

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110316-O/U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. F. Bollinger, Vorsitzender, lic. iur. R. Naef und
Oberrichterin lic. iur. L. Chitvanni sowie die juristische Sekretärin
lic. iur. C. Semadeni

Urteil vom 18. Oktober 2011

in Sachen

A. _____

Angeklagter und Appellant

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl,

vertreten durch Stv. Leitenden Staatsanwalt lic. iur. H. Bébié,

Stauffacherstr. 55, Postfach, 8026 Zürich,

Anklägerin und Appellatin

betreffend

sexuelle Nötigung etc. und Widerruf

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom
8. Oktober 2010 (DG100310)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 14. Juni 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 19).

Entscheid der Vorinstanz:

(Urk. 66)

"Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte A._____ ist schuldig
 - der sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB,
 - des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.
2. Der Angeklagte wird freigesprochen vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG.
3. Die mit Strafverfügung des Bezirksamtes Kreuzlingen vom 16. Juni 2009 ausgefallte, bedingte Strafe von 90 Tagessätzen wird widerrufen.
4. Der Angeklagte wird unter Einbezug der widerrufenen Strafe bestraft mit 27 Monaten Freiheitsstrafe als **Gesamtstrafe**, wovon 260 Tage durch Haft sowie vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute bereits erstanden sind.
5. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 15 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
6. Der Angeklagte wird verpflichtet, der Geschädigten B._____ Fr. 4'000.– inkl. Zins als Genugtuung zu bezahlen.
Der Angeklagte wird zudem verpflichtet, der Geschädigten B._____ eine Umtriebsentschädigung von Fr. 200.– zu bezahlen.

7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4'000.–	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.		Kosten der Kantonspolizei
Fr.	96.–	Kanzleikosten Untersuchung
Fr.	9'282.45	Auslagen Untersuchung
Fr.		amtliche Verteidigung
Fr.	11'005.95	unentgeltliche Geschädigtenvertretung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung, werden dem Angeklagten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung jedoch sofort und definitiv abgeschrieben.

9. (Mitteilung)

10. (Rechtsmittel)

Sodann beschliesst das Gericht:

1. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 14. Juni 2010 beschlagnahmten und bei der Kasse des Bezirksgerichts Zürich lagernden diversen Gegenstände (Sachkaution Nr.) werden nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides auf erstes Verlangen wie folgt herausgegeben:

An die Geschädigte B._____:

- 1 Damenjacke, Asservatennr.
- 1 Trainerhose, Asservatennr.
- 1 Trainerjacke mit Kapuze, Asservatennr.
- 1 T-Shirt, Asservatennr.
- 1 Büstenhalter, Asservatennr.
- 1 Damenunterwäsche, Slip, Asservatennr.

An den Angeklagten:

- 1 Herrenjacke, Asservatennr.
- 1 Herrenjacke, Asservatennr.
- 1 Pullover, Asservatennr.
- 1 Handschuh, Asservatennr.
- 1 Handschuh, Asservatennr.

2. (Mitteilung)

3. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 7)

a) der Verteidigung des Angeklagten:

(schriftlich, Urk. 78 S. 2)

1. Der Angeklagte A._____ sei im Sinne der Ziff. 1 des erstinstanzlichen Urteils schuldig zu sprechen und die mit Strafverfügung des Bezirksamtes Kreuzlingen vom 16. Juni 2009 ausgefallte, bedingte Strafe von 90 Tagessätzen zu widerrufen (Ziff. 3).

2. Er sei mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten als Gesamtstrafe zu bestrafen. Der Vollzug sei im Rahmen von 9 Monaten auszusprechen und im Übrigen bedingt aufzuschieben.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse.

b) der Anklagebehörde:

(schriftlich, Urk. 63)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

c) der Geschädigtenvertretung:

(schriftlich, Urk. 85)

"Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom 8. Oktober 2010 zu bestätigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Angeklagten."

Das Gericht erwägt:

I. Prozessuales

1. Anwendbares Rechts

Per 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) in Kraft getreten. Gemäss Art. 453 Abs. 1 StPO werden Rechtsmittel gegen Entschiede, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes gefällt worden sind, nach bisherigem Recht und von den bisher zuständigen Behörden beurteilt. Demnach sind vorliegend als Prozessrecht die Zürcher Strafprozessordnung (StPO/ZH; LS 321) sowie das Zürcher Gerichtsverfassungsgesetz (GVG/ZH; LS 211.1) anwendbar.

2. Verfahrensgang

2.1 Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom 8. Oktober 2010 wurde der Angeklagte der sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB sowie des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB schuldig gesprochen. Vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG wurde er freigesprochen. Die Vorinstanz widerrief in ihrem Urteil vom 8. Oktober 2010 eine früher bedingt ausgefallte Geldstrafe von 90 Tagessätzen und bestrafte den Angeklagten unter Einbezug dieses Widerrufs mit einer Freiheitsstrafe von 27 Monaten als Gesamtstrafe. Sie schob den Vollzug im Umfang von 15 Monaten auf und ordnete den Vollzug von 12 Monaten Freiheitsstrafe an. Weiter wurde über Zivilforderungen der Geschädigten und die Herausgabe beschlagnahmter Gegenstände entschieden.

