

# ZH\_OBERGERICHT SB190173 vom 29. Oktober 2019

ZH Obergericht, 2019-10-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB190173](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190173)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB190173 du 29 octobre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT SB190173 del 29 ottobre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Hinsichtlich des Verfahrensverlaufs bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Prozesses kann auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, verwiesen werden (Urk. 40 S. 3).

#### E. 1.1

Wird jemand wegen einer der unter Art. 67 Abs. 3 lit. a - c StGB genannten Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von über 6 Monaten, einer Geldstrafe von über 180 Tagessätzen oder einer Massnahme nach den Artikeln 59 - 61 oder 64 StGB verurteilt, so verbietet ihm das Gericht lebenslanglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst (Art. 67 Abs. 3 StGB). Diese Fassung von Art. 67 Abs. 3 StGB trat am 1. Januar 2019 in Kraft. Die im Tatzeitpunkt 2017 geltende Fassung von Art. 67 Abs. 3 StGB sah demgegenüber bei gleichen Voraussetzungen lediglich ein 10-jähriges Tätigkeitsverbot vor.

#### E. 1.2

Wie die Vorinstanz korrekt erwog (Urk. 40 S. 26), erweist sich das im Tatzeitpunkt geltende alte Recht aufgrund der zeitlichen Begrenzung des Tätigkeitsverbotes als für den Beschuldigten milder, weshalb dieses zur Anwendung gelangt (Art. 2 Abs. 2 StGB).

- 27 -

#### E. 1.3

Die Straftat, derer sich der Beschuldigte schuldig gemacht hat, ist in Art. 67 Abs. 3 lit. b aStGB aufgeführt und die hierfür auszusprechende Strafe beläuft sich auf 8 Monate Freiheitsstrafe. Die Voraussetzungen für ein Tätigkeitsverbot gemäss Art. 67 Abs. 3 aStGB sind somit erfüllt, weshalb zwingend ein solches auszusprechen ist (Urteil des Obergerichts SB180258 vom 23. November 2018, E. IV 2.; Urteil des Obergerichts SB170149 vom 1. September 2017, E. VII.1.; JO-SITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, Strafrecht II - Strafen und Massnahmen, 9. Aufl. 2018, S. 223 f. und Fn 284; BERTOSSA, in: Praxiskommentar StGB, 3. Aufl. 2018, N 12 zu Art. 67).

#### E. 1.4

Dem Beschuldigten ist nach dem Gesagten im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. b aStGB jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, für die Dauer von 10 Jahren zu verbieten. 2. Landesverweisung

### E. 2

Mit vorstehend aufgeführtem Urteil vom 11. Januar 2019 sprach die Vorinstanz den Beschuldigten der mehrfachen sexuellen Handlungen mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten. Der Vollzug wurde nicht aufgeschoben. Die Vorinstanz verwies den Beschuldigten sodann für 5 Jahre des Landes und ordnete die entsprechende Ausschreibung im Schengener Informationssystem an. Für die Dauer von 10 Jahren wurde zudem ein Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 aStGB ausgesprochen, während welchem dem Beschuldigten jede berufliche oder ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, untersagt wurde. Dem Beschuldigten wurden die Kosten des Verfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, auferlegt (Urk. 40 S. 31 f.).

### **E. 2.1**

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 GebV OG und § 14 Abs. 1 lit. b GebV OG).

### **E. 2.2**

Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). In Anbetracht dessen, dass der Beschuldigte mit seiner Berufung mit seinem Hauptantrag betreffend Freispruch unterliegt, indessen hinsichtlich Strafe und betreffend die Massnahmen teilweise obsiegt, sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens zu drei Fünfteln aufzuerlegen. Zu zwei Fünfteln sind die Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen. 3. Die amtliche Verteidigung macht für ihre Aufwendungen und Barauslagen im Berufungsverfahren Fr. 3'320.30 geltend (Urk. 51/1 und 53/2). Das geltend gemachte Honorar steht im Einklang mit den Ansätzen der Anwaltsgebührenverordnung und erweist sich grundsätzlich als angemessen. Zuzüglich des Aufwandes für die heutige Berufungsverhandlung ist der amtliche Verteidiger mithin pauschal mit einem Honorar von Fr. 4'200.– (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

