

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB220260-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. B. Gut, Präsident, lic. iur. S. Volken und
lic. iur. C. Maira sowie die Gerichtsschreiberin MLaw N. Hunziker

Urteil vom 29. August 2022

in Sachen

Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich,

vertreten durch Stv. Leitenden Staatsanwalt lic. iur. P. Gossner,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw X. _____,

betreffend **sexuelle Handlungen mit Kindern**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich,

3. Abteilung - Einzelgericht, vom 17. März 2022 (GG210360)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 11. November 2021 (Urk. 15) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 29 S. 7 f.)

"Es wird erkannt:

1. Vom Vorwurf der fahrlässigen sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 187 Ziff. 4 StGB wird der Beschuldigte A._____ freigesprochen.
2. Die Entscheidunggebühr fällt ausser Ansatz; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 1'100.00 Gebühr Vorverfahren
Fr. 7'861.35 amtliche Verteidigung Rechtsanwalt MLaw X._____
Fr. 447.35 unentgeltliche Rechtsvertretung Geschädigte

Diese Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Der amtliche Verteidiger Rechtsanwalt MLaw X._____ wird mit Fr. 7'861.35 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
4. Die bis 21. Oktober 2021 bestellte unentgeltliche Rechtsbeiständin der Geschädigten, Rechtsanwältin lic. iur. Y._____, wurde mit Verfügung der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2021 (act. 9/14) mit Fr. 447.35 (inkl. MwSt.) aus der Kasse der Staatsanwaltschaften I - III des Kantons Zürich entschädigt.
5. (Mitteilungen.)
6. (Rechtsmittel.)"

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 3 f.)

a) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 31 S. 4 und Urk. 39 S. 1)

- "1. Der Beschuldigte sei der fahrlässigen sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 und Ziff. 4 StGB schuldig zu sprechen.
2. Der Beschuldigte sei zu bestrafen mit einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten,
3. wofür der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren zu gewähren ist und es sei
4. ein Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 StGB anzuordnen.
5. Die Kosten des Vor-, Haupt- und Berufungsverfahrens seien dem Beschuldigten aufzuerlegen."

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 40 S. 1)

"Es sei das erstinstanzliche Urteil vom 17. März 2022 des Bezirksgerichts Zürich (GG210360) zu bestätigen und der Beschuldigte von Schuld und Strafe freizusprechen

eventualiter

Es sei der Beschuldigte im Sinne von Art. 187 Ziff. 4 StGB schuldig zu sprechen, jedoch sei infolge Vorliegen besonderer Umstände im Sinne von Art. 187 Ziff. 3 von einer Bestrafung abzusehen.

unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) für das Berufungsverfahren zu Lasten der Staatskasse."

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte, Prozessuales und Berufungsumfang

1.1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 17. März 2022 wurde der Beschuldigte vom Vorwurf der fahrlässigen sexuellen Handlungen mit einem Kind freigesprochen (Urk. 29 S. 7). Gegen diesen Entscheidung meldete die Anklagebehörde mit Eingabe vom 22. März 2022 innert gesetzlicher Frist Berufung an (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 23). Die Berufungserklärung der Anklagebehörde ging ebenfalls innert gesetzlicher Frist bei der Berufungsinstanz ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 31). Die Verteidigung hat mit Eingabe vom 31. Mai 2022 innert Frist mitgeteilt, dass auf Anschlussberufung verzichtet wird (Urk. 34; Art. 400 Abs. 2f. und Art. 401 StPO).

1.2. Am 15. Juni 2022 wurde auf den 29. August 2022 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 36).

1.3. Am 29. August 2022 fand die Berufungsverhandlung statt. Es erschienen Staatsanwältin lic. iur. S. Schwarzwälder als Vertreterin der Anklagebehörde und der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers Rechtsanwalt MLaw X._____ (Prot. II S. 3). Vorfragen waren keine zu entscheiden (Prot. II S. 4). Beweisergänzungsanträge wurden im Berufungsverfahren nicht gestellt (Art. 389 Abs. 3 StPO).

2.1. Die Anklagebehörde beantragt einen Schuldspruch. Sie wendet sich zudem gegen die Kostenverlegung und den Verzicht auf Festsetzung einer Gerichtsgebühr (Dispositiv-Ziffer 2 und 3 teilweise) (Urk. 31 S. 4 und Urk. 39 S. 1). Die Verteidigung beantragt die Bestätigung des angefochtenen Entscheides (Urk. 40 S. 1). Unangefochten blieben Dispositiv-Ziffer 2 und 3 jeweils teilweise, soweit es die Festsetzung der Gebühr für das Vorverfahren und der Entschädigungen der Parteivertreter betrifft, sowie Dispositiv-Ziffer 4 (Prot. II S. 4 f.). In diesem Umfang ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen, was vorab vorzumerken ist (Art. 399 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 437 StPO).

