscheiden, und – abgesehen von der Einver- nahme des Beschuldigten (Urk. 119) – mussten keine weiteren Beweise erhoben werden (Prot. II S. 15 f.). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Beru- fungsverhandlung (Prot. II S. 27 ff.).

E. 2

Umfang der Berufung

E. 2.1

Bestand haben die Berufungen der Staatsanwaltschaft und der Privat- klägerin hinsichtlich des Freispruchs bezüglich der vorgeworfenen sexuellen Handlungen mit Kindern (Urk. 83, 84, 112). Die Staatsanwaltschaft beantragt zu- sätzlich und, wie sie schreibt, "zwangsläufig" eine Anpassung der vorinstanzlichen Kosten-, Entschädigungs- und Genugtuungsregelung,

ohne dies genauer auszuführen (Urk. 83). Im Rahmen ihrer Berufungserklärung beantragte die Privatklägerin auch eine Anpassung der Zivilklage und der "nachfolgenden Ziffern (Gegnugtung Beschuldigter etc.)" (Urk. 84 S. 2).

E. 2.2

Bei dieser Ausgangslage sind lediglich ein Teil der Dispositivziffer 1 (Freispruch vom Vorwurf der Schändung) sowie die Dispositivziffern 5 und 6 (Entschädigung der Parteivertreter) des vorinstanzlichen Urteils nicht angefochten und entsprechend in Rechtskraft erwachsen (Prot. II S. 12 ff.; Art. 399 Abs. 3 StPO in Verbindung mit Art. 402 und 437 StPO, Art. 404 StPO). Im übrigen Umfang steht der angefochtene Entscheid im Rahmen des Berufungsverfahrens zur Disposition.

- 7 -

E. 3

Formales

E. 3.1

Soweit für die tatsächliche und rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO, auch ohne, dass dies jeweils explizit Erwähnung findet.

E. 3.2

Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 6B_170/2011 vom 10. November 2011, E. 1.2.). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 139 IV 179 E. 2.2; BGE 138 IV 81 E. 2.2, je mit Hinweisen).

E. 4

Sachverhalt

E. 4.1

Die Vorinstanz hat den Anklagesachverhalt zutreffend zusammengefasst. Darauf kann vorab verwiesen werden. Soweit für das vorliegende Verfahren relevant, wird dem Beschuldigten vorgeworfen, dass er die sexuellen Handlungen mit der Privatklägerin im Wissen darum, dass die Geschädigte erst 15 Jahre alt war, vorgenommen habe, weil sie ihm dies anlässlich ihrer Unterhaltung im C._____ [Ort] auf seine Frage hin mitgeteilt habe (Urk. 31 S. 2).

E. 4.2

In der Ergänzungsanklage vom 3. September 2015 wird ihm eventualiter vorgeworfen, dass er über das Alter der Geschädigten geirrt habe und irrtümlicherweise davon ausgegangen sei, dass die Geschädigte mindestens 16 Jahre alt gewesen sei, wobei er diesen Irrtum durch genauere Abklärungen hinsichtlich des erwähnten Alters hätte vermeiden können und müssen, namentlich durch zusätzliche, an die Geschädigte gerichtete Fragen betreffend ihr Alter und/oder durch das Herausverlangen eines Identitätsausweises, wozu der Beschuldigte aufgrund seines Alters von 32 Jahren umso mehr verpflichtet gewesen wäre, da ein ganz erheblicher Altersunterschied bestanden habe und die beiden keinerlei

Beziehung verbunden habe (Urk. 83).

- 8 -

E. 4.3

Unbestritten und durch die DNA-Spurenauswertung des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich vom 2. September 2014 erwiesen ist, dass es am 10. November 2013 zwischen der Privatklägerin und dem Beschuldigten zu ungeschütztem Geschlechtsverkehr gekommen ist (Urk. 79 S. 6, Urk. 119 S. 6). Der Beschuldigte stellt sich allerdings auf den Standpunkt, nicht gewusst zu haben, dass die Privatklägerin im Zeitpunkt des Geschlechtsverkehrs das 16. Altersjahr noch nicht vollendet hatte und dies auch bei pflichtgemässer Vorsicht nicht hätte in Erfahrung bringen können (Urk. 79 S. 6, Urk. 119 S. 9 f., Urk. 122 S. 4 f., Prot. II S. 17 ff.).

E. 4.4

Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt, dass nicht erstellt werden könne, dass der Beschuldigte über das Alter der Privatklägerin Bescheid gewusst habe (Urk. 79 S. 54). Ferner erwog die Vorinstanz, dass es aufgrund des Umstandes, dass die Privatklägerin auf die Frage ihres Alters bereits am C. _____ ausweichend geantwortet habe, und er ohnehin davon ausgegangen sei, dass die Privatklägerin 20 Jahre alt gewesen sei, lebensnah erscheine, dass der Beschuldigte vor dem Geschlechtsverkehr nicht nochmals nach dem Alter gefragt habe (Urk. 79 S. 56).

E. 4.5

Gemäss der Auffassung der Vertretung der Privatklägerin sei gestützt auf die Aussagen der Privatklägerin davon auszugehen, dass die Privatklägerin dem Beschuldigten ihr richtiges Alter genannt habe, weshalb er gewusst habe, dass er den Geschlechtsverkehr mit einer 15-jährigen vollzogen habe. Demgegenüber achtete sie die Aussagen des Beschuldigten als unglaubhaft und zweckgerichtet (Urk. 120 S. 5). Die Staatsanwaltschaft stellt sich auf den Standpunkt, dass sich der Beschuldigte unter den konkreten Umständen – selbst wenn man nicht auf die Aussagen der Privatklägerin, wonach sie dem Beschuldigten ihr Alter klar angegeben habe, abstützen wollte – zur Last legen lassen müsse, dass er es aufgrund der konkreten Umstände (kindliches Aussehen und Wahrnehmung der Privatklägerin während einem längeren, der Tat vorausgehenden Zeitraum) zumindest für möglich hätte halten müssen, dass die Privatklägerin im Tatzeitpunkt noch nicht 16 Jahre alt war (Urk. 121 S. 6).

- 9 -

E. 4.5.1

Als der Beschuldigte in seiner ersten polizeilichen Befragung vom 26. August 2014 zu seinen sexuellen Präferenzen befragt wurde, erklärte er, dass er sich diesbezüglich nur zu Frauen hingezogen fühle. Er sei normal und schlafe nur mit Frauen (Urk. 14/1 S. 4, Antwort auf Frage 20). Unmittelbar nach dieser Antwort fügte der einvernehmende Polizeibeamte folgende Protokollnotiz ein (a.a.O.): "Der Beschuldigte fragt, ob dies verboten sei, mit einer Frau, welche auch Sex will, Sex zu haben. Weiter fragt er, ob es ein Problem sei, mit einer Frau unterhalb des 18. Altersjahrs Sex zu haben. Weiter fragt er mich bezüglich des Strafmasses mit Bezug auf Sexualdelikte". In der Folge erörterte der Polizeibeamte dem Beschuldigten die Gesetzesbestimmungen (a.a.O.). Unmittelbar darauf antwortete der Beschuldigte auf die Frage, mit welcher Altersgruppe er sexuelle Beziehungen pflege, "ab ca. dem 20. Altersjahr. Also im legalen Rahmen" (a.a.O., Antwort auf Frage 21).

Anschliessend wurde der Beschuldigte gefragt, ob er noch wisse, wo er sich am Sonntag, 10. November 2013 im Verlaufe des Abends aufgehalten habe. Der Beschuldigte antwortete (a.a.O., S. 5, Antwort auf Frage 24): "Es kann sein, dass ich an diesem Tag im C._____ ein Mädchen kennen gelernt habe. Damals war ich in Begleitung von meinem Kunden D._____". Nachdem der Beschuldigte vorerst ausdrücklich auf den Beizug einer Verteidigung verzichtet hatte (Urk. 14/1 S. 1 f., Antwort auf Frage 3), wünschte er nach der Antwort auf die Frage 24 den Beizug einer Verteidigung, mit der er sich dann unterhalten konnte (a.a.O., S. 5 Mitte). In der Folge verweigerte der Beschuldigte Aussagen zu machen.

E. 4.5.2

Auch anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Hafteinvernahme, die in Anwesenheit der Verteidigerin durchgeführt wurde, verweigerte der Beschuldigte Aussagen zur Sache (Urk. 14/4).

