

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B_8/2011

Urteil vom 7. Juli 2011
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichter Schneider, Wiprächtiger,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Denys,
Gerichtsschreiber Boog.

Verfahrensbeteiligte
X._____, vertreten durch Rechtsanwalt Ivo Wiesendanger,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8001 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Mehrfache sexuelle Belästigung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 16. November 2010.

Sachverhalt:

A.
X._____ war Leiter eines Brockenhauses, in welchem der Geschädigte, geb. 1991, Ende des Jahres 2007 ein Praktikum absolvierte. X._____ wird vorgeworfen, er habe in der Zeit vom 24. Oktober bis 12. Dezember 2007 den damals minderjährigen Geschädigten als dessen Vorgesetzter bei drei Gelegenheiten in sexueller Absicht angefasst. Bei den beiden ersten Vorfällen habe er ihm seine Hand auf den Oberschenkel gelegt bzw. ihm mit beiden Händen links und rechts aussen an die Oberschenkel gegriffen; beim dritten Vorfall habe er dem Geschädigten in einem Raum im Keller des Brockenhauses gegen dessen klaren Willen das T-Shirt hinten hochgezogen und ihm mit der Hand über den nackten Rücken gestrichen.

B.
Das Polizeirichteramt Winterthur verurteilte X._____ mit Strafverfügung vom 29. September 2008 wegen sexueller Belästigungen zu einer Busse von Fr. 400.--. Auf Einsprache des Beurteilten hin erklärte der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirks Winterthur X._____ mit Urteil vom 15. Dezember 2009 der mehrfachen sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 198 Abs. 2 StGB schuldig und verurteilte ihn zu einer Busse von Fr. 400.--, im Falle des schuldhaften Nichtbezahlens umwandelbar in eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen. Eine von X._____ gegen diesen Entscheid geführte Berufung wies das Obergericht des Kantons Zürich am 16. November 2010 ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil.

C.
X._____ führt Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht, mit der er beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben, und er sei vom Vorwurf der mehrfachen sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 198 Abs. 2 StGB freizusprechen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D.

Die Oberstaatsanwaltschaft und das Obergericht des Kantons Zürich haben auf Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1 Der Beschwerdeführer wendet sich zunächst gegen die Feststellung des Sachverhalts in Bezug auf den dritten Vorfall vom 12. Dezember 2007. Der Geschädigte habe in seiner Einvernahme vom 14. Dezember 2007 durch die Kantonspolizei ausgesagt, er sei wegen der angeblichen sexuellen Belästigung sehr schockiert. Diese sei ihm äusserst unangenehm gewesen. Er habe sich danach erst wieder etwas beruhigen müssen. Auf der unmittelbar nach dem Vorfall für ein Bewerbungsschreiben angefertigten Fotografie wirke der Geschädigte aber überhaupt nicht schockiert oder aufgebracht. Vielmehr lache er und blicke fröhlich drein. So sehe kein junger Mann aus, der kurz zuvor sexuell belästigt worden sei. Die heftige Gemütsbewegung nach der angeblichen Berührung hätte auf dem Foto erkennbar sein müssen. Der Umstand, dass der Geschädigte die Fotografie bedenkenlos habe anfertigen lassen und darauf einen freundlichen Gesichtsausdruck zeige, könne nur so verstanden werden, dass er gelogen habe und er gar nicht sexuell belästigt worden sei (Beschwerde S. 6 ff.).

1.2 Die Vorinstanz stellt in diesem Zusammenhang fest, der Beschwerdeführer habe im Anschluss an die sexuelle Belästigung mit einer Kamera, die im selben Raum gestanden habe, ein Brustbild vom Geschädigten gemacht (Untersuchungsakten act. 6/5). Auf diesem Foto zeige der Geschädigte einen freundlichen Gesichtsausdruck. In Anbetracht des Umstands, insbesondere dass der Geschädigte glaubhaft zu Protokoll gegeben habe, er habe sich nach dem Vorfall ruhig verhalten, habe nichts gesagt und sei schockiert gewesen, und dass er sich als minderjähriger Praktikant wohl auch nicht zu wehren getraut habe, lasse sich aus dem Gesichtsausdruck des Geschädigten auf dem fraglichen Foto weder etwas zu Lasten noch zu Gunsten des Beschwerdeführers ableiten. Es spreche auch nicht gegen die Darstellung des Geschädigten, dass dieser gemäss den Aussagen des Zeugen A. _____ "ganz aufgelöst aus dem Keller hochgeflixt" bzw. "nervös, schämend" und "komplett unruhig" gewesen sei. Dies lasse sich dadurch erklären, dass der Schockzustand des Geschädigten bis zum Verlassen des Kellers andauert habe bzw. der Geschädigte sich bis zu diesem Zeitpunkt habe zusammenreißen können, später jedoch nicht mehr (angefochtenes Urteil S. 9 f.).

