

# ZH\_OBERGERICHT SB160007 vom 3. Juni 2016

ZH Obergericht, 2016-06-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB160007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB160007)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB160007 du 3 juin 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT SB160007 del 3 giugno 2016

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 10. September 2015 meldeten sowohl die Staatsanwaltschaft IV (fortan Staatsanwaltschaft) als auch der amtliche Verteidiger des Beschuldigten rechtzeitig Berufung gemäss Art. 399 Abs. 1 StPO an (Urk. HD 43 und 44). Das begründete Urteil der Vorinstanz wurde ihnen am 3. Dezember 2015 zugestellt (Urk. HD 48/1-2), worauf sie fristgerecht ihre jeweiligen Berufungserklärungen einreichten (Urk. HD 50 und 51).

#### E. 1.2

Innert Frist gemäss Art. 400 Abs. 3 lit. b StPO erklärten die Privatklägerin 2 und der Beschuldigte, keine Anschlussberufungen zu erheben (Urk. HD 54 und 55). Die Privatklägerin 1 und die Staatsanwaltschaft liessen sich hierzu nicht vernehmen.

#### E. 1.3

Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die heutige Berufungsverhandlung, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_, sowie der Leitende Staatsanwalt Dr. Oertle erschienen sind (Prot. II S. 4).

### E. 2

Umfang der Berufung

#### E. 2.1

Sowohl die Berufung der Staatsanwaltschaft als auch diejenige des Beschuldigten wurden im Sinne von Art. 399 Abs. 4 StPO beschränkt (vgl. Urk. HD 50 und 51).

#### E. 2.2

Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils (bloss) im Umfang der Anfechtung gehemmt. Soweit das Urteil nicht angefochten wird, erwächst es in Rechtskraft. Dies ist vorliegend betreffend die Schuldsprüche wegen mehrfacher Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179quater Abs. 1 StGB, wegen mehrfacher Pornografie im Sinne von Art. 197

- 9 - Ziff. 3 aStGB und wegen mehrfachen Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG (Dispositivziffer 1 Punkte 2-4) der Fall. Sodann sind die Abweisung der Genugtuungsbegehren der Privatklägerinnen im Fr. 2'500.- (Privatklägerin 1) respektive Fr. 800.- (Privatklägerin 2) übersteigenden Umfang und die Vormerknahme der

Anerkennung der Genugtuungsforderung der Privatklägerin 2 in Höhe von Fr. 800.– zuzüglich Zins (Teile Dispositivziffern 7 und 8), die Einziehung beschlagnahmter Gegenstände (Dispositivziffer 9) und die Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 10) unangetastet geblieben. Die Rechtskraft dieser Anordnungen ist somit vorab festzustellen.

### **E. 3**

Sachverhalt

#### **E. 3.1**

Der eingeklagte Sachverhalt ergibt sich aus der Anklageschrift vom 24. März 2015 (Urk. HD 22) und aus der Zusammenfassung im vorinstanzlichen Urteil (Urk. HD 49 S. 6 f.), worauf gestützt auf Art. 82 Abs. 4 StPO verwiesen werden kann.

#### **E. 3.2**

Der Beschuldigte bestreitet nach wie vor, anlässlich der Massagen der Privatklägerinnen 1 und 2 die ihm vorgeworfenen Übergriffe begangen zu haben. Es ist somit zu prüfen, ob sich der im Berufungsverfahren noch zu beurteilende Anklagesachverhalt anhand der vorhandenen Beweismittel erstellen lässt. Gemäss der aus Art. 8 und 32 Abs. 1 BV fliessenden und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Maxime "in dubio pro reo" ist bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld zu vermuten, dass der einer strafbaren Handlung Beschuldigte unschuldig ist (BGE 137 IV 219, E. 7.3. mit Hinweisen; BGE 127 I 38, E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 6B\_617/2013, E. 1.2., vom 4. April 2014). Angesichts der Unschuldsvermutung besteht Beweisbedürftigkeit, d.h. der verfolgende Staat hat dem Beschuldigten alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen und nicht der Beschuldigte seine Unschuld (BGE 127 I 38, E. 2a). Aufgabe des Richters ist es demzufolge, seinem Gewissen verpflichtet, in objektiver Würdigung des gesamten Beweisergebnisses zu prüfen, ob er von einem bestimmten Sachverhalt überzeugt ist und an sich mögliche Zweifel an dessen Richtigkeit zu überwinden vermag (Art. 10 Abs. 3 StPO; ZR 72 Nr. 80; Max Guldener, Beweiswürdi-

- gung und Beweislast, S. 7; Pra 2004 Nr. 51 S. 256 Ziff. 1.4.; BGE 124 IV 88, 120 1a 31 E. 2c). Es liegt in der Natur der Sache, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann. Daher muss es genügen, dass das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist. Bloss abstrakte oder theoretische Zweifel dürfen dabei nicht massgebend sein, weil solche immer möglich sind (BGE 138 V 74, E. 7 mit Hinweisen). Es genügt also, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld ausgeschlossen werden können. Hingegen darf ein Schuldspruch nie auf blosser Wahrscheinlichkeit beruhen.

#### **E. 3.3**

Im Rahmen der Beweiswürdigung sind vorliegend insbesondere die Aussagen der direkt Beteiligten (Urk. HD 6.1-8, Urk. HD 8.2, 5 und Urk. ND 1/3.1-2) zu prüfen. Dabei darf nicht primär auf die Persönlichkeit des Aussagenden – also dessen allgemeine Glaubwürdigkeit – abgestellt werden. Im Vordergrund steht vielmehr die Glaubhaftigkeit der jeweiligen Aussagen. Diese hängt davon ab, ob die Aussagen grundsätzlich überprüfbar sind (formelle Validität), ob sie mit anderweitig im Verfahren erhobenen Fakten übereinstimmen/in Einklang zu bringen sind (externe Validität) und ob sie in sich konsistent sind (interne Validität). Schliesslich vermag auch eine Analyse der einzelnen Aussagen auf

das Vorliegen von Realitätskriterien und Lügensignalen Indizien auf deren Glaubhaftigkeit zu liefern (vgl. R. Bender, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, in SJZ 81 [1985] S. 53 ff.; Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl., München 2014, S. 67 ff., 76 ff.). Als Kennzeichen wahrheitsgetreuer Aussagen sind zu werten: – innere Geschlossenheit und Folgerichtigkeit in der Darstellung des Geschehnisablaufes, – konkrete und anschauliche Wiedergabe des Erlebnisses, – Schilderung des Vorfalles in so charakteristischer Weise, wie sie nur von derjenigen Person zu erwarten ist, die den Vorfall selber erlebt hat, – Kenntlichmachung der psychischen Situation des Täters, – Selbstbelastung oder unvoreilhaftige Darstellung der eigenen Rolle, – Konstanz in der Aussage bei verschiedenen Befragungen, wobei sich aber sehr wohl die Formulierung als auch die Angaben über Nebenum-

