

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180339-O/U/hb

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Burger, Präsident, Ersatzoberrichter lic. iur. Vesely und Ersatzoberrichterin lic. iur. Laufer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. Schwarzenbach-Oswald

Beschluss vom 25. Januar 2019

in Sachen

A. _____,

Privatklägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge B. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

sowie

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

B. _____

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **sexuelle Handlungen mit Kindern etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht in
Strafsachen, vom 26. Juli 2017 (GG170011)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 23. März 2017 (Urk. 31) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin wird abgewiesen.
3. Das Genugtuungsbegehren der Privatklägerin wird abgewiesen.
4. Die Entscheidungsbüher fällt ausser Ansatz; die übrigen Kosten in der Höhe von Fr. 8'872.15 (Fr. 2'000.– Gebühr für das Vorverfahren, Fr. 110.– Auslagen, Fr. 3'500.– Kosten der Kantonspolizei Zürich [act. 23/ und act. 23/2] und Fr. 3'262.15 Entschädigung unentgeltlicher Rechtsbeistand [act. 19/11]) werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten mit Fr. 7'500.– (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
6. Dem Beschuldigten wird eine Entschädigung von Fr. 352.85 für anwaltliche Verteidigung vor Einsetzung des amtlichen Verteidigers aus der Gerichtskasse zugesprochen.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 88 S. 1 f.)

1. Auf die Berufung sei nicht einzutreten, und es sei festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 26. Juli 2017 vollumfänglich in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen für die amtliche Verteidigung, seien der Inhaberin der elterlichen Sorge der Privatklägerin, B._____, aufzuerlegen.

Eventualiter:

1. Der Beschuldigte sei von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. Das Genugtuungsbegehren der Privatklägerin sei abzuweisen.
3. Das Entschädigungsbegehren der Privatklägerin sei abzuweisen.
4. Das Kosten- und Entschädigungsdispositiv im Urteil der Vorinstanz vom 26. Juli 2017 (Ziffern 4, 5 und 6) sei zu bestätigen.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten, seien der Inhaberin der elterlichen Sorge der Privatklägerin, B._____, aufzuerlegen.

b) Der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich:

(keine Anträge)

c) Der Vertretung der Privatklägerin:

(Urk. 87 S. 2)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelgericht in Strafsachen, vom 26. Juli 2017 (Geschäfts-Nr. GG17011-I) sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Der Beschuldigte sei der Schändung im Sinne von Art. 191 StGB und der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen und angemessen zu bestrafen.
3. Der Beschuldigte sei zu verpflichten, der Privatklägerin eine Genugtuung von CHF 500.– zuzüglich 5% Zins seit dem 19. Juni 2015 zu bezahlen.
4. Der Beschuldigte sei sodann zu verpflichten, der Privatklägerin eine angemessene Entschädigung für die im Untersuchungs- und im gerichtlichen Verfahren (inkl. Berufungsverfahren) entstandenen Anwaltskosten in der Höhe von mindestens CHF 11'859.30 (zuzüglich 7.7% MWST) zu bezahlen.
5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, inklusive diejenigen des Berufungsverfahrens, seien dem Beschuldigten aufzuerlegen.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, er habe am 19. Juni 2015, zwischen 20.30 und 22.00 Uhr, seine damals rund 7 Monate alte Tochter A._____ an seinem Wohnort gewickelt und ihr dabei mit der Zunge über die Vagina geleckert (Urk. 31).

Mit Urteil vom 26. Juli 2017 sprach das Bezirksgericht Uster (Einzelgericht) den Beschuldigten von dieser Anklage frei (Urk. 71). Dagegen meldeten die Privatklägerin am 31. Juli 2017 (Urk. 66) und die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich am 7. August 2017 (Urk. 67) jeweils fristgerecht Berufung an. Mit Schreiben vom 7. August 2017 (recte: 2018) zog die Staatsanwaltschaft ihre Berufung zurück (Urk. 72), wovon Vormerk zu nehmen ist.

Die Berufungserklärung der Privatklägerin vom 21. August 2018 wurde fristgerecht eingereicht. Sie beantragt, der Beschuldigte sei anklagegemäss schuldig zu sprechen und zu bestrafen, ferner habe er ihr eine Genugtuung von Fr. 500.– zuzüglich 5% Zins seit dem 19. Juni 2015 zu bezahlen und sämtliche Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Urk. 74). Anschlussberufung wurde nicht erhoben und es wurden keine Beweisergänzungen beantragt.

