

OR abgeschnitten ist und sie auch für Zufall haftet (vgl. *Th. Koller, a.a.O., N. 8 zu Art. 481*). Weshalb also der Geschädigten mit der Geldhingabe eine Sorgfaltpflichtverletzung vorzuwerfen ist, leuchtet nicht ein und wurde von RA Y. auch nicht substantiiert. Nicht einzusehen ist sodann – auch diesbezüglich fehlt es an der erforderlichen Substanziierung – weshalb die Zivilklägerin ihre allfälligen Rechte am überlassenen Geld aufgegeben haben soll.

Sodann bringt RA Y. vor, X. sei nicht legitimiert, Forderungen der B. AG geltend zu machen. Dieser Einwand ist unbehelflich, nachdem der Vertrag zur Aufbewahrung der Fr. 660'000.-- nicht zwischen der B. AG und der Angeklagten, sondern zwischen X. und der Angeklagten abgeschlossen wurde. Woher X. das Geld hat, konkret ob es sich dabei um eine Anzahlung von B. an Aktien der B. AG gehandelt hat oder nicht, ist hiebei unerheblich. Vertragspartnerin der Angeklagten und damit Hinterlegerin ist X., folglich steht ihr die Legitimation zur Geltendmachung des Restitutionsanspruches in der Höhe von Fr. 660'000.-- zu.

Die Zivilklage ist gutzuheissen und die Angeklagte wird verpflichtet, der Geschädigten den Betrag von Fr. 660'000.-- zurückzuerstatten.

OGer 24.06.03

3423

Mehrfache sexuelle Handlungen mit einem Kind. Fakultativer Strafbefreiungsgrund nach Art. 187 Ziff. 3 StGB bejaht. Fällung eines Schuldspruchs, unter Umgangsnahme von Strafe.

Sachverhalt:

Ca. Mitte 2002 lernten sich der Angeklagte und die damals gut 14-jährige X. beim Chatten im Internet kennen. Nach dem Austausch von Adressen und Handy-Nummern kam es zu mehreren Treffen beim Bahnhof W. sowie in der Folge zu Schmusereien. Sie machten auf den Freitagabend, 22. November 2002, einen weiteren Termin ab, wobei der Angeklagte seine Freundin abends mit dem Zug in U. abholte. Mit dem Zug fuhren sie anschliessend zusammen nach H. und begaben sich in die Wohnung des Angeklagten. Nach einer gegensei-

tigen Nackenmassage machten sie Petting und knutschten. In Absprache und in gegenseitiger Kenntnis des Alters kamen sie zum Schluss, gemeinsam den Beischlaf auszuüben. In der Stube vollzogen sie dann erstmals miteinander den mittels Gummi geschützten Geschlechtsverkehr. Da keine weiteren Gummis mehr verfügbar waren, zogen sie sich wieder an und kauften am Bahnhof H. an einem Automaten weitere. Nach ihrer Rückkehr in die Wohnung kam es nach dem Nachtessen und Petting erneut zwei bis drei Mal zu Geschlechtsverkehr, immer mit einem Gummi geschützt.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 187 Ziff. 1 StGB wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft, wer mit einem Kind unter 16 Jahren eine sexuelle Handlung vornimmt, es zu einer solchen Handlung verleitet oder es in eine sexuelle Handlung einbezieht. Die zuständige Behörde kann aber von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung absehen, wenn der Täter zur Zeit der Tat das 20. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat und besondere Umstände vorliegen (Art. 187 Ziff. 3 StGB). Art. 187 StGB soll Kinder unter 16 Jahren vor verfrühten sexuellen Erfahrungen schützen, weil diese deren körperliche und seelische Entwicklung schädigen könnten (S. Trechsel, Schweiz. Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, N. 1 zu Art. 187). Der körperliche oder seelische „Reifegrad“ des Kindes hat keinen Einfluss auf die Strafbarkeit. Umstände wie sexuelle Erfahrung oder eine Einwilligung in die sexuelle Handlung durch das Opfer bleiben ohne Auswirkung (Ph. Maier, Basler Kommentar, StGB II, N. 6 zu Art. 187).

Als Erstes ist die Frage zu beantworten, ob vorliegend die Voraussetzungen für den in Art. 187 Ziff. 3 StGB verankerten fakultativen Strafbefreiungsgrund bzw. die „besonderen Umstände“ erfüllt sind. Diesbezüglich kann auf die entsprechenden rechtlichen Ausführungen auf S. 13 des Urteils der Vorinstanz verwiesen werden. Zu ergänzen ist, dass unter besonderen Umständen auch echte Liebesbeziehungen, welche einen „Missbrauch“ ausschliessen, zu verstehen sind (S. Trechsel, a.a.O., N. 13 zu Art. 187).

