



Kass.-Nr. AC030126/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Rudolf Ottomann sowie die Sekretärin Rosmarie Peter

Zirkulationsbeschluss vom 26. April 2004

in Sachen

C.,

Angeklagter, Erstappellant und Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin _____

substituiert durch Rechtsanwältin _____

gegen

1. **Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

8001 Zürich,

Anklägerin, Zweitappellantin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Staatsanwalt _____

2. **C.**,

Geschädigte und Beschwerdegegnerin

2 vertreten durch Rechtsanwältin _____

betreffend **Freiheitsberaubung etc. und Widerruf**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2003 (SB030048/U/hp)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Gemäss Anklage habe der Beschwerdeführer in der Nacht vom 28./29. November 2000 die Tür der Wohnung seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau, der Geschädigten, von innen abgeschlossen und sie in der Folge mit einer Pistole bedroht, wobei er von ihr verlangt habe, die Scheidungsklage zurückzuziehen. Weiter habe er am 23. Mai 2002, um ca. 10.40 Uhr, am Bahnhof ___ in ___ der Geschädigten gesagt, dass er sie und ihren vorehelichen Sohn A. umbringen würde, falls sie nicht zu ihm zurückkomme. Am Donnerstag, 30. Mai 2002, um ca. 10.05 Uhr, habe er beim Central in Zürich der Geschädigten aufgelauert und zu ihr gesagt, sie solle nach Hause kommen, sonst würde ihr etwas Schlechtes passieren. In beiden Fällen habe die Geschädigte Angst bekommen. Schliesslich habe er in der Zeit vom 27. Mai bis 2. Juni 2002 mehrmals täglich der Geschädigten angerufen, wobei er ihr meist gedroht habe, dass ihr etwas passieren werde, wenn sie ihn nicht nach Hause kommen lasse oder nicht zu ihm zurückkomme, so dass sich die Geschädigte belästigt gefühlt habe und dauernd in Angst und Schrecken gelebt habe (KG act. 2, Anhang).

2. Mit Urteil vom 21. November 2002 sprach der Einzelrichter am Bezirksgericht Horgen den Beschwerdeführer schuldig der Freiheitsberaubung im Sinne von Art. 183 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, der mehrfachen versuchten Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB sowie des mehrfachen Missbrauchs einer Fernmeldeanlage im Sinne von Art. 179^{septies} StGB. Der Beschwerdeführer wurde bestraft mit 6 Monaten Gefängnis, wovon 31 Tage durch Untersuchungshaft erstanden waren. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre angesetzt. Der Beschwerdeführer wurde verpflichtet, der Geschädigten Fr. 3'000.-- Genugtuung zu bezahlen. Im Mehrbetrag wurde das Genugtuungsbegehren abgewiesen. Auf das Schadenersatzbegehren der Geschädigten wurde nicht eingetreten. Die Kosten, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung sowie der Verbeiständung der Geschädigten, wurden dem Be-

schwerdeführer auferlegt. Mit gleichentags ergangener Verfügung wurde der Vollzug der mit Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich vom 16. Dezember 1997 ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 3 Monaten Gefängnis abzüglich 40 Tage erstandener Untersuchungshaft angeordnet (OG act. 52).

3. Gegen dieses einzelrichterliche Urteil erhob der Beschwerdeführer Berufung. Mit Urteil vom 19. August 2003 sprach die II. Strafkammer des Obergerichts den Beschwerdeführer schuldig der mehrfachen versuchten Nötigung im Sinne von Art. 191 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB sowie des mehrfachen Missbrauchs einer Fernmeldeanlage im Sinne von Art. 179^{septies} StGB. Vom Vorwurf der Freiheitsberaubung im Sinne von Art. 183 Ziff. 1 Abs. 1 StGB und der mehrfachen Drohung im Sinne von Art. 180 StGB wurde er freigesprochen. Er wurde bestraft mit 4 Monaten Gefängnis, wovon 31 Tage durch Untersuchungshaft erstanden waren. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 5 Jahre angesetzt. Der Beschwerdeführer wurde verpflichtet, der Geschädigten eine Genugtuung von Fr. 2'000.-- zu bezahlen. Im Mehrbetrag wurde das Genugtuungsbegehren abgewiesen. Auf das Schadenersatzbegehren der Geschädigten wurde nicht eingetreten. Die Kosten der Untersuchung sowie des erst- und zweitinstanzlichen Gerichtsverfahrens, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung und der Verbeiständung der Geschädigten, wurden dem Beschwerdeführer zur Hälfte auferlegt und im Übrigen auf die Staatskasse genommen (KG act. 2).

