

# Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: UR110017-O/U/br

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. K. Balmer, Präsident, lic. iur. W. Meyer und  
Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer sowie die Gerichtsschreiberin  
lic. iur. M. Wetli

## Verfügung und Beschluss vom 9. Dezember 2011

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Rekurrentin

vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge B.\_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

1. **C.**\_\_\_\_\_,
2. **Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,**  
Rekursgegner

betreffend **Einstellung der Untersuchung / Fristwiederherstellung**

**Rekurs gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland  
vom 20. Oktober 2010, A-4/2010/5705**

## **Erwägungen:**

### **I. Prozessgeschichte**

Am 12. Juli 2010 erstattete A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Rekurrentin) in Begleitung ihrer Mutter bei der Kantonspolizei Zürich Strafanzeige gegen Unbekannt wegen sexueller Handlungen mit Kindern, sexueller Belästigung, sexueller Nötigung sowie Körperverletzung. Am 13. Juli 2010 stellte die Beschwerdeführerin Strafantrag wegen sexueller Belästigung im Sinne von Art. 198 StGB und einfacher Körperverletzung im Sinne von Art. 123 StGB (Urk. 14/22/ND 1). Mit Verfügung vom 20. Oktober 2010 stellte die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) die Untersuchung ein (Urk. 3). Mit Eingabe vom 17. Januar 2011 liess die Rekurrentin gegen diese Einstellungsverfügung Rekurs erheben mit den Anträgen (Urk. 2):

- "1. Der Geschädigten sei gemäss §§ 199 und 200 GVG die Frist zur Erhebung der Beschwerde gegen die Einstellungsverfügung in Sachen C.\_\_\_\_\_ vom 20. Oktober 2010 wiederherzustellen.
2. Die erwähnte Einstellungsverfügung sei aufzuheben.
3. Die Unterzeichnete sei rückwirkend per 10. Januar 2011 zur unentgeltlichen Rechtsbeiständin der Geschädigten A.\_\_\_\_\_ zu ernennen.
4. Die Kosten des Gerichtsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen."

### **II. Prozessuales**

Seit dem 1. Januar 2011 gilt in der Schweiz eine neue, eidgenössische Strafprozessordnung (StPO), welche die bis anhin gültigen kantonalen Strafprozessordnungen ablöst. Bei Verfahren, die - wie das vorliegende - in erster Instanz noch vor dem 1. Januar 2011 erledigt wurden, bleibt allerdings für das gegenwärtige Rechtsmittelverfahren das bisherige Prozessrecht und damit die Strafprozessordnung des Kantons Zürich (StPO/ZH) und das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) weiterhin anwendbar (Art. 453 Abs. 1 StPO).

Da – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – der Rekurs ohnehin abzuweisen ist, erübrigt sich die Prüfung der Voraussetzungen für eine Fristwiederherstellung.

Gestützt auf § 406 StPO/ZH kann auf die Einholung einer Vernehmlassung bzw. Rekursantwort verzichtet werden.

### **III. Materielle Beurteilung**

#### **1. Der Strafanzeige zugrunde liegender Sachverhalt und Aussagen der Beteiligten**

1.1. Dem Rekursgegner 1 wird vorgeworfen, zu nicht genauer bekannten Zeitpunkten im Zeitraum vom 3. November 2009 bis 23. Juni 2010 in D.\_\_\_\_\_, im Durchgangszentrum für Asylsuchende, an der 10-jährigen Rekurrentin sexuelle Handlungen vorgenommen und diese zudem tätlich angegangen zu haben (Urk. 3 S. 1).

1.2. Anlässlich ihrer Videobefragung vom 29. September 2010 schilderte die Rekurrentin vier Vorfälle, welche sich zwischen ihr und dem Angeschuldigten ereignet hätten. Sie erklärte, sonst habe der Rekursgegner 1 ihren Körper nie berührt.

1.2.1. Sie führte aus, beim ersten Vorfall habe der Rekursgegner 1 sie auf den Teppich geworfen. Es habe niemand diesen Vorfall sehen können. Er habe von ihrer Mutter etwas zu essen oder zu trinken nehmen wollen und sie (die Rekurrentin) habe ihm gesagt, er dürfe nichts anrühren, denn das gehöre ihr. Daraufhin habe er sie mit seinen Armen an ihren Oberarmen gepackt und sie so haltend auf den Boden geworfen. Als sie dann mit dem Rücken auf dem Boden/Teppich zu Fall gekommen sei, habe der Rekursgegner 1 ihre Schultern an den Boden gedrückt und sie habe ihn mit den Füßen zu treten probiert. Der Rekursgegner 1 sei über sie hinübergebeugt gewesen, während er ihre Schultern gehalten habe. Sie habe sich nicht lösen können. Sie habe nur ihren Kopf und ihre Füsse bewegen können. Er habe ihre Schultern erst losgelassen, als er Schritte gehört habe. Sie wisse nicht, wie viele Sekunden er sie so gehalten habe. Seine Stimmung sei während des Vorfalls normal gewesen, also er habe es lustig gefunden. Sie sei wegen des Vorfalls erschrocken. Aufgrund des Haltens habe sie am rechten Un-

terarm einen blauen Fleck von ca. 3cm Durchmesser gehabt, welcher etwa 1 bis 2 Wochen sichtbar gewesen sei (Urk. 14/22/ND 5 S. 4, S. 6).