Zwar war X. bei der Vornahme von sexuellen Handlungen mit ihrem damals 19-jährigen Freund erst 14½-jährig, was für eine restriktive Anwendung von Ziff. 3 von Art. 187 StGB spricht. Hingegen steht gestützt auf die Aussagen beider Beteiligten auch für das Obergericht

zweifelsfrei fest, dass es sich bei deren Beziehung um eine echte Jugendliebe, geprägt von beidseitiger Zuneigung, gehandelt hat. Untermauert wird dieser Schluss durch die glaubwürdigen Aussagen des Angeklagten und dessen Mutter an Schranken, wonach X bis heute schriftlichen Kontakt zum Angeklagten pflegt und sie mehrmals im Elternhaus des Angeklagten zu Besuch war.

Das Vorliegen besonderer Umstände im Sinne von Ziff. 3 von Art. 187 StGB und damit die Anwendbarkeit dieser Bestimmung im vorliegenden Fall ist demgemäss zu bejahen.

2. Sodann ist über die aus der Anwendbarkeit von Ziff. 3 von Art. 187 StGB resultierenden Rechtsfolgen zu befinden. Nach dem Wortlaut von Ziff. 3 kann von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung abgesehen werden. Die Vorinstanz ist zutreffend davon ausgegangen, dass Ziff. 3 dem technischen Muster von Art. 66bis StGB folgt (S. *Trechsel, a.a.O., N. 12 zu Art. 187*). Art. 66bis Abs. 1 StGB sieht – wie Ziff. 3 von Art. 187 StGB – vor, dass von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung abzusehen ist. Im Urteil der Vorinstanz (S. 14) findet sich weiter der Hinweis auf eine Kommentarstelle bei S. *Trechsel (a.a.O., N. 3 zu Art. 66bis)*, wonach für den Fall, dass das Übel der Tatfolge gleich gross oder grösser als das schuldangemessene ist, von der Strafverfolgung, Überweisung, Schuldspruch oder Ausfällung einer Strafe abgesehen werden soll. In der fraglichen Literaturstelle finden sich keine weiteren Erklärungen zur erwähnten „Variante“ des Verzichts auf einen Schuldspruch. Das Obergericht stellt diesbezüglich fest, dass im Urteilsstadium für eine tatbestandsmässige Handlung ein Absehen von einem Schuldspruch, also ein Freispruch, weder durch den Wortlaut von Ziff. 3 von Art. 187 StGB noch von Art. 66bis StGB gestützt wird. Im Gegenteil spricht sich diesfalls die überwiegende Lehrmeinung dafür aus, dass im gerichtlichen Verfahren ein Schuldspruch ohne Sanktion zu fällen sei (u.a. F. *Riklin, Berner Kommentar, N. 18 zu Art. 66bis* sowie N. *Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 1994, S. 213*). Dieser Meinung ist auch das Zürcher Obergericht, welches in seiner Entscheid vom 12. September 1996 ausgeführt hat, dass bereits aus dem Wortlaut von Art. 66bis StGB ersichtlich sei, dass eine Abstufung je nach Verfahrensstadium gewollt sei. Weiter führt das Obergericht aus, diese Bestimmung habe auf den Schuldpunkt keine Auswirkungen, sie sei der Strafzumessung zuzuordnen, weshalb gestützt auf Art. 66bis StGB kein Freispruch

erfolgen könne. Nachdem in casu unzweifelhaft sowohl der objektive als auch der subjektive Tatbestand von Art. 187 Ziff. 1 StGB erfüllt ist, kommt im jetzigen Verfahrensstadium lediglich ein Schuldspruch, unter Umgangnahme von einer Strafe, in Frage. Daran vermögen auch allgemeine Opportunitätsüberlegungen nichts zu ändern. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die von der Vorinstanz als Argument für einen Freispruch angeführte Pönalisierung des Angeklagten infolge eines Strafregistereintrages unzutreffend ist. Wie die Staatsanwaltschaft zu Recht ausgeführt hat, dürfen gestützt auf Art. 12 lit. a der Verordnung über das automatisierte Strafregister (SR 331) die Verurteilungen, bei denen von der Bestrafung abgesehen oder Umgang genommen worden ist, nicht in das Register eingetragen werden.

Gestützt auf diese Ausführungen gelangt das Gericht zum Schluss, dass sich der Angeklagte im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht hat, jedoch in Anwendung von Art. 187 Ziff. 3 StGB von einer Bestrafung Umgang zu nehmen ist.

OGer 26.08.03

3424

Führen eines Motorfahrzeuges in angetrunkenem Zustand. Strafzumessung und Widerruf. Dritttäter.

Die Appellation richtet sich gegen das Strafmass in der Höhe von sieben Monaten Gefängnis sowie gegen den Widerruf der Gewährung des bedingten Strafvollzugs für eine vierwöchige Gefängnisstrafe.

Sachverhalt:

Im Rahmen einer Fahrzeugkontrolle der Kantonspolizei in H. am Samstag, 25. Januar 2003, 22.10 Uhr, wurde X. als Lenker eines Personenwagens angehalten. Aufgrund der beim Lenker festgestellten Alkoholsymptome wurden zwei Atemlufttests durchgeführt, welche beide positiv ausfielen. Die daraufhin angeordnete Blutprobe ergab eine minimale Blutalkoholkonzentration von 1,36 Gewichtspromillen.