1.3 Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nur gerügt werden, wenn diese offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Verletzung von schweizerischem Recht im Sinne von Art. 95 BGG beruht. Die Rüge der offensichtlich unrichtigen, d.h. willkürlichen Feststellung des Sachverhalts prüft das Bundesgericht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG nur insoweit, als sie in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert begründet worden ist. In der Beschwerde muss im Einzelnen dargelegt werden, inwiefern der angefochtene Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 136 II 489 E. 2.8; 133 IV 286 E. 1.4 133 II 249 E. 1.4.2; 134 II 244 E. 2.1 und 2.2).

Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn der angefochtene Entscheid auf einer schlechterdings unhaltbaren oder widersprüchlichen Beweismässigkeit beruht, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 137 I 1 E. 2.4; 136 I 316 E. 2.2.2 je mit Hinweisen).

1.4 Was der Beschwerdeführer gegen die Feststellung des Sachverhalts vorbringt, erschöpft sich in einer blossen appellatorischen Kritik am angefochtenen Urteil. Er beschränkt sich weitgehend darauf, den Nachweis des Sachverhalts zu bestreiten und den Erwägungen der Vorinstanz seine eigene Sichtweise des Geschehens gegenüber zu stellen. Dies ist jedoch nicht geeignet, offensichtlich erhebliche und schlechterdings nicht zu unterdrückende Zweifel daran darzutun, dass sich der Anklagesachverhalt verwirklicht hat. Namentlich ist nicht ersichtlich, inwiefern aus dem Umstand, dass sich der Geschädigte nach dem Vorfall fotografieren liess, und dass sich der angebliche Schockzustand auf dem Bild nicht widerspiegelt, sondern der Geschädigte darauf vielmehr freundlich dreinblickt, zwingend soll abgeleitet werden können, er habe gelogen und sei vom Beschwerdeführer gar nicht sexuell belästigt worden. Denn für die Begründung von Willkür genügt praxisgemäss nicht, dass das angefochtene Urteil mit der Darstellung des Beschwerdeführers nicht übereinstimmt oder eine andere Lösung oder Würdigung vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre (BGE 135 II 356 E. 4.2.1; 134 I 140 E. 5.4; 127 I 54 E. 2b mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer hätte darlegen müssen, inwiefern die Feststellungen der Vorinstanz schlechterdings unhaltbar sind oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen und die vorhandenen Beweise andere

Schlussfolgerungen geradezu aufdrängen. Diesen Anforderungen genügt seine Beschwerde nicht. Es kann daher auf sie in diesem Punkt nicht eingetreten werden.

2.

2.1 Der Beschwerdeführer rügt ferner eine Verletzung von Bundesrecht. Die ihm vorgeworfenen Tathandlungen hätten keinen sexuellen Bezug und stellten keine sexuellen Belästigungen dar. Das gelte namentlich für die ersten beiden Vorfälle, nämlich das blosses Anfassen des Geschädigten am Oberschenkel auf der Höhe des Knies. Diese Berührungen könnten nicht verglichen werden mit dem Streicheln eines Beines im geschlechtsnahen Bereich. Auch das Streichen mit der Hand über den Rücken einer gleichgeschlechtlichen Person sei, wie auch etwa eine einmalige Umarmung, keine sexuelle Belästigung. Es sei mithin schon der objektive Tatbestand nicht erfüllt. Darüber hinaus fehle es am Vorsatz. Der Geschädigte habe selber ausgesagt, er (der Beschwerdeführer) habe beim letzten Vorfall lediglich nach Verletzungen gesucht und sei deshalb mit der Hand über seinen Rücken gestrichen. Die Handlung wäre somit auch nach der Darstellung des Geschädigten nicht sexuell motiviert gewesen. Er sei sich sicher nicht bewusst gewesen, dass die Berührungen sexuellen Charakter hätten haben können, und er habe auch nicht in sexueller Absicht gehandelt (Beschwerde S. 9 ff.).

