

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SR170013-O/U/ad

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

Beschluss vom 29. Juni 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

Gesuchsgegnerin

betreffend **mehrfache sexuelle Handlungen mit Kindern etc.**

**Revisionsgesuch gegen ein Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich,
I. Strafkammer, vom 4. Juli 2003 (SB000679)**

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. A._____ (nachfolgend: Gesuchsteller) wurde mit Anklageschrift vom 15. Mai 1997 - hier in Hinblick auf die im vorliegenden Verfahren noch relevanten Punkte zusammengefasst - vorgeworfen, er habe in der Zeit von April 1990 bis 12. Februar 1993 (mit Ausnahme vom 21. Oktober 1991 [recte: 21. November 1991] bis 8. Januar 1992) und in der Zeit zwischen Mitte August 1992 bis 6. Februar 1993) in den Orten resp. Ländern Dresden, Susch, Mellingen, Linn, Tunis, Libyen, Italien, Paris, Bremen und Rotterdam in unbestimmt vielen Fällen und in unregelmässigen Abständen mit B._____ (geboren am tt. März 1980) immer wieder sexuelle Handlungen bis hin zum Oral- und Analverkehr vorgenommen. Ferner habe sich der Gesuchsteller insbesondere in der Zeit vom 6. bis 12. Februar 1993 in Rotterdam, aber auch einige Male zu früheren, nicht mehr eruierbaren Zeiten an nicht mehr eruierbaren Orten sexuell an C._____ (geboren am tt. März 1983) vergangen (gegenseitiges Frottieren des Gliedes; Versuch des Gesuchstellers, C._____ zum Oralverkehr zu bringen). Der Gesuchsteller habe bei den sexuellen Handlungen seine wirtschaftliche, soziale und familiäre (Stiefsöhne) Machtstellung gegenüber den ihm entwicklungs-mässig und körperlich weit unterlegenen Knaben B._____ und C._____ ausgenutzt (Urk. 3/304 S. 3 ff.).

2. Das Bezirksgericht Zürich (9. Abteilung) sprach den Gesuchsteller mit Urteil vom 19. Dezember 1997 der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern, der mehrfachen sexuellen Nötigung sowie der (im heutigen Verfahren nicht mehr relevanten) unzüchtigen Veröffentlichungen schuldig (Schuldinterlokut) und bestrafte ihn am 13. Mai 1998 mit 5 Jahren und 10 Monaten Zuchthaus (als Gesamtstrafe) (Urk. 5/105, Urk. 5/148). Daraufhin erhoben sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Gesuchsteller Berufung (Urk. 5/158, Urk. 5/162). Mit Urteil vom 30. November 1998 bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, den Schuldpunkt der Vorinstanz, fällte - wie bereits das Bezirksgericht - eine Strafe von 5 Jahren und 10 Monaten Zuchthaus aus, schob diese Strafe aber auf und ordnete die Verwahrung des Gesuchstellers an (Urk. 4/195). Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsteller sowohl kantonale als auch eidgenössische

Nichtigkeitsbeschwerde (Urk. 4/197 f.). Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hiess die Nichtigkeitsbeschwerde mit Beschluss vom 18. November 2000 gut, hob das Urteil des Obergerichts auf und wies die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück (Urk. 4/213). Mit Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts vom 4. Juli 2003 wurde der Gesuchsteller der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sowie der mehrfachen sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und mit 4 Jahren und 4 Monaten Zuchthaus (als Zusatzstrafe zum Urteil der X. Kammer des Pariser Appellationsgerichtes vom 16. Juni 1995) bestraft. Zudem wurde der Gesuchsteller gestützt auf Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 (a) StGB verwahrt (Urk. 3/304 S. 266, entspricht Urk. 2/1 S. 266). Die gegen diesen Entscheid erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 21. Juni 2004 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (Urk. 3/320). Mit Urteil des Kassationshofes des Bundesgerichts vom 1. Dezember 2004 wurde auch die vom Gesuchsteller erhobene eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (Urk. 3/322). Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Juli 2003 ist demnach in Rechtskraft erwachsen.

