

# ZH\_OBERGERICHT SB150531 vom 18. Oktober 2016

ZH Obergericht, 2016-10-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB150531](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB150531)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB150531 du 18 octobre 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT SB150531 del 18 ottobre 2016

## Erwägungen

### E. 1

Prozessverlauf

#### E. 1.1

Mit Urteil vom 24. November 2014 wurde der Beschuldigte der Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 3 StGB, der mehrfachen sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 3 StGB und der Widerhandlung gegen Art. 115 Abs. 1 lit. a, b und c AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a und d AuG schuldig gesprochen. Er wurde bestraft mit 9 Jahren Freiheitsstrafe, wovon bis zum Urteilszeitpunkt 1097 Tage als durch Haft geleistet galten. Weiter wurde die Verwahrung des Beschuldigten nach Art. 64 Abs. 1 StGB angeordnet. Sodann wurden diverse beschlagnahmte Messer sowie 1.7 Gramm sichergestelltes Marihuana und eine Schachtel mit Rauchutensilien eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur Vernichtung überlassen (Urk. 434 S. 96 f.).

#### E. 1.2

Gegen dieses Urteil meldeten der Beschuldigte sowie die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (nachfolgend Staatsanwaltschaft) rechtzeitig Berufung an (Urk. 368; Urk. 370). Mit Verfügung vom 21. September 2015 wies der Gerichtspräsident der Vorinstanz das Gesuch des Beschuldigten um einen Wechsel in der Person des amtlichen Verteidigers ab (Urk. 416). Das begründete Urteil wurde den Parteien am 9. November 2015 zugestellt (Urk. 427-429). Die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft ging am 12. November 2015 ein (Urk. 435), diejenige des Beschuldigten am 1. Dezember 2015 (Urk. 436). Mit Eingabe vom 2. Februar 2016 erklärte die Privatklägerin fristgerecht Anschlussberufung. Sodann stellte sie den Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit (Urk. 441). Mit Beschluss vom 9. Februar 2016 hiess die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Beschwerde des Beschuldigten gegen die Abweisung seines Gesuchs um einen Wechsel in der Person des amtlichen Verteidigers gut und entliess Rechtsanwalt Dr. Y1.\_\_\_\_\_ als amtlichen Verteidiger des Beschuldigten. Mit Wirkung ab 9. Februar 2016 wurde sodann Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten für das Berufungsverfahren bestellt (Urk. 442). Mit Beschluss vom 17. März 2016 wurde die Publikumsöffentlichkeit

- 8 - von der Berufungsverhandlung und von der zweitinstanzlichen Urteilseröffnung ausgeschlossen und die akkreditierten Gerichtsberichterstatter unter der Auflage zugelassen, dass die Identität der Privatklägerin nicht veröffentlicht werden dürfe und in der Berichterstattung jegliche Angaben zu unterlassen seien, die Rückschlüsse auf die Identität der Privatklägerin erlauben würden (Urk. 445). Am 18. Oktober 2016 fand die Berufungsverhandlung statt (Prot. II S. 6 ff.).

## **E. 2**

### Berufungserklärungen

#### **E. 2.1**

In der Berufungsschrift ist anzugeben, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils verlangt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO). Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung.

#### **E. 2.2**

Mit der Berufungserklärung vom 10. November 2015 beschränkte die Staatsanwaltschaft die Berufung auf die Bemessung der Strafe (Dispositivziffer 2) (Urk. 435).

#### **E. 2.3**

Mit Berufungserklärung vom 30. November 2015 beschränkte der Beschuldigte die Berufung auf die Schuldsprüche (Dispositivziffer 1), die Strafe (Dispositivziffer 2 und 3), die Anordnung der Verwahrung (Dispositivziffer 4), die Kostenaufgabe und Vorbehalt Nachforderung der Kosten der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Rechtsverteidigung der Privatklägerin (Dispositivziffer 8, 9 und 11), die Verpflichtung zur Bezahlung einer Genugtuung an die Privatklägerin (Dispositivziffer 13) und die Feststellung der Schadenersatzpflicht (Dispositivziffer 14) (Urk. 436). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung legte der Beschuldigte ein vollumfängliches Geständnis ab und anerkannte neu den durch die Vorinstanz ausgesprochenen Schuldpunkt (Dispositivziffer 1) (Prot. II S. 8, 18 ff. und 28; Urk. 454 S. 5 und 16). Zudem erklärte der Verteidiger, zusätzlich die Dispositivziffern 8, 9, 11 und 14 anzuerkennen (Urk. 454 S. 16).

#### **E. 2.4**

Die Privatklägerin beschränkte ihre Anschlussberufung auf die Höhe der Genugtuung (Dispositivziffer 13) (Urk. 441).

