

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB180229-O/U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, lic. iur. Ruggli und lic. iur. Stiefel sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Linder

## Urteil vom 30. April 2019

in Sachen

**Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich**, vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. Scherrer,  
Anklägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

sowie

**A.**\_\_\_\_\_,  
Privatkläger und Anschlussberufungskläger  
unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,  
Beschuldigter, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger  
amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin dipl. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **sexuelle Nötigung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 29. Januar 2018 (GG170257)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV (neu I) des Kantons Zürich vom 28. November 2017 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 24).

**Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die Zivilklage der Privatklägerschaft wird auf den Zivilweg verwiesen. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte die Zivilforderung im Umfang von pauschal Fr. 1'000.– anerkannt hat.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'800.–; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 1'500.– Gebühr Vorverfahren  
Fr. 3'084.55 amtliche Verteidigung (Vorverfahren)  
Fr. 5'687.75 amtliche Verteidigung  
  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung und die Dolmetscherkosten, werden dem Beschuldigten auferlegt.
5. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
6. Über die Höhe der Aufwendungen und Auslagen der amtlichen Verteidigung wird mit separater Verfügung entschieden.
7. Dem Beschuldigten wird keine Entschädigung zugesprochen.

**Berufungsanträge:**

a) der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 67, Prot. II S. 16)

Hauptantrag:

Das angefochtene Urteil des Einzelgerichts Zürich vom 29. Januar 2018 sei aufzuheben und der Vorinstanz zur Durchführung einer neuerlichen Hauptverhandlung und zum neuerlichen Sachentscheid zurückzuweisen.

Eventualiter:

Schuldigsprechung des Beschuldigten wegen sexueller Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB, Bestrafung im Sinne der Anklageschrift (Urk. 24).

Sub-eventualiter:

Schuldigsprechung des Beschuldigten wegen sexueller Belästigung im Sinne von Art. 198 Abs. 2 StGB, Bestrafung nach Ermessen des Gerichts.

b) der Privatklägerschaft:

(Urk. 68, Prot. II S. 17)

1. Die Anträge der Berufungsklägerin seien vollumfänglich gutzuheissen. Dies gilt auch für den Eventualantrag auf Bestrafung wegen sexueller Nötigung.
2. Sämtliche Anträge des Beschuldigten bzw. des Berufungsbeklagten seien vollumfänglich abzuweisen
3. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Privatkläger eine Genugtuung von Fr. 6'000.– zzgl. 5% Zins seit dem 30.12.2016 zu bezahlen.

c) der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 70)

1. Die Berufung der Staatsanwaltschaft IV (resp. I) sei abzuweisen.
2. Es sei Ziff. 4 des bezirksgerichtlichen Urteils vom 29. Januar 2018 aufzuheben und wie folgt zu ändern:  
  
"Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, die Dolmetscherkosten und die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes des Privatklägers, werden dem Beschuldigten auferlegt.
3. Entsprechend sei Ziff. 1 der bezirksgerichtlichen Verfügung vom 19. Februar 2018 vollständig aufzuheben bzw. es sei festzustellen, dass besagte Ziffer unwirksam ist.
4. Eventualiter sei Ziff. 4 des bezirksgerichtlichen Urteils vom 29. Januar 2018 dahingehend abzuändern bzw. dahingehend zu präzisieren, dass dem Berufungskläger die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes des Privatklägers nur teilweise aufzuerlegen seien. Die teilweise Auflage nach Ermessen des Gerichts zu erfolgen.
5. Entsprechend sei eventualiter Ziff. 1 der bezirksgerichtlichen Verfügung vom 19. Februar 2018 aufzuheben und gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3 abzuändern, so dass dem Berufungskläger nach Ermessen des Gerichts nur ein Teil der Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes des Privatklägers aufzuerlegen sei.
6. Die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes des Privatklägers (Beschwerdegegner 2) seien auf die Staatskasse zu nehmen. Demzufolge seien Ziff. 1 und 2 der Verfügung vom 19. Februar 2018 des Bezirksgerichts Zürich aufzuheben.

7. Eventualiter seien die Ziff. 1 und 2 der Verfügung vom 19. Februar 2018 des Bezirksgerichts Zürich aufzuheben und dahingehend abzuändern, dass dem Beschwerdeführer die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistands des Privatklägers nur in beschränktem Umfang aufzuerlegen seien. Die Kürzung habe nach Ermessen des Gerichts zu erfolgen.
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.