E. 4.5.3

Am 21. Oktober 2014 erfolgte die nächste staatsanwaltschaftliche Befragung, wiederum in Anwesenheit der Verteidigerin (Urk. 14/5). Der Beschuldigte wollte sich vorerst zum Vorwurf der Schändung nicht äussern (a.a.O., S. 2, Antwort auf Fragen 5 und 6). In der Folge wurde er mit der Erkenntnis konfrontiert, dass in der Scheide der Privatklägerin Spermienköpfe sichergestellt worden seien, die aufgrund einer DNA-Auswertung ihm zuzuordnen seien. Der Beschuldigte

- 10 - erklärte darauf, er gebe "dies zu, was die Spermien betrifft" (a.a.O., S. 2, Antwort auf Frage 7). Gefragt, wie er sich das erklären könne, antwortete der Beschuldigte (a.a.O., S. 2, Antwort auf Frage 8): "Um ehrlich zu sein, als ich dieses Mädchen kennengelernt habe. Haben wir zusammen gesprochen. Sie hat auch Annäherungsversuche unternommen. Es war nicht nur ich und so ist es dann passiert". Darauf schilderte der Beschuldigte ausführlich den Ablauf der Geschehnisse aus seiner Sicht. Bezüglich Alter entwickelte sich im Laufe der Befragung folgender Dialog (Urk. 14/5 S. 13 f., Fragen und Antworten 70 - 75): Frage 70: Beschreiben Sie die Geschädigte: "Sie hatte sich stark geschminkt. Ich glaube, sie hatte rote Lippen. Sie hat viel gelacht und war ein fröhlicher Mensch. Ich glaube, sie trug die Haare offen, aber ich erinnere mich nicht genau daran. Sie hatte längere Haare, was die Haarfarbe betrifft, das weiss ich wirklich nicht mehr. Ich weiss nur noch, dass sie stark geschminkt war und dunkel um die Augen geschminkt war. Sie hatte auch einen Strich am seitlichen Ende der Augen. Wenn man sie an diesem Abend gesehen hatte, konnte man denken, dass sie auf eine Party gehen würde. Ich habe sie deshalb dies auch zu Beginn gefragt". Frage 71: Wie alt schätzten Sie sie: "So wie ich sie an jenem Tag gesehen habe und weil sie grösser und fester als ich ist, sie hat auch grosse Brüste, habe ich sie etwas auf 20 Jahre alt geschätzt. Wenn man sich zurecht macht und sich auf eine gewisse Art (sich) anzieht, kann man auch wie 25 Jahre aussehen. Ich war geschockt, als mir die Polizei ihr richtiges Alter nannte. Ich habe dies nicht bemerkt". Frage 72: Haben Sie über ihr Alter gesprochen? "Ja, sie fragte mich. Ich sagte ihr, dass ich B._____ heisse und so und so alt sei. Sie sagte mir nur, dass sie alt genug sei, sonst wäre sie zu dieser Zeit nicht alleine unterwegs".

- 11 - Frage 73: Die Geschädigte gab an, Sie hätten nach dem Alter gefragt und sie habe Ihnen gesagt, sie sei 15 Jahre alt. Was sagen Sie dazu? "Das ist unmöglich, dass dies passiert sein soll. Denn wenn es so gewesen wäre, dann würde ich spinnen oder wäre

verrückt. Wenn sie 15 Jahre alt ist, weshalb kam sie auf mich zu? Weshalb hat sie all dies gemacht, was ist der Grund? Ich war zuvor noch nie im Gefängnis, es ist das erste Mal. Es gibt solche Geschichten, dass jemand absichtlich jemandem solche Probleme macht, aber hierfür gibt es keinen Grund. Weshalb hat sie mir diese Probleme verursacht?" Frage 74: Welche Altersgrenze gilt in der Schweiz bei Kindern bezüglich sexuellen Handlungen? "Ich weiss nicht, wie es genau in der Schweiz ist. Aber es ist überall gleich, bei uns in E. _____ [Staat in Nordafrika] ist es ab 14 Jahre. Wir haben bei uns in E. _____ und F. _____ [Staat in Nordafrika] Mädchen, die mit 14 Jahren verheiratet werden. Ich wusste dies bis jetzt auch nicht, weil ich nie damit zu tun hatte". Frage 75: In der Schweiz gilt die Altersgrenze 16 Jahre. Das heisst mit unter 16-jährigen darf man keine sexuellen Handlungen vornehmen, ohne sich strafbar zu machen: "Wenn ich gewusst hätte, dass sie 15 Jahre alt ist, wäre ich nirgends mit ihr hingegangen".

E. 4.5.4

Aussagekräftig ist auch eine Aussage des Beschuldigten anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Befragung vom 2. Dezember 2014. Als ihm nochmals die Aussage der Privatklägerin vorgehalten wurde, wonach diese ihm gesagt habe, dass sie 15 Jahre alt sei, antwortete der Beschuldigte wie folgt (Urk. 14/8 S. 3 oben, Antwort auf Frage 7): "Wie ich bereits gesagt habe, hätte ich gewusst, dass sie erst 15 Jahre alt war, dann müsste (man) mich in eine Irrenanstalt einweisen.

- 12 - Auch ein 15 jähriges Mädchen weiss, dass sie sich nicht mit einem 30 jährigen Mann einlassen soll. Weshalb kam sie trotzdem mit mir? Sie hat nicht erwähnt, dass sie 15 Jahre sei. Sie sagte, dass sie älter als 15 Jahre alt ist. Sonst wäre ich nicht mit ihr gegangen. Ausserdem haben Sie sie heute auch gesehen. Sie sieht viel älter als 15 Jahre aus. Sie ist auch grösser als ich".

E. 4.6

Eine Würdigung dieser Aussagen ergibt folgende Ungereimtheiten:

E. 4.6.1

Betrachtet man das Foto (Videoprint von der Befragung der Privatklägerin vom 20. Dezember 2013; Urk. 14/2) sowie die Bilder der Videobefragungen der Privatklägerin vom 20. Januar 2013 (Urk. 15/3) und vom 2. Dezember 2014 (Urk. 15/8), dann erhellt ohne weiteres, dass die Privatklägerin im November 2013 niemals 20 oder gar 25 Jahre alt gewesen sein kann, wie das der Beschuldigte ausführt. Auch wenn dabei berücksichtigt wird, dass die Privatklägerin bei den erwähnten Befragungen "schlicht" daher kam und gestützt auf die übereinstimmenden Aussagen des Beschuldigten und der Privatklägerin davon auszugehen ist, dass die Privatklägerin am 10. November 2013 stark geschminkt, ja "aufgedonnert" war, sie also älter als 15 Jahre geschienen haben mag, ist die Aussage des Beschuldigten, er habe sie damals auf 20 bis 25 Jahre geschätzt, eine masslose Übertreibung.

E. 4.6.2

Auch die Visionierung der beiden Videobefragungen ergibt ohne jeden Zweifel, dass die Privatklägerin weder im Dezember 2013 noch im Dezember 2014 von ihrem Habitus, von ihrer Ausdrucksweise, ihrer ganzen Art her 20 oder gar 25 Jahre alt gewesen sein kann. Umso weniger kann dies auf den November 2013 zutreffen. Auch anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung und mithin mehr als zwei Jahre nach dem zu beurteilenden Vorfall

wirkte die nunmehr 17-jährige Privatklägerin gemäss Auffassung des Gerichts sicher nicht älter als sie es tatsächlich ist.

E. 4.6.3

Auffällig ist, dass der Beschuldigte in der ersten polizeilichen Befragung, als es um seine sexuellen Präferenzen ging, unmissverständlich von Frauen sprach. Als er dann in derselben Befragung auf den Vorfall vom 10. November 2013 zu sprechen kam, verwendete er von sich aus – bezogen auf die Privatklägerin – den

- 13 - Ausdruck "Mädchen" (Urk. 14/1 S. 5). Auch wenn die Vorinstanz richtig ausführte, dass die Verwendung des Begriffs Mädchen nicht zwingend ein Alter unter 16 Jahren impliziert (Urk. 79 S. 55), bedeutet die Verwendung des Begriffs umgangssprachlich gleichwohl nichts anderes, als dass der Beschuldigte, wenn er von der Privatklägerin sprach, sicher keine Frau vor Augen hatte. Wohl erklärte der Beschuldigte anlässlich der Befragung vor Berufungsgericht, dass für ihn ein Mädchen auch eine Frau sei und für ihn die beiden Begriffe das Gleiche bedeuteten, gleichzeitig führte er aber aus: "Vielleicht ist man ab 20 Jahren eine Frau." (Urk. 119 S. 10). Letzteres bestätigt die vorerwähnte Annahme, wonach der Beschuldigte, wenn er in der ersten Einvernahme von einem Mädchen sprach, eben nicht eine Person vor Augen hatte, die das 20. Altersjahr bereits erreichte. An diesem Schluss ändert auch nichts, wenn die Verteidigung vorbringt, dass der Beschuldigte der deutschen Sprache nicht so gut mächtig sei (Prot. II S. 18). Entgegen der Darstellung der Verteidigung und auch der Vorinstanz muss nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte den Begriff "Mädchen" bei seinen Antworten aufgrund der häufigen Verwendung durch die Befragenden aufgegriffen habe (Urk. 79 S. 55, Prot. II S. 18). Vielmehr war es der Beschuldigte, der den Begriff von sich aus in die erste polizeiliche Einvernahme einbrachte, als er zum ersten Mal von der Privatklägerin sprach (Urk. 14/1 S. 5). Diese erste Aussage zur Sache ist – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Prot. II S. 21 f.) – auch ohne weiteres verwertbar. Zwar besteht das Recht des Beschuldigten auf den Beizug einer Verteidigung ab dem Zeitpunkt der ersten Einvernahme, darauf kann aber verzichtet werden, was der Beschuldigte zunächst getan hat (Urk. 14/1 S. 1 f.). Eine allfällige notwendige Verteidigung ist demgegenüber erst nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft sicherzustellen (Art. 131 Abs. 2 StPO). Es ist demnach davon auszugehen, dass der Beschuldigte den Begriff "Mädchen" durchaus bewusst verwendete. Vor dem Hintergrund, dass der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben in seiner Heimat das Gymnasium abgeschlossen und auch ein Studium begonnen hatte (Urk. 57 S. 3), ist entgegen der Verteidigung (Prot. II S. 25) auch nicht anzuzweifeln, dass der Beschuldigte eine entsprechende Differenzierung von seinem Bildungsstand her kannte. Soweit der Beschuldigte und auch die Verteidigung darzustellen versuch-

- 14 - ten, dass eine begriffliche Differenzierung zwischen "Mädchen" und "junge Frau" im Arabischen nicht existiere (Urk. 119 S. 16, 19), ist dem die entgegengesetzte Aussage des Dolmetschers entgegenzuhalten, wonach eine entsprechende begriffliche Unterscheidung durchaus bestehe (Urk. 119 S. 10, 19; Prot. II S. 18). Dass der Beschuldigte den begrifflichen Unterschied zumindest im Deutschen kennt, wurde bereits dargelegt.