3. Mit Eingabe vom 30. Mai 2017 liess der Gesuchsteller durch seinen Verteidiger ein Begehren um Wiederaufnahme des Verfahrens bezüglich des vorgeannten Urteils erheben (Urk. 1) und reichte hierzu Beilagen ein (Urk. 2/1-10). Der Verteidiger beantragte darin, das Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts sei gestützt auf Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO aufzuheben. Eventualiter sei ein Gutachten über den geltend gemachten Revisionsgrund einzuholen. Es sei eine mündliche Verhandlung anzuordnen. Es sei vom Berufungsgericht ein neues Urteil zu fällen und das Verfahren infolge Verjährung einzustellen, eventualiter sei die Strafsache gegen den Gesuchsteller nach Aufhebung des Urteils an das Bezirksgericht Zürich zur Neuurteilung zurückzuweisen. Zudem sei dem Gesuchsteller für das vorliegende Revisionsverfahren in seiner Person eine amtliche Verteidigung zu bestellen (Urk. 1 S. 2).

II. Anwendbares Recht und Zuständigkeit

Gemäss Art. 453 Abs. 1 der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) werden Rechtsmittel gegen noch vor ihrem Inkrafttreten gefällte Entscheide nach bisherigem Recht und von den bisher zuständigen Behörden beurteilt.

Entsprechend ist das Revisionsgesuch gegen das Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Juli 2003 in Anwendung der Zürcher Strafprozessordnung (nachfolgend: StPO/ZH) sowie des Zürcher Gerichtsverfassungsgesetzes (nachfolgend: GVG) zu beurteilen.

Das Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts ist wiederum beim Obergericht anzubringen (§ 439 Abs. 1 StPO/ZH). Praxisgemäss wurde das Revisionsgesuch der II. Strafkammer des Obergerichts zugeteilt.

III. Revision

1. Die Revision oder Wiederaufnahme ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, welches zur Durchbrechung der Rechtskraft eines Entscheides führt und deshalb nur in engem Rahmen zulässig ist. Entsprechend streng sind die Voraussetzungen einer Revision (Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, N 1133 ff.; Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., § 439 N 1 f.).

2. Gemäss § 439 Abs. 2 StPO/ZH sind die Gründe, auf welche sich das Revisionsgesuch stützt, genau zu bezeichnen und soweit möglich zu belegen.

Die Behauptungs- und Beweisführungslast trifft somit alleine den Gesuchsteller, wogegen das Revisionsgericht weder selbst nach Revisionsgründen suchen noch ein zu wenig substantiiertes Revisionsgesuch von sich aus entsprechend ergänzen muss. Insofern weist das Revisionsverfahren also eine gewisse Nähe zum Zivilprozess auf, bei welchem infolge massgebender Mitwirkung der

Parteien die Verfahrensherrschaft des Gerichts beschränkt ist. Entsprechend gilt im Revisionsverfahren auch die Unschuldsvermutung nicht, sondern der Grundsatz: "Im Zweifel für die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids". Der Gesuchsteller muss die Revisionsgründe somit selbst ermitteln, im Gesuch genau darlegen und in einem Mindestmass glaubhaft machen bzw. belegen können. Andernfalls ist die Revisionsinstanz berechtigt, auf das Gesuch nicht einzutreten (Donatsch/Schmid, a.a.O., § 439 N 19).

3. Die Revisionsgründe für eine Wiederaufnahme zu Gunsten eines Verurteilten sind in § 449 StPO/ZH abschliessend genannt. Nach dieser Bestimmung kann gegen ein rechtskräftiges Urteil, durch welches eine Strafe oder Massnahme verhängt wurde, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Verurteilten verlangt werden, wenn durch ein Verbrechen oder Vergehen zum Nachteil des Verurteilten auf das frühere Strafverfahren eingewirkt wurde (Ziff. 1), wenn seit der Verurteilung ein Strafurteil ausgefällt wurde, das mit dem ersten Urteil in unverträglichem Widerspruch steht (Ziff. 2), oder wenn Tatsachen und Beweismittel geltend gemacht werden, die dem erkennenden Richter nicht bekannt gewesen waren und welche allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Tatsachen die Freisprechung des Angeklagten oder eine mildere Bestrafung rechtfertigen (Ziff. 3).