\*\*\*\*\*

### **Erwägungen:**

#### **I. Prozessgeschichte**

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 29. Januar 2018 wurde der Beschuldigte vom Vorwurf der sexuellen Nötigung freigesprochen. Die Zivilklage der Privatklägerschaft wurde auf den Zivilweg verwiesen; es wurde davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte die Zivilforderung im Umfang von pauschal Fr. 1'000.-- anerkannt hat. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens wurden dem Beschuldigten auferlegt, ausgenommen die Kosten der amtlichen Verteidigung. Dem Beschuldigten wurde keine Entschädigung zugesprochen (Urk. 35). Das Urteil der Vorinstanz wurde den Parteien gleichentags mündlich eröffnet und im Dispositiv übergeben (Prot. I S. 12).

Dagegen meldete die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 1. Februar 2018 rechtzeitig Berufung an (Urk. 38). Der Beschuldigte liess innert Frist keine eigenständige Berufung erheben, sondern erklärte mit Eingabe vom 2. März 2018 "Anschlussberufung" (Urk. 41).

2. Als Nachtrag zum Urteil verfügte das Bezirksgericht am 19. Februar 2018, dass dem Beschuldigten die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistands des Privatklägers auferlegt werden (Urk. 40). Der Beschuldigte liess diese Verfügung mit Beschwerde anfechten und beantragte, dass die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistands des Privatklägers auf die Staatskasse zu nehmen seien, eventualiter ihm nur im beschränkten Umfang aufzuerlegen seien (Urk. 52/2).

Mit Verfügung vom 15. März 2018 überwies die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Beschwerde zur weiteren Behandlung an die Berufungskammer (Urk. 51 S. 2).

3. Das begründete Urteil (Urk. 48) wurde den Parteien am 25. Mai 2018 resp. 28. Mai 2018 zugestellt (Urk. 47/1-3). Mit Eingabe vom 25. Mai 2018 erfolgte fristgerecht die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft (Urk. 49). Sie beantragte, das Urteil sei aufzuheben und der Vorinstanz zur Durchführung einer neuerlichen Hauptverhandlung und zu erneutem Sachentscheid zurückzuweisen, eventualiter sei der Beschuldigte im Sinne der Anklage vom 28. November 2017 schuldig zu sprechen und antragsgemäss zu bestrafen (Urk. 49 S. 3).

Mit Präsidialverfügung vom 4. Juni 2018 wurde dem Beschuldigten und Privatkläger je eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt sowie Frist angesetzt, um schriftlich zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben werde (Urk. 53).

Mit einer als "Berufungserklärung" bezeichneten Eingabe vom 14. Juni 2018 liess der Beschuldigte beantragen, diese sei nicht als Anschlussberufung, sondern als eigenständige Berufung zu behandeln (Urk. 55 S. 3). Dieser Antrag wurde mit Präsidialverfügung vom 25. Juni 2018 abgewiesen (Urk. 57).

Mit Eingabe vom 27. Juni 2018 liess der Privatkläger rechtzeitig Anschlussberufung erheben (vgl. ES Urk. 54/3); die Berufung der Staatsanwaltschaft sei gutzuheissen, dem Privatkläger sei eine Genugtuung von Fr. 6'000.-- zzgl. Zins von 5% seit dem 30. Dezember 2016 (Ereignisdatum) zu zahlen (Urk. 56).

4. Die Berufungsverhandlung fand nach Verschiebung aus Gründen seitens des Gerichts am 30. April 2019 statt (vgl. Vorladungsprotokoll Urk. 59 resp. 64).

Es erschienen der Beschuldigte in Begleitung seiner amtlichen Verteidigung, der Vertreter der Anklage sowie der unentgeltliche Rechtsbeistand des Privatklägers (Prot. II S. 6). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II. Formelles

1. Die Vorinstanz ist zum Schluss gekommen, der erstellte Sachverhalt lasse sich mangels Nötigungshandlung nicht unter Art. 189 StGB (sexuelle Nötigung) subsumieren, vielmehr sei wohl der Tatbestand der sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 198 StGB erfüllt. Dabei handle es sich um ein Antragsdelikt; der Privatkläger habe jedoch nie einen Strafantrag gestellt, weshalb eine Verurteilung wegen sexueller Belästigung nicht möglich sei (Urk. 48 S. 9).

Dieser Rechtsauffassung ist aus darzulegenden Gründen nicht zu folgen.

2. Die Ausübung des Antragsrechts nach Art. 30 StGB ist primär eine Willenserklärung, die an keine Form gebunden ist. Der Geschädigte will damit zum Ausdruck bringen, dass eine Strafverfolgung stattfinden soll. Eine Strafanzeige genügt, wenn sich dieser Wille aus der Erklärung ergibt.