E. 4.6.4

Ins Auge springt, dass der Beschuldigte auf die Frage nach dem Schutzalter in der Schweiz zwar vorerst ein gewisses Unwissen kundtat, er dann aber darauf hinwies, dass dieses überall gleich sei und in seiner Heimat bei 14 Jahren liege, wobei er sogar darauf

hinwies, dass in seinem Heimatland und in F._____ "Mädchen" (!) schon mit 14 Jahren verheiratet würden (Urk. 14/5 S. 14, Antwort auf Frage 74). Seine Aussage, das Schutzalter sei überall gleich, wobei er dieses aufgrund der heimatlichen Regelung bei 14 Jahren verankerte, deutet darauf hin, dass der Beschuldigte allenfalls vor der gegen ihn eröffneten Strafuntersuchung der Ansicht gewesen sein könnte, auch in der Schweiz liege das Schutzalter bei 14 Jahren. Auf der anderen Seite deutet die Frage des Beschuldigten an den ein- vernehmenden Polizeibeamten, ob es ein Problem sei, mit einer Frau unterhalb des 18. Altersjahrs Sex zu haben (Urk. 14/1 S. 4), darauf hin, dass es der Be- schuldigte offenbar als problematisch erachtete, mit einer nicht volljährigen weibli- chen Person sexuell zu verkehren.

E. 4.6.5

Geht man von der Aussage des Beschuldigten aus, wonach das Schutz- alter wohl überall gleich sei, nämlich wie in seiner Heimat bei 14 Jahren liege, er mithin zu erkennen gab, dass sexuelle Handlungen mit Personen über 14 Jahren legal seien, dann macht seine Aussage in der Befragung vom 2. Dezember 2014 (Urk. 14/8 S. 3 oben) schlicht keinen Sinn, wenn er ausführt, man müsste ihn ja in die Irrenanstalt einweisen, wenn er gewusst hätte, dass die Privatklägerin 15 Jah- re alt sei. Daran vermag auch nichts zu ändern, wenn er diese Aussage anlässlich der Berufungsverhandlung dahingehend zu erklären versuchte, dass es in F._____ und anderen Ländern zwar erlaubt sei, er dies aber nicht gutheisse und selbst nicht machen würde (Urk. 119 S. 17). Jedenfalls koppelt der Beschuldigte den legalen Geschlechtsverkehr mit 14-jährigen an die Voraussetzung, dass man

- 15 - diese Person dann auch heiratet (Urk. 119 S. 7, 16), was er in Bezug auf die Pri- vatklägerin ganz offensichtlich nicht geplant hatte.

E. 4.6.6

Wiederholt erhebt der Beschuldigte Vorwürfe gegenüber der Privatklägerin, so wenn er ausführt, er verstehe nicht, warum sie sich mit ihm eingelassen habe, warum sie mit ihm gekommen sei, warum sie ihm Probleme bereite (so zum Bei- spiel Urk. 14/8 S. 3 oben). Diese Externalisierung lässt aufhorchen.

E. 4.6.7

Insgesamt erscheint das Aussageverhalten des Beschuldigten, insbesonde- re was das Schutzalter in der Schweiz betrifft, – entgegen der vorinstanzlichen Auffassung (Urk. 79 S. 39) – nicht glaubhaft.

E. 4.7

Soweit die Aussagen der Privatklägerin für die Sachverhaltserstellung in Bezug auf das vorliegende Verfahren relevant sind, kann zunächst auf die Aus- führungen der Vorinstanz verwiesen werden, wonach der Beschuldigte immer wieder betonte, dass die Privatklägerin keine konkreten Angaben zu ihrem Alter gemacht habe, wohingegen die Privatklägerin stets ausgeführt habe, dem Be- schuldigten ihr richtiges Alter genannt zu haben (Urk. 79 S. 54). Richtig ist sodann die vorinstanzliche Feststellung, dass Aussagen der Privatklägerin zum hier inte- ressierenden Kerngeschehen betreffend den Vorwurf der sexuellen Handlung mit einem Kind kaum vorhanden sind, da sie ja geltend macht, im Tatzeitpunkt weg- getreten gewesen zu sein und nichts mitbekommen zu haben (Urk. 79 S. 44), was indessen nicht erstellt werden konnte. Aussagen machte die Privatklägerin aller- dings hinsichtlich der Frage, ob sie dem Beschuldigten ihr richtiges Alter zu er- kennen gab.

E. 4.7.1

Zunächst ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der Privatklägerin nicht schon deshalb eine reduzierte Glaubwürdigkeit zuzurechnen wäre, weil sie rund ein halbes Jahr nach dem hier zu beurteilenden Vorfall gegenüber der Polizei einen zu dem vorliegenden Vorwurf vergleichbaren Sachverhalt zur Anzeige gebracht hatte, was sie aber sogleich widerrief (Urk. 79 S. 39 mit Verweis auf Urk. 2). Mit der Vertretung der Privatklägerin ist in diesem Zusammenhang zu betonen, dass die Falschanzeige nach der vorliegend zu beurteilenden Tat stattgefunden hat (Prot. II S. 24). Damit kann – mit der Vorinstanz (Prot. II S. 39 f.) –

- 16 - nicht ausgeschlossen werden, dass es sich bei der Falschanzeige um eine Geschichte handelte, die sie in einem anderen Zusammenhang tatsächlich erlebte. Gewisse Zweifel an der Verlässlichkeit der Aussagen der Privatklägerin sind aber angezeigt, da vor der aufgezeichneten Einvernahme eine nicht protokollierte "Vorbereitung" stattgefunden hatte (Urk. 15/3 4:20). Wohl wurde im Bericht der Jungendanwaltschaft dieser Umstand festgehalten und es wurde ausgeführt, was die Privatklägerin ausgesagt haben soll (Urk. 15/1). Der genaue Inhalt dieser Besprechung/Einvernahme ist jedoch nicht bekannt, obwohl in der aufgezeichneten Einvernahme selbst immer wieder darauf Bezug genommen wird. Da aber der Ablauf und Inhalt dieser Vorbereitung im Dunkeln bleiben, kann auch nicht beurteilt werden, ob und allenfalls welche Auswirkungen dies auf die Einvernahme hatte. Jedenfalls schwächen solche nur rudimentär und unvollständig aktenkundig gemachte Untersuchungshandlungen die Beweiskraft der darauf folgenden Befragungen erheblich.

E. 4.7.2

Diese Vorbehalte gelten umso mehr, als die als Auskunftsperson befragte Privatklägerin zu Beginn der Einvernahme zwar umfassend über ihre Rechte aufgeklärt wurde. Sie wurde sogar darauf hingewiesen, dass sie die Wahrheit sagen müsse und nur erzählen dürfe, was sie selber erlebt habe, welche Belehrung zwar im Vorentwurf zur StPO noch vorgesehen war, schliesslich aber keinen Eingang ins Gesetz gefunden hat und dementsprechend auch hätte unterbleiben können (BSK StPO I-Kerner, 2. Auflage 2014, Art. 181 N 2). Hingegen beschränkte sich der Hinweis auf mögliche Straffolgen darauf, dass ihr gesagt wurde, dass sie niemanden falsch beschuldigen dürfe, ansonsten sie sich strafbar machen würde (Urk. 15/3, 3:10). Dass ihr offenbar im Nachgang zur Einvernahme ein Blatt mit all ihren Rechten und Pflichten ausgehändigt wurde (Urk. 15/3 2:15), ist irrelevant: Die Belehrung hat vollumfänglich zu Beginn der Einvernahme zu erfolgen (Art. 181 Abs. 1 und 2 StPO). Allerdings hat die unterlassene oder unvollständige Belehrung nicht die Unverwertbarkeit der Aussagen zur Folge, da die Belehrung nicht Gültigkeitserfordernis ist (Donatsch, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., 2. Auflage 2014, Art. 181 N 22). Immerhin kann aber die unterbliebene Belehrung die Beweiskraft schwächen.

- 17 -

E. 4.7.3

Als die Privatklägerin danach befragt wurde, was man gesprochen habe, gab sie an, dass sie nach ihrem Namen gefragt worden sei und weil sie sich nicht ganz wohl gefühlt habe, habe sie nicht ihren richtigen Namen angegeben, sondern sich als "A1._____" vorgestellt. Danach sei sie auch nach ihrem Alter gefragt worden, welche Frage sie wörtlich wie folgt beantwortet habe: "Dann haben sie mich weiter gefragt, wie alt ich bin, habe ich das richtige also... äh...fünfzehn gesagt." (Urk. 15/3 13:40). Dieser Bruch im Redefluss bei dieser Antwort fällt auf und steht im Widerspruch zu ihrer sonst sehr flüssigen und

gewandten Ausdrucksweise, welche ihr ja auch seitens der Fachpsychologin lic. phil. G._____ attestiert wurde (Urk. 15/7). Wieso sie just bei dieser Antwort derart ins Stocken geriet, ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar und wohl am ehesten damit zu erklären, dass die Antwort in diesem Punkt nicht spontan abgegeben, sondern zu- rechtgelegt wurde. Es fragt sich zudem, weshalb diese Auffälligkeit im Bericht der Jugendanwaltschaft H._____ über die Videobefragung keinen Niederschlag findet (Urk. 15/1). In diesem Punkt vermag die Aussage der Privatklägerin nicht zu überzeugen.

