

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110279-O/U/pb/cs

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Vorsitzender, lic. iur. Burger und die Oberrichterin Dr. Janssen sowie der juristische Sekretär Dr. Bischoff

Urteil vom 6. September 2011

in Sachen

A._____, geboren tt.mm.1995,
Geschädigte und Appellantin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X._____

sowie

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, vertreten durch Leitende Staatsanwältin
Dr. Frauenfelder Nohl, Stauffacherstr. 55, Postfach, 8026 Zürich,
Anklägerin und Appellantin

gegen

B._____, geboren tt.mm.1991,
Angeklagter und Appellat

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **sexuelle Handlungen mit Kindern**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich,
2. Abteilung, vom 3. November 2010 (DG100449)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 8. September 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 18).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Angeklagte B. _____ wird freigesprochen.
2. Auf das Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren der Geschädigten A. _____ wird nicht eingetreten.
3. Dem Angeklagten wird eine Entschädigung von Fr. 2'000.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
4. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz; die übrigen Kosten (Untersuchungs- und Gerichtsverfahren sowie amtliche Verteidigung und unentgeltliche Geschädigtenvertretung) werden auf die Gerichtskasse genommen.

Die weiteren Auslagen betragen:

Fr.	Kosten der Kantonspolizei
Fr.	Kanzleikosten Untersuchung
Fr.	Auslagen Untersuchung
Fr.	amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr.	amtliche Verteidigung
Fr.	8'523.55 unentgeltliche Geschädigtenvertretung

Berufungsanträge:

a) der Vertreterin der Geschädigten:

(Urk. 75, S. 1 f.)

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. November 2010 sei vollumfänglich aufzuheben und der Angeklagte sei im Sinne der Anklage schuldig zu sprechen;
2. Der Angeklagte sei zu Schadenersatz- und Genugtuungsleistungen an die Geschädigte entsprechend deren Anträgen vor Vorinstanz zu verpflichten;
3. Sämtliche Verfahrenskosten seien dem Angeklagten aufzuerlegen.

b) der Vertreterin der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:

(Urk. 59)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

c) des amtlichen Verteidigers des Angeklagten:

(Urk. 76, S. 2)

1. Die Berufung der Geschädigten und Appellantin A. _____ sei abzuweisen, und es sei das vorinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 3. November 2010 (Prozess-Nr. DG100449) vollumfänglich zu bestätigen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens inkl. diejenigen der amtlichen Verteidigung des Angeklagten und Appellanten seien der Geschädigten und Appellantin aufzuerlegen.

Das Gericht erwägt:

I.

(Prozessgeschichte und Prozessuales)

1. a) Das Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, sprach den Angeklagten B. _____ mit Urteil vom 3. November 2010 vom Vorwurf der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, eventualiter i.V.m. Art. 187 Ziff. 4 StGB, frei. Demzufolge trat die Vorinstanz auf die Zivilforderungen der Geschädigten A. _____ nicht ein und wurden die Kosten des Untersuchungs- und Gerichtsverfahrens auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 67, S. 22).

b) Gegen dieses Urteil liess die Geschädigte innert Frist Berufung anmelden (Urk. 50). Gleiches tat die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 8. November 2010 (Urk. 51), wobei sie ihre Berufung mit Eingabe vom 2. Februar 2011 wieder zurückzog (Urk. 59), wovon vorab mit Beschluss Vormerk zu nehmen ist.

Mit Eingabe vom 14. Februar 2011 liess die Geschädigte ihre Beanstandungen nennen (Urk. 60). Die Berufung richtet sich gegen den Freispruch des Angeklagten.

Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung stellten die Parteien die eingangs genannten Anträge (Prot. II, S. 4 f.).

2. Seit 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Strafprozessordnung und als entsprechendes Ausführungsgesetz das kantonale Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) in Kraft. Gemäss Art. 453 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung werden Rechtsmittel gegen Entscheide, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes gefällt worden sind, nach bisherigem Recht beurteilt. Im vorliegenden Berufungsprozess gelangen somit die Normen der bisherigen kantonalen Strafprozessordnung (ZH-StPO) und des kantonalen Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) zur Anwendung.

II.

(Sachverhalt und rechtliche Würdigung)

1. a) Die Staatsanwaltschaft wirft dem Angeklagten sexuelle Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB vor, wobei als Eventualanklage eine fahrlässige Tatbegehung im Sinne von Art. 187 Ziff. 4 StGB geltend gemacht wird (Urk.18).

b) Der Angeklagte hat den eingeklagten Sachverhalt sowohl in der Strafuntersuchung als auch anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung und in der heutigen Berufungsverhandlung in objektiver Hinsicht vollumfänglich eingestanden (Urk. 6/1, S. 4; Urk. 6/2, S. 3; Urk. 6/5, S. 6; Urk. 43, S. 3; Prot. I, S. 7 f.; Prot. II, S. 10). Da sich sein diesbezügliches Geständnis mit dem übrigen Untersuchungsergebnis deckt, ist der Sachverhalt in objektiver Hinsicht rechtsgenügend erstellt.