2.2. Im Übrigen steht der angefochtene Entscheid zur Disposition.

II. Schuldpunkt

1.1. Es ist darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; BGE 139 IV 179 E. 2.2; BGE 138 IV 81 E. 2.2, je mit Hinweisen). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

1.2. Im Berufungsverfahren ist der äussere Anklagesachverhalt, wie er in der Anklageschrift der Anklagebehörde vom 11. November 2021 verbindlich dargestellt wird, dahingehend unstrittig, dass sich die zum Tatzeitpunkt 12 Jahre alte Geschädigte B._____ am frühen Morgen des 4. April 2021 in einem Zimmer des C._____ in Zürich-D._____ an den zum Tatzeitpunkt 18 Jahre alten Beschuldigten kuschelte, worauf es zu einvernehmlichen Zungenküssen und, nachdem sich die Geschädigte auf den Beschuldigten gelegt hatte, minutenlang zu einvernehmlichem Geschlechtsverkehr kam (Urk. 15 S. 2; Prot. I S. 9).

1.3. Zum inneren Sachverhalt geht die Anklagedarstellung davon aus, der Beschuldigte sei zum Tatzeitpunkt der irrigen Vorstellung gewesen, die Geschädigte sei 17 Jahre alt. Er hätte sich jedoch nicht auf die entsprechende Behauptung der Geschädigten verlassen dürfen, da "heutzutage notorisch ist, dass weibliche Teenager oftmals älter wirken oder sich geben, als sie eigentlich sind", und von der Geschädigten einen Ausweis verlangen müssen. Dies habe er fahrlässigerweise unterlassen (Urk. 15 S. 2f.).

2.1. Gemäss Ziff. 2 von Art. 187 StGB bleibt der Täter straffrei, wenn der Altersunterschied zwischen den Beteiligten nicht mehr als drei Jahre beträgt. Dies kann einen Täter von maximal 18 Jahren und 364 Tagen betreffen (vgl. Art. 187 Ziff. 1 al. 1 StGB).

Gemäss Ziff. 4 von Art. 187 StGB in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 StGB bleibt der Täter straffrei, wenn er ohne Verschulden davon ausging, das Kind sei mindestens 16 Jahre alt.

Gemäss vorliegend verbindlichem Anklagesachverhalt ging der Beschuldigte davon aus, die Geschädigte sei kein Kind mehr im Sinne von Art. 187 StGB.

2.2. Die Anklagebehörde hält im Berufungsverfahren dafür, Ziff. 2 sei nur dann anzuwenden, wenn ein Vorsatzdelikt vorliege und nicht, wenn der Täter bezüglich des Alters des Opfers irre (Urk. 31 S. 3 und Urk. 39 S. 2-4). Sie macht somit sinngemäss geltend, zur Anwendung von Ziff. 2 der massgeblichen Bestimmung müsse der Täter wissen, dass das Opfer tatsächlich unter 16 Jahre alt sei, mehr noch, er müsse das tatsächliche Alter des Opfers kennen.

2.3. Die Lehre steht dieser Argumentation der Anklagebehörde einhellig entgegen: In der von ihr selber zitierten Kommentar-Stelle von Ulrich Weder in OFK-StGB, Weder, StGB 187 N 21 wird (klar und eindeutig "zu Ziff. 2") postuliert: Die irrtümliche Annahme eines geringen Altersunterschieds von nicht mehr als drei Jahren führe mit Verweis auf Art. 13 Abs. 1 zur Straflosigkeit des Täters. Auch gemäss Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Auflage, 2018, Art. 187 Ziff. 1.22., ist das Verhalten des Täters nach Art. 13 zu beurteilen, wenn er irrtümlich angenommen hat, das im Schutzalter stehende Kind sei höchstens drei Jahre jünger als er selbst. Die Anwendung jener Bestimmung führt zu seiner Straflosigkeit, selbst wenn er seinen Irrtum bei pflichtgemässer Vorsicht hätte vermeiden können. In gleicher Weise kommentiert auch Trechsel/Pieth, PK StGB, Trechsel/Bertossa, 2018, Art. 187, N 10f. und 15: Irrt der Täter hinsichtlich der Altersdifferenz zum Opfer, so bleibt er selbst bei pflichtwidriger Unvorsichtigkeit straflos, denn Ziff. 4 dehnt die Strafbarkeit bei fahrlässigem Sachverhaltsirrtum nicht auf die Altersdifferenz aus.