Auch wer sich im Strafpunkt als Privatkläger konstituiert, will klarerweise, dass der Täter verfolgt wird. Entsprechend gilt die Erklärung nach Art. 119 Abs. 1 lit. a StPO als Strafantrag (RIEDO in: BSK StGB, N 48 ff. zu Art. 30).

3. Der inkriminierte Vorgang ereignete sich am 30. Dezember 2016 abends. Am 1. Januar 2017 erschien der Geschädigte in Begleitung seiner Mutter und deren Partner auf dem Detektivposten C.\_\_\_\_\_ [Ortschaft]; sie erstatteten Anzeige gegen Unbekannt wegen des Vorfalls vor zwei Tagen, wonach der Geschädigte von einem Mann sexuell angegangen worden sei (Urk. 1). Ein Tatverdächtiger konnte anhand der Angaben des Geschädigten und eines Überwachungsvideos am 24. Januar 2017 von der Polizei (wiederum am Ort des Geschehens, ... [Ort] bei den Toilettenanlagen) angehalten und kontrolliert werden (Urk. 2). Es handelt sich dabei um den Beschuldigten.

Es kann dabei offenbleiben, ob die Erstattung der Anzeige bereits als Strafantrag zu sehen ist, denn am 27. März 2017 unterzeichnete die Mutter des noch nicht volljährigen Geschädigten stellvertretend für diesen das Formular zur Geltendmachung von Rechten als Privatklägerschaft. Darin erklärte sie ausdrücklich, dass der Geschädigte seine Parteirechte als Privatkläger ausüben und als Strafkörper am Verfahren mitwirken wolle (Urk. 11/3; unterzeichnet ist das Formular im Übrigen auch durch den Geschädigten selbst, siehe dazu Art. 30 Abs. 2 und 3 StGB). Spätestens diese Erklärung ist als Strafantrag zu verstehen, der innert der Antragsfrist von drei Monaten erfolgte (Art. 31 StGB, Berechnung der Frist nach Kalenderzeit, siehe Art. 110 Abs. 6 StGB).

Das formelle Erfordernis des Strafantrags in Hinblick auf eine mögliche sexuelle Belästigung ist damit gegeben.

### **III. Sachverhalt**

1. Der Beschuldigte ist geständig, den Geschädigten in der entsprechenden WC-Kabine an der Schulter festgehalten, ihm einen Kuss auf die Wange gegeben und ihn über den Kleidern im Penisbereich angefasst zu haben. Damit hat er den Anklagesachverhalt bereits weitgehend anerkannt. Die Türe zur Kabine sei aber immer offen gewesen (und nicht zu, wie vom Geschädigten behauptet). Als der Geschädigte "no" gesagt habe, sei er, der Beschuldigte, gegangen. Er könne sich nicht erinnern, dem Geschädigten "ich ficke dich" gesagt zu haben (Urk. 3 S. 4); in der Schlusseilvernahme wollte er dazu keine Stellung nehmen (Urk. 23 S. 3).

2. Bei den Aussagen des Privatklägers (Urk. 9/1) geht die Vorinstanz davon aus, diese seien infolge Verletzung des Anspruchs des Beschuldigten, dem Privatkläger Fragen stellen zu können, nicht verwertbar. Dem ist nicht so.

Die Staatsanwaltschaft hat in ihrer Berufungserklärung (Urk. 49) zutreffend dargelegt, dass nachdem ihre Einstellungsverfügung vom 9. Juni 2017 (Urk. 16) durch das Obergericht aufgehoben worden war (vgl. Urk. 19/5), sie den Parteien mit Schreiben vom 23. Oktober 2017 mitgeteilt habe, dass sie nun doch Anklage gegen den Beschuldigten wegen sexueller Nötigung erheben werde und vorgängig

noch eine Schlusseinvernahme durchzuführen sei. Die Staatsanwaltschaft wies darauf hin, dass sie weitere Beweiserhebungen, insbesondere eine Zweitbefragung des Privatklägers, nicht als nötig erachte. Sollten die Parteien dies jedoch anders sehen bzw. weitere Beweisanträge stellen wollen, so bitte er um entsprechende schriftliche Eingaben innert Frist (Urk. 20). Damit hat die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten das rechtliche Gehör ausreichend und in geeigneter Weise gewährt.

Bezugnehmend auf das Schreiben der Staatsanwaltschaft verzichteten sowohl die Verteidigung wie auch die Vertretung des Privatklägers ausdrücklich auf das Stellen weiterer Beweisanträge resp. auf weitere Beweiserhebungen seitens der Staatsanwaltschaft (Urk. 21 und 22). Der Staatsanwaltschaft ist beizupflichten, dass entgegen der Ansicht der Vorinstanz das Recht des Beschuldigten auf das Stellen von Ergänzungsfragen an den Privatkläger nicht verletzt worden ist, sondern der Beschuldigte schlicht darauf verzichtet hat (vgl. Urk. 49).