4. Der Gesuchsteller wendet sich in seinem Revisionsgesuch vom 30. Mai 2017 gegen seine Verurteilung wegen mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern und mehrfacher sexuellen Nötigung. Dabei beruft er sich auf den Revisionsgrund neuer Tatsachen und Beweismittel im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO, welcher altrechtlich § 449 Ziffer 3 StPO/ZH entspricht. Insbesondere macht er geltend, im Rahmen einer Routineuntersuchung in der Justizvollzugsanstalt Pöschwies habe der behandelnde Gefängnisarzt Dr. med. D. _____ im Sommer letzten Jahres bemerkt, dass der Gesuchsteller einen sehr grossen Penis habe. Diese Bemerkung habe den Gesuchsteller dazu veranlasst, den Gefängnisarzt auf die Umstände seiner Verurteilung hinzuweisen. Dieses Gespräch sei Anlass für weitere Abklärungen gewesen. Mit Schreiben vom 6. September 2016 habe der Gefängnisarzt der Verteidigung mitgeteilt, dass er bei dem von ihm bzw.

dem Gesuchsteller selbst gemessenen resp. errechneten Dimensionen des Penis des Gesuchstellers Analverkehr mit einem Knaben von 10-13 Jahren nicht für möglich halte, ohne bei diesem schwerste Verletzungen zu hinterlassen. Die Frage, ob eine Analpenetration wie von B._____ behauptet unter Berücksichtigung von Verletzungsfolgen im konkreten Fall mit einem Glied der Grösse desjenigen des Gesuchstellers überhaupt möglich sei, sei im Strafverfahren weder aufgeworfen noch diskutiert worden. Die Grösse des Penis des Gesuchstellers sei nie festgestellt worden. Keine der entscheidenden Instanzen habe sich damit befasst, weshalb sie diesen Sachverhalt auch nicht zur Grundlage ihrer Urteile hätten machen können. Auf medizinisches Expertenwissen sei im gesamten Strafverfahren zur Sachverhaltsfeststellung nur zweimal abgestellt worden. So seien u.a. B._____ und C._____ am 13. Februar 1993 in Paris medizinisch untersucht worden, wobei bei B._____ explizit keine Auffälligkeiten und Verletzungen festgestellt worden seien und bei C._____ festgestellt worden sei, dass Analverkehr nicht möglich sei. Zudem sei das Institut für Rechtsmedizin (IRM) von der damaligen Bezirksanwaltschaft angefragt worden, ob Analverkehr bei einem knapp 13-jährigen Knaben medizinisch feststellbare Spuren hinterlasse, wenn die gerichtsmedizinische Untersuchung am Tag darauf - oder wenige Tage darauf - erfolgt sei. Der damalige Institutsleiter Prof. Dr. E._____ habe in seinem Arztbericht vom 18. April 1997 darauf geantwortet, dass ein derartiger Spurennachweis möglich sein könne, negative Befunde eine solche Handlungen jedoch nie ausschliessen würden (Urk. 1 S. 11 ff.).

5.1 Neu sind Tatsachen und Beweismittel, wenn sie dem Gericht zur Zeit der Urteilsfällung nicht zur Kenntnis gelangt sind, das heisst ihm überhaupt nicht in irgend einer Form vorlagen, oder wenn sie im Zeitpunkt des zu revidierenden Urteils zwar vorhanden waren, vom ursprünglichen Richter in seinem Entscheid aber - aus welchen Gründen auch immer - nicht berücksichtigt wurden bzw. nicht berücksichtigt werden konnten, nicht aber dann, wenn der Richter deren Tragweite anders gewürdigt hat (Urteil des Bundesgerichtes 6B_56/2012 vom 7. Mai 2012 mit Hinweis auf BGE 130 IV 72 E. 1, BGE 122 IV 66 ff. und BGE 116 IV 353 Erw. 3a; BGE 99 IV 183 f.; Donatsch/Schmid, a.a.O., § 449 N 11 und 13).