- 33 - Es wird beschlossen:

### **E. 2.3**

Die Verteidigung macht diesbezüglich im Eventualstandpunkt geltend, die Massnahme stelle für den Beschuldigten einen persönlichen Härtefall dar, weshalb von der Anordnung einer Landesverweisung abzusehen sei. Zur Begründung führt sie insbesondere ins Feld, dass der Beschuldigte seit 2007 in der Schweiz lebe und mithin fast sein ganzes Leben ausserhalb seiner Heimat verbracht habe. Zur Dominikanischen Republik habe der Beschuldigte keinerlei Verbindung. Es würden keine Verwandten mehr dort leben und der Beschuldigte sei mit Ausnahme einer einmaligen Ferienreise im Jahr 2009 nie mehr in sein Heimatland zurückgekehrt. Es bestünden daher geringe Resozialisierungschancen und eine Landesverweisung würde für den Beschuldigten den Verlust seiner Familie, von Freunden, sozialem Umfeld und Berufsaussichten bedeuten. Er spreche schweizerdeutsch und verkehre – im Gegensatz zu vielen Anderen – nicht nur mit seinen Landsleuten. Demgegenüber sei der Beschuldigte in der Schweiz gut integriert, er arbeite auch hier und habe eine feste Freundin. Seine Familie lebe zudem ebenfalls hier. Ferner werde er bis Ende Jahr eine Festanstellung haben und habe vor, mit seiner Freundin zusammenzuziehen. Eine Landesverweisung würde vor diesem Hintergrund einen Verstoss gegen das in Art. 8

Ziff. 1 EMRK statuierte Recht auf Familienleben darstellen. Schliesslich überwiege das private Interesse des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer Landesverweisung, weshalb vorliegend ein Härtefall zu bejahen und von einer Landesverweisung Abstand zu nehmen sei (Urk. 52 S. 6 ff.). Der Beschuldigte persönlich liess sich dahingehend vernehmen, dass er bis 2007 bei seinen Grosseltern in der Dominikanischen Republik gelebt habe. Sein Vater sei 2002 gestorben, mittlerweile seien auch seine Grosseltern tot und weitere Verwandte habe er in der Dominikanischen Republik nicht. Cousins seines Vaters würden in den USA leben, wobei er zu diesen nur telefonischen Kontakt pflege. Er lebe zusammen mit seiner Mutter und seinem älteren Bruder in Zürich. Er habe eine feste Partnerin, welche mittlerweile 23 Jahre alt sei. Nach Abschluss der Se-

- 30 - kundarschule C habe er eine Anlehre als Schreiner absolviert und danach als Deckenmonteur gearbeitet. Auf Nachfrage hin bestätigte der Beschuldigte, die spanische Sprache zu sprechen (Urk. 29 S. 3 ff.). Zu seiner aktuellen Lebens- und Arbeitssituation erklärte der Beschuldigte sodann, dass er eine Festanstellung als Deckenmonteur in Aussicht habe. Den entsprechenden Arbeitsvertrag werde er voraussichtlich Mitte November 2019 unterzeichnen können (Prot. II S. 9).