Die Verteidigung macht zudem geltend, es hätte eine "Konfrontation" zwischen dem Beschuldigten und Geschädigten stattfinden müssen und die Staatsanwaltschaft hätte von Amtes wegen eine solche durchführen sollen (Urk. 60 S. 3). Dies ist nicht zutreffend. Ein Anspruch des Beschuldigten auf Gegenüberstellung mit dem Geschädigten besteht nicht, gerade auch, weil der damals unter 18-jährige Geschädigte als Opfer selber keine solche verlangt hatte (vgl. Art. 117 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 154 Abs. 4 lit. a StPO). Auch war eine solche damals nicht notwendig, zumal der Beschuldigte wesentliche Teile der Anklagevorwürfe bereits von sich aus anerkannt hatte.

Die Verteidigung selbst geht im Gegensatz zur Vorinstanz zudem nicht davon aus, die Einvernahme des Geschädigten vom 3. Januar 2017 (Urk. 9/1) sei nicht verwertbar. Vielmehr hat sie sich mit den Aussagen des Geschädigten auseinandergesetzt und ist zum Schluss gekommen, diese würden Fehler und Widersprüche aufweisen, weshalb darauf nicht abzustellen sei (Urk. 30 und Urk. 60 S. 4).

3. Es besteht damit kein Anlass zur Annahme, die Aussagen des Geschädigten seien nicht verwertbar. Folglich sind die Aussagen des Privatklägers gemäss

Urk. 9/1 (Videoaufzeichnung) nachfolgend im Rahmen der Sachverhaltserstellung zu würdigen.

Infolge Verwertbarkeit der Einvernahme des Geschädigten besteht auch kein Anlass, wie im Hauptantrag der Staatsanwaltschaft gefordert (vgl. Urk. 67 und Prot. II S. 16), das Verfahren zur neuerlichen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Der Privatkläger sagte bei der polizeilichen Einvernahme am 3. Januar 2017 im Wesentlichen aus, er sei (im ... [Ort]) auf dem WC gewesen und ein Mann sei gekommen. Dieser habe ihn in die Kabine geschubst und die Türe zugemacht. Er habe ihn so gepackt (fasst sich mit der Hand auf die Schulter) und im Gesicht geküsst. Dann habe der Mann so gemacht mit der Hand (der Geschädigte streicht sich mit der offenen Handfläche am Oberschenkel hoch und runter). Dann habe er so gemacht beim Penis (der Geschädigte bewegt seine offene Hand im Penisbereich auf und ab), dies sei über der Hose gewesen (und nicht in der Hose). Er habe die Hand des Mannes immer gesehen (also ausserhalb der Hose). Der Mann habe (beim Penis) zgedrückt; auf entsprechende Frage bestätige der Geschädigte, es habe weh getan. Beim Anfassen habe der Mann ihm gesagt, "ich ficke dich". Der Geschädigte habe darauf laut "Stop!" gerufen, dann habe der Mann die Türe der WC-Kabine geöffnet und sei weggegangen. Der Vorfall habe ca. 5 Sekunden oder etwas länger gedauert (der befragende Polizist zählte die Sekunden vor). Auf entsprechende Frage verneinte der Geschädigte, zu verstehen, was "ich ficke dich" bedeutet. Er habe den Ausdruck schon gehört, kenne die Bedeutung aber nicht. Er habe gefühlt, es sei nicht gut gewesen, dass der Mann ihn berührt und geschubst habe. Auf die Frage, wie er sich dabei sonst noch gefühlt habe, antwortete der Geschädigte, er habe noch ein wenig ("no chli") Angst gehabt (Urk. 9/1, Videoaufzeichnung).

Bereits die III. Strafkammer des Obergerichts hat im Rahmen der Aufhebung der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft zutreffend festgehalten, dass der Privatkläger zwar geistig behindert ist, seine Aussagen zum Sachverhalt dennoch gut verständlich, nachvollziehbar und plausibel seien (Urk. 19/5 S. 9).