Eine Revision ist auch dann zulässig, wenn die Tatsache dem Beschuldigten bekannt war, er es jedoch unterliess, sie dem Gericht zur Kenntnis zu bringen. Dies deshalb, weil es um die Durchsetzung der materiellen Wahrheit und der Gerechtigkeit geht und dieses Anliegen im Prinzip unabhängig vom früheren Verhalten des Verurteilten zu verwirklichen ist. Fraglich ist allerdings, ob nicht in krassen Fällen das Prinzip von Treu und Glauben bzw. das Verbot des "venire contra factum proprium" Grenzen setzt, so beispielsweise wenn der Verurteilte mehrfach zugegeben hatte, am Tatort anwesend gewesen zu sein, er nun aber nachträglich angebliche Alibizeugen namhaft macht (Donatsch/Schmid, a.a.O., § 449 N 12).

Ausgeschlossen ist die Neuheit, wenn sich sinngemäss aus dem Urteil ergibt, dass der fragliche Umstand vom Richter mitberücksichtigt wurde. Zudem fehlt es an der Neuheit, wenn eine im früheren Entscheid diskutierte Beweisfrage mit den bisherigen oder neuen Beweisen wie Zeugen, Sachverständigen etc. wieder aufgerollt werden soll, ohne dass neue Tatsachen eingeführt werden. Eine bloss andere neue bzw. angeblich bessere Würdigung der bereits im ersten Verfahren bekannten Tatsachen, ist grundsätzlich kein Wiederaufnahmegrund. Es wäre also z.B. nicht möglich, mit Hilfe eines neuen Sachverständigen, der auf Grund der am Unfallort aufgefundenen Bremsspuren andere Geschwindigkeiten der beteiligten Fahrzeuge als der Sachverständige des ersten Verfahrens ermittelt, eine Revision zu erlangen (Donatsch/Schmid, a.a.O., § 449 N 13, mit Hinweis auf ZR 65 (1966) Nr. 91).

5.2 Die Frage, ob Analverkehr mit einem 13-Jährigen möglich ist, ohne dass bei diesem Verletzungen im Analbereich nachweisbar sind, wurde von der vormaligen Verteidigung des Gesuchstellers bereits in der Untersuchung aufgeworfen. Deswegen wurde auf Ersuchen der Verteidigung von der damaligen Bezirksanwaltschaft I des Kantons Zürich ein Gutachten beim Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich-Irchel (IRM) in Auftrag gegeben, zur Frage, "ob Analverkehr bei einem knapp 13-jährigen Knaben medizinisch feststellbare Spuren hinterlässt". Prof. Dr. med. E. _____ hielt in seinem Institutsgutachten vom 18. April 1997 allgemein gehalten und klar fest, dass man aus rechtsmedizinischer Erfahrung wisse, dass insbesondere die sorgfältige Untersuchung der gesamten Körperoberflä-

che zur Feststellung von Verletzungen und die serologische Untersuchung von Abstrichen vom Anus zum Nachweis von Spermien einen grossen Stellenwert hätten, da durch die alleinige Untersuchungen der äusseren Genitalien und des Anus häufig keine oder lediglich geringe Verletzungen festgestellt werden könnten. Dabei gelte es zu berücksichtigen, dass diese Untersuchungen in ihrer Aussagekraft mit länger werdendem Zeitabschnitt zwischen dem Ereignis und dem Untersuchungszeitpunkt stark eingeschränkt werden könnten. Insgesamt müsse die Frage, ob Analverkehr bei einem 13-jährigen Knaben medizinisch feststellbare Spuren hinterlasse, dahingehend beantwortet werden, dass ein derartiger Spurennachweis in obgenannter Art und Weise möglich sein könne. Negative Befunde würden solche Handlungen jedoch **nie** ausschliessen (Urk. 5/ND1/41/5). Eine Ausnahme - beispielsweise für den Fall, dass ein Täter überdurchschnittlich grosse Genitalien besitzt - erwähnte der Gutachter nicht.