1.2.2. Als zweiten Vorfall schilderte die Rekurrentin, der Rekursgegner 1 sei in ihr Zimmer gekommen und habe ihr ein ganzes Pack Kaugummi gegeben und sich dabei mit seinem Zeigefinger auf seine Wange gezeigt, um ihr damit zu zeigen, dass sie ihm zum Dank einen Kuss auf seine Wange geben solle. Sie habe sich geweigert. Da habe der Rekursgegner 1 ihr einen Kuss auf ihren Kopf gegeben. Er habe sie auf ihre Haare – auf ihren Oberkopf – geküsst, einmal, mit den Lippen. Sie habe sogleich seine Hand genommen und reingebissen (Urk. 14/22/ND 5 S. 4).

1.2.3. Beim dritten Vorfall, welcher im Flur zwischen ihrem und seinem Zimmer gewesen sei, sei sie einen Haarkamm zurückfordern gegangen. Der Rekursgegner 1 habe die Türe geöffnet, habe ihr den Kamm gezeigt und dazu gesagt, den würde er ihr nicht geben. Sie habe probiert, ihm den Kamm wegzunehmen, sei jedoch nicht in sein Zimmer hineingegangen. Der Rekursgegner 1 habe dabei ihre Brust umgedreht, was weh getan habe und sie habe ganz laut geschrien. Der Rekursgegner 1 habe ihre linke Brust mit den Fingern berührt und dabei gelacht. Er habe sie zu sich herangezogen, dann mit seinen Fingern bzw. der Hand ihre Brust umgedreht und als sie zu weinen begonnen habe, habe er gelacht. Der Rekursgegner 1 habe ihre Brust nur einmal so gekniffen. Sie beide seien gestanden, etwa mit einem Abstand von einem halben Meter. Beim Vorfall habe er mit seinem anderen Arm die Rekurrentin an ihrem rechten Oberarm gehalten. Sie habe aufgrund seines Kneifens einen starken Schmerz in ihrer Brust gehabt. Als er dann losgelassen habe, sei sie vor Schmerzen mit den Knien auf den Boden gesunken. Sie habe danach während 2 oder 3 Tagen an der Brust Schmerzen gehabt und es habe einen grossen blauen Fleck an der Brust gehabt. Ausser ihrer Mutter habe niemand den blauen Fleck an ihrer Brust sehen können. Etwa einen Monat nach dem Vorfall mit der Brust sei sie beim Arzt gewesen. Es habe auch eine Dolmetscherin dort gehabt, aber der Arzt habe sie nicht untersucht. Sie denke, der Vorfall sei noch im Jahr 2009 gewesen. Sie verneinte die Frage, ob der

Rekursgegner 1 ausser dem "Umdrehen" sonst noch eine Bewegung gemacht habe. Er habe nur umgedreht und losgelassen (Urk. 14/22/3 S. 3, S. 5 f.).

1.2.4. Beim vierten Vorfall sei die Rekurrentin im Flur vor ihrem Zimmer und der Rekursgegner 1 im Flur vor seinem Zimmer gestanden, als er ihr seinen "nackten Arsch" gezeigt habe. Der Rekursgegner 1 habe sich vor den Augen der Rekurrentin umgedreht, seine Hose und Unterhose zusammen runtergezogen und seinen Po in ihre Richtung gestreckt, mit dem Oberkörper leicht nach vorne geneigt. Er habe seinen Kopf in ihre Richtung gedreht und gelacht. Die Frage, ob sie auch sein Geschlechtsteil gesehen habe, verneinte die Rekurrentin. Auf die Frage, wie dies für die Rekurrentin gewesen sei, als sie den Po des Rekursgegners 1 gesehen habe, erklärte sie, sie habe schnell ein Foto gemacht, da es aber keinen Speicher auf dem Fotoapparat gehabt habe, sei aus dem Foto nichts geworden (Urk. 14/22/3 S. 3, S. 6).