#### **E. 2.4**

Wie die Vorinstanz richtig erwogen hat, spricht vorliegend der Umstand, dass der Beschuldigte seine Jugendzeit zu einem massgeblichen Teil in der Schweiz verbracht, hier die Oberstufe absolviert und eine Anlehre gemacht hat sowie die Tatsache, dass sein engstes familiäres Umfeld, namentlich seine Mutter und sein Bruder, aber auch seine Partnerin, in der Schweiz wohnhaft sind, für das Vorliegen eines persönlichen Härtefalles. Demgegenüber verfügt der Beschuldigte in seiner Heimat und auch im übrigen Ausland über keinerlei effektiven familiären oder sozialen Bindungen. Ausser einem einmaligen Ferientaufenthalt liegt kein persönlicher Bezug zum Herkunftsland vor. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 40 S. 30) lässt sodann die ökonomische und berufliche Situation des Beschuldigten keinen direkten Rückschluss auf einen fehlenden Willen, sich im hiesigen wirtschaftlichen Leben zu integrieren, zu. Zwar wurde korrekt darauf hingewiesen, dass der Beschuldigte mehrmals arbeitslos war und nur über eine Anlehre verfügt. Bisher war der Beschuldigte aber noch nie von Sozialhilfe abhängig. Zudem wurde ihm gemäss eigenen Aussagen eine Festanstellung in einem 100% Pensum zugesagt. Da der Beschuldigte damit als beruflich in der Schweiz integriert anzusehen ist, währendem er sich im Ausland eine gänzlich neue wirtschaftliche Existenz erarbeiten müsste, ohne dass ihm dabei ein soziales Netzwerk behilflich sein könnte, spricht auch dieser Lebensaspekt für das Vorliegen eines persönlichen Härtefalles. Der Umstand, dass der Beschuldigte die spanische Sprache spricht, vermag daran letztlich nichts zu ändern. Die Vorinstanz erwog im weiteren, die Vorstrafen, welche der Beschuldigte in den letzten Jahren erwirkt habe, würden stark negativ ins Gewicht fallen (Urk. 40 S.30). Diese Schlussfolgerung beschlägt massgeblich die Frage, ob das

- 31 - öffentliche Interesse an einer Wegweisung des Beschuldigten dessen privates Interesse an einem Verbleib in der Schweiz überwiegt (Art. 66a Abs. 2 StGB). Dem ist unter Verweis auf die Ausführungen zum Strafvollzug zu widersprechen (vgl. V. Ziff. 4.2 vorstehend): Dem Beschuldigten konnte, wie aufgezeigt wurde, trotz der Vorstrafen vorliegend eine positive Legalprognose gestellt werden. Hinsichtlich des öffentlichen Interesses ist zudem darauf hinzuweisen, dass die vorliegend gerade noch für eine

Landesverweisung relevante Tat des Beschuldigten im persönlichen Beziehungsleben begangen wurde. Eine weiterreichende Gefährdung für die Gesellschaft ist damit zu verneinen. Dies umso mehr, als der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben mittlerweile in einer Beziehung mit einer altersadäquaten Partnerin lebt. Darüber hinaus scheint es angemessen, in diesem Zusammenhang auch das noch relativ jugendliche Alter des Beschuldigten zum Zeitpunkt seiner Delinquenz zu berücksichtigen. Erkenntnisse aus der kriminologischen Forschung legen nahe, dass delinquentes Verhalten bei jungen Menschen vielfach als episodenhaftes, d.h. auf einen bestimmten Entwicklungsabschnitt beschränktes, ubiquitäres Phänomen zu bezeichnen ist (OSTENDORF, Von Straferwartungen zum "richtigen" Strafen bei jugendlichen/heranwachsenden Straftätern, in: Dollinger/Schmidt-Semisch, Handbuch Jugendkriminalität, 3. Aufl. 2018, S. 159 ff., 168). Dies darf auch im Hinblick auf das Ermessen bei der Gewichtung der öffentlichen Interessen an einer Ausweisung berücksichtigt werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_627/2018 vom 22. März 2019, E. 1.7). Nach dem Gesagten ist vorliegend das Überwiegen des persönlichen Interesses des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer Wegweisung noch knapp zu bejahen. Der Beschuldigte ist aber darauf hinzuweisen, dass er bei weiterer Begehung von Katalogtaten mit der Anordnung der Landesverweisung rechnen müsste, würde doch diesfalls das öffentliche Interesse an einer Wegweisung gegenüber seinem privaten am Verbleib wohl klar überwiegen. Er hätte insofern keine Milde mehr zu erwarten.

### **E. 2.5**

Dementsprechend ist auf die Anordnung einer Landesverweisung im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB gestützt auf Art. 66a Abs. 2 StGB zu verzichten.

