

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110738-O/U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, und Dr. Bussmann, Ersatzoberrichter lic. iur. Flury sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Höfliger

Urteil vom 17. Mai 2013

(Endurteil)

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Erstberufungskläger

vormals erbeten verteidigt durch Rechtsanwältin MLaw X1. _____

seit 15. Mai 2012 amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch stv. Leitende Staatsanwältin Steinhauser

Anklägerin und Zweitberufungsklägerin

betreffend **sexuelle Handlung mit Kindern**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht

Strafsachen, vom 5. August 2011 (GG110028)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 5. Mai 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 45).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig der sexuellen Handlung mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 8 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist.

3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.

4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 2'000.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 2'500.– Gebühr Vorverfahren

Fr. 4'500.–

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge (hinsichtlich BV vom 27. April 2012):

a) Der Verteidigung des Beschuldigten

(Urk. 84):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. August 2011 sei vollumfänglich aufzuheben.

2. Der Beschuldigte sei von der Anschuldigung der sexuellen Handlung mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziffer 1 Abs. 3 StGB freizusprechen.
 3. Für das Verfahren vor erster Instanz sei dem Beschuldigten eine Entschädigung für seine wirtschaftlichen Einbussen von Fr. 1'609.20 zuzusprechen.
 4. Dem Beschuldigten sei eine Genugtuung nach richterlichem Ermessen, nicht unter Fr. 100.00, zuzusprechen.
 5. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens seien der Staatskasse aufzuerlegen.
 6. Die Kosten der Verteidigung in der Höhe von Fr. 13'718.-- (inkl. 8% MwSt und Auslagen) in erster Instanz seien auf die Staatskasse zu nehmen.
 7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse
- b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(Urk. 74)

Keine Anträge

Berufungsanträge (hinsichtlich BV vom 17. Mai 2013):

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 108 und Prot. II S. 21)
1. Der Beschuldigte sei schuldig zu sprechen der fahrlässigen sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 i.V.m. Ziff. 4 StGB.

2. Der Beschuldigte sei zu einer bedingten Geldstrafe von maximal 180 Tagessätzen in richterlich zu bestimmender Höhe, unter Anrechnung der Untersuchungshaft, unter Ansetzung einer Probezeit von maximal zwei Jahren zu verurteilen.
 3. Dem Beschuldigte sei weiter eine ambulanten Massnahme gemäss Art. 63 StGB anzuordnen.
 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.
- b) Der Vertreterin der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(Urk. 109 S. 1)
1. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten zu bestrafen.
 2. Die Freiheitsstrafe sei als vollziehbar zu erklären.
 3. Es sei eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB anzuordnen unter gleichzeitigem Aufschub des Strafvollzuges zu Gunsten der Massnahme.

I. Prozessgeschichte

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht in Strafsachen, vom 5. August 2011 meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 10. August 2011 rechtzeitig Berufung an (HD 63). Nach Erhalt des begründeten Urteils reichte er fristgerecht seine Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO ein (HD 75/1). Die Staatsanwaltschaft erklärte mit Schreiben vom 15. August 2011 ebenfalls Berufung (HD 65), zog diese aber in der Folge wieder zurück (HD 74), wovon mit Beschluss vom 27. April 2012 Vormerk genommen wurde (Urk. 86 und 86a). Anschlussberufungen wurden keine erhoben.

2. Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 27. April 2012 drängte sich die Zweiteilung der Verhandlung im Sinne von Art. 342 Abs. 1 lit. b StPO (Tatinterlokut) auf. Mit Teilurteil vom 27. April 2012 wurde festgestellt, dass der Beschuldigte die inkriminierte Handlung vom 23. Januar 2010 begangen hat (Urk. 86 und 86a; vgl. nachstehend Ziff. II. bis V.). Mit gleichem Entscheid wurde beschlossen, ein Gutachten zur Frage der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Beschuldigten, zur Rückfallgefahr und zur Frage der allfälligen Anordnung einer Massnahme einzuholen.

3. Nachdem der Beschuldigte bisher durch Rechtsanwältin MLaw X1._____, ... Rechtsanwälte, erbeten verteidigt worden war, liess er mit Eingabe vom 15. Mai 2012 das Gesuch stellen, dass ihm eine amtliche Verteidigung zu gewähren und Rechtsanwalt X2._____, ... Rechtsanwälte, als amtlicher Verteidiger beizuordnen sei (Urk. 91). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 23. Mai 2012 mit Wirkung ab 15. Mai 2012 entsprochen (Urk. 92).

4. Mit Beschluss vom 4. Mai 2012 wurde PD Dr. med. B._____ als Gutachter bestimmt (Urk.87). Nachdem von den Parteien gegen dessen Ernennung keine Einwände erhoben worden waren, wurde das Gutachten mit Schreiben vom 23. Mai 2012 an den Gutachter in Auftrag gegeben. Das Gutachten datiert vom 21. November 2012 (Urk. 99)

5. Mit Präsidialverfügung vom 26. November 2012 wurde den Parteien eine Kopie des Gutachtens zugestellt und Frist angesetzt, um einerseits zum Gutachten schriftlich Stellung zu nehmen, und andererseits zu erklären, ob sie mit der Fortsetzung des Berufungsprozesses im schriftlichen Verfahren einverstanden seien (Urk. 100). Die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft erfolgte mit Schreiben vom 3. Dezember 2012 (Urk. 102), diejenige des Beschuldigten innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 20. Dezember 2012 (Urk. 104 und 105).

6. Mit obgenannter Eingabe vom 20. Dezember 2012 lehnte der Beschuldigte das schriftliche Verfahren ab und wünschte eine weitere Verhandlung. Weiter stellte er den Beweisantrag, dass er nochmals zur Person zu befragen sei (Urk. 104 S. 1).

7. Mit Vorladung vom 22. Januar 2013 wurde zur (zweiten) Berufungsverhandlung auf den 17. Mai 2013 vorgeladen (Urk.106).

8. Wie bereits erwähnt, wurde am 27. April 2012 ein Teilentscheid im Sinne eines Tatinterlokuts gefällt. Ein solcher Zwischenentscheid über die Tat ist erst mit dem gesamten Urteil anfechtbar (Art. 342 Abs. 4 StPO). Es handelt sich demnach nicht um ein selbständiges Vor- oder Teilurteil im Sinne von Art. 398 Abs. 1 bzw. Art. 91 BGG. Dies hat zur Folge, dass im Endentscheid ein vollständiges Dispositiv (Tat- und Schuldfrage, Sanktion, Nebenfolgen) zu verfassen und der Endentscheid vollständig zu begründen ist (BSK StPO-Hauri Art. 342 N 18). Das Gericht kann in seinem Endentscheid auf den Zwischenentscheid nicht zurückkommen; er ist absolut bindend (BSK StPO-Hauri Art. 342 N 14). Aus diesen Gründen ist das Erkenntnis des Teilurteils vom 27. April 2012 in den vorliegenden Endentscheid zu integrieren (nachfolgend Ziff. II bis V).

II. Zum Tatinterlokut

1. Das Gericht kann (u.a.) von Amtes wegen die Hauptverhandlung zweiteilen (Art. 342 Abs. 1 StPO). Eine solche Zweiteilung ist auch im Berufungsverfahren möglich (Art. 379 StPO i.V.m. Art. 342 StPO). Dabei kann das Berufungsgericht gemäss Art. 342 Abs. 1 lit. b StPO in einem ersten Verfahrensteil nur die Tat-

frage und in einem zweiten die Schuldfrage sowie die Folgen eines Schuld- oder Freispruchs behandeln. Ein solches Tatinterlokut kann sich aufdrängen in Fällen, in denen sowohl die Täterschaft wie auch die rechtliche Qualifikation umstritten sind, wenn also etwa die beschuldigte Person die Ausführung der Tat bestreitet und für den Fall, dass sie der Täterschaft überführt sein sollte, sich beispielsweise die Frage nach ihrer Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 StGB stellt (vgl. Schmid, StPO Praxiskommentar, St. Gallen 2009, Art. 342 N 6). Die Entscheidung über die Zweiteilung der Berufungsverhandlung ist nicht anfechtbar (Art. 342 Abs. 2 StPO). Der Entscheid über die Tatfrage wird nach seiner Beratung eröffnet, ist jedoch erst mit dem gesamten Urteil anfechtbar (Art. 342 Abs. 4 StPO).

2. Im vorliegenden Fall bestreitet der Beschuldigte die Täterschaft. Sodann stellt sich in Anbetracht der teilweise einschlägigen Vorstrafen (HD 73) und insbesondere vor dem Hintergrund der Aussagen des Beschuldigten anlässlich der Einvernahme im Rahmen der Berufungsverhandlung vom 27. April 2012 – wonach er sich ungeachtet des Ausgangs des vorliegenden Verfahrens in eine Therapie begeben wolle (Urk. 83 S. 9) und er mittels einer solchen herausfinden wolle, welche Situationen ihn zu exhibitionistischen Handlungen antreiben würden und welche Vorfälle aus der Kindheit dafür Auslöser sein könnten (Urk. 83 S. 11) – für den Fall der Bejahung der Täterschaft ernsthaft die Frage nach der Schuldfähigkeit des Beschuldigten.

Eine Zweiteilung der Berufungsverhandlung, bzw. ein Tatinterlokut im Sinne der vorstehenden Erwägungen drängte sich deshalb anlässlich der Verhandlung vom 27. April 2012 auf. Im Rahmen desselben war zu prüfen, ob der Beschuldigte der Täterschaft überführt werden kann (nachstehend Ziff. IV.), wobei vorerst noch zu klären war, ob und inwieweit die von der Verteidigung beanstandeten Beweismittel verwertet werden dürfen (Ziff. III.). Da die Täterschaft des Beschuldigten im Ergebnis bejaht werden musste, war anschliessend im Hinblick auf den zweiten Teil der Berufungsverhandlung über die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens zur Frage der Schuldfähigkeit des Beschuldigten Beschluss zu fassen (nachstehend Ziff. V.)

III. Zur Verwertbarkeit der Beweismittel

1. Die Anklage beruht im Wesentlichen auf den Aussagen der Geschädigten. Diese hatte am 23. Januar 2010, um 21.45 Uhr, in Begleitung ihres Vaters bei der Stadtpolizei D._____ Anzeige erstattet (HD 1 S. 3). Am 24. Januar 2010 wurde sie polizeilich zum Sachverhalt befragt, wobei sie ausführte, dass sie den Täter wiedererkennen würde (HD 2 S. 4). Am 28. Januar 2010 wurde deshalb von der Polizei eine Wahlbildkonfrontation durchgeführt (HD 1 S. 5; HD 9/2-3). In der Folge wurde die Geschädigte am 1. April 2011 von der Staatsanwaltschaft als Zeugin einvernommen (HD 20).

2. Wie bereits vor Vorinstanz liess der Beschuldigte auch anlässlich des Berufungsverfahrens beantragen, die Unterlagen zur Wahlbildkonfrontation (HD 9/1-3) sowie weitere Beweismittel – die polizeiliche Befragung des Beschuldigten vom 10. September 2010 (HD 7), die Handnotizen des Beschuldigten vom 10. September 2010 (HD 10) und die Zeugeneinvernahme der Geschädigten vom 1. April 2011 (HD 20) – seien aus den Akten zu weisen. Zur Begründung liess er geltend machen, dass die Wahlbildkonfrontation vom 28. Januar 2010 unter Verletzung der Vorschriften von § 149b StPO/ZH und der Teilnahmerechte des Beschuldigten nach § 14 StPO/ZH erfolgt sei und deshalb unverwertbar sei. Da ohne die Wahlbildkonfrontation die Erhebung der weiteren Beweise aus HD 7, 10 und 20 nicht möglich gewesen wäre, seien auch diese Beweismittel unverwertbar und deshalb aus den Akten zu verweisen (HD 75/1 S. 2; HD 60/1 S. 3 ff., HD 82 S. 2 ff.).

Die Vorinstanz folgte der Auffassung der Verteidigung teilweise. Sie hielt die Akten der Wahlbildkonfrontation als unverwertbar (HD 71 S. 5 f.), betrachtete aber die staatsanwaltschaftliche Zeugeneinvernahme der Geschädigten als verwertbar (a.a.O. S. 6-8). Hinsichtlich der polizeilichen Befragung des Beschuldigten vom 10. September 2010 liess sie die Frage der Verwertbarkeit zwar ausdrücklich offen (a.a.O. S. 8), stellte in der Folge allerdings doch darauf ab – auch zu Ungunsten des Beschuldigten (a.a.O. S. 14 und 15 f.).

3. Verfahrenshandlungen, welche vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 angeordnet oder durchgeführt worden

sind, behalten ihre Gültigkeit (Art. 448 Abs. 2 StPO). Dies gilt selbst dann, wenn sie der Schweizerischen Strafprozessordnung widersprechen oder nach dieser sogar ungültig wären (Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 448 N 3). Für die Frage, ob die von der Verteidigung beanstandeten Beweismittel verwertbar sind, ist deshalb grösstenteils auf die Bestimmungen der alten Zürcher Strafprozessordnung abzustellen. (Einzig die Frage, ob die staatsanwaltschaftliche Zeugen- einvernahme vom 1. April 2011 formell korrekt vorgenommen wurde, richtet sich nach dem neuen Verfahrensrecht).

4. An erster Stelle ist die Verwertbarkeit der Wahlbildkonfrontation vom 28. Januar 2010 zu prüfen.

4.1. a) Festzustellen, wer als Täter in Frage kommt, gehört zu den klassischen Aufgaben der Polizei im Ermittlungsverfahren (vgl. Schmid, Strafprozessrecht, S. N 773 und 777). Diesbezüglich verkennen sowohl die Verteidigung als auch die Vorinstanz, dass die Geschädigte anlässlich der im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens durchgeführten Wahlbildkonfrontation als "Auskunftsperson sui generis" und nicht als Auskunftsperson im (engeren) Sinne von § 149a StPO/ZH befragt worden war, weshalb die dort genannten Voraussetzungen in diesem Fall nicht erfüllt sein mussten (vgl. Kass.G.-Nr. AC030105 vom 19. Mai 2004, Erw. 4.2.c.aa; Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., 2004, N 649 und 659b). Im Falle der Geschädigten lag denn auch keine der in § 149a StPO/ZH abschliessend aufgezählten Konstellationen vor, weshalb die Polizei zum damaligen Zeitpunkt davon auszugehen hatte, dass die Geschädigte im späteren Untersuchungsverfahren (zumindest solange noch das alte Strafprozessrecht galt) durch die Staatsanwaltschaft zwingend als Zeugin zu befragen sein würde (§ 129 StPO/ZH, vgl. Kass.G.-Nr. AC030105, Erw. 2.5.b und c). Ein Hinweis auf § 149b StPO/ZH war deshalb nicht angezeigt.

Allerdings verlangte das Zürcher Prozessrecht, dass Personen, die später als Zeugen in Frage kommen könnten, schon in der polizeilichen Befragung auf ein allfälliges Aussageverweigerungsrecht nach §§ 129 ff. StPO/ZH aufmerksam zu machen sind (Kass.G.-Nr. AC030105 Erw. 4.2.c.bb mit Verweis auf ZR 96 Nr. 45 Erw. 3.b). Dabei musste indes nicht generell auf alle überhaupt denkbaren

Zeugnisverweigerungsrechte hingewiesen werden, sondern nur auf solche, die im konkreten Fall aufgrund der gegebenen Umstände und der persönlichen Verhältnisse des Zeugen möglicherweise in Anspruch genommen werden konnten (Donatsch in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Bd. II, § 132 N 2). Unterblieb ein solcher Hinweis, durfte die Aussage nicht verwertet werden, *soweit* die im anschliessenden Untersuchungsverfahren als Zeuge einvernommene Person nach erfolgter Rechtsbelehrung zwar auf die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts verzichtete, dabei aber ihre vor Polizei gemachten Aussagen inhaltlich änderte (ZR 96 Nr. 45 Erw. 3.b). Bezog sich das Recht, die Aussage zu verweigern, nur auf einzelne Fragen, galt das Verwertungsverbot nur mit Bezug auf die betreffenden Antworten (Donatsch, a.a.O., § 132 N 19). Im Übrigen stand gemäss kassationsgerichtlicher Rechtsprechung der Verwertung des im polizeilichen Ermittlungsverfahren erhobenen belastenden Aussagematerials eines Zeugen nichts entgegen, sofern es im Anschluss an die polizeilichen – und damit in Abwesenheit des Angeschuldigten und seines Verteidigers durchgeführten – Einvernahmen zu einer gesetzmässigen Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft oder den Richter kam, bei welcher dem Zeugen seine früheren Aussagen vorgehalten wurden und die Teilnahmerechte des Angeschuldigten sowie des Verteidigers gewährleistet waren (ZR 98 Nr. 11 Erw. 3.c; Kass.G.-Nr. 98/006 S vom 28.2.1998, Erw. II.3.2b/c; Kass.G.-Nr. AC040108 vom 12.7.2005; Kass.G.-Nr. AC050083 vom 18.9.2006). Ein Anspruch eines Beschuldigten, bereits im Stadium des Ermittlungsverfahrens mit Belastungspersonen konfrontiert zu werden, bestand nicht (vgl. – gerade im Zusammenhang mit Foto-konfrontationen – BGE 1B_345/2009 vom 8. Dezember 2009 E. 3.2 und 3.3).

b) Im vorliegenden Fall führte die Kantonspolizei Zürich die Wahlbildkonfrontation mit der Geschädigten ohne Hinweis auf ein Zeugnisverweigerungsrecht durch. Ein solches stand indes konkret nicht zur Debatte. In Frage gekommen wäre einzig das Aussageverweigerungsrecht des Opfers bei Fragen betreffend die Intimsphäre (§ 131 Abs. 2 StPO/ZH), welches aber bei der Täteridentifikation mittels Porträtbilder offensichtlich nicht von Relevanz war (vgl. HD 9/2 und 9/3). Am 1. April 2011 kam es sodann zur formellen staatsanwaltlichen Einvernahme der Geschädigten. Da diese darauf verzichtet hatte, sich als Privatkläge-

rin zu konstituieren (vgl. HD 24 S. 2; HD 20 S. 3), wurde sie in Übereinstimmung mit der inzwischen in Kraft getretenen Schweizerischen Strafprozessordnung als Zeugin und nicht als Auskunftsperson einvernommen (Art. 166 Abs. 1 StPO, vgl. Art. 178 lit. a StPO). Die Zeugeneinvernahme fand in direkter Gegenwart der damaligen Verteidigerin und im Beisein des Beschuldigten (per Videoübertragung) statt. Die Geschädigte wurde eingangs über ihre Zeugnis- und Wahrheitspflicht (Art. 307 StGB), über das Zeugnisverweigerungsrecht nach Art. 169 Abs. 1-3 StPO, über die Opferrechte (Art. 305 StPO) sowie über das Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund Opferstellung (Art. 160 Abs. 4 StPO) belehrt. Ebenfalls wurde sie auf die Straffolgen bei falscher Anschuldigung, Irreführung der Rechtspflege und Begünstigung gemäss Art. 303 bis 305 StGB hingewiesen. Die Geschädigte erklärte, dass sie die Belehrungen verstanden habe und dass sie bereit sei, wahrheitsgemäss auszusagen (HD 20 S. 1-3), womit sie auf allfällige Zeugenverweigerungsrechte verzichtete. Die Verteidigerin sowie der Beschuldigte hatten Gelegenheit, Ergänzungsfragen zu stellen (HD 20 S. 3 und 7). Anlässlich der Zeugeneinvernahme identifizierte die Geschädigte den Beschuldigten erneut (per Videoübertragung) als Täter (HD 20 S. 6).

c) Vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen ist somit festzuhalten, dass insoweit kein Mangel der Wahlbildkonfrontation vom 28. Januar 2010 ersichtlich ist, welcher einer Verwertbarkeit derselben entgegenstehen würde.

4.2. a) Die Verteidigung beanstandet im Weiteren eine ungenügende Dokumentation der Wahlbildkonfrontation in den Akten. Da die Befragung der Geschädigten anlässlich der Wahlbildkonfrontation nicht protokolliert worden sei, die ihr vorgelegten Vergleichsfotos nicht in die Akten aufgenommen worden seien und die ursprüngliche Bildrecherche vom 28. Januar 2010 nicht wieder hergestellt werden könne (vgl. HD 41 und HD 52/2), bleibe völlig unklar, welche Art von Vergleichsmaterial der Geschädigten bei der Wahlkonfrontation angezeigt worden sei. Deshalb sei beispielsweise nicht bekannt, ob der Beschuldigte die einzige Person mit Bart/Schnauz oder auch mit weisser Hautfarbe gewesen sei, welcher der Geschädigten gezeigt worden sei. Aufgrund der mangelnden Dokumentation sei nicht auszuschliessen, dass die Geschädigte dahingehend beeinflusst worden

sei, den Beschuldigten als Täter zu identifizieren, obwohl dieser mit dem eingeklagten Vorfall nichts zu tun habe. Es entstehe der Eindruck, dass die Strafverfolgungsbehörden sämtliche Fälle mit exhibitionistischem Inhalt dem Beschuldigten unterschieben wollte (HD 60/1 S. 4 f. Ziff. 13; HD 60/3 S. 5 f. Ziff. 10-12). Mit dieser Argumentation macht die Verteidigung nicht nur geltend, dass der Wahlbildkonfrontation keine Beweiskraft zukomme, sondern auch schon, dass sie zum vornherein unverwertbar sei. Sie beruft sich dabei auf den Entscheid des Kassationsgerichts Nr. AC030107 vom 12. Januar 2004 (HD 60/1 S. 4).

b) Der Grundsatz der Dokumentationspflicht (unter dem Zürcher Strafprozessrecht) besagt, dass alle prozessual relevanten Vorgänge von der handelnden Behörde in geeigneter Form festgehalten und die entsprechenden Aufzeichnung in die Strafakten integriert werden müssen. Wird zur Täteridentifikation eine Gegenüberstellung in Form einer sogenannten Fotokonfrontation durchgeführt, ist dem Zeugen eine Auswahl von Vergleichsfotographien zu unterbreiten, wobei die Vergleichspersonen der vorangegangenen Täterbeschreibung zu entsprechen haben. Dieser Vorgang ist zu protokollieren und die Auswahl der dem Zeugen unterbreiteten Vergleichsfotos ist dem Dossier beizulegen (Kass.G.-Nr. AC030107 vom 12. Januar 2004).

Die Dokumentationspflicht betrifft nicht die Erhebung und Erlangung von Beweismitteln als solche, sondern deren Dokumentation. Beweisverwertungsverbote bestehen (gegebenenfalls) bei rechtswidrig erlangten bzw. nicht rechtskonform erhobenen Beweisen. Ein allfälliges Verwertungsverbot folgt aus der Rechtswidrigkeit der Erhebung des vom Verbot betroffenen Beweismittels (ZR 106/2007 S. 152 E. II.5.3.a). Aus einer Verletzung der Dokumentationspflicht kann im Weiteren eine Verletzung der Verteidigungsrechte (Verunmöglichung des Entlastungsbeweises) resultieren (ZR 106/2007 S. 152 E. II.5.3.e).

c) Im vorliegenden Fall hat die Ermittlungsbehörde das der Geschädigten anlässlich der Wahlkonfrontation vom 28. Januar 2010 angezeigte fotografische Vergleichsmaterial nicht in die Akten aufgenommen. Ob der von der Verteidigung angerufene und vorstehend zitierte Kassationsgerichtsbeschluss Nr. AC030107 auf den vorliegenden Fall anwendbar ist, erscheint indes fraglich.

Jenem Entscheid lag offensichtlich eine manuell durchgeführte Fotokonfrontation mit nur wenigen Vergleichsfotographien zu Grunde. Dabei fehlten in den Akten nicht nur die Vergleichsfotographien. Offenbar wurden auch die zur Auswahl der Fotographien verwendeten Signalements-Kriterien nicht dokumentiert (vgl. Kass.G.-Nr. AC030107, E. II.3.a.). Demgegenüber wurde im vorliegenden Fall eine computergenerierte Fotokonfrontation mit über 600 Vergleichsfotographien in elektronischer Form durchgeführt. Die Aufnahme einer solchen Vielzahl von Fotographien in die Akten erscheint kaum praktikabel. In den Akten liegt indes das "Protokoll zur Wahlbildkonfrontation" (HD 9/2, hinten), welchem klar zu entnehmen, nach welchen Signalementsmerkmalen die Vergleichspersonen vom Computer ausgewählt wurden. Damit aber scheint der Dokumentationspflicht Genüge getan worden sein. Die Frage kann indes offen gelassen werden. Selbst bei Bejahung einer Verletzung der Dokumentationspflicht wären die Akten der Wahlbildkonfrontation nicht unverwertbar:

Von der Unverwertbarkeit wäre nach dem vorstehend Gesagten (ZR 106/2007 S. 153 E. II.5.3.a und e) erst dann auszugehen, wenn aufgrund der mangelhaften Dokumentierung nicht mehr festgestellt werden könnte, ob die Wahlbildkonfrontation rechtskonform durchgeführt wurde, bzw. im Zweifelsfall im Sinne der Einwendungen der Verteidigung von einer rechtswidrigen Durchführung auszugehen wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Anstelle des fehlenden fotografischen Vergleichsmaterials geht aus den Zeugenaussagen des Polizeibeamten C._____ vom 5. Mai 2011 (HD 37) ohne rechtserhebliche Zweifel hervor, dass die Wahlbildkonfrontation rechtskonform durchgeführt worden war. C._____ gab – nach Vorhalt der strengen Strafbestimmungen von Art. 307 und 303-305 StGB – glaubhaft an, dass die Wahlbildkonfrontation nach den zertifizierten Vorschriften durchgeführt worden sei. Dabei werde zuerst von der geschädigten Person das Tätersignalement aufgenommen, was ohne vorherige Kenntnis des Polizeirapportes geschehe, um möglichst unbefangen zu sein. Anhand der gewonnenen Angaben werde danach die Recherche am Computer durchgeführt (HD 37 S. 3). Die konkrete Recherche, welche er aufgrund der Signalementsangaben der Geschädigten ausgeführt habe, habe gelautet auf: Männlich, Bilder in elektronischer Form (d.h. seit 2000), weisse Hautfarbe, Jahrgang 1972 bis 1982, 170 bis 180 cm gross,

Betreffnis Sexualdelikte (HD 37 S. 7). Die Angaben des Zeugen C._____ stimmen mit den Angaben des Protokolls zur Wahlbildkonfrontation vom 28. Januar 2010 (HD 9/2 hinten S. 1) überein. Daraus folgt nicht nur, dass der Geschädigten (entgegen der Argumentation der Verteidigung) ausschliesslich Fotos mit Männern weisser Hautfarbe und auch im Übrigen ähnlichem Signalement vorgelegt wurde. Überhaupt sprechen die glaubhaften Aussagen des Polizeibeamten C._____, die dokumentierten Recherchekriterien, das computergenerierte Verfahren, sowie die Vielzahl der auf das Betreffnis Sexualdelikte erzielten (673) Vergleichsfotos klar gegen die nicht weiter begründete Mutmassung der Verteidigung, dass die Wahlbildkonfrontation manipuliert bzw. die Geschädigte beeinflusst worden sein könnte. Bei diesem Resultat ist auch auszuschliessen, dass eine Aufnahme eines Ausdrucks der damals gezeigten Vergleichsfotos in die Akten der Verteidigung einen Beweis für ihre Hypothese der Manipulation hätte liefern können. Dass die (fragliche) Verletzung der Dokumentationspflicht durch die Ermittlungsbehörde im konkreten Fall zu einer Verletzung der Verteidigungsrechte (Verunmöglichung des Entlastungsbeweises) geführt hätte, lässt sich deshalb nicht sagen.

5. Vor dem Hintergrund der vorstehenden rechtlichen und tatsächlichen Ausführungen ist somit festzuhalten, dass die Wahlbildkonfrontation vom 28. Januar 2010 gültig ist, somit verwertet und einer freien Beweiswürdigung unterzogen werden darf. Bei diesem Resultat stellt sich die Frage nach einer Fernwirkung auf die Sekundärbeweise nicht. Vielmehr darf auch die Zeugeneinvernahme vom 1. April 2011 verwertet werden, nachdem diese rechtskonform durchgeführt worden war. Das Gleiche gilt hinsichtlich der übrigen von der Verteidigung beanstandeten Beweismittel.

Insbesondere darf auch auf die Aussagen des Beschuldigten anlässlich der Einvernahme vom 10. September 2010 abgestellt werden, welche dieser unter Verzicht auf sein Aussageverweigerungsrecht deponiert hatte (HD 7). Entgegen der Argumentation der Verteidigung (HD 60/1 S. 5 f. Ziff. 17) wurde dem Beschuldigten damals bereits eröffnet, dass er anlässlich einer Wahlbildkonfrontation als Täter eines Vorfalls vom 23. Januar 2010, 19.40 Uhr in D._____ bezeichnet worden war (HD 7 S. 6). Zwar wurde er bei dieser Gelegenheit noch nicht über die

Identität der ihn belastenden Geschädigten in Kenntnis gesetzt. Dies ist aber nicht zu beanstanden, hatte ein Angeschuldigter doch gemäss Zürcherischem Strafprozessrecht keinen Anspruch darauf, vorgängig darüber informiert zu werden, wer als Zeuge einvernommen werden soll (Donatsch/Lieber in: Donatsch/Schmid, a.a.O., Bd I, § 14 N 76). Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 11. März 2011 machte der Beschuldigte sodann zwar auf Vorhalt seiner bei der Polizei deponierten Aussagen von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch, bestätigte aber eingangs, dass seine früheren Aussagen vom 10. September 2010 der Wahrheit entsprechen würden und er auf diese verweise (HD 18 S. 2). Entgegen dem Vorbringen der Verteidigung (HD 60/3 S. 8 Ziff. 18) kann schliesslich allein aus dem Umstand, dass dem Beschuldigten im Vorfeld der Einvernahme vom 10. September 2010 – aufgrund konkreter neuer Verdachtsmomente – ein Blatt in die Zelle mitgegeben worden war, mit der Aufforderung, darauf allfällige weitere exhibitionistische Vorfälle zu notieren, nicht abgeleitet werden, dass er massiv unter Druck gesetzt worden sei, sich selber zu belasten (vgl. HD 7 S. 1 Ziff. 6 und S. 2 Ziff. 6). Einer Verwertbarkeit des polizeilichen Einvernahmeprotokolls vom 10. September 2010 steht deshalb nichts im Wege (vgl. ZR 94 Nr. 15 und 47).

6. Der Vollständigkeit ist darauf hinzuweisen, dass entgegen der Auffassung der Verteidigung die sekundären Beweismittel (namentlich die Zeugeneinvernahme vom 1. April 2010, aber auch die Einvernahme des Beschuldigten vom 10. September 2010) selbst dann verwertet werden dürften, wenn von der Ungültigkeit der Wahlbildkonfrontation vom 28. Januar 2010 ausgegangen werden müsste. Hierzu kann zur Begründung auf die in diesem Punkt zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (HD 71 S. 6-8, Ziff. 2.3 ff.).

Ergänzend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte nicht erst und allein aufgrund der Identifikation durch die Geschädigte anlässlich der Wahlbildkonfrontation tatverdächtig war. Der Beschuldigte war einschlägig vorbestraft. Zudem wurde er am 10. Januar 2010 in E._____ von der Polizei verhaftet, weil er Minuten zuvor am ...-Weg in E._____ – und damit nur wenige Tage vor und in gewisser Nähe zu dem vorliegend eingeklagten Vorfall – vor einer anderen Geschädigten eine exhi-

bitionistische Handlung vornahm (vgl. beigezogene Untersuchungsakten Nr. 2010/498, Urk. 1 und 8). Es ist völlig klar, dass sich der Beschuldigte bereits dadurch auch im vorliegenden Fall tatverdächtig machte. Da es sich dabei um ein Offizialdelikt handelt, ist zweifellos davon auszugehen, dass die Polizei auch ohne die fotografische Täteridentifikation durch die Geschädigte (weitere) Ermittlungen durchgeführt hätte, ob der Beschuldigte als Täter in Frage kommt, und zu diesem Zwecke wohl eine Lebendkonfrontation durchgeführt hätte. Die Wahlbildkonfrontation kann deshalb nicht als *conditio sine qua non* für die Einleitung der Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten bezeichnet werden.

IV. Sachverhalt

1. Die Vorinstanz gelangte nach zutreffender Darstellung und Würdigung der Aussagen der Geschädigten sowie des Beschuldigten zum überzeugenden Schluss, dass der vorgeworfene Sachverhalt rechtsgenügend erstellt sei (HD 71 S. 8-15). Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann vorab auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Zusammenfassend und leicht ergänzend ist das Folgende festzuhalten:

2.1. Die Geschädigte gab an, dass sie den Täter gut habe sehen können, weil die Beleuchtung des Vorplatzes eingeschaltet gewesen sei (HD 2 S. 4). Zudem habe ihr der Täter während der Tat in die Augen gesehen (HD 2 S. 5; HD 20 S. 5). Dass sich die Geschädigte unter diesen Umständen das Gesicht des Täters trotz der relativ kurzen Dauer des Vorfalls von etwa 20 Sekunden (HD 2 S. 3) einprägen konnte, erscheint – entgegen dem Einwand der Verteidigung (HD 60/3 S. 4) – plausibel und nachvollziehbar.

In der Folge identifizierte die Geschädigte den Beschuldigten mehrmals und zweifelsfrei als Täter. Schon anlässlich der Wahlbildkonfrontation vom 28. Januar 2010 war sie sich diesbezüglich zu 100 % sicher, weshalb in das Protokoll das Ergebnis "positiv" (und nicht bloss: mutmassliche Täterschaft) aufgenommen wurde (HD 9/2 hinten S. 1; HD 37 S. 6). Anlässlich ihrer staatsanwaltschaftlichen

Einvernahme vom 1. April 2011 bezeichnete sie den Beschuldigten auf Vorlage eines Fotobogens mit qualitativ guten Aufnahmen des Beschuldigten zum zweiten Mal einwandfrei als Täter (Untersuchungs-Nr. 2010/498, Urk. 4). Anlässlich der anschliessenden Gegenüberstellung per Videoübertragung gab die Geschädigte an, sie sei sich "zu 100% sicher", dass es sich beim Beschuldigten um den Täter handle, und wies zusätzlich spontan darauf hin, dass der Beschuldigte nun, im Unterschied zur Tatzeit, keinen Dreitagebart mehr trage (HD 20 S. 6). Dieses Detail stimmt nicht nur mit dem von der Geschädigten am Tag nach dem Vorfall abgegebenen Tätersignalement überein (HD 2 S. 4). Sowohl eine wenige Tage vor dem vorliegend zu beurteilenden Vorfall aufgenommene Polizeifotographie vom 14. Januar 2010 (Untersuchungs-Nr. 2010/498, Urk. 4), als auch eine drei Tage danach erstellte Polizeifotographie vom 26. Januar 2010 (HD 9/3) zeigen den Beschuldigten mit einem Bart in der von der Geschädigten beschriebenen Weise. Auf der Polizeifotographie vom 14. Januar 2010 trägt der Beschuldigte auch eine dunkle Mütze, wie sie von der Geschädigten beschrieben wurde (HD 2 S. 4 und HD 20 S. 5). Vor dem Hintergrund dieser mehrmaligen sicheren Identifikation ist nicht daran zu zweifeln, dass es der Beschuldigte war, welcher der Geschädigten am Tatort gegenüberstand.

2.2. Die von der Geschädigten wiedergegebene Darstellung des Geschehensablaufs ist in sich stimmig, anschaulich und lebensnah. Auf real Erlebtes deuten nicht zuletzt auch eher nebensächliche, nicht direkt auf das Beweisthema gerichtete Aussagen hin, wie beispielsweise diese, dass sie aufgrund der Gegenwart des Täters etwas konfus geworden sei und ihr beim Suchen nach dem Hausschlüssel Gegenstände aus ihrer Tasche gefallen seien, welche sie vom Boden aufgelesen habe, bevor sie die Haustüre geöffnet habe (HD 2 S. 3). Authentisch wirkt etwa auch ihre Bemerkung, dass der Täter komisch, bzw. "wie betäubt" geschaut habe, und sie dies schlecht beschreiben könne (HD 20 S. 5). Die Aussagen der Geschädigten sind auch widerspruchsfrei. Der Einwand der Verteidigung, dass die Geschädigte ihre spätere Aussage vor der Staatsanwaltschaft mit Details angereichert habe (HD 60/3 S. 7) ist unzutreffend. Wie die Vorinstanz nachgewiesen hat (HD 71 S. 11), geht auch schon aus der ersten Aussage vor der Polizei hervor, dass sie den Täter mehrmals angeschaut hatte. Aus dem Aus-

sageverhalten der Geschädigten ist insgesamt sodann klar ersichtlich, dass sie um eine sachliche Darstellung bemüht war und den Beschuldigten nicht übermässig belasten wollte. Dies zeigt sich beispielsweise daran, dass sie konstant aussagte, dass der Täter sie weder angefasst noch mit ihr gesprochen habe (HD 2 S. 3; HD 20 S. 4 und 5; vgl. auch die weiteren von der Vorinstanz zitierten Aussagen, HD 71 S. 11). Es zeigt sich aber auch daran, dass sie keine Mutmassungen anstellte, sondern Nichtwissen stets klar als solches deklarierte (vgl. die beispielhaft zitierten Aussagen in HD 71 S. 11 und etwa auch HD 20 S. 4, bezüglich der Frage, wann und wie genau der Täter seine Hosen heruntergezogen hatte).

3. Der überzeugenden Darstellung der Geschädigten vermögen die vagen Aussagen des Beschuldigten keine erheblichen Zweifel entgegenzusetzen. Der von ihm in pauschaler Weise vorgebrachte Vorwand, er gehe an Samstagen um diese Uhrzeit normalerweise mit einem Kollegen in die Disco (HD 7 S. 5 f.), ist mit der Vorinstanz als Schutzbehauptung zu qualifizieren.

4. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass auf die Aussagen der Geschädigten abzustellen ist und der eingeklagte Sachverhalt somit als mit rechtsgenügender Sicherheit erstellt zu gelten hat.

Im Rahmen des Tatinterlokutes vom 27. April 2012 war deshalb festzustellen, dass der Beschuldigte die inkriminierte Handlung vom 23. Januar 2010 begangen hat.

V. Zur Einholung des Gutachtens

Wie bereits erwähnt, stellte sich in Anbetracht der teilweise einschlägigen Vorstrafen (HD 73) und insbesondere vor dem Hintergrund der Aussagen des Beschuldigten anlässlich seiner Einvernahme im Rahmen der Berufungsverhandlung vom 27. April 2012 (Urk. 83 S. 9 und 11) ernsthaft die Frage nach seiner Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 StGB. Gemäss Art. 20 StGB ist in einem solchen Fall ein Sachverständigengutachten einzuholen. Im Hinblick auf den zweiten Teil der Berufungsverhandlung vom 17. Mai 2013, welcher die Schuldfrage sowie die entsprechenden Folgen zu behandeln hat, wurde deshalb am 27. April 2012 be-

geschlossen, dass ein Gutachten eingeholt wird zur Frage der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Beschuldigten, zur Rückfallgefahr und zur Frage der allfälligen Anordnung einer Massnahme. Das Gutachten vom 21. November 2012 liegt als Urk. 99 in den Akten.

VI. Rechtliche Würdigung

Die Vorinstanz hat die Tat des Beschuldigten als zumindest eventualvorsätzliche sexuelle Handlung mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 StGB gewertet (HD 71 S. 15 f.). Das Verhalten des Beschuldigten erfüllt zweifellos den objektiven Tatbestand der vorgenannten Strafbestimmung.

Die Vorinstanz hat auch richtig gesehen, dass subjektiv in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des Einbeziehens direkter Vorsatz verlangt wird, derweil hinsichtlich jenem des Schutzalters Eventualvorsatz genügt (Trechsel/Bertossa, StGB PK. Art. 187 N 9, 11 und 15).

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann indes auf das Vorliegen des Letzteren beim Beschuldigten nicht mit rechtsgenügender Sicherheit geschlossen werden. Zutreffend ist zwar, dass der Beschuldigte sinngemäss ausgesagt hatte, dass es ihm generell passieren könne, dass er eine erst 15-Jährige aufgrund der Schminke bzw. des Make-up als 18 Jahre einschätzen könnte (HD 7 S. 10; HD 60/2 S. 8). Dies kann aber noch nicht als Eingeständnis für den konkreten Fall gewertet werden. Vor dem Hintergrund seiner Vorstrafen wegen Exhibitionismus, sowie aufgrund der gutachterlichen Einschätzung des Beschuldigten als "typischen Exhibitionisten" (HD 99 S. 40) wird deutlich, dass ihn als Zielgruppe seiner Handlungen nicht Kinder, sondern durchwegs junge Frauen interessieren. Die Geschädigte war im Zeitpunkt der Tat (am tt.mm.2010, um 19.40 Uhr) 15 Jahre und 3 Monate alt und gemäss deren Aussagen zumindest leicht geschminkt (HD 2 S. 6). Zur Tatzeit war es dunkel, wenn auch der Tatort (Vorplatz zum Hauseingang) beleuchtet war. Das bei den Akten liegende Foto der Geschädigten vom 14. März 2010 zeigt eine junge Frau, die aufgrund ihrer äusseren Erscheinung ohne Weiteres auch für eine 16- bis 18-Jährige gehalten werden kann

(HD 12 letztes Blatt). All diese Umstände sprechen dafür, dass der Beschuldigte sich die Geschädigte als volljährige junge Frau vorgestellt haben könnte. Nicht ersichtlich sind demgegenüber objektive Anhaltspunkte, aus welchen zwingend geschlossen werden müsste, dass sich der Beschuldigte im kurzen Moment seiner Tat überlegt haben könnte bzw. müsste, dass die junge Frau, welche er vor sich hat, noch nicht 16 Jahre alt sein könnte.

Aufgrund dessen kann zu Gunsten des Beschuldigten nicht ausgeschlossen werden, dass dieser die Minderjährigkeit der Geschädigten nicht bewusst in Kauf nahm, sondern (möglicherweise fahrlässig) verkannte. Fahrlässige Begehung (vgl. Art. 187 Ziff. 4 StGB), worauf die Verteidigung plädierte (Prot. II S. 18), ist in der Anklage allerdings nicht umschrieben, weshalb eine entsprechende Verurteilung nicht in Frage kommt.

Das Berufungsgericht ist an den in der Anklage umschriebenen Sachverhalt, nicht aber an die darin vorgenommene rechtliche Würdigung gebunden (Art. 350 Abs. 1 i.V.m. Art. 379 StPO). Unzweifelhaft ist, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz seinen entblößten erigierten Penis in die Hand nahm und in einem Abstand von ca. 2-3 Metern zur Geschädigten unter fortdauerndem direkten Blickkontakt masturbierte. Nachdem ein Eventualvorsatz des Beschuldigten in Bezug auf die Minderjährigkeit der Geschädigten nicht erstellt werden kann, ist sein Verhalten rechtlich jedenfalls klar als (vorsätzlicher) Exhibitionismus zu würdigen (Art. 194 Abs. 1 StGB), was von dem in der Anklage umschriebenen Sachverhalt gedeckt ist. Ein gültiger Strafantrag der Geschädigten liegt vor (HD 2 S. 5 und HD 13). Nach Art. 194 Abs. 2 StGB kann das Strafverfahren eingestellt werden, wenn sich der Täter einer ärztlichen Behandlung unterzieht. Vorliegend besteht kein Anlass zur Verfahrenseinstellung, da der Beschuldigte bereits mehrfach einschlägig vorbestraft ist. Der Beschuldigte ist somit wegen Exhibitionismus im Sinne von Art. 194 Abs. 1 StGB zu bestrafen.

VII. Strafzumessung

1. Art. 194 Abs. 1 StGB sieht einen ordentlichen Strafraum von Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen vor. Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe liegen nicht vor.

2.1. Innerhalb des Strafraums misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu, unter Berücksichtigung des Vorlebens, der persönlichen Verhältnisse sowie der Wirkung der Strafe auf das Leben des Beschuldigten (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

Das Tatverschulden des Beschuldigten ist als leicht zu qualifizieren. Der Beschuldigte hat die Geschädigte nur für kurze Zeit angeschaut und vor ihr sein Geschlechtsteil frottiert, ohne sie verbal oder körperlich zu tangieren. Subjektiv handelte er mit direktem Vorsatz.

Das im Rahmen des Berufungsverfahrens in Auftrag gegebene Gutachten vom 21. November 2012 kommt zum Schluss, dass der Beschuldigte seit mehreren Jahren an einer sexuellen Präferenzstörung (Paraphilie) in Form eines Exhibitionismus leide. Im Deliktszeitraum habe darüber hinaus eine depressiv getönte Anpassungsstörung infolge der 2009 erfolgten Trennung von der Ehefrau bestanden. Die vorgeworfene exhibitionistische Handlung stehe mit der zugrundeliegenden Paraphilie in engem Zusammenhang (Urk. 99 S. 42). Zur Frage der Schuldfähigkeit in Bezug auf den vorliegend zu beurteilenden Vorfall vom 23. Januar 2010 wird festgehalten, dass diesbezügliche Aussagen nur schwer zu treffen seien, da der Beschuldigte diesen bestreite. Ganz allgemein gelte jedoch, dass das Zusammenspiel zwischen 1) Persönlichkeitsauffälligkeiten des Beschuldigten, 2) akuten Belastungssituationen, den dadurch hervorgerufenen depressiven Symptomen und 3) seiner exhibitionistischen Neigung aus Sicht des Gutachters als schwerwiegende psychische Störung aufgefasst werden könne. Die phasenweise

Abgrenzbarkeit deliktischen Verhaltens spreche dafür, dass in solchen Belastungsphasen die Hemmungskräfte des Beschuldigten so stark nachlassen würden, dass zeitlich überdauernd bestehende Handlungsbestrebungen handlungswirksam würden. Vor diesem Hintergrund sei, wenn der Beschuldigte für das Delikt vom 23. Januar 2010 verantwortlich gemacht werde, aus psychiatrischer Sicht die Annahme einer leichten Minderung der Schuldfähigkeit gerechtfertigt. Schwere Einbussen seien aufgrund der zeitlich lang hingestreckten Handlungsetappen und der Vorsorge gegen unmittelbare Entdeckung wenig wahrscheinlich (a.a.O. S. 39 f.). Zusammengefasst, in Beantwortung der gutachterlichen Fragen, wird ausgeführt, dass der Beschuldigte zur Zeit der Tat nicht unfähig gewesen sei zur Einsicht in deren Unrecht bzw. zum Handeln gemäss dieser Einsicht. Infolge der belastenden Lebenssituation seien die Hemmungskräfte des Beschuldigten so weit eingeschränkt gewesen, dass aus psychiatrischer Sicht von einer leichten Verminderung der Schuldfähigkeit zum Tatzeitpunkt gesprochen werden könne (Urk. 99 S. 42 f.).

Das Gutachten vom 21. November 2012 ist schlüssig und nachvollziehbar. Dass sich einige "kleine Unstimmigkeiten" (wie der Verteidiger selber sagt: Urk. 104 S. 1 f.) eingeschlichen haben, vermag das fundierte Gutachten nicht in Frage zu stellen, handelt es sich dabei doch durchgehend um offensichtliche Flüchtigkeitsfehler, wie sie immer vorkommen können (Urk. 99 S. 3: falsche Tatzeitangabe; S. 9 und 27: "Stiefmutter" statt Pflegemutter; S. 10: falsche Namensangabe "Dr. F._____" [recte: Dr. med. G._____, vgl. HD 17/5]; S. 15: falsche Mietzinsangabe). Zwei weitere Fehler, welche der Verteidiger rügt (Urk. 105 S. 2), sind in Wirklichkeit keine: Zum einen findet sich in den Akten tatsächlich eine Befragung des Beschuldigten vom "10. August 2008" (siehe HD 16 = ND 7/2 der Bezugsakten Bezirksanwaltschaft Zürich 2001/11710; diese wurde bereits bei ihrer Produktion falsch datiert [recte: 10.08.2001], was nicht dem Gutachter anzulasten ist). Zum anderen geht der Gutachter auf Seite 12 des Gutachtens nirgends davon aus, dass der Beschuldigte am 16. März 2007 verhaftet worden oder in dieser Zeit aktiv gewesen sei, sondern bezieht sich einzig auf den Strafbefehl des Kantons Zug nämlich den Datums (vgl. Bezugsakten der Staatsanwaltschaft Zug, ERA 2006/5707, Urk. 1). Von "gänzlich falschen Ausführungen" (Urk. 104

S. 2) kann deshalb entgegen der Auffassung der Verteidigung nicht die Rede sein, weshalb an der Qualität des Gutachtens nicht gezweifelt werden kann.

Entgegen deren weiteren Argumentation wird sodann im Gutachten das Quantitativ der Verminderung der Schuldfähigkeit genügend konkret gewichtet. Die forensische Psychiatrie ist nicht in der Lage, ein mathematisch exaktes Messsystem anzubieten, weshalb vom psychiatrischen Gutachter nicht mehr als eine grobe Einschätzung verlangt werden kann, die vom Richter rechtlich zu würdigen ist, wobei beiden je ein weiter Ermessensspielraum zukommt (vgl. BGE 136 IV 55 E. 5.6). Vorliegend bejaht der Gutachter eine leichte Verminderung der Schuldfähigkeit und hält eine darüber hinausgehende Verminderung – er spricht von "schwereren Einbussen" und nicht von *schweren* Einbussen wie die Verteidigung lesen will (Urk. 104 S. 2) – für "wenig wahrscheinlich" (Urk. 99 S. 40). Das Vorliegen einer mittleren oder gar schweren Verminderung der Schuldfähigkeit kann aufgrund dieser (wissenschaftlicher Vorsichtigkeit verpflichteten) Formulierung rechtgenügend ausgeschlossen werden. Mit den (seine vorgängigen Ausführungen zusammenfassenden) Hinweisen auf die "lang hingestreckten Handlungsetappen" und die "Vorsorge gegen unmittelbare Entdeckung" hat der Gutachter sodann nachvollziehbar begründet, weshalb nicht mehr als eine leichte Verminderung in Frage kommt. Dabei ist der zweite Hinweis entgegen der Auffassung der Verteidigung nicht unverständlich. Vielmehr erhellt aus dem Kontext, dass sich der Gutachter damit auf die ihm gegenüber gemachten Angaben des Beschuldigten bezieht, wonach dieser die "Gelegenheit nutze, wenn es keine Zeugen gebe", und er "schon noch eine gewisse Wahrnehmung der Umgebung" habe und "eine gewisse Vorsicht" walten lasse (Urk. 99 S. 24), was doch für eine weitgehend erhaltene Steuerungsfähigkeit spricht.

Somit ist festzuhalten, dass gestützt auf den Gutachter von einer leichten Verminderung der Schuldfähigkeit auszugehen ist. Diese ist deutlich strafmindernd zu berücksichtigen.

2.2. Hinsichtlich des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann vorab auf die erstinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (HD 71 S. 17 f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 27. April 2012 führte

der Beschuldigte aus, dass er von seiner Ehefrau am 14. Dezember 2011 aus kinderloser Ehe geschieden worden sei. Er arbeite noch immer zu 100% als Sachbearbeiter im Verkaufs-Innendienst der H._____ AG in I._____, wobei er vorhabe, berufsbegleitend eine anderthalbjährige Weiterbildung als Verkaufsfachmann zu machen (Urk. 83 S. 2 f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 17. Mai 2013 führte er sodann aus, dass er weiterhin zu 100% bei der H._____ AG in I._____ tätig sei, wobei sein Nettolohn unverändert Fr. 5'070.– betrage. Zusätzlich arbeite er – auf Abruf, im Rahmen von Wochenendeinsätzen – bei der J._____ Genossenschaft im Catering, womit er monatlich netto zwischen Fr. 500.– bis Fr. 700.– verdiene. Seine Schulden bezifferte er mit Fr. 40'000.–. Diese würden deshalb höher erscheinen, als er letztmals angegeben habe, weil er das Leasing in den Privatkredit aufgenommen habe. Seine Wohnung koste monatlich Fr. 1'580.–, inklusive Nebenkosten. Seine Krankenkassenprämie belaufe sich auf Fr. 389.–. Die definitive Steuerrechnung für das Jahr 2012 (kantonale Steuern) betrage Fr. 5450.–. Er habe eine feste Freundin, mit der er aber nicht zusammenlebe (Prot. II S. 14 ff. und S. 22 ff.).

Dem Beschuldigten sind heute drei Vorstrafen vorzuhalten, wovon eine einschlägig ist (mehrfacher Exhibitionismus), was sich deutlich strafferhöhend auswirkt. Nicht mehr vorgehalten werden kann diejenige der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 7. August 2002, welche inzwischen gelöscht ist (vgl. Art. 369 Abs. 1 lit. c). Nicht vorgehalten werden darf die von der Staatsanwaltschaft Winterthur mit Urteil vom 24. Januar 2010 ausgesprochene Strafe, welche erst nach der hier zu beurteilenden Tat gefällt wurde (Urk. 73). Weiter wirkt sich strafferhöhend aus, dass der Beschuldigte während laufender Strafuntersuchung sowie während laufender Probezeiten erneut straffällig wurde (vgl. HD 73 sowie Beizugsakten der Strafanwaltschaft Winterthur/Unterland 2010/498, Urk. 9 und 10).

Weitere strafzumessungsrelevante Faktoren lassen sich aus dem Lebenslauf des Beschuldigten nicht ableiten.

2.3. Der Beschuldigte führt aus, dass er auch mit der Leistung gemeinnütziger Arbeit einverstanden wäre (Prot. II S. 16 und 20). Die Anordnung gemeinnütziger Arbeit im Sinne von Art. 37 ff. StGB ist indes nicht angezeigt, da eine solche

aufgrund des hohen Arbeitspensums des Beschuldigten (vgl. Ziff. 2.2.) innert der vom Gesetz geforderten Frist (vgl. Art. 38 StGB) nicht vollziehbar erscheint.

3. Unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Strafzumessungsgründe erweist sich eine Geldstrafe von 100 Tagessätzen als angemessen. Der Tagessatz ist aufgrund der relativ guten finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten (vgl. vorstehend Ziff. 2.2.) auf Fr. 100.– anzusetzen. Einer Anrechnung der erstandenen eintägigen Untersuchungshaft, welche einem Tagessatz Geldstrafe entspricht, steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

VIII. Strafvollzug

Die Vorinstanz hatte überzeugend dargetan, dass vor dem Hintergrund der teilweise einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten sowie aufgrund des Umstandes, dass er sich bis anhin einer Wiederaufnahme der Therapie wegen Exhibitionismus auf freiwilliger Basis widersetzt hatte, dem Beschuldigten keine günstige Prognose gestellt werden kann. Heute präsentiert sich die Situation zwar insofern anders, als sich der Beschuldigte inzwischen freiwillig in Behandlung gegeben hat (vgl. Urk. 83 S. 9 und 10; Urk. 99 S. 26; Prot. II S. 23) und sich aktuell grundsätzlich motiviert zeigt (Prot. II S. 15), die gemäss Gutachter erforderliche therapeutische Behandlung durchzuführen und aktiv daran mitzuarbeiten (Urk. 99 S. 40 f. und S. 45). Der Gutachter schätzt indes die Wahrscheinlichkeit weiterer exhibitionistischer Handlungen trotz erfolgter Stabilisierung der privaten Lebenssituation des Beschuldigten als hoch ein (a.a.O. S. 40 und 43).

Vor dem Hintergrund der Vorstrafen und der gutachterlichen Prognose des Beschuldigten besteht – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 104 S. 3; Prot. II S. 19, welche bei ihrer Argumentation auch übersieht, dass eine Massnahme nur bei einer unbedingten Strafe angeordnet werden kann) – kein Raum für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs. Somit ist die heute auszusprechende Geldstrafe zu vollziehen.

IX. Massnahme

1. Die Staatsanwaltschaft verlangt die Anordnung einer ambulanten Massnahme gemäss Gutachten (Urk. 102). Auch der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger beantragt die Anordnung einer ambulanten Massnahme (Urk. 108, Prot. II S. 15).

2.1. Eine Massnahme ist anzuordnen, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen, ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder die öffentliche Sicherheit dies erfordert und die Voraussetzungen der Artikel 59-61, 63 oder 64 erfüllt sind (Art. 56 Abs. 1 StGB). Die Anordnung einer Massnahme setzt voraus, dass der mit ihr verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig ist (Art. 56 Abs. 2 StGB). Ist der Täter psychisch schwer gestört, ist er von Suchtstoffen oder in anderer Weise abhängig, so kann das Gericht anordnen, dass er nicht stationär, sondern ambulant behandelt wird, wenn der Täter eine mit Strafe bedrohte Tat verübt, die mit seinem Zustand im Zusammenhang steht und zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit dem Zustand des Täters im Zusammenhang stehender Taten begegnen (Art. 63 Abs. 1 StGB).

Gemäss den Ausführungen des psychiatrischen Gutachters leidet der Beschuldigte, wie bereits ausgeführt, seit mehreren Jahren an einer sexuellen Präferenzstörung (Paraphilie) in Form eines Exhibitionismus. Im Deliktszeitraum habe darüber hinaus eine depressiv getönte Anpassungsstörung infolge der 2009 erfolgten Trennung von der Ehefrau bestanden. Die vorgeworfene exhibitionistische Handlung steht laut Gutachter mit der zugrundeliegenden Paraphilie in engem Zusammenhang. Der Gutachter kam weiter zum Schluss, dass die exhibitionistische Verhaltenstendenz des Beschuldigten trotz zwischenzeitlicher Besserung von dessen affektiver Verfassung weiter fortbestehe (Urk. 99 S. 42). Er bezeichnet die Wahrscheinlichkeit weiterer exhibitionistischer Handlungen als hoch und hält eine Bestrafung des Beschuldigten für sich genommen als nicht geeignet, die Gefahr weiterer einschlägiger Straftaten des Beschuldigten zu vermindern. Erfor-

derlich seien vielmehr weitere therapeutische Interventionen, insbesondere die psychotherapeutische Behandlung der paraphilen Grundstörung (a.a.O. S. 43). Gemäss Gutachter ist nicht eine stationäre Behandlung erforderlich, sondern eine ambulante Behandlung sinnvoll, welche langfristig angelegt sein und neben der Behandlung der die Delinquenz begünstigenden Persönlichkeitsanteile und depressiven Reaktionstendenzen auch den Umgang mit Ärger und Wutgefühlen sowie den spezifischen Umgang mit exhibitionistischen Verhaltenstendenzen beinhalten solle. Aus Sicht des Gutachters würde der vorausgehende oder gleichzeitige Vollzug einer Freiheitsstrafe die Behandlung nicht verunmöglichen oder erheblich beeinträchtigen. Die Behandlung könne während des Vollzugs initiiert werden, solle jedoch keinesfalls auf den Vollzug der Haft beschränkt bleiben (a.a.O. S. 44). Gemäss Gutachter zeige sich der Beschuldigte aktuell motiviert, die erforderliche Behandlung durchzuführen und aktiv mitzuarbeiten. Die Behandlung könne grundsätzlich von dem den Beschuldigten aktuell behandelnden Psychotherapeuten weitergeführt werden, welcher sich hiezu auch bereit erklärt habe. Sollte es im Verlaufe der Massnahme zu einer Symptomverstärkung mit Rückfällen kommen, wäre allerdings an eine Therapie in einer forensisch spezialisierten Praxiseinrichtung zu denken. Schliesslich geht der Gutachter davon aus, dass trotz in der Vergangenheit fehlgeschlagener, bzw. nicht langfristig erfolgreicher Behandlungen die Gefahr weiterer exhibitionistischer Handlungen durch eine sachgerechte und langfristig angelegte psychotherapeutische Behandlung gemindert werden könne, hält allerdings auch fest, dass die Reduktion entsprechender Verhaltensweisen nicht gegen den Willen des Beschuldigten erreicht werden könnten (a.a.O. S. 44 f.).

Anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte sich der Beschuldigte mit der Anordnung einer ambulanten Behandlung einverstanden (Prot. II S. 15).

Demzufolge sind die Voraussetzungen nach Art. 56 Abs. 1 und Art. 63 StGB gegeben, weshalb eine ambulante Behandlung anzuordnen ist. Diese erscheint vorliegend nicht unverhältnismässig.

2.2. Ein Strafaufschub zu Gunsten der Massnahme steht bei einer Geldstrafe nicht zur Diskussion (Art. 63 Abs. 2 StGB e contrario; BSK Strafrecht I-Heer, Art. 63 N 34).

X. Kosten

Die Berufung des Beschuldigten führt zu einer wesentlich tieferen Strafe. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) zu bestätigen und rechtfertigt es sich, dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive der Kosten des Gutachtens, jedoch mit Ausnahme der Kosten seiner amtlichen Verteidigung seit dem 15. Mai 2012, zur Hälfte aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung seit dem 15. Mai 2012 sind auf die Gerichtskasse zu nehmen unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht nach Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang der Hälfte.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des Exhibitionismus im Sinne von Art. 194 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 100 Tagessätzen zu Fr. 100.–, wovon 1 Tagessatz als durch Haft geleistet gilt.
3. Die Geldstrafe wird vollzogen.
4. Es wird eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB angeordnet.
5. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'497.05 amtliche Verteidigung seit 15. Mai 2012
Fr. 11'970.– Gutachten vom 21. November 2012

7. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich der Gutachtenskosten und mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung (seit 15. Mai 2012), werden zur Hälfte dem Beschuldigten auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung (seit 15. Mai 2012) werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht im Umfang von 1/2 nach Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten(übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- sowie in vollständiger Ausfertigung an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
9. Rechtsmittel:

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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 17. Mai 2013

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Höfliger