Strittig geblieben ist der Sachverhalt einzig in subjektiver Hinsicht, nämlich ob der Angeklagte gewusst hat, dass die Geschädigte zum Tatzeitpunkt noch nicht 16 Jahre alt war, bzw. ob er dies bei pflichtgemässer Vorsicht hätte wissen müssen (Urk. 6/5, S. 6; Urk. 43, S. 3; Prot. I, S. 8 ff.; Prot. II, S. 10 ff.).

Zunächst ist der Hauptvorwurf der vorsätzlichen Tatbegehung zu behandeln.

2. a) Die Vorinstanz hat die subjektiven Tatbestandselemente zutreffend dargelegt. Ausserdem hat sie die Grundsätze der Beweiswürdigung richtig erläutert und die Aussagen des Angeklagten, der Geschädigten sowie der als Zeugen bzw. Auskunftspersonen befragten Personen (C.____, Urk. 8/2; D.____, Urk. 8/5; E.____, Urk. 8/7; F.____, Urk. 8/9) korrekt zusammengefasst wiedergegeben. Auf die entsprechenden Ausführungen in den vorinstanzlichen Erwägungen kann verwiesen werden (§ 161 GVG; Urk. 67, S. 6 – 9).

b) Im Rahmen ihrer Beweiswürdigung kam die Vorinstanz zum Schluss, es sei unbestritten, dass die Geschädigte dem Angeklagten und E.____ an einem Abend im November 2009 im ...-Bus ihr Alter mitgeteilt habe. Was die genaue Altersangabe anbelange, würden die Aussagen der Geschädigten, des Angeklagten und E.____s jedoch auseinander gehen. Auch ergebe sich aus den Aussagen der am Abend des 20. Dezembers 2009 Anwesenden nicht klar und

eindeutig, ob dann nochmals über das Alter der Geschädigten gesprochen und welche Altersangabe dabei gemacht worden sei. Aufgrund der nicht zu beseitigenden Zweifel an den widersprüchlichen Aussagen der Beteiligten, wonach die Geschädigte 14 oder 15 Jahre alt gewesen sein solle, sei zu Gunsten des Angeklagten davon auszugehen, dass er das wirkliche Alter der Geschädigten im Zeitpunkt der Vornahme der sexuellen Handlungen nicht gekannt habe, sondern dass er aufgrund des Gesprächs im November 2009 davon ausgegangen sei, sie sei 16 Jahre alt (Urk. 67, S. 10).

Die Vorinstanz verneinte somit ein (eventual-)vorsätzliches Handeln des Angeklagten.

c) Die Geschädigte lässt in ihren Beanstandungen vorbringen, bei richtiger Beweiswürdigung sei davon auszugehen, dass es dem Angeklagten sehr wohl bewusst gewesen sei bzw. dass er bei pflichtgemässer Vorsicht zumindest hätte erkennen müssen, dass er mit einem weniger als 16 Jahre alten Mädchen sexuell verkehrt habe. Es könne entgegen der Vorinstanz nicht einfach auf die Aussagen des Angeklagten abgestellt werden. Der Angeklagte habe gleich drei Varianten zu Protokoll gegeben, wieso er geglaubt habe, die Geschädigte sei 16 Jahre alt. Diesbezüglich verweist die Geschädigtenvertretung auf die Aussagen des Angeklagten in der ersten polizeilichen Einvernahme vom 22. Januar 2010 (Urk. 6/1). Die Vorinstanz übersehe ferner, dass auch die Kollegen des Angeklagten bestätigt hätten, dass das Alter der Mädchen (d.h. der Geschädigten und der ebenfalls anwesenden C._____) vor den sexuellen Handlungen ein Thema gewesen sei, weshalb davon auszugehen gewesen wäre, dass diese dem Schutzalter noch nicht entwachsen seien (Urk. 60, S. 2).

D.____ sei davon ausgegangen, dass die Geschädigte 15 oder 16 Jahre alt gewesen sei (Verweis auf Urk. 8/3, S. 1 und 4, und auf Urk. 8/4, S. 8). F.____ habe bestätigt, dass über das Alter der Mädchen gesprochen worden sei und dass er diesbezüglich die Zahl 15 im Kopf habe (Verweis auf Urk. 8/8, S. 3, und auf Urk. 8/9, S. 3). Es sei sodann kein Motiv ersichtlich, wieso die Geschädigte ihr Alter hätte falsch angeben sollen. Und erst recht sei nicht einzusehen, wieso D.____ und F.____, die dem Angeklagten nahe stünden, in diesem Punkt falsch aussagen sollten. Insbesondere sei zu beachten, dass sich D.____ ange-

sichts seiner eigenen sexuellen Handlungen mit C._____ mit seiner Aussage selbst eines strafbaren Verhaltens bezichtigt habe (Urk. 60, S. 3).