- 32 - Folglich erübrigt sich auch eine Ausschreibung des Beschuldigten im Schengener Informationssystem. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Da es im Berufungsverfahren bei dem vorinstanzlichen Schuldspruch bleibt, ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe gemäss Dispositivziffer 8 des angefochtenen Entscheids ausgangsgemäss zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

### **E. 2.6**

Wie bereits ausgeführt, weist der Beschuldigte drei Vorstrafen aus den Jahren 2014 bis 2016 auf, wobei es sich um Geldstrafen und Bussen handelt (Urk. 42). Diese Vorstrafen vermochten den Beschuldigten offensichtlich nicht genügend zu beeindrucken, um ihn vor weiterer Delinquenz abzuhalten. Zudem musste der Beschuldigte für sämtliche dieser Geldstrafen eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüssen, da sie nicht beglichen wurden (Urk. 43, Urk. 44). Auch die gegen ihn ausgesprochenen Bussen konnte der Beschuldigte offenbar nicht bezahlen (Urk. 29 S. 6). Unter diesen Umständen erschiene vorliegend eine Sanktionierung des Beschuldigten mit einer neuerlichen Geldstrafe weder angebracht noch zielführend, weshalb eine Freiheitsstrafe in Höhe von 8 Monaten auszusprechen ist. 3. Anrechnung der Haft Der Beschuldigte befand sich am 19. September 2018 von 06.05 Uhr bis 10.15 Uhr und am 11. Dezember 2018 von 06.00 Uhr bis 09.50 Uhr in Haft (Urk. 12/3, Urk. 12/9). Der Anrechnung dieser 2 Tage Haft auf die Strafe steht vorliegend nichts entgegen (Art. 51 aStGB).

- 25 - 4. Vollzug der Strafe

### **E. 3**

Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 14) liess der Beschuldigte mit Eingabe seines Verteidigers vom 14. Januar 2019 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 33). Am 20. März 2019 versandte die Vorinstanz das begründete Urteil an die Parteien (Urk. 39/1+2) und übermittelte in der Folge die Anmeldung der Berufung zusammen mit den Akten dem Obergericht.

### **E. 3.1**

Aussagen des Beschuldigten anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 19. September 2017 Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat (Urk. 40 S. 7), darf die erste polizeiliche Einvernahme des Beschuldigten vom 19. September 2017 nicht verwertet werden, da sie ohne Verteidigung stattgefunden hat. Aufgrund der bei einem Schuldspruch drohenden Landesverweisung wäre der Beizug einer Verteidigung bereits anlässlich der ersten Einvernahme zwingend notwendig gewesen. Die Einvernahme ist daher im Sinne von Art. 131 Abs. 3 StPO unverwertbar und wurde dementsprechend in Nachachtung von Art. 141 Abs. 5 StPO aus den Akten entfernt.

### **E. 3.2**

Aussagen der Geschädigten

#### **E. 3.2.1**

Die Verteidigung rügt in formeller Hinsicht eine Verletzung der Verfahrensrechte des Beschuldigten, namentlich eine Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 32 BV und Art. 6 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 3 lit. d EMRK. Selbige führe zwingend zur Unverwertbarkeit der belastenden Aussagen der Geschädigten B.\_\_\_\_ (Urk. 52 S. S. 2 ff.). Konkret begründet die Verteidigung ihren Standpunkt damit, dass die Geschädigte sämtliche belastenden Aussagen anlässlich der polizeilichen Videobefragung vom 28. Juni 2017 deponiert habe. Bei dieser Befragung sei weder der Beschuldigte noch sein Verteidiger anwesend gewesen. Bei der (parteioffentlichen) Zeugeneinvernahme vom 28. Februar 2018 sei die Geschädigte nicht gewillt gewesen, sich einlässlich zu äussern. Zu den sexuellen Kontakten zwischen ihr und dem Beschuldigten habe sie die Aussage verweigert. Damit habe für den Beschuldigten faktisch keine Möglichkeit bestanden, sein Fragerecht effektiv auszuüben und so die belastenden Aussagen zu hinterfragen bzw. in Zweifel zu ziehen. Die daraus resultierende Beschneidung der diesbezüglichen Verfahrensrechte des Beschuldigten habe die Unverwertbarkeit der belastenden Aussagen in der

- 7 - polizeilichen Befragung vom 28. Juni 2017 zur Folge, da es sich um das einzige bzw. ausschlaggebende Beweismittel handle (Urk. 52 S. 2 ff.).