2.2 Gegen diesen Entscheid liess der Angeklagte durch seinen amtlichen Verteidiger fristgerecht Berufung erheben (Urk. 40). Ebenfalls innert Frist gingen die Beanstandungen ein (Urk. 59). Der Verteidigung wurde sodann gestützt auf § 419 Abs. 3 StPO/ZH Gelegenheit gegeben, ihre Berufungsbeanstandung zu ergänzen (Urk. 69). Sowohl die Anklagebehörde als auch die Geschädigtenver-

treterin verzichteten auf eine Anschlussberufung und liessen mit Eingaben vom 30. März 2011 resp. vom 25. August 2011 die vollumfängliche Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides beantragen (Urk. 63; Urk. 85). Beweisanträge wurden keine gestellt (Urk. 69; Urk. 72, Urk. 74, Urk. 78, Urk. 82; Urk. 85).

2.3 Nachdem sich sämtliche Parteien mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden erklärten (Urk. 69; Urk. 71; Urk. 72; Urk. 74), wurde diese in Anwendung von § 420 und § 421 Ziff. 3 StPO/ZH mit Beschluss der erkennenden Kammer vom 15. Juni 2011 angeordnet (Urk. 76). Die Berufungsbegründung der amtlichen Verteidigung, die Berufungsantwort resp. deren Verzicht seitens der Anklagebehörde sowie die Berufungsantwort der Geschädigtenvertreterin gingen innert Frist ein (Urk. 76, Urk. 78 und Urk. 85).

3. Rechtskraft

3.1 In der Beanstandungsschrift der Verteidigung vom 4. März 2010 (Urk. 59) wird die Bestätigung des Schuldpunktes und des Widerrufs von 90 Tagessätzen Geldstrafe beantragt. Die Verteidigung beantragt indes eine Reduzierung der ausgesprochenen Strafe. In der Folge wurden in der Beanstandungsschrift eingehende Ausführungen zum Sachverhalt gemacht und dieser teilweise bestritten (Urk. 59 S. 3 - 6). Da aufgrund der genannten Ausführungen nicht mehr klar war, ob die Berufung im Sinne von § 414 Abs. 3 StPO/ZH beschränkt wurde, wurde der Verteidigung mit Präsidialverfügung der hiesigen Kammer vom 26. Mai 2011 Gelegenheit gegeben, sich eindeutig zu erklären (Urk. 69 S. 2 f. Ziff. 4). Mit Eingabe vom 9. Juni 2011 hielt die Verteidigung namens des Angeklagten ausdrücklich fest, dass sich die Berufung auf die Strafzumessung beschränke (Urk. 74 S. 2 N 2).

3.2 Die Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft des erstinstanzlichen Strafurteils nur im Rahmen der vorgebrachten Beanstandungen, womit - e contrario - die unangefochten bleibenden Teile der erstinstanzlichen Verteilung nach Ablauf der 20-tägigen Frist von § 414 Abs. 4 StPO/ZH formell in Rechtskraft erwachsen. Berufungsgegenstand sind somit einzig das Strafmass

betreffend Dispositivziffer 4. und 5. des vorinstanzlichen Urteils. Im Berufungsverfahren nicht angefochten sind demnach

- der vorinstanzliche Schuldspruch gemäss Dispositivziffer 1
- der Freispruch gemäss Dispositivziffer 2
- der Widerruf der Strafverfügung des Bezirksamtes Kreuzlingen gemäss Dispositivziffer 3
- Dispositivziffer 6 hinsichtlich der Zivilansprüche sowie
- die Kostenregelung gemäss Dispositivziffer 7 und 8

Vom Eintritt der Rechtskraft der Anordnungen ist Vormerk zu nehmen (§ 413 StPO/ZH). Dies hat zur Folge, dass die von der Verteidigung angebrachten Einwände (Urk. 74 S. 2 f.) hinsichtlich des von der Vorinstanz als erwiesen erachteten Anklagesachverhalts nicht zu hören sind.

3.3 Mit Schreiben vom 25. August 2011 ersuchte die Geschädigtenvertreterin namens ihrer Klientin um Erlaubnis, die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 14. Juni 2010 beschlagnahmten und bei der Kasse des Bezirksgerichts Zürich lagernden, diversen persönlichen Gegenstände ohne weitere Verzögerungen abholen zu dürfen (Urk. 86). Da sich die Berufung einzig auf die Strafzumessung beschränkt, wurde vom Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses zum vorinstanzlichen Urteil betreffend Herausgabe der beschlagnahmten Gegenstände mit Beschluss vom 9. September 2011 der hiesigen Kammer vorab Vormerk genommen. Somit konnte dem Begehren der Geschädigtenvertreterin auf Herausgabe der beschlagnahmten Gegenstände Folge geleistet werden (Urk. 90).