Die Fragen an den Geschädigten mussten vom Polizisten zwar oft wiederholt und anhand von Beispielen erklärt werden. Aus den Antworten und Reaktionen des Geschädigten geht jedoch hervor, dass er die entsprechenden Fragen letztlich gut verstanden hat und bemüht war, diese so präzise wie möglich zu beantworten. Der Geschädigte erklärte teils mit Gesten, wo und wie der Beschuldigte ihn angefasst und festgehalten habe. Er konnte klar unterscheiden, dass der Beschuldigte ihn im Penisbereich über der Hose und nicht unter der Hose berührt habe (und belastete ihn damit auch nicht übermässig). Der Geschädigte kannte das Wort "Penis" (auf Frage des Polizisten hin, wie er den Bereich zwischen den Beinen beim Mann nennen würde) und verstand, dass es sich um den Intimbereich handelt. Auch sagte er von sich aus, der Beschuldigte habe gesagt, "ich ficke dich". Er konnte in der Folge klarstellen, dass er diesen Ausdruck zwar erkannt habe, aber die Bedeutung nicht wisse. Der Geschädigte schilderte nicht nur den äusseren Tatverlauf nachvollziehbar, sondern konnte auch seine Empfindungen dabei benennen, was die Glaubhaftigkeit seiner Aussage unterstreicht.

Auch wenn der Geschädigte aufgrund seiner geistigen Behinderung Mühe hatte, sich in Worten auszudrücken (vgl. dazu den neuropsychologischen Untersuchungsbericht, Urk. 33/1), geht aus seiner Videobefragung doch klar hervor, dass er die Problematik des Geschehens richtig einschätzte und im Übrigen mit der Aufforderung "Stop!" an den Beschuldigten auch angemessen reagierte. Am Urteilsvermögen des Geschädigten hinsichtlich des inkriminierten Geschehens und dass ihm Unrecht getan wurde, bestehen damit keine Zweifel. Auf seine authentischen, glaubhaften Aussagen kann deshalb abgestellt werden.

Die Verteidigung verkennt im Übrigen, dass die Aussagen des Geschädigten im Wesentlichen mit den Aussagen und Zugeständnissen des Beschuldigten übereinstimmen und nicht etwa Aussage-gegen-Aussage steht (wie von ihr geltend gemacht, Urk. 60 S. 4).

5. Über das Geständnis des Beschuldigten hinaus ist anhand der glaubhaften Angaben des Geschädigten davon auszugehen, dass er ihn im Penisbereich einigermassen fest angefasst, das heisst, wie in der Anklage umschrieben, "ausgegriffen" hat. Dies geschah in der WC-Kabine. Der Geschädigte erklärte dazu

nachvollziehbar, dass der Beschuldigte ihn dort hineingeschubst resp. hineingedrängt habe. Nicht zu zweifeln ist sodann daran, dass der Beschuldigte die Worte "ich ficke dich" an den Geschädigten gerichtet hat, nachdem sich Letzterer wörtlich an den Ausdruck zu erinnern vermochte.

Allerdings ist zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass der Vorfall nur wenige Sekunden dauerte und der Beschuldigte gegenüber dem Geschädigten keine überlegene Körperkraft einsetzte; anderes lässt sich weder erstellen noch wird dies in der Anklage behauptet. Ebenfalls muss zu Gunsten des Beschuldigten angenommen werden, dass er von der geistigen Behinderung des Geschädigten nichts wusste, was er auf entsprechende Frage bestätigte (Urk. 10 S. 3). Die Anklage enthält zudem keine Angaben dazu, ob die Türe zur WC-Kabine während des Vorfalls offenstand oder nicht. Jedenfalls wird dem Beschuldigten in der Anklage nicht vorgeworfen, diese geschlossen oder abgeschlossen zu haben. Es ist zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass die Türe halbwegs offen stand oder jederzeit zu öffnen war. Im Übrigen stimmen die Angaben des Beschuldigten und des Geschädigten weitgehend überein und der Anklagesachverhalt ist somit gestützt auf die Aussagen beider Beteiligten insgesamt als erstellt zu erachten.

#### **IV. Rechtliche Würdigung**

##### *Sexuelle Nötigung*

1. Zum Tatbestand der sexuellen Nötigung gemäss Art. 189 Abs. 1 StGB kann auf die theoretischen Ausführungen der III. Strafkammer in ihrem Beschluss vom 10. Oktober 2017 verwiesen werden (Urk. 19/5 S. 7 f.).
2. Vorliegend scheiden die Nötigungsformen der Drohung und Ausübung psychischen Drucks wegen ungenügender Intensität der Einwirkung von vornherein aus. Der Geschädigte sagte zwar, er habe schon ein wenig Angst gehabt; eine Drohung oder Druck im Sinne des Nötigungstatbestands hat er damit aber weder geltend gemacht noch gemeint. Dass der Beschuldigte dem Geschädigten sagte, "ich ficke dich", ist denn auch als grob anzügliche Bemerkung in Moment des Ge-

schehens zu verstehen, aber nicht in dem Sinne, dass er dies auch tatsächlich hätte umsetzen wollen, was ihm in der Anklage auch nicht zur Last gelegt wird.