#### **E. 3.2.2**

Der in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Anspruch des Beschuldigten, einem Belastungszeugen Fragen zu stellen, ist ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Mit der Garantie von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK soll gewährleistet werden, dass bei einem Strafurteil nicht auf Aussagen von Zeugen abgestützt wird, ohne dass dem Beschuldigten wenigstens einmal angemessene und hinreichende Gelegenheit gegeben wird, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Zeugen zu stellen (Urteil des EGMR i.S. Unterpertinger gegen Österreich vom 24. November 1986, Nr. 9120/80, Serie A, Bd. 110, Ziff. 33; BGE 125 I 127 E. 6c/cc S. 135; BGE 129 I 151 E. 3.1; VILLIGER, Handbuch der Europäischen 4 Menschenrechtskonvention, 2. Aufl.,

Zürich 1999, Rz. 477). Dieser Anspruch wird als Konkretisierung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) auch durch Art. 32 Abs. 2 BV gewährleistet (Urteil des Bundesgerichts 1P.650/2000 vom 26. Januar 2001, publ. in: Pra 2001 Nr. 93 S. 545, E. 3b). Ein Abstellen auf Aussagen aus der Voruntersuchung ist grundsätzlich mit Konvention und Bundesverfassung unter Vorbehalt der Wahrung der Verteidigungsrechte vereinbar (Urteil des EGMR i.S. Asch gegen Österreich vom 26. April 1991, Urteil Nr. 12398/86, Serie A, Bd. 203, Ziff. 27; BGE 125 I 127 E. 6c/aa). Damit die Verteidigungsrechte hinreichend gewahrt sind, muss der Beschuldigte in tatsächlicher Hinsicht in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage prüfen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und infrage stellen zu können (BGE 133 I 33 E. 2.2; BGE 131 I 476 E. 2.2; BGE 129 I 151 E. 4.2; je mit Hinweisen). Das kann entweder zum Zeitpunkt erfolgen, zu dem der Belastungszeuge seine Aussage macht, oder auch in einem späteren Verfahrensstadium (BGE 131 I 476 E. 2.2; BGE 125 I 127 E. 6b und 6c/aa mit Hinweisen). Das strenge Erfordernis des Anspruchs auf Befragung von Belastungszeugen erfährt in der Praxis eine gewisse Abschwächung: Es gilt uneingeschränkt nur in all jenen Fällen, bei denen dem streitigen Zeugnis ausschlaggebende Bedeutung

- 8 - zukommt, dieses also den einzigen oder wesentlichen Beweis darstellt (Urteil des EGMR i.S. Delta gegen Frankreich vom 19. Dezember 1990, Nr. 11444/85, Serie A, Bd. 191-A, Ziff. 37; BGE 125 I 127 E. 6c/dd; BGE 124 I 274 E. 5b; BGE 131 I 476, E. 2.2; BGE 129 I 151 E. 3.1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B\_325/2011 vom 22. August 2011, E. 2.2).

### **E. 3.2.3**

Vorliegend ist vorab festzustellen, dass den Aussagen der Geschädigten unzweifelhaft alleinige bzw. ausschlaggebende Bedeutung zukommt (vgl. dazu nachfolgend unter Ziff. III.2.). Damit hat in casu das Recht des Beschuldigten auf Befragung der Belastungszeugin uneingeschränkt zu gelten. Der Beschuldigte war anlässlich der polizeilichen Einvernahme der Geschädigten vom 28. Juni 2017 nicht anwesend. Indessen wurde die gesamte Befragung in Bild und Ton aufgezeichnet, womit der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger die Möglichkeit hatte, diese nachträglich zu visionieren (Urk. 7/1, Urk. 7/3). Anlässlich der zweiten Befragung der Geschädigten als Zeugin in der Einvernahme vom 28. Februar 2018 war der Verteidiger im Nebenraum anwesend, konnte die Befragung mittels Übertragung mitverfolgen und erhielt Gelegenheit, Ergänzungsfragen zu stellen (vgl. Urk. 7/4 S. 3, Urk. 7/6). Die Verteidigung verzichtete dabei auf Ergänzungsfragen (Urk. 7/4 S. 3). Auf formeller Ebene wurde dem Beschuldigten mithin sein Recht auf Befragung gewährt. Im Folgenden verbleibt zu prüfen, ob der Anspruch des Beschuldigten auf Befragung der Belastungszeugin in tatsächlicher Hinsicht durch das Aussageverhalten der Geschädigten verletzt wurde. Solches wäre beispielsweise dann der Fall, wenn ein Belastungszeuge in der parteiöffentlichen Befragung die Aussage gänzlich verweigerte (BGE 131 I 476 E. 2.3.4; Urteil des EGMR i.S. Hümmer gegen Deutschland vom 19. Juli 2012, Nr. 26171/07, Ziff. 43 ff., mit weiteren Hinweisen). Aus der Videoaufzeichnung der Zeugeneinvernahme vom 28. Februar 2018 und ebenso aus dem entsprechenden Befragungsbericht geht hervor, dass die Geschädigte ihre Aussage keineswegs global und apodiktisch verweigerte.