II. Widerruf / Gesamtstrafe

1. Der Widerruf der mit Strafverfügung des Bezirksamtes Kreuzlingen vom 16. Juni 2009 ausgefallten bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen ist in

Rechtskraft erwachsen (vgl. vorstehend Ziff. 3.2). Die ausgefallte Geldstrafe von 90 Tagessätzen à Fr. 30.– ist deshalb zu vollziehen.

2. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 46 StGB diese Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe abgeändert und zusammen mit den neu zu beurteilenden Delikten eine Gesamtstrafe gebildet (vgl. Urk. 66 S. 12 f.). Diese Bestimmung ist in mehrfacher Hinsicht eigenartig, weshalb ihr die Lehre und das Bundesgericht mit einiger Skepsis begegnen (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 18.A., Zürich 2010, N 7 unter Hinweis auf BGE 134 IV 244). Ob und in welcher Form eine Gesamtstrafenbildung unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips vorzunehmen ist, wenn verschiedene Strafarten aufeinander treffen, hat das Bundesgericht offen gelassen (a.a.O.). Bei der Änderung der Straftat ist Zurückhaltung zu empfehlen, sie sollte Ausnahme bleiben. So sind kaum Gründe ersichtlich, weshalb nach Widerruf des bedingten Vollzugs einer Geldstrafe nicht diese neben der neuen Freiheitsstrafe vollstreckt werden sollte (Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, N 6 zu Art. 46 StGB). Die Umwandlung einer zunächst bedingt ausgesprochenen Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe, welche eine schwerere Art von Strafe darstellt, ist rechtsstaatlich bedenklich (Stratenwerth/Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, N 3 zu Art. 46 StGB und Schneider/Garré in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 30 zu Art. 46 StGB). In Berücksichtigung dieser nicht von der Hand zu weisenden rechtsstaatlichen Bedenken ist vorliegend auf die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 46 StGB zu verzichten.

3. Bleibt es mithin bei der widerrufenen Strafe bei einer Geldstrafe, so ist heute auch keine teilweise Zusatzstrafe zu dieser Vorstrafe, sondern eine eigenständige Freiheitsstrafe auszufällen (Urteil des Bundesgerichtes 6B_460/2010 vom 4. Februar 2011, E. 4.3.1.).

III. Sanktion

1.1 Die Berufung beschränkt sich vorliegend auf die Strafzumessung (vgl. vorstehend Ziff. I. 3.2). In der Ergänzung zur Berufungsbeanstandung führte die Verteidigung jedoch an, die unsichere Beweislage sei im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen: So habe der Angeklagte jeweils entschieden verneint, mit seinem Finger in die Scheide der Geschädigten eingedrungen zu sein (Urk. 74 S. 2 f. N 4). In der Berufungsbegründung wird sodann unter dem Titel Strafzumessung angefügt, der Verdacht der Penetration mit dem Finger habe sich im Rahmen der Strafuntersuchung nicht erhärten lassen. Da der Grundsatz, wonach im Zweifelsfall zugunsten des Angeklagten zu entscheiden sei, auch im Rahmen der Strafzumessung zum Tragen komme, sei folglich von einem Übergriff milderer Grades auszugehen (Urk. 78 S. 4 N 10). Dem von der Verteidigung angefügten Entscheid (ZR 104 [2005] Nr. 77 II.2.kk]) ist Folgendes zu entnehmen:

(...) Der Grundsatz <in dubio pro reo> betrifft sowohl die Verteilung der Beweislast als auch die Würdigung der Beweise (...). Er beinhaltet sowohl eine Beweiswürdigungsregel als auch eine Beweislastregel. Während die Frage der Anwendbarkeit auf den Bereich der Strafzumessung als Beweiswürdigungsregel wohl von bloss theoretischem Interesse ist - ohne Zweifel darf eine Beweiswürdigungsregel (unabhängig vom Grundsatz < in dubio pro reo>) auch im Bereich der Strafzumessung nicht willkürlich sein -, ist sie als Beweislastregel durchaus von praktischer Bedeutung (...). Sie bedeutet, dass es auch im Bereich der Strafzumessung Aufgabe des Staates ist, dem Beschuldigten ihn belastende Tatsachen nachzuweisen (...), und dem Beschuldigten keine nicht bewiesenen Umstände zur Last gelegt werden dürfen (...).

Die Verteidigung verkennt, dass der dem Angeklagten vorgehaltene Sachverhalt nach detaillierter Beweisführung durch die Vorinstanz als erwiesen erachtet wurde (Urk. 66 S. 3-10, Ziff. I. 1.). Der Schuldpunkt - mithin Sachverhalt und dessen rechtliche Würdigung - ist jedoch bereits in Rechtskraft erwachsen (vgl. vorstehend Ziff. I. 3.2); im Rahmen der Strafzumessung können bereits bewiesene

und in Rechtskraft erwachsene Umstände nicht in Wiedererwägung gezogen werden.