Zur heutigen Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers Rechtsanwalt lic. iur. Y.____ und Rechtsanwalt lic. iur. X1.____ in Vertretung der Privatklägerin und in Begleitung von B.____, der Inhaberin der elterlichen Sorge der Privatklägerin (Prot. II S. 4).

II. Prozessuales

1. Am 26. Januar 2016 mandatierte B.____, die Mutter der Privatklägerin und Inhaberin der elterlichen Sorge, Rechtsanwalt lic. iur. X2.____ als Rechtsvertreter (Urk. 19/12). Mit Verfügung vom 29. Januar 2016 wurde dieser von der Oberstaatsanwaltschaft als unentgeltlicher Rechtsbeistand der Privatklägerin und deren Mutter bestellt (Urk. 19/4). Mit Vollmacht vom 6. September 2016 mandatierte B.____ neu Rechtsanwalt lic. iur. X1.____ als Rechtsvertreter (Urk. 19/15), woraufhin die unentgeltliche Rechtsbeistandschaft in der Person von Rechtsanwalt X2.____ mit Verfügung der Oberstaatsanwaltschaft vom 3. Oktober 2016 widerrufen wurde (Urk. 19/10).

Die Berufung wurde von Rechtsanwalt X1.____ im Namen der Privatklägerin erhoben (Urk. 66). Die Berufungserklärung erfolgte namens der Mutter der Privat-

klägerin bzw. im Namen der Privatklägerin (Urk. 74). Dazu machte die Verteidigung mit Eingabe vom 18. Januar 2019, auf welche sie anlässlich der Berufungsverhandlung verwies (Prot. II S. 6), zusammengefasst geltend, Rechtsanwalt X1._____ habe als erbetener Rechtsvertreter der Mutter der Privatklägerin Berufung angemeldet und erklärt. Die Privatklägerin stehe aber nach wie vor unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Mutter B._____ und des Vater (des Beschuldigten) C._____. Das Rechtsmittel der Berufung in Strafsachen bedürfe der Zustimmung beider Elternteile, wobei der Beschuldigte einem Berufungsverfahren der Privatklägerin gegen seine Person aber selbstverständlich nicht zustimme. Es bestehe sodann eine ernstzunehmende Wahrscheinlichkeit, dass B._____ und deren Mutter die Vorwürfe gegen den Beschuldigten erfunden und das Strafverfahren dazu instrumentalisiert hätten, um den Beschuldigten für sein schlechtes Benehmen als Ehemann abzustrafen und ihn von seiner Tochter fernzuhalten zu können. Das Verhältnis der Eltern der Privatklägerin sei seit der Trennung massiv getrübt und hinsichtlich des Strafverfahrens liege ein Interessenskonflikt im Sinne von Art. 306 Abs. 2 ZGB vor. Demzufolge sei die Mutter der Privatklägerin nicht berechtigt, im Namen der Privatklägerin Berufung zu erheben bzw. erheben zu lassen, da ihr die alleinige Vertretungsbefugnis fehle. Die zuständige KESB hätte dazu einen Prozessbeistand für die Privatklägerin bestellen müssen. Mangels Legitimation sei daher auf die Berufung nicht einzutreten (Urk. 82).

Anlässlich der Berufungsverhandlung erhielt Rechtsanwalt X1._____ Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen (Prot. II S. 6 f.). Er führte zusammengefasst aus, dass die dem Beschuldigten angesetzte Frist von 20 Tagen, um schriftlich ein Nichteintreten zu beantragen, bereits im letzten Jahr abgelaufen sei. Bereits deshalb sei auf den Antrag des Beschuldigten, auf die Berufung sei nicht einzutreten, abzuweisen. Weiter bestritt er, dass hinsichtlich des Strafverfahrens ein Interessenskonflikt im Sinne von Art. 306 Abs. 2 ZGB vorliege und machte geltend, diese Bestimmung ziele auf einen Interessenskonflikt zwischen den Eltern und dem Kind ab, nicht auf einen solchen unter den Eltern selbst. Es sei unzutreffend, dass B._____ und deren Mutter die Vorwürfe gegen den Beschuldigten und das Strafverfahren dazu instrumentalisiert hätten, um diesen abzustrafen und von seiner Tochter fernhalten zu können. Falls dies das Ziel gewesen wäre, hätten die ent-

