

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SR170008-O/U/gs

Mitwirkend: die Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, und lic. iur. Ruggli, Ersatz-
oberrichter lic. iur. Wenker sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur.
Leuthard

Urteil vom 30. Juni 2017

in Sachen

A._____,
Gesuchsteller

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,
Gesuchsgegnerin

betreffend **mehrfache Schändung etc.**

**Revisionsgesuch gegen ein Strafbefehl Staatsanwaltschaft IV des Kantons
Zürich, vom 29. Februar 2016 (B-1/2016/10001177)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 29. Februar 2016 wurde A. _____ (nachfolgend: Gesuchsteller) der mehrfachen Schändung im Sinne von Art. 191 StGB sowie der mehrfachen sexuellen Handlungen mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je Fr. 30.– bestraft, wobei der Vollzug der Geldstrafe aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt wurde (Urk. 3/13). Der Strafbefehl ist in Rechtskraft erwachsen.
2. Mit Eingabe vom 21. April 2017 stellte die Verteidigerin des Gesuchstellers ein Revisionsbegehren, beantragte die Aufhebung des vorgenannten Strafbefehls und einen Freispruch des Gesuchstellers. Die Kosten des Strafbefehls- und Revisionsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen. Dem Gesuchsteller sei für das Revisionsverfahren eine angemessene Entschädigung und eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 2'000.– zuzüglich 5% Zins seit dem 29. Februar 2016 auszurichten (Urk. 1).
3. Mit Beschluss des Obergerichts vom 23. Mai 2017 wurde das Revisionsgesuch der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich und der Vertreterin der Privatklägerin zur freigestellten Vernehmlassung innert 20 Tagen zugestellt (Urk. 4). Mit Eingabe vom 12. Juni 2017 reichte die Vertreterin der Privatklägerin fristgerecht eine Stellungnahme ein (Urk. 7). Der fallzuständige Staatsanwalt hat auf Stellungnahme verzichtet (Urk. 11). Da die Privatklägerin in ihrer Eingabe nur hinsichtlich der Ausrichtung einer Entschädigung und einer Genugtuung an den Gesuchsteller Anträge stellte, wurde ihr aufgrund der zweifelhaften Legitimation in diesen Punkten Frist zur freigestellten Stellungnahme zur Eintretensfrage angesetzt (Urk. 9). Mit Eingabe vom 23. Juni 2017 (Datum Poststempel) verzichtete die Privatklägerin auf eine Stellungnahme, hielt aber an ihren Anträgen fest (Urk. 14). Damit ist das Verfahren spruchreif.

4. Gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO kann jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat, ein Rechtsmittel ergreifen. Gleiches muss gelten, wenn eine Partei im Rechtsmittelverfahren Anträge stellt. Die Legitimation einer Partei ist Eintretensvoraussetzung (BSK StPO-Martin Ziegler/Stefan Keller, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 382 StPO N 1). Wie bereits erwähnt, hat die Privatklägerin im Revisionsverfahren einzig in Bezug auf die Ausrichtung einer angemessenen Entschädigung an den Gesuchsteller und die Genugtuungsforderung des Gesuchstellers Anträge gestellt (Urk. 7 S. 1). Weshalb die Privatklägerin in diesen Punkten beschwert sein sollte, hat sie nicht dargetan (vgl. Urk. 7 und Urk. 14) und ist auch nicht ersichtlich. Damit ist auf die Anträge der Privatklägerin nicht einzutreten.

II.

1. Die Verteidigung begründet das Revisionsgesuch stark zusammengefasst damit, dass sowohl dem Gesuchsteller als auch seiner Ehefrau der gleiche Sachverhalt zum Vorwurf gemacht, die Ehefrau des Gesuchstellers aber inzwischen mit Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 25. Januar 2017 freigesprochen worden sei, weshalb sich widersprechende Urteile im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO vorliegen würden.