1.2 Die Vorinstanz ging sowohl bei der sexuellen Nötigung als auch beim Hausfriedensbruch von einem nicht mehr leichten Verschulden aus. Sie unterliess es indes, nach Beurteilung der objektiven Tatschwere eine Einsatzstrafe für das schwerste Delikt - vorliegend die sexuelle Nötigung - festzulegen. Da die vorinstanzliche Strafzumessung somit nicht in abschätzbare Teilschritte unterteilt ist, ist dies in Nachachtung der aktuellen Rechtsprechung nachzuholen (vgl. nachstehend Ziff. 2.3).

2.1 Nach Art. 50 StGB hat der Richter die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten. Der Richter hat seine Überlegungen in den Grundzügen wiederzugeben, so dass die Strafzumessung nachvollziehbar ist. Er ist jedoch nicht gehalten, in Prozentangaben oder Zahlen anzugeben, in welchem Umfang er die einzelnen Strafzumessungskriterien gewichtet (Urteil des Bundesgerichts 6B_390/2009 vom 14.1.2010, Erw. 2.3.; BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19 f.; 129 IV 6 E. 6.1 S. 20 f.; 127 IV 101 E. 2c S. 105, je mit Hinweisen; vgl. für den qualifizierten Strafraum bei der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz Urteil 6S.463/2004 vom 13. Mai 2005 E. 3 mit Hinweisen).

2.2 Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat, das heisst derjenigen Tat, die mit der schwersten Strafe bedroht ist, und erhöht sie angemessen (Asperationsprinzip). Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). In diesem Zusammenhang ist aber festzuhalten, dass Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe in aller Regel obligatorisch bei der Strafzumessung innerhalb des ordentlichen Strafraums zu berücksichtigen sind (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 18.A., Zürich 2010 N 6 zu Art. 49 StGB unter Hinweis auf N 4 zu Art. 48a StGB; BGE 116 IV 302, 121 IV 55), wobei das Gewicht je nach dem Ausmass des

privilegierenden oder qualifizierenden Umstandes sehr unterschiedlich sein kann. In Korrektur zum vorinstanzlichen Entscheid (Urk. 66. S. 14. Ziff. 1.3.) ist festzuhalten, dass der ordentliche Rahmen nur zu verlassen ist, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart beziehungsweise zu milde erscheint (Urteil des Bundesgerichtes 6B_238/2009 vom 8. März 2010, E. 5.8.). Die tat- und täterangemessene Strafe ist deshalb grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der schwersten anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen.

2.3 Bei der Bildung der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB ist nach aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter Einbezug aller straf erhöhenden und strafmindernden Umstände gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen. In einem zweiten Schritt hat das Gericht diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei es ebenfalls den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen hat. Dabei sind namentlich das Verhältnis der einzelnen Taten untereinander, ihr Zusammenhang, ihre grössere oder geringere Selbständigkeit sowie die Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und Begehungsweisen zu berücksichtigen. Der Gesamtschuldbeitrag des einzelnen Delikts wird dabei geringer zu veranschlagen sein, wenn die Delikte zeitlich, sachlich und situativ in einem engen Zusammenhang stehen (Urteile des Bundesgerichtes 6B_323/2010 vom 23. Juni 2010; 6B_579/2008 vom 27.12.2008 E. 4.2.2, 6B_297/2009 vom 14. August 2009 E. 3.3.1 und 6B_865/2009 vom 25.3.2010 E. 1.2.2, mit Hinweis auf Jürg-Beat Ackermann, Basler Kommentar Strafrecht I, 2. Aufl. 2007, Art. 49 N 46 f.; vgl. auch BGE 127 IV 101 E. 2b; 116 IV 300 E. 2b/aa zu Art. 68 Ziff. 1 aStGB). Die Strafzumessung muss dabei nachvollziehbar und in abschätzbaren Teilschritten dargelegt sein (Urteil des Bundesgerichtes 6S.378/2002 vom 11. Februar 2003 E. 3.2).

2.4 Innerhalb des massgebenden Strafrahmens ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters zu

berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

3.1 Strafraumen

3.1.1 Vorliegend ist von der sexuellen Nötigung als schwerstes dem Angeklagten zu Last gelegten Delikts auszugehen. Auf sexuelle Nötigung stehen Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe von 1 bis 360 Tagessätzen. Im Unterschied zum Vergewaltigungstatbestand von Art. 190 StGB ist keine Mindestfreiheitsstrafe (von dort einem Jahr) angedroht. Das Fehlen einer Mindeststrafe ist dadurch gerechtfertigt, dass es bei der sexuellen Nötigung, anders als bei der Vergewaltigung, um ein breites Spektrum von sexuellen Handlungen gehen kann d.h. nebst solchen, die mit einer Vergewaltigung vergleichbar sind (vgl. hierzu BGE 132 IV 120 E. 2.5), auch um solche, die eher geringfügiger Art sein können.