sprechenden Vorwürfe bereits während des Eheschutzverfahrens erhoben werden müssen. Damit hätte der angebliche Zweck, den Beschuldigten von der Tochter fernzuhalten, erreicht werden können und nicht mit einer Strafanzeige nach dem Eheschutzverfahren. Damit stehe fest, dass die Mutter der Privatklägerin keine Eigeninteressen verfolge und in Bezug auf ihre Tochter folglich keine Interessenkollision bestehe. Eine solche liege vielmehr zwischen dem Beschuldigten und der Privatklägerin vor, sodass diesem vorliegend das Vertretungsrecht entfalle. Entsprechend würden seine Befugnisse im vorliegenden Strafverfahren entfallen, nicht aber diejenigen der Kindsmutter. Sie sei daher legitimiert gewesen und sei legitimiert, die Privatklägerin im vorliegenden Strafverfahren zu vertreten, sodass der Antrag des Beschuldigten auch deshalb abzuweisen sei (Urk. 87 S. 3 f.).

2. Fraglich ist, ob die Kindsmutter bzw. Rechtsanwalt X1._____, welcher von ihr mandatiert wurde, legitimiert sind, namens der Privatklägerin, einem Kleinkind, Berufung zu erheben. Auch wenn für die Parteien die Frist zur Beantragung des Nichteintretens im Rahmen der Vorprüfung gemäss Art. 400 Abs. 3 lit. a StPO abgelaufen ist (vgl. Urk. 75 und Urk. 76/1-3), können die Parteien auch an der Berufungsverhandlung noch Vorfragen betreffend Prozessvoraussetzungen aufwerfen (Art. 379 i.V.m. Art. 339 Abs. 2 lit. b StPO). Ausserdem ist die (Vertretungs-) Legitimation ohnehin im Rahmen der Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen zu beurteilen (vgl. Art. 403 Abs. 1 lit. c StPO).

2.1. Nach Art. 382 Abs. 1 StPO kann jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat, ein Rechtsmittel ergreifen. Partei ist unter anderem die Privatklägerschaft (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO). Als Privatklägerschaft gilt die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen (Art. 118 Abs. 1 StPO). Als geschädigt gilt die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzte Person (Art. 115 Abs. 1 StPO). Als Opfer gilt die geschädigte Person, welche durch die Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist (Art. 116 Abs. 1 StPO). Als Angehörige des Opfers gelten seine Ehegattin oder sein Ehegatte, seine Kinder und Eltern sowie die Personen, die ihm in ähnlicher Weise nahe stehen (Art. 116 Abs. 2 StPO).

Machen Angehörige eines Opfers Zivilansprüche geltend, so stehen ihnen die gleichen Rechte wie dem Opfer zu (Art. 117 Abs. 3 StPO). Es muss sich dabei um eigene Zivilansprüche der Angehörigen handeln (vgl. Art. 122 Abs. 2 StPO).

Da es im vorliegenden Verfahren um den Vorwurf sexueller Handlungen mit Kindern geht, kommt die Privatklägerin als Opfer im Sinne von Art. 116 Abs. 1 StPO in Frage. Die am tt.mm.2015 geborene Privatklägerin ist zum heutigen Zeitpunkt fast vier Jahre alt. Sie ist daher handlungsunfähig (Art. 17 ZGB). Eine handlungsunfähige Person wird im Strafverfahren durch ihre gesetzliche Vertretung vertreten (Art. 106 Abs. 2 StPO). Die gesetzliche Vertretungsbefugnis steht bei minderjährigen Kindern grundsätzlich den Eltern als Inhaber der elterlichen Sorge zu (vgl. Art. 304 Abs. 1 ZGB). Die Kinder stehen, solange sie minderjährig sind, gemäss Art. 296 ZGB unter der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter (Abs. 2), welche die elterliche Sorge nach der Maxime des Kindeswohls ausüben (Abs. 1). Gemeinsame elterliche Sorge bedeutet, dass die Eltern alles, was das Kind betrifft, im Prinzip gemeinsam regeln (Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs [Elterliche Sorge] vom 16. November 2011, in: BBl 2011 9106). Dies gilt insbesondere für möglicherweise besonders belastende Geschäfte, wie z.B. Prozessführung (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, 6. Aufl. 2018, Art. 304/305 N 11). Bei Interessenkollision entfallen von Gesetzes wegen die Befugnisse der Eltern in der entsprechenden Angelegenheit (Art. 306 Abs. 3 ZGB). Haben die Eltern in einer Angelegenheit Interessen, die denen des Kindes widersprechen, so ernennt die Kindesschutzbehörde einen Beistand oder regelt diese Angelegenheit selber (Art. 306 Abs. 2 ZGB).