- 11 - stände wie z.B. Mengenangaben verändern können (Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozess, Zürich 1974, S. 22). Als Kennzeichen für bewusst oder unbewusst falsche Angabe gelten: – Unstimmigkeiten oder grobe Widersprüche in den eigenen Aussagen, – unklare, verschwommene, eingeübt wirkende Aussagen (Hauser, a.a.O., S. 316). Fehlen Realitätskriterien und/oder finden sich Lügensignale, so gilt dies als Indiz für eine Falschaussage. Neben den Aussagen der Beteiligten wurden insbesondere auch die Mutter der Privatklägerin 1 (allerdings nur polizeilich) und der Ehemann der Privatklägerin 2 befragt (Urk. HD 7.1 und Urk. HD 9.1), welche allerdings nur über das ihnen von den Privatklägerinnen erzählte sowie über deren Verhalten im damaligen Zeitpunkt respektive seither berichten konnten und insgesamt zur Sachverhaltsermittlung nichts beizutragen vermögen. Die ebenfalls einvernommenen Zeuginnen F. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ (Urk. HD 9.3-4) konnten keine sachdienlichen Angaben machen. Auf ihre Aussagen ist im Folgenden nicht weiter einzugehen. Einzelne sachdienliche Angaben können auch dem psychiatrischen Gutachten vom 2. Februar 2015 entnommen werden (Urk. HD 10.6). Schliesslich sind auch die eingestandenermassen anlässlich von Massagebehandlungen der Privatklägerinnen durch den Beschuldigten heimlich erstellten Nacktfotos gemäss Urk. HD 11.7-9 in die Beweiswürdigung mit einzubeziehen. Gegen die Verwertbarkeit all dieser Beweismittel spricht nichts. Soweit die Privatklägerin 2 anlässlich ihrer staatsanwaltlichen Einvernahme weniger weitgehende Übergriffe schilderte als im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens/Vorverfahrens als polizeiliche Auskunftsperson, ist dies im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen, beschlägt aber die Verwertbarkeit ihrer polizeilichen Einvernahme – entgegen der unbegründeten Ansicht der Vorinstanz (vgl. Urk. HD 49 S. 22) und der Auffassung der Verteidigung (Prot. II S. 25) – nicht. Das in Art. 147 StPO geregelte Teilnahme- und Mitwirkungsrecht fliesst aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO). Aussagen können

- 12 - nur verwertet werden, wenn der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, die ihn belastenden Aussagen in Zweifel zu ziehen und Fragen an die befragte Person zu richten. Ein Anspruch auf mehrmalige Konfrontation mit den Aussagen eines Zeugen oder darauf, den Zeitpunkt der Ausübung des Teilnahme- und Mitwirkungsrechts durch den Beschuldigten selber zu bestimmen, besteht dagegen nicht. Auch aus Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK lässt sich nicht ableiten, dass die Konfrontation in einem bestimmten Verfahrensabschnitt zu erfolgen hat oder dem Beschuldigten mehrmals Gelegenheit geboten werden muss, dass z.B. Zeugen in seiner Gegenwart oder ein zweites Mal ergänzend befragt werden (RIKLIN, StPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2014, N 4 zu Art. 147 StPO; SCHLEIMINGER, in: Basler

Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, N 4 f. zu Art. 147 StPO). Dem Beschuldigten wurde bei der staatsanwaltschaftlichen Befragung der Privatklägerin 2 die Gelegenheit eingeräumt seine Mitwirkungs- und Teilnahmerechte auszuüben. Er hatte demnach die Gelegenheit, die ihn belastenden Aussagen, welche die Privatklägerin 2 in der Einvernahme durch die Polizei machte, in Zweifel zu ziehen und Fragen an sie zu richten, weshalb die polizeiliche Einvernahme auch unter diesem Gesichtspunkt verwertbar ist.

#### **E. 3.4**

Was die grundsätzliche Glaubwürdigkeit des Beschuldigten angeht, ist davon auszugehen, dass er als unmittelbar vom Strafverfahren betroffene Person ein nachvollziehbares Interesse daran haben dürfte, den Sachverhalt in einem für ihn günstigen Licht darzustellen. Weiter ist festzuhalten, dass der Beschuldigte im vorliegenden Verfahren nicht zur wahrheitsgemässen Aussage gemäss Art. 307 StGB verpflichtet war (Art. 113 Abs. 1 StPO). Die Privatklägerinnen ihrerseits dürften ebenfalls ein persönliches und – beide haben Zivilforderungen gestellt – finanzielles Interesse am Ausgang des Verfahrens haben. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass sie als Auskunftspersonen im Sinne von Art. 180 Abs. 2 StPO ebenfalls nicht der Wahrheitspflicht und Strafandrohung gemäss Art. 307 StGB unterstanden (DONATSCH, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. A. 2014, N 25 f. zu Art. 180). Hingegen ist zu berücksichtigen, dass sie auf Straffolgen von Art. 303-305 StGB hingewie-

- 13 - sen wurden. Damit sind sowohl die Aussagen des Beschuldigten, als auch diejenigen der Privatklägerinnen mit einer gewissen Zurückhaltung zu würdigen. Bei den weiteren befragten Personen handelt es sich sodann um die Mutter respektive den Ehemann der Privatklägerinnen. Aufgrund dieser persönlichen Nähe sind auch deren Aussagen mit einer gewissen Vorsicht zu würdigen.

#### **E. 3.5**

Unbestritten ist, dass die Privatklägerin 1 seit ca. Mitte September 2013 regelmässig, insgesamt ca. sechs- bis siebenmal, zum Beschuldigten in die Massage ging, um ihre Nackenbeschwerden zu lindern. Dabei wurde sie für gewöhnlich von ihrer Mutter begleitet. Am 7., 15. und am 21. Dezember 2015 erstellte der Beschuldigte dabei von der offensichtlich mit geschlossenen Augen in Rückenlage liegenden, allenfalls schlafenden Privatklägerin 1 heimlich mit seiner Handycamera Bilder, welche diese nackt (bzw. mit auf die Oberschenkel herunter gezogenem Slip) zeigen, wobei er auch verschiedene Grossaufnahmen ihrer nackten Brust anfertigte (Urk. HD 11.7-9). Auf einem dieser Fotos ist der Daumen des Beschuldigten auf der Brust der Privatklägerin 1, wenige Zentimeter neben deren Brustwarze, zu erkennen. Auf einem anderen befindet sich seine Hand auf Höhe des Hüftknochens, nahe ihrem entblößten Genitalbereich. Die Privatklägerin 2 buchte lediglich einmal, am 27. Dezember 2013, eine Massage beim Beschuldigten. Anlässlich dieses singulären Termins erstellte er ebenfalls heimlich mit seiner Handycamera eine Grossaufnahme ihrer nackten Scheide (Urk. HD 11.9). Dass er diese Fotos erstellt hatte, gab der Beschuldigte erst auf Vorhalt zu, wobei er jeweils nur gerade die Urheberschaft an den konkret vorgehaltenen Fotos einstand, im Übrigen aber auffallend wortkarg blieb und weitere Aufnahmen (bis zur nächsten Einvernahme respektive zur Konfrontation mit weiterem, belastendem Material) explizit in Abrede stellte (vgl. Urk. HD 6.1 S. 9, Urk. HD 6.3 S. 2, Urk. HD 6.4 S. 3, Urk. HD 6.6 S. 3). Überdies besass er

anlässlich seiner Verhaftung eine grosse Sammlung von Ton- und Bildaufnahmen pornographischen Inhalts, welche auch verbotene Pornographie (Kinderpornographie, Zoophilie und verbotene Gewalt) enthielt (Urk. ND 2/1-2). Der Beschuldigte bestätigte hierzu, eine Vorliebe für Nahaufnahmen des weiblichen Geschlechts (Vagina) sowie für Nacktaufnahmen von Mädchen/Teenies und jungen Frauen zu haben, wobei er präzisierte, ganz