1.3. Der Rekursgegner 1 erklärte anlässlich seiner Hafteinvernahme vom 20. Oktober 2010, die Rekurrentin habe an jenem Tag immer wieder an seine Türe geklopft. Er habe sich hinter der Türe versteckt und als sie geklopft habe, habe er sofort die Türe geöffnet und habe sie am Ohr ziehen wollen, um ihr dadurch klarzumachen, dass sie aufhören solle. Er habe das Ohr jedoch nicht erwischt, sondern sie stattdessen irgendwo in den Brustbereich gekniffen. Dies, weil sie sich bewegt habe und er so den Brustbereich statt das Ohr erwischt habe. Die Rekurrentin habe geschrien und geweint. Die Rekurrentin habe ihm später dann die Stelle gezeigt. Es sei oberhalb der Brust gewesen. Sie habe dort einen hellroten Fleck gehabt. Die Mutter sei anschliessend in das Büro [des Zentrums] gegangen und habe sich deswegen über ihn beschwert (Urk. 14/22/HD 4/3 S. 5).

Sämtliche weiteren, von der Rekurrentin geltend gemachten Vorwürfe bestritt der Rekursgegner 1 (Urk. 14/22/HD 4/3 S. 5 ff.).

## 2. Rechtliches und Folgerungen

Gemäss § 30 Abs. 1 StPO/ZH besteht der Zweck der Untersuchung darin, den Tatbestand soweit zu ermitteln, dass entweder Anklage erhoben oder das Verfah-

ren eingestellt werden kann. Bei der Verfolgung dieses Zweckes steht der Untersuchungsbehörde ein gewisser Ermessensspielraum zu. Insbesondere hat die Untersuchungsbehörde diejenigen Vorkehrungen zu treffen, die zur Klärung des Falles Wesentliches beizutragen vermögen. Andererseits ist sie nicht verpflichtet, alle erdenklichen Ermittlungshandlungen vorzunehmen. Nach Beendigung des Untersuchungsverfahrens entscheidet die Untersuchungsbehörde in einem Zwischenverfahren, ob Anklage erhoben wird oder nicht (§ 35 StPO/ZH). Eine definitive Einstellung erfolgt, wenn eine Straftat nicht vorliegt bzw. der Tatverdacht sich in der Untersuchung nicht derart verdichtete, dass mit einem verurteilenden Erkenntnis des Gerichtes gerechnet werden kann. Sinn dieser Prüfung ist es, den Angeschuldigten vor Anklagen zu schützen, die mit einiger Sicherheit zu Freisprüchen führen müssten. Da Untersuchungsbehörden jedoch nicht dazu berufen sind, über Recht oder Unrecht zu richten, dürfen sie nicht allzu rasch, gestützt auf eigene Bedenken, zu einer Einstellung schreiten. In Zweifelsfällen tatsächlicher oder rechtlicher Natur soll tendenziell Anklage erhoben werden. Der Grundsatz "in dubio pro reo" spielt hier nicht (vgl. zum Ganzen: Schmid, Strafprozessrecht, Zürich 2004, N 793 ff. sowie Schmid in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1999, N 12 ff. zu alt § 38 StPO/ZH; in diesem Sinne auch Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel etc. 2005, § 78 N 3 ff.).

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Rekursverfahren keine umfassende Beweiswürdigung und auch keine abschliessende Prüfung der Glaubwürdigkeit der einzelnen Beteiligten und der Glaubhaftigkeit von deren Aussagen vorzunehmen ist, sondern dies nur insofern zu prüfen ist, als es für die Frage, ob die Untersuchung zu Recht eingestellt wurde oder nicht, von Bedeutung ist.

## 2.1. Sexuelle Handlungen mit Kindern / sexuelle Belästigung

2.1.1. Die Rekurrentin liess ausführen, die Staatsanwaltschaft begründe die Verfahrenseinstellung damit, dass die entsprechenden Handlungen keinen sexuellen Bezug aufwiesen. Allerdings dürften bei dieser Beurteilung die Gesamtumstände nicht beiseite gelassen werden. Entscheidend sei die Erheblichkeit der Handlungen im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut, wobei hier gerade die Umstände

des Einzelfalls, die persönlichen Beziehungen der Beteiligten, das Alter des Opfers oder der Altersunterschied zum Täter zu berücksichtigen seien.

Vorliegend habe keine familiäre Verbindung zwischen dem Rekursgegner 1 und der Rekurrentin bestanden. Diese sei mit ihren damals 10 Jahren immerhin 17 Jahre jünger gewesen als der 27-jährige Rekursgegner 1. Zudem sei es nicht zu einer einzelnen Handlung gekommen, sondern über mehrere Wochen, ja Monate habe der Rekursgegner 1 die Rekurrentin mehrmals an ihrem Körper gehalten, versucht, von ihr einen Kuss zu erhalten, habe sie selber auf den Haaransatz geküsst, habe sie intensiv berührt und sie in die Brust gekniffen sowie ihr sein Hinterteil gezeigt. In ihrer Gesamtheit seien die Handlungen des Rekursgegners 1 eindeutig darauf gerichtet gewesen, gegen deren erkennbaren Willen einen körperlichen Kontakt mit der damals 10-jährigen Rekurrentin herzustellen, wobei er diese sogar intensiv an ihren primären Geschlechtsteilen berührt habe bzw. sie dorthin gekniffen habe. Die Auffassung der Staatsanwaltschaft, wonach der Kuss durch den Rekursgegner 1, das Kneifen und Umdrehen der Brust der Rekurrentin sowie das Entblößen des Hinterteils durch den Rekursgegner 1 nicht als sexuelle Handlung angesehen werden könnten, sei angesichts der wiederholten körperlichen Attacken durch den Rekursgegner 1 nicht nachvollziehbar. Die Rekurrentin fühle sich missbraucht und gedemütigt; nicht nur durch die erlittenen sexuellen Handlungen, sondern auch durch den Umstand, dass so krasse Verletzungen ihrer körperlichen Integrität von den Behörden nicht ernst genommen würden und ungeahndet bleiben sollten (Urk. 2 S. 6).