2.2. Die Privatklägerin steht unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Kindsmutter und des Beschuldigten (Urk. 8/2). Ob eine Interessenkollision vorliegt, ist abstrakt zu beurteilen (Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 306 N 4; BGE 118 II 101 E. 4c).

Es muss davon ausgegangen werden, dass ein Interessenkonflikt nicht nur zwischen Vater und Tochter, sondern auch zwischen Mutter und Tochter besteht oder bestehen könnte. Sodann besteht ein Interessenkonflikt zwischen Mutter und Vater:

Die Anhebung einer Berufung ist eine Rechtsvorkehr, die mit erheblichen (finanziellen und emotionalen) Auswirkungen verbunden ist und gerade unter Berücksichtigung des Kindeswohls grundsätzlich die wohlüberlegte Zustimmung beider Elternteile und damit auch des Beschuldigten benötigen würde. Dass der Beschuldigte der Anhebung einer Berufung seiner Tochter bzw. einem Strafverfahren gegen seine eigene Person zustimmen würde, kann angesichts der vorliegenden Prozesskonstellation ausgeschlossen werden, was auch von der Verteidigung ausgeführt wurde (Urk. 82 S. 2).

Die Strafanzeige wurde durch die Grossmutter der Privatklägerin eingereicht (Urk. 1 und Urk. 2). Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten frei (Urk. 71). Geht man von der Unschuld des Beschuldigten aus, würde für die Privatklägerin objektiv betrachtet kein Interesse bestehen, ein Berufungsverfahren gegen ihren Vater anzustrengen.

Es kann ferner nicht ausgeschlossen werden, dass die Mutter der Privatklägerin mit der angehobenen Berufung Eigeninteressen verfolgt, lebt sie doch vom Beschuldigten getrennt und wird in einem allfälligen Scheidungsprozess die Zuteilung der elterlichen Sorge und der Obhut, die Ausgestaltung des Besuchsrechts etc. Thema sein. Sodann fällt auf, dass die Strafanzeige am 7. Dezember 2012 erfolgte (Urk. 1) und damit kurz nach Ablauf des im Eheschutzverfahren bis am 30. November 2015 vereinbarten begleiteten Besuchsrechts (vgl. Urk. 8/2). Auch ist ein Rachemotiv denkbar, nachdem sich der Beschuldigte nach Ansicht der Mutter von B._____ der Kindsmutter gegenüber schlecht benommen haben soll (Urk. 3/2 S. 3). Das Verhältnis zwischen den Elternteilen scheint somit nicht derart, dass mit Bestimmtheit gesagt werden kann, die Kindsmutter verfolge nicht auch aus persönlichen Beweggründen die Durchführung eines Berufungsverfahrens.

Ohnehin ist generell von einer Interessenkollision auszugehen bei der Vertretung des Kindes im Strafverfahren gegen den sorgeberechtigten Elternteil, der gegenüber dem Kind eine strafbare Handlung begangen haben soll, d.h. bei strafrechtlichen Delikten innerhalb der Familie, insb. bei sexuellem Missbrauch von Kindern

(KUKO ZGB-Cottier, 2. Aufl. 2018, Art. 306 N 3; Schwenger-Cottier, a.a.O., Art. 306 N 5).

Aus den Erwägungen folgt, dass aufgrund der bestehenden Interessenkollision von Gesetzes wegen die Befugnisse der Eltern in der vorliegenden Angelegenheit entfielen (Art. 306 Abs. 3 ZGB). Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde hätte für die Privatklägerin für die Untersuchung und das Strafverfahren gegen den Beschuldigten betreffend sexuelle Handlungen mit Kindern eine Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 306 Abs. 2 ZGB errichten müssen. Die Interessenwahrung der Privatklägerin hätte dann durch den Prozessbeistand erfolgen müssen. Die Vertretungsmacht der Mutter entfiel hingegen in vorliegender Angelegenheit von Gesetzes wegen (siehe Schwenger/Cottier, a.a.O., Art. 306 N 6), so dass diese nicht mehr befugt war, für die Privatklägerin eine Rechtsvertretung zu beauftragen, welche für die Privatklägerin in vorliegender Angelegenheit rechtswirksam hätte handeln können.

2.3. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass B._____ bzw. Rechtsanwalt X1._____ in vorliegender Angelegenheit nicht zur Vertretung der Privatklägerin und damit zur Berufung legitimiert sind.

2.4. Die anwaltlich vertretene Kindsmutter hat die Berufung offensichtlich nicht in eigenem Namen erhoben. Deshalb sei nur der Vollständigkeit halber noch Folgendes erwähnt: Zwar ist die Kindsmutter Angehörige der Geschädigten bzw. des Opfers. Da sie jedoch keine eigenen Zivilansprüche geltend macht (Art. 117 Abs. 3 i.V.m. Art. 122 Abs. 2 StPO), kann sie sich nicht als Privatklägerin am Strafverfahren beteiligen und es ist ihr damit auch verwehrt, selbst Berufung einzulegen. Insofern wird auch zu Recht nicht geltend gemacht, sie habe in eigenem Namen Berufung erheben wollen.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die Berufung mangels Vertretungslegitimation nicht einzutreten ist.

4. Die nachträgliche Ernennung eines Prozessbeistands für die Privatklägerin erübrigt sich im vorliegenden Fall, da die Berufung auch – wie nachfolgend aufge-

zeigt wird – im Falle einer prozessual gültigen Berufung keinen Bestand hätte, sondern vielmehr zur Bestätigung des von der Vorinstanz ausgesprochenen Freispruchs geführt hätte.

III. Sachverhalt

1. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, die Anklage stütze sich im Wesentlichen auf die Aussagen der Zeugin D._____. Diese sei die Grossmutter der Privatklägerin und Schwiegermutter des Beschuldigten. Als einzige habe sie den angeblichen Vorfall beobachtet. Bei ihren Aussagen habe sie sich jedoch oft in Widersprüche verstrickt, den behaupteten Vorfall inhaltlich nicht konsistent wiedergegeben und unklare und ausweichende Antworten gegeben. Demgegenüber habe der Beschuldigte den ihm vorgeworfenen Sachverhalt glaubhaft bestritten. Weitere Zeugen oder taugliche Beweismittel würden fehlen. Gemäss dem Grundsatz in dubio pro reo sei der Beschuldigte daher freizusprechen.

2. Standpunkt der Privatklägerin

Die Privatklägerin liess im Wesentlichen wie schon vor Vorinstanz geltend machen, der Beschuldigte sei unglaubwürdig und habe den Vorwurf unglaubhaft bestritten (Urk. 87 S. 5-10). Die Schilderungen von D._____ seien hingegen sehr detailliert, realitätsnah und nachvollziehbar, weshalb ihre Aussagen als glaubhaft einzustufen seien. Sodann habe sie in ihren Befragungen nicht grundsätzlich schlecht vom Beschuldigten gesprochen und es sei keine grundsätzlich negative Einstellung der Tatzeugin erkennbar. Entsprechend könne zur Erstellung des Sachverhalts auf ihre Darstellung abgestellt werden (Urk. 87 S. 15 f.).

3. Rechtliches

Vorab ist auf die in allen Punkten zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu den allgemeinen Beweiswürdigungsregeln zu verweisen (vgl. Urk. 71 S. 8 ff.). Erneut ist festzuhalten, dass das Gericht die Beweise frei nach seiner aus dem ge-

samten Verfahren gewonnenen Überzeugung würdigt (Art. 10 Abs. 2 StPO). Bestehen unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat, so geht das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage aus (Art. 10 Abs. 3 StPO).

4. Würdigung

4.1. Allgemeines

Wie die Vorinstanz richtig festhielt, stützt sich der Anklagevorwurf einzig auf die Aussagen der Zeugin D._____. Es bestehen keine objektiven Beweismittel wie DNA-Spuren, welche auf einen sexuellen Kontakt zwischen dem Beschuldigten und der Privatklägerin hindeuten. Weder bestehen weitere Zeugen für die fragliche Tat noch solche, die Hinweise auf das Vorhandensein eines sexuellen Kontakts geben könnten. Auch wenn ein Einzelzeugnis durchaus als rechtsgenügender Beweis angesehen werden kann, muss eine Aussage solchenfalls in jeder Hinsicht zuverlässig und unbefangen erscheinen und - allenfalls durch Indizien besonders unterstützt - letztlich klar glaubhafter als jene des bestreitenden Beschuldigten sein.

Zu lügen stellt eine erhebliche kognitive Leistung der aussagenden Person dar: Sie muss ihre Falschaussage überzeugend darlegen, ohne auf vorhandene Erinnerung zurückgreifen zu können. Sie muss sich merken, wie und mit welchen Details sie ihre Geschichte erzählt hat, um auf Nachfragen widerspruchsfrei und schnell reagieren zu können. Sie beobachtet verstärkt sich selbst und ihre Wirkung auf die vernehmende Person, um auf Irritationen oder fehlende Überzeugungswirkung reagieren zu können. Das führt gegenüber demjenigen, der ein wahres Geschehen abrufen und berichten kann, zu einer erhöhten kognitiven Belastung mit der Folge, dass (zu) wenig Ressourcen für die Ausarbeitung der Aussage an sich zur Verfügung stehen: Diese erscheint verarmt, wenig bunt und wenig individuell (Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl. 2014, S. 77).

Die Vorinstanz gab die Aussagen der Zeugin D._____ korrekt wieder und würdigte diese sorgfältig und zutreffend (Urk. 71 S. 11 ff., S. 29 ff.). Ihr Fazit ist schlüssig, wonach erhebliche, nicht zu unterdrückende Zweifel darüber bestehen, dass sich der dem Beschuldigten vorgeworfene Sachverhalt tatsächlich so zugetragen habe (Urk. 71 S. 46). Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann auf alle diese Erwägungen vorab verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Ausführungen verstehen sich als Hervorhebungen und Ergänzungen.

4.2. Motiv der Anzeigeerstattung

Zunächst ist festzuhalten, dass die Zeugin D._____ die Anzeige gegen den Beschuldigten persönlich erstattete (Urk. 1). Mit anderen Worten bekundete sie damit ihr aktives Interesse an einer Verurteilung des Beschuldigten und damit eine gewisse Parteilichkeit.

Gemäss ihrer Darstellung vor Vorinstanz entschloss sie sich zur Anzeige, nachdem die Kindsmutter zu ihr gezogen sei und der Beschuldigte sie mehrfach zu Hause angerufen und ein Gespräch mit der Kindsmutter verlangt habe. Diesem Ansinnen habe sie viele Male nicht entsprochen. Der Beschuldigte habe geflucht und sie hätten sich wegen Dokumenten gestritten, die die Kindsmutter verlangt habe. Er habe gesagt, dass er die Kleine (die Privatklägerin) abholen werde, dass sie alle Zigeuner wären, alte Zigeuner, und dass sie (D._____) eine alte Frau wäre (Urk. 40 S. 4). Sie habe das als Drohung empfunden und habe sich gesagt, sie werde eine Strafanzeige einreichen (Urk. 40 S. 1).

Ähnlich hatte sie die Einreichung der Anzeige am 2. März 2016 schon bei der Staatsanwaltschaft begründet: "Weil es meiner Tochter schlecht ging, wegen der Trennung und ihr Mann ständig und immer wieder anrief und keinen Respekt gegenüber meiner Familie zeigte. Er hat unsere Familie richtig verachtet. Er hat sich gegenüber meiner Tochter sehr schlecht verhalten. Hat sie ständig schlecht gemacht und langsam konnte ich es nicht mehr aushalten, wie schlecht es meiner Tochter ging. Ich und meine Tochter hatten die Idee, die Polizei zu orientieren." (Urk. 3/2 S. 3).

Mit der Vorinstanz scheint die Anzeige mithin nicht wegen einer Sorge um das Wohl der Privatklägerin, sondern aufgrund des als unangebracht empfundenen Verhaltens der Beschuldigten gegenüber der Kindsmutter und ihrer Familie erstattet worden zu sein (vgl. Urk. 71 S. 36). Wenn die Vorinstanz mithin ein Rachemotiv für die Anzeigeerstattung erahnt, so ist dieser Einschätzung beizupflichten.

Weiter erscheint es mit der Vorinstanz befremdlich, dass die Anzeige vom 7. Dezember 2015 erst rund ein halbes Jahr nach der behaupteten Tat vom 19. Juni 2015 erfolgte. Der Grund dafür war gemäss D._____, dass ihr sowohl Rechtsanwälte als auch Ärzte von einer Anzeige abgeraten haben sollen (Urk. 3/2 S. 7 und auch B._____ Urk. 3/3 S. 4), wie auch anlässlich der Berufungsverhandlung geltend gemacht wurde (Urk. 87 S. 19). Dies erscheint jedoch realitätsfremd. Wenn das Kindeswohl in Gefahr gewesen wäre, hätten die Kinderärzte kaum von einer Anzeige abgeraten, zumal ja weitere Übergriffe zu befürchten gewesen wären. Und auch Rechtsanwältin E._____, die Rechtvertreterin der Kindsmutter im Eheschutzverfahren, sagte vor Vorinstanz glaubhaft aus, sie habe ihrer Klientin sofort zu Abklärungen bei der Polizei und bei der KESB geraten, als sie von den Mutmassungen erfahren habe (vgl. Urk. 59 S. 7 f., S. 9). Letzteres erscheint glaubhaft und nachvollziehbar. Unter diesen Umständen sind keine nachvollziehbaren Gründe für die gleichwohl späte Anzeigeerstattung ersichtlich.