2. Für die Geltendmachung des Revisionsgrundes der sich widersprechenden Urteile sieht das Gesetz eine Frist von 90 Tagen seit der Kenntnisnahme des zweiten Entscheids vor (Art. 411 Abs. 2 StPO). Unabhängig davon, wann der Gesuchsteller vom Urteil gegen seine Ehefrau vom 25. Januar 2017 erfuhr, ist die Frist mit Eingabe der Verteidigung vom 21. April 2017 vorliegend gewahrt, konnte sie jedenfalls nicht vor dem 25. April 2017 ablaufen.

3. Der Revisionsgrund der sich widersprechenden Strafurteile gemäss Art. 410 Abs. 2 lit. b StPO bezieht sich auf eine unterschiedliche Würdigung des Sachverhalts in zwei verschiedenen Urteilen, was vor allem dann vorkommt, wenn verschiedene Mitbeteiligte einer Straftat getrennt verfolgt bzw. beurteilt werden. Eine Revision wurde noch unter der Geltung der Zürcher Strafprozessordnung zuge-

lassen, wenn ein Teilnehmer an einer strafbaren Handlung verurteilt, später dann aber der Freispruch gegen einen der Mitbeteiligten damit begründet wurde, dass der objektive Tatbestand nicht erfüllt oder nicht erwiesen sei (BSK StPO-Marianne Heer, a.a.O., Art. 410 StPO N 87 ff. m.w.H.).

4. Am 5. August 2016 erstattete der Gesuchsteller gegen seine Ehefrau Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, weil seine Frau nach dem Abstillen nicht damit aufgehört habe, der gemeinsamen Tochter ihre Brüste zu reichen, selbst als letztere über sieben Jahre alt gewesen sei (Urk. 1).

In der Folge wurde sowohl gegen die Ehefrau des Gesuchstellers als auch gegen den Gesuchsteller selbst je eine separate Untersuchung geführt. Der Ehefrau des Gesuchstellers wurde in der Anklage vom 11. März 2016 zusammengefasst vorgeworfen, sie habe ihre Tochter C._____ (geb. tt.mm.07) von ca. Oktober 2011 bis am 27. Dezember 2014 - mit einem Unterbruch von 2-3 Wochen Mitte 2013 - regelmässig, teilweise täglich, teilweise wöchentlich, an ihrer Brust saugen lassen, wobei C._____ ihre Hand dabei auf die andere Brust gelegt, diese gestreichelt und in die Hand genommen habe. C._____ habe jeweils ca. 15 bis 20 Minuten an der Brust ihrer Mutter gesaugt bzw. genuckelt, obwohl die Mutter schon lange zuvor abgestillt, und ihr die Brust auch nicht zur Nahrungsaufnahme gegeben habe (Urk. 6/26). Im vorgängig gegen den Gesuchsteller ergangenen Strafbefehl vom 29. Februar 2016 wird derselbe Lebenssachverhalt umschrieben, wobei dem Gesuchsteller vorgeworfen wird, er habe die soeben geschilderten Vorgänge wahrgenommen, habe gegenüber seiner Frau auch sein Missfallen ausgesprochen, jedoch über Jahre keine weiteren Schritte unternommen, um dem Tun seiner Ehefrau Einhalt zu gebieten. Vielmehr habe er sie gewähren lassen, obschon er als Vater die Pflicht gehabt habe, nachhaltig einzuschreiten, wodurch er seine Ehefrau bei den aus objektiver Warte als sexuelle Handlungen zu qualifizierenden Taten unterstützt habe (Urk. 3/13).

In der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 23. Februar 2016 wurde dem Gesuchsteller der Schlussvorhalt gemacht, er habe mehrfach vorsätzlich dazu Hilfe geleistet, eine urteilsunfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zum Beischlaf, einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung zu

missbrauchen und mehrfach vorsätzlich dazu Hilfe geleistet, mit einem Kind unter 16 Jahren eine sexuelle Handlung vorzunehmen sowie ein Kind unter 16 Jahren zu einer sexuellen Handlung zu verleiten, was die Staatsanwaltschaft in rechtlicher Hinsicht als mehrfache Gehilfenschaft zu Schändung im Sinne von Art. 191 StGB in Verbindung mit Art. 25 StGB und zu sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 25 StGB würdigte (Urk. 3/6/6 S. 2 f.). Im Strafbefehl findet sich zwar kein Hinweis mehr auf Art. 25 StGB, welcher die Gehilfenschaft umschreibt, doch wurde der Wortlaut des Tatbestandes im Strafbefehl gleich wiedergegeben, wie bereits im Schlussvorhalt (Urk. 6/13).

