

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120308-O/U/eh

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. iur. F. Bollinger, Vorsitzender, und lic. iur. M. Langmeier, Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos sowie die Gerichtsschreiberin Dr. iur. M. Michael

Urteil vom 15. Januar 2013

in Sachen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. H. Bebié,
Anklägerin und I. Berufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und II. Berufungskläger (Rückzug)

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend

mehrfache Vergewaltigung etc.

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
21. März 2012 (DG110290)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 20. September 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 41).

Urteil und Beschluss der Vorinstanz:

(Urk. 69)

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird betreffend den Vorwurf des Missbrauchs einer Fernmeldeanlage gem. ND 3 eingestellt.
2. (Mitteilung)
3. (Rechtsmittel)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der mehrfachen Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB,
 - der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB,
 - der versuchten Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB,
 - der Täuschung der Behörden im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AuG sowie
 - des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen betreffend
 - die Drohungen zum Nachteil der Geschädigten B. _____ zwischen dem 13. Februar 2009 und dem 3. März 2009 (ND 3),
 - die Nötigungen vom 10. Juli 2009 (ND 4) sowie
 - die Tötlichkeit zum Nachteil der Geschädigten C. _____ (ND 5).
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren (wovon 130 Tage durch Haft erstanden sind).

4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 24 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate abzüglich 130 Tage, die durch Haft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
5. Es wird eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB angeordnet.
6.
 - a) Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte dem Grundsatz nach aus den heute erfolgten Verurteilungen gegenüber der Geschädigten B._____ schadenersatzpflichtig ist. In quantitativer Hinsicht wird die Geschädigte auf den Zivilweg gewiesen.
 - b) Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Geschädigten B._____ eine Genugtuungssumme von Fr. 15'000.- zuzüglich 5% Zins ab 1. September 2009 zu bezahlen.
7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4'500.00	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	430.20	Kosten der Kantonspolizei Zürich
Fr.	1'500.00	Gebühr Anklagebehörde
Fr.	13'124.50	Auslagen Untersuchung
Fr.	14'000.00	amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr.		amtliche Verteidigung (ausstehend)
Fr.		unentgeltliche Geschädigtenvertretung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
8. Die Kosten, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, jedoch einschliesslich derjenigen der unentgeltlichen Vertretung der Geschädigten, werden zu 4/5 dem Beschuldigten auferlegt. Der restliche Fünftel wird auf die Staatskasse genommen.
9. (Mitteilungen)
10. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

a) **der Staatsanwaltschaft:**

(schriftlich; Urk. 82)

Ziffer 4 des Dispositivs des bezirksgerichtlichen Urteils vom 21. März 2012 sei aufzuheben und es sei der Vollzug der gesamten ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 3 Jahren anzuordnen.

b) **des Verteidigers des Beschuldigten:**

Keine Anträge

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Verfahrensgang

1.1. Am 28. September 2011 erhob die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat gegen den Beschuldigten Anklage beim Bezirksgericht Zürich wegen mehrfacher Vergewaltigung, mehrfacher Drohung, Nötigung, einfacher Körperverletzung, mehrfacher Tötlichkeiten, Missbrauch einer Fernmeldeanlage und mehrfachen Vergehens gegen das Ausländergesetz (Urk. 41). Am 20. März 2012 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 5). Der Beschuldigte wurde am 21. März 2012 von den Vorwürfen der Drohung und Nötigung zum Nachteil der Privatklägerin B._____ hinsichtlich bestimmter Zeiträume (ND 3 und ND 4) sowie der Tötlichkeit zum Nachteil der Privatklägerin C._____ (ND 5) frei- und in den übrigen Fällen schuldig gesprochen. Er wurde mit einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren bestraft, abzüglich 130 Tage, die durch Haft erstanden waren. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 24 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt, wobei die Strafe im Übrigen (12 Monate abzüglich 130 Tage, die durch Haft erstanden waren) zu vollziehen sei. Zudem wurde eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB angeordnet. Weiter wurde festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber der Privat-

klägerin B._____ dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig sei. Bezüglich des Umfangs ihrer Forderung wurde diese auf den Zivilweg verwiesen. Sodann wurde der Beschuldigte verpflichtet, der Privatklägerin B._____ eine Genugtuungssumme von Fr. 15'000.– zuzüglich 5 % Zins ab 1. September 2009 zu bezahlen. Die Kosten, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, jedoch einschliesslich derjenigen der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerin 1, wurden zu 4/5 dem Beschuldigten auferlegt und zu 1/5 auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 69 S. 63 ff.).

1.2. In der Folge erhoben sowohl die Staatsanwaltschaft am 28. März 2012 (Urk. 58) wie auch der Beschuldigte am 30. März 2012 (Urk. 59) Berufung. Am 12. Juni 2012 zog der Beschuldigte seine Berufung indessen wieder zurück (Urk. 66). Die Staatsanwaltschaft reichte am 22. Juni 2012 am Obergericht ihre Berufungserklärung ein (Urk. 70). Mit Präsidialverfügung vom 18. Juli 2012 wurde vom Rückzug der Berufung des Beschuldigten Vormerk genommen und hinsichtlich der Berufung der Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten sowie der Privatklägerschaft Frist zur Erklärung der Anschlussberufung oder Stellen eines Antrags auf Nichteintreten angesetzt (Urk. 73). Sowohl der Beschuldigte wie auch die Privatklägerschaft verzichteten darauf. Mit Präsidialverfügung vom 11. September 2012 wurde im Einverständnis mit den Parteien das schriftliche Verfahren angeordnet und der Staatsanwaltschaft eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 80). Mit Eingabe vom 21. September 2012 begründete die Staatsanwaltschaft ihre Berufung (Urk. 82). Am 26. September 2012 wurde dem Beschuldigten Frist zur Berufungsantwort und der Vorinstanz Frist zur freigestellten Vernehmlassung angesetzt, während die Privatklägerinnen die Berufungsbegründung der Staatsanwaltschaft nur zur Kenntnisnahme zugestellt erhielten, da sie hinsichtlich des Berufungsthemas, das eine Vollzugsfrage betrifft, nicht rechtsmittellegitimiert sind (Urk. 83). Der Beschuldigte reichte keine Berufungsantwort ein und die Vorinstanz verzichtete auf eine Stellungnahme (Urk. 85).

2. Umfang der Berufung

2.1. Die Staatsanwaltschaft beantragt, es sei Ziffer 4 des Dispositivs des vorinstanzlichen Urteils vom 21. März 2012 aufzuheben und es sei anstelle des teilbedingten Vollzugs der ausgesprochenen Freiheitsstrafe der Vollzug der gesamten Strafe anzuordnen (Urk. 70 S. 2).

2.2. Demzufolge ist im Berufungsverfahren lediglich Ziff. 4 des vorinstanzlichen Urteils betreffend den Vollzug der Freiheitsstrafe angefochten. Alle anderen Punkte des Urteils (Dispositivziffern 1, 2, 3, 5, 6, 7 und 8) sind damit in Rechtskraft erwachsen (Art. 399 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 402 StPO und Art. 437 StPO), was vorab festzustellen ist.

II. Materielles

1. Die Staatsanwaltschaft begründet ihre Berufung damit, dass die Gewährung eines bedingten oder teilbedingten Vollzuges bei gleichzeitiger Anordnung einer Massnahme nicht möglich sei, da eine solche das Fehlen einer ungünstigen Prognose voraussetze. Dies habe zur Folge, dass entgegen dem bezirksgerichtlichen Urteil nicht gleichzeitig eine teilbedingte Strafe verhängt und eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme angeordnet werden könne. Gestützt auf ein psychiatrisches Gutachten sei die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass dem Beschuldigten eine ungünstige Prognose gestellt werden müsse, was richtig sei. Gleichzeitig habe die Vorinstanz jedoch festgehalten, dass dem Beschuldigten in Bezug auf die Freiheitsstrafe von 24 Monaten eine günstige Prognose gestellt werden könne. Dies sei gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht möglich, wenn gleichzeitig eine Massnahme nach Art. 63 StGB angeordnet werde. Da dem Beschuldigten eine ungünstige Prognose gestellt werden müsse, sei die Freiheitsstrafe vollumfänglich zu vollziehen (Urk. 82 S. 2).

2. Die Kritik der Staatsanwaltschaft erfolgt zu Recht. Gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB ist eine Massnahme anzuordnen, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen. Mithin bedeutet die Anordnung einer Massnahme zugleich eine ungünstige Prognose, so dass

eine gleichzeitig ausgefallte Strafe weder bedingt nach Art. 42 StGB noch teilbedingt nach Art. 43 StGB aufgeschoben werden kann (Urteil des Bundesgerichts 6B_498/2011 Ziff. 1.4., BGE 135 IV 180 = Pra 99 [2010] Nr. 44 E. 2.3 mit Hinweisen).

3. Es besteht demnach kein Raum, um neben der - allseits unangefochten gebliebenen - Anordnung einer ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB eine teilbedingte Freiheitsstrafe auszusprechen, wie dies die Vorinstanz getan hat. Vielmehr ist von einer der erforderlichen ambulanten Massnahme immanenten ungünstigen Prognose auszugehen, weshalb nach Vorgabe des Bundesgerichts die Freiheitsstrafe von drei Jahren vollumfänglich zu vollziehen ist.

III. Kosten

Obschon die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung obsiegt, sind die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerin 1, auf die Gerichtskasse zu nehmen, da der Beschuldigte im Berufungsverfahren keine Anträge stellen liess und demzufolge nicht als im Sinne von Art. 428 Abs. 1 StPO unterliegende Partei gilt (vgl. dazu Urteil 6B_93/2012 vom 26. September 2012 E. 5).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil und der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 21. März 2012 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird betreffend den Vorwurf des Missbrauchs einer Fernmeldeanlage gem. ND 3 eingestellt.
2. (Mitteilungen)
3. (Rechtsmittel)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der mehrfachen Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB,
 - der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB,
 - der versuchten Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB,
 - der Täuschung der Behörden im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AuG sowie
 - des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.

2. Der Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen betreffend
 - die Drohungen zum Nachteil der Geschädigten B._____ zwischen dem 13. Februar 2009 und dem 3. März 2009 (ND 3),
 - die Nötigungen vom 10. Juli 2009 (ND 4) sowie
 - die Tötlichkeit zum Nachteil der Geschädigten C._____ (ND 5).

3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren (wovon 130 Tage durch Haft erstanden sind).

4. (...)

5. Es wird eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB angeordnet.

6. a) Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte dem Grundsatz nach aus den heute erfolgten Verurteilungen gegenüber der Geschädigten B._____ schadenersatzpflichtig ist. In quantitativer Hinsicht wird die Geschädigte auf den Zivilweg gewiesen.

b) Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Geschädigten B._____ eine Genugtuungssumme von Fr. 15'000.- zuzüglich 5% Zins ab 1. September 2009 zu bezahlen.

7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
- Fr. 4'500.00; die weiteren Auslagen betragen:
 - Fr. 430.20 Kosten der Kantonspolizei Zürich
 - Fr. 1'500.00 Gebühr Anklagebehörde
 - Fr. 13'124.50 Auslagen Untersuchung
 - Fr. 14'000.00 amtliche Verteidigung Untersuchung
 - Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)
 - Fr. unentgeltliche Geschädigtenvertretung (ausstehend)
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
8. Die Kosten, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, jedoch einschliesslich derjenigen der unentgeltlichen Vertretung der Geschädigten, werden zu 4/5 dem Beschuldigten auferlegt. Der restliche Fünftel wird auf die Staatskasse genommen.
9. (Mitteilungen)
10. (Rechtsmittel)"
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft, werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - Rechtsanwältin Y. _____, im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin B. _____
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Bundesamt für Migration, Quellenweg 6, 3003 Bern

und nach unbenütztem 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
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
4. Gegen diesen Entscheid 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
I. Strafkammer

Zürich, 15. Januar 2013

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. F. Bollinger

Dr. iur. M. Michael