2.2 Die Vorinstanz nimmt an, es komme für den Tatbestand der sexuellen Belästigung weniger auf die Einzelheiten der jeweiligen Tätlichkeit als vielmehr auf die Gesamtheit des Verhaltens des Täters gegenüber dem Opfer an. Entscheidend sei, dass der Beschwerdeführer als Vorgesetzter und insbesondere im Rahmen der Betreuung von Praktikanten mit seinem Verhalten gegenüber dem minderjährigen Geschädigten sowohl das rechtliche als auch das gesellschaftlich noch tolerierbare Mass überschritten habe. Selbst wenn der Beschwerdeführer bei seinen Berührungen am Rücken des Geschädigten nach Verletzungen gesucht haben sollte, hätte er dies bereits durch das Hochziehen des T-Shirts genügend klären können. Ein Streichen über den nackten Rücken wäre hierfür nicht erforderlich gewesen. Es sei augenscheinlich, dass der Beschwerdeführer immer weiter gegangen sei. Zuerst habe er die Hand nur auf den Oberschenkel des Geschädigten gelegt; danach habe er dessen Oberschenkel von aussen bereits mit beiden Händen umfasst und zuletzt habe er ihm mit der Hand über den nackten Rücken gestrichen. Auch wenn der erste Vorfall für sich allein allenfalls objektiv den Tatbestand der sexuellen Belästigung noch nicht erfüllen würde, sei in Anbetracht der gesamten Umstände aus Sicht eines objektiven Betrachters bei sämtlichen drei Vorfällen keine andere als eine sexuelle Bedeutung ersichtlich (angefochtenes Urteil S. 14 f.).

In Bezug auf den subjektiven Tatbestand geht die Vorinstanz davon aus, dass der Geschädigte sich ausdrücklich geweigert habe, sein T-Shirt selber hochzuziehen. Indem der Beschwerdeführer daraufhin das T-Shirt hochgestreift habe, habe er bewusst gegen den Willen des Geschädigten gehandelt. In Bezug auf die ersten beiden Vorfälle hält die Vorinstanz fest, der Geschädigte habe jeweils nicht reagiert. Der Beschwerdeführer habe aus diesem Schweigen jedoch nicht auf dessen Einverständnis schliessen dürfen. Dies gelte umso mehr, als dieser damals noch ein minderjähriger Praktikant gewesen sei, welcher sich kaum direkt zu wehren getraut habe, was dem Beschwerdeführer ebenfalls habe bewusst sein müssen. Er habe die Belästigung des Geschädigten somit jeweils zumindest in Kauf genommen. Der Beschwerdeführer habe in seiner Stellung als Vorgesetzter, welcher regelmässig Praktikanten bei sich beschäftigt habe, genau wissen müssen, dass er einen Jugendlichen nicht in dieser Weise anfassen dürfe (angefochtenes Urteil S. 15 f.).

3.

3.1 Gemäss Art. 198 Abs. 2 StGB macht sich der sexuelle Belästigung schuldig, wer jemanden tätlich oder in grober Weise durch Worte sexuell belästigt. Die Bestimmung erfasst geringfügigere Beeinträchtigungen der sexuellen Integrität, bei denen im Einzelnen zweifelhaft sein kann, ob sie noch eine eigentliche Verletzung der Selbstbestimmung darstellen, die aber solchen Eingriffen immerhin vergleichbar sind, indem sie die betroffene Person jedenfalls ohne ihren Willen mit Sexualität konfrontieren (GUIDO JENNY, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Bern 1997, Art. 198 N 1). Es handelt sich um qualifiziert unerwünschte sexuelle Annäherungen bzw. um physische, optische und verbale Zumutungen sexueller Art (KASPAR MENG/MATTHIAS SCHWAIBOLD, Basler Kommentar Strafrecht II, 2. Aufl. 2007, Art. 198 N 15; STEFAN TRECHSEL/CARLO BERTOSSA, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 2008, Art. 198 N 1). Aus dem Merkmal der Belästigung ergibt sich, dass das Opfer in diese weder eingewilligt noch sie - etwa spasseshalber - provoziert haben darf.

