

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB110651-O/U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Schätzle, Vorsitzender, lic. iur. Th. Meyer und lic. iur. Ruggli sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Oswald

## **Beschluss vom 4. Januar 2012**

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfache sexuelle Handlungen mit Kindern etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht, vom 1. Juli 2011 (GB110004)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis (nachfolgend: StA) erliess am 31. März 2011 gegen A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschuldigter) einen Strafbefehl gemäss Art. 352 StPO wegen mehrfacher, zum Teil versuchter sexueller Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 22 StGB, Missbrauchs einer Fernmeldeanlage in Sinne von Art. 179septies StGB und versuchter Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB. Sie verurteilte ihn zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 180 Tagen, auferlegte ihm die Verfahrenskosten und verwies die Zivilklage der Privatklägerin B.\_\_\_\_\_ auf den Zivilweg (Urk. HD 26). Gegen diesen Strafbefehl liess der Beschuldigte Einsprache erheben, wobei er darauf hinwies, der Sachverhalt werde grundsätzlich nicht bestritten. Er beantragte die Ausfällung einer Geldstrafe, "eventualiter die Verhängung von gemeinnütziger Arbeit" (Urk. HD 30).

2. Das Einzelgericht in Strafsachen des Bezirksgerichts Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 1. Juli 2011 schuldig im Sinne des angefochtenen Strafbefehls. Die Vorinstanz verurteilte ihn zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 9 Monaten sowie zu einer Busse von Fr. 500.--, dies teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 29. März 2010. Er wurde verpflichtet, die Verfahrenskosten zu bezahlen (Urk. HD 41).

Das Urteil wurde sogleich mündlich eröffnet, worauf der Beschuldigte noch vor Schranken Berufung erklärte (Prot. I S. 7). Der StA und der Privatklägerin B.\_\_\_\_\_ wurde das Dispositiv am 22. Juli 2011 zugestellt (Urk. HD 42/1+2).

3. Das schriftlich begründete Urteil (Urk. 51) wurde den Parteien am 8. (Beschuldigter, StA) bzw. am 15. September 2011 (Privatklägerin B.\_\_\_\_\_) zugestellt (Urk. HD 44/1-3).

Mit Berufungserklärung vom 27. September 2011 teilte der Beschuldigte mit, der Schuldspruch werde als solcher nicht angefochten, doch sei der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.-- zu bestrafen, eventualiter sei die äquivalente Leistung von gemeinnütziger Arbeit anzuordnen. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien "auf die Staatskasse zu nehmen". Er machte geltend, wegen der "besonderen geistigen Konstitution" des Beschuldigten liege ein Fall notwendiger Verteidigung vor, eventualiter würde ein Antrag auf amtliche Verteidigung gestellt (Urk. 52).

Die Vorinstanz überwies die Akten mit Verfügung vom 11. Oktober 2011 dem Obergericht (Urk. 53).

4. Die StA beantragte mit Eingabe vom 31. Oktober 2011 die Bestätigung des angefochtenen Urteils (Urk. 58).

5. Die Privatklägerin B. \_\_\_\_\_ hat sich auch im Rahmen des Berufungsverfahrens nicht vernehmen lassen.

6. Mit Eingabe vom 7. November 2011 beantragte der Beschuldigte explizit die Umwandlung der erbetenen in eine amtliche Verteidigung (Urk. 60).

7. Mit Beschluss vom 7. Dezember 2011 wandelte die erkennende Kammer, die bisherige erbetene Verteidigung des Beschuldigten durch Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ mit Wirkung ab 27. September 2011 in eine amtliche um. Sodann wurde den Parteien Frist angesetzt, um sich zur Frage einer Rückweisung an die Vorinstanz zu äussern (Urk. 63).

Mit Eingabe vom 13. Dezember 2011 verzichtete die Staatsanwaltschaft auf eine Stellungnahme (Urk. 65). Der Verteidiger nahm mit Schreiben vom 19. Dezember 2011 Stellung (Urk. 66).

## II.

1. Der Beschuldigte hat seine ursprünglich vollumfängliche Berufung im Rahmen der Berufungserklärung auf den Strafpunkt eingegrenzt. In den weiteren Punkten und seitens der übrigen Parteien blieb das vorinstanzliche Urteil unangefochten.

Der Schuldspruch wurde somit vom Beschuldigten akzeptiert, und es besteht aufgrund der Akten kein Anlass, darauf im Sinne von Art. 404 Abs. 2 StPO von Amtes wegen zurückzukommen.

Unangefochten blieb sodann das vorinstanzliche Kostendispositiv.

2. Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 402 N 1; Art. 437 StPO).

Es ist somit festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht in Strafsachen, vom 1. Juli 2011 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldspruch) sowie 6 und 7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

## III.

1. Den Untersuchungsakten lässt sich entnehmen, dass der Beschuldigte schon am 3. April 2002 vom Bezirksgericht Zürich unter anderem wegen mehrfacher sexueller Handlungen mit einem Kind zu einer Zuchthausstrafe von 2 Jahren verurteilt worden war, deren Vollzug zu Gunsten einer ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 43 aStGB aufgeschoben wurde. Sodann kam es am 29. März 2010 zu einem Strafbefehl durch die StA wegen Nötigung, Pornographie und mehrfacher sexueller Belästigung (Urk. HD 20/1). Anlässlich seiner Befragung zur Person durch die StA bestätigte der Beschuldigte am 7. März 2011, dass die Massnahme in Form einer ambulanten Behandlung noch immer im Gange sei (Urk. HD 20/5 S. 2). Gemäss einer Aktennotiz der StA vom 16. März 2011 zu einem Telefongespräch mit dem für den Beschuldigten zuständigen Sozialarbeiter C.\_\_\_\_\_, steht die Massnahme auch heute "noch ganz am Anfang" (Urk. HD 25). Den bei-

gezogenen Vorakten lässt sich sodann entnehmen, dass die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 3. April 2002 ausgesprochene Massnahme schon mit Beschluss vom 13. August 2007 um 2 Jahre und schliesslich mit Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 21. Dezember 2010 um weitere 5 Jahre verlängert worden war (DA090032, Urk. 34).

Mit Eingabe vom 3. November 2011 stellte das Amt für Justizvollzug dem Obergericht den Antrag, es sei "über die ambulante Massnahme und die zu deren Gunsten aufgeschobene Freiheitsstrafe gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 3. April 2002 im Sinne von Art. 63a Ziff. (recte Abs.) 3 StGB zu befinden" (Urk. 59).

2. Begeht der Täter während der ambulanten Behandlung eine Straftat und zeigt er damit, dass mit dieser Behandlung die Gefahr weiterer mit dem Zustand des Täters in Zusammenhang stehender Taten voraussichtlich nicht abgewendet werden kann, so wird die erfolglose ambulante Behandlung durch das für die Beurteilung der neuen Tat zuständige Gericht aufgehoben (Art. 63a Abs. 3 StGB). Wird die Massnahme - namentlich wegen Erfolglosigkeit im Sinne von Art. 63a Abs. 3 StGB - aufgehoben, so ist die aufgeschobene Freiheitsstrafe zu vollziehen (Art. 63b Abs. 2 StGB). Nach dem Willen des Gesetzgebers ist dabei zu prüfen, ob die Voraussetzungen eines bedingten Strafvollzuges vorliegen (Art. 63b Abs. 4 Satz 2 StGB). An Stelle des Strafvollzuges kann allenfalls auch eine stationäre therapeutische Massnahme angeordnet werden (Art. 63b Abs. 5 StGB).

Gemäss dem insoweit rechtskräftigen Urteil der Vorinstanz hatte der Beschuldigte unter anderem zwischen Juni und August 2007 mit der damals weniger als 16 Jahre alten Privatklägerin B.\_\_\_\_\_ sexuelle Handlungen vorgenommen. Zwischen dem 2. Juli und dem 1. Oktober 2010 hatte er zudem versucht, auch mit der damals noch nicht 16 Jahre alten Geschädigten D.\_\_\_\_\_ entsprechende physische Kontakte aufzunehmen. Damit liegen einschlägige Straftaten während einer laufenden ambulanten Massnahme vor. Es stellt sich somit konkret die Frage der Aufhebung der Massnahme und der nachträglichen Anordnung von 2 Jahren Freiheitsentzug (unter Anrechnung der bereits erstandenen 192 Tage Untersu-

chungshaft sowie allfälliger besonderer freiheitsbeschränkender Folgen des Massnahmevollzugs).

3. Die Vorinstanz hatte im Rahmen ihrer Erwägungen zum Strafmass unter anderem ausgeführt: "Weiter ist in Betracht zu ziehen, dass die beschuldigte Person über den gesamten Zeitraum, in dem die zu bestrafenden Vorfälle stattgefunden haben, in ambulanter Massnahmebehandlung war." Sie bezeichnete ihn in der Folge als "Wiederholungstäter, der trotz angeordneter ambulanter Massnahme rückfällig geworden ist" (Urk. 51, Erw. 3.5.1).

4. Zwar lag während des vorinstanzlichen Verfahrens kein Antrag des Amtes für Justizvollzug oder der StA betreffend Weiterführung oder Aufhebung der ambulanten Massnahme und zu den Konsequenzen einer Aufhebung der Massnahme vor. Schon die StA hatte sich im Rahmen ihres Strafbefehls nicht mit diesen Fragen gemäss Art. 63a Abs. 3 StGB befasst.

Auch ohne entsprechenden Antrag des Amtes für Justizvollzug hatte sich jedenfalls die Vorinstanz aber damit von Amtes wegen auseinanderzusetzen und - nach allfälligen weiteren Abklärungen, namentlich Einholen eines Berichts der Vollzugsorgane - die entsprechenden Entscheide zu treffen. Entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 66 S. 2) hat sie das gerade eben nicht getan.

5. Delinquenz während einer laufenden Massnahme führt zwar nicht zwingend zu deren Aufhebung; dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 63a Abs. 3 StGB. Es verhält sich diesbezüglich nicht anders, als bei Delinquenz während einer laufenden Probezeit, die nicht in jedem Fall den Widerruf der Gewährung des bedingten Vollzugs einer früheren Strafe zur Folge hat. Dies ändert allerdings nichts daran, dass sich die zuständige Instanz mit den entsprechenden Fragen auseinanderzusetzen und diese zu beantworten bzw. den entsprechenden Entscheide zu treffen hat.

Mit der Kompetenzzuweisung an das zur Beurteilung der neuen Straftaten zuständige Gericht wollte der Gesetzgeber Doppelspurigkeiten und allfällige Widersprüche in der Entscheidungsfindung ausschalten (Heer in BSK, N 31 zu Art. 63a

StGB). Diese Regelung deckt sich im Übrigen auch mit jener gemäss Art. 62a Abs. 1 StGB (nach Rückfall eines bedingt Entlassenen). Fehlt es an einem diesbezüglichen Entscheid durch das für die neuen Straftaten zuständige Gericht, erweist sich das von diesem gefällte Urteil als unvollständig und ergänzungsbedürftig.

6. Weist das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel auf, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können, so hebt das Berufungsgericht das angefochtene Urteil auf und weist die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an das erstinstanzliche Gericht zurück (Art. 409 Abs. 1 StPO).

Die Berufung hat nur in Ausnahmefällen kassatorische Bedeutung. "Im Vordergrund stehen wesentliche Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens, durch die in schwerwiegender Weise in die Rechte der beschuldigten Person oder anderer Parteien eingegriffen wird, die im Berufungsverfahren ohne Verlust einer Instanz nicht mehr behoben werden können." Dazu gehört unter anderem die unterbliebene Behandlung bzw. Beurteilung aller Anklage-, Einziehungs- und Zivilpunkte. "In all diesen Punkten hätte die Nachholung der in der ersten Instanz unterbliebenen Vorkehren den Verlust einer Instanz zur Folge. Ein solches Verfahren wäre nicht mehr 'fair' i.S.v. Art. 6 EMRK" (Eugster in BSK, N 1 zu Art. 409 StPO).

7. Es ist darauf hinzuweisen, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Entscheid der Vorinstanz über die Strafe und deren Vollzug anders ausgefallen wäre, wenn gleichzeitig über die Aufhebung der Massnahme und die nachträgliche Anordnung einer aufgeschobenen Strafe entschieden worden wäre. Ausserdem sind die diesbezüglichen Dispositivziffern nicht in Rechtskraft erwachsen.

Zusammenfassend ist das vorinstanzliche Urteil bezüglich Dispositivziffern 2 (Strafe), 3 (Strafvollzug), 4 (Busse) und 5 (Ersatzfreiheitsstrafe) aufzuheben und zur Neuurteilung zurückzuweisen. Dabei wird die Vorinstanz die Frage der Aufhebung der Massnahme und der nachträglichen Anordnung von 2 Jahren Freiheitsentzug zu prüfen haben (unter Anrechnung der bereits erstandenen 192 Tage Untersuchungshaft sowie allfälliger besonderer freiheitsbeschränkender Folgen

des Massnahmevollzugs) - unter entsprechender Einräumung des rechtlichen Gehörs an die Parteien.

Da - wie unter Ziff. II ausgeführt - Dispositivziffern 1, 6 und 7 des vorinstanzlichen Urteils in Rechtskraft gewachsen sind, sind diese - entgegen der Auffassung der Verteidigung, welche eine vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils verlangt (Urk. 66 S. 2 f.) - nicht aufzuheben.

#### IV.

Hebt die Rechtsmittelinstanz einen Entscheid auf und weist sie die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück, so trägt der Bund oder der Kanton die Kosten des Rechtsmittelverfahrens (Art. 428 Abs. 4 StPO). Demgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht in Strafsachen, vom 1. Juli 2011 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldpruch) sowie 6 und 7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht in Strafsachen, vom 1. Juli 2011 wird bezüglich Dispositivziffern 2 (Strafe), 3 (Strafvollzug), 4 (Busse) und 5 (Ersatzfreiheitsstrafe) aufgehoben und der Prozess Nr. GB110004 im Sinne der Erwägungen zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Das Berufungsverfahren Nr. SB110651 wird als dadurch erledigt abgeschlossen.
4. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.

5. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.

6. Schriftliche Mitteilung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Privatklägerin
- die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis

sowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz unter Rücksendung der Akten (inkl. der Akten des Berufungsverfahrens).

7. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid (Ziff. 2-5) kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung 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  
II. Strafkammer

Zürich, 4. Januar 2012

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Schätzle

lic. iur. Oswald