2.1.2. Der sexuellen Handlungen mit Kindern gemäss Art. 187 StGB macht sich schuldig, wer mit einem Kind unter 16 Jahren eine sexuelle Handlung vornimmt, es zu einer solchen Handlung verleitet oder es in eine sexuelle Handlung einbezieht. Ob eine sexuelle Handlung vorliegt, hängt grundsätzlich davon ab, ob die betreffende Verhaltensweise äusserlich einen eindeutigen Sexualbezug aufweist (BGE 131 IV 103; Donatsch, Strafrecht III, Zürich 2008, § 59.1.112 S. 460). Um als sexuelle Handlung zu gelten, muss ein Verhalten objektiv, aus Sicht eines aussenstehenden Betrachters, und unter Berücksichtigung der Gesamtumstände, einen Bezug zum Geschlechtlichen aufweisen (Treichsel/Bertossa, Schweizeri-

sches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 187 N 5 m.w.H.). Eine sexuelle Belästigung im Sinne von Art. 198 StGB begeht, wer vor jemandem, der dies nicht erwartet, eine sexuelle Handlung vornimmt und dadurch Ärger erregt oder wer jemanden tätlich oder in grober Weise durch Worte sexuell belästigt. Betreffend den Begriff der sexuellen Handlung kann auf die Ausführungen zu Art. 187 StGB verwiesen werden. Auch bei Art. 198 StGB muss dem betreffenden Verhalten klarerweise eine sexuelle Bedeutung zukommen (Donatsch, a.a.O., § 64.1.11 S. 519, insbes. FN 353; Donta-sch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich 2010, Art. 198 N 1 und Art. 187 N 5ff.). Ebenso ist bei der tätlichen sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 198 Abs. 2 StGB vorausgesetzt, dass der körperliche Kontakt vom Standpunkt eines objektiven Betrachters aus geschlechtlichen Charakter hat, d.h. zumeist bereits eine sexuelle Handlung darstellt oder mindestens unmittelbar vorbereitet (Donatsch, a.a.O., § 64.1.2 S. 521).

a) Betreffend den zweiten Vorfall machte die Rekurrentin geltend, der Rekursgegner 1 habe ihr einen Kuss auf ihren Kopf gegeben. Er habe sie auf ihre Haare – auf ihren Oberkopf – geküsst, einmal, mit den Lippen. Während das Küssen auf Mund, Wangen usw. in der Regel keine sexuelle Handlung darstellt, werden Zungenküsse von Erwachsenen an Kindern als sexuelle Handlung qualifiziert (BGE 125 IV 63). Entsprechend stellt der vorliegende Kuss auf die Haare – auf den Oberkopf – der Rekurrentin keine sexuelle Handlung im Sinne von Art. 187 StGB oder sexuelle Belästigung im Sinne von Art. 198 StGB dar.

b) Der dritte Vorfall betrifft das Kneifen und Umdrehen der Brust. Ist die Berührung primärer Geschlechtsmerkmale - dazu zählt die weibliche Brust nicht - auf nackter Haut regelmässig eine sexuelle Handlung, bedarf der entsprechende körperliche Kontakt über den Kleidern einer gewissen Intensität und Dauer, damit er als sexuelle Handlung qualifiziert werden kann (Donatsch, Strafrecht III, Zürich 2008, § 59.1.112 S. 461). Die Rekurrentin führte aus, der Rekursgegner 1 habe ihre Brust nur einmal so gekniffen. Sie beide seien gestanden, etwa mit einem Abstand von einem halben Meter. Weiter führte die Rekurrentin aus, sie sei einen Haarkamm zurückfordern gegangen. Der Rekursgegner habe ihn ihr gezeigt und

dazu gesagt, er werde ihn ihr nicht geben. Sie (die Rekurrentin) habe versucht, ihm den Kamm wegzunehmen. Nach dem äusseren Erscheinungsbild vom Standpunkt eines objektiven Beobachters aus betrachtet und angesichts der Gesamtumstände fehlt ein eindeutiger Sexualbezug, weshalb das einmalige Kneifen und Umdrehen der Brust vorliegend nicht als sexuelle Handlung angesehen werden kann: Es fand eine Rängelei um einen Kamm statt. Daher kann betreffend den dritten Vorfall nicht von sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 StGB oder von sexueller Belästigung im Sinne von Art. 198 StGB ausgegangen werden.