Die sexuelle Bedeutung des Verhaltens ist anhand der konkreten Umstände und des Gesamtumfelds zu würdigen. Sie muss vom Standpunkt eines objektiven Betrachters aus klar erkennbar sein

(MENG/ SCHWAIBOLD, a.a.O., Art. 198 N 15; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY/ FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, 7. Aufl. 2010, § 10 N 37; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Bd. I, 3. Aufl. 2010, S. 901 N 10; ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III, 9. Aufl. 2008, S. 521). Dies gilt wie bei Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB für Tathandlungen, die für den Aussenstehenden nach ihrem äusseren Erscheinungsbild eindeutig sexualbezogen sind, mithin objektiv eine Beziehung zum Geschlechtlichen aufweisen (vgl. BGE 125 IV 58 E. 3b). Das kann - je nach Alter des Opfers oder Altersunterschied zum Täter - auch bei geringfügigen Vorfällen zutreffen. Dabei ist zu beachten, dass Verhaltensweisen, welche unter dem Aspekt des Tatbestandes der sexuellen Handlungen mit einem Kind gemäss Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nur als geringfügige Entgleisung erscheinen, als sexuelle Belästigung im Sinne von Art. 198 Abs. 2 StGB relevant sein können, zumal der Schutz dieser Bestimmung weiterreicht und auch aufgedrängte Annäherungen erfasst (BGE 125 IV 58 E. 3b, S. 63; JENNY, a.a.O., Art. 187 N 16; PHILIPP MAIER, Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl. Basel 2007, Vor Art. N 23). Die Intensität des sexuellen Bezuges des Vorgangs kann im Rahmen von Art. 198 StGB somit gering sein. Es genügt, dass ein Durchschnittsbetrachter die Handlung mit Sexualität im weitesten Sinn in Verbindung bringt (KATHRIN KUMMER, Sexuelle Belästigung nach Art. 198 StGB, 2001, S. 72 f.).

Die tätliche Belästigung gemäss Art. 198 Abs. 2 StGB setzt eine körperliche Kontaktnahme voraus. Hiefür genügen bereits wenig intensive Annäherungsversuche oder Zudringlichkeiten, solange sie nur nach ihrem äusseren Erscheinungsbild sexuelle Bedeutung haben. Hierunter fallen neben dem überraschenden Anfassen einer Person an den Geschlechtsteilen auch weniger aufdringliche Berührungen wie das Antasten an der Brust oder am Gesäss, das Betasten von Bauch und Beinen auch über den Kleidern, das Anpressen oder Umarmungen (JENNY, a.a.O., Art. 198 N 10; MENG/SCHWAIBOLD, a.a.O., Art. 198 N 17; vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_702/2009 vom 8.1.2010 E. 5.5). Zu berücksichtigen ist, ob dem Opfer zugemutet werden kann, sich der Belästigung zu entziehen, was am Arbeitsplatz oder ähnlichen Örtlichkeiten in der Regel weniger einfach ist als etwa in öffentlichen Lokalitäten. In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 198 Abs. 2 StGB, dass der Täter zumindest in Kauf genommen hat, dass sich das Opfer belästigt fühlt (Urteil des Kassationshofs 6P.123/2003 vom 21. November 2003 E. 6.1).

