

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB220319-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. B. Gut, Präsident, lic. iur. S. Volken und
lic. iur. C. Maira sowie der Gerichtsschreiber MLaw L. Zanetti

Urteil vom 30. Mai 2023

in Sachen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Sonderstaatsanwalt Dr. iur. R. Jäger,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter sowie Anschlussberufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

betreffend **sexuelle Belästigung**

(Rückweisung der strafrechtlichen Abteilung des Schweiz. Bundesgerichts)

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung,
vom 13. Februar 2019 (DG180057)**

**Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich
vom 28. November 2019 (SB190282)**

**Urteil der strafrechtlichen Abteilung des Schweiz. Bundesgerichts
vom 11. Mai 2022 (6B_265/2020)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 17. September 2018 (Urk. 18) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 40 S. 23 f.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird freigesprochen.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte die Zivilklage in der Höhe von Fr. 388.– anerkannt hat.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'900.–; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 2'100.– Gebühr für die Strafuntersuchung
Fr. 72.90 Auslagen Vorverfahren
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten werden dem Beschuldigten auferlegt.
5. (Mitteilung)
6. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge nach Rückweisung:

- a) Der Staatsanwaltschaft (Urk. 86 S: 4):
 1. Der Beschuldigte sei schuldig zu sprechen der sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 198 Abs. 2 StGB.
 2. Der Beschuldigte sei zu bestrafen mit einer Busse von CHF 3'500.–. Für den Fall der Nichtleistung der Busse sei die Ersatzfreiheitsstrafe auf 35 Tage festzusetzen.

3. Es seien die Kosten für das Vor-, Haupt- und Berufungsverfahren dem Beschuldigten aufzuerlegen.
- b) Der Verteidigung des Beschuldigten (Urk. 89 S. 2):
1. Für den Fall eines Schuldspruchs von A._____ wegen Sexueller Belästigung (Art. 198 Abs. 2 StGB) sei dieser mit einer angemessenen Busse zu bestrafen.
 2. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien zu einem Fünftel A._____ aufzuerlegen. Im Übrigen seien die Kosten auf die Staatskasse zu nehmen.
 3. Soweit die Kosten auf die Staatskasse zu nehmen sind, sei A._____ verhältnismässig für das Berufungsverfahren eine Entschädigung für seine Anwaltskosten zu gewähren.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Der Beschuldigte wurde mit Urteil der hiesigen Kammer vom 28. November 2019 vom Vorwurf der Schändung freigesprochen (Urk. 61). Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich führte gegen dieses Urteil Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht, welches mit Urteil vom 11. Mai 2022 den Freispruch vom Vorwurf der Schändung zwar bestätigte, das Urteil des Obergerichts aber dennoch in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufhob, da die Kammer zusätzlich zu prüfen habe, ob sich der Beschuldigte einer sexuellen Belästigung gemäss Art. 198 StGB schuldig gemacht habe (Urk. 74).
2. Die Parteien wurden in der Folge zunächst auf den 8. Mai 2023 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 76). Nachdem der Beschuldigte den Antrag stellen liess, das Verfahren sei schriftlich durchzuführen (Urk. 78) und die übrigen Parteien sich damit einverstanden erklärt bzw. zumindest nicht opponiert hatten, wurde mit Beschluss vom 17. Februar 2023 die Durchführung eines schriftlichen Berufungsverfahrens angeordnet (Urk. 84; Art. 406 Abs. 1 lit. c StPO). Die

Staatsanwaltschaft stellte ihre Berufungsanträge mit Eingabe vom 1. März 2023 (Urk. 86). Der Beschuldigte liess sich mit Eingaben seines Verteidigers vom 13. bzw. 17. April 2023 vernehmen (Urk. 89 und 92). Nach Zustellung dieser Stellungnahmen des Beschuldigten an die Staatsanwaltschaft gingen keine weiteren Eingaben ein. Das Verfahren ist spruchreif.

II. Umfang des Berufungsverfahrens

Das Berufungsgericht darf sich nach einer Rückweisung durch das Bundesgericht nur noch mit jenen Punkten befassen, die das Bundesgericht kassierte. Die anderen Teile des Urteils haben Bestand und werden in das neue Urteil übernommen (SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, N 1713). Irrelevant ist, dass das Bundesgericht mit seiner Rückweisungsentscheid formell in der Regel das ganze angefochtene Urteil aufhebt. Entscheidend ist nicht das Dispositiv, sondern die materielle Tragweite des bundesgerichtlichen Entscheids. Die neue Entscheidung der Berufungskammer ist somit auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen (BGE 143 IV 214 E. 5.2.1; Urteile des Bundesgerichts 6B_1366/2016 vom 6. Juni 2017, E. 3.2.1; 6B_54/2018 vom 28. November 2018 E. 1.2). Bundesgerichtliche Vorgaben sind in Rückweisungsentscheiden für die Vorinstanz verbindlich (Entscheid des Bundesgerichts 6B_35/2012 vom 30. März 2012 E. 2.2., bestätigt in Urteil 6B_1031/2016 vom 23. März 2017 E. 4.1.).