4. Gegen dieses obergerichtliche Urteil richtet sich die vorliegende, rechtzeitig angemeldete (KG act. 6) und begründete Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1, OG act. 75). Der Beschwerdeführer beantragt Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung zur Neuurteilung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Kantons Zürich. Die Staatsanwaltschaft und die Vorinstanz verzichten auf Vernehmlassung (KG act. 11, 12). Die Geschädigte beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde; die Kosten des Verfahrens, inklusive diejenigen der Geschädigtenvertretung, seien dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Sodann stellt sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung (KG act. 13).

5. Der Beschwerdeführer hat innert Frist keine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben (KG act. 8).

II.

1. Einleitend sei darauf hingewiesen, dass es vorliegend nur noch um die in der Anklage geschilderten Nötigungsversuche und Telefonate vom Mai/Juni 2002 geht (vgl. oben I.1). Bezüglich des Vorfalls in der Wohnung der Geschädigten vom November 2000 wurde der Beschwerdeführer freigesprochen (KG act. 2 S. 11-13).

2. Der Beschwerdeführer macht geltend, das von ihm angestrebte Eheschutzverfahren stehe in engstem Zusammenhang mit dem vorliegenden Strafverfahren. Er habe daher sowohl vor Erstinstanz als auch vor Vorinstanz den Antrag auf Beizug der Eheschutzakten gestellt (BG act. 35 S. 4, OG act. 60 S. 2 f.). Die Vorinstanz habe jedoch diesen Antrag auf S. 9 ihres Urteils mit der Begründung abgelehnt, es könne auch unter dem Gesichtspunkt der freien Beweiswürdigung nicht angehen, dass sich das mit der Strafsache befasste Gericht in die Einzelheiten der eheschutzrichterlichen Auseinandersetzung einarbeite. Durch ihre Weigerung habe die Vorinstanz die Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers sowie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Gerade im Zusammenhang mit der Frage, ob der Beschwerdeführer versucht haben solle, die Geschädigte zu nötigen, und mit der Frage, ob der Beschwerdeführer die Geschädigte aus Mutwillen derart häufig angerufen habe, wäre es unerlässlich gewesen, die Eheschutzakten beizuziehen. Die Vorinstanz sei jedoch fälschlicherweise indirekt davon ausgegangen, dass es am Beschwerdeführer liege, seine Unschuld darzutun, indem sie auf S. 9 ihres Urteils ausgeführt habe, er habe keine konkreten Sachverhaltselemente aus dem Eheschutzverfahren genannt, die in einem konkreten, relevanten Zusammenhang mit den strafrechtlichen Vorwürfen stünden. Dies treffe nicht zu (KG act. 1 S. 5, 6). Die Verteidigerin habe in ihrem Plädoyer konkrete Sachverhaltselemente des Eheschutzverfahrens genannt. Damit sei der konkrete Zusammenhang des Eheschutzverfahrens zum vorliegenden Strafverfahren und insbesondere zu den vom Beschwerdeführer bestrittenen Nö-

tigungs- und Belästigungshandlungen offensichtlich. Zudem lägen bereits Entscheide aus dem Eheschutzverfahren bei den Straftaten (BG act. 36; OG act. 61/3), aus welchen der Zusammenhang klar hervorgehe (KG act. 1 S. 8).

3. Zusammengefasst rügt der Beschwerdeführer, sein Beweisantrag auf Beizug der Eheschutzakten sei zu Unrecht abgelehnt worden. Eine Verletzung von § 31 StPO (Beweiserhebung von Amtes wegen) steht damit nicht zur Diskussion. Der Beschwerdeführer rügt auch nicht, die Vorinstanz habe im Sinne einer unzulässigen antizipierten Beweiswürdigung bzw. einer Verletzung ihrer Sachaufklärungspflicht den Beizug der Eheschutzakten mit der Begründung verweigert, es gehe um offenkundige oder gerichtsnotorische Tatsachen, rechtlich nicht erhebliche Tatsachen oder Tatsachen, die als wahr unterstellt würden. Ebenso wird nicht geltend gemacht, das angerufene Beweismittel sei als offensichtlich untauglich bezeichnet worden (vgl. Donatsch, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 8 ff. zu § 149; Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Auflage, Basel/Genf/München 2002, § 55 Rz. 7 ff.). Vielmehr beanstandet der Beschwerdeführer die Erwägung der Vorinstanz, wonach er keine konkreten Sachverhaltselemente aus dem Eheschutzverfahren genannt habe, die in einem konkreten, relevanten Zusammenhang mit den strafrechtlichen Vorwürfen gesetzt werden könnten (KG act. 2 S. 9). Er stellt sich auf den Standpunkt, er habe sehr wohl solche Sachverhaltselemente genannt. Es geht somit vorliegend um die Frage, ob das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt worden sei, indem relevante Äusserungen des Beschwerdeführers beim Entscheid nicht berücksichtigt worden seien. Da die Vorinstanz davon ausging, dass der Beschwerdeführer gar keine konkreten Sachverhaltselemente genannt habe (KG act. 2 S. 9), kann von vornherein ausgeschlossen werden, dass sie solche Vorbringen des Beschwerdeführers stillschweigend verwarf (vgl. Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, Rz. 260). Im Zusammenhang mit der geltend gemachten Gehörsverletzung kann sich weiter die Frage stellen, welche Anforderungen an einen Beweisantrag gestellt werden dürfen. Ein solcher ist dann ausreichend substantiiert, wenn er einen zuverlässigen Entscheid darüber ermöglicht, ob das Beweisthema zum Prozessgegenstand überhaupt in einem relevanten Zusammenhang steht. Darüber hinaus soll er so viel Information