Gehilfenschaft ist eine Form der Teilnahme. Die Teilnahme bezieht ihren Unrechtsgehalt aus der Haupttat, zu der sie beiträgt. Die Strafbarkeit der Teilnahme ist daher grundsätzlich von einer Haupttat abhängig und in diesem Sinne "akzessorisch". Die Haupttat muss mindestens versucht worden und tatbestandsmässig sein (BSK STGB I-Marc Foster, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 27 StGB N 2; Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar zum Schweizerischen Strafbuch, 19. Aufl., Zürich 2013, Art. 24 StGB N 14).

Im Verfahren gegen die Ehefrau des Gesuchstellers erging mit Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 25. Januar 2017 ein Freispruch (Urk. 2/3). Dieses Urteil ist in Rechtskraft erwachsen (vgl. Stempel auf Urk. 2/3 S. 5). Das vorinstanzliche Urteil wurde zwar nie begründet. Doch unabhängig davon, aus welchen Gründen die Ehefrau des Gesuchstellers freigesprochen wurde, wird mit dem Freispruch der Ehefrau der Verurteilung des Gesuchstellers die Grundlage entzogen, da keine tatbestandsmässige Haupttat mehr vorliegt, zu welcher der Gesuchsteller einen Beitrag hätte leisten können.

5. Das Revisionsbegehren ist somit gutzuheissen und der angefochtene Strafbefehl der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 29. Februar 2016 vollumfänglich aufzuheben (Art. 413 Abs. 2 StPO).

Da die Aktenlage vorliegend klar ist, kann das Berufungsgericht sogleich in der Sache einen neuen Entscheid fällen (Art. 413 Abs. 2 lit. b StPO). Der Gesuchstel-

ler ist mangels Verurteilung der beschuldigten Haupttäterin vollumfänglich freizusprechen. Folgerichtig sind die Kosten des Strafbefehlsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 StPO in Verbindung mit Art. 423 StPO).

6. Wird ein Urteil im Zuge einer Revision aufgehoben, ist die frühere Eintragung unverzüglich aus dem Strafregister zu entfernen (Art. 12 Abs. 1 lit. c VOSTRA-Verordnung). Dieser Entscheid ist deshalb auch den Strafregisterbehörden mitzuteilen, wobei diese darum ersucht werden, die Eintragung aufgrund des heute reformatorisch ergangenen Freispruchs ersatzlos zu streichen (vgl. BSK STGB II-Patrik Gruber, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 366 StGB N 151 und Art. 369 StGB N 87 ff.).

7.1 Ausgangsgemäss sind die Kosten des Revisionsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Für das Revisionsverfahren ist dem Gesuchsteller ein Aufwand für anwaltliche Bemühungen in Höhe von Fr. 1'989.70 inklusive Mehrwertsteuer entstanden (Urk. 12), welcher ihm zu entschädigen ist (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO).

7.2 Der Gesuchsteller fordert aufgrund der "gehässigen" Medienberichterstattung eine Genugtuung im Betrag von Fr. 2'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 29. Februar 2016 (Urk. 1 S. 2 und S. 4 ff.). Voraussetzung für eine Genugtuung nach Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO ist eine besonders schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB oder Art. 49 OR. Es muss mithin eine gewisse Intensität der Verletzung vorliegen, damit eine Genugtuung zugesprochen werden kann. Eine breite Darlegung des Strafverfahrens in den Medien kann eine Genugtuung rechtfertigen. Zur Bestimmung der Höhe der Genugtuung sind die Dauer und die Umstände der Persönlichkeitsverletzung massgebend. Zu berücksichtigen sind auch die Schwere des vorgeworfenen Delikts sowie die Belastung durch das Verfahren (BSK StPO-Stefan Wehrenberg/Friedrich Frank, a.a.O., Art. 429 StPO N 27 ff.).