d) aa) Der Angeklagte machte in seinen Aussagen geltend, er habe gemeint, die Geschädigte sei 16 Jahre alt gewesen (Urk. 6/1, S. 3; Urk. 6/2, S. 2 und 4; Urk. 6/5, S. 2 f.; Prot. I, S. 8, Prot. II, S. 10 ff.). Sie habe sich mit diesem Alter bei ihm vorgestellt. Er habe von seinem Kollegen E._____ gewusst, dass die Geschädigte 16 Jahre alt gewesen sei. Er könne sich gut daran erinnern, wie dieser die Geschädigte nach ihrem Alter gefragt habe, als sie zusammen im ...-Bus gefahren seien. Sie habe zu 100 % nicht gesagt, sie sei erst 14 Jahre alt. Diese Begebenheit habe sich ca. im November 2009, mithin einige Wochen vor dem Tatzeitpunkt, zugetragen, und zwar an einem Abend, ca. um 22:00 Uhr (Urk. 6/2, S. 2; Urk. 6/5, S. 4). Er kenne die gesetzliche "3-Jahre-Regel" bzw. das Schutzalter. Aber er habe gemeint, die Geschädigte sei 16 Jahre alt gewesen, was sie seinem Kollegen E._____ so gesagt habe. Es sei ihr Fehler, wenn sie falsche Sachen über sich erzähle. Da sie E._____ gegenüber gesagt habe, sie sei 16 Jahre alt, habe er nicht noch einmal nachgefragt (Urk. 6/1, S. 4; Urk. 6/2, S. 4; Urk. 6/5, S. 2). Die Geschädigte habe ja auch nicht wie eine 14-Jährige ausgesehen. Er habe die Geschädigte auf 16 Jahre geschätzt (Urk. 6/2, S. 4). Ihr Alter sei am Abend des 20. Dezembers 2009 kein Thema mehr gewesen bzw. er habe von einer solchen Diskussion nichts mitbekommen (Urk. 6/5, S. 1 f.). Das Alter der Geschädigten habe er erst im Polizeiauto auf einem Blatt gesehen. Als eine Polizistin ihm das Alter bzw. Geburtsdatum der Geschädigten gezeigt habe, sei er ziemlich schockiert gewesen (Urk. 6/5, S. 3).

bb) Die Geschädigte sagte demgegenüber aus, dass sie anlässlich der Begegnung im ...-Bus im November 2009 dem Angeklagten und E._____ gesagt habe, sie sei 14 Jahre alt, was beide gehört hätten. Daraufhin hätten der Angeklagte und E._____ denn auch erstaunt reagiert und bemerkt, sie hätten nicht gedacht, dass sie erst 14 Jahre alt sei. Sie hätten sie eher 16 oder 17 Jahre alt geschätzt. Die Geschädigte habe sich daraufhin bedankt, weil es für sie positiv sei, wenn man sie älter schätze. Auf die Frage der Polizeibeamtin, ob sie sicher sei, dass sie gesagt habe, sie sei 14 Jahre alt, antwortete die Geschädigte, sie lüge nie beim Alter, sie sage immer die Wahrheit. Sie habe ja nichts davon, wenn sie

sich älter mache. Ihr sei es eben egal, entweder nehme man sie bezüglich ihres Alters so wie sie sei oder gar nicht (Urk. 7/1, S. 25; Urk. 7/5, S. 4 f.). In der Wohnung habe niemand mehr nach ihrem Alter gefragt. Auch "oben" hätten sie nicht mehr über das Alter gesprochen (Urk. 7/1, S. 25; Urk. 7/5, S. 11).

cc) C._____, die am Tatabend ebenfalls in der Wohnung "G._____" anwesend war, sagte aus, sie habe sich am Abend des 20. Dezembers 2009 vorgestellt sowie ihren Namen und ihr Alter, 14 Jahre, genannt. Das Alter der Geschädigten sei an diesem Abend ebenfalls ein Thema gewesen, sie habe ebenfalls gesagt, sie sei 14 Jahre alt (Urk. 8/2, S. 6 f.).

dd) D._____, der am Tatabend ebenfalls in der Wohnung "G._____" anwesend war, führte in der polizeilichen Einvernahme vom 20. Januar 2010 aus, er wisse nicht, wie alt die Mädchen gewesen seien, er denke 15 oder 16 Jahre alt. Sie hätten dies so gesagt. Über ihr Alter sei am Abend des 20. Dezembers 2009 nicht gesprochen worden. In der Zeugeneinvernahme vom 10. Februar 2010 sagte er hingegen, es könne sein, dass die Mädchen ihr Alter an jenem Abend erwähnt hätten, aber er habe es jedenfalls nicht gehört. Normalerweise spreche man über das Alter, wenn man sich kennenlerne. Er könne aber garantieren, dass niemand gewusst habe, dass sie erst 14 Jahre alt gewesen seien. Er könne sich irgendwie erinnern, dass sie gesagt hätten, sie seien 16 oder 17 Jahre alt (Urk. 8/3, S. 1; Urk. 8/5, S. 5 f.).