3.1.2 Als Strafmilderungsgrund ist hier eine reduzierte Schuldfähigkeit zu prüfen, da beim Angeklagten anlässlich seiner Verhaftung mittels einer Atemalkoholprobe eine Blutalkoholkonzentration von 0,91 Promille festgestellt wurde und er von den Polizeibeamten als nicht einvernahmefähig beurteilt wurde (Urk. 1 S. 9). Dieser Umstand ist bei der nachfolgenden Strafzumessung verschuldensmindernd zu berücksichtigen (vgl. nachstehend Ziff. 3.2.2). Zu Recht wurde das Vorliegen weiterer Strafmilderungsgründe im Sinne von Art. 48 StGB verneint, was zudem auch nicht beanstandet wurde (Urk. 66 S. 14 Ziff. 1.2.)

3.2 Objektive und subjektive Tatkomponenten der sexuellen Nötigung

3.2.1 Im vorliegenden Fall handelt es sich bei den sexuellen Handlungen um einen Zungenkuss, die Berührung von Brust (über deren Kleider) und Scheide des Opfers sowie um das kurzfristige, jedoch schmerzhaftes Einführen von einem

Finger in die Vagina. Insbesondere mit letzter Handlung verletzte der Angeklagte das Recht der Geschädigten auf sexuelle Selbstbestimmung massiv.

Der Angeklagte legte eine nicht geringe Hartnäckigkeit an den Tag und setzte sich wiederholt gegen den klar geäusserten Willen der Geschädigten hinweg. So forderte ihn die Geschädigte sogleich zu Beginn auf, die Damentoilette zu verlassen. Dem leistete der Angeklagte keine Folge, drückte sie in die Toilettenkabine hinein und brachte die Geschädigte durch das Abschliessen der Tür in zusätzliche Bedrängnis (Urk. 5/1 S. 2 Frage 5). Dies zeugt von einer nicht unerheblichen kriminellen Energie. Wie die Vorinstanz jedoch zu Recht festhielt, wurde der Angeklagte gegenüber der Geschädigten nicht übermässig gewalttätig (Urk. 66 S. 16 Ziff. 3.2.). Sein Verhalten zeugte nicht von besonderer Brutalität, er machte sich ausschliesslich seine körperliche Überlegenheit zu Nutze (Drücken, Stossen, Festhalten), um die inkriminierten Handlungen vorzunehmen. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Angeklagte die klar manifestierte Abneigung der Geschädigten zwar vorerst ignorierte, dann aber nach weiterem Insistieren (verbaler und physischer Natur) ihrerseits aus eigenem Antrieb von ihr abliess (Urk. 66 S. 16 Ziff. 3.2.). Es handelte sich um einen einmaligen Übergriff von relativ kurzer Dauer.

Die Verteidigung macht geltend, es sei zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigen, dass es nie zu einem Vorfall gekommen wäre, wenn die Geschädigte den Angeklagten nicht angefragt hätte, ob er sie auf die Toilette begleiten würde; der Angeklagte habe diese Anfrage als Signal ihrer körperlichen Zuneigung missgedeutet (Urk. 78 N 13 S. 4). Die Vorinstanz führte hierzu unter dem Titel 'subjektive Tatschwere' aus, die Geschädigte habe in der Untersuchung erwähnt, sie und der Angeklagte hätten sich an den Händen gehalten und sich umarmt, sie habe sich dabei jedoch nichts gedacht. So würden sprachliche Schwierigkeiten und ein Missverständnis zwischen der Geschädigten und dem Angeklagten das Verschulden relativieren (Urk. 66 Ziff. 3.2. S. 17). Das Opferverhalten wird mangels einer speziellen Nennung im Gesetz den objektiven Tatmodalitäten zugerechnet. So ist es grundsätzlich möglich, dass die Rolle des Opfers im Tatgeschehen geeignet ist, die Schuld des Täters entscheidend zu beeinflussen (Wiprächtiger in:

BSK Strafrecht I - Wiprächtiger, N 83 zu Art. 47). Dass die Geschädigte, welche zum Tatzeitpunkt gerade mal 18 Jahre alt war, eine gewisse Sorglosigkeit an den Tag legte, ist nicht von der Hand zu weisen. Dies kann sich aber bei der vorliegenden sexuellen Nötigung entgegen der Vorinstanz nicht verschuldensmindernd auswirken. Der Angeklagte durfte das Verhalten der Geschädigten wohl missdeuten, jedoch nur bis zu dem Zeitpunkt, als sie ihm klar und deutlich ihren Willen gegen sein Vorhaben bedeutete. Auch einer sorglosen Geschädigten kommt ein umfassender Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu.