III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Der Anklagesachverhalt wurde im Urteil vom 28. November 2019 – mit Ausnahme der Position beim ungeschützten Geschlechtsverkehr – als erstellt angesehen (Urk. 61 S. 12). Da dies vom Bundesgericht nicht beanstandet wurde, sind die nach wie vor zutreffenden Erwägungen im Urteil vom 28. November 2019 zu übernehmen (Urk. 61 S. 6 ff.). Es ist für die neu vorzunehmende rechtliche Würdi-

gung daher vom Anklagesachverhalt mit der entsprechenden Präzisierung gemäss Urteil vom 28. November 2019 auszugehen.

2.1 Das Bundesgericht erwog, die Kammer habe im neuen Urteil insbesondere zu prüfen, ob sich der Beschuldigte einer sexuellen Belästigung gemäss Art. 198 StGB schuldig gemacht habe (Urk. 74 S. 18).

2.2 Bei der sexuellen Belästigung gemäss Art. 198 StGB handelt es sich um ein Antragsdelikt, weshalb das Vorliegen eines gültigen Strafantrages zu prüfen ist.

Die Privatklägerin erschien am 10. November 2017 persönlich auf dem Polizeiposten Wallisellen und zeigte den vorliegend zu beurteilenden Vorfall vom 23. September 2017 an (Urk. 1). Eine Strafanzeige ist von einem Strafantrag gemäss Art. 30 StGB abzugrenzen. Während die Strafanzeige eine blosser Wissenserklärung darstellt, ist der Strafantrag eine Erklärung des Willens, dass die Strafverfolgung stattfinden soll (BSK StGB-RIEDO, vor Art. 30 N 19 und Art. 30 N 48). Eine Strafanzeige alleine genügt inhaltlich nur dann, wenn sich der entsprechende Wille aus der Erklärung ergibt. Das dürfte indessen in aller Regel der Fall sein, denn der Verletzte erstattet nicht Anzeige bloss mit dem Ziel, die Behörde entsprechend zu informieren – er will den Täter auch verfolgt wissen (BSK StGB-RIEDO, Art. 30 N 49). Im vorliegenden Fall ist ohne Weiteres erkennbar, dass die Privatklägerin mit ihrer Strafanzeige vom 10. November 2017 die Strafverfolgung hinsichtlich des angezeigten Vorfalls in Gang setzen wollte. Es liegt damit ein gültiger Strafantrag vor. Gegenteiliges wurde seitens der Verteidigung auch nicht geltend gemacht.

2.3 Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 11. Mai 2022 zum Tatbestand der sexuellen Belästigung gemäss Art. 198 StGB erwogen, dieser diene im geltenden Recht als Grund- resp. Auffangtatbestand, wenn es – wie hier – im Einzelfall an einer tatbestandsspezifischen Nötigungs- oder Missbrauchskomponente der nichtkonsensualen sexuellen Handlung fehle (Urk. 74 S. 18). Die Staatsanwaltschaft beantragt im zweiten Berufungsverfahren nunmehr ebenfalls einen Schuldspruch wegen sexueller Belästigung (Urk. 86). Die Verteidigung verzichtete

ausdrücklich auf Ausführungen zur Einschlägigkeit des Tatbestandes der sexuellen Belästigung (Urk. 89).

2.4 Indem der Beschuldigte den ungeschützten Geschlechtsverkehr mit der Privatklägerin vollzogen hat, ohne dass diese gewusst hat, dass er das Kondom ausgezogen hatte, beging er eine sexuelle Handlung, mit welcher die Privatklägerin nicht einverstanden war. Der objektive Tatbestand von Art. 198 Abs. 2 StGB ist damit erfüllt. Der Beschuldigte handelte hierbei vorsätzlich, zumal es ihm bewusst war, dass die Privatklägerin davon ausging, dass er ein Kondom trage und mit dessen Ausziehen nicht einverstanden war. Auch der subjektive Tatbestand ist damit erfüllt. Der Beschuldigte ist daher einer sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 198 Abs. 2 StGB schuldig zu sprechen.

IV. Sanktion

1. Eine sexuelle Belästigung im Sinne von Art. 198 Abs. 2 StGB wird mit Busse bestraft. Eine Busse kann sich dabei auf maximal Fr. 10'000.– belaufen (Art. 106 Abs. 1 StGB). Die Busse ist in Abhängigkeit der Verhältnisse des Täters so zu bemessen, dass sie dem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB).