Vorliegend ist nicht unbeachtet zu lassen, dass der Gesuchsteller zumindest das Verfahren gegen seine Ehefrau mit Strafanzeige vom 5. August 2015 selbst ins

Rollen gebracht hat (Urk. 6/1). Nach Anklageerhebung gegen die Ehefrau des Gesuchstellers am 11. März 2016 (Urk. 6/26) berichteten verschiedene Medienunternehmen in der ganzen Schweiz über den Fall, so unter anderem die NZZ, der Tagesanzeiger, der Blick, die Berner Zeitung, das Aargauer Tagblatt online, 20 Minuten online etc. Auch wenn der Gesuchsteller nicht mit einem derart grossen medialen Interesse an der Frage der moralisch und strafrechtlich noch vertretbaren Dauer des Stillens gerechnet haben mochte, welche aufgrund der Strafuntersuchung gegen ihn und seine Ehefrau ausgelöst wurde, so ist aufgrund seiner Anzeigeerstattung doch mit einer gewissen Einwilligung des Gesuchstellers in die Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte auszugehen. Auf der anderen Seite lässt sich dem von der Verteidigung eingereichten Bericht von "... online" entnehmen, dass so über den Fall geschrieben wurde, dass der Gesuchsteller für Personen in seinem Umfeld durchaus identifizierbar war (Urk. 2/4), was nicht als von der Einwilligung des Gesuchstellers gedeckt gewertet werden kann. Vielmehr stellt es einen nicht unerheblichen Eingriff in die Persönlichkeit des Gesuchstellers dar, wenn im Zusammenhang mit dem Vorwurf, er habe den sexuellen Missbrauch seiner Tochter zugelassen, in den Medien derart über ihn berichtet wird. Darüber hinaus informierten die Medien ab dem Zeitpunkt, in welchem die Ehefrau des Gesuchstellers freigesprochen wurde (25. Januar 2017), auch über den familienrechtlichen Konflikt zwischen dem Gesuchsteller und seiner Frau, ein Thema, von welchem die Öffentlichkeit ansonsten ausgeschlossen ist (Art. 54 Abs. 4 ZPO). Die Strafanzeige des Gesuchstellers gegen seine Ehefrau wurde dabei als - im Kampf um das Sorgerecht - taktisch motiviert dargestellt und es wurden intime Details aus dem Familienleben des Gesuchstellers an die Öffentlichkeit getragen (vgl. Urk. 2/5). Vor diesem Hintergrund erscheint es insgesamt angemessen, dem Gesuchsteller für die erlittene Unbill eine Genugtuung von Fr. 1'000.- zuzüglich Zins zu 5% seit dem 29. Februar 2016 zuzusprechen. Im Mehrbetrag ist das Genugtuungsbegehren des Gesuchstellers abzuweisen.

Es wird erkannt:

1. Auf die Anträge der Privatklägerin wird nicht eingetreten.
2. Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, vom 29. Februar 2016 (B-1/2016/10001177) wird aufgehoben.
3. Der Gesuchsteller wird vollumfänglich freigesprochen.
4. Die Kosten des Strafbefehlsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
6. Dem Gesuchsteller wird für das Revisionsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'989.70 aus der Gerichtskasse zugesprochen.
7. Dem Gesuchsteller wird eine Genugtuung von Fr. 1'000.– zuzüglich 5 % Zins seit dem 29. Februar 2016 aus der Gerichtskasse zugesprochen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren des Gesuchstellers abgewiesen.
8. Schriftliche Mitteilung an
 - die Verteidigerin des Gesuchstellers, im Doppel für sich und zuhanden des Gesuchstellers
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
 - die Vertreterin der Privatklägerinsowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (unter Rücksendung der Akten Unt.Nr.: B-1/2016/10001177)
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - das Zentrale Inkasso des Obergerichts
 - die Koordinationsstelle VOSTRA (zur definitiven Entfernung der Verurteilung gemäss Dispositivziffer 1).

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, 30. Juni 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Leuthard