Weiter hielt die Vorinstanz fest, dass der Angeklagte das in ihn gesetzte Vertrauen der Geschädigten ausnützte, was hinsichtlich der objektiven Tatschwere ins Gewicht falle (Urk. 66 S. 16 Ziff. 3.2.). Entgegen diesen Ausführungen kann vorliegend nicht von einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen dem Angeklagten und der Geschädigten ausgegangen werden. Der Angeklagte und die Geschädigte haben sich nur kurz vor der Tat kennengelernt; ein für die Verschuldensbemessung relevantes besonderes Vertrauensverhältnis lag zu diesem Zeitpunkt nicht vor (vgl. hierzu Wiprächtiger in: BSK, a.a.O., N84 zu Art. 47).

Ausgenützt hat der Angeklagte - wie die Vorinstanz korrekt festhielt (Urk. 66 S. 16 Ziff. 3.2.) - deren alkoholisierten Zustand. Im Zeitpunkt der Tat befanden sich zwischen 1.71 Gewichtspromille (Minimalwert) und 2.48 Gewichtspromille (Maximalwert) im Körper der Geschädigten, wobei ein Abzug für den geltend gemachten Nachtrunk der Geschädigten berücksichtigt werden muss (Urk. 9/6). Feststeht jedoch, dass die Geschädigte eine relativ grosse Menge Alkohol zu sich genommen hat (vgl. hierzu Urk. 5/1 S. 5 Frage 21 sowie Urk. 5/2 S. 3f.). Dass sie Alkohol getrunken hat, war dem Angeklagten denn auch bewusst (Urk. 4/4 S. 2 f.). Dies ist verschuldenserhöhend zu berücksichtigen.

Ohne die Wirkung auf die Geschädigte zu bagatellisieren, sind diese Vorgänge von der objektiven Tatschwere her im Vergleich zu allen denkbaren Handlungen, die unter den Tatbestand der sexuellen Nötigung fallen würden (das reicht bis zu beischlafsähnlichen Handlungen wie beispielsweise erzwungener Oralsex), im unteren Bereich anzusiedeln.

3.2.2 Wie die Vorinstanz korrekt ausführte, handelte der Angeklagte gegen den klar manifestierten Willen der Geschädigten, mithin vorsätzlich und aus rein egoistischen Motiven (Urk. 66 S. 16 Ziff. 3.2.; § 161 GVG/ZH). Dies wirkt sich verschuldenserhöhend aus. Man kann dem Angeklagten zugute halten, dass er die Tat nicht von langer Hand geplant hat, sondern eine für ihn günstige Gelegenheit ausnützte.

Die Vorinstanz ist von einer leichten Verminderung der Schuldfähigkeit ausgegangen, wobei aus dem vorinstanzlichen Entscheid nicht klar hervorgeht, ob diese Tatsache sowohl unter dem Titel des Strafmilderungsgrundes als auch verschuldensmindernd berücksichtigt worden ist (vgl. hierzu Urk. 66 S. 14 Ziff. 1.2. und S. 17 Ziff. 3.2.). Wie vorstehend erwähnt, wäre dieser Umstand verschuldensmindernd zu berücksichtigen (vgl. vorstehend Ziff. III. 3.1.3).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes fällt bei einer Blutalkoholkonzentration von über 2 Gewichtspromillen eine Verminderung der Schuldfähigkeit in Betracht (Art. 19 StGB, vgl. dazu BGE 122 IV 49 E. 1b unter Hinweis auf BGE 119 IV 292 E. 2d). Der Blutalkoholkonzentration kommt bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit allerdings nicht alleinige Bedeutung zu. Sie ist bloss eine grobe Orientierungshilfe (BGE 122 IV 49 E. 1b unter Hinweis auf BGE 119 IV 120 E. 2b). Stets sind Gewöhnung, Persönlichkeit und Tatsituation in die Beurteilung einzubeziehen (Entscheide des Bundesgerichtes 6B_725/2009 vom 26. November 2009 E. 2.2 und 6S.119/2004 vom 5. Juli 2004 E. 2.4). Gemäss Polizeirapport wurde beim Angeklagten anlässlich der Festnahme eine Blutalkoholkonzentration von lediglich 0,91 Promille festgestellt. Von einer verminderten Schuldfähigkeit kann somit nicht ohne Weiteres ausgegangen werden.

Es haben jedoch konkrete Feststellungen über die Alkoholisierung oder Nüchternheit prinzipiell Vorrang gegenüber Blutalkoholwerten. Ausschlaggebend für die Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit ist der psycho-pathologische Zustand (der Rausch) und nicht dessen Ursache, die Alkoholisierung, welche sich in der Blutalkoholkonzentration widerspiegelt (vgl. hierzu den Entscheid des Bundesgerichtes 6B_725/2009 vom 26. November 2009 E. 2.2 samt Hinweisen). Im vorliegenden Fall machte der Angeklagte auf die Polizeibeamten einen stark

alkoholisierten Eindruck - was sinngemäss von der Geschädigten (Urk. 5/1 S. 6; Urk. 5/2 S. 19), C._____ (Urk. 6/2 S. 3) und D._____ (Urk. 6/6 S. 4) bestätigt wurde -, weshalb er als nicht einvernahmefähig beurteilt und dem Polizeikommando zu Ausnüchterung zugeführt wurde (Urk. 1 S. 9). Gestützt auf diese polizeilichen Feststellungen ist trotz der eher niedrigen Gewichtspromille zu Gunsten des Angeklagten von einer leichten Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit bzw. Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 StGB auszugehen, was sich leicht verschuldensmindernd auswirkt.