- 9 -

#### **E. 2.5**

Aus dem Umstand, dass den Betroffenen entfernte Verurteilungen durch das Gericht nicht mehr entgegen gehalten werden dürfen, folgt nicht, dass medizinische Sachverständige solche Umstände nicht mehr berücksichtigen dürfen. Zumal dem Betroffenen nach der Botschaft bloss keine negativen Rechtsfolgen aus dem entfernten Urteil mehr erwachsen dürfen (Botschaft vom 21. September 1998, BBl 1999 2167). Erfahren forensische Psychiater im Rahmen ihrer Exploration von in- zwischen entfernten Vorstrafen oder sind ihnen solche aus früheren Behandlungen bekannt, so können sie diese bei ihrer Begutachtung nicht ausblenden, ohne ein kunstfehlerbehaftetes medizinisches Urteil abzugeben." Diese qualitative Unterscheidung des Bundesgerichts zwischen Real- und Legalprognose vermag nicht wirklich zu überzeugen, wird doch letztlich die Realprognose des Gutachters oft zur Legalprognose des Richters (vgl. dazu BSK StGB II- Gruber, N 10 zu Art. 369). In seinem Urteil 6B\_274/2010 vom 3. Mai 2010 hielt das Bundesgericht jedoch an dieser Rechtsprechung fest und führte weiter aus:

- 21 - "1.5 Um eine Umgehung des gerichtlichen Verwertungsverbots gemäss Art. 369 Abs. 7 StGB zu verhindern, muss in der Begutachtung allerdings offengelegt werden, inwiefern die frühere (aus dem Strafregister entfernte) mit der jüngeren (nicht entfernten) Delinquenz

in Zusammenhang steht (Konnexität) und wie stark sich diese weit zurückliegenden Taten noch auf das gutachterliche Realprognoseurteil auswirken (Relevanz). So kann auch für die gerichtliche Beurteilung gewährleistet werden, dass allfällige Schlechtprognosen nur im Umfang der noch eingetragenen Vorverurteilungen berücksichtigt werden (vgl. BGE 135 IV 87 E. 2.5 mit Hinweisen). Es besteht kein Anlass (und der Beschwerdeführer zeigt einen solchen auch nicht auf), auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zurückzukommen."

### **E. 3**

Strafe

#### **E. 3.1**

Strafrahmen, Strafzumessung

##### **E. 3.1.1**

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 und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Straftat gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB).

##### **E. 3.1.2**

Vorliegend hat sich der Beschuldigte der qualifizierten Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 3 StGB, der mehrfachen qualifizierten sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 3 StGB sowie der Widerhandlung gegen Art. 115 Abs. 1 lit. a, b und c in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a und d AuG schuldig gemacht. Wie die Vorinstanz korrekt festgehalten hat, sehen sowohl die qualifizierte Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 3 StGB als auch die qualifizierte sexuelle Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 3 StGB einem Strafrahmen von 3 bis 20 Jahre Freiheitsstrafe vor (Urk. 434 S. 78). Die Deliktsmehrheit ist innerhalb des ordentlichen Strafrahmens strafferhöhend zu berücksichtigen. Aussergewöhnliche Umstände, die es rechtfertigen würden, den ordentlichen Strafrahmen nach unten oder nach oben zu erweitern (vgl. BGE 136 IV 55 ff.), sind keine vorhanden. Insbesondere lag seitens des Beschuldigten keine Schuldunfähigkeit und auch keine verminderte Schuldfähigkeit vor (vgl. Urk. 26/6).

##### **E. 3.1.3**

Gemäss Art. 47 StGB ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen. Es wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen der straffälligen Person sowie danach bestimmt, wie weit sie nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verlet-

- 10 - zung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Mit zu berücksichtigen sind aber auch das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben der Angeklagten. Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen der Tat- und der Täterkomponente. Bei der Tatkomponente sind das Ausmass des verschuldeten Erfolgs, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolgs, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat und die Beweggründe des Schuldigen zu beachten. Die Täterkomponente umfasst die persönlichen Verhältnisse, das Vorleben (insbesondere

frühere Straftaten), die Beweggründe und Ziele und das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere gezeigte Reue und Einsicht, oder ein abgelegtes Geständnis (vgl. BSK StGB I-Wiprächtiger/Keller, Art. 47 N 90 ff.).

## **E. 3.2**

Tatkomponenten Vergewaltigung

### **E. 3.2.1**

Zunächst ist in objektiver Hinsicht darauf hinzuweisen, dass der Unrechtsgehalt einer Vergewaltigung, welche zu den gravierendsten Delikten im Schweizerischen Strafgesetzbuch gehört, per se nicht mehr als leicht bezeichnet werden kann. Allerdings sind dabei gleichwohl sämtliche Elemente zu berücksichtigen, die als besonders gravierend oder aber auch als verschuldensrelativierend erscheinen. Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte in dieser zweiten Phase des Geschehens – nachdem der Beschuldigte die Privatklägerin bereits zuvor zu sexuellen Handlungen genötigt hatte (vgl. dazu nachstehend) – vor dem Beischlaf von der Privatklägerin verlangte, dass sie ihn oral stimulierte und dabei auch noch seine Hoden lecken musste. Der Beschuldigte setzte sich mit seinen Handlungen in egoistischer und erniedrigender Weise über das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der Privatklägerin ohne jede Rücksicht auf deren Befindlichkeit hinweg. Er nutzte das ihm von der Privatklägerin entgegengebrachte Vertrauen – so schwor er auf seinen Sohn, dass er ihr nichts tun werde – schamlos aus, indem er ihr als Ortskundiger angeblich den Weg zum Bahnhof zeigen wolle, sie jedoch an einen Ort führte, an dem sie sich nicht auskannte und sie ihm daher hilflos ausgeliefert war. Weiter ist festzuhalten, dass der Beschuldigte zwar sein Glied schon nach kurzer Zeit wieder aus der Vagina der Privatklägerin her-

- 11 - auszog und er nicht bis zum Samenerguss zugewartet hatte. Jedoch onanierte er in der Folge ins Gesicht und in den Mund der Privatklägerin, was zu einer weiteren Erniedrigung der Privatklägerin führte. Die Tatfolgen für die Privatklägerin waren gravierend. Dass es für sie ein äusserst traumatisches Erlebnis war, ist ohne Weiteres nachvollziehbar.

### **E. 3.2.2**

Dem Beschuldigten wird grausames Verhalten vorgeworfen. Ein solches liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn ein Täter dem Opfer besondere Leiden zufügt, die erheblich über das Mass dessen hinausgehen, was zur Erfüllung des Grundtatbestandes nötig ist (BGE 119 IV 49 E. 3d). Mit besonderen Leiden sind solche gemeint, welche der Täter dem Opfer in der Regel aus Sadismus, Brutalität oder Gefühlslosigkeit zufügt (Urteil des Bundesgerichts 6B\_875/2009 vom 22. März 2010, E. 5.3.1). Vorliegend hatte der Beschuldigte der Privatklägerin ganz zu Beginn des Geschehens ein ca. 12 cm langes Messer an die Kehle gesetzt und ihr damit eine oberflächliche Schnittwunde zugefügt. In dieser hier zu beurteilenden 2. Phase nahm der Beschuldigte erneut ein Messer hervor – diesmal ein kleineres –, um seinen Forderungen Nachdruck zu verleihen. Dadurch geriet die Privatklägerin selbstredend in grosse Angst. Der Beschuldigte machte sie mit diesem Vorgehen gefügig, steckte das Messer jedoch auch wieder weg. Damit bewegt sich das objektive Tatverschulden, innerhalb des qualifizierten Tatbestandes im unteren Bereich, sind doch wesentlich grausamere Vorgehensweisen denkbar.

### **E. 3.2.3**

Zur subjektiven Tatkomponente ist festzuhalten, dass der Beschuldigte vorsätzlich und einzig zur Befriedigung seiner sexuellen Bedürfnisse handelte. Wie die Vorinstanz sodann zutreffend festhielt, zielten die Handlungen des Beschuldigten nebst der sexuellen Komponente auch darauf ab, Macht über die Privatklägerin auszuüben. So dirigierte er den Ablauf regelrecht und gab der Privatklägerin gegenüber auch unter Anwendung von Gewalt Anweisungen, was sie zu machen habe. Er handelte aus reiner Triebbefriedigung mit dem Ziel, Geschlechtsverkehr ohne Kondom zu erzwingen.

- 12 - Gemäss Gutachten der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich vom 19. Juli 2012 ist beim Beschuldigten, auch wenn er unbestrittenermassen diverse Joints geraucht hatte, nicht von einer eingeschränkten Schuldfähigkeit auszugehen (Urk. 26/6 S. 72). Die subjektive Tatschwere vermag die objektive nicht zu relativieren.

#### **E. 3.2.4**

Innerhalb des qualifizierten Tatbestandes bewegt sich damit das Tatverschulden insgesamt noch im unteren Bereich der Skala, weshalb die hypothetische Einsatzstrafe auf rund 5 Jahre festzusetzen ist.

### **E. 3.3**

Tatkomponenten mehrfache sexuelle Nötigung

#### **E. 3.3.1**

In objektiver Hinsicht wiegt nicht mehr leicht, dass der Beschuldigte – auch wenn er das Messer in der Folge nicht einsetzte – die Privatklägerin unter Bedrohung mit einem Messer mehrfach zu den sexuellen Handlungen nötigte. Sodann kam es nicht nur zu Berührungen an den Brüsten, am Po und an der Vagina der Privatklägerin, sondern er drang auch mit dem Finger mehrfach in die Vagina der Privatklägerin ein und verlangte, dass sie ihn oral befriedigte und seine Hoden leckte. Weiter fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte von der Privatklägerin etwas später nicht nur verlangte, dass sie seinen Penis frottiere, sondern auch, dass sie seinen Penis in den Mund nimmt und es somit zu Oralverkehr kam. Auch hier setzte sich der Beschuldigte in egoistischer und erniedrigender Weise über das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der Privatklägerin ohne jede Rücksicht auf deren Befindlichkeit hinweg. Er wies die Privatklägerin teilweise unter, wenn auch leichter, Gewaltanwendung an, was sie zu tun hatte. Auch hier gilt, dass er das ihm von der Privatklägerin entgegengebrachte Vertrauen schamlos ausnutzte, indem er sie an einen Ort führte, an dem sie sich nicht auskannte und sie ihm daher hilflos ausgeliefert war. Sodann erstreckten sich die Handlungen über einen längeren Zeitraum von über einer Stunde. Aufgrund des Einsatzes des Messers ist auch hier das Qualifikationsmerkmal gegeben. Innerhalb des qualifizierten Tatbestandes bewegt sich das Verschulden am unteren Rand der Skala.

- 13 -

#### **E. 3.3.2**

In subjektiver Hinsicht gilt auch hier, dass der Beschuldigte vorsätzlich und einzig zur Befriedigung seiner sexuellen Bedürfnisse handelte und sein Vorgehen nebst der sexuellen Komponente auch darauf abzielte, Macht über die Privatklägerin auszuüben. Die Nötigungshandlungen erstreckten sich über eine längere Dauer mit Unterbrüchen und erneuten Angriffen, was für das Opfer besonders zermürbend und traumatisierend sein musste. Wie erwähnt, ist beim Beschuldigten sodann nicht von einer eingeschränkten

Schuldfähigkeit auszugehen (Urk. 26/6 S. 72; Ziff. 7.2.2.). Die subjektive Tatschwere vermag auch hier die objektive nicht zu relativieren.

### **E. 3.3.3**

Insgesamt ist demnach auch für die sexuelle Nötigung innerhalb des qualifizierten Tatbestandes von einem Verschulden im unteren Bereich auszugehen. Unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips rechtfertigt es sich, die hypothetische Einsatzstrafe um rund 3 Jahre zu erhöhen.

### **E. 3.4**

Tatkomponente Widerhandlung AuG

#### **E. 3.4.1**

Diesbezüglich fällt ins Gewicht, dass sich der Beschuldigte über eine Dauer von über zwei Jahren illegal in der Schweiz aufhielt und er während dieser Zeit immer wieder auch arbeitstätig war.

#### **E. 3.4.2**

In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Entschluss des Beschuldigten zur unrechtmässigen Einreise und dem daraus gefolgten Aufenthalt in der Schweiz im Wesentlichen darauf beruhten, dass seine Ehefrau und ihr gemeinsames Kind in der Schweiz leben.

#### **E. 3.4.3**

In Würdigung der objektiven und subjektiven Tatkomponenten erscheint das Verschulden des Beschuldigten als knapp noch leicht. In Anwendung des Asperationsprinzips rechtfertigt es sich, die hypothetische Einsatzstrafe leicht zu erhöhen.

- 14 -

### **E. 3.5**

Täterkomponente

#### **E. 3.5.1**

Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann auf die Untersuchungsakten (Urk. 12/6 S. 3 f.) sowie seine Ausführungen zu seiner Person vor Vorinstanz (Urk. 112 S. 1 ff.) und anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung (Prot. II S. 9 ff.) verwiesen werden. Der Gutachter stellte beim Beschuldigten eine dissoziale Persönlichkeitsstörung fest, welche jedoch nicht als schwerwiegend einzuschätzen sei (Urk. 26/6 S. 64 f.). Die Auswirkungen der Persönlichkeitsstörung auf die psychosoziale Leistungsfähigkeit des Beschuldigten seien aktuell nicht als gravierend einzuschätzen (Urk. 26/6 S. 72). Somit lässt sich aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten nichts Relevantes für die Strafzumessung ableiten.

#### **E. 3.5.2**

Der Beschuldigte weist eine Vorstrafe aus dem Jahr 2006 wegen verschiedener Straftaten auf (Urk. 438), die zwar nicht direkt einschlägig sind, d.h. keine Sexualdelikte waren, jedoch hinsichtlich des vollendeten Raubes sowie der mehrfachen Raubversuche ebenfalls gegen die körperliche Integrität gerichtete Delikte betraf (Urk. 27/12 S. 23). Die Vorstrafe ist deshalb hinsichtlich der Vergewaltigung und der sexuellen Nötigung erheblich, und

hinsichtlich der Widerhandlung gegen das AuG leicht strafehörend zu berücksichtigen und die Einsatzstrafe auf 9 ½ Jahre zu erhöhen.

### **E. 3.5.3**

Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung gestand der Beschuldigte den Sachverhalt vollumfänglich ein und anerkannte den Schuldspruch der Vorinstanz (Prot. II S. 8 und 18 ff.). Dieses Geständnis ist somit neu zu berücksichtigen, nachdem der Beschuldigte bisher beharrlich geschwiegen hat und ein sehr umfangreiches Vorverfahren sowie erstinstanzliches Gerichtsverfahren stattgefunden hat. Zwar ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte unter grossem Druck stand, bei einem Geständnis seine Ehe bzw. Familie zu riskieren. Jedoch ist bei diesem späten Geständnis von taktischen Überlegungen und weniger von Einsicht und Reue auszugehen. Gab der Beschuldigte doch als Grund, weshalb er die Taten nun zugab an, es sei eine Belastung für ihn selbst gewesen und erklärte er zwar, er möchte sich bei der Privatklägerin entschuldigen (Prot. II S. 22). Jedoch ist eine Entschuldigung bis zur Berufungsverhandlung nicht erfolgt, ob-

- 15 - wohl der Beschuldigte angab, sich bereits ein halbes Jahr vor der Verhandlung für das Geständnis entschieden zu haben (Prot. II S. 18). Immerhin bringt ein Geständnis auch zu einem solch späten Zeitpunkt für das Opfer eine gewisse Erleichterung, dass ihre Aussagen doch noch bestätigt wurden. Bezüglich der Widerhandlung gegen das AuG war der Beschuldigte von Anfang an vollumfänglich geständig und gab er auf Eigeninitiative an, dass er auch gearbeitet habe. Zumindest hinsichtlich letzterem konnte aufgrund seines Geständnisses auf weitere sich allenfalls schwierig zu gestaltende Abklärungen verzichtet werden. Dies ist hinsichtlich der Widerhandlung gegen das AuG erheblich strafmindernd zu werten. Insgesamt erscheint eine Reduktion der Strafe um ein Jahr als angemessen.

### **E. 3.5.4**

Schliesslich ist festzuhalten, dass eine besondere Strafempfindlichkeit des Beschuldigten nicht ersichtlich ist. Auch eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes, wie dies durch die Verteidigung geltend gemacht wird (Urk. 454 S. 6), liegt nicht vor.

### **E. 3.5.5**

In Würdigung aller relevanter Strafzumessungsgründe erweist sich demgemäss eine Freiheitsstrafe von 8 ½ Jahren den Taten, dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten als angemessen.

### **E. 3.6**

Angesichts der auszufällenden Freiheitsstrafe von 8 ½ Jahren fällt die Gewährung des (teil-) bedingten Strafvollzugs bereits aus objektiven Gründen ausser Betracht (Art. 42 Abs. 1 StGB, Art. 43 Abs. 1 StGB).

### **E. 3.7**

Einer Anrechnung der erstandenen Haft von 1790 Tagen an die Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

## **E. 4**

Massnahme - Verwahrung

### **E. 4.1**

Die rechtlichen Grundlagen für die Anordnung einer Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB werden im angefochtenen Urteil korrekt wiedergegeben (Urk. 434 S. 85 f.). Auf eine Wiederholung ist zu verzichten.

- 16 -

## **E. 4.2**

Anlasstat

### **E. 4.2.1**

Nachdem der Beschuldigte der (qualifizierten) Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 StGB schuldig zu sprechen ist, liegt eine im Deliktskatalog von Art. 64 Abs. 1 StGB aufgeführte Straftat vor.

### **E. 4.2.2**

Zusätzlich erforderlich ist, dass der Beschuldigte durch die Anlasstat eine schwere Beeinträchtigung der physischen, psychischen oder sexuellen Integrität einer anderen Person verursacht oder verursachen wollte. Die dadurch bewirkte Schädigung muss von erheblicher Schwere sein. Diesbezüglich ist ein objektiver Massstab anzulegen. Im Zusammenhang mit dem Deliktskatalog wird der Voraussetzung einer schweren Schädigung häufig nicht besondere Relevanz zukommen, da diese Delikte zumeist ohnehin mit diesem Zusatzerfordernis verbunden sind. Zu denken ist an das Beispiel der Tötungsdelikte. Gleich verhält es sich mit dem Tatbestand der Vergewaltigung (BSK StGB I-Heer, Art. 64 N 22 f.). Vorliegend steht somit ausser Frage, dass durch die vom Beschuldigten begangene Vergewaltigung eine schwere Beeinträchtigung der sexuellen Integrität des Opfers erfolgte.

### **E. 4.2.3**

Dementsprechend ist eine Anlasstat im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB gegeben.

## **E. 4.3**

Täterbezogene Voraussetzungen

### **E. 4.3.1**

Beim Beschuldigten wurde durch den Gutachter sodann eine dissoziale Persönlichkeitsproblematik und eine zeitlich stabile Tendenz zu deliktischem und insbesondere auch gewalttätigem Verhalten festgestellt. Dies lasse mit hoher Wahrscheinlichkeit weitere und auch schwerwiegende Gewaltstraftaten erwarten. Die therapeutischen Möglichkeiten, die Kriminalprognose in einem Zeitraum von fünf Jahren effektiv zu verbessern, seien gering. Sodann verneint der Gutachter das Vorliegen einer schweren psychischen Störung im Sinne von Art. 59 und 63 StGB (Urk. 26/6 S. 60 ff.; Urk. 168 S. 3). Aufgrund der dissozialen Persönlichkeitsmerkmale und zahlreicher weiterer Risikomerkmale für rezidivierende Gewalt- und Sexualdelinquenz sei ernsthaft zu erwarten, dass der Beschuldigte wei-

- 17 -  
tere und auch schwerwiegende Gewaltstraftaten begehen werde. Da keine schwere psychische Störung vorliege, sei eine stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB nicht angezeigt. Ganz unabhängig von dieser Frage würden sich wegen der fehlenden Bereitschaft des Beschuldigten, sich mit eigenem Fehlverhalten kritisch auseinanderzusetzen, der fehlenden Behandlungsmotivation, dem hohen Ausprägungsgrad

von „psychopathy“-Merkmalen und aufgrund des fehlenden Problembewusstseins und Leidensdrucks keine konkreten Erfolgsaussichten einer psychotherapeutischen Intervention skizzieren (Urk. 26/6 S. 60 ff; Urk. 168 S. 4).

#### **E. 4.3.2**

Die Verwahrung ist gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB unzulässig, wenn eine Massnahme nach Art. 59 StGB einen Erfolg verspricht. Nach Art. 59 StGB kann das Gericht gegenüber einem psychisch schwer gestörten Täter eine therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB anordnen, wenn im Zeitpunkt des Entscheids die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich durch eine solche Behandlung über die Dauer von fünf Jahren die Gefahr von weiteren, mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehenden Taten deutlich verringern lässt. Vorliegend verneint das Gutachten das Vorliegen einer schweren psychischen Störung im Sinne von Art. 59 StGB, weshalb eine entsprechende Massnahme von vornherein nicht in Betracht fällt.

#### **E. 4.3.3**

Auch eine ambulante Massnahme fällt aus diesem Grund ausser Betracht. Wird doch auch hier eine schwere psychische Störung vorausgesetzt (Art. 63 Abs. 1 StGB).

#### **E. 4.3.4**

Zur Anordnung einer Verwahrung ist sodann die ernsthafte Erwartung weiterer Delinquenz erforderlich. Erforderlich ist eine qualifizierte Gefährlichkeit. Es muss eine hohe Wahrscheinlichkeit weiterer schwerwiegender Straftaten bestehen. Eine blosser Vermutung oder vage Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Hinsichtlich der Art der Delinquenz ist erforderlich, dass es sich um erwartete schwerwiegende Straftaten gegen die psychische, physische oder sexuelle Integrität handelt (BSK StGB I-Heer, Art. 64 N 47 ff.). Bei der Beurteilung der qualifizierten Gefährlichkeit steht den Gerichten ein grosses Ermessen zu, und mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sind ausserordentlich hohe Anforderungen an die Ernsthaftigkeit der Rückfallgefahr zu stellen (BSK StGB I-Heer, Art. 64 N 51;

- 18 - BSK StGB I-Heer/Habermeyer, Art. 64 N 67). Bei der Risikoanalyse ist grundsätzlich eine Gesamtwürdigung von Tat und Täter vorzunehmen. Massgebliche Faktoren der Risikoanalyse sind die Anlasstat, aber auch die Vorgeschichte und spätere Entwicklung sowie Hintergründe und Beziehung zum Opfer (BSK StGB I-Heer/Habermeyer, Art. 64 N 67).

#### **E. 4.3.5**

Bereits in seinem Gutachten vom 12. Juli 2012 hat der Gutachter nachvollziehbar hervorgehoben, dass der Beschuldigte an einer dissozialen Persönlichkeitsstörung leide, die zusammen mit den „psychopathy“-Merkmalen für die Kriminalprognose von grosser Bedeutung seien. Der Beschuldigte zeige keinerlei Bereitschaft, selbst länger zurückliegendes eigenes Fehlverhalten angemessen und insbesondere auch selbstkritisch zu würdigen (Urk. 26/6 S. 62 ff., S. 69). In seinem Ergänzungsgutachten vom 25. Juli 2013 hielt der Gutachter daran fest, dass die dissoziale Persönlichkeitsproblematik des Beschuldigten für die Kriminalprognose von grosser Bedeutung sei: Sie unterstreiche einerseits die persönlichkeitsgebundene Bereitschaft des Beschuldigten, eigene Interessen rücksichtslos und auch mit Gewalt umzusetzen. Andererseits erfasse dieser diagnostische Begriff auch die mangelnde Fähigkeit bzw. Bereitschaft, eigenes Verhalten auf-

gesetzlicher Sanktion umzustellen (Urk. 168 S. 2).

#### **E. 4.3.6**

Unter Berücksichtigung der Vorgeschichte des Beschuldigten und dessen späteren Entwicklung resp. dessen Auseinandersetzung mit seiner Vergangenheit sowie der Beurteilung der sog. statistischen und dynamischen Risikofaktoren, kommt der Gutachter sodann nachvollziehbar zum Schluss, dass aufgrund der dissozialen Persönlichkeitsmerkmalen des Beschuldigten und zahlreicher weiterer Risikomerkmale für rezidivierende Gewalt- und Sexualdelinquenz ernsthaft zu erwarten sei, dass der Beschuldigte weitere und auch schwerwiegende Gewalttaten begehen werde (Urk. 168). Soweit der Gutachter festhielt, dass der Kontakt zum Beschuldigten letztlich fassadär geblieben sei (Urk. 26/6 S. 47), ist klarzustellen, dass sich dies lediglich auf den Umstand der nicht möglichen konstruktiven Diskussion über das eigene Fehlverhalten des Beschuldigten bezog und nicht zum generellen Zugang zum Beschuldigten. Der Gutachter setzte sich denn auch nicht nur mit den Akten, sondern auch intensiv mit seinen eigenen Erhebungen

- 19 - und den mit dem Beschuldigten geführten Gesprächen und durchgeführten Tests auseinander. Die vom Gutachter angestellten Überlegungen und die daraus zur Frage der Verwahrung abgeleiteten Schlussfolgerungen sind grundsätzlich schlüssig und nachvollziehbar. Es bestehen entgegen der Auffassung der Verteidigung keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das Gutachten nicht lege artis erstellt wurde (Urk. 454 S. 6 ff.).

#### **E. 4.3.7**

Vorliegend ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte die schwerwiegendsten Delikte als Jugendlicher verübt hat. So war er im Mai 1999 bei einem Raubüberfall auf eine Taxifahrerin zu Dritt beteiligt und tötete er am 14. Dezember 1999 die Mutter seiner damaligen Freundin mit mehreren Messerstichen. Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Jugendgerichtes des Bezirkes Affoltern vom 5. Oktober 2000 wegen vorsätzlicher Tötung, Raubes und Diebstahls in ein Erziehungsheim im Sinne von Art. 91 Ziff. 2 aStGB eingewiesen, und es wurde eine besondere Behandlung angeordnet (Urk. 27/10 und Urk. 27/11 S. 3 f.).

##### **E. 4.3.7.1**

Diese Vorstrafe wurde gemäss Art. 361 aStGB (StGB vom 21. Dezember 1937, Stand am 5. Dezember 2000) in das Strafregister eingetragen. Auch nach der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, welche am 1. Januar 2007 in Kraft trat, blieb das Urteil eintragungspflichtig (Art. 366 Abs. 3 lit. b aStGB). So waren Verurteilungen von Jugendlichen aufzunehmen, wenn diese zu einem Freiheitsentzug oder einer Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung verurteilt wurden. Einer solchen Unterbringung gleichgestellt war die altrechtliche Einweisung in eine Anstalt nach Art. 91 Ziff. 2 aStGB. Somit wurde das Urteil nicht gemäss der Schlussbestimmung der Änderung vom 13. Dezember 2002 (Ziff. 3 Abs. 2 lit. b SchlBest. 2002) übergangsrechtlich gelöscht, sondern blieb im Strafregister eingetragen (vgl. zum Ganzen auch BSK StGB II-Gruber, N 79 ff. zu Art. 366). Auch gemäss geltender Regelung (Art. 366 Abs. 3 lit. b StGB) wäre das Urteil noch eintragungspflichtig. Das Urteil des Jugendgerichtes des Bezirkes Affoltern vom 5. Oktober 2000 musste gemäss Art. 99 Ziff. 1 aStGB (StGB vom 21. Dezember 1937, Stand am

#### **E. 4.3.7.2**

Gemäss Art. 369 Abs. 7 StGB darf ein entferntes Urteil dem Täter nicht mehr entgegengehalten werden. Es dürfen an ein solches Urteil keine Rechtsfolgen geknüpft werden. Entfernte Urteile dürfen daher weder bei der Strafzumessung noch bei der Prognosebeurteilung zulasten des Betroffenen verwendet werden. Für die Legalprognose soll mit anderen Worten nicht erlaubt sein, ein Kapitalverbrechen – hier eine vorsätzliche Tötung – miteinzubeziehen, die zwölf Jahre vor dem zu beurteilenden Delikt verübt wurde. Diese Auslegung des Gesetzes hat das Bundesgericht in zwei wesentlichen Entscheiden bestätigt. So in BGE 135 IV 87 S. 92: "2.4 [...] Aus dem gesetzgeberischen Willen der vollständigen Rehabilitation muss gefolgert werden, dass entfernte Urteile weder bei der Strafzumessung noch bei der Prognosebeurteilung zu Lasten des Betroffenen verwendet werden dürfen. Diese Verwertungseinschränkung ist gerechtfertigt, da die Vortaten aufgrund der grosszügig bemessenen Entfernungszeiten (vgl. Art. 369 Abs. 1 StGB) Jahrzehnte zurückliegen. Nach Ablauf dieser Fristen sind die Rehabilitierungs- und Resozialisierungsinteressen des Betroffenen von Gesetzes wegen schwerer zu gewichten als die öffentlichen Informations- und Strafbedürfnisse (zur Interessenabwägung vgl. ANGELA AUGUSTIN, die Legitimation von Informationen über Strafregistereinträge, in: Information & Recht, M. Cottier und andere [Hrsg.], 2002, S. 3 f.).

#### **E. 4.3.7.3**

Das Tötungsdelikt aus dem Jahre 1999 wird vom Gutachter einlässlich auf S. 20-30 abgehandelt und hat offensichtlich bei der medizinischen Prognosestellung, zusammen auch mit dem Raubüberfall, den der Beschuldigte als Jugendlicher verübt hat, erhebliche Bedeutung gehabt. So wird die vorsätzliche Tötung im Gutachten immer wieder erwähnt und nimmt gerade auch im Vergleich zu den Raubtaten, für welche er im Jahr 2006 verurteilt (Urk. 26/16 S. 18 f.) wurde, eine vorrangige Stellung ein. Dass das Tötungsdelikt aus medizinischer Sicht einen wesentlichen Einfluss auf die Prognosestellung hatte, wird auch daraus deutlich, dass der Gutachter ausführte, dass er ohne die ausführlichen Vorbefunde zu keinem Zeitpunkt an das Bestehen einer emotional-instabilen Persönlichkeitsstörung gedacht hätte und man diese Diagnose auch anhand der Angaben des Exploranden aktuell nicht stellen könne (a.a.O., S. 63). Er weist auch darauf hin, dass die dissoziale Problematik des Beschuldigten im Zeitraum zwischen 2004 und 2011 weniger relevant gewesen zu sein scheine, als in den Jahren vor der Verhaftung. Dies könne mit Alterungsprozessen in Verbindung stehen, die zum Nachlassen impulsiv-aggressiver Verhaltensbereitschaften geführt habe (a.a.O., S. 63 f.). Zusammenfassend führt der Gutachter aus, dass beim Beschuldigten eine dissoziale Persönlichkeitsstörung diagnostiziert werden könne. Jedoch sei davon auszugehen, dass diese Persönlichkeitsstörung im Jugend- und jungen Erwachsenenalter eine wesentlich deutlichere Ausprägung gehabt habe als aktuell. Die Auswirkungen der Persönlichkeitsstörung auf die psychosoziale Leistungsfähigkeit des Beschuldigten seien aktuell nicht als gravierend einzuschätzen (a.a.O., S. 72). Auch dies ist ein klarer Hinweis auf die dominierende Bedeutung des Tötungsdelikts in der psychiatrischen Begutachtung.

- 22 -

#### **E. 4.3.7.4**

Die wesentlichen Umstände des Tötungsdelikts aus dem Jahre 1999 dürfen bzw. müssen wie erwähnt zwar bei der Realprognose berücksichtigt werden, bei der Legalprognose

indessen nicht – sie müssen nach dem gesetzgeberischen Willen ausgeblendet werden. Eine allfällige Schlechtprognose darf somit nur im Umfang der noch eingetragenen Vorverurteilung berücksichtigt werden. Wie oben ausgeführt, kommen dem Raub auf einen Spielsalon sowie den zwei Raubversuchen im Vergleich zum Tötungsdelikt klarerweise eine stark untergeordnete Bedeutung zu, weshalb es sich nicht rechtfertigt, gestützt darauf die härteste Massnahme, die Verwahrung anzuordnen. Es gibt deshalb unter der heutigen