E. 4.7.4

Die Befragung durch die Kantonspolizei Zürich beginnt mit einer rechts- genügenden Belehrung (Urk. 15/8 03:00). Dort wurde sie zu Beginn gefragt, weshalb sie ausgerechnet zu den Zweien hingesessen sei, worauf sie antwortete, dass ihr diese sympathisch gewesen seien und rundherum alles so hektisch gewesen sei. Als sie weiter gefragt wurde, was sie zu diesen gesagt habe, gab sie wie folgt Antwort: "Einfach...Ich habe gefragt, ob ich eine Zigarette haben darf. Und dann haben sie geantwortet, klar, ja, auf jeden Fall und ich solle mich doch dazusitzen. Ich weiss nicht mehr ganz genau was wir geredet haben, auf jeden Fall haben sie nach dem Alter gefragt, das ist klar, [...] der ältere, welcher geborenen Deutsch spricht hat mich nach meinem Alter gefragt und dann habe ich gesagt dass ich fünfzehn bin und dann ist er nicht mehr weiter auf das eingegangen" (a.a.O., 06:00).

E. 4.7.5

Bei dieser Beantwortung fällt auf, dass sie sich nicht mehr an den Inhalt des Gesprächs erinnern kann, sich aber sicher sein will, dass sie nach dem Alter gefragt worden sei und gesagt habe, dass sie 15 Jahre alt sei. Dass sie sich ausge-

- 18 - rechnet an dieses Detail, welches im Gesamtkontext der Schändung von absolut untergeordneter Bedeutung ist, merken kann und von sich aus, wie aus der Pistole geschossen, diesen Punkt herausstrich, als sie gefragt wurde, was sie den beiden gesagt habe, wirkt auffällig. Zumal dies ja auch nicht die Antwort auf die gestellte Frage ist. Auch diese Ungereimtheiten erwecken Zweifel an der Glaubhaftigkeit ihrer Aussage, welche eigenartigerweise kontrastiert zu ihrer Antwort, welche sie zu einem späteren Zeitpunkt auf dieselbe Frage gab. In einer späteren Phase der Befragung, als sie auf Widersprüche zu ihren früheren Antworten in anderen Punkten aufmerksam gemacht wurde, wurde sie nochmals gefragt, ob sie nach ihrem Alter gefragt wurde. Darauf überlegte sie einige Zeit und gab zur Antwort: Fünfzehn, um dann aber zu zögern, eine fragende Miene aufzusetzen, eine Pause zu machen und dann, weiter in fragendem Ton zu sagen: oder 16?.....also, ja.... 15. Die Nachfrage, ob sie damals das richtige Alter angegeben habe, beantwortete sie schliesslich mit ja (a.a.O., 19:13). Es fällt auf, dass sie bei der Frage nach der Altersangabe auf hartnäckigeres Nachfragen ihrer Sache plötzlich nicht mehr so sicher zu sein scheint, was dem Beweiswert ihrer Aussagen weiter abträglich ist. Es trifft zwar zu, wenn die Vertretung der Privatklägerin sowie die Staatsanwaltschaft zu Bedenken geben, dass diese Unsicherheit auch darin begründet sein könnte, dass die Privatklägerin im Zeitpunkt der zweiten Befragung – anders als noch im Tatzeitpunkt – nicht mehr 15-, sondern 16-jährig war (Urk. 120 S. 3, Urk.121 S. 6, Prot. II S. 16 f.). Gesichert ist dieser mögliche Erklärungsansatz allerdings nicht. Wird das Aussageverhalten der Privatklägerin aufgrund der Widersprüche in ihren Aussagen als unglaubhaft qualifiziert und liegt insgesamt lediglich ein "Lebenssachverhalt" vor, den es zu würdigen gilt, so fällt es schwer, ihren Aussagen, was die Altersangabe betrifft, Glauben zu schenken (vgl. dazu Urteil des

Bundesgerichts 6B_1024/2015 und 6B_1033/2015 vom 14. März 2016, E. 5.4.2.).

E. 4.8

Es liegen somit, was die Altersangabe der Privatklägerin angeht, sowohl zu wenig verlässliche Angaben der Privatklägerin als auch ungläubhafte Aussagen des Beschuldigten vor. Andere Beweise, was das Wissen des Beschuldigten bezüglich wahres Alter der Privatklägerin betrifft, liegen nicht vor, weshalb diesbezüglich (Wissen) der Grundsatz in dubio pro reo zu greifen hat. Aus diesen

- 19 - Gründen ist der Vorinstanz in ihrer Schlussfolgerung, wonach nicht davon auszugehen ist, dass die Privatklägerin dem Beschuldigten ihr wahres Alter angegeben hat (Urk. 79 S. 54), zu folgen, und somit der letzte Absatz in der Hauptanklage nicht erstellt. Damit fällt eine vorsätzliche oder eventualvorsätzliche Tatbegehung (Art. 187 Ziff. 1 StGB), wie es dem Hauptantrag der Staatsanwaltschaft und der Privatklägerin entspricht, ausser Betracht.

E. 4.9

Gestützt auf die übereinstimmenden Aussagen des Beschuldigten und der Privatklägerin ist davon auszugehen, dass die Privatklägerin am Tatabend stark geschminkt bzw. "aufgedonnert" im C._____ Zürich auf den Beschuldigten und dessen Begleiter zugegangen ist. Mithin ist dem Beschuldigten zuzubilligen, dass er an jenem Abend der Ansicht war, die Privatklägerin sei älter als 16 Jahre. Hält man sich allerdings vor Augen, wie die Privatklägerin anlässlich ihrer Videobefragungen im Dezember 2013 und Dezember 2014 – sie war bei beiden Befragungen nicht geschminkt – optisch und insbesondere von der Sprache, dem Verhalten und der Gesten auftrat, ist die Darstellung des Beschuldigten, er habe am Tatabend geglaubt, die Privatklägerin sei 20 oder 25 Jahre alt, als ungläubhafte Schutzbehauptung zu qualifizieren. Dies gilt erst recht, wenn man die am 11. November 2013 und damit unmittelbar nach der Tat angefertigte Fotografie der Privatklägerin des Instituts für Rechtsmedizin der Universität H._____ betrachtet. Auf dieser Portraitfotografie wirkt sie geradezu kindlich (Urk. 16/4 S. 7), was auch der Beschuldigte nicht in Abrede stellt. Auf Vorhalt des Fotos anlässlich der Berufungsverhandlung führte er nämlich aus: "Es ist eine kleine Frau. Ein kleines Mädchen. 13... Einfach klein. Zwischen 12, 13 oder 14-jährig" (Urk. 119 S. 18). Hält man sich zudem das Verhalten und die Aussagen des Beschuldigten vor Augen (Erkundigung, ob es strafbar sei, mit einer weiblichen Person unter 18 Jahren sexuell zu verkehren; Wechsel von der Bezeichnung "Frau" zu "Mädchen"; Hinweis, eigentlich gelte überall ein Schutzalter von 14 Jahren), dann muss als erstellt gelten, dass der Beschuldigte die Privatklägerin am Tatabend jünger als 18 Jahre eingeschätzt haben muss. Schliesslich ist zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass er sich am Tatabend nach dem Alter der Privatklägerin erkundigt hat, er diesbezüglich aber keine klare Auskunft erhielt.

- 20 -

E. 5

Rechtliche Würdigung

E. 5.1

Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Privatklägerin beantragen, es sei der Beschuldigte der sexuellen Handlungen mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB schuldig zu sprechen. Eventualiter sei der Beschuldigte nach Art. 187 Ziff. 4 StGB zu

bestrafen (Urk. 83, 84, Prot. II S. 11). Der unangefochten gebliebene Freispruch vom Vorwurf der Schändung ist wie vorstehend ausgeführt nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens (vgl. vorstehende Erw. 2).

E. 5.2

Wie gesehen lässt sich der letzte Absatz in der Hauptanklage nicht erstellen (vgl. vorstehende Erw. 4.8.). Entsprechend kann dem Beschuldigten nicht nachgewiesen werden, die sexuellen Handlungen mit der Privatklägerin im Wissen darum, dass die Geschädigte erst 15 Jahre alt war, vorgenommen zu haben. Folglich fällt eine Verurteilung wegen (eventual-)vorsätzlicher Tatbegehung ausser Betracht. Der Beschuldigte machte sich bezüglich Alter der Privatklägerin Vorstellungen, auch wenn diese falsch waren.

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. 5.4

Nachdem das im Rahmen der Berufungserklärung gestellte Gesuch der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Ergänzung der Haupt- mit einer Eventualan- klage mit unangefochten gebliebenem Beschluss vom 13. Oktober 2015 gut- geheissen wurde (Urk. 96), steht vorliegend auch die fahrlässige Tatbegehung gemäss Art. 187 Ziff. 4 StGB zur Diskussion. Diese privilegierte Tatbestands- variante der sexuellen Handlungen mit Kindern kommt zur Anwendung, wenn der Täter in der irrigen Vorstellung handelt, das Kind sei mindestens 16 Jahre alt, den Irrtum jedoch bei pflichtgemässer Vorsicht hätte vermeiden können.

E. 5.5

Nach Art. 12 Abs. 3 StGB handelt fahrlässig, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.