- 14 - junges nicht zu haben. Er stehe auf Frauen von über 20 Jahren (Urk. HD 6.5 S. 5). Weiter erklärte er, manchmal ein bisschen einen Aussetzer zu haben, wenn er eine Person weiblichen Geschlechts sehe. Damit meine er, es sei einfach eine gewisse Faszination vorhanden und es gehöre sich einfach nicht zur Arbeit (Urk. HD 6.7 S. 6). Gegenüber dem Gerichtsgutachter versuchte er die Bildaufnahmen der Privatklägerinnen damit zu erklären, dass er damals in einer anderen Verfassung gewesen sei. Ihm sei alles etwas gleichgültig gewesen. Er wisse, dass man als Therapeut eine Grauzone habe. Ihm sei aber damals alles irgendwie gleichgültig gewesen. Er habe keine Perspektive gesehen. Er habe sehr viel massiert und er habe alles (Geld) abgeben müssen wegen der alten Sünde (Konkurs). Es sei dann auch die Zeit gewesen, wo er sehr viel eingekauft habe. Er sei also in einer Art depressiven Verfassung gewesen. Gerade in dieser Zeit nun sei es für ihn wie ein Kick gewesen, etwas Verbotenes zu machen. So im Sinne: man könnte einmal probieren. Zum Beispiel, man könne einmal ein Foto machen, dass sie (die Frau) es nicht merken würde. Bei der Privatklägerin 1 habe ihn fasziniert, dass sie so jung sei, so mega schlank, aus gutem Haus komme und so viel Haare habe zwischen den Beinen. Gewöhnlich seien Frauen in diesem Alter kahl rasiert unten. Das Aussergewöhnliche habe ihn fasziniert. Bei der Privatklägerin 2 sei es eine andere Faszination gewesen. Diese sei in seinem Alter oder sogar ein bis zwei Jahre älter und sei zwischen den Beinen kahlrasiert gewesen. In diesem Alter sei gewöhnlich die Klitoris etwas grösser. Aber bei ihr sei das nicht der Fall gewesen. Das habe ihn fasziniert. Er habe sie deshalb dann fotografiert, so als wäre es für seine Sammlung gewesen, obwohl er nicht eigentlich daran gedacht habe (Urk. HD 10.6 S. 26 f.). Insgesamt lässt sich aus dem Allem jedenfalls ableiten, dass er zum damaligen Zeitpunkt nicht nur in seinem Privatleben (hier offensichtlich), sondern auch in seinem Berufsleben von weiblicher Nacktheit fasziniert, ja gar wesentlich darauf fixiert war. Wenn er nun – vor dem Hintergrund der heimlich getätigten Bildaufnahmen – recht theatralisch abstreitet, die Privatklägerin 1 wie von ihr geschildert mit den Lippen auf der Wange berührt respektive ausgegriffen zu haben, scheint dies wenig glaubhaft. Dass ihre Mutter jeweils dabei war, hielt ihn jedenfalls nicht davon ab, Nacktfotos zu erstellen, woraus abzuleiten ist, dass diese, wie von ihr und der Privatklägerin 1 übereinstimmend geschildert, ef-

- 15 - fektiv jeweils auf dem Zweitbett döste oder gar tief schlief. Deshalb kann auch der Auffassung der Verteidigung, wonach die Mutter die dem Beschuldigten vorgeworfenen Übergriffe hätte merken müssen (Urk. 60 S. 2), nicht gefolgt werden. Auch dass er aus Rücksicht auf den ihm wichtigen Job solches nicht anfangen würde (Urk. HD 6.1 S. 8), verfangt vor diesem Hintergrund nicht, ebenso wenig wie der Hinweis darauf, dass die Privatklägerin 1 altersmässig seine Tochter sein könnte (Urk. HD 6.1 S. 8). Generell bleiben seine Aussagen und Bestreitungen vage, zumal er zu den Aussagen der Privatklägerin 1 nicht Stellung nehmen will. Mit der Vorinstanz ist zudem festzuhalten, dass bereits den von ihm erstellten Fotos zu entnehmen ist, dass es zumindest in der Nähe von Brust und Scheide zu Berührungen gekommen ist, welche zu erklären der Beschuldigte

nicht in der Lage war (Prot. II S. 17 f.). Demgegenüber sagte die Privatklägerin 1 – wie schon von der Vorinstanz zu Recht festgehalten, auf deren Erwägungen verwiesen werden kann (Urk. HD 49 S. 18; Art. 82 Abs. 4 StPO) – konstant, authentisch, detailreich und damit insgesamt äusserst glaubhaft aus. Einzig ihre zeitlichen Angaben, was die Dauer der jeweiligen Handlungen des Beschuldigten angeht, vermögen nicht zu überzeugen. Ihren diesbezüglichen Aussagen ist denn auch (nonverbal) ein deutliches Zögern respektive eine spürbare Unsicherheit zu entnehmen, ganz offensichtlich beruhen diese Angaben auf einer Spekulation bzw. Schätzung ihrerseits (Urk. HD 8.2 ca. 00:49:30 und ca. 00:54:00). Diese Unschärfe ist vor dem Hintergrund des Zeitablaufs und des jugendlichen Alters der Privatklägerin 1 aber nachvollziehbar und - entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 60 S. 2) - nicht geeignet, Zweifel an ihren Kernaussagen zu erwecken, zumal auch Erwachsene regelmässig Mühe bekunden, die Zeitdauer gewisser Handlungen nachträglich korrekt einzuschätzen. Demgegenüber erinnert sie sich konkret an Details (bspw. Atmung des Beschuldigten; Urk. HD 8.2 ca. 00:48:00), die so originell sind, dass sie klar von selbst Erlebtem zeugen. Sie zeigt überdies in ihrem ganzen Aussageverhalten deutlich auf, wie peinlich ihr die ganze Angelegenheit ist, wie ihre fehlende Abwehr sie belastet und wie sehr sie bemüht ist, den Beschuldigten nicht übermässig zu belasten. Dies alles sind klare Realitätskriterien. Insgesamt ist ihren Aussagen eine hohe Glaubhaftigkeit zu attestieren. Hinzu kommt, dass kein Motiv

- 16 - für eine Falschbelastung ersichtlich ist. Sie war gemäss eigenen Aussagen, welche sich mit der Einschätzung der Mutter und der Eigeneinschätzung des Beschuldigten decken, sehr zufrieden mit den Massagen des Beschuldigten. Ihr Verhalten änderte sich offenbar erst – aber abrupt – nach der Behandlung vom 11. Januar 2014. Von sich aus wollte sie aber zunächst gar keine Anzeige erstatten. Erst nach Beizug einer Psychologin und mit dem Gedanken, anderen Jugendlichen solche Übergriffe zu ersparen, ermächtigte sie ihre Anwältin, Anzeige zu erstatten. Damit ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte die Geschädigte am 11. Januar 2014, als diese mit entblösstem Oberkörper in Rückenlage auf der Massage- liege lag, zunächst mit dem Mund an der Wange berührte und ihr hernach zwei- bis dreimal die Brustwarzen leckte. In der Folge zog er ihren Slip nach unten und führte – während er sie mit der einen Hand am Oberschenkel massierte – mindestens einen Finger der anderen Hand in ihre Scheide ein, wo er diesen einige Zeit bewegte. Während all dieser Zeit war die Privatklägerin 1 gemäss ihren eigenen Aussagen wach (wach geworden durch die Lippenberührung an der Wange und die unruhige/komische Atmung des Beschuldigten), verstand aber nicht genau, was vor sich ging, hielt die Augen fest geschlossen und vermied es, nachzusehen, was der Beschuldigte konkret machte. Erst zum Schluss, als er mit dem Finger in ihre Scheide eingedrungen war, drehte sie sich auf der Massageliege zur Seite, worauf der Beschuldigte von ihr abliess. Auch die Schilderung der Privatklägerin 2 wirkt grundsätzlich glaubhaft. Sie zeigt auf, dass sie die Massage zunächst als sehr angenehm empfunden habe, bemüht sich, nichts Falsches zu erzählen und reflektiert selbstkritisch ihr eigenes Verhalten. Sie schildert schlüssig und nachvollziehbar, wie sie die Massage in kurzen Momenten als übergriffig respektive zumindest grenzwertig empfunden habe, aber davon ausgegangen sei, dies seien unbeabsichtigte Fehlgriffe des Beschuldigten. Da sie, was den Kerngehalt des Vorwurfes angeht, nicht konstant aussagte, ist zu Gunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass er mit den Fingern nur bis zu den Schamlippen – von welchen er gemäss eigenen Aussagen ja "fasziniert" war – heran massierte und diese auch berührte, indessen weder über sie

- 17 - hinweg strich, noch wirklich wesentlich in diese hinein ging (vgl. Urk. ND 1/3.2 S. 4). Dabei lag die Privatklägerin 2 mit geschlossenen Augen und im Genitalbereich unbedeckt auf dem Rücken auf der Massageliege. Sie konnte entsprechend nicht sehen, wie der Beschuldigte sie massierte, sondern lediglich spüren. Grundsätzlich war sie aber jederzeit orientiert und bei Bewusstsein, auch wenn sie sich von der starken Massage in der Leistengegend beduselt fühlte.

#### **E. 4**

##### Rechtliche Würdigung

#### **E. 4.1**

Was den Tatbestand der Schändung im Sinne von Art. 191 StGB angeht, kann vorweg auf die zutreffenden und umfassenden theoretischen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. HD 49 S. 23 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Demnach gilt nach konstanter höchstrichterlicher Praxis als widerstandsunfähig, wer nicht im Stande ist, sich gegen ungewollte sexuelle Kontakte zu wehren. Art. 191 StGB schützt Personen, die einen zur Abwehr ausreichenden Willen zum Widerstand gegen sexuelle Übergriffe nicht oder nicht sinnvoll bilden, äussern oder betätigen können. Dabei genügt, dass das Opfer vorübergehend zum Widerstand unfähig ist. Die Gründe für die Widerstandsunfähigkeit können dauernder oder vorübergehender, chronischer oder situationsbedingter Natur sein. Erforderlich ist, dass die Widerstandsfähigkeit gänzlich aufgehoben ist (ausführlich BGE 133 IV 49 E. 7.2). Demnach ist entscheidend, dass die vorgeworfene Berührung eine sexuelle Handlung ist und das Opfer diese Berührung aus den genannten Gründen nicht von vornherein verhindern kann (Entscheid des Bundesgerichts 6S.448/2004 vom 3. Oktober 2005 E. 1.2.3). Widerstandsunfähigkeit wird namentlich bejaht, wenn es dem Opfer unmöglich ist, den Angriff auf seine geschlechtliche Integrität abzuwehren, weil er von ihm nicht wahrgenommen wird. Das zunächst tief schlafende Opfer bleibt nach der Rechtsprechung zum Widerstand unfähig, wenn es nach Beginn des sexuellen Übergriffs zwar erwacht, sich danach aber aus körperlichen Gründen nicht zur Wehr setzen kann (Entscheid des Bundesgerichts 6B.128/2012 vom 21. Juni 2012 E. 1.2.2 m.w.H.).

#### **E. 4.2**

Mit der Verteidigung (vgl. Urk. 60 S. 5) ist davon auszugehen, dass vorliegend die tatbestandsmässige Widerstandsunfähigkeit nicht durch ein besonderes Vertrauensverhältnis der Privatklägerin 1 zum Beschuldigten begründet werden

- 18 - kann (vgl. auch BGE 133 IV 49). Auch liegt kein grundsätzliches, in der Persönlichkeit der Privatklägerin 1 liegendes Unvermögen, sich zu wehren vor, selbst wenn die Privatklägerin 1 als Begründung, weshalb sie sich nicht gewehrt habe, geltend machte, es sei schon immer so gewesen, dass sie durchstehe und vergesse (Urk. HD 8.2 ca. 01:00:00). Solches wäre für den Beschuldigten zumindest nicht erkennbar gewesen. Indessen ist – mit der Staatsanwaltschaft und der Vorinstanz sowie entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 60 S. 6 f.) – auf eine lagebedingte vorübergehende Widerstandsunfähigkeit zu schliessen. Wie bei früheren Behandlungen entspannte sich die Privatklägerin 1 – dem Zweck der Massage entsprechend – bei geschlossenen Augen, ja döste oder schlief gar ein. Erst durch die Berührung der Lippen des Beschuldigten auf ihren Wangen, eine in diesem Kontext jedenfalls sexuelle Handlung (vgl. BSK Strafrecht II-Meier, 3. Auflage 2013, N 11 zu Art. 187) erwachte sie, orientierungslos und hielt zunächst die Augen weiterhin geschlossen. Das nachfolgende Lecken ihrer Brüste und der

Griff in ihre Scheide – ebenfalls eindeutig sexuelle Handlungen – kam deshalb ebenfalls noch überraschend und ist unzweifelhaft als Missbrauch der momentanen Schutzlosigkeit der nackt auf dem Massagetisch liegenden Privatklägerin 1, welche auf eine fachgerechte Massage vertraute, zu würdigen (vgl. hierzu BGE 133 IV 56 f.). Dem Argument der Verteidigung, wonach die Privatklägerin 1 nicht überrascht gewesen sein könne, da der Beschuldigte aus ihrer Sicht bereits früher die Grenzen überschritten und eine Steigerung vorgelegen habe (Urk. 60 S. 4), kann nicht gefolgt werden. Selbst wenn sich der Beschuldigte bereits früher in einer Art und Weise verhalten hat, welche die Privatklägerin 1 subjektiv für nicht angebracht hielt, ist davon auszugehen, dass es sich nicht um gravierende Vorfälle gehandelt hat, denn sonst wäre die Privatklägerin 1 nicht mehr in die Massage gegangen. Auf jeden Fall vollzog er erst am 11. Januar 2014 Handlungen, die als deliktisch zu qualifizieren sind. Mit solchen Handlungen musste die Privatklägerin 1 nicht rechnen. Vielmehr kamen diese für sie überraschend. Damit hatte der Beschuldigte den objektiven Tatbestand der Schändung bereits erfüllt. Ob der Kuss auf die Wange, das Lecken der Brustwarzen und der Griff in die Scheide als Handlungseinheit oder nicht eher als einzelne Übergriffe (vgl. hierzu die Entscheidung des Bundesgerichts 6B\_436/2010 vom 6. Dezember 2010, 6B\_206/2009 vom

- 19 - 21. Juli 2009 und 6B\_453/2007 vom 19. Februar 2008) zu beurteilen wären, kann vorliegend offen bleiben, denn zufolge des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) steht eine Verschärfung des Schuldspruchs auf mehrfache Tatbegehung zu Lasten der Privatklägerin 1 vorliegend ausser Diskussion. Dass der Beschuldigte um die wehrlose Situation der Privatklägerin 1 – die er im Übrigen bereits anlässlich früherer Behandlungen zur Erstellung von Nacktfotos ausgenutzt hatte –, um den sexuellen Charakter seiner Handlungen und das fehlende Einverständnis der Privatklägerin 1 wusste, ist offensichtlich, fiel es doch schwer, diese Handlungen in einen medizinisch indizierten Kontext zu stellen – was der Beschuldigte denn auch gar nicht versucht. Mithin ist subjektiv von direktem Vorsatz auszugehen. Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich. Damit hat es hinsichtlich Anklageziffer 2.a beim Schuldspruch betreffend (einfacher) Schändung im Sinne von Art. 191 StGB sein Bewenden.

#### **E. 4.3**

Wie die Beweiswürdigung ergeben hat, lag die Privatklägerin 2 mit geschlossenen Augen rücklings auf der Massageliege, als der Beschuldigte sie mehrfach kurz mit seinen Fingern an den Schamlippen berührte. Dieser Berührungen wurde sie situationsbedingt erst gewahr, als sie sich bereits ereignet hatten, wobei sie davon ausging, es handle sich um unbeabsichtigte Fehlgriffe im Rahmen der Massage ihres Unterleibs, weshalb sie nicht intervenierte und die Massage abbrach. Den Angriff bereits zum vornherein abzuwehren, war ihr jedenfalls bei dieser Sachlage nicht möglich. Da die Berührung der Schamlippen zudem als sexuelle Handlung zu qualifizieren ist (selbst der Beschuldigte schliesst eine medizinische Indikation derartiger Berührungen im Rahmen einer Massagebehandlung aus, vgl. Prot. I S. 11 – zumal solches jedenfalls vorab anzukündigen gewesen wäre, vgl. den Entscheid des Bundesgerichts 6B\_436/2010 vom

#### **E. 4.4**

Zusammenfassend ist der Beschuldigte zusätzlich zu den bereits in Rechtskraft erwachsenen Schuldsprüchen betreffend mehrfache Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte (Art. 179quater Abs. 1 StGB), mehrfache

Pornographie (Art. 197 Ziff. 3 aStGB) und mehrfachen Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 98 Abs. 1 lit. b SVG auch der mehrfachen Schändung im Sinne von Art. 191 StGB schuldig zu sprechen. 5. Strafzumessung und Vollzug 5.1.1. Bezüglich der Bestrafung des Beschuldigten beantragte die Staatsanwaltschaft die Ausfällung einer Freiheitsstrafe von 44 Monaten (Urk. 59 S. 1) und die Verteidigung eine solche in der Höhe von 12 Monaten (Urk. 60 S. 1). Für die Strafzumessung ist zunächst der Strafraum zu bestimmen. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht diese angemessen. Im vorliegenden Fall ist Deliktsmehrheit gegeben, wobei die Schändung (zu Lasten der Privatklägerin 1) gemäss Art. 191 StGB das mit der höchsten Strafe bedrohte Delikt darstellt (Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe). Gemäss höchstrichterlicher Praxis ist der ordentliche Strafraum des schwersten Delikts trotz Vorliegens von Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründen nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angeordnete Strafe im konkreten Fall als zu hart bzw. zu mild erscheint.

- 21 - Das Gericht ist indessen verpflichtet, Strafschärfungsgründe zumindest strafe erhöhend und Strafmilderungsgründe strafmindernd innerhalb des ordentlichen Strafraums zu berücksichtigen (BGE 136 IV 55 E. 5.5ff.). Im vorliegenden Fall wäre an sich strafscharfend zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte mehrere strafbare Handlungen beging. Wie sich nachfolgend zeigen wird, sind jedoch keine ausserordentlichen Umstände zu erkennen, welche eine Überschreitung des ordentlichen Strafraums angezeigt erscheinen lassen. Strafmilderungsgründe sind nicht ersichtlich. Innerhalb dieses Strafraums ist die Strafe sodann nach dem Verschulden des Täters zu bemessen. Das Gericht berücksichtigt das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird dabei nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betreffenden Rechtsgutes, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Beschuldigten sowie danach bestimmt, wie weit dieser nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). In einem weiteren Schritt sind sodann die Täterkomponenten gemäss Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB zu würdigen. In diesem Zusammenhang sind das Vorleben des Täters, seine persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren zu berücksichtigen. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt für das mit der höchsten Strafe bedrohte Delikt die verschuldensangemessene Einsatzstrafe unter Berücksichtigung aller Tatkomponenten (objektive und subjektive Tatschwere) festzusetzen. In einem zweiten Schritt ist aufgrund der weiteren Delikte eine dem Gesamtverschulden angemessene Strafe festzusetzen. Und schliesslich sind in einem dritten Schritt die massgebenden Täterkomponenten strafe erhöhend oder strafmindernd zu berücksichtigen. 5.1.2. Das Berühren der Wangen mit den Lippen, das Lecken der Brustwarzen und der Griff in die Scheide der Privatklägerin 1 ist – mit Blick auf die objektive Tatschwere und das Spektrum möglicher Übergriffe – als eher leicht zu bewerten.

- 22 - Erschwerend ins Gewicht fällt aber die skrupellose Vorgehensart. Der Beschuldigte nutzte die Situation und das Ausgeliefertsein seiner jugendlichen, sexuell unerfahrenen Patientin dreist und zielgerichtet aus und zeigte dabei ein deutliches Mass krimineller Energie, wobei ihm bei seinen Handlungen genau bewusst sein musste, dass diese jeden Rahmen pflichtbewusster Berufsausübung sprengten. Die subjektive Tatschwere vermag

dies in keiner Weise zu relativieren. Offensichtlich suchte der Beschuldigte aus einer persönlichen Unzufriedenheit bzw. Frustsituation hinaus den Kick des Verbotenen und verschob die Grenzen mit jedem neuen Termin weiter, indem er zunächst unerlaubterweise Nacktfotos erstellte und in der Folge auch körperlich übergriffig wurde, wobei die unerlaubten Berührungen selbst eskalierend ausgeführt wurden, bis eine Reaktion der Beschuldigten zu verzeichnen war. Andere als egoistische Motive sind nicht denkbar. Zudem handelte er direktvorsätzlich. Hinzu kommt, dass hinsichtlich aller, während der Massagebehandlungen vorgenommenen Straftaten ein zwingender oder auch nur nachvollziehbarer Anlass fehlt. Eine Einsatzstrafe im unteren Bereich des unteren Strafdrittels – konkret von 14 Monaten Freiheitsstrafe – scheint dem insgesamt gerade noch leichten Verschulden angemessen. 5.1.3. Die Schändung der Privatklägerin 2 ist mit Bezug auf die objektive Tat schwere als recht leicht zu qualifizieren, streifte der Beschuldigte doch lediglich kurz – allerdings mehrfach – die Schamlippen der Privatklägerin 2. Immerhin nutzte er dazu die Massagesituation und das dieser immanente Vertrauen seiner Klientin in eine professionell ausgeführte Massage aus, was von einiger krimineller Energie zeugt. Subjektiv ist wiederum davon auszugehen, dass es ihm hauptsächlich um den Kick und nicht um sexuelle Befriedigung ging, was an der egoistischen Motivlage indes nichts ändert. Eine Asperation der Strafe um rund drei Monate scheint der Tatschwere angemessen. Indem der Beschuldigte sodann sowohl von der Privatklägerin 1 (mehrfach) und der Privatklägerin 2 Nacktfotos erstellte, wobei er klar auf deren Geschlechtsmerkmale (Scheide/Brust) fokussierte, verletzte er ihren intimsten Geheimbereich.

- 23 - Die objektive Tatschwere ist als erheblich einzustufen. Respektlos, ja dreist nutzte er die Situation und das Vertrauen der Privatklägerinnen aus, wobei er einerseits geltend macht, die Fotos für seine Sammlung der Pornographie erstellt zu haben, andererseits aber auch den Kick des Verbotenen gesucht habe. Jedenfalls handelte er aus egoistischen Motiven und direktvorsätzlich, was das objektive Tatverschulden nicht zu relativieren vermag. Eine Asperation der Strafe um mindestens zehn Monate ist angezeigt. Die beiden Fahrten ohne Berechtigung ereigneten sich jeweils auf ähnlichen, mehrere Kilometer langen Strecken und kurz nacheinander. Das Verschulden wiegt insgesamt nicht leicht. Subjektiv fällt auf, dass keinerlei Grund ersichtlich ist, weshalb sich der Beschuldigte mehrfach hinters Steuer setzte, zumal er bereits anlässlich der ersten Kontrolle ausgeführt hatte, es sei ein Fehler gewesen (Urk. ND 3/2 S. 2). Sodann ist zu berücksichtigen, dass er direktvorsätzlich handelte. Die Strafe ist um weitere vier Monate Freiheitsstrafe zu asperieren. Was die strafbare Pornosammlung des Beschuldigten angeht, profitiert er stark davon, dass der Strafrahmen zur Tatzeit wesentlich enger gesteckt war, als heute. In jenem Rahmen von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe ist aufgrund der gerade noch überschaubaren Vielzahl verbotener pornographischer Darstellungen und da es sich inhaltlich nicht um deren übelste Varianten handelte von einem eher leichten Verschulden auszugehen. Eine Asperation um zusätzliche zwei Monate Freiheitsstrafe erscheint angezeigt. 5.1.4. Insgesamt ist damit basierend auf den Tatkomponenten der einzelnen Delikte und in Anwendung des Grundsatzes der Asperation der Strafe (nicht der Addition) eine Einsatzstrafe von rund 32 Monaten Freiheitsstrafe auszufallen. 5.1.5. Was die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten angeht, kann auf die diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. HD 49 S. 29). Heute ergänzte der Beschuldigte, er sei mit 5 ½ Jahren in die Schweiz adoptiert worden. Seine Adoptivmutter habe Suizid begangen und mit seinem Adoptivvater habe er nur noch spärlich Kontakt, aber

mit seinen Adoptivgeschwistern habe er einen sehr guten Kontakt. Er habe eine Grafikerlehre gemacht und

- 24 - später die Ausbildung zum Masseur. Nach wie vor betreibe er sein Massagestudio und verdiene monatlich zwischen Fr. 4'000.– und Fr. 6'000.–. Sein Lohn unterliege jedoch der Lohnpfändung, weshalb ihm monatlich nur ca. Fr. 2'000.– blieben. Er habe kein Vermögen, aber Schulden in der Höhe von ca. Fr. 110'000.–. Weiter führte er aus, er sei seit einem halben Jahr nicht mehr in Therapie, da sie von der Krankenkasse nicht bezahlt werde und er überdies den Sinn dieser Therapie nicht verstehe (Prot. II S. 7 ff.).

Strafzumessungsrelevantes ist den persönlichen Verhältnissen nicht zu entnehmen. Was die Vorstrafen des Beschuldigten angeht, so ist die Strafe vom September 2005 mittlerweile zufolge Zeitablaufs aus dem Register gelöscht worden (vgl. Urk. 58) und darf für die Strafzumessung nicht mehr berücksichtigt werden (Art. 369 Abs. 7 StGB). Die verbleibenden, mit Bezug auf das Fahren ohne Führerausweis grösstenteils einschlägigen und überdies unbedingt ergangenen Vorstrafen von März 2006, August 2006, Dezember 2007, Mai 2013 und Dezember 2013 sind indes deutlich straf erhöhend zu veranschlagen, zeigen sie doch eine bemerkenswerte Renitenz, ja gar Unbelehrbarkeit des Beschuldigten auf. Dabei fällt auch spürbar ins Gewicht, dass seit der letzten – unbedingten – Verurteilung anlässlich der Taten von Dezember 2013 bzw. Januar 2014 erst gerade wenige Wochen verstrichen waren und sich der Beschuldigte nur deshalb nicht mehr in der Probezeit der Verurteilung von Mai 2013 befand, weil diese anfangs Dezember 2013 bereits widerrufen worden war. Grundsätzlich strafmindernd ist demgegenüber das Teilgeständnis des Beschuldigten hinsichtlich der Vorwürfe der mehrfachen Pornographie und des mehrfachen Fahrens ohne Berechtigung zu berücksichtigen. Allerdings wurden diese Geständnisse jeweils vor dem Hintergrund einer erdrückenden Beweislage abgelegt, weshalb die Strafminderung lediglich leicht ins Gewicht fällt. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots liegt sodann – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 60 S. 8) – nicht vor. Weitere Straferhöhungs- oder Strafminderungsgründe sind nicht ersichtlich. Insgesamt wirkt sich die Berücksichtigung der Täterkomponenten – mit der Vorinstanz und der Staatsanwaltschaft – spürbar straf erhöhend aus, weshalb eine Freiheitsstrafe von insgesamt 36 Monaten auszusprechen ist.

- 25 - Der Anrechnung von 16 Tagen erlittener Untersuchungshaft steht nichts im Weg (Art. 51 StGB). 5.2. Angesichts der Strafhöhe bleibt der teilbedingte Vollzug der Strafe möglich (Art. 43 Abs. 1 StGB). Was die dabei zu beachtenden Grundsätze angeht, kann vollumfänglich auf die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. HD 49 S. 30 f.). Fallbezogen führte die Vorinstanz aus, der Beschuldigte sei bezüglich Sexualdelikten nicht einschlägig vorbestraft und habe sich seit der Haftentlassung respektive seit Aufhebung der Ersatzmassnahme am 4. Februar 2014 wohl verhalten, weshalb sich die Ausfällung einer gesamthaft unbedingten Strafe nicht aufdränge (Urk. HD 49 S. 31). Die Staatsanwaltschaft hält dem in ihrer Berufungsbegründung entgegen, dass es angesichts der einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten wegen Strassenverkehrsdelikten sowie der Tatsache, dass der Beschuldigte zwei Mal innert kurzer Zeit erneut delinquent habe, an einer günstigen Prognose fehle (Urk. 59 S. 4). Die Darstellung der Staatsanwaltschaft vermag nicht zu überzeugen. Zwar hat sich der Beschuldigte, insbesondere was Strassenverkehrsdelikte angeht, tatsächlich äusserst strafresistent gezeigt. Indes darf nicht übersehen werden, dass selbst bei Gewährung des teilbedingten Vollzuges heute eine unbedingte Freiheitsstrafe auszufallen sein wird, die

die bisher gegenüber dem Beschuldigten verhängten und auch vollzogenen Strafen (Busse, Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit sowie Gefängnisstrafen von maximal 49 Tagen, vgl. Urk. 58) um ein Vielfaches übertrifft. Mithin ist davon auszugehen, dass aufgrund der in diesem Verfahren erlebten Untersuchungshaft samt nachfolgenden, für seine Erwerbstätigkeit einschneidenden (vgl. Urk. HD 6.8 S. 7) Ersatzmassnahmen sowie wegen des zwingend unbedingt auszufällenden, mehrmonatigen Strafanteils der vollständige Vollzug der Freiheitsstrafe nicht notwendig erscheint, um den Beschuldigten von weiteren Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Da der Beschuldigte nicht mehr über ein Auto verfügt (Prot. II S. 19), ist auch das Risiko, dass der Beschuldigte erneut ohne Berechtigung fahren könnte, gering. Diese Einschätzung scheint insbesondere auch deswegen gerechtfertigt, weil der Beschuldigte nunmehr seit

- 26 - über zwei Jahren in keine neue Strafuntersuchung mehr verwickelt wurde. Ausserdem schätzte auch der Gutachter die Gefahr, dass der Beschuldigte erneut Straftaten begehen könnte, als gering ein (vgl. Urk. HD 10.6 S. 45). Was die konkrete Höhe des zu vollziehenden Strafanteils angeht, erscheint – mit der Vorinstanz (Urk. HD 49 S. 31 f.) – insbesondere aufgrund der zahlreichen Vorstrafen und der doch hohen Vorwerfbarkeit der verschiedenen Taten und dem damit einhergehenden, relevanten Verschulden der Vollzug von zwölf Monaten (abzüglich von 16 Tagen Untersuchungshaft) als angemessen. Entsprechend ist die Reststrafe von 24 Monaten bedingt aufzuschieben. Nachdem der Beschuldigte zumindest teilweise mehrfach einschlägig vorbestraft ist, ist die Probezeit auf vier Jahre anzusetzen. 5.3. Nachdem der Beschuldigte zehn Mal auf freiwilliger Basis eine Therapie besucht hat (Prot. II S. 12), die inhaltlich indessen eine andere Thematik abdeckt (selbstgestellte "Diagnose" einer "Sexsucht"; Exploration der sexologischen Lernprozesse in der Autoerotik des Beschuldigten und der Paarsexualität, vgl. Urk. HD 38), als im Gerichtsgutachten als problematisch angesehen wurde (vgl. Urk. HD 10.6 S. 44 f.), und es zu keinen weiteren Vorfällen gekommen ist, obwohl der Beschuldigte weiterhin als Masseur arbeitet, ist nicht ersichtlich, weshalb ihm die Weiterführung dieser Therapie als Weisung auferlegt werden sollte. Entsprechend ist davon abzusehen. 5.4. Schliesslich fordert die Staatsanwaltschaft weiterhin die Auferlegung eines dreijährigen Berufsverbots als Masseur (Urk. HD 50, Urk. 59 S. 2 und S. 4 f.), mit der Begründung, dass der Beschuldigte die massgeblichen Taten nicht allein gegenüber einer Geschädigten, sondern mehrfach gegenüber mehreren Geschädigten begangen habe und von einer weiterhin bestehenden Gefahr des weiteren Missbrauchs ausgegangen werden müsse (Urk. 59 S. 4). Die Verteidigung spricht sich dagegen aus (Urk. 61). Am 1. Januar 2015 und damit nach der Verübung der Taten des Beschuldigten trat die geänderte Fassung von Art. 67 StGB in Kraft. Ob der Grundsatz des milderen Rechts auch bei Massnahmen zur Anwendung kommt, ist strittig. Gemäss

- 27 - älterer bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei Massnahmen Art. 2 Abs. 2 StGB nicht anwendbar, da es bei Massnahmen nicht um Härte oder Milde gehen könne, sondern allein um grössere oder geringere Zweckmässigkeit (vgl. BGE 68 IV 37 f.; BGE 68 IV 66 f.; BGE 97 I 919, E. 1.a). In der Lehre wird hingegen die überzeugende Auffassung vertreten, dass auch Massnahmen für die Betroffenen mehr oder minder hart sein können (vgl. TRECHSEL/VEST, in Trechsel/Pieth [Hrsg.] StGB PK, 2. Auflage 2013, N 12 zu Art. 2; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 4. Auflage 2011, § 4 N 13; ähnlich nun auch BGE 134 IV 121). Dieser Auffassung ist zu folgen, sodass nachfolgend zu prüfen ist, ob die Anwendung des neuen Rechts für den Täter eine günstigere Lösung

bringt. Die geltende Fassung von Art. 67 StGB sieht die Anordnung eines umfassenderen Tätigkeitsverbots vor (BSK Strafrecht I-NIGGLI/MAEDER, 3. Auflage 2013, N 54 zu Art. 67 StGB), so dass sie im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StGB nicht das mildere Recht darstellt. Damit ist die nachfolgende Prüfung der Anordnung des Berufsverbots auf Grundlage des Art. 67 aStGB vorzunehmen. Nachdem während der Untersuchung ein auf die Behandlung von Frauen beschränktes Berufsverbot zunächst als Ersatzmassnahme galt (Urk. HD 13.11 und 15), dieses nach Einholung eines psychiatrischen Gutachtens (Urk. HD 10.6) in dessen noch während laufender Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft – ohne Begründung – aufgehoben wurde (Urk. HD 13.18) und seither keine weiteren Vorfälle mehr aktenkundig wurden, ist die Verhängung eines Berufsverbots als unverhältnismässig abzulehnen, zumal der Beschuldigte nach Verbüßung des unbedingten Strafanteils eine vierjährige Probezeit zu bestehen haben wird, was ihn hinreichend zu gesetzestreuem Verhalten veranlassen sollte. Ausserdem würde ein Berufsverbot den Beschuldigten daran hindern, seine Schulden abzahlen zu können. Von einem Berufsverbot ist damit abzusehen.

## **E. 6**

**Zivilansprüche** Die Vorinstanz hat sich mit zutreffenden Erwägungen zu den generellen Voraussetzungen für die Zusprechung von Zivilansprüchen und den konkreten Genugtuungs- und Schadenersatzforderungen der Privatklägerinnen geäußert (Urk. HD 49 S. 35 ff.). Hierauf kann vollumfänglich verwiesen werden.

- 28 - Nachdem der Beschuldigte im Berufungsverfahren sowohl der Schändung der Privatklägerin 1 als auch der Privatklägerin 2 schuldig zu sprechen ist und die vorinstanzliche Regelung seitens der Privatklägerinnen unangefochten geblieben ist, besteht kein Anlass zu ergänzenden Ausführungen, zumal einer Erhöhung der Genugtuungszahlungen das Verschlechterungsverbot im Weg steht.

## **E. 7**

Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.

### **E. 7.1**

Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO). Die Kosten des Berufungsverfahrens sind den Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

### **E. 7.2**

Nachdem neu ein vollumfänglicher Schuldspruch ergeht, wird der Beschuldigte, was die Kosten der Untersuchung und der 1. Instanz angeht, vollumfänglich kostenpflichtig, wobei die Kosten der amtlichen Verteidigung in Anwendung von Art. 426 Satz 2 StPO unter Rückzahlungsvorbehalt auf die Gerichtskasse zu nehmen sind.

### **E. 7.3**

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beschuldigten zu vier Fünfteln aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen, obsiegt er doch lediglich hinsichtlich des Berufsverbots und wurde bezüglich der Strafhöhe nicht dem

Antrag der Staatsanwaltschaft gefolgt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren, welche auf Fr. 6'540.– (inkl. MWST) festzusetzen sind, sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Rückzahlungsforderung in Höhe von vier Fünfteln dieser Kosten vorbehalten bleibt (Art. 135 Abs. 4 StPO).

#### **E. 7.4**

Überdies bleibt er gegenüber der Privatklägerin 1 für deren Aufwendungen in der Untersuchung und vor Vorinstanz – im Berufungsverfahren ist ihr kein zusätzlicher Aufwand erwachsen – entschädigungspflichtig. Nachdem diese sich gegen die deutliche Kürzung ihrer Kostennote durch die Vorinstanz im Berufungsverfahren nicht zur Wehr gesetzt hat und die Verteidigung beim Antrag, es sei keine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen, von einem Freispruch vom

- 29 - Vorwurf der Schändung ausging (Urk. 60 S. 10), ist die erstinstanzlich festgesetzten Entschädigung von Fr. 3'500.– (inkl. MWSt) zu bestätigen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 10. September 2015 bezüglich der Dispositivziffern 1 Punkte 2-4 (Schuldprüche betreffend mehrfache Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179quater Abs. 1 StGB, mehrfache Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 aStGB und mehrfaches Fahren ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG), Dispositivziffer 7 (soweit das Genugtuungsbegehren der Privatklägerin 1 im Fr. 2'500.– übersteigenden Umfang abgewiesen wurde), Dispositivziffer 8 Satz 1 und 2 (Vormerknahme der Anerkennung des Genugtuungsbegehrens der Privatklägerin 2 im Umfang von Fr. 800.– zuzüglich Zins und Abweisung im übersteigenden Betrag), Dispositivziffer 9 (Einziehung beschlagnahmter Gegenstände) und Dispositivziffer 10 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte C. \_\_\_\_\_ ist ferner schuldig der mehrfachen Schändung im Sinne von Art. 191 StGB. 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 16 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind. 3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 24 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf vier Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate abzüglich 16 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

- 30 - 4. Von der Anordnung eines Berufsverbots im Sinne von Art. 67 StGB wird abgesehen. 5. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin 1, A. \_\_\_\_\_, Fr. 2'500.– zuzüglich 5 % Zins seit 11. Januar 2014 als Genugtuung zu bezahlen. Überdies wird festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber der Privatklägerin 1 aus dem eingeklagten Ereignis dem Grundsatz nach vollumfänglich schadenersatzpflichtig ist. Zur genauen Feststellung des Schadenersatzanspruches wird die Privatklägerin 1 auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen. 6. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber der Privatklägerin 2, B. \_\_\_\_\_, aus dem eingeklagten Ereignis dem Grundsatz nach vollumfänglich schadenersatzpflichtig ist. Zur genauen Feststellung des Schadenersatzanspruches wird die Privatklägerin 2 auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

#### **E. 8**

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 6'540.– amtliche Verteidigung

#### **E. 9**

Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu vier Fünfteln auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt im Umfang von vier Fünfteln dieser Kosten vorbehalten.

#### **E. 10**

Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin 1 für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'500.– zu bezahlen.

- 31 -

#### **E. 11**

Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (übergeben) – die Vertreterin der Privatklägerin 1 im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin 1 – die Privatklägerin 2 sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich – die Vertreterin der Privatklägerin 1 im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin 1 – die Privatklägerin 2 – das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A – die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles.

#### **E. 12**

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. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

- 32 - Obergericht des Kantons Zürich II. Strafkammer Zürich, 3. Juni 2016 Der Präsident:  
Die Gerichtsschreiberin: Oberrichter Dr. Bussmann lic. iur. Schwarzenbach-Oswald

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