3.2.3 Die subjektiven Tatkomponenten vermögen das objektive Tatverschulden nur leicht zu relativieren. Stünde allein die vom Angeklagten begangene sexuelle Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB zur Beurteilung, wäre von der Tatkomponente her eine hypothetische Einsatzstrafe von etwa 16 Monaten angemessen.

3.3 Straferhöhung aufgrund der Tatmehrheit

Die Einsatzstrafe ist unter Berücksichtigung des Asperationsprinzipes wegen des Hausfriedensbruchs angemessen zu erhöhen. Bezüglich der verschuldensmässigen Einordnung dieser Delikte kann abschliessend auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 66 S. 16 Ziff. 3.2., Abs. 1). Diesbezüglich gilt es zu berücksichtigen, dass der Gesamtschuldbeitrag dieser Tat gering ist, zumal es in engem Konnex zum Hauptdelikt steht.

3.4 Täterkomponente

Zum Vorleben kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Richtig wurde festgehalten, dass sich darin keine strafzumessungsrelevanten Faktoren erblicken lassen (Urk. 66 S. 15 Ziff. 2.2.; § 161 GVG/ZH). Weiter wurde korrekt festgehalten, dass sich die Vorstrafen und die Tatsache, dass der Angeklagte während laufender Probezeit delinquierte, strafferhöhend auswirken. Die Zugeständnisse hinsichtlich der sexuellen Nötigung und das Geständnis in Bezug auf den Hausfriedensbruch sind wie im vorin-

stanzlichen Entscheid erwähnt lediglich leicht strafmindernd zu beurteilen (Urk. 66 S. 17 Ziff. 4.; § 161 GVG/ZH). Aufrichtige Reue und Einsicht kann der Angeklagte indes nicht für sich reklamieren. Die vorinstanzlichen Ausführungen zu den Täterkomponenten fanden in den Beanstandungen der Verteidigung denn auch keine Erwähnung (Urk. 78). Insgesamt ist festzuhalten, dass die straf erhöhenden Faktoren die strafmindernden überwiegen.

3.5 Gesamtwürdigung

Die vorinstanzliche Freiheitsstrafe von 27 Monaten als Gesamtstrafe (unter Einbezug der widerrufenen Geldstrafe von 90 Tagessätzen) erscheint als zu hoch und nicht falladäquat. Die nach Einschätzung der Tatkomponente festgesetzte Einsatzstrafe ist aufgrund der Tatmehrheit und der Täterkomponente leicht zu erhöhen. Der Tat und dem Verschulden des Angeklagten angemessen erscheint somit eine - selbstständige - Freiheitsstrafe von 18 Monaten. Die Geldstrafe von 90 Tagessätzen à Fr. 30.– ist zu vollziehen.

3.6 Anrechnung gemäss Art. 51 StGB

Der Angeklagte befand sich vom 23. Januar 2010 bis zum 20. Januar 2011 in Haft sowie vorzeitigem Strafvollzug (Urk. 16/1; Urk. 54; Urk. 55). Der Anrechnung der durch Haft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstandenen 362 Tagen an die Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). Die Anrechnung hat zunächst an die Freiheitsstrafe zu erfolgen (vgl. Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, Zürich 2010, 18. A., N 6 zu Art. 51 mit Verweis auf BGE 135 IV 126, E. 1.3.6-1.3.9).

4. Vollzug

4.1 Die heute auszusprechende Freiheitsstrafe von 18 Monaten fällt in den sich überschneidenden Anwendungsbereich von Art. 42 und Art. 43 StGB. Der Strafaufschub nach Art. 42 StGB ist die Regel, die grundsätzlich vorgeht; der teilbedingte Vollzug bildet die Ausnahme. Sie ist nur zu bejahen, wenn der Aufschub wenigstens eines Teils der Strafe aus spezialpräventiver Sicht erfordert, dass der andere Strafteil unbedingt ausgesprochen wird (vgl. Donatsch/

Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O., N 3 zu Art. 43 mit Verweis u.a. auf BGE 134 IV 14f.).

Der Angeklagte hat sich innerhalb kürzester Zeit - nämlich innert knapp sieben Monaten - vier Vorstrafen eingehandelt (Urk. 67). Zwar sind diese nicht einschlägig, doch ist - wie die Vorinstanz korrekt feststellte - zu bemerken, dass der Angeklagte mit steigender Tendenz kriminelles Verhalten an den Tag legte (Urk. 66 S. 18 Ziff. 2.3.). Weder die bedingt und unbedingt ausgesprochenen Geldstrafen noch die unbedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe vermochten ihn dazu bewegen, sich künftig wohl zu verhalten. Auch die Delinquenz während laufender Probezeit zeigt, wie wenig er sich von den bisherigen Verfahren und ausgefallten Strafen beeindrucken liess. Es bestehen somit ganz erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Täters. Da es sich jedoch nicht um einschlägige Vorstrafen handelt und der Angeklagte in den gegen ihn geführten Untersuchungen nie mehr als zwei Tage in Haft verbracht hat, kann aber noch nicht von einer eigentlichen Schlechtprognose ausgegangen werden. Es ist somit davon auszugehen, dass die Warnwirkung des Teilaufschubes angesichts des gleichzeitig angeordneten Teilvervollzuges für die Zukunft eine weitaus bessere Prognose erlaubt.

4.2 Auf die theoretischen Ausführungen zur Bemessung des aufgeschobenen bzw. zu vollziehenden Strafteils kann vollumfänglich auf den vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden (Urk. 66 S. 19 Ziff. 2.4.; § 161 GVG/ZH).

Aufgrund der nicht geringen Vorwerfbarkeit der Tat einerseits und der ungewissen Legalprognose des Angeklagten andererseits rechtfertigt es sich, den unbedingt vollziehbaren Teil der Strafe auf das Maximalmass - mithin neun Monate - festzulegen.

IV. Kostenfolgen

1. Die Kosten für das Berufungsverfahren sind auf Fr. 2'000.- zu veranschlagen.

2.1 Im Berufungsverfahren erfolgt die Auflage der Kosten und die Zusprechung einer Entschädigung in der Regel im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Verfahrensbeteiligten (§ 396a StPO/ZH).

2.2 Im Berufungsverfahren obsiegt der Angeklagte dahin gehend, dass die Freiheitsstrafe reduziert wird. Er unterliegt hingegen hinsichtlich der beantragten Höhe. Es rechtfertigt sich deshalb, die Kosten des Berufungsverfahrens, exklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, zu einem Viertel dem Angeklagten aufzuerlegen. Die restlichen drei Viertel und die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2.3 Grundsätzlich unterliegt die Geschädigte mit der beantragten Höhe der auszufällenden Strafe, zumal ihr Antrag auf Bestätigung des vorinstanzlichen Strafmasses lautet (Urk. 85). Es erscheint jedoch nicht opportun, ihr im Sinne von § 396a StPO/ZH einen Teil der Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen, weshalb vorliegend davon abzusehen ist. Die Kosten der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom 8. Oktober 2010 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte A._____ ist schuldig
 - der sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB,
 - des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.
2. Der Angeklagte wird freigesprochen vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG.

3. Die mit Strafverfügung des Bezirksamtes Kreuzlingen vom 16. Juni 2009 ausgefallte, bedingte Strafe von 90 Tagessätzen wird widerrufen.
 4. (...)
 5. (...)
 6. Der Angeklagte wird verpflichtet, der Geschädigten B._____ Fr. 4'000.– inkl. Zins als Genugtuung zu bezahlen.
Der Angeklagte wird zudem verpflichtet, der Geschädigten B._____ eine Umtriebsentschädigung von Fr. 200.– zu bezahlen.
 7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4'000.–	;	die weiteren Auslagen betragen:
Fr.			Kosten der Kantonspolizei
Fr.	96.–		Kanzleikosten Untersuchung
Fr.	9'282.45		Auslagen Untersuchung
Fr.			amtliche Verteidigung
Fr.	11'005.95		unentgeltliche Geschädigtenvertretung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung, werden dem Angeklagten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung jedoch sofort und definitiv abgeschrieben.
 9. (Mitteilung)
 10. (Rechtsmittel)"
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte wird unter Einbezug der widerrufenen Strafe bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 362 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Die mit Strafverfügung des Bezirksamtes Kreuzlingen vom 16. Juni 2009 ausgefallte bedingte Geldstrafe von 90 Tagessätzen à Fr. 30.– wird vollzogen.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 9 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (9 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung
Fr. unentgeltliche Geschädigtenvertretung
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, exklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden zu einem Viertel dem Angeklagten auferlegt. Die restlichen drei Viertel sowie die Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung werden auf die Gerichtskasse genommen.
6. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Geschädigtenvertreterin lic. iur. Y. _____ im Doppel für sich und zuhanden der Geschädigten B. _____
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B
- die KOST Zürich mit dem Formular „Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials“ zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- Bezirksamt Kreuzlingen, ..., betr. Aktenzeichen SU.....

7. Rechtsmittel:

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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

Der Vorsitzende:

Die juristische Sekretärin:

Oberrichter Dr. F. Bollinger

lic. iur. C. Semadeni