E. 5.6

Das Bundesgericht hat sich unter dem alten Sexualstrafrecht verschiedentlich mit dem fahrlässigen Irrtum über das Alter des Kindes befasst: So hielt es in BGE 84 IV 102 fest, dass das Bewusstsein, das wirkliche Alter des Mädchens könnte nahe der strafrechtlich massgeblichen Grenze liegen, zu besonderer Vorsicht veranlassen müsse. Es sei leichtfertig, sich erst kurz vor dem Beischlaf nach dem Alter des Mädchens zu erkundigen, und pflichtwidrig unvorsichtig, sich damit zu begnügen, die Zweifel bloss mit einer einzigen Frage zerstreuen zu wollen. Allerdings war in diesem Fall der Beschuldigte fast 15 Jahre älter als sein Opfer, und er hätte mehrmals Gelegenheit gehabt, über Dritte das Alter

des Mädchens zu erfahren. In BGE 85 IV 76 ging es um zwei Beschuldigte im Alter von 39 Jahren. Das Bundesgericht hielt fest, dass diese sich nicht auf die Angabe des Mädchens, es sei 17 Jahre alt, hätten verlassen dürfen, weil junge Mädchen daran Gefallen fänden, von reiferen Männern ernst genommen und umworben zu werden, und dass sie oft geneigt seien, ihr jugendliches Alter durch Angabe eines höheren zu tarnen, um das ihnen bekundete Interesse wachzuhalten (vgl. auch BSK StGB II-Maier, 3. Auflage 2013, Art. 187 N 36). Auch in BGE

- 22 - 102 IV 273 E. 2 durfte sich der Täter nicht mit der blossen Erklärung des Opfers begnügen, es sei 18 Jahre alt. Zu beurteilen war eine homosexuelle Beziehung zwischen einem 37-jährigen Mann mit einem noch nicht 16-jährigen Knaben. In BGE 100 IV 230 wurde ausgeführt, dass die Verpflichtung, das Alter in Erfahrung zu bringen, nicht allzu streng genommen werden dürfe; sie hänge von den Umständen ab und es könne auch von weiteren Erkundungen abgesehen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte den Täter ernsthaft glauben machten, dass die Person, mit welcher er eine sexuelle Beziehung haben möchte, bereits 16 Jahre alt sei (BGE 119 IV 138 E. 4b).

E. 5.7

Im Urteil 6B_214/2007 vom 13. November 2007 hielt das Bundesgericht in der Erwägung 3.3. folgendes fest: "Massgebliche Beurteilungsgrundlagen für die Vermeidbarkeit bzw. Entschuldbarkeit des Irrtums im Sinne von Art. 187 Ziff. 4 StGB sind primär das äussere Erscheinungsbild des jugendlichen Beteiligten, seine Grösse, die Gesichtszüge und seine körperliche Entwicklung. Das Kind muss erheblich älter ausse- hen. Wirkt es 16- bis 17-jährig, so ist erhöhte Sorgfalt am Platz. Ausserdem gilt bei einem Altersunterschied von zehn oder mehr Jahren zwischen den beiden Beteiligten ein strengerer Massstab als unter nahezu gleichaltrigen Jugendlichen (Hans Wiprächtiger, ZStr 117/2000 S. 126; Suter-Zürcher, Die Straf- barkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StGB, Zürcher Studien zum Strafrecht, Zürich 2003, S. 119 f.)."

E. 5.8

Im Urteil 6B_684/2007 vom 26. Februar 2008 äusserte sich das Bundes- gericht in Erwägung 5 erneut zu dieser Problematik, indem es ausführte: "5.2. Nach Art. 187 Ziff. 4 StGB wird der Täter mit Freiheitsstra- fe 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 vermeid- bar gewesen wäre. Der Gesetzgeber hat damit einen Sonder- tatbestand geschaffen für den Fall, dass sich der Täter bezüg- lich des Alters des Kindes fahrlässig geirrt hat. Der nur wenige Jahre ältere Beteiligte handelt nicht fahrlässig, wenn er auf- grund 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).

- 23 -

E. 5.9

Wie vorstehend erwähnt, machte sich der Beschuldigte – dies im Unter- schied zum Entscheid 6B_684/2007 – durchaus Gedanken zum Alter der Privat- klägerin, weshalb Art. 187 Ziff. 4 StGB zur Anwendung kommen kann.

E. 5.10

Gestützt auf die Beweiswürdigung ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte aufgrund des konkreten Aussehens der Privatklägerin am Tatabend glaubte, diese sei älter als 16 Jahre. Wie ebenfalls ausgeführt, musste der Beschuldigte jedoch aufgrund der konkreten Situation (Grösse, die Gesichtszüge, körperliche Entwicklung, Sprache, Verhalten) davon ausgehen, dass die Privatklägerin noch nicht 16 Jahre alt war. Wichtig ist ferner, dass der Beschuldigte selbst im November 2013 ca. 32 Jahre alt, also deutlich älter als die Privatklägerin, war. Aufgrund der Umstände, dass die Privatklägerin – auch für den Beschuldigten am Tatabend ersichtlich – nicht deutlich über 16 Jahre alt sein konnte und zwischen ihm und der Privatklägerin ein Altersunterschied von klar mehr als zehn Jahren bestand, unterlag der Beschuldigte einer erhöhten Sorgfaltspflicht bezüglich Altersabklärung. Es ist zwar erstellt, dass sich der Beschuldigte nach dem Alter der Privatklägerin erkundigt hat, doch gab er sich letztlich mit der Antwort, sie sei genug alt, um mit Jungs auszugehen, zufrieden. Entgegen der Auffassung der Verteidigung (Prot. II S. 25) reichte das zweimalige Nachfragen nicht aus, um seiner erhöhten Sorgfaltspflicht nachzukommen. Der Beschuldigte musste aufgrund des konkreten Verhaltens der Privatklägerin (das "Aufgedonnertsein"

- 24 - korrespondierte nicht mit der übrigen äusseren Erscheinung und dem Verhalten der Privatklägerin; die Privatklägerin sprach selber von Problemen etc.) Zweifel am Alter der Privatklägerin haben. Nichts zugunsten des Beschuldigten kann abgeleitet werden, wenn er ausführt, dass er am C._____ und auch später in seiner Wohnung gar nie an Geschlechtsverkehr mit der Privatklägerin gedacht habe (Urk. 119 S. 8 f.). Spätestens vor dem Geschlechtsverkehr hätte der Beschuldigte weitere Erkundungen betreffend das Alter der Privatklägerin vornehmen müssen. Der Beschuldigte durfte sich nicht einfach mit der nichtsagenden Antwort der Privatklägerin begnügen, sie sei alt genug, um mit Jungs auszugehen. Er hätte bezüglich Altersangaben insistieren müssen, was er unterliess. Unverständlich ist, dass er selber der Privatklägerin seinen Ausweis zeigte, er aber nicht auf seinem Gegenrecht bestand, was ihm ohne weiteres zuzumuten gewesen und auch möglich gewesen wäre (vgl. dazu BSK StGB II-Maier, a.a.O., Art. 187 N 36). Es trifft zwar zu, wenn die Verteidigung ausführt, dass in der Schweiz keine Mittragepflicht in Bezug auf Ausweise bestehe und die Privatklägerin nicht verpflichtet gewesen sei, diesen dem Beschuldigten vorzuweisen (Urk. 120 S. 4, Prot. II S. 22). Daraus aber ableiten zu wollen, dass der Beschuldigte nichts anderes hätte tun können, als er gemacht habe, ist verfehlt. Wie die Vertretung der Privatklägerin zu Recht ausführte, hätte der Beschuldigte durchaus der Situation angepasste Handlungsmöglichkeiten gehabt. Wenn es für ihn tatsächlich unmöglich war, das Alter der Privatklägerin in Erfahrung zu bringen, hätte er eben auf den Geschlechtsverkehr mit der Privatklägerin verzichten müssen (Prot. II S. 23). Nichts zugunsten des Beschuldigten kann schliesslich abgeleitet werden, wenn er sich aus der Verantwortung zu ziehen versucht, indem er die Initiative zum Geschlechtsverkehr der Privatklägerin zuschreibt (Urk. 119 S. 9). Nach dem Willen des Gesetzgebers wird nicht gefordert, dass die Initiative zu den Intimitäten vom Täter ausgeht; die Verhältnisse können sogar umgekehrt liegen (Donatsch, Delikte gegen den Einzelnen, Strafrecht III, 10. Auflage 2013, S. 492). Selbst wenn dem so gewesen wäre, änderte dies nichts an der Erfüllung des Tatbestandes, der gerade zum Zweck hat, die ungestörte Entwicklung des Kindes zu gewährleisten, bis es zur verantwortlichen Einwilligung zu sexuellen Handlungen in der Lage ist, was nach Ansicht des Gesetzgebers erst nach vollendetem 16. Altersjahr der Fall ist (BSK

- 25 - StGB II-Maier, a.a.O., Art. 187 N 1). Damit erscheint es verfehlt, wenn die Verteidigung in diesem Zusammenhang betont, eine Verfechterin der Selbstverantwortung zu sein (Prot. II S. 21). Es liegt auf der Hand, dass es in der Verantwortung des Erwachsenen und nicht des Kindes liegt, entsprechende Vorkehrungen zu treffen, damit dieser Schutz gewahrt bleibt. Eine andere Auffassung käme einer Umkehr von Täter- und Opferrolle gleich, worauf auch die Staatsanwaltschaft zu Recht hinweist (Urk. 121 S. 6).

E. 5.11

Der Beschuldigte ist seinen Sorgfaltspflichten nicht nachgekommen. Bei pflichtgemässer Vorsicht hätte er den Irrtum, wonach die Privatklägerin älter als 16 Jahre alt war, vermeiden können.

E. 5.12

Der Beschuldigte ist daher der fahrlässigen sexuellen Handlung mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 4 StGB schuldig zu sprechen.