c) Zum vierten Vorfall machte die Rekurrentin geltend, der Rekursgegner 1 habe die Hosen heruntergelassen und seinen Hintern entblösst, ohne sein Geschlechtsteil vorzuzeigen. Die Vornahme einer sexuellen Handlung mit einem Kind erfordert in jedem Fall einen körperlichen Kontakt mit dem Opfer (BGE 131 IV 103). Daher ist vorliegend durch das Herunterlassen der Hosen und dem damit einhergehenden Entblößen des Hinterns die Tatvariante des Vornehmens einer sexuellen Handlung mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nicht erfüllt. Ein Verleiten im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 2 StGB ist ebenfalls nicht gegeben. Zu prüfen bleibt, ob ein Einbeziehen in eine sexuelle Handlung im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 StGB vorliegt. Tatbestand des Einbeziehens von Kindern in eine sexuelle Handlung erfordert, dass diese den äusseren Vorgang der sexuellen Handlung als Ganzes unmittelbar sinnlich wahrnehmen (BGE 129 IV 170). vgl. Trechsel/Bertossa, a.a.O., Art. 187 StGB N. 9). Unmittelbar wahrgenommen hat die Rekurrentin vorliegend lediglich das Herunterlassen der Hosen und das damit einhergehende Entblößen des Hinterns ohne Vorzeigen des Geschlechtsteils. Das fällt nicht unter den Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB (vgl. BGE 129 IV 170; BGE 103 IV 167; Donatsch, a.a.O., § 59.1.112 S. 461). Die Rekurrentin schildert denn auch nicht nur ansatzweise, sie hätte beobachtet, wie der Rekursgegner 1 sich selbst befriedigt habe oder dass er an seinem Körper Manipulationen vorgenommen habe, die auf so etwas hätten schliessen lassen. Dass der Rekursgegner 1 sich nackt zeigte, ist keine sexuelle Handlung im Sinne des Gesetzes (vgl. BGE 129 IV 171; vgl. Trechsel/Bertossa, a.a.O., Art. 187 N 6). Damit darf davon ausgegangen

werden, dass die Tatbestände von Art. 187 Ziff. 1 StGB und von Art. 198 StGB auch bezüglich des vierten Vorfalles nicht erfüllt sind.

d) Die Rekurrentin liess geltend machen, die Auffassung der Staatsanwaltschaft, dass die angezeigten Handlungen nicht als sexuelle Handlung angesehen werden könnten, sei angesichts der wiederholten körperlichen Attacken durch den Rekursgegner 1 nicht nachvollziehbar. Dazu ist anzumerken, dass der Gesamteindruck besteht, dass es sich um Raufereien handelte, welche sich durch die Wohn- und Lebenssituation im Durchgangszentrum für Asylsuchende ergaben. Auch bei Betrachtung aller Vorfälle und der Gesamtumstände fehlt nach dem äusseren Erscheinungsbild vom Standpunkt eines objektiven Beobachters aus betrachtet ein eindeutiger Sexualbezug, weshalb die Tatbestände von Art. 187 StGB und von Art. 198 StGB nicht erfüllt sind.

## 2.2. Einfache Körperverletzung und Tätlichkeiten

Der einfachen Körperverletzung nach Art. 123 StGB macht sich schuldig, wer vorsätzlich einen Menschen in anderer als schwerer Weise an Körper oder Gesundheit schädigt. Der Tätlichkeit nach Art. 126 StGB macht sich strafbar, wer gegen jemanden Tätlichkeiten verübt, die keine Schädigung des Körpers oder der Gesundheit zur Folge haben. Was die Abgrenzung der einfachen Körperverletzung von Tätlichkeiten betrifft, so ist Art. 126 StGB anwendbar auf geringfügige Eingriffe in die körperliche Integrität, die höchstens eine vorübergehende Beeinträchtigung des Wohlbefindens mit sich bringen. Dies ist beispielsweise bei kleineren Schwellungen, Quetschungen, Schürf- und Kratzwunden der Fall (Dontasch/Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O., Art. 123 N 3 m.w.H.).