Ein Täter, welcher nicht mehr als 18 Jahre alt ist und hinsichtlich des Altersunterschieds zum Opfers irrt, kann somit gemäss einhelliger Lehre gegebenenfalls sowohl Ziff. 2 wie auch Ziff. 4 von Art. 187 StGB anrufen. Das Vorbringen der Anklagebehörde, "Art. 187 StGB kann nicht dahingehend angewendet werden, dass Ziffer für Ziffer abgearbeitet und bei Ziffer 2 abgebrochen wird, wenn diese erfüllt ist" (Urk. 31 S. 3), trifft demnach nicht zu.

2.4. Der Beschuldigte war zum Tatzeitpunkt 18 Jahre und 4 Monate alt. Er hat somit in concreto grundsätzlich die Möglichkeit, entgegen der appellierenden Anklagebehörde sich sowohl im Sinne von Ziff. 2 wie auch Ziff. 4 der massgeblichen Bestimmung zu exkulpien: Entweder, indem er überzeugend dartut, er sei davon ausgegangen, die Geschädigte sei mindestens 15 Jahre und 4 Monate alt, oder aber, indem er dartut, er sei unverschuldet davon ausgegangen, die Geschädigte sei mindestens 16 Jahre alt.

Ohne weiteres zuzustimmen ist der Anklagebehörde dahingehend, es könne nicht angehen, dass ein 18-Jähriger, der sich um das Alter eines 12-Jährigen Opfers foutiere, straflos ausgeht, nur weil er sich damit herausredet, davon ausgegangen zu sein, der Altersunterschied sei kleiner als drei Jahre gewesen (Urk. 31 S. 3; vgl. auch Urk. 39 S. 3 f.). Vielmehr ist diesfalls eben gerade zu prüfen, ob er sich tatsächlich foutiert, oder aber vielmehr geirrt hat, und wenn Letzteres, (betreffend Ziff. 4) ob er zu dieser irrigen Annahme berechtigt sein durfte.

Dass der Beschuldigte sich um das Alter der Geschädigten "foutiert" habe, wie die Anklagebehörde geltend macht, schliesst allerdings bereits - verbindlich - die Anklagedarstellung aus. Diese gesteht dem Beschuldigten klar zu, er habe sich zum Alter der Geschädigten dahingehend geirrt, dass sie 17 Jahre alt gewesen sei, und zwar ausdrücklich basierend auf deren eigener Behauptung.

3.1. Die Vorinstanz hat erwogen, die vorsatzausschliessende, irrtümliche Annahme, dass der Altersunterschied zur Geschädigten weniger als drei Jahre betrage, führe zur Straflosigkeit; daher sei der Beschuldigte vom Vorwurf der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 4 StGB freizusprechen (Urk. 29 S. 5). Zur Begründung wurde weiter erwogen, der Beschuldigte habe ausgesagt, die Geschädigte sei in der Primarschulzeit eine oder zwei Schulstufen unter ihm gewesen, was mit ihrer Behauptung ihm gegenüber korrespondiere, sie sei 17 Jahre alt (und damit ein Jahr jünger als der Beschuldigte; Urk. 29 S. 5).

3.2. Der Beschuldigte, zum Tatzeitpunkt 18 Jahre und 4 Monate alt, hätte mit der Geschädigten straflos sexuell verkehren dürfen, wenn diese mindestens 15 Jahre

und 4 Monate alt gewesen wäre. Konkret war sie tatzeitaktuell knapp 13 Jahre alt. Dass der Beschuldigte sich zum Umstand, dass die Geschädigte jünger als 15 Jahre und 4 Monate war, irrte, gesteht ihm die Anklageformulierung ausdrücklich zu (und zwar massiv, wenn gemäss Anklageschrift der Beschuldigte annahm, die Geschädigte sei 17 Jahre alt). Ob sich der noch nicht 19 Jahre alte Beschuldigte dabei pflichtwidrig unvorsichtig verhielt, muss gemäss der obzitierten Lehre gar nicht mehr geprüft werden. Sein Irrtum führt im Sinne von Art. 187 Ziff. 2 i.V.m. Art. 13 StGB mit der Vorinstanz zu seiner Straflosigkeit und zum Freispruch vom Tatvorwurf. Strafbar gemacht hätte sich der noch 18-jährige Beschuldigte lediglich dann, wenn er gewusst hätte, dass die Geschädigte jünger als 15 Jahre und 4 Monate war.