- 9 - So erklärte die Geschädigte zu Beginn der Einvernahme insbesondere, sie könne sich an die erste polizeiliche Befragung erinnern, und bestätigte, damals die Wahrheit gesagt zu haben. Auf entsprechende Nachfrage der befragenden Polizistin wiederholte sie diese Bestätigung (vgl. Urk. 7/6, Videoaufzeichnung, ab 00:01:30 bis 00:02:00 [im

Befragungsbericht vom 1. März 2018, Urk. 7/4, nicht protokolliert]). Zwar zeigte sich im weiteren Verlauf der Befragung deutlich, dass sich die Geschädigte nicht wohl dabei fühlte, Auskunft zu geben, und es ihr widerstrebte, Fragen einlässlich zu beantworten. Dies manifestierte sich insbesondere anhand ihres ausweichenden Gebarens und den äusserst knappen Antworten. Darüber hinaus machte sie nach Möglichkeit, namentlich in Bezug auf sexuelle Handlungen mit dem Beschuldigten, von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch (Urk. 7/4 S. 2, Urk. 7/6, Videoaufzeichnung, ab 00:10:55 bis 00:12:15). Indessen konnte sich die Geschädigte während der Befragung aber auch immer wieder dazu durchringen, konkrete Aussagen zu deponieren, insbesondere wenn eine Frage mehrmals wiederholt, neu formuliert oder nachdrücklich gestellt wurde. Exemplarisch zeigte sich dies bei der Befragung zum Themenkomplex einer allfälligen Kontaktaufnahme durch den Beschuldigten: Während die Geschädigte zunächst keinerlei Anstalten machte, auf die entsprechenden Fragen inhaltlich einzugehen, bewirkte ein erneutes und beharrliches Nachfragen der einvernehmenden Polizistin, dass die Geschädigte schliesslich Aussagen deponierte (Urk. 7/4 S. 2 f., Urk. 7/6, Videoaufzeichnung, ab 00:15:15). Vor diesem Hintergrund kann nicht gesagt werden, die Geschädigte habe in der Zeugeneinvernahme vom 28. Februar 2018 keine Aussagen mehr gemacht. Vielmehr ist anhand des Ausgeführten zu schliessen, dass es (auch) der Verteidigung durchaus möglich gewesen wäre, Fragen zu stellen und die Depositionen der Belastungszeugin in der Befragung vom 28. Juni 2017 damit auch materiell kontradiktorisch in Zweifel zu ziehen. Die von der Verteidigung antizipierte generelle Aussageverweigerung der Geschädigten hält damit näherer Betrachtung nicht stand. Aus dem freiwilligen Verzicht, sein Fragerecht auszuüben, kann der Beschuldigte folglich nichts zu seinen Gunsten ableiten.

- 10 - Nur der Vollständigkeit halber ist ferner darauf hinzuweisen, dass die Garantien von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK besondere Aspekte des in Artikel 6 Ziff. 1 EMRK vorgesehenen Rechts auf ein faires Verfahren sind, wobei die Fairness des Strafverfahrens jeweils in seiner Gesamtheit einzuschätzen ist. Dabei sind die Rechte der Verteidigung, aber auch die Interessen der Allgemeinheit und der Opfer an einer ordnungsgemässen Strafverfolgung zu berücksichtigen (Urteil des EGMR i.S. Hümmel gegen Deutschland vom 19. Juli 2012, Nr. 26171/07, Ziff. 37, mit weiteren Hinweisen). Dies spielt vorliegend deshalb eine Rolle, weil die Zurückhaltung der Geschädigten in Bezug auf eine neuerliche Schilderung massgeblicher Tatumstände in der Zeugeneinvernahme – wie im Sachverhalt noch detailliert dargestellt werden wird (vgl. nachfolgend unter Ziff. III. 2.3.4) – auf eine direkte Einflussnahme des Beschuldigten zurückzuführen ist. Vor dem Hintergrund, dass der Beschuldigte somit das Aussageverhalten der Geschädigten willentlich indiziert hat, erschiene es stossend bzw. nachgerade rechtsmissbräuchlich, daraus eine Verletzung des Rechts auf faires Verfahren abzuleiten.

#### **E. 3.2.4**

Eine Verletzung des Anspruchs auf Konfrontation gemäss Art. 6 EMRK sowie Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 32 Abs. 2 BV ist demzufolge unter sämtlichen Gesichtspunkten zu verneinen. Die beiden Befragungen vom 28. Juni 2017 und 28. Februar 2018 sind entsprechend verwertbar. Dabei ist nicht weiter zu prüfen, ob der ersten Einvernahme ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Die Frage, ob bei ausweichenden, widersprüchlichen Aussagen oder späteren Erinnerungslücken eines Zeugen auf die ersten, in Abwesenheit des Beschuldigten erfolgten Aussagen abgestellt werden kann, betrifft nicht die Verwertbarkeit, sondern ausschliesslich die Beweiswürdigung (vgl.

Urteil des Bundesgerichts 6B\_325/ 2011 vom 22. August 2011, E. 2.3).

### **E. 3.3**

Übrige Beweismittel Mit der Vorinstanz ist im Übrigen festzustellen, dass die weiteren Beweismittel – beinhaltend insbesondere die Zeugenaussagen der Eltern der Geschädigten, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, sowie der ... [Funktion] der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bülach Nord, E.\_\_\_\_\_ – korrekt abgenommen und damit ohne

- 11 - Weiteres verwertbar sind. Anderes wurde denn auch von der Verteidigung nicht geltend gemacht. III. Sachverhalt 1. Anklagevorwurf

### **E. 4**

Mit Präsidialverfügung vom 2. April 2019 wurde der Staatsanwaltschaft eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist zur Erklärung der Anschlussberufung angesetzt (Urk. 45 S. 2). Ferner wurde dem Beschuldigten Frist zur Einreichung des Datenerfassungsblattes sowie weiterer Unterlagen angesetzt (Urk. 45 S. 2). Die Staatsanwaltschaft liess sich innert Frist nicht vernehmen. Das einverlangte Datenblatt wurde seitens des Beschuldigten innert (erstreckter) Frist am 30. April 2019 eingereicht (Urk. 47, Urk. 48).

- 5 -

### **E. 4.1**

Bezüglich der Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges kann vollumfänglich auf das vorinstanzliche Urteil verwiesen werden. Die massgeblichen Gesetzesbestimmungen von Art. 42 Abs. 1 und 2 aStGB wurden zutreffend wiedergegeben und die herrschende Praxis hierzu korrekt zusammengefasst (Urk. 40 S. 25).

### **E. 4.2**

Vorliegend sind die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges erfüllt, da eine Freiheitsstrafe von unter 2 Jahren ausgefällt wird (Art. 42 Abs. 1 aStGB) und der Beschuldigte in den letzten 5 Jahren keine Vorstrafe im Sinne von Art. 42 Abs. 2 aStGB aufweist. Damit wird die günstige Prognose als subjektive Voraussetzung der bedingten Strafe vermutet. Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt, dass die Vorstrafen zwar nicht den Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 StGB entsprechen. Da sich der Beschuldigte indessen trotz dieser Vorstrafen sowie des Wissens um die Strafbarkeit seines Verhaltens und trotz des deutlichen Widerstandes der Eltern der Geschädigten sowie der diversen Hinweise der KESB nicht von weiterer Delinquenz abhalten lassen, sei ihm eine ungünstige Prognose zu stellen und entsprechend ein unbedingter Strafvollzug angezeigt (Urk. 40 S. 25 f.). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Zwar ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der Beschuldigte in den letzten Jahren drei Vorstrafen erwarbte. Diese sind indessen nicht einschlägig. Zudem ergingen sämtliche Vorstrafen als Strafbefehle. Der Beschuldigte musste sich somit bisher noch nie vor einem Strafgericht verantworten. Darüber hinaus wurden sämtliche bisher abgeurteilten Strafhandlungen des Beschuldigten mit Geldstrafen und Bussen geahndet, der Beschuldigte sah sich dementsprechend noch nie mit einer Verurteilung zu Freiheitsstrafe konfrontiert. Kommt hinzu, dass der Beschuldigte die Geldstrafen mittlerweile als Ersatzfreiheitsstrafen verbüsst (vgl. Urk. 44), mithin erstmals während längerer Zeit einen Freiheitsentzug gewärtigen musste. Der diesbezügliche Strafvollzug erfolgte nach der vorliegend zu beurteilenden Tatbegehung.