Zusammenfassend kann D._____ nicht als unbefangene Zeugin erachtet werden. Ihre Anzeigeerstattung erfolgte offenkundig primär aus Ärger über das Verhalten des Beschuldigten gegenüber ihr und der Kindsmutter und ist im Zusammenhang mit der Trennung der Kindsmutter vom Beschuldigten zu sehen. Demgegenüber erscheint es befremdlich, dass nicht schon früher Anzeige erstattet wurde, um eine Fortsetzung des sexuellen Missbrauchs zu verhindern.

4.3. Aussagewürdigung

Aber auch wenn die Motivlage und die späte Anzeige der Zeugin ausser Acht gelassen werden, wirken ihre Aussagen unzuverlässig: Zwar schilderte sie das

Kerngeschehen sehr konstant, indem sie ausführte, der Beschuldigte habe die Vagina der Privatklägerin während ein bis zwei Sekunden geleckt und gelacht, als sie ihn dabei ertappt habe. Dabei stellt das Lachen ein plastisches Realitätskriterium dar. In sämtlichen weiteren Umständen bleibt die Schilderung jedoch äusserst karg und stereotyp. Weder konnte D._____ näher erläutern, wie sich das Kind während der Tat verhielt bzw. bewegte (Urk. 40 S. 10) noch wie sie selbst auf die Entdeckung reagierte. Statt dessen wich sie der Frage aus und fragte zurück: "Wie hätte ich reagieren können? Ich habe nur gefragt, was er da mache. Dann habe ich nichts weiteres gesagt. Dann habe ich das Kind ins Bett gebracht und ihr den Schoppen gegeben. Am nächsten Tag bin ich nach Hause gegangen." (Urk. 40 S. 11). Auf die anschliessende Frage, ob sie demnach das Kind zu Ende gewickelt habe, erklärte sie, der Vater habe dies gemacht. Der Vater habe das Kind ins Bett gebracht und dem Kind den Schoppen gegeben. "Ich erinnere mich nicht, ob ich es war oder er." (Urk. 40 S. 11, unterschiedlich auch in Urk. 3/1 S. 1 und Urk. 3/2 S. 6).

Die solcherart geschilderten Tatumstände wirken detailarm und widersprüchlich. Es erscheint nicht recht erklärlich, weshalb sich die Zeugin nicht daran erinnern kann, ob sie das Kind nach der Tat ins Bett brachte oder der Beschuldigte, den sie ja bei einer sexuellen Handlung mit dem Kind ertappt haben will. Gegebenenfalls wäre es auf der Hand gelegen, das Kind vor dem Täter zu schützen und es ihm nicht weiter zu überlassen. Innere Vorgänge bzw. ihr Gefühlserleben sind aus ihren Aussagen kaum erkennbar. Erst nachdem sie vom Staatsanwalt darauf angesprochen wurde, was sie beim Beobachten der Tat empfunden habe, führte sie aus, sie habe Schüttelfrost bekommen (Urk. 3/2 S. 5). Dies lässt die Schilderung wenig glaubhaft erscheinen.

Auch weitere Tatumstände schilderte D._____ widersprüchlich. Einerseits gab sie zugegebenermassen die Position des Wickeltisches falsch an (Urk. 40 S. 7). Andererseits führte sie zunächst beharrlich aus, dass die Privatklägerin bei der Tat vom 19. Juni 2015 einen Gurt (Spreizhosen, auch als Bandagen bezeichnet) getragen habe. "A._____ lag auf ihrem Rücken. Sie trug einen Gurt, welcher vom Kopf bis zu den Beinen führte und ihr die Beine hoch hielt. Sie konnte so die Bei-

ne nicht hängen lassen und musste die Beine immer nach oben halten." (Urk. 3/2 S. 4). Auch nachdem sie darauf hingewiesen wurde, dass die Privatklägerin bereits seit Mai 2015 nach Aussagen der Kindsmutter keine Spreizhose habe tragen müssen und damit im Tatzeitpunkt (19. Juni 2015) keine Spreizhose getragen haben kann, hielt sie an ihrer Darstellung fest. Sie führte aus, dass die Privatklägerin die Spreizhose im Tatzeitpunkt noch getragen habe und erklärte, die Kindsmutter täusche sich (vgl. Urk. 3/2 S. 10).

Demgegenüber führte sie vor Vorinstanz aus, dass sie in der Zwischenzeit mit ihrer Tochter gesprochen habe (Urk. 40 S. 3) und dass diese sie gefragt habe, warum sie sich nicht daran erinnere, dass die Spreizhosen kurz vor der Taufe im Mai 2015 abgenommen worden seien (Urk. 40 S. 18). Sie, D._____, habe sich geirrt, "aber ich sehe immer noch den Beschuldigten und was er mit der Kleinen gemacht hat. Mehr kann ich nicht sagen." (Urk. 40 S. 18).

Mit der Vorinstanz handelt es sich bei den Spreizhosen um ein derart markantes Merkmal, das sofort ins Auge sticht. Es ist schlicht unerklärlich, weshalb die Zeugin den Vorfall noch vor Augen haben will, sich aber in einem solch auffälligen Punkt täuschte.

In Würdigung all dieser Umstände genügen die Aussagen der Zeugin D._____ den Anforderungen an einen Überzeugungsgrad nicht, der für eine strafrechtliche Verurteilung notwendig ist. Ihre farblosen Aussagen weisen in massgeblichen Fragen krasse Widersprüche auf, welche weder durch sie selbst noch durch die weiteren Beweismittel oder Zeugenaussagen erklärt werden können. Geradezu stossend wirkt, dass die Zeugin keine Mühe zu haben scheint, dass der Beschuldigte weiterhin mit der angeblich missbrauchten Tochter Kontakt hatte und durch diesen unmittelbar nach der Tat und auch später betreut wird. Auf ihre wenig glaubhaften Aussagen kann daher auch nicht abgestellt werden, soweit sie den Kern bzw. den Sexualkontakt betreffen. Weitere Beweismittel, welche zur Erstellung des Anklagesachverhaltes beitragen könnten, bestehen nicht. Folglich kann auch eine Auseinandersetzung mit den Aussagen des Beschuldigten, welcher den Vorwurf bestreitet, unterbleiben.

Zusammenfassend wäre der Beschuldigte daher mit der Vorinstanz gestützt auf den Grundsatz "in dubio pro reo" freizusprechen, selbst wenn auf die Berufung eingetreten werden würde.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Vorliegend hat die Staatsanwaltschaft die Berufung innerhalb der gesetzlichen Frist zur Einreichung der schriftlichen Berufungserklärung zurückgezogen, weshalb ihr bzw. dem verfahrensführenden Kanton keine Kosten aufzuerlegen sind (ZR 110 [2011] Nr. 37). Einzig die Privatklägerin verbleibt als Berufungsklägerin. Ausgangsgemäss wären die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, der unterliegenden Partei aufzuerlegen, wobei als unterliegende Partei auch diejenige gilt, auf deren Rechtsmittel nicht eingetreten wird (Art. 428 Abs. 1 StPO). Angesichts des Umstands, dass die Privatklägerin nicht dafür verantwortlich ist, dass sie im Berufungsverfahren nicht richtig vertreten wurde, rechtfertigt es sich vorliegend ausnahmsweise, die Verfahrenskosten, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, welche auf Fr. 4'730.– (inkl. 7,7 % MWST) festzusetzen sind (vgl. Urk. 84 und Urk. 89), auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Eine Entschädigung für die erbetene Rechtsvertretung ist der Privatklägerin aufgrund ihres Unterliegens nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung der Privatklägerin vom 31. Juli 2017 wird nicht eingetreten.

2. Vom Rückzug der Berufung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich wird Vormerk genommen.
3. Demzufolge ist das Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht in Strafsachen, vom 26. Juli 2017 rechtskräftig.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'730.00 amtliche Verteidigung
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
6. Der Privatklägerin wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
7. 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
 - den erbetenen Vertreter der Privatklägerin, Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ im Doppel für sich und zuhanden der Inhaberin der elterlichen Sorge der Privatklägerin (übergeben)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
 - den erbetenen Vertreter der Privatklägerin, Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ im Doppel für sich und zuhanden der Inhaberin der elterlichen Sorge der Privatklägerinund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz.
8. 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, 25. Januar 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Burger

lic. iur. Schwarzenbach-Oswald