E. 6

Sanktion (Strafe, Strafart, Vollzug)

E. 6.1

Ausgangslage Die Staatsanwaltschaft beantragt für den Fall der Schuldigsprechung wegen fahrlässiger Tatbegehung eine Freiheitsstrafe von 10 Monaten (Prot. II S. 11). Die Verteidigung äusserte sich vor Berufungsgericht zufolge des beantragten Freispruchs nicht zur Höhe der Sanktion (Prot. II S. 23). Sie erklärte allerdings ihre Ausführungen vor Vorinstanz als integrierenden Bestandteil ihres Plädoyers (Urk. 122 S. 2). Demnach beantragt die Verteidigung im Sinne eines Eventualstandpunktes die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von

E. 6.2

Strafrahmen Gemäss Art. 187 Ziff. 4 StGB beträgt der Strafrahmen für eine fahrlässig begangene sexuelle Handlung mit einem Kind Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

- 26 -

E. 6.3

Zusatzstrafe?

E. 6.3.1

Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 7. Februar 2014 wegen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand (Alkohol) sowie wegen Fahrens trotz Entzug des Führerausweises mit einer unbedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 40.– bestraft (Urk. 81). Das heute zu beurteilende Delikt beging der Beschuldigte am 10. November 2013 und damit vor Erlass des erwähnten Strafbefehls. Es stellt sich daher die Frage, ob heute zum Strafbefehl vom 7. Februar 2014 eine Zusatzstrafe auszufallen ist.

E. 6.3.2

Bedingung für eine Zusatzstrafe ist stets, dass die Voraussetzungen der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB erfüllt sind (BGE 102 IV 242 E. 4b mit Hinweis). Danach sind ungleichartige Strafen kumulativ zu verhängen, weil das Asperationsprinzip nur greift,

wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Die Bildung einer Gesamtstrafe ist bei ungleichartigen Strafen nicht möglich (Urteil 6B_785/2009 vom 23. Februar 2010, E. 5.5 mit Hinweisen). So hat das Bundesgericht im Entscheid 137 IV 57 E. 4.3. ausgeführt, die Bildung einer Gesamtstrafe – und mithin einer Zusatzstrafe – sei nur möglich, wenn mehrere Geldstrafen, mehrfache gemeinnützige Arbeit, mehrere Freiheitsstrafen oder mehrere Bussen ausgesprochen würden. Es ist jedoch ausgeschlossen, eine Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe zu einer Geldstrafe auszusprechen.

E. 6.3.3

Wie noch zu zeigen sein wird, ist heute die Ausfällung einer Geldstrafe nicht (mehr) möglich. Daher ist auch keine Zusatzstrafe zum Strafbefehl vom 7. Februar 2014 auszufällen.

E. 6.4

Allgemeines zur Strafzumessung

E. 6.4.1

Innerhalb des Strafrahmens misst das Gericht gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter

- 27 - nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Nach Art. 50 StGB hat das Gericht die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten.

E. 6.4.2

Der Begriff des Verschuldens muss sich jedenfalls auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen der Tat- und Täterkomponente (Hug in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar StGB, 19. Auflage 2013, Art. 47 N 6). Bei der Tatkomponente sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe des Schuldigen zu beachten. Sodann sind für das Verschulden auch das "Mass an Entscheidungsfreiheit" beim Täter sowie die sogenannte Intensität des deliktischen Willens bedeutsam (Hug in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O., N 11 zu Art. 47).

E. 6.5

Umsetzung auf den vorliegenden Fall

E. 6.5.1

Tatkomponente

E. 6.5.1.1

Vorerst ist die objektive Tatschwere als Ausgangskriterium für die Verschuldensbewertung festzulegen und zu bemessen. Es ist zu prüfen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut überhaupt beeinträchtigt wurde. Darunter fallen etwa das Ausmass des Erfolges, wie insbesondere der Deliktsbetrag, die Gefährdung, das Risiko

und der Sachschaden etc., sowie die Art und Weise des Vorgehens. Von Bedeutung ist auch die kriminelle Energie, wie sie durch die Tat und die Tatausführung offenbart wird, ebenso die Grösse des Tatbeitrages bei mehreren Tätern und die hierarchische Stellung (BSK StGB I-Wiprächtiger, 3. Auflage 2013, Art. 47 N 90 ff.). Ausgehend von der objektiven Tatschwere hat der Richter dieses Verschulden zu bewerten. Er hat im Urteil darzutun, welche verschuldensmindernden und welche verschuldenserhöhenden Gründe im konkreten Fall gegeben sind, um so zu einer Gesamteinschätzung des Tatverschuldens zu gelangen.

- 28 - Das objektive Tatverschulden wiegt nicht mehr unerheblich. Wohl war die Privatklägerin zum Tatzeitpunkt bereits 15 Jahre alt, was vergleichsweise nahe am Schutzalter ist. Auf der anderen Seite gilt es zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte mit seinem Alter – zum Tatzeitpunkt – von 32 Jahren deutlich älter war als die Privatklägerin. Nebst diesem hohen Altersgefälle ergeben sich aus den Akten aber keinerlei Hinweise auf ein sonstiges erhebliches Ungleichgewicht oder Machtgefälle. So war es ja die Privatklägerin, welche auf den Beschuldigten zugeht und es ist auch nicht ersichtlich, dass dieser mit besonderer List oder unter Ausnützen der Naivität des Opfers vorgegangen ist. Aufgrund des Beweisergebnisses ist zugunsten des Beschuldigten von einem freiwilligen sexuellen Kontakt auszugehen. Gegenteiliges ist nicht erstellbar. Erschwerend ins Gewicht fällt die Art der sexuellen Handlungen. Nachdem bereits Zungenküsse zwischen Erwachsenen und Kindern als sexuelle Handlungen gelten, ist der vorliegend vollzogene Geschlechtsverkehr bereits von einiger Erheblichkeit und im obersten Bereich der möglichen sexuellen Handlungen anzusiedeln (BSK-StGB I-Maier, a.a.O., Art. 187 N 11). Schliesslich sind über den genaueren Ablauf der sexuellen Handlungen keine verschuldensrelevante Details bekannt, mit Ausnahme der diagnostizierten Rötungen, Hauteinblutungen und Schürfungen im Brustbereich der Privatklägerin, welche dafür sprechen, dass der Beschuldigte eine gewisse Heftigkeit an den Tag gelegt hat (Urk. 16/4 S. 4). Auch dies wirkt sich zu seinen Ungunsten aus. Insgesamt wiegt die objektive Tatschwere – im Vergleich zu allen denkbaren fahrlässigen sexuellen Handlungen mit Kindern – als noch eher leicht.

E. 6.5.1.2

Bei der Bewertung des subjektiven Verschuldens stellt sich die Frage, wie dem Täter die objektive Tatschwere tatsächlich anzurechnen ist. Dazu gehören etwa die Frage der Schuldfähigkeit sowie das Motiv. Auch ist in diesem Zusammenhang entscheidend, über welches Mass an Entscheidungsfreiheit der Täter verfügte. Es ist nicht ersichtlich und wurde auch nicht geltend gemacht, dass der Beschuldigte in seiner Schuldfähigkeit in irgendeiner Weise eingeschränkt gewesen wäre. Der Beschuldigte gibt zwar zu, dass er mit der Privatklägerin Geschlechtsverkehr

- 29 - hatte. Nachdem der Beschuldigte vom Vorwurf der Schändung rechtskräftig freigesprochen wurde und auch nicht mehr zur Debatte steht, dass er den Geschlechtsverkehr gegen den Willen an der Privatklägerin vollzog, bleibt als Motiv die eigene Lustbefriedigung. Das subjektive Verschulden relativiert das objektive somit nicht.

E. 6.5.1.3

Das Tatverschulden ist vor dem Hintergrund aller denkbaren sexuellen Handlungen mit Kindern insgesamt als noch eher leicht zu qualifizieren. Eine Ein-satzstrafe von 10 Monaten Freiheitsstrafe bzw. 300 Tagessätzen Geldstrafe erscheint daher vorliegend angemessen.

E. 6.5.2

Täterkomponente

E. 6.5.2.1

Die Täterkomponente (vgl. Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB) umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren. Bei der Beurteilung des Vorlebens fallen einerseits früheres Wohlverhalten, andererseits Zahl, Schwere und Zeitpunkt von Vorstrafen ins Gewicht. Unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Verhältnisse ist etwa zu berücksichtigen, ob sich der Täter im Strafverfahren kooperativ verhielt, ob er Reue und Einsicht zeigte, ob er mehr oder weniger strafempfindlich ist.

E. 6.5.2.2

Zu seiner Person führte der Beschuldigte aus, er habe in .../ E._____ während 14 Jahren die Primar- und Sekundarschule sowie das Gymnasium besucht. Sein angefangenes Jurastudium habe er nach einem Jahr abbrechen müssen, da seine Schule geschlossen worden sei und er nicht die Mittel gehabt habe, seine Studien andernorts fortzusetzen. Daraufhin sei er, vermutlich im Jahre 2004, in die Schweiz gekommen und habe während 8 Monaten Deutsch gelernt. Danach habe er als Hilfskoch und Koch gearbeitet. Ab dem Jahre 2010 habe er als selbstständiger Autovermittler zu arbeiten begonnen (Urk. 14/9 S. 7). Von Juli 2003 bis vermutlich 2008 sei er mit I._____ verheiratet gewesen. Er habe einen Bruder, welcher in der Schweiz lebe. Zum Wohnort seines Vaters macht der Beschuldigte unterschiedliche Angaben. Einmal gab er an, dieser lebe in E._____, ein andermal, dass dieser in J._____ lebe (Urk. 14/1 S. 3). Schliesslich habe er Schulden in unbekannter Höhe (Urk. 57 S. 4). Mangels Überprüfbarkeit

- 30 - dieser Angaben ist von diesen auszugehen. Der angegebene Werdegang des Beschuldigten ist strafzumessungsneutral zu werten.