2.1 In objektiver Hinsicht ist das Verhalten des Beschuldigten – welches aus rechtlichen Gründen nicht unter einen schwerwiegenderen Tatbestand des Sexualstrafrechts fällt – im Rahmen der denkbaren Tatvarianten einer sexuellen Belästigung als erheblich zu qualifizieren. Im Vergleich mit anderen als sexuelle Belästigung zu qualifizierenden Taten – wie etwa durch blosses Anfassen über den Kleidern oder durch verbale Belästigung mit unangemessenen Sprüchen etc. – musste sich die Privatklägerin vorliegend aufgrund des gegen ihren Willen ungeschützt vollzogenen Geschlechtsverkehrs im Nachgang medizinischen Tests unterziehen und war der entsprechenden Ungewissheit ausgesetzt, ob sie sich eine sexuell übertragbare Krankheit eingefangen haben könnte. Das objektive Tatverschulden wiegt demnach – im Rahmen des Übertretungstatbestandes der sexuellen Belästigung – erheblich.

2.2 In subjektiver Hinsicht handelte der Beschuldigte einzig aus sexueller Lust und damit aus egoistischen Beweggründen. Er war schlicht nicht gewillt, die Bedingung der Privatklägerin, nur geschützt sexuell mit ihm zu verkehren, zu respektieren. Das Tatverschulden erscheint demnach auch unter Berücksichtigung der subjektiven Komponente als erheblich.

3.1 Im aktuellen Strafregisterauszug des Beschuldigten ist eine Verurteilung aus dem Jahr 2019 eingetragen, da er von der Staatsanwaltschaft See/Oberland mit Strafbefehl vom 1. Juli 2019 wegen Verstössen gegen das Strassenverkehrsgesetz und einer Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie einer Busse von Fr. 700.– verurteilt wurde (Urk. 75). Da der Beschuldigte diese Delikte indessen erst nach dem Erlass des erstinstanzlichen Urteils begangen hat fallen sie bei der Bemessung der Busse nicht ins Gewicht. Da das erstinstanzliche Urteil bereits ergangen war, als der Beschuldigte die mit Strafbefehl vom 1. Juli 2019 beurteilten Delikte beging, ist keine Zusatzstrafe auszufällen (vgl. TRECHSEL/THOMMEN, Praxiskommentar, N 13 zu Art. 49 StGB).

3.2 Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 28. November 2019 gab der Beschuldigte zu seinen persönlichen und finanziellen Verhältnissen zu Protokoll, er habe ein Jus Studium begonnen und arbeite neben dem Studium in einem 80 % Pensum in einem Restaurant. Er verdiene damit inkl. Trinkgeld Fr. 3'500.–. Von seinen Eltern erhalte er zudem Fr. 500.– für die Wohnungsmiete. Weiter führte er aus, er habe Fr. 20'000.– Schulden bei seinen Eltern aufgrund der "Verhandlungen" (Urk. 54 S. 2 f.). Die Verteidigung ergänzte in ihrer Eingabe vom 13. April 2023 zu den aktuellen Verhältnissen, der Beschuldigte habe sein Studium noch nicht beenden können. Zudem sei er durch die Auferlegung der Verfahrenskosten der ersten Instanz mit finanziellen Belastungen konfrontiert, die deutlich über das hinaus gehen würden, was er in einem Übertretungsstrafverfahren sonst hätte tragen müssen (Urk. 89 S. 4).

4. In Anbetracht der einerseits knappen finanziellen Verhältnisse und der andererseits erheblichen Tatschwere erscheint eine Busse in Höhe von Fr. 2'500.–

angemessen. Für den Fall, dass der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht bezahlen sollte, ist eine Ersatzfreiheitsstrafe von 25 Tagen auszufällen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Untersuchung und erstinstanzliches Gerichtsverfahren

1.1 Die erste Instanz auferlegte dem Beschuldigten in Anwendung von Art. 426 Abs. 2 StPO die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens. Zur Begründung führte sie aus, indem der Beschuldigte das Kondom gegen den Willen der Privatklägerin abgestreift habe, habe er gegen die Vereinbarung zwischen ihm und der Privatklägerin verstossen, geschützten Geschlechtsverkehr zu haben. Die Privatklägerin habe nicht in diese Handlung eingewilligt, was ihm auch bewusst gewesen sei, da die Privatklägerin unmissverständlich auf dem Tragen eines Kondoms während dem Geschlechtsverkehr beharrt habe. Insofern könne aus zivilrechtlicher Sicht die Verletzung der Persönlichkeit der Privatklägerin im Sinne einer Verletzung der sexuellen Integrität bejaht werden (Urk. 40 S. 22). Diese Kostenaufgabe wurde mit Urteil der Kammer vom 28. November 2019, mit welchem er vollumfänglich freigesprochen wurde, bestätigt (Urk. 61 S. 23).