Der von der Verteidigung eingereichte Bericht des Gefängnisarztes Dr. med. D._____ vom 6. September 2016 (Urk. 2/4) vermag das Gutachten des IRM nicht in Frage zu stellen. Vielmehr erscheint es höchst unprofessionell, dass Dr. med. D._____ den Gesuchsteller die Messungen an seinem Penis im erigierten Zustand selber durchführen liess und sich hernach auf die Angaben des Gesuchstellers stützte unter Anfügung der Bemerkung: "mit Sicherheit ist anzunehmen, dass der Umfang sich in erigiertem Zustand deutlich vergrössert". Dies zumal als Allgemeinwissen vorausgesetzt werden kann, dass die Penisgrösse im unerigierten Zustand nur wenig darüber aussagt, welche Masse der Penis während der Erektion erreicht. Ein kleiner Penis kann während der Erregung massiv an Länge und Umfang gewinnen, ein grosser dagegen nur wenig zulegen. Die andere medizinische Würdigung von Dr. med. D._____, wonach er bei diesen Dimensionen (Durchmesser des erigierten Penis von 4.93 cm gemäss Selbstmessung) Analverkehr mit einem Knaben von 10-13 Jahren nicht für möglich halte, ohne bei diesem schwerste Verletzungen zu hinterlassen, ist damit nicht geeignet, einen Wiederaufnahmegrund glaubhaft zu machen. Selbst wenn die Angaben des Gesuchstellers betreffend die Grösse seines erigierten Penis zutreffen würden, ist festzuhalten, dass sich die Urteilsgrundlagen nicht verändert haben, da das Gutachten

von Prof. Dr. med. E._____ eine allgemein gültige Aussage enthält, welche auch den Fall erfasst, dass der Täter einen überdurchschnittlich grossen Penis hat.

6. Der Gesuchsteller vermochte damit keinen Revisionsgrund glaubhaft zu machen, weshalb auf das Revisionsgesuch nicht einzutreten ist.

7. Es bleibt anzumerken, dass es vorliegend rechtsmissbräuchlich erscheint, wenn der Gesuchsteller nach über 25 Jahren als Revisionsgrund vorbringt, die Tat, wegen der er rechtskräftig verurteilt wurde, sei aufgrund der überdurchschnittlichen Grösse seines Penis gar nicht möglich gewesen. Der Gesuchsteller macht damit eine Tatsache geltend, die ihm seit jeher bekannt war und - entgegen seiner Darstellung - nicht erst durch die Untersuchung des Gefängnisarztes ans Licht trat. Wie schon zu Beginn der Untersuchung argumentierte die damalige Verteidigung des Gesuchstellers auch vor Kassationsgericht des Kantons Zürich damit, es sei nie konkret untersucht worden, ob Analverkehr angesichts des Grössenunterschieds zwischen dem Gesuchsteller und B._____ zur fraglichen Zeit medizinisch überhaupt möglich gewesen sei. Selbst wenn dieser Einwand bisher allgemeiner gehalten war, als der heute geltend gemachte Revisionsgrund, lässt sich doch daraus ableiten, dass die Grösse seines Penis für den Gesuchsteller stets ein Thema war, das er ohne Weiteres im Verfahren vor Bezirksgericht oder im ordentlichen Rechtsmittelverfahren hätte vorbringen können. Das Kassationsgericht trat mit Zirkulationsbeschluss vom 21. Juni 2004 nicht auf die Rüge des Gesuchstellers ein. Dies mit der Begründung, sie hätte bereits gegen den Entscheid des Obergerichts vom 30. November 1998 geltend gemacht werden können (Urk. 3/320 S. 15 f.).

8. Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich, eine Stellungnahme der Gegenparteien einzuholen (§ 446 StPO/ZH analog) und eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Zudem sind sowohl der Eventualantrag des Gesuchstellers auf Einholung eines Gutachtens über den geltend gemachten Revisionsgrund, als auch der Antrag auf Bestellung eines amtlichen Verteidigers abzuweisen.

IV. Kosten

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Revisionsverfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen (§ 396a StPO/ZH).

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag des Gesuchstellers um Bestellung einer amtlichen Verteidigung wird abgewiesen.
2. Auf das Revisionsgesuch wird nicht eingetreten.
3. Der Eventualantrag des Gesuchstellers auf Einholung eines Gutachtens über den geltend gemachten Revisionsgrund wird abgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
5. Die Kosten des Revisionsverfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.
6. Schriftliche Mitteilung an
 - den Verteidiger des Gesuchstellers (im Doppel)
 - die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienstesowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - die Vorinstanz.
7. 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, 29. Juni 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Leuthard