Betreffend den ersten Vorfall machte die Rekurrentin geltend, der Rekursgegner 1 habe sie mit seinen Armen an ihren Oberarmen gepackt und sie so haltend auf den Boden geworfen. Als sie dann mit dem Rücken auf dem Boden bzw. Teppich zu Fall gekommen sei, habe der Rekursgegner 1 ihre Schultern an den Boden gedrückt. Aufgrund des Haltens habe sie am rechten Unterarm einen blauen Fleck von ca. 3cm Durchmesser gehabt, welcher etwa 1 bis 2 Wochen sichtbar gewesen sei. Betreffend den dritten Vorfall machte sie geltend, sie habe nach

dem Kneifen in die Brust während 2 oder 3 Tagen an der Brust Schmerzen gehabt und es habe einen grossen blauen Fleck an der Brust gehabt. Nach dem oben ausgeführten sind diese beiden Vorfälle nach dem Tatbestand der Tötlichkeit zu prüfen.

Sowohl die einfache Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB als auch die Tötlichkeit im Sinne von Art. 126 StGB sind Antragsdelikte. Ein Strafantrag hat innert dreier Monate seit Bekanntwerden des Täters und der Tat durch den Antragsberechtigten zu erfolgen (vgl. Art. 31 StGB).

Die Rekurrentin wohnte mit ihrer Mutter vom 30. Oktober 2009 bis am 1. April 2010 im Durchgangszentrum für Asylsuchende in D.\_\_\_\_\_, der Rekursgegner 1 vom 10. September 2009 bis am 9. Februar 2010 (Urk. 14/22/ND 2 S. 4). Die Rekurrentin und deren Mutter sowie der Rekursgegner 1 bewohnten im Durchgangszentrum benachbarte Zimmer (Urk. 14/22/ND 5, insbes. Skizze; Urk. 14/22/HD 4/3 S. 3). Der Rekursgegner 1 war der Rekurrentin und deren Mutter bekannt. Gemäss Schreiben von Dr. med. E.\_\_\_\_\_ vom 6. September 2010 gab die Mutter der Rekurrentin bei der ersten Konsultation am 1. Februar 2010 an, die Tochter sei von einem Mitbewohner des Durchgangszentrums wiederholt am Oberkörper durch die Kleider betastet worden (Urk. 14/22/ND 7/3). Spätestens zu diesem Zeitpunkt wusste demnach die Mutter der Rekurrentin von den geltend gemachten Übergriffen. Von diesem Datum an gerechnet hätte der Strafantrag daher spätestens am 1. Mai 2010 erfolgen müssen, womit das Antragsrecht der Rekurrentin am 13. Juli 2010 somit bereits erloschen war und es deswegen an einem gültigen Strafantrag für die einfache Körperverletzung bzw. Tötlichkeit fehlt. Damit fehlt es an einer Voraussetzung für die Zulässigkeit der strafrechtlichen Verfolgung der einfachen Körperverletzung sowie der Tötlichkeit (vgl. Donatsch/Tag, Strafrecht I, Zürich 2006, § 39.1 S. 403).

Da der Tatbestand der sexuellen Belästigung wie oben ausgeführt ohnehin nicht erfüllt ist, kann offen bleiben, ob der nach Art. 198 StGB erforderliche Strafantrag bezüglich aller Vorfälle rechtzeitig erfolgte.

### 2.3. Unentgeltliche Rechtsvertretung / Wiederholung von Einvernahmen

2.3.1. Die Rekurrentin liess geltend machen, im Laufe des Verfahrens sei eine Videobefragung mit ihr durchgeführt worden sowie eine Einvernahme des Rekursgegners 1. Die Rekurrentin sei im gesamten Strafverfahren nicht durch einen Anwalt oder eine Anwältin verbeiständet gewesen, sondern sei einzig von ihrer Mutter vertreten worden, die sich damals jedoch mit ihrer Tochter erst seit kurzer Zeit als Asylbewerberin in der Schweiz aufgehalten habe, mit dem hiesigen Rechtssystem nicht vertraut sei und weder Deutsch spreche noch verstehe. Die Rekurrentin sei ein 11-jähriges Kind, welches sich erst seit wenigen Monaten zusammen mit der Mutter als Asylbewerberin in der Schweiz befinde. Beide seien der deutschen Sprache nicht mächtig und mit dem hiesigen Rechtssystem nicht vertraut. Sie seien aufgrund ihrer beengten finanziellen Situation (sie erhielten eine Asylfürsorge von Fr. 28.20 pro Tag) nicht in der Lage, selber einen Rechtsbeistand zu finanzieren. Dem Rekursgegner 1 würden wiederholte sexuelle und tätliche Handlungen an der Rekurrentin zur Last gelegt. Die Rekurrentin habe sich alleine auf sich gestellt einer staatsanwaltlichen Video-Befragung unterziehen müssen; zudem habe eine Befragung des Rekursgegners 1 stattgefunden, anlässlich welcher die Rekurrentin zumindest das Recht gehabt hätte, Ergänzungsfragen an den Rekursgegner 1 zu stellen, welcher nur (aber immerhin) teilweise geständig gewesen sei. In rechtlicher Hinsicht hätten sich komplexe Fragen gestellt, die letztlich – mit nach Auffassung der Rechtsvertreterin der Rekurrentin nicht überzeugender Begründung – zur Einstellung des Verfahrens mit Kostenaufgabe an den Rekursgegner 1 geführt hätten. Es wäre Aufgabe der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland gewesen, für die Wahrung der Rechte der Geschädigten besorgt zu sein und die Verbeiständung durch einen Geschädigtenvertreter zu beantragen, wie dies im anderen Verfahren die Staatsanwaltschaft See/Oberland getan habe. Die unterlassene Fürsorge müsse vorliegend dazu führen, dass die entsprechenden Handlungen – so auch die Einstellung als solche – nichtig seien, zumal die Einstellungsverfügung sich in ihrer Begründung gerade auch auf die Darstellung des Angeschuldigten stütze, die alles andere als überzeugend sei. Daher werde beantragt, die Nichtigkeit der Einstellungsverfügung festzustellen und diese Aufzuheben. Wie dargelegt sei das Strafverfahren nicht korrekt durch-