3.2 Die Vorinstanz geht zunächst vom dritten Vorfall aus und erachtet den Tatbestand der sexuellen Belästigung als erfüllt. In diesem Punkt verletzt das angefochtene Urteil kein Bundesrecht. Die Vorinstanz nimmt zutreffend an, das Streichen über den nackten Rücken des Geschädigten erreiche die für die Annahme einer sexuellen Belästigung notwendige Intensität. Wesentlich sind hiefür die konkreten Umstände, unter welchen sich der Vorfall abgespielt hat. Denn die Frage, wann eine Handlung einen klaren, erkennbaren Bezug zur Sexualität aufweist, lässt sich nur unter Berücksichtigung der konkreten Situation und des Kontexts, in welchem sie vorgenommen wird, entscheiden (KUMMER, a.a.O., S. 75). Im zu beurteilenden Fall ist in dieser Hinsicht von Bedeutung, dass der Geschädigte zur Tatzeit minderjährig war und zum Beschwerdeführer, der als Leiter des Brockenhauses für die Betreuung der Praktikanten zuständig war, in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis stand. Bei dieser Sachlage erreichen das gegen den expliziten Willen des Geschädigten erfolgte Hochziehen des T-Shirts und das Streichen mit der Hand über seinen nackten Rücken einen Grad der Intensität, der die Grenze zwischen einer bloss unangenehmen harmlosen Berührung zur sexuellen

Belästigung überschreitet. Die Handlung erscheint im gegebenen Kontext als aufgedrängte körperliche Zudringlichkeit. Dabei ist aus der konkreten Handlung auch die sexuelle Konnotation der Berührung ohne weiteres erkennbar. Das Streichen mit der Hand unter dem T-Shirt über den nackten Rücken geht in klarer Weise über ein bloss flüchtiges Betasten hinaus. Dass der Geschädigte, wie der Beschwerdeführer einwendet, in der polizeirichterlichen Einvernahme vom 27. Januar 2009 als Zeuge ausgesagt hat, dieser habe wohl nach Verletzungen am Rücken gesucht, führt zu keinem anderen Ergebnis. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, wäre ein Streichen über den nackten Rücken für die Klärung der Frage, ob der Geschädigte am Rücken Verletzungen aufweise, nicht notwendig gewesen. Im Übrigen erklärte der Geschädigte in dieser Einvernahme auch, der Beschwerdeführer habe ihn, nachdem er ihm mit der Hand über den Rücken gestrichen hatte, umarmt und ihn gefragt, ob ihm das unangenehm sei (Untersuchungsakten act. 2/13 S. 3; vgl. auch act. 2/1/1/1 S. 2 und 4; angefochtenes Urteil S. 9 mit Verweisung auf erstinstanzliches Urteil S. 7). Daraus ergibt sich auch, dass dem Beschwerdeführer der sexuelle Gehalt seiner Berührungen bewusst war.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist indes in Bezug auf die beiden ersten Vorfälle, den Berührungen am Oberschenkel, der Tatbestand der sexuellen Belästigung nicht erfüllt. Wie der

Beschwerdeführer zu Recht einwendet (Beschwerde S. 12 f.), ist bei den Berührungen am Oberschenkel über den Kleidern vom Standpunkt eines objektiven Betrachters aus keine sexuelle Bedeutung erkennbar. Dies gilt jedenfalls, soweit der Beschwerdeführer den Geschädigten im Bereich des Knies betastet und ihm nicht in den Schritt bzw. zwischen die Beine gefasst hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_702/2009 vom 8.1.2010 E. 5.5) und er den Griff an den Oberschenkel nicht mit anzüglichen Bemerkungen über dessen Festigkeit verbunden hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6P.123/2003 vom 21.11.2003 E. 6.2). Daran ändert nichts, dass die Betastungen angesichts der später erfolgten weitergehenden Berührungen in einem anderen Licht erscheinen. Es mag zutreffen, dass sich die einzelnen Vorfälle in einer Atmosphäre permanenter Annäherungsversuche seitens des Beschwerdeführers ereigneten. Doch auch wenn in einem solchen Fall die einzelnen Handlungen nicht isoliert für sich allein betrachtet werden, erreicht das Verhalten des Beschwerdeführers in Bezug auf die erste Phase des Geschehens nicht die Intensität, welche für einen Schuldspruch wegen sexueller Belästigung vorausgesetzt ist.

Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt somit als teilweise begründet.

4.

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, im Übrigen aber abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang trägt der Beschwerdeführer die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens mit einer reduzierten Gebühr (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Kanton Zürich hat ihm eine angemessene Parteientschädigung auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. November 2010 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen; im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Der Kanton Zürich hat dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 1'000.-- auszurichten.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 7. Juli 2011

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Der Gerichtsschreiber: Boog