E. 6.5.2.3

Der Beschuldigte weist gemäss Vorstrafenbericht vom 2. September 2015 (Urk. 81) folgende Vorstrafen auf: - Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 15. September 2009: Er wurde wegen Diebstahls mit einer bedingten Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 100.–, Probezeit 2 Jahre, und einer Busse von Fr. 500.– bestraft. - Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Bellinzona vom 2. April 2012: Er wurde wegen Fahrens trotz Entzug des Führerausweises mit einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 100.–, Probezeit 4 Jahre, und einer Busse von Fr. 1'000.–, bestraft. Am 25. Juli 2013 ordnete die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl den Vollzug der Geldstrafe an. - Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 25. Juli 2013: Er wurde erneut wegen Fahrens trotz Entzug des Führerausweises mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– bestraft. - Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 7. Februar 2014: Er wurde wegen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand (Alkohol) sowie wiederum wegen Fahrens trotz Entzug des Führerausweises mit einer unbedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 40.– bestraft. Auch wenn diese Vorstrafen – bezogen auf das heute zu beurteilende Delikt – nicht einschlägig sind, müssen diese Vorstrafen dennoch nicht unerheblich straf erhöhend gewichtet werden, spricht doch aus ihnen eine gewisse Uneinsichtigkeit bezüglich Einhaltung gesetzlicher Normen. Den Beschuldigten belastet ferner, dass er nur wenige Monate nach Erlass des Strafbefehls vom 25. Juli 2013 erneut straffällig wurde.

E. 6.5.2.4

Bei der Strafzumessung ist, wie erwähnt, auch das Nachtatverhalten eines Täters zu beachten. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren. Insbesondere wirken ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines

- 31 - Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und aufrichtige Reue strafmindernd (Hug in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O., N 15 f. zu Art. 47). Der Beschuldigte hat – nach anfänglichem Schweigen, was sein Recht war – zugegeben, mit der Privatklägerin Geschlechtsverkehr gehabt zu haben. Dieses Zugeständnis machte er, nachdem ihm das Gutachten eröffnet worden war, wonach in der Scheide der Privatklägerin Spermaköpfe von ihm gefunden worden seien. Mithin erfolgte dieses Geständnis aufgrund einer erdrückenden Beweislage. Nicht geständig war und ist der Beschuldigte bezüglich des Umstandes, dass er hätte erkennen können und müssen, dass die Privatklägerin im Zeitpunkt der sexuellen Handlung vermeintlich nicht wesentlich mehr als 16 Jahre alt war.

E. 6.5.2.5

Die belastenden und entlastenden Momente im Rahmen der Täterkomponente halten sich in etwa die Waage, weshalb kein Anlass besteht, an der vorgenannten Einsatzstrafe von 10 Monaten Freiheitsstrafe bzw. 300 Tagessätzen Geldstrafe etwas zu ändern.

E. 6.5.3

Fazit: Der Beschuldigte ist daher mit 10 Monaten Freiheitsstrafe bzw. 300 Tagessätzen Geldstrafe zu bestrafen.

E. 6.6

Strafart

E. 6.6.1

Für Strafen von weniger als sechs Monaten ist grundsätzlich eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit auszusprechen (Art. 34 Abs. 1, Art. 37 Abs. 1, Art. 40 und 41 Abs. 1 StGB). Für Strafen von sechs Monaten bis zu einem Jahr sieht das Gesetz die Geldstrafe (Art. 34 StGB) und die Freiheitsstrafe (Art. 40 StGB) vor. Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97 E. 4.2, BGE 134 IV 82 E. 4.1). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift (BGE 138 IV 120 E. 5.2; - 32 - BGE 134 IV 97 E. 4.2.2, BGE 134 IV 82 E. 4.1; zuletzt 6B_1246/2015 vom

E. 6.6.2

Vorne wurde dargelegt, dass der Beschuldigte vor der erneuten Delinquenz bereits mit drei Geldstrafen belegt werden musste. Der Vollzug der am 2. April 2012 bedingt ausgefallenen Geldstrafe musste bereits am 25. Juli 2013 angeordnet werden, da sich der Beschuldigte von der bedingten Geldstrafe nicht davon hatte abhalten lassen, innerhalb der Probezeit erneut zu delinquirieren. Weder der Widerruf des bedingten Vollzugs noch die Ausfällung einer weiteren unbedingten Geldstrafe (25. Juli 2013) hielten den Beschuldigten davon ab, nur wenige Monate später erneut straffällig zu werden. Nachdem offensichtlich weder bedingte noch unbedingte Geldstrafen eine ausreichende Wirkung auf den Beschuldigten

haben, ist es aus Gründen der präventiven Effizienz und Zweckmässigkeit erforderlich, nunmehr eine Freiheitsstrafe auszufällen.

E. 6.6.3

Der Beschuldigte ist daher mit einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten zu belegen. Der Beschuldigte befand sich vom 26. August 2014 (Urk. 25/2) bis zum 23. Juni 2015 (Prot. I S. 22) in Haft. Diese 302 Tage Haft sind auf die ausgefallte Freiheitsstrafe anzurechnen.

E. 6.7

Vollzug

E. 6.7.1

Das Gericht schiebt den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Da der Beschuldigte heute mit einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten zu bestrafen ist, sind die objektiven Voraussetzungen erfüllt.

E. 6.7.2

In subjektiver Hinsicht ist das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt. Bei der Prognosestellung sind die Tatumstände, das Vorleben, der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen, zu beachten.

- 33 - Der Beschuldigte lebt in stabilen Verhältnissen. Er geht einer Erwerbstätigkeit nach. Zwar musste er schon mehrmals mit Geldstrafen sanktioniert werden, was Fragen hinsichtlich einer günstigen Prognose aufwirft, doch beschlugen jene Entscheide andere Rechtsgebiete. Kommt dazu, dass der Beschuldigte noch nie mit einer Freiheitsstrafe belegt wurde. Entscheidend hinsichtlich Prognosebildung ist ferner, dass der Beschuldigte 302 Tage inhaftiert war. Es ist dem Beschuldigten zu glauben, dass ihn diese Inhaftierung nachhaltig beeindruckt hat. Insgesamt kann von einer zwar leicht getrüben, aber insgesamt doch günstigen Prognose ausgegangen werden. Dem Beschuldigten ist daher der bedingte Vollzug zu gewähren. Der Ausfällung einer bedingten Freiheitsstrafe steht der Umstand, dass diese durch die Untersuchungshaft bereits getilgt ist, nicht entgegen. Denn eine bedingte Freiheitsstrafe ist weniger stigmatisierend als eine unbedingte (BSK StGB I-Schneider/Garré, a.a.O., Art. 42 N 9). Es ist aber davon Vormerk zu nehmen, dass die Strafe durch die angerechnete Untersuchungshaft bereits erstanden ist. 7. Zivilforderungen der Privatklägerin 7.1. Die Privatklägerin hatte ursprünglich ein Genugtuungsbegehren über Fr. 25'000.– gestellt (Urk. 84 S. 2). Nach dem Rückzug der Berufung hinsichtlich der Schändung stellte sie anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung für den Fall einer vorsätzlichen Tatbegehung ein Genugtuungsbegehren über Fr. 7'000.– bzw. bei Annahme von Fahrlässigkeit ein solches über Fr. 5'000.– (Prot. II S. 11). 7.2. Die geschädigte Person kann zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat entweder selbständig auf dem Wege des Zivilprozesses oder adhäsionsweise durch schriftliches oder mündliches Begehren an das für den Entscheid über die Anklage zuständige Strafgericht geltend machen (Art. 119 i.V.m. Art. 122 Abs. 1 StPO). 7.3. Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern dies durch die Schwere der Verletzung als gerechtfertigt erscheint und falls die Verletzung nicht anders wiedergutmacht worden ist (Art. 49 Abs. 1 OR).

- 34 - 7.4. Die Höhe der Genugtuung hängt dabei in erster Linie von der Art und Schwere der Verletzung, der Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit der betroffenen Person sowie vom Grad des Verschuldens des Schädigers am Schadensereignis ab. Die Bemessung der Genugtuung steht im Ermessen des Gerichts. Bei der Festlegung der Höhe der Genugtuung spielen die finanziellen Verhältnisse des Pflichtigen wie auch der Privatklägerschaft keine Rolle (BGE 112 II 131 E. 2). 7.5. Zur Begründung ihrer Genugtuungsforderung machte die Privatklägerin eine Verletzung ihrer sexuellen Integrität geltend und verweist in diesem Zusammenhang auf den auch vom Gesetzgeber anerkannten erhöhten Schutzbedarf im Zusammenhang mit der ungestörten sexuellen Entwicklung von Kindern. Dass es sich bei dem Erlebten für die Privatklägerin um ein schlimmes Ereignis gehandelt habe, zeige sich insbesondere daran, dass die Privatklägerin unmittelbar nach der Tat schutzsuchend in die Unterbringung in H._____ zurückgekehrt und hernach in das Spital sowie zur Polizei gegangen sei (Urk. 120 S. 9). Soweit die Vertretung der Privatklägerin vorbringt, dass diese nur aufgrund ihrer Verletzungen an den Brustwarzen sowie den Schmerzen im Unterleib gemerkt habe, dass an ihr überhaupt der Geschlechtsverkehr vollzogen worden sei (Urk. 120 S. 9), muss dem das Beweisergebnis entgegengehalten werden, wonach eine Widerstandsunfähigkeit der Privatklägerin nicht erstellt werden konnte. Gleichwohl ist nicht zuletzt wegen der Art der sexuellen Handlungen zweifelsohne von einem Eingriff in die sexuelle Integrität der Privatklägerin sowie insbesondere von einer Gefährdung ihrer ungestörten sexuellen Entwicklung auszugehen, die von ihrer Schwere her genugtuungsbegründend sind. Soweit die Verteidigung eine mangelnde Substantiierung hinsichtlich der geltend gemachten Zivilforderungen geltend macht (Prot. II S. 21), ist dem entgegenzuhalten, dass die Quantifizierung der Auswirkungen auf die Psyche eines Opfers stets gewisse Schwierigkeiten bietet. Der Eingriff in die ungestörte sexuelle Entwicklung eines Kindes ist per se von einer gewissen Schwere. Erschwerend kommen vorliegend die Art der vorgenommenen sexuellen Handlungen sowie der grosse Altersunterschied zwischen Opfer und Täter hinzu.