geführt worden, da die Rekurrentin nicht verbeiständet gewesen sei. Die Einvernahmen seien daher zu wiederholen (Urk. 2 S. 3 ff.).

2.3.2. Im Folgenden ist nach dem bis am 31. Dezember 2010 geltenden Recht zu prüfen, ob eine Verletzung von Verfahrensrechten der Rekurrentin bestand, welche die geltend gemachte Wiederholung der Einvernahmen bzw. des Verfahrens gebieten würde. Einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung im Strafprozess hat ein Geschädigter nach § 10 Abs. 5 StPO/ZH dann, wenn er einen solchen verlangt und es die Interessen und die persönlichen Verhältnisse des Geschädigten erfordern. Das Bundesgericht verlangt in diesem Zusammenhang grundsätzlich drei (kumulative) Voraussetzungen, nämlich die Bedürftigkeit des Gesuchstellers, die Notwendigkeit der unentgeltlichen Rechtspflege (insbesondere der anwaltlichen Verbeiständung) sowie die Nichtaussichtslosigkeit der verfolgten Rechtsansprüche (BGE 123 I 145 m.w.H.). Sachliche Notwendigkeit bedeutet, dass der Rechtsuchende, auf sich alleine gestellt, seine prozessualen Interessen nicht ausreichend wirksam wahren kann. Sie beurteilt sich aufgrund der Gesamtheit der konkreten Umstände des Einzelfalles. Dazu zählen bei Zivilklägern im Strafverfahren namentlich die Schwere der Betroffenheit durch das untersuchte Delikt, die tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles sowie die Fähigkeit der geschädigten Person, sich im Verfahren zurechtzufinden (BGer., Urteil vom 27. August 2009, 1B\_119/2009 E. 5).

Angesichts der Tatsache, dass keine unübersichtlichen und verwickelten Lebensvorgänge sowie für Laien kaum nachvollziehbare Kausalzusammenhänge bestehen, besteht keine Komplexität im Tatsächlichen: Es geht um vier gut abgrenzbare Vorfälle, welche sich gut vorstellbar beschreiben lassen. Anlässlich der Videobefragung der Rekurrentin war sodann eine Dolmetscherin anwesend (Urk. 14/22/ND 5 S. 1 und ND 6 S. 1). Ebenso wenig ist der Fall in rechtlicher Hinsicht komplex. Vorliegend stellen sich weder schwierige prozessrechtliche noch schwierige materiellrechtliche Fragen. Das massgebende Delikt bietet weder vom Sachverhalt noch von der rechtlichen Würdigung her besondere Schwierigkeiten, welche eine Verbeiständung erforderlich machten. Lediglich der Vollständigkeit halber ist Folgendes festzuhalten: Wie bereits dargelegt käme es auch

nach dem Sachverhalt, wie ihn die Rekurrentin darstellte bei der Prüfung durch einen Sachrichter mit grosser Wahrscheinlichkeit zu einem Freispruch. Die Rekurrentin wäre auch bei Anwesenheit eines Rechtsbeistandes anlässlich ihrer Einvernahme dazu aufgefordert worden, die Wahrheit zu sagen (§ 149 b Abs. 2 StPO/ZH; Urk. 14/22/ND 5 S. 2 und ND 6 S. 1). Daher darf davon ausgegangen werden, dass sich an ihren Aussagen nichts geändert hätte. Daran ändert auch nichts, dass die Rekurrentin im Zusammenhang mit dem Gesuch um Fristwiederherstellung geltend machen liess, sowohl sie als auch ihre Mutter hätten sich aufgrund traumatisierender Erlebnisse in der Vergangenheit in einer psychisch extrem belastenden Situation befunden (Urk. 2 S. 5).