- 26 - Es ist davon auszugehen, dass der als Folge der Untersuchungshaft sowie der Umwandlung der Geld- in Ersatzfreiheitsstrafen bereits erlittene Freiheitsentzug, ebenso der Umstand, dass für die heute zu beurteilenden Taten erstmals eine Freiheitsstrafe auszusprechen ist, den Beschuldigten genügend beeindrucken werden, um ihn von weiterer Delinquenz abzuhalten.

#### **E. 4.3**

Der Vollzug der Freiheitsstrafe ist demzufolge im Sinne einer letzten Chance in Abänderung des vorinstanzlichen Urteils aufzuschieben. Um den verbleibenden Bedenken hinsichtlich des künftigen Wohlverhaltens des Beschuldigten angemessen Rechnung zu tragen, ist die Probezeit auf 4 Jahre festzusetzen. VI. Massnahmen 1. Tätigkeitsverbot

#### **E. 5**

Demzufolge ist der Beschuldigte – wie bereits von der Vorinstanz zutreffend gewürdigt (Urk. 40 S. 19 f.) – der mehrfachen sexuellen Handlung mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

- 21 - V. Sanktion 1. Anwendbares Recht Seit dem 1. Januar 2018 ist das revidierte Sanktionsrecht in Kraft (AS 2016 1249, BBl 2012 4721). Der Beschuldigte beging die vorgeworfenen Taten damit vor Inkrafttreten des neuen Rechts. Gemäss dem geltenden Prinzip der "lex mitior" ist das neue Recht in dieser Konstellation nur anwendbar, wenn es für den Beschuldigten das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB). Bei der Beurteilung der lex mitior wird die konkrete Methode angewendet. Während nach altem Recht die Ausfällung einer Geldstrafe von einem bis zu 360 Tagessätzen möglich war (Art. 34 Abs. 1 aStGB), ist nach neuem Recht nur noch eine Geldstrafe von drei bis 180 Tagessätzen zulässig (Art. 34 Abs. 1 StGB). Nach altem Recht war zudem eine Freiheitsstrafe unter 6 Monaten nur ausnahmsweise zulässig, wenn der bedingte Strafvollzug ausser Betracht fiel und eine Geldstrafe aller Voraussicht nach nicht vollzogen werden könnte (Art. 41 Abs. 1 aStGB; BGE 134 IV 60 E. 3.1). Mit der Revision wurde die Möglichkeit von kurzen (bedingten oder unbedingten) Freiheitsstrafen wieder eingeführt (BBl 2012 4721 ff.). Damit erweist sich das alte Recht mit Blick auf die Möglichkeit höherer Geldstrafen sowie der nur ausnahmsweisen Zulässigkeit kurzer Freiheitsstrafen in grundsätzlicher Hinsicht als milder. Wie nachfolgend unter Ziff. V.2.6 gezeigt werden wird, ist vorliegend eine Freiheitsstrafe von über 6 Monaten auszufällen, was sowohl nach altem, wie auch nach neuem Recht möglich war. Damit erweist sich das neue Recht in Anwendung der konkreten Methode als für den Beschuldigten nicht milder, weshalb das alte Recht zur Anwendung gelangt. 2. Strafzumessung

#### **E. 8**

Monaten Freiheitsstrafe.

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