3. Auch die Nötigungsform der Gewaltanwendung ist nicht gegeben. Der Geschädigte hat nicht (auch nicht sinngemäss) ausgesagt, der Beschuldigte habe gegen ihn ein erhöhtes Mass an körperlicher Kraft eingesetzt, wie dies etwa der Fall gewesen wäre, wenn er ihn mit beiden Händen hart in die Kabine gestossen oder hineingezerzt hätte (die Rede ist lediglich von "Hineinschubsen"). Der Beschuldigte hielt den Geschädigten in der Folge an den Schultern, küsste ihn im Gesicht und griff ihn über der Kleidung im Penisbereich aus, wobei dies innert weniger Sekunden geschah. Dies reicht nicht, um von einer Gewaltanwendung, welche als Akt physischer Aggression zu verstehen ist, im Sinne des sexuellen Nötigungstatbestands auszugehen.

4. Bereits die Staatsanwaltschaft hat in ihrer Einstellungs- und Überweisungsverfügung vom 9. Juni 2017 zutreffend darauf hingewiesen, dass keine Nötigungsform erkennbar sei, welche die Strafbarkeitshürde von Art. 189 StGB erreiche (Urk. 16). Des Weiteren hatte sie unter Abstellen auf die Schilderungen des Privatklägers richtig festgehalten, dass er durch die kurze Aktion des Beschuldigten gerade nicht widerstandsunfähig gemacht worden sei, sondern sich mit einem entschiedenen "Stop!" klar abgrenzen und erfolgreich zur Wehr setzen konnte. Der Beschuldigte liess daraufhin umgehend von ihm ab und verliess die Toilettenanlage.

5. Des Weiteren kann auch kein Versuch einer sexuellen Nötigung angenommen werden. Das Vorgehen des Beschuldigten war mit dem Griff zwischen die Beine des Geschädigten abgeschlossen; es fehlen sodann in der Anklage Angaben dazu, was der Beschuldigte darüber hinaus hätte tun wollen resp. was seine weitergehende Absicht gewesen wäre, wenn der Geschädigte nicht "Stop!" gesagt hätte.

Der Tatbestand der sexuellen Nötigung nach Art. 189 Abs. 1 StGB (auch der Versuch dazu) scheidet folglich aus. Zu prüfen bleibt, ob der subsidiäre Übertretungs-

tatbestand der sexuellen Belästigung nach Art. 198 Abs. 2 StGB Anwendung findet.

### *Sexuelle Belästigung*

1. Wer jemanden tätlich oder in grober Weise durch Worte sexuell belästigt, wird, auf Antrag, mit Busse bestraft (Art. 198 Abs. 2 StGB). Es wurde bereits dargelegt, dass ein entsprechender Strafantrag seitens des Geschädigten gültig gestellt wurde.

Die tätliche Belästigung setzt immer eine körperliche Kontaktnahme voraus, braucht aber den Tatbestand von Art. 126 StGB nicht zu erfüllen und kann u.a. darin bestehen, dass der Täter in überraschender Weise dem Opfer an die Geschlechtsteile greift oder auch darin, dass er einer Frau den Rock hochstreift und darunter greift. Auch schon weniger aufdringliche Berührungen wie das Betasten von Bauch, Brust, Gesäss und Beinen – auch über den Kleidern – sowie das Anpressen oder Umarmungen genügen (BGE 137 IV 266 f. und BGer 6B\_699/2016 vom 26.04.2017, E. 1.3).

2. Der Beschuldigte hat den Geschädigten bei den WC-Kabinen überrumpelt, indem er ihn unvermittelt in die Kabine schubste, ins Gesicht küsste und über der Hose im Penisbereich anfasste. Die Aktion des Beschuldigten fand ein schnelles Ende, als der Geschädigte sich mit einem lauten "Stop!" zur Wehr setzte, weil sich die Situation für ihn nicht gut anfühlte. Die Vorgehensweise ist damit ohne Weiteres als tätliche Belästigung einzustufen. Der sexuelle Bezug der Handlung ist klar gegeben. Die an den Geschädigten gerichteten Worte des Beschuldigten "ich ficke dich", während er ihn über der Kleidung im Penisbereich anfasste, erfüllt zudem die grobe verbale Belästigung. Die Aussage ist schlicht als vulgär und krass unverschämt zu erachten.

Der subjektive Tatbestand erweist sich als unproblematisch. Der Täter musste zumindest wissen, dass sich das Opfer belästigt fühlt. Von etwas anderem konnte er angesichts der Umstände nicht ausgehen.

Der Beschuldigte hat sich demnach der sexuellen Belästigung nach Art. 198 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Entgegen der Ansicht der Verteidigung ist damit keineswegs von einer Verletzung des Anklageprinzips auszugehen, vielmehr stützt sich das Gericht gerade auf den in der Anklage enthaltenen Sachverhalt, der lediglich eine andere rechtliche Würdigung erfährt, als dies von der Staatsanwaltschaft beantragt wurde.

## **V. Sanktion**

1. Die Sexuelle Belästigung als Übertretung (vgl. Art. 103 StGB) wird gemäss Art. 198 Abs. 2 StGB mit Busse bestraft. Bestimmt es das Gesetz nicht anders, so ist der Höchstbetrag der Busse Fr. 10'000.-- (Art. 106 Abs. 1 StGB). Der Richter spricht im Urteil für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten aus (Art. 106 Abs. 2 StGB). Das Gericht bemisst die Busse und Ersatzfreiheitsstrafe je nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB).

Die Bemessung der Busse richtet sich nach den gleichen Prinzipien wie die Geldstrafe, wobei die Busse als Geldsummenstrafe auch in einem Schritt festgelegt werden kann. Primär ist auf das Verschulden, sekundär auf die (finanziellen) Verhältnisse des Beschuldigten abzustellen (JOSITSCH, Strafrecht II, S. 136).

2. Bei der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte die Ahnungslosigkeit des Geschädigten ausgenutzt hat, indem er ihn in der WC-Kabine überrumpelte. Küsse ins Gesicht und direktes Anfassen im Intimbereich sind relativ weitgehende Handlungen im Bereich der sexuellen Belästigung. Die Küsse erfolgten mehrfach; die Berührungen waren nicht beiläufig, sondern gezielt und handfest. Mit der verbalen Äusserung "ich ficke dich" hat er die Belästigung noch intensiviert und die Unverschämtheit seines Vorgehens auch wörtlich zum Ausdruck gebracht. Bei der objektiven Tatschwere ist deshalb von einem mittleren Verschulden auszugehen.

3. Bei der subjektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte aus rein egoistischen Motiven handelte, nämlich um seine eigenen (sexuellen) Bedürfnisse zu befriedigen, ohne Rücksicht darauf, was er beim Geschädigten auslösen würde, nämlich schweres Unbehagen. Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Tatschwere nicht zu relativieren.
4. Bei den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ist zu sagen, dass er 1948 in Italien geboren ist, seit über 50 Jahren in der Schweiz lebt, verheiratet ist und drei erwachsene Kinder sowie Enkel hat. In der Schweiz hat er als Lagerist und Maurer gearbeitet. Der Beschuldigte erhält eigenen Angaben zufolge eine Rente von Fr. 1'500.– und AHV-Beiträge von Fr. 1'800.– pro Monat. Die AHV der Frau betrage Fr. 1'500.– pro Monat. Für die Krankenkasse zahle er monatlich knapp Fr. 500.–. Die Miete betrage Fr. 1'016.– pro Monat. Schulden habe er keine. Er habe von der Rente ein wenig gespart, so dass sein Vermögen derzeit knapp Fr. 40'000.– betrage, er habe ein kleines Haus in Italien, den Wert kenne er nicht (aktuell Prot. II S. 11/12, zuvor: Urk. 10 S. 2 und Urk. 31A S. 3 ff.). Beim Beschuldigten ist deshalb von eher knappen finanziellen Verhältnissen auszugehen.
5. Der Beschuldigte hat keine Vorstrafen (Urk. 60). Er hat die wesentlichen Züge der Tat gegen Ende der ersten polizeilichen Einvernahme eingestanden. Er hat sich beim Geschädigten und dessen Eltern je mit einem Brief aufrichtig entschuldigt und eine Genugtuung von Fr. 1'000.-- in Aussicht gestellt (Urk. 13/4 und 13/5); dies bestätigte er auch an der Berufungsverhandlung (Prot. II S. 14/15). Der Beschuldigte hat nach der Tat eine Therapie absolviert und sich psychologisch behandeln lassen (Urk. 28). Dies ist ihm zu seinen Gunsten anzurechnen.
6. Insgesamt erweist sich damit eine Busse von Fr. 2'000.-- als dem Verschulden und den Verhältnissen des Beschuldigten angemessen. Die Ersatzfreiheitsstrafe ist praxisgemäss nach dem Umwandlungssatz von Fr. 100.-- pro Tag festzulegen und beträgt damit 20 Tage.

## **VI. Genugtuung**

1. Der Privatkläger hat im Strafverfahren eine Genugtuung von Fr. 6'000.– geltend gemacht zzgl. Zins von 5% seit dem Ereignisdatum, dem 30. Dezember 2016. Das Gericht entscheidet über die anhängig gemachte Zivilklage, wenn es die beschuldigte Person schuldig spricht (Art. 126 Abs. 1 lit. a StPO).

Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist (Art. 49 Abs. 1 OR). Die Bemessung der Genugtuung steht im Ermessen des Gerichts.

2. Ausgehend von einem Schuldspruch wegen einfacher sexueller Belästigung und nicht etwa wegen sexueller Nötigung, erscheint vorliegend eine Genugtuung im Betrag von Fr. 1'000.– dem Mass der erlittenen Unbill angemessen. Der Beschuldigte ist deshalb zu verpflichten, dem Privatkläger den grundsätzlich bereits anerkannten Betrag von Fr. 1'000.– zuzüglich Zins von 5% seit dem Ereignisdatum, dem 30. Dezember 2016, als Genugtuung zu zahlen. Im Mehrbetrag ist das Genugtuungsbegehren abzuweisen.

## **VII. Kosten**

1. Fällt die Rechtsmittelinstanz, wie vorliegend, eine neue Entscheidung, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Für das erstinstanzliche Verfahren gilt gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO, dass die beschuldigte Person die Kosten trägt, wenn sie verurteilt wird. Ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung; vorbehalten bleibt die Rückzahlungspflicht nach Art. 135 Abs. 4 StPO bei verbesserten wirtschaftlichen Verhältnissen.

Der Beschuldigte ist nicht wegen eines Vergehens, sondern einzig wegen des weniger weitgehenden Übertretungstatbestands der sexueller Belästigung schuldig zu sprechen.

Beim diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschuldigten die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zur Hälfte aufzuerlegen und im Übrigen samt den Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen; die Rückzahlungspflicht bleibt betreffend der Kosten der amtlichen Verteidigung im Verhältnis der Kostenaufgabe vorbehalten.

Die Kosten für die unentgeltliche Verbeiständung der Privatklägerschaft trägt die beschuldigte Person nur, wenn sie sich in günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen befindet (Art. 426 Abs. 4 StPO). Der Beschuldigte lebt in eher knappen finanziellen Verhältnissen. Die Kosten der unentgeltlichen Verbeiständung der Privatklägerschaft sind deshalb auf die Staatskasse zu nehmen; auch hier ist jedoch die Rückzahlungspflicht im Verhältnis der Kostenaufgabe (zur Hälfte) vorzubehalten.

2. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft dringt mit ihrer Berufung nur teilweise durch. Der Beschuldigte seinerseits unterliegt weitgehend, denn er hat einen Freispruch gefordert.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind dem Beschuldigten deshalb zur Hälfte aufzuerlegen und im Übrigen samt den Kosten der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Verbeiständung der Privatklägerschaft auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht ist in Bezug auf die Anwaltsentschädigungen im Verhältnis der Kostenaufgabe vorzubehalten.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte B. \_\_\_\_\_ ist schuldig der sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 198 Abs. 2 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 2'000.--.
3. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen.

4. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger eine Genugtuung von Fr. 1'000.-- zzgl. Zins von 5% seit dem 30. Dezember 2016 zu zahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren des Privatklägers abgewiesen.
5. Die erstinstanzlichen Kostenfestsetzungen gemäss Dispositivziffer 3 des Urteils vom 29. Januar 2018 sowie gemäss der Dispositivziffern 2 und 3 der Nachtragsverfügung vom 19. Februar 2018 werden bestätigt.
6. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und im Übrigen samt denjenigen der amtlichen Verteidigung und unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft auf die Gerichtskasse genommen; die Rückzahlungspflicht in Bezug auf die Anwaltsentschädigungen bleibt im Verhältnis der Kostenaufgabe vorbehalten.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 9'350.-- amtliche Verteidigung für das Berufungsverfahren  
Fr. 4'350.-- unentgeltliche Vertretung Privatklägerschaft
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und im Übrigen samt denjenigen der amtlichen Verteidigung und unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft auf die Gerichtskasse genommen; die Rückzahlungspflicht in Bezug auf die Anwaltsentschädigungen bleibt im Verhältnis der Kostenaufgabe vorbehalten.
9. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (übergeben)
  - den Vertreter der Privatklägerschaft im Doppel für sich und zuhanden des Privatklägers (übergeben)sowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich

- den Vertreter der Privatklägerschaft im Doppel für sich und zuhanden des Privatklägers

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich;
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA (falls solche Daten eingetragen sind)
- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben gem. § 54a PolG

#### 10. 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 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, 30. April 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Linder