- 35 - 7.6. In einer Gesamtbetrachtung ist der Privatklägerin deshalb eine Genugtuung zuzusprechen. Unter Berücksichtigung der von der Gerichtspraxis in ähnlichen Fällen zugesprochenen Summen erscheinen die – nunmehr im Berufungsverfahren – geforderten Fr. 5'000.– allerdings als zu hoch. Unter Hinweis auf die Ausführungen zur Strafzumessung (vgl. vorstehende Erw. 6.5.1.) erscheint eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 3'000.– nebst 5% Zins seit dem 10. November 2013 als der Intensität der erlittenen Unbill und dem Verschulden des Beschuldigten angemessen. 8. Kosten- und Entschädigungsfolgen 8.1. Erstinstanzliche Kostenregelung 8.1.1. Fällt die Rechtsmittelinstanz selber einen neuen Entscheid, so befindet sie auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). So kann sie die Kostenregelung der Vorinstanz mit der ihrigen in Übereinstimmung bringen, für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren je nach Massgabe von Obsiegen bzw. Unterliegen bewusst eine unterschiedliche Kostenregelung vornehmen oder die Kosten des Rechtsmittelverfahrens im Rahmen von Art. 428 Abs. 2 StPO dem Rechtsmitteleinleger trotz seinem Obsiegen ganz oder teilweise überbinden. Bei diesem Entscheid steht der Rechtsmittelinstanz ein weites Ermessen zu (BSK StPO II-Domeisen, a.a.O., Art. 428 N 24). 8.1.2. Das Urteil der Vorinstanz wird zwar im – nicht angefochtenen – Hauptpunkt, dem Freispruch hinsichtlich der Schändung, bestätigt, nicht aber im Nebenpunkt betreffend die sexuelle Handlung mit einem Kind. 8.1.3. Wird die beschuldigte Person bei einer Mehrzahl strafbarer Handlungen teilweise schuldig gesprochen und

teilweise freigesprochen, so sind die Verfahrenskosten anteilmässig der beschuldigten Person, dem Staat und gegebenenfalls der Privatklägerin aufzuerlegen. Der beschuldigten Person dürfen jedoch dann die gesamten Kosten des Verfahrens auferlegt werden, wenn die zur Last gelegten Handlungen in einem engen und direkten Zusammenhang stehen und alle Untersuchungshandlungen hinsichtlich jedes Anklagepunktes notwendig wa-

- 36 - ren. Es ist somit nach Sachverhalten und nicht nach Tatbeständen aufzuschlüsseln. Bei einem einheitlichen Sachverhaltskomplex ist vom Grundsatz der vollständigen Kostenaufgabe nur abzuweichen, wenn die Strafuntersuchung im freisprechenden Punkt zu Mehrkosten geführt hat (BSK StPO -Domeisen, Art. 426 N 6). Die Voraussetzungen welche ein Abweichen vom Grundsatz der vollständigen Kostenaufgabe rechtfertigen, sind vorliegend erfüllt. Wohl bilden die vorgeworfenen Taten eine Sachverhaltseinheit. Die Untersuchung wäre aber gänzlich anders geführt worden, wenn diese ausschliesslich wegen dem heute zu beurteilenden Sachverhaltsteil angehoben worden wäre. So hätte auf die Gutachten und Untersuchungen verzichtet werden können, auch wäre wohl kaum Untersuchungshaft angeordnet worden und die Befragungen wären wohl weniger umfangreich ausgefallen. Es rechtfertigt sich somit, dem Beschuldigten die Hälfte einer auf Fr. 5'000.- anzusetzenden Gerichtsgebühr sowie die Hälfte der Gebühr für das Vorverfahren über Fr. 4'000.- aufzuerlegen. Die übrigen Kosten sind, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung sowie derjenigen der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerin, auf die Staatskasse zu nehmen. 8.1.4. Mit Ergänzungsurteilen vom 22. Juli 2015 wurden die Kosten der amtlichen Verteidigung auf Fr. 24'547.70 und diejenigen der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerin auf Fr. 11'131.55 festgesetzt (Urk. 72 S. 2, Urk. 73 S. 3). Diese Kosten sind zumindest einstweilen vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei – entsprechend dem Verhältnis der aufzuerlegenden Kosten – in Bezug auf die Kosten der amtlichen Verteidigung eine Nachforderung gegenüber dem Beschuldigten im Umfang der Hälfte vorzubehalten ist. 8.2. Kosten des Berufungsverfahrens 8.2.1. Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). 8.2.2. Die Staatsanwaltschaft obsiegt mit ihren Berufungsanträgen vollumfänglich und die Privatklägerin ganz weitgehend. Demgegenüber unterliegt der Beschuldigte mit seinem beantragten Freispruch vom Vorwurf der fahrlässigen sexuellen Handlung mit einem Kind vollumfänglich. Ausgangsgemäss sind deshalb die Kos-

- 37 - ten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung sowie derjenigen der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerin, zu fünf Sechsteln dem Beschuldigten und zu einem Sechstel der Privatklägerin aufzuerlegen. Der Kostenanteil der Privatklägerin ist infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse zu nehmen. 8.2.3. Die Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerin sind im Umfang von fünf Sechsteln einstweilen und im Umfang von einem Sechstel definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Betreffend die Kosten der amtlichen Verteidigung bleibt die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten im Umfang von fünf Sechsteln vorbehalten (Art. 426 Abs. 1 StPO, Art. 135 Abs. 4 StPO). 8.3. Genugtuung des Beschuldigten 8.3.1. Im Rahmen der Anschlussberufung liess der Beschuldigte zunächst eine Genugtuung für Haft im Umfang von Fr. 60'400.- beantragen (Urk. 89 S. 2). Nachdem die Verteidigung die Anschlussberufung zurückgezogen hatte (Urk. 115 S. 2), beantragte sie im Rahmen der Berufungsverhandlung die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids (Prot. II S. 10),

wonach dem Beschuldigten – zufolge vollumfänglichen Freispruchs eine Genugtuung von Fr. 50'000.– zugesprochen wurde (Urk. 79 S. 59). 8.3.2. Wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen oder wird das Verfahren gegen sie eingestellt, so hat sie unter anderem Anspruch auf Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere bei Freiheitsentzug (Art. 429 Abs. 1 lit. c. StPO). Voraussetzung bildet dabei eine besonders schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse i.S.v. Art. 28 Abs. 2 ZGB oder Art. 49 OR. Mithin muss eine gewisse Intensität der Verletzung vorliegen. Als Beispiele neben der ungerechtfertigten Untersuchungs- und Sicherheitshaft gelten etwa eine publik gewordene Hausdurchsuchung, eine sehr lange Verfahrensdauer, eine breite Darlegung in den Medien, Probleme im Familien- und Beziehungsleben durch die Strafuntersuchung oder persönlichkeits-

- 38 - verletzende Äusserungen von Strafbehörden (BSK StPO-Wehrenberg/Frank, Art. 429 N 27). 8.3.3. Der Beschuldigte verbrachte 302 Tage in Untersuchungshaft (vgl. Urk. 79 S. 58), was eine besonders schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse darstellt. Es sind keine besonderen Gründe ersichtlich, welche Anlass böten, von der bei durchschnittlichen Verhältnissen üblichen Entschädigung von Fr. 200.– pro Tag abzuweichen. Da er heute mit einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten sanktioniert wird, an welche 300 Tage erstandene Untersuchungshaft anzurechnen sind, sind für die verbleibenden 2 Tage Haft eine Genugtuung von je Fr. 200.– pro Tag, mithin insgesamt Fr. 400.– zuzüglich 5 % Zins seit 21. Juni 2015 auszusprechen. Es wird beschlossen: 1. Vom Teilrückzug der Berufung der Privatklägerin betreffend Freispruch vom Vorwurf der Schändung wird Vormerk genommen. 2. Vom Rückzug der Anschlussberufung des Beschuldigten betreffend Genugtuung für Haft wird Vormerk genommen. 3. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 23. Juni 2015 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte ist der Schändung im Sinne von Art. 191 StGB (...) nicht schuldig und wird freigesprochen. 2. (...) 3. (...) 4. (...)

- 39 - 5. Über die Entschädigung der amtlichen Verteidigerin des Beschuldigten, Rechtsanwältin lic. iur. Y._____, wird mit separatem Urteil entschieden. 6. Über die Entschädigung der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerin, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, wird mit separatem Urteil entschieden. 7. (Mitteilungen) 8. (Rechtsmittel)" 4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. 5. Gegen die Ziffern 1 und 2 dieses Entscheids kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte B._____ ist schuldig der fahrlässigen sexuellen Handlung mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 187 Ziff. 4 StGB. 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer bedingten Freiheitsstrafe von

E. 9

März 2016, E. 1.2.2).

E. 10

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

- 42 - Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 31. März 2016 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Marti lic. iur. S. Bussmann Zur Beachtung: Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht: Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe. Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB), - wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht, - wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.

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