1.2 Nachdem der Beschuldigte im Gegensatz zu jenem Entscheid nunmehr nicht mehr freigesprochen, sondern einer sexuellen Belästigung schuldig gesprochen wird, ist diese Kostenregelung auch nach der Rückweisung durch das Bundesgericht zu bestätigen. Aufgrund des Schuldspruchs ist eine Kostenaufgabe bereits gestützt auf Art. 426 Abs. 1 StPO zwingend. Doch auch die Begründung gemäss Urteil der Kammer vom 28. November 2019 hat weiterhin Bestand, da der Beschuldigte aufgrund der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung zum Nachteil der Privatklägerin ohnehin kostenpflichtig würde.

2. Erstes Berufungsverfahren (SB190282)

2.1 Die Gerichtsgebühr für das erste Berufungsverfahren wurde mit Urteil vom 28. November 2019 auf Fr. 3'000.– festgesetzt (Urk. 61 S. 23), was zu übernehmen ist.

2.2 Im Rechtsmittelverfahren werden die Kosten nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens der Parteien auferlegt (Art. 428 StPO). Im Urteil der Kammer vom 28. November 2019 wurde dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens trotz Freispruchs zu einem Fünftel auferlegt, da er mit seiner Anschlussberufung unterlegen war, mit welcher ein Absehen von der Auflage der Kosten des Vor- und Hauptverfahrens sowie die Zusprechung einer Prozessentschädigung für das Vor- und Hauptverfahren beantragt hatte (Urk. 61 S. 24). Nachdem der Beschuldigte nunmehr auch der sexuellen Belästigung schuldig zu sprechen ist, unterliegt er in einem etwas grösseren Umfang, weshalb ihm die Kosten des ersten Berufungsverfahrens zu zwei Fünfteln aufzuerlegen und zu drei Fünftel auf die Gerichtskasse zu nehmen sind.

Entsprechend der Kostenverteilung ist auch die Prozessentschädigung für die Aufwendungen der erbetenen Verteidigung im ersten Berufungsverfahren, welche in Höhe von Fr. 18'852.45 ausgewiesen sind (Urk. 57) und bereits mit Urteil vom 28. November 2019 implizit als angemessen beurteilt wurden (Urk. 61 S. 24), ausgangsgemäss auf drei Fünftel zu kürzen. Es ist dem Beschuldigten daher eine Prozessentschädigung in Höhe von Fr. 11'311.45 zuzusprechen.

3. Zweites Berufungsverfahren (SB220319)

3.1 Die Kosten des zweiten Berufungsverfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, zumal es nicht der Beschuldigte zu vertreten hat, dass ein solches notwendig wurde.

3.2 Die erbetene Verteidigung macht für das zweite Berufungsverfahren Aufwendungen und Auslagen in Höhe von insgesamt Fr. 1'461.50 geltend (Urk. 90). Dies erscheint angemessen, weshalb dem Beschuldigten eine Prozessentschädigung in dieser Höhe auszurichten ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung, vom 13. Februar 2019 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

" 2. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte die Zivilklage in der Höhe von Fr. 388.– anerkannt hat.

3. Die Entscheidgebür wird festgesetzt auf:

Fr. 3'900.–; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 2'100.– Gebühr für die Strafuntersuchung

Fr. 72.90 Auslagen Vorverfahren

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten."

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 198 Abs. 2 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Busse in Höhe von Fr. 2'500.–.
3. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 25 Tagen.
4. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 4) wird bestätigt.
5. Die Gerichtsgebühr für das erste Berufungsverfahren (SB190282) wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
6. Die Kosten des ersten Berufungsverfahrens (SB190282) werden dem Beschuldigten zu 2/5 auferlegt und zu 3/5 auf die Gerichtskasse genommen.
7. Dem Beschuldigten wird für das erste Berufungsverfahren (SB190282) eine auf 3/5 reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 11'311.45 für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.
8. Die Kosten des zweiten Berufungsverfahrens (SB220319) werden auf die Gerichtskasse genommen.

9. Dem Beschuldigten wird für das zweite Berufungsverfahren (SB220319) eine Prozessentschädigung von Fr. 1'461.50 für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.
10. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - die Privatklägerin B. _____
- und nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz
 - die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG).
11. 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
I. Strafkammer

Zürich, 30. Mai 2023

Der Präsident:

lic. iur. B. Gut

Der Gerichtsschreiber:

MLaw L. Zanetti