ee) E._____ sagte aus, das Alter der beiden Mädchen sei am Abend des 20. Dezembers 2009 in der Wohnung "G._____" nicht zur Sprache gekommen, da sie es ja bereits gewusst hätten (Urk. 8/7, S. 9). Aber zuvor, d.h. im November 2009, als er und der Angeklagte die Geschädigte im ...-Bus getroffen hätten, habe er sie einmal gefragt, wie alt sie sei. Die Geschädigte habe damals gesagt, sie sei 16 Jahre alt. Er wisse nicht, ob der Angeklagte das gehört habe, wahrscheinlich schon. Er könne sich jedoch daran erinnern, wie der Angeklagte und er danach darüber gesprochen hätten und wie er dem Angeklagten gesagt habe, dass die Geschädigte 16 Jahre alt sei (Urk. 8/6, S. 6; Urk. 8/7, S. 2).

ff) F._____, dessen Eltern die Mieter der Wohnung "G._____" sind, führte aus, das Alter der Mädchen sei am Abend des 20. Dezembers 2009 kein Thema gewesen. Beide Mädchen hätten ihr Alter indes irgendwann an jenem Abend er-

wähnt. Er könne es aber nicht mehr genau sagen, er habe 15 Jahre im Kopf (Urk. 8/8, S. 3; Urk. 8/9, S. 3).

e) Bei der Würdigung der Aussagen des Angeklagten ist zu berücksichtigen, dass er nicht unter Strafdrohung zu wahrheitsgemässen Aussagen verpflichtet ist und als direkt vom vorliegenden Strafverfahren Betroffener ein – insoweit legitimes – Interesse daran hat, die Geschehnisse in einem für ihn günstigen Licht darzustellen. Seine Aussagen sind demnach mit besonderer Vorsicht zu würdigen.

Auch bei der Würdigung der Aussagen von D._____, E._____ und F._____ ist eine gewisse Vorsicht am Platz, da sie Freunde des Angeklagten sind und teilweise selber direkt in die Vorgänge vom 20. Dezember 2009 involviert waren.

Jedoch ist auch bei der Würdigung der Aussagen der Geschädigten und C._____s zu berücksichtigen, dass sie ein erhebliches Interesse am Ausgang des Verfahrens haben und deshalb versucht sein könnten, eine erfolgte Falschangabe ihres Alters zu bestreiten, um sich selber nicht in ein ungünstiges Licht zu rücken. Bei der Geschädigten könnte diesbezüglich auch Rücksicht gegenüber ihrer alleinerziehenden Mutter ein Motiv sein, zumal aus der Videobefragung hervorgeht, dass sie ihrer Mutter über den Vorfall zunächst gar nichts erzählt hatte. Als Grund hierfür gab sie an, dass ihre Mutter sie nie mehr hinauslassen und nicht mehr ruhig schlafen würde, "bis denä Typä nöd öppis passiert isch" (vgl. Urk. 7/1, S. 22). Diese Interessenlage gilt bezüglich der bestrittenen Altersangabe nach wie vor, auch wenn es im Zeitpunkt der Videobefragungen noch primär um den Vorwurf der Vergewaltigung ging.

f) Entgegen den Ausführungen der Geschädigtenvertreterin gab der Angeklagte nicht drei verschiedene Varianten zu Protokoll, wieso er geglaubt habe, die Geschädigte sei 16 Jahre alt (vgl. Urk. 60, S. 2). Vielmehr geht aus der ersten polizeilichen Befragung des Angeklagten hervor, dass er mit seinen Aussagen die Begegnung zwischen ihm und E._____ einerseits sowie mit der Geschädigten andererseits im ...-Bus schilderte. Auf die Frage, ob er die Geschädigte damals nach ihrem Alter gefragt habe, antwortete er: "Nicht ich. Aber ich wusste es von E._____, als wir zusammen im ...-Bus fuhren (das ist schon eine Weile her), fragte E._____ A._____, wie alt sie ist. Sie sagte dazumal, sie sei 16 Jahre alt. Daran

kann ich mich gut erinnern". Bei dieser Darstellung blieb der Angeklagte; er bestätigte sie auch anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung sowie in der Berufungsverhandlung (Prot. I, S. 8; Prot. II, S. 10 ff.). Von einem widersprüchlichen Aussageverhalten kann somit nicht gesprochen werden.

Ebenfalls unbehelflich ist die Argumentation der Geschädigtenvertreterin, wonach D._____ davon ausgegangen sei, dass die Geschädigte 15 oder 16 Jahre alt gewesen sei. In den Befragungen verneinte D._____ jeweils die Frage, ob er gewusst habe, wie alt die Geschädigte und C._____ gewesen seien, und äusserte er stets nur die Vermutung, dass sie 15 oder 16 Jahre alt gewesen seien. In der polizeilichen Befragung vom 22. Januar 2010 wurde zwar protokolliert, D._____ habe auf entsprechende Frage geantwortet, er wisse nicht, wie alt die Mädchen gewesen seien, er denke 15 oder 16 Jahre alt. Sie hätten dies so gesagt. Die darauffolgende explizite Frage des Polizeibeamten, ob über das Alter der Mädchen gesprochen worden sei, verneinte D._____ jedoch. Im weiteren Verlauf der polizeilichen Befragung, später vor der Jugendanwaltschaft sowie auch als Zeuge äusserte er wiederum nur Vermutungen über das Alter der Mädchen und verneinte klar, dass er mit den Mädchen über deren Alter gesprochen habe (Urk. 8/3, S. 1 und 4 f.; Urk. 8/4, S. 8). Als Zeuge gab er zu Protokoll, es könne sein, dass die Mädchen am Tatabend ihr Alter erwähnt hätten, er habe es aber nicht gehört. Normalerweise spreche man über das Alter, wenn man sich kenne. Er könne aber garantieren, dass niemand gewusst habe, dass die Mädchen 14 Jahre alt gewesen seien. Er könne sich irgendwie erinnern, dass sie 16 oder 17 gesagt hätten (Urk. 8/5, S. 5 f.). Aus diesen eher vagen Aussagen von D._____ lässt sich jedenfalls nichts zum Nachteil des Angeklagten ableiten.