liefern, dass die Materie der antizipierenden Beweiswürdigung zugänglich wird. Es dürfen jedoch keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Eine Tatsache ist etwa auch dann genügend substantiiert, wenn eine entsprechende Auslegung den Sinn des Antrages erkennen lässt. Befindet sich die Information in den Händen der Behörden oder Dritter, kann vom Beschuldigten nicht erwartet werden, dass er den Inhalt der Aussage anzugeben vermag (Pieth, Der Beweisantrag des Beschuldigten im Schweizer Strafprozessrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1984, S. 65, 125 f.; Donatsch, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 17 zu § 149; BGE 91 II 168).

4. a) Im Einzelnen macht der Beschwerdeführer geltend, seine Verteidigerin habe in ihrem Plädoyer klar und deutlich ausgeführt, dass die Geschädigte seit Einreichung des Eheschutzbegehrens durch den Beschwerdeführer im April 2002 mit allen Mitteln kämpfe, um die Obhut über die Kinder zu erhalten. Auch versuche sie auf jede erdenkliche Weise, den Beschwerdeführer zu diskreditieren, wozu auch das vorliegend in die Wege geleitete Strafverfahren gehöre (OG act. 60 S. 3). Diesbezüglich habe die Verteidigerin diverse konkrete Beispiele genannt, aus welchen sich der Schluss ergebe, der Geschädigten sei jedes Mittel - insbesondere auch die Einleitung eines Strafverfahrens - recht, um vor der Rekursinstanz im Eheschutzverfahren den Eindruck zu erwecken, das Verhalten des Beschwerdeführers erlaube eine Obhutzuteilung an ihn nicht. Sie zeigten auch, dass die Geschädigte, was den Beschwerdeführer betreffe, nicht mehr sachlich denken könne (KG act. 1 S. 6-7).

Aus dieser Rüge des Beschwerdeführers ergibt sich, dass er vor Vorinstanz mit den entsprechenden Vorbringen allgemein die Glaubwürdigkeit der Geschädigten in Zweifel zog. Die von ihm geschilderten Umstände sollten zeigen, dass die Geschädigte ein Interesse daran habe, ihn zu Unrecht zu belasten, um im Eheschutzverfahren eine bessere Position zu erlangen. Die Vorinstanz beachtete diese Ausführungen, indem sie erwog, die Gefahr der Instrumentalisierung strafrechtlicher Schritte sei nicht von der Hand zu weisen. Würden mithin Anschuldigungen - wie vorliegend durch die Geschädigte - erhoben, so seien diese kritisch zu hinterfragen (KG act. 2 S. 9). Insoweit verletzte die Vorinstanz das

rechtliche Gehör des Beschwerdeführers nicht. Dass die Vorinstanz eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen habe, macht der Beschwerdeführer nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich; immerhin folgte die Vorinstanz hier seiner Argumentation.

b) Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, seine Verteidigerin habe vor Vorinstanz ausgeführt, die Geschädigte habe mit Eingabe vom 11. Februar 2002 bei der I. Zivilkammer des Obergerichts beantragt, dem Beschwerdeführer dürfe nur ein begleitetes Besuchsrecht eingeräumt werden. Diesen Antrag habe die I. Zivilkammer jedoch mit der Begründung abgewiesen, die Aussagen der Geschädigten, wonach der Beschwerdeführer die Kinder mit dem Tod bedroht habe, sei nicht glaubhaft (OG act. 60 S. 4). Dies gehe bereits aus den bei den Strafakten liegenden Dokumenten aus dem Eheschutzverfahren hervor. Die I. Zivilkammer habe weiter erwogen, dass der Beschwerdeführer derartige Drohungen ausgestossen habe, sei von der Geschädigten schon wiederholt vorgebracht worden; gegenwärtig liege jedoch kein entsprechendes rechtskräftiges Strafurteil vor. Hätte die Vorinstanz die Akten des Zivilverfahrens beigezogen und diese studiert, wäre es ihr ins Auge gestochen, dass die I. Zivilkammer die Glaubhaftigkeit der entsprechenden Ausführungen der Geschädigten klar in Frage stelle. Aus den im Strafverfahren eingereichten Aktenstücken sei somit für die Vorinstanz bereits ersichtlich gewesen, dass die Eheschutzakten untrennbar mit dem Strafverfahren verbunden gewesen seien. Die Vorinstanz hätte daher den Eheschutzakten mehr Beachtung schenken müssen. Sie hätte die zitierten Ausführungen der I. Zivilkammer nicht einfach übergehen dürfen (KG act. 1 S. 7, 9, 10-11).

Die Verteidigerin des Beschwerdeführers gab der Vorinstanz dadurch, dass sie die Erwägungen der I. Zivilkammer zitierte (OG act. 60 S. 4), einen deutlichen Hinweis darauf, dass es auch im Eheschutzverfahren um Drohungen seitens des Beschwerdeführers ging. Die Vorinstanz hätte aus dem bei den Strafakten liegenden Entscheid der I. Zivilkammer (OG act. 61/3) ersehen können, dass dort von mehreren, nicht näher spezifizierten Drohungen die Rede war. Es ist daher nicht auszuschliessen, dass sich in den Eheschutzakten auch Hinweise bzw. Beweismittel zu den vorliegend in Frage stehenden Nötigungs- und Belästigungs-

handlungen finden könnten. Diese könnten allenfalls einen Einfluss auf die Würdigung der von der Geschädigten im Strafverfahren deponierten Aussagen haben (welche die Vorinstanz als glaubhaft einstufte, vgl. KG act. 2 S. 13-14). Damit wies die Verteidigerin des Beschwerdeführers entgegen der Ansicht der Vorinstanz in ihrem Plädoyer immerhin nach, dass ein konkreter, enger Konnex zwischen den im Strafverfahren umstrittenen Nötigungs- und Belästigungshandlungen und den im Eheschutzverfahren geltend gemachten Drohungen bestehen könnte. Ähnlich wie bei der Anordnung einer Hausdurchsuchung kann auch bei einem Antrag auf Beizug von Akten nicht von vornherein mit Sicherheit gesagt werden, was sich darin finden werde. Der Hinweis der Verteidigerin war damit genügend substantiiert. Indem die Vorinstanz diesen nicht beachtete, verletzte sie somit das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers.

5. Nach dem Gesagten verletzte die Vorinstanz das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers zumindest in einem Punkt, indem sie die entsprechenden, konkreten Hinweise auf das Eheschutzverfahren nicht beachtete. Schon aus diesem Grund ist die Beschwerde gutzuheissen, und die Sache ist zur weiteren Veranlassung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es erübrigt sich damit, zu prüfen, ob die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Antrag auf Beizug der Eheschutzakten noch weitere Vorbringen missachtete. Ebenso erübrigt es sich, auf die zusätzlich erhobenen Willkürklagen (KG act. 1 S. 12 ff.) einzugehen.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass sich aus der Beschwerdeschrift weitere Zusammenhänge zum Eheschutzverfahren ergeben. So macht der Beschwerdeführer beispielsweise geltend, er selber habe das Eheschutzverfahren initiiert, so dass es unlogisch sei, dass er die Geschädigte zur Rückkehr genötigt haben solle (KG act. 1 S. 16-17). Sodann gehe aus den Eheschutzakten hervor, dass es Probleme mit dem Besuchsrecht gegeben habe und er noch Kleider bei der Geschädigten gehabt habe. Dies sei der Grund für seine vielen Anrufe gewesen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz habe er diesbezüglich nicht die Hilfe seiner Rechtsvertreterin in Anspruch nehmen können; aus den Eheschutzakten wäre nämlich hervorgegangen, dass sich das Mandat seiner

Rechtsvertreterin nur auf das Eheschutzverfahren an sich bezogen habe (KG act. 1 S. 17-19).

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung und der Verbeiständung der Geschädigten, auf die Gerichtskasse zu nehmen (§§ 396a, 10 Abs. 4 StPO; KG act. 14/3).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2003 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung und der Verbeiständung der Geschädigten, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts und den Einzelrichter am Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: