

ZH_OBERGERICHT SB150509 vom 18. Mai 2016

ZH Obergericht, 2016-05-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB150509

FR: ZH_OBERGERICHT SB150509 du 18 mai 2016

IT: ZH_OBERGERICHT SB150509 del 18 maggio 2016

Erwägungen

E. 1

Prozessgeschichte und Prozessuales

E. 1.1

Mit dem eingangs im Dispositiv zitierten Urteil vom 23. Juni 2015 wurde die Beschuldigte A. _____ vom Bezirksgericht Uster, Einzelrichter, wegen Entführung etc. schuldig gesprochen und mit 10 Monaten unbedingter Freiheitsstrafe bestraft. Gleichzeitig wurde eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme angeordnet und eine früher bedingt ausgefallte Geldstrafe widerrufen. Die Zivilforderungen des Privatklägers (= Sohn der Beschuldigten) wurden auf den Zivilweg verwiesen (Urk. 78 S. 20).

E. 1.2

Gegen das mündlich eröffnete und im Dispositiv übergebene Urteil (Prot. I S. 23) liess die Beschuldigte rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 73). Nach Zustellung des begründeten Urteils am 10. November 2015 (Urk. 77) reichte

- 6 - die Verteidigung am 18. November 2015 innert Frist ihre Berufungserklärung ein (Urk. 79). Nach Eingang der Akten am Obergericht wurde mit Präsidialverfügung vom 5. Januar 2016 die Berufungserklärung der Beschuldigten der Staatsanwaltschaft und der Privatklägerschaft zugestellt, mit dem Hinweis auf die Möglichkeit einer Anschlussberufung oder eines Nichteintretensantrags (Urk. 83). Während die Staatsanwaltschaft explizit auf Anschlussberufung verzichtete (Urk. 85), erhob die Vertreterin des Privatklägers 1 (fortan Privatkläger) innert Frist Anschlussberufung mit dem Antrag, es sei die Beschuldigte zur Leistung einer Genugtuung an den Privatkläger sowie dem Grundsatz nach zu Schadenersatz zu verpflichten (Urk. 87). Damit ist Ziff. 6 des vorinstanzlichen Urteils angefochten.

E. 1.3

Die Verteidigung der Beschuldigten beschränkt ihre Berufung explizit auf den Straf- resp. Massnahmepunkt (Urk. 79 S. 2f.) und damit auf die Ziffern 2, 3, 4 und

E. 1.4

Mit Präsidialverfügung vom 14. April 2016 wurde die Publikumsöffentlichkeit von der Berufungsverhandlung ausgeschlossen. Die akkreditierten Gerichtsberichterstatter wurden dabei unter der Auflage zur Berufungsverhandlung zugelassen, dass die Identität des Privatklägers 1 nicht veröffentlicht werden darf und dass in der Berichterstattung jegliche Angaben zu unterlassen sind, die Rückschlüsse auf die Identität des Privatklägers 1 erlauben würden, wie insbesondere Namensnennungen (auch der Beschuldigten) oder Nennung der korrekten Initialen, Nennung des Wohnorts und Beifügen von Fotos der

- 7 - Beteiligten (Urk. 107). Die heutige Berufungsverhandlung wurde in der Folge unter Ausschluss der Publikumsöffentlichkeit durchgeführt (Prot. II S. 7 ff.). 2. Strafzumessung 2.1. Eingangs ist festzuhalten, dass die Strafzumessung der Vorinstanz in verschiedener Hinsicht nicht den – zugegebenermassen zunehmend komplexeren – Vorgaben des Bundesgerichts und der Praxis der zweiten Instanz entsprechen, weshalb eine neue Strafzumessung vorzunehmen ist. Statt vieler sei hierzu auf das umfassende Urteil des Bundesgerichts vom 28. August 2014 (Nr. 6B_375/2014) verwiesen. Vorab hat die Vorinstanz zwar richtig erkannt, dass aufgrund des Strafrahmens von der falschen Anschuldigung als schwerste Tat auszugehen ist (Urk. 78 S. 9), in der Folge legte sie indes keine Einsatzstrafe für dieses Delikt fest, sondern bewertete das Verschulden bezüglich aller Taten gemeinsam (a.a.O. S. 12). Dies ist nicht zulässig. Das Bundesgericht hat wiederholt dargelegt und verfeinert, wie bei der Zumessung einer Strafe materiell im Einzelnen vorzugehen ist. Die Einsatzstrafe ist für die schwerste Straftat im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB zu bestimmen, und nicht etwa für mehrere Taten oder auch einen mehrfachen Tatenkomplex (Urteil 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013 E. 2.1 sowie insbesondere Urteil 6B_274/2013 vom 5. September 2013 E. 1.2.4). Dies soll zu mehr Transparenz führen, damit der Beschuldigte erkennen kann, von welcher hypothetischen "Grundstrafe" ausgegangen wird und weshalb diese allenfalls – und in welchem Mass – erhöht oder reduziert wird (vgl. Urteil 6B_417/2012 vom 14. Januar 2013 E. 4.2 und 4.3 mit Hinweisen). Dies ist im Folgenden nachzuholen. Sodann führt eine verminderte Schuldfähigkeit zu einem reduzierten Verschulden, was in Worten auszudrücken und bei den subjektiven Tatkomponenten des entsprechenden Delikts – mithin nicht erst am Ende (Urk. 78 S. 12) – zu berücksichtigen ist. In diesem Zusammenhang ist systematisch auch nicht restlos nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz zwar gleich zu Beginn festhält, es lägen keine Strafmilderungsgründe gemäss Art. 48 StGB vor (a.a.O. S. 9), aber erst am Schluss erwähnt (a.a.O. S. 13), dass das Gericht die Strafe nach Art. 48a StGB zu mildern habe (was so nicht zutrifft; vgl. Ziff. 2.1. a.E.).

- 8 - Bezüglich des relevanten Strafrahmens sowie der theoretischen Strafzumessungsgrundlagen kann hingegen zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 78 S. 8 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend ist festzuhalten, dass die tat- und täter- angemessene Strafe grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der (schwersten) anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen und der ordentliche Rahmen nur bei aussergewöhnlichen Umständen zu verlassen ist (BGE 136 IV 55 E. 5.8.). Solche sind hier nicht ersichtlich. Die von der Vorinstanz genannten Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe sind daher lediglich strafferhöhend resp. strafmindernd innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu beachten. 2.2. Obwohl die Vorwürfe gemäss ND 1 der Anklage gewichtiger erscheinen, ist angesichts der abstrakten Strafdrohung wie erwähnt von der falschen Anschuldigung gemäss HD als schwerstem Delikt auszugehen. 2.2.1. Bezüglich der objektiven Tatkomponenten dieser Straftat kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu diesem Delikt verwiesen werden (Urk. 78 S. 10; Art. 82 Abs. 4 StPO). Verschuldenserhöhend erscheint die Tatsache, dass die Beschuldigte gemäss unangefochtenem Sachverhalt ihre frei erfundene Geschichte nicht nur am Telefon, sondern auch noch auf dem Polizeiposten anlässlich ihrer Befragung aufrecht erhielt. Dies zeugt von einiger Dreistigkeit gegenüber den Behörden und dem Rechtsstaat an sich. Der Verteidiger der Beschuldigten brachte anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung in diesem Zusammenhang vor, dass die Aussagen der Beschuldigten im Polizeirapport le-

diglich sinngemäss wiedergegeben seien, unter Verletzung der Verfahrensrechte der Beschuldigten gemacht worden seien und dass die Beschuldigte diese Aussagen im Strafverfahren auch nie anerkannt oder bestätigt habe (Urk. 120 S. 3). Der Verteidiger ficht hiermit im Rahmen der Strafzumessung Sachverhaltselemente an, obwohl er den Schuldpunkt an sich nicht angefochten hat. Wurde der Sachverhalt anerkannt, ist jedoch vom in der Anklageschrift umschriebenen Sachverhalt auszugehen. Im Übrigen ist betreffend die diesbezüglichen Ausführungen des Verteidigers darauf hinzuweisen, dass die Beschuldigte in der Schlusseilvernahme der Staatsanwaltschaft eingestanden hat, den Vorwurf

- 9 - gegenüber C._____ auch gegenüber der Polizei noch aufrecht erhalten zu haben (Urk. HD 13/1 S. 4). Zu Gunsten der Beschuldigten wirkt sich hingegen aus, dass sie den Vater ihrer Kollegin nicht einer schweren Straftat (wie etwa sexueller Übergriffe) beschuldigt hat und die Tat nicht von langer Hand geplant war. Das objektive Verschulden wiegt somit insgesamt nicht mehr leicht. 2.2.2. In subjektiver Hinsicht wirkt sich verschuldensreduzierend aus, dass die Beschuldigte auf Veranlassung ihrer Kollegin handelte und damit letztlich dieser behilflich sein wollte. Andererseits ist zu ihren Lasten zu berücksichtigen, dass sie aus völlig nichtigem Anlass handelte und nur, weil ihre Kollegin das Haus verlassen wollte (Urk. HD 3/8), einen Unschuldigen in Schwierigkeiten brachte, auch wenn dies nicht ihr primäres Ziel war. Hinsichtlich der Ausführungen des Verteidigers der Beschuldigten im Rahmen der heutigen Berufungsverhandlung, nach welchen die Beschuldigte D._____ mit gutem Grund geglaubt habe, dass deren Anschuldigungen gegen den Vater zutreffen würden (Urk. 120 S. 5), ist wiederum darauf zu verweisen, dass der Sachverhalt vorliegend nicht angefochten wurde und somit nicht über den Umweg der Strafzumessung in Frage gestellt werden kann. Auch in diesem Zusammenhang ist sodann auf die Schlusseilvernahme der Beschuldigten durch die Staatsanwaltschaft zu verweisen, in welcher die Beschuldigte den diesbezüglichen Vorhalt anerkannt hat (Urk. HD 13/1 S. 4). Sofern der Verteidiger der Beschuldigten im Übrigen darauf hinweist, dass nicht die Aussagen der Beschuldigten, sondern v.a. die Aussagen von D._____ selbst zum Strafverfahren gegen deren Vater geführt hätten, ist festzuhalten, dass dies nicht zutrifft. Initialer Auslöser des Verfahrens gegen C._____ war klar der Umstand, dass die Beschuldigte die Polizei kontaktierte. Die subjektiven Tatkomponenten halten sich in etwa die Waage und ändern somit nichts am oben erwähnten objektiven Verschulden. Hingegen ist hier zu beachten, dass die Beschuldigte gemäss den überzeugenden Erwägungen im psychiatrischen Gutachten von Prof. Dr. med. E._____ vom 23. März 2015 in mittlerem Grad vermindert schulfähig war. Die Beschuldigte sei anlässlich dieses Delikts aufgrund ihrer ausgeprägten Borderline-Persönlichkeitsstörung sowie einer niedrigen Intelligenz/Lernbehinderung einer erhöhten Suggestibilität erlegen, was zu einer forensisch relevanten Minderung der Steuerungsfähigkeit geführt habe (Urk. 47 S. 55, S. 60). Die fest-

- 10 - gestellte verminderte Schulfähigkeit hat zur Folge, dass das subjektive Verschulden deutlich herabgesetzt wird. 2.2.3. Insgesamt ist daher in diesem Punkt von einem noch leichten Verschulden auszugehen. Damit erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe im unteren Bereich des Strafrahmens als angemessen. Angesichts des äusserst weiten Strafrahmens von bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe ist in diesem Zusammenhang auch zu erwähnen, dass die schweizerische Praxis bei nicht besonders schwerem Verschulden die Strafen im unteren bis mittleren Teil des vorgegebenen Rahmen ansiedelt. Strafen im

oberen Bereich, insbesondere Höchststrafen sind bloss ausnahmsweise und bei sehr schwerem Verschulden des Täters auszusprechen (BSK StGB I-Wiprächtiger, Art. 47 N 15). Somit erweist sich insgesamt eine Einsatzstrafe im Bereich von 4-5 Monaten Freiheitsstrafe resp. 120-150 Tages- sätzen Geldstrafe als angemessen. 2.2.4. Hinzu kommen die weiteren Delikte der Beschuldigten gemäss ND 1. Dabei ist zunächst ebenfalls auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz hinzuwei- sen (Urk. 78 S. 11f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Relevant ist hier einerseits die völlige Missachtung der Beschuldigten von behördlichen Anordnungen, die zu Gunsten ihres Kindes getroffen wurden, weshalb ihre Handlungsweise – entgegen der An- sicht der Verteidigung (vgl. Urk. 120 S. 6) – als egoistisch zu bezeichnen ist. Sie verfügte über ein funktionierendes Betreuungssystem und diverse Ansprechper- sonen, sodass sie mit ihrer Problematik nicht alleine da stand. Durch ihr Verhalten setzte sie die Gesundheit ihres Kindes leichtfertig aufs Spiel. Andererseits ist fest- zuhalten, dass die Beschuldigte ihr Baby nicht zu Fremden ins Ausland ver- brachte, sondern es während der 10 Tage auf der Flucht ausschliesslich selbst betreute, wenngleich sie damit auch in Italien überfordert gewesen sein dürfte (Urk. HD 4/2 S. 4, Urk. 47 S. 10f.; Beizugsakten KESB, darin u.a. Urk. 53 und 69). Sodann ging es der Beschuldigten – im Vergleich zu anderen Kindsentführungs- fällen – auch nicht etwa darum, dem Vater (oder anderen Familienangehörigen) den Kontakt mit dem Kind zu verunmöglichen (vgl. Urk. HD 4/2 S. 5). Schliesslich ist es menschlich zumindest nachvollziehbar, wenn die Beschuldigte die Pläne der KESB, das damals vier Monate alte Baby in einer Pflegefamilie zu platzieren,

- 11 - als Wegnahme ihres eigenen, geliebten Kindes verstand, was sie mit einer Flucht zu verhindern versuchte. Letzteres ist insbesondere vor dem Hintergrund ihrer Borderline-Persönlichkeitsstörung zu sehen, welche gemäss Gutachter zu einer akuten Überforderungssituation und starken emotionalen Belastung geführt habe, weshalb auch hier von einer mittelgradig verminderten Schuldfähigkeit auszuge- hen sei (Urk. 47 S. 60f.). Mit der Verteidigung (Urk. 120 S. 7) kann an dieser Stel- le berücksichtigt werden, dass sich die Beschuldigte von sich aus beim F._____ – und nach ihrer Rückkehr in die Schweiz im Übrigen auch bei der Staatsanwalt- schaft – meldete. Wenn der Verteidiger aber geltend macht, es sei unverständlich, dass die Fachpersonen der KESB die Beschuldigte allein mit dem Privatkläger zum Kinderarzt geschickt hätten (Urk. 120 S. 7 f.), ist festzuhalten, dass aus die- sem Umstand nicht auf eine Mitschuld der KESB bzw. auf eine Verminderung der Schuld der Beschuldigten geschlossen werden kann, war die Beschuldigte doch auch davor schon regelmässig mit dem Privatkläger allein. Insgesamt führen diese gegenüber dem HD deutlich gewichtigeren Vorwürfe ge- mäss ND 1 – aber unter Beachtung des diesbezüglich deutlich tieferen Straf- rahmens – zu einer Erhöhung der oben genannten Einsatzstrafe um (asperiert) rund 4 Monate resp. 120 Tagessätze. 2.3. Täterkomponenten 2.3.1. Bezüglich des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse der Beschul- digten hat die Vorinstanz keine Ausführungen gemacht, was nachzuholen ist (Urk. HD 4/2 S. 10f., Urk. HD 13/1 S. 10f., Urk. 47 S. 21 ff. und S. 46 ff., Urk. 64, Urk. 110, Urk. 119 S. 5 ff.). Die Beschuldigte wuchs bis zu ihrem 12. Lebensjahr mit einer Schwester und einem Bruder bei ihren Eltern in Zürich auf. Als der Bruder an Krebs verstarb, zog die Familie nach Bosnien, wo die Beschuldigte gemäss eigenen Angaben eine Ausbildung als Schneiderin und Architektin absol- vierte. Auf Drängen ihres streng muslimischen Vaters, von welchem sie regel- mässig körperliche Gewalt erfahren habe, habe sie mit ca. 18 Jahren in Bosnien geheiratet und bald darauf einen Sohn geboren. Der Ehemann habe ihre Schwangerschaft nicht akzeptiert; sie sei während der Ehe von ihm mehrfach physisch und sexuell misshandelt

worden. Mit ihrem ersten Sohn kehrte sie dann

- 12 - in die Schweiz zurück und arbeitete sporadisch als Reinigungskraft oder bezog Sozialhilfe. Mit ca. 21 habe sie einen Tunesier kennengelernt, von welchem sie mit ihrem zweiten Sohn, dem Privatkläger, schwanger wurde. Auch diese Beziehung sei von Gewalt seitens ihres Partners geprägt gewesen. Ihr erstes Kind sei bei ihrer Schwester fremdplatziert worden, weil man ihr einen Suizidversuch unterstellt habe. Der zweite Sohn wurde bereits bei der Geburt verbeiständet. Nach ihrer Haftentlassung zog die Beschuldigte in ein betreutes Wohnen in G._____, was aber aufgrund der drogenabhängigen Mitbewohnern als nicht zufrieden stellend erachtet wurde. Heute lebt die Beschuldigte in der betreuten Wohngruppe H._____ des Vereins I._____ in Sie ist in Rahmen eines Arbeitsprogramms zu 80% im Café K._____ in L._____ tätig und verdient dabei Fr. 50.– pro Tag. Zudem erhält sie eine IV-Rente. Zu ihren Söhnen hat sie regelmässig Kontakt. Die schwierigen Lebensverhältnisse der Beschuldigten sind mit der Vorinstanz, der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung (Urk. 78 S. 11, Urk. 66 S. 12, Urk. 120 S. 5) im Folgenden strafmindernd zu werten. 2.3.2. Zu Recht hat die Vorinstanz die drei Vorstrafen der Beschuldigten (Urk. 81) sowie das Handeln während laufender Probezeit und während laufender Untersuchung strafferhöhend gewürdigt (Urk. 78 S. 13). Dabei hat sie allerdings unterlassen zu qualifizieren, in welchem Mass dies erhöhend zu berücksichtigen ist. Betrachtet man die einzelnen Deliktsdaten im Strafregisterauszug, wird deutlich, dass die Beschuldigte seit 9. Juli 2011 fast ununterbrochen delinquent hat (mit Ausnahme des Jahres 2013, in dem sie schwanger war) und sich weder von den durchgeführten Strafverfahren noch von den verhängten Sanktionen noch von vier Tagen Haft noch von laufenden sowie verlängerten Probezeit beeindrucken liess (Urk. 81). Der Verteidiger führte anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung aus, dass die Delinquenz der Beschuldigten während der Probezeit und während laufendem Verfahren nicht allzu stark ins Gewicht fallen könne, da die Beschuldigte im Rahmen dieser Delinquenz nicht irgendwen, sondern den sich illegal in der Schweiz aufhaltenden Vater des Privatklägers beherbergt habe (Urk. 120 S. 8). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Ver schulden betreffend eine bereits abgeurteilte Vorstrafe im vorliegenden Verfahren

- 13 - nicht neu zu bewerten ist. Abschliessend betrachtet müssen die Straferhöhungsgründe massiv zu Lasten der Beschuldigten ausfallen. Strafmindernd ist mit der Vorinstanz hingegen das Nachtatverhalten der Beschuldigten zu werten, welche sich grundsätzlich kooperativ zeigte, sich während ihres Aufenthaltes in Italien selbständig beim F._____ sowie nach ihrer Rückkehr bei der Anklagebehörde meldete (Urk. HD 6/13) und ein Geständnis ablegte (Urk. HD 13/1). Dieses fiel bezüglich der falschen Anschuldigung allerdings wenig reuig aus und erfolgte eher zögerlich (vgl. Urk. 47 S. 26, Urk. HD 4/1 und HD 4/3 S. 15). Bezüglich der Delikte gemäss ND 1 war die Beschuldigte ohnehin bereits überführt, sodass ihr Geständnis das Verfahren nicht wesentlich erleichterte. In diesem Zusammenhang kann demgegenüber berücksichtigt werden, dass sie sich – auch anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung – reuig zeigte (Prot. II S. 11, Urk. 119 S. 10). Insgesamt ist das Nachtatverhalten der Beschuldigten daher in leicht bis mittlerem Mass strafmindernd zu werten. Leicht strafmindernd wirken sich die oben dargestellten schwierigen Lebensumstände der Beschuldigten aus. Entgegen der Ansicht der Verteidigung vor Vorinstanz stellt hingegen junges Alter keinen Strafzumessungsgrund mehr dar (Urk. 68 S. 15). Eine durch die Verteidigung betreffend die falsche Anschuldigung geltend gemachte überlange Verfahrensdauer (Urk. 120 S. 7) kann

schliesslich nicht festgestellt werden. 2.3.3. Damit überwiegen die strafferhöhenden Faktoren, weshalb die oben festgelegte Strafe im Bereich von rund 8-9 Monaten Freiheitsstrafe resp. 240-270 Tagessätzen Geldstrafe (leicht) zu erhöhen ist. 2.4. Insgesamt erweist sich daher die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe von 10 Monaten als angemessen. Der Anrechnung von 22 Tagen Untersuchungshaft steht nichts entgegen. Bezüglich der Wahl der Sanktionsart kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 78 S. 12; Art. 82 Abs. 4 StGB). Mit der Staatsanwaltschaft (Urk. 66 S. 13) ist festzuhalten, dass die bisher ausgefallten Sanktionen offenkundig keine Wirkung zeigten und die Beschuldigte nicht von weiterer

- 14 - Delinquenz abhalten konnten, weshalb heute aus spezialpräventiven Gründen einzig eine Freiheitsstrafe in Frage kommt. Damit ist vorliegend auch keine Zusatzstrafe zum Strafbefehl vom 19. Januar 2015 auszufällen, obwohl die Beschuldigte sämtliche der heute beurteilten Delikte vor diesem Datum begangen hat. Eine Zusatzstrafe gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB ist nur möglich, wenn gleichartige Strafen zusammentreffen (BGE 137 IV 57). Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen, weil das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen wurden. Die Bildung einer Gesamtstrafe – und mithin auch einer Zusatzstrafe – ist also nur möglich, wenn mehrere Geldstrafen, mehrfache gemeinnützige Arbeit oder mehrere Freiheitsstrafen aufeinander treffen (Urteil des Bundesgerichts 6B_460/2010 vom 4. Februar 2011, E. 4.3.1.), was hier nicht der Fall ist, nachdem die Beschuldigte am 19. Januar 2015 zu gemeinnütziger Arbeit verurteilt worden war (Urk. 81 S. 2, Urk. 66 S. 12f.). 2.5. Nachdem, was unbestritten ist, heute eine ambulante Massnahme anzuordnen sein wird, erübrigt sich die Frage nach dem bedingten Strafvollzug gemäss Art. 42 StGB. Zwar hat die Vorinstanz richtig erkannt, dass die Anordnung einer Massnahme stets die Gefahr weiterer Straftaten voraussetzt, eine günstige Prognose mithin zwingend ausgeschlossen ist (Urk. 78 S. 16); dennoch machte sie Ausführungen über die Voraussetzungen eines Strafaufschubs gemäss Art. 42 StGB (a.a.O. S. 15). Dies erübrigt sich in Massnahmefällen (vgl. Schneider/Garré in BSK Strafrecht I, 2013, N 24 und 25 zu Art. 42 StGB). Hingegen wird zu prüfen sein, ob die – zwingend unbedingte – Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 63 Abs. 2 StGB aufzuschieben ist oder nicht. 3. Ambulante Massnahme 3.1. Die Vorinstanz hat eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 Abs. 1 StGB angeordnet (Urk. 78 S. 14), was von keiner Seite angefochten wurde. Mit dem psychiatrischen Gutachter ist davon auszugehen, dass bei der Beschuldigten eine Borderline-Persönlichkeitsstörung sowie eine niedrige Intelligenz/Lernbehinderung vorliegen. Diese psychische Störung stehe im Zusammenhang mit den vorgeworfenen Taten und berge unbehandelt die Gefahr neuer, ähnlich gelagerter

- 15 - Delikte (Urk. 47 S. 60 ff.). Somit besteht kein Zweifel an der Massnahmebedürftigkeit der Beschuldigten. Sodann hat die Beschuldigte am 11. August 2015 freiwillig eine ambulante Therapie bei der Psychologin M._____ begonnen, welche seit dem 4. März 2016 als vorzeitige Massnahme durch das Amt für Justizvollzug durchgeführt wird. Nachdem die Beschuldigte diese wöchentlichen Sitzungen offenbar regelmässig und zuverlässig besucht und aktiv an der Therapie mitwirkt (Urk. 104 und 110, vgl. auch Urk. 119 S. 7 f.), sind auch ihre Massnahmefähigkeit und -willigkeit gegeben. Die vorinstanzliche Anordnung der ambulanten Massnahme ist somit zu bestätigen. 3.2. Kernstück dieses Berufungsverfahrens ist die Frage, ob der Vollzug der heute ausgefallten Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 63 Abs. 2 StGB zu Gunsten der Massnahme

aufzuschieben ist. 3.2.1. Der Gutachter hat die Frage, ob der Art der Behandlung auch bei gleich-zeitigem oder vorherigem Strafvollzug Rechnung getragen werden könne, mit "Ja" beantwortet; weitere Ausführungen erfolgten an dieser Stelle nicht (Urk. 47 S. 63). Gestützt darauf hat die Vorinstanz eine vollzugsbegleitende Massnahme verhängt (Urk. 78 S. 16), was von der Verteidigung angefochten wird. Dabei fällt zunächst auf, dass der Gutachter in seiner Beurteilung nicht zuletzt aufgrund der bereits etablierten Strukturen – wie etwa das betreute Wohnen – eine ambulante Mass- nahme empfiehlt (Urk. 47 S. 59 und 62; Urk. 68 S. 17). Nachdem zumindest die geregelte Wohnsituation der Beschuldigten im Strafvollzug zwingend wegfallen würde, fragt sich, ob das Gutachten diesbezüglich widersprüchlich resp. unvoll- ständig ist. Hinzu kommt, dass der Gutachter im März 2015 noch davon aus- gehen musste, dass die therapeutische Erreichbarkeit der Beschuldigten aufgrund ihrer manifestierten Unzuverlässigkeit sowie der geringen Behandlungsmotivation und Krankheitseinsicht zweifelhaft sei (Urk. 47 a.a.O.). 3.2.2. Dies ist heute anders zu beurteilen: Wie erwähnt befindet sich die Beschuldigte seit dem 11. August 2015 in einer therapeutischen Behandlung bei der Psychologin M._____. Diese hält in ihrem fundierten Bericht vom 4. Mai 2016 fest (Urk. 110), dass die Beschuldigte bisher 29 Gesprächssitzungen besucht ha- be. Die Beschuldigte halte die Termine zuverlässig ein, nehme an den Sitzungen

- 16 - mit Interesse teil und zeige sich zugewandt, offen und kooperativ. Sie verfüge über ein Problembewusstsein für ihr Tatverhalten und zeige sich motiviert für Ver- änderungen. Ziel der Behandlung werde sein, die Ausprägung und das Ausagieren der Merkmale der Persönlichkeitsstörung (u.a. impulshaftes Verhalten) zu senken bzw. zu steuern. Hilfreich für diesen Prozess seien die aktuell geregelten Lebensumstände der Beschuldigten. Eine Verminderung des Rückfallrisikos könne, wenn überhaupt, durch die Stabilisierung der Affekte und eine Beruhigung der Lebensgestaltung erreicht werden; beides sei bereits ein- getreten. Diese Einschätzung wird auch von der zuständigen Fallführenden des Amts für Justizvollzug geteilt: Frau N._____ vom Bewährungs- und Vollzugsdienst hielt fest (Urk. 104), die Beschuldigte sei bezüglich Kontakt- aufnahmen sehr – d.h. ungewöhnlich – zuverlässig und wirke authentisch, wenn sie etwa ausführe, das begleitete Wohnen sei für sie wichtig, weil sie so auch zeigen könne, dass sie sich an Regeln halten könne. Frau N._____ bestätigte, dass es sich bei M._____ um eine ausgewiesene Fachperson handle; die Konstellation zwischen dieser und der Beschuldigten empfinde sie als gut. Falls die Beschuldigte in den Strafvollzug versetzt würde, könne die begonnene Therapie nicht mit M._____ weitergeführt werden. In Anbetracht der relativ kurzen Dauer der Freiheitsstrafe von 10 Monaten sei auch damit zu rechnen, dass es zeitlich gar nicht möglich wäre, eine vollzugsbegleitende ambulante Therapie mit einem neuen Therapeuten zu installieren, sodass es letztlich darauf hinaus liefe, dass es während des Strafvollzugs zu einem Abbruch resp. zumindest Unterbruch der Therapie käme, weshalb der Vollzug der Freiheitsstrafe im vorliegenden Fall als wenig sinnvoll erachtet werde. 3.2.3. Somit steht fest, dass es der Beschuldigten seit der Erstellung des psychiatrischen Gutachtens gelungen ist, eine stabile therapeutische Beziehung aufzubauen, welche nicht gefährdet werden sollte. Es liegt auf der Hand und wurde von verschiedener Seite festgestellt, dass geregelte Strukturen – wie etwa die Wohnsituation – resp. eine Stabilisierung der gesamten Lebensumstände für die Behandlung der psychischen Störung der Beschuldigten essentiell sind. Ein Strafvollzug würde die diesbezüglich eingeleiteten Schritte wie auch die begonnene Gesprächstherapie mit M._____ zunichte machen. Hinzu kommt,

- 17 - dass eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme offenbar zeitlich kaum möglich wäre. Insgesamt ist die Freiheitsstrafe somit im Sinne von Art. 63 Abs. 2 StGB aufzuschieben, um der Art der Behandlung hinreichend Rechnung zu tragen (vgl. auch Bundesgerichtsentscheid Nr. 6B_954/2015 vom 6. April 2016). Dabei ist die Beschuldigte allerdings mit aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass sie bei der Durchführung der ambulanten Massnahme weiterhin aktiv und zuverlässig mitzuwirken hat, bis diese vom Amt für Justizvollzug als erfolgreich beendet erachtet werden kann. Sollte die Beschuldigte dies nicht tun, hat sie mit dem Vollzug der zehnmonatigen Freiheitsstrafe zu rechnen. 4. Widerruf 4.1. Die Beschuldigte hat während der am 12. Juli 2011 angesetzten dreijährigen Probezeit mehrfach delinquent, was zur Verlängerung dieser Probezeit am

E. 5

des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs. Dabei machte sie geltend, die Anordnung der ambulanten Massnahme als solche sei in Rechtskraft erwachsen. Einzig hinsichtlich der vollzugsbegleitenden Ausführung der Massnahme sei das vorinstanzliche Urteil noch nicht rechtskräftig (Urk. 120 S. 1 f.). Dem kann nicht gefolgt werden. Die Frage, ob eine ambulante Massnahme anzuordnen ist, steht in Konnexität zur auszufällenden Strafe und dem durch die Vorinstanz ausgesprochenen Widerruf der Vorstrafe. Dispositiv-Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils ist folglich als vollumfänglich angefochten zu erachten. Somit ist im Sinne von Art. 404 Abs. 1 StPO vorab festzustellen, dass der erstinstanzliche Entscheid betreffend die Dispositiv-Ziffern 1 und 7-10) in Rechtskraft erwachsen ist.

E. 5.1

Der heute rund 2 ½-jährige Privatkläger wird vertreten durch seine Beiständin vom Rechtsdienst des Amtes für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich (Beizugsakten KESB, darin Urk. 89, sowie Urk. 87 und 89). Diese hat Anschlussberufung erhoben und beantragt wie vor Vorinstanz einerseits eine Genugtuung für den Privatkläger im Umfang von Fr. 3'000.-- und andererseits die grundsätzliche Verpflichtung der Beschuldigten zur Leistung von Schadenersatz (Urk. 67, Urk. 87 und Urk. 122).

E. 5.2

Die beantragte Grundsatzverpflichtung der Beschuldigten zur Leistung von Schadenersatz an den Privatkläger wurde damit begründet, dass die Entführung den Privatkläger traumatisiert habe und dass die dieser Traumatisierung entsprechende bisherigen und zukünftigen ungedeckten Behandlungskosten zu entschädigen seien (Urk. 67, Urk. 87 und Urk. 122). Belege für bereits erfolgte Behandlungen des Privatklägers oder betreffend andere in vorliegendem Zusammenhang bereits entstandene Kosten wurden jedoch von der Vertreterin des Privatklägers nicht eingereicht. Konkrete Kosten wurden im Übrigen nicht einmal beziffert. Es ist im heutigen Zeitpunkt völlig offen, ob in diesem Zusammenhang bereits Kosten entstanden sind und ob der Privatkläger je einmal kostenpflichtig behandelt werden muss bzw. ob er entstandene Kosten gegebenenfalls selbst tragen müsste. Da ein Schaden im heutigen Zeitpunkt somit nicht erstellt werden kann, kann dem Privatkläger auch nicht dem Grundsatz nach Schadenersatz zugesprochen werden. Eine Grundsatzverpflichtung der Beschuldigten zur Leistung von Schadenersatz setzt nämlich voraus, dass ein Schaden – wenn auch in noch unbestimmter Höhe – tatsächlich besteht. Der Grundsatzentscheid des Strafgerichts ist nämlich für das nachfolgende Zivilgericht bindend, welches später nur noch in der Beurteilung der noch offenen Punkte – namentlich der Höhe des konkreten Schadenersatzes – frei ist. Spricht ein

Gericht dem Grundsatz nach

- 19 - Schadenersatz zu, so besteht betreffend die Frage, ob ein Schaden entstanden ist, eine res iudicata (Dolge, in: BSK StPO, a.a.O, N 47 zu Art. 126 StPO). Der Schadenersatzanspruch des Privatklägers ist folglich in Anwendung von Art. 126 Abs. 2 lit. b StPO auf den Zivilweg zu verweisen.

E. 5.3

Weiter beantragt die Vertreterin des Privatklägers, die Beschuldigte sei zu verpflichten, diesem eine Genugtuung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen. Eine schwere Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 49 Abs. 1 OR liege unbestreitbar vor, weil die Beschuldigte den Privatkläger aus seinem vertrauten Umfeld im F._____ gerissen und danach einem mehrmaligen Wechsel der Umgebung ausgesetzt habe. Bei der anschliessenden Platzierung des Kleinkinds in der SOS-Familie sei festgestellt worden, dass es erschöpft, verängstigt und gestresst gewesen sei. Damit liege eine Verletzung der psychischen Integrität im Sinne einer immateriellen Unbill vor (Urk. 67, Urk. 87, Urk. 122).

E. 5.4

Dies wird von der Verteidigung umfassend bestritten (Prot. I S. 18, Urk.121 S. 13). Wie in jedem Zivilverfahren ist es damit an der Privatklägerschaft, ihre Behauptungen zu substantiieren und insbesondere zu belegen. Dies ist nicht erfolgt, obwohl bereits die Vorinstanz festgehalten hatte, es seien keine hinreichenden Unterlagen eingereicht worden (Urk. 78 S. 19). Das Vorliegen einer schweren Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 49 Abs. 1 OR erscheint sodann aus den folgenden Gründen als fraglich:

E. 5.4.1

Unbestritten ist, dass die Beschuldigte nicht fähig war, auf Dauer alleine für ihr Kind zu sorgen, weshalb es überhaupt zum Obhutsentzug kam (vgl. Urk. 33/1 sowie Beizugsakten KESB). Mit der Entführung des Privatklägers gefährdete sie mithin fraglos das Kindeswohl. Eine Gefährdung stellt indes noch keine Verletzung dar. Die Beschuldigte war seit dessen Geburt – mit einem kurzen Unterbruch – regelmässig mit dem Privatkläger zusammen, meist im F._____ (Beizugsakten KESB, darin Urk. 49; Urk. 119 S. 10). Sie war für ihn also keine fremde Person. Irgendein gewalttätiges, aggressives oder sonst traumatisierendes Verhalten gegenüber dem Privatkläger hat die Beschuldigte nie aufgewiesen (Urk. 47 S. 27 und S. 44). Der Privatkläger war damals erst 4 Monate alt. Ein Baby dieses Alters merkt selbstredend nicht, dass seine – ihm durchaus vertraute – Mutter eine Ob-

- 20 - hutsverletzung begeht resp. dass es entführt wird, zumal es sich ohnehin nicht frei bewegen könnte. Auch der Ortswechsel nach Italien per se kann nicht Grundlage einer Persönlichkeitsverletzung bilden, ansonsten Eltern mit ihren Kleinkindern nicht in die Ferien fahren dürften und auch die geplante Fremdplatzierung des Privatklägers rechtlich problematisch wäre.

E. 5.4.2

Letztlich ist relevant, ob der Privatkläger in der Zeit, als er mit seiner Mutter alleine in Italien war, eine gute, fürsorgliche und altersgerechte Betreuung erfuhr. Die wesentlichen Fragen dazu wurden der KESB Horgen in einem E-Mail vom 4. März 2014 gestellt, als sich die KJZ ... erkundigte, wie es dem Privatkläger in Italien ergangen sei, ob er medizinisch abgeklärt resp. versorgt worden sei etc. (Beizugsakten KESB, darin Urk. 83 S. 2f.).

Antworten darauf finden sich in den Akten nicht. Auch im Rahmen der heutigen Berufungsverhandlung wurden in diesem Zusammenhang keinerlei Unterlagen eingereicht. Somit ist nicht nachgewiesen (und bestritten), dass es dem Kind während des Aufenthaltes in Italien an genügender Nahrung, Pflege und Fürsorge fehlte. Auch bezüglich der behaupteten Stresssymptome, die der Privatkläger anlässlich der Platzierung bei der SOS-Familie nach seiner Rückkehr aus Italien aufgewiesen haben soll, sind keinerlei Unterlagen – wie etwa medizinische Berichte – eingereicht worden. Mit der Verteidigung ist übrigens festzuhalten (Prot. I S. 18; Urk. 120 S. 5 f. und S. 13 f.), dass allfällige Stressreaktionen des Privatklägers auch auf die Verhaftung der Beschuldigten und somit den Entzug seiner Bezugsperson zurückzuführen sein könnten. Schliesslich dauerte es offenbar mehrere Wochen, bis am 18. März 2014, bis er in die Schweiz zurückgebracht werden konnte. In dieser Zeit war er in einem italienischen Kinderheim untergebracht, obwohl seine Pflegefamilie bereits ab 27. Februar 2014 feststand (Urk. 68 S. 10, Bezugsakten KESB, darin Urk. 63 S. 1 und Urk. 64). Auch dies mag Ursache für allfällige Stresssymptome gewesen sein.

E. 5.5

Insgesamt ist eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 49 Abs. 1 OR somit nicht hinreichend dargelegt worden. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Privatkläger die notwendigen Unterlagen noch beibringen und auch den Nachweis der Kausalität erbringen könnte, ist seine Forderung heute nicht ab-

- 21 - zuweisen, sondern mit der Vorinstanz auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen.

6. Kosten 6.1. Im Berufungsverfahren obsiegt die Beschuldigte teilweise, indem ihrem Hauptantrag auf Aufschiebung der Freiheitsstrafe gefolgt, von einer Grundsatzverpflichtung der Beschuldigten zur Leistung von Schadenersatz und von einer Genugtuung für den Privatkläger abgesehen wird. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Beschuldigten die Verfahrenskosten dennoch vollumfänglich auferlegt werden könnten, wenn die Voraussetzungen für das Obsiegen erst im Rechtsmittelverfahren geschaffen worden sind oder der angefochtene Entscheid nur unwesentlich abgeändert wird (Art. 428 Abs. 2 StPO). Die Beschuldigte nimmt erst seit dem 11. August 2015 (mithin nach dem erstinstanzlichen Urteil) regelmässig und zuverlässig an therapeutischen Gesprächen teil (Urk. 110 S. 3) und schuf dadurch erst die Grundlage für den Aufschub der Freiheitsstrafe. In früheren Behandlungen erwies sie sich als unzuverlässig, unmotiviert und sprunghaft, was zur Einschätzung des Gutachters führte, auf welche sich die Vorinstanz stützte (Urk. 47 S. 59 und S. 62). Insgesamt rechtfertigt es sich daher, der Beschuldigten die zweitinstanzlichen Kosten, inkl. die Gerichtsgebühr von Fr. 2'500.--, zu 2/3 aufzuerlegen und zu 1/3 auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Dabei sind allerdings die Kosten der amtlichen Verteidigung zu 1/3 definitiv und zu 2/3 einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht der Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von 2/3. Für eine definitive Abschreibung sämtlicher Kosten besteht bei der noch jungen Beschuldigten kein Anlass. Ihrer aktuellen finanziellen Situation kann auch noch beim Kostenbezug hinreichend Rechnung getragen werden. 6.2. Der amtliche Verteidiger der Beschuldigten, Rechtsanwalt lic. iur. X., reichte dem Gericht für das Berufungsverfahren eine Honorarnote über Fr. 6'180.50 ein (Urk. 121). Nachdem er die Dauer der heutigen Berufungsverhandlung auf 4 Stunden veranschlagte (Urk. 121 S. 3 bzw. 2), diese jedoch nur 2 Stunden und 15 Minuten dauerte (Prot. II S. 7 und S. 14), rechtfertigt es sich Rechtsanwalt X. als amtlichen Verteidiger

der Beschuldigten im Berufungs-

- 22 - verfahren für seine im Übrigen ausgewiesenen Aufwendungen und Auslagen mit Fr. 5'788.90 (inkl. Barauslagen und MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Es wird beschlossen:

E. 8

Februar 2012 um 1 Jahr sowie am 25. August 2012 um 6 Monate führte. Innert dieser bis Ende 2015 laufenden Probezeit beging sie die vorliegenden Delikte wie auch jene, die zum Strafbefehl vom 19. Januar 2015 führten (Urk. 81). Es stellt sich daher die Frage nach dem Vollzug der am 12. Juli 2011 verhängten Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 20.--. 4.2. Die Vorinstanz ist dabei mit zutreffender Begründung von einer schlechten Prognose für die Beschuldigte ausgegangen, was bereits durch deren Massnahmebedürftigkeit belegt ist. Auch die Tatsache, dass sich die Beschuldigte selbst durch die zweimalige Verlängerung der Probezeit nicht genügend beeindrucken liess, spricht gegen einen erneuten Aufschub. Eine Verlängerung der Probezeit wäre – entgegen der Annahme der Verteidigung (Urk. 120 S. 13) – ohnehin nicht mehr möglich, weil die ursprüngliche Probezeit auch bei mehreren Verlängerungen nicht um mehr als die Hälfte überschritten werden darf (Schneider/Garré in BSK, Strafrecht I, 3. A., N 52 zu Art. 46 Abs. 2 StGB) und diese im vorliegenden Fall bereits um 1,5 Jahre verlängert worden ist; eine blosser Verwarnung erscheint schliesslich nicht zielführend. Hinzu kommt, dass die Beschuldigte die heute ausgefallte zehnmonatige Freiheitsstrafe bei Erfolg der Massnahme nicht zu vollziehen hat, weshalb auch diesbezüglich nicht von einer

- 18 - hinreichenden Warnwirkung im Sinne von BGE 134 IV 140 E. 4.5 ausgegangen werden kann. 4.3. Die Anordnung der Vorinstanz (Urk. 78 S. 16 ff.) ist somit zu bestätigen. 5. Zivilforderungen

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.