Ebenso wenig ist dies aufgrund der Aussagen von F._____ möglich. Dieser antwortete in der polizeilichen Befragung auf die Frage, ob er wisse, wie alt die Mädchen gewesen seien, er glaube so um die 15 Jahre. Die Mädchen hätten es am Abend gesagt, aber er könne das nicht mehr genau sagen. Die darauffolgende Frage, ob das Alter der Mädchen in irgendeinem Augenblick des Abends vom 20. Dezember 2009 ein Thema gewesen sei, verneinte F._____, um dann sogleich zu ergänzen, wann genau die beiden Mädchen ihr Alter erwähnt hätten, könne er nicht sagen. Es sei irgendwann an diesem Abend gewesen (Urk. 8/8, S.

3). Als Zeuge gab er dann zu Protokoll, die Mädchen hätten an jenem Abend ihr Alter mitgeteilt. Er sei sich jedoch nicht mehr sicher, was sie gesagt hätten, er denke so um die 15 Jahre (Urk. 8/9, S. 3).

Zunächst ist festzuhalten, dass die Aussagen, wonach am Tatabend das Alter der Mädchen erwähnt worden sei, der Darstellung der Geschädigten selber widersprechen (vgl. Urk. 7/5, S. 11). Es lässt sich somit nicht ausschliessen, dass sich allfällige diesbezügliche Wahrnehmungen durch D._____ und F._____ auf C._____ bezogen, die ihrerseits davon sprach, ihr Alter am Tatabend erwähnt zu haben. Ausserdem kann den Aussagen von D._____ und F._____ nicht entnommen werden, dass auch der Angeklagte solche allfälligen Äusserungen der Mädchen bzw. der Geschädigten mitbekommen hätte, was angesichts der Anwesenheit von insgesamt sechs Personen in der betreffenden Wohnung auch nicht ohne Weiteres anzunehmen wäre. Die Aussagen von D._____ und F._____ sind jedenfalls nicht geeignet, die Darstellung des Angeklagten (und diejenige der Geschädigten selber) zu widerlegen, wonach das Alter der Geschädigten am Tatabend kein Thema gewesen sei.

Schliesslich erscheint es entgegen der Auffassung der Geschädigtenvertreterin nicht so, dass bei der Geschädigten keinerlei Motive für ein Falschangabe ihres Alters anlässlich der Begegnung mit dem Angeklagten und E._____ im November 2009 ersichtlich wären. Die Geschädigte selber machte in der Videobefragung klar, dass es für sie positiv sei, älter auszusehen bzw. als älter zu gelten, als sie tatsächlich sei (Urk. 7/5, S. 5). Somit ist es auch von der Motivlage her zumindest nicht abwegig, dass sie sich gegenüber dem Angeklagten als älter ausgegeben haben könnte, als sie tatsächlich war.

g) Da somit die Sachverhaltsdarstellungen des Angeklagten durch die übrigen Aussagen nicht widerlegt werden können bzw. die Aussagen der Geschädigten nicht eindeutig glaubhafter sind, ist zu Gunsten des Angeklagten davon auszugehen, dass er das wirkliche Alter der Geschädigten im Zeitpunkt der Vornahme der sexuellen Handlungen nicht gekannt hat, sondern dass er aufgrund des Gesprächs im November 2009 davon ausgegangen ist, sie sei 16 Jahre alt gewesen. Es kann somit nicht nachgewiesen werden, dass der Angeklagte wusste oder in Kauf nahm, dass die Geschädigte im Tatzeitpunkt noch nicht 16 Jahre

alt war. Der Vorsatz bzw. Eventualvorsatz in Bezug auf das Alter der Geschädigten lässt sich mithin nicht rechtsgenügend erstellen, weshalb der Angeklagte mangels Erfüllung des subjektiven Tatbestandes vom Vorwurf der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB freizusprechen ist.

3. Zu prüfen bleibt, ob der Angeklagte seinen Irrtum bezüglich des Alters der Geschädigten bei pflichtgemässer Vorsicht hätte vermeiden können bzw. ob er sich der fahrlässigen Tatbegehung im Sinne von Art. 187 Ziff. 4 StGB strafbar gemacht hat.

a) Die Vorinstanz hat die Tatbestandselemente von Art. 187 Ziff. 4 StGB sowie die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an die Sorgfaltspflicht zutreffend wiedergegeben, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen in den vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden kann (§ 161 GVG; Urk. 67, S. 10 – 12).