4.1. Abgesehen davon könnte dem Beschuldigten aber auch kein Verschulden im Sinne einer pflichtwidrigen Unvorsicht nachgewiesen werden: Die Geschädigte wirkt auf der aktenkundigen Fotografie respektive der Videoaufzeichnung ihrer Befragung klar älter als ihr tatsächliches Alter von knapp 13 Jahren (Urk. 9/11 und Urk. 5/7-8); die Fachperson beschreibt die Geschädigte in ihrem Bericht zur Videobefragung als "gross" und "älter wirkend" (Urk. 5/6). Sie führte sich offenbar gegenüber dem Beschuldigten und auch weiteren Mitgliedern der Gruppe durchaus aktiv respektive offensiv auf. Sie war in Begleitung ihrer sich nicht mehr im Schutzalter befindenden Freundin (Urk. 5/9 S. 5) und gab ihr Alter gegenüber der ganzen Gruppe als 16 respektive 17 Jahre an (Urk. 4/1 S. 7; Urk. 5/5 S. 4; Urk. 6/4 S. 4; Urk. 6/6 S. 6). Die übrigen Befragten erachteten diese Altersangabe der Geschädigten offenbar auch durchwegs als glaubhaft.

4.2. An die Sorgfaltspflicht sind bei einem jüngeren gegenüber einem älteren Täter gemäss Lehre und Praxis unterschiedliche Anforderungen zu stellen: Ein 25 Jahre alter oder älterer Täter muss besonders vorsichtig sein und darf sich nicht mit einer - falschen - Antwort des Opfers zufrieden geben. Bei einem jüngeren Täter sind hingegen weniger strenge Massstäbe anzusetzen. Der nur wenige Jahre ältere Beteiligte verletzt seine Sorgfaltspflicht nicht, wenn er bei einer entsprechenden äusseren Erscheinung auf die falsche Antwort des/der Jüngeren vertraut und keine

weiteren Abklärungen trifft (BSK StGB, Maier, Art. 187 N 35-37 mit Verweisen auf die Praxis).

4.3. Es kann von einem gerade 18-jährigen jungen Mann nicht erwartet und verlangt werden, dass er eine junge Frau, welche sich selber als 17-jährig bezeichnet, was von allen Anwesenden aufgrund ihrer äusseren Erscheinung geglaubt wird, nach ihrem Ausweis fragt, wenn sich diese (gemäss verbindlicher Schilderung im Anklagesachverhalt) nach dem einvernehmlichen Austausch von Zärtlichkeiten offensichtlich mit der Absicht zur Vornahme weiterer Intimitäten auf ihn legt; dies um zu verifizieren, dass sie nicht jünger als gerade einmal gut 15 Jahre ist und mit der pauschalen Begründung, dass "heute weibliche Teenager notorisch älter wirken und sich auch so geben".

5. Der vorinstanzliche und angefochtene Freispruch des Beschuldigten ist in Abweisung der Berufung der Anklagebehörde zu bestätigen.

III. Kosten

1. Ausgangsgemäss können die Gerichtsgebühren beider gerichtlicher Verfahren ausser Ansatz fallen. Die Kosten des Vorverfahrens und der Parteivertretungen in beiden Gerichtsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 und 428 StPO).

2. Die von Rechtsanwalt MLaw X._____ als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten im vorliegenden Berufungsverfahren geltend gemachten Aufwendungen sind ausgewiesen und erscheinen angemessen (Urk. 38 und Urk. 41). Unter zusätzlicher Berücksichtigung der Berufungsverhandlung samt Weg erweist es sich als angemessen, Rechtsanwalt MLaw X._____ mit pauschal Fr. 3'800.00 (inkl. MWST. und Barauslagen) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung - Einzelgericht, vom 17. März 2022 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. [...]
 2. [...]; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 1'100.00 Gebühr Vorverfahren
Fr. 7'861.35 amtliche Verteidigung Rechtsanwalt MLaw X._____
Fr. 447.35 unentgeltliche Rechtsvertretung Geschädigte
[...]
 3. Der amtliche Verteidiger Rechtsanwalt MLaw X._____ wird mit Fr. 7'861.35 (inkl. MwSt.) [...] entschädigt.
 4. Die bis 21. Oktober 2021 bestellte unentgeltliche Rechtsbeiständin der Geschädigten, Rechtsanwältin lic. iur. Y._____, wurde mit Verfügung der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2021 (act. 9/14) mit Fr. 447.35 (inkl. MwSt.) aus der Kasse der Staatsanwaltschaften I - III des Kantons Zürich entschädigt.
 5. [Mitteilung]
 6. [Rechtsmittel]"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die Gerichtsgebühren für beide gerichtlichen Verfahren fallen ausser Ansatz.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens betragen:
Fr. 3'800.-- amtliche Verteidigung.
4. Die Kosten des gesamten Verfahrens (Untersuchungs-, erst- und zweitinstanzliche Kosten), einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung der Geschädigten, werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich (übergeben)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürichund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 30.
6. 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 Beschwerde Voraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 29. August 2022

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. B. Gut

MLaw N. Hunziker