2.3.3. Die Rekurrentin machte geltend, sie hätte das Recht gehabt, Ergänzungsfragen an den Rekursgegner 1 zu stellen. Den Erwägungen zu den sexuellen Handlungen, den sexuellen Belästigungen, den Tötlichkeiten und der einfachen Körperverletzung unter Ziffer II.2.1 und II.2.2 wurde die Sachverhaltsdarstellung der Rekurrentin zugrunde gelegt. Aus diesen Erwägungen ist ersichtlich, dass auch bei Zugrundelegung des Sachverhaltes, wie ihn die Rekurrentin darstellt, nicht vom Vorliegen einer sexuellen Handlung mit Kindern ausgegangen werden kann. Es darf daher davon ausgegangen werden, dass das Stellen von Ergänzungsfragen an den Rekursgegner 1 nicht zu neuen Erkenntnissen geführt hätte und auch eine erneute Befragung nicht zu neuen Erkenntnissen führen würde. Zudem war die Strafantragsfrist betreffend die Tötlichkeiten bereits bei Anzeigeerstattung abgelaufen.

2.3.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für eine unentgeltliche Rechtsvertretung nicht gegeben waren und keine Verfahrensverletzungen vorliegen, welche eine Wiederholung der Einvernahmen bzw. des Verfahrens oder gar die Aufhebung der angefochtenen Einstellungsverfügung gebieten würden.

#### 2.4. Fazit

Abschliessend ist somit davon auszugehen, dass es bei der Prüfung durch einen Sachrichter mit grosser Wahrscheinlichkeit zu einem Freispruch käme. Die

Staatsanwaltschaft hat die Untersuchung damit zu Recht eingestellt, weshalb der Rekurs gegen die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 20. Oktober 2010 abzuweisen ist.

#### **IV. Unentgeltliche Rechtspflege**

Die Rekurrentin liess beantragen, es sei ihr rückwirkend per 10. Januar 2011 die unentgeltliche Prozessvertretung zu gewähren (Urk. 2).

Wie oben ausgeführt, bleibt auf den vorliegenden Fall gestützt auf Art. 453 Abs. 1 StPO grundsätzlich das bisherige Prozessrecht und damit die Strafprozessordnung des Kantons Zürich (StPO/ZH) anwendbar. Im Sinne einer unechten Vorwirkung ist indes bezüglich unentgeltlicher Rechtspflege, einschliesslich der Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, das neue Recht anzuwenden (Schmid, Übergangsrecht der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich / St. Gallen 2010, N 39, N 144).

Gemäss Art. 136 Abs. 1 StPO hat ein Geschädigter, welcher sich gemäss Art. 118 f. StPO im Strafverfahren als Partei konstituiert hat, unter gewissen Voraussetzungen für die Durchsetzung seiner Zivilansprüche einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Diese umfasst neben der Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen auch die Befreiung von den Verfahrenskosten sowie die Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 136 Abs. 2 StPO). Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind namentlich, dass der Betreffende nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Zivilklage nicht aussichtslos erscheint. Als aussichtslos sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine geschädigte Person, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 5A\_54/2010 Erw. 2.2; SJZ 106 (2010) S. 272; BGE 129 I 136).

Es ist auf die vorstehenden Ausführungen unter der Erwägung Ziffer II.2.3 zu verweisen, wonach keine Notwendigkeit einer Rechtsverteidigung besteht. Zudem lässt sich im Zusammenhang mit dem von der Rekurrentin angezeigten Sachverhalt kein strafbares Verhalten des Rekursgegners 1 erstellen. Der Rekurs erscheint daher aussichtslos, weshalb das Gesuch um Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes abzuweisen ist. Auch in Anwendung des früheren kantonalen Strafprozessrechtes wäre gleich zu entscheiden.

### **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Da die Rekurrentin ein Kind ist, wird auf die Auferlegung der Kosten verzichtet. Mangels erheblicher Umtriebe ist dem Rekursgegner 1 keine Entschädigung zuzusprechen (§ 396a StPO/ZH).

### **VI. Zustellung**

Der Rekursgegner 1 ist unbekanntes Aufenthaltsort. Da von ihm im vorliegenden Verfahren keine Stellungnahmen eingeholt wurden und der Rekurs ohnehin abzuweisen ist, kann eine Zustellung des Entscheides an ihn unterbleiben.

### **Es wird verfügt:**

1. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Beschluss.
3. Rechtsmittel:  
Gegen diesen Entscheid kann unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.  
Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen 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.

### **Sodann wird beschlossen:**

1. Der Rekurs wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Dem Rekursgegner 1 wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an:
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (mit Empfangsschein)
  - die Rechtsvertreterin der Rekurrentin, zweifach, für sich und zuhanden der gesetzlichen Vertreterin der Rekurrentin (per Gerichtsurkunde)sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel an:
  - das Bezirksgericht Zürich unter Rücksendung der beigezogenen Akten [Urk. 14] (gegen Empfangsschein)
5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen 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.

Zürich, 9. Dezember 2011

Obergericht des Kantons Zürich  
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Balmer

lic. iur. M. Wetli