Hervorzuheben ist, dass bei der Bemessung des Sorgfaltsinhalts das Erscheinungsbild des Opfers, seine körperliche Reife und seine Reaktionen auf Erkundigungen des Täters, aber auch dessen persönliche Verhältnisse sowie die gesamten Umstände der Bekanntschaft zu berücksichtigen sind. Es genügt, wenn sich der Täter in situationsadäquater Weise darum bemüht hat, das wahre Alter des Opfers in Erfahrung zu bringen (DONATSCH, Strafrecht III, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, S. 467 f.). Nach BGE 119 IV 138 verletzt ein 20-jähriger Mann seine Sorgfaltspflicht nicht, wenn er unter den Umständen einer "Jugendliebe" nach mehrmaligem Fragen nach dem Alter des Geschlechtspartners auf die erhaltene (falsche) Antwort vertraut und keine weiteren Abklärungen über das Alter des "Opfers" trifft. Somit handelt ein nur wenige Jahre älterer Beteiligter nicht fahrlässig, wenn er aufgrund der erwachsen wirkenden, äusseren Erscheinung des "Opfers" (z.B. aufgrund von Grösse, Gesichtszügen, körperlicher Entwicklung etc.) sowie aufgrund von dessen Aussagen schliesst, das "Opfer" sei über 16 Jahre alt (BASLER KOMMENTAR, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 187 N 21).

b) Die Vorinstanz ist anhand der von ihr geprüften Kriterien zum Schluss gekommen, dass der Angeklagte keine Sorgfaltspflichtverletzung begangen habe.

aa) Insbesondere sei der Umstand, dass der Angeklagte nach der ersten Begegnung mit der Geschädigten im Bus kein zweites Mal nach ihrem Alter ge-

fragt habe, nicht zu seinem Nachteil auszulegen, da der Verzicht auf ein weiteres Nachfragen gerade die feste Überzeugung des Angeklagten in die Richtigkeit seiner Vorstellung über das Alter der Geschädigten widerspiegeln, zumal ein wiederholtes Nachfragen ja auch dahingehend gewertet werden könne, dass der Fragende Zweifel am wirklichen Alter der befragten Person habe. Indem der Angeklagte ausdrücklich nicht weiter nachgefragt und später wiederholt vorgebracht habe, es sei ihm gar nicht erst in den Sinn gekommen, das Alter der Geschädigten zu hinterfragen, bringe er zum Ausdruck, dass es für ihn keinerlei Zweifel an der Richtigkeit seiner Vorstellung über das Alter der Geschädigten gegeben habe (Urk. 67, S. 14 ff.).

Diese Ausführungen der Vorinstanz sind durchaus vertretbar und nicht zu beanstanden.

bb) Bezüglich des Aussehens der Geschädigten erwog die Vorinstanz, dass deren äusseres Erscheinungsbild beim Angeklagten keine erheblichen Zweifel an seiner Vorstellung von ihrem Alter hätte wecken müssen, sondern dass es vielmehr den Schluss zugelassen habe, dass die Geschädigte 16 Jahre alt gewesen sei. Als Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen an, dass der Angeklagte die Geschädigte lediglich ein erstes Mal an einem Abend im November 2009 im Bus und das zweite Mal an besagtem 20. Dezember 2009 im Ausgang gesehen habe. Im Ausgang habe die Geschädigte aufgrund ihrer Aufmachung und der aufgetragenen Schminke wohl älter ausgesehen, als sie tatsächlich gewesen sei. Es sei ohne weiteres davon auszugehen, dass sie im Ausgang nicht wie ein Kind, sondern möglichst wie eine junge Frau habe wahrgenommen und behandelt werden wollen. Der Angeklagte habe nicht die Gelegenheit gehabt, die Geschädigte in einem anderen Umfeld zu erleben und zu beurteilen, ob ihr Alter wirklich ihrem Äusseren entspreche. Die vom Verteidiger eingereichten Fotos der Geschädigten aus "Facebook" und von verschiedenen anderen Websites (Urk. 45/1-6) würden denn auch bestätigen, dass die Geschädigte im Ausgang deutlich älter aussehe, als sie wirklich sei, und dass sie sich auch nicht so benehme, wie man es von einer unter 16-jährigen Person erwarten würde. Das Aussehen der Geschädigten habe ausserdem nicht nur beim Angeklagten, sondern auch bei seinem Kollegen D._____ (Urk. 8/4, S. 8) sowie offensichtlich auch bei

Türstehern oder Clubbesitzern den Eindruck erweckt, die Geschädigte sei bereits über 16 Jahre alt (Urk. 67, S. 14 f.).

Das Aussehen der Geschädigten im relevanten Zeitraum lässt sich anhand der auf DVD aufgezeichneten Videobefragungen wenige Wochen nach dem Vorfall vom 20. Dezember 2009, aber auch anhand der von der Verteidigung eingereichten Fotos aus "Facebook" und von den Websites "tilllate.com" bzw. "partyguide.ch" feststellen (Urk. 45/4-6). Insbesondere anhand der letzteren Aufnahmen ist ersichtlich, dass die Geschädigte im Ausgang keineswegs das Aussehen einer 14-Jährigen hatte, sondern so aufgemacht war, dass sie in Kombination mit ihrer bereits weit fortgeschrittenen körperlichen Entwicklung um etliche Jahre älter wirkte. Ihr Auftreten war denn auch von der Körperhaltung und dem gezeigten Selbstbewusstsein her durchaus geeignet, sie wesentlich älter zu schätzen, als es ihrem tatsächlichen Alter entsprach. Dazu kommt, dass die Geschädigte offenbar grossgewachsen ist, wie dem Bericht der Videobefragung vom 15. Januar 2010 zu entnehmen ist (Urk. 7/3). Eines der Fotos trägt überdies die Bezeichnung "Double House mit ... ab 16 Jahren, Fr tt.mm.2010, ..." (Urk. 45/6, S. 1). Damit ist zumindest ein Indiz dafür gegeben, dass die Geschädigte entgegen ihren eigenen Angaben in der Videobefragung ihr Alter möglicherweise nicht immer wahrheitsgemäss angab und sich in einer Umgebung bewegte, in der normalerweise keine 14-jährigen Kinder zu finden sind. Und mit Sicherheit ist es auch ein weiteres Indiz für ihr reifes Aussehen und Auftreten. Die erste Begegnung zwischen dem Angeklagten und der Geschädigten im Bus fand ca. um 22:00 Uhr statt, wobei die Geschädigte alleine unterwegs war. Auch die Vorgänge am 20. Dezember 2009 fanden im Rahmen spätabendlicher Aktivitäten statt. Beide Umstände sind alles andere als geeignet, um beim Angeklagten Zweifel an seiner Vorstellung über das Alter der Geschädigten zu wecken. Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnisse, insbesondere angesichts der äusseren Erscheinung der Geschädigten im relevanten Zeitraum und ihrer damals bereits weit fortgeschrittenen körperlichen Entwicklung, ist den Erwägungen der Vorinstanz also ohne weiteres zuzustimmen, wonach dem Angeklagten keine erheblichen Zweifel an seiner Vorstellung vom Alter der Geschädigten hätten kommen müssen, sondern im Gegenteil deren Erscheinungsbild habe darauf schliessen lassen, dass sie bereits 16 Jahre alt ge-

wesen sei. Es erscheint auch nachvollziehbar, wenn der Angeklagte aussagte, er hätte nie gedacht, dass eine 14-Jährige unter der Woche abends noch so spät draussen wäre (Urk. 6/5, S. 4).

cc) Im Laufe der Untersuchung wurde bekannt, dass die Geschädigte am Abend des 20. Dezembers 2009 mehrmals von ihrer Mutter angerufen worden war, was der Angeklagte wusste (Urk. 6/1, S. 3; Urk. 6/2, S. 2; Prot. I, S. 9). Auf die Frage, ob er es normal finde, dass eine über 16-jährige Frau von der Mutter dauernd angerufen werde, machte der Angeklagte in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung geltend, es käme auf die Kultur an. Es gäbe Eltern, die ihre Tochter nicht anrufen würden, andere Mütter würden sich aber mehr Sorgen machen und sich besser um ihre Kinder kümmern (Prot. I, S. 9).

Alleine aus den Telefonanrufen der Mutter lässt sich jedoch nichts zum Alter der Geschädigten ableiten, da nicht allgemeingültig gesagt werden kann, bis zu welchem Alter solche Telefonanrufe als normal zu bezeichnen sind, da Eltern gegenüber ihren Kindern unterschiedlich fürsorglich oder streng sind und es durchaus vorkommt, dass gerade bei Töchtern auch über das Alter von 16 Jahren hinaus eine entsprechende Sorge der Eltern besteht, wenn die Tochter spätabends ausgeht. Die Telefonanrufe waren also nur ein Hinweis neben anderen, die in die entgegengesetzte Richtung deuteten, weshalb es nachvollziehbar ist, dass sich der Angeklagte dadurch noch nicht zu weiteren Abklärungen veranlasst sah.

dd) Die Vorinstanz warf auch die Frage nach der Notwendigkeit einer Ausweiskontrolle auf, wobei sie dieses Erfordernis nicht als Inhalt der Sorgfaltspflicht erachtete.

Dies ist vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung richtig, zumal das Bundesgericht in BGE 119 IV 139 festhielt, dass bei einem nicht viel älteren Täter eine mehrmalige Erkundigung nach dem Alter seiner Partnerin genüge, mithin eine Ausweiskontrolle nicht notwendig erscheine, um der Sorgfaltspflicht zu genügen. Die Altersdifferenz zwischen dem Angeklagten und der Geschädigten beträgt ca. 4 ½ Jahre. Es kann dem Angeklagten deshalb nicht vorgeworfen werden, dass er die Geschädigte nicht nach einem Ausweis gefragt hat. Der damals 18-jährige Angeklagte hatte angesichts der als erstellt zu betrachtenden Nennung des Alters von 16 Jahren durch die Geschädigte bei der

ersten Begegnung im Bus sowie wegen ihres damit korrespondierenden Erscheinungsbildes und ihrer körperlichen Reife keine Pflicht, weitergehende Abklärungen zum Alter der Geschädigten zu treffen. Somit kann nicht gesagt werden, dass er seinen Irrtum bei pflichtgemässer Vorsicht hätte vermeiden können.

c) Die Geschädigte lässt in ihren Beanstandungen weiter ausführen, dass dem Angeklagten im vorinstanzlichen Urteil auf Seite 19, Ziffer 2.4, Umstände zugute gehalten worden seien, die er gar nicht gekannt habe, so etwa die Ausgangsgewohnheiten und das Ausgangsverhalten der Geschädigten (Urk. 60, S. 3).

Dieser Einwand trifft zwar bezüglich der Formulierung in den vorinstanzlichen Erwägungen zu, denn die Ausgangsgewohnheiten und das Ausgangsverhalten der Geschädigten können tatsächlich nicht als dem Angeklagten bekannte Tatsachen gelten. Hingegen sind die erwähnten Fotos aus dem Internet, die in erster Linie das Erscheinungsbild und die körperliche Reife der Geschädigten dokumentieren, durchaus relevant, um die optische Wirkung der Geschädigten auf den Angeklagten im relevanten Zeitraum beurteilen zu können. Ausserdem zeigt insbesondere das Foto mit der Bezeichnung "Double House mit ... ab 16 Jahren, Fr tt.mm.2010, ..." (Urk. 45/6), dass die Geschädigte offenbar auch von anderen Personen als mindestens 16-jährig wahrgenommen wurde. Der Einwand der Geschädigtenvertreterin ändert somit nichts am oben dargelegten Befund, dass dem Angeklagten keine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen ist.

d) Der Angeklagte ist somit auch vom Vorwurf der fahrlässig begangenen sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 4 StGB freizusprechen.

III.

(Zivilansprüche)

Aufgrund des vollumfänglichen Freispruchs des Angeklagten ist auf die Schadenersatz- und Genugtuungsforderung der Geschädigten nicht einzutreten.

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Bei diesem Verfahrensausgang ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffer 4) zu bestätigen.

2. Im Berufungsverfahren erfolgt die Auflage der Kosten und die Zusprechung einer Entschädigung in der Regel im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Verfahrensbeteiligten. Von dieser Regel kann in begründeten Fällen abgewichen werden, namentlich wenn sich eine Partei in guten Treuen zu ihren Anträgen veranlasst sah (§ 396a ZH-StPO).

In casu unterliegt die Geschädigte als Appellantin mit ihren Berufungsanträgen vollumfänglich, weshalb ihr grundsätzlich die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen wären. Angesichts des Umstandes, dass insbesondere bei der Beurteilung des Vorwurfs der fahrlässigen Tatbegehung anspruchsvolle Tat- und Rechtsfragen zu beantworten waren, kann indes gesagt werden, dass die noch minderjährige Geschädigte die Berufung in guten Treuen erhoben hat. Demzufolge ist es vorliegend gerechtfertigt, die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Entsprechend fällt auch die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ausser Ansatz.

3. Der Verteidiger des Angeklagten stellte vor Vorinstanz den Antrag, es sei dem Angeklagten eine angemessene Entschädigung für die erstandene Untersuchungshaft von 19 Tagen zuzusprechen (Urk. 43, S. 2 und 26).

Die Vorinstanz sprach dem Angeklagten unter Hinweis auf die erstandene Untersuchungshaft von 19 Tagen eine Entschädigung von Fr. 2'000.– aus der Gerichtskasse zu.

Dies ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Auch erscheint die Höhe des zuzusprechenden Betrages als angemessen. Zu präzisieren ist lediglich, dass es sich dabei um eine Genugtuung aus der Staatskasse im Sinne von § 191 i.V.m. § 43 ZH-StPO handelt. Im Übrigen kann auf die zutreffenden Ausführungen in den vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (§ 161 GVG; Urk. 67, S. 21).

Dem Angeklagten ist somit für die erstandene Untersuchungshaft eine Genugtuung von Fr. 2'000.– aus der Staatskasse zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Vom Rückzug der Berufung der Staatsanwaltschaft wird Vormerk genommen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte B. _____ wird vollumfänglich freigesprochen.
2. Auf das Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren der Geschädigten A. _____ wird nicht eingetreten.
3. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffer 4) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
6. Dem Angeklagten wird für die erstandene Untersuchungshaft eine Genugtuung von Fr. 2'000.– aus der Staatskasse zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - die unentgeltliche Geschädigtenvertretung im Doppel für sich und zuhanden der Geschädigten

hernach in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- die unentgeltliche Geschädigtenvertretung im Doppel für sich und zuhanden der Geschädigten

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 69

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist **innert 30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (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.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Strafkammer

Der Vorsitzende:

Der juristische Sekretär:

Oberrichter Dr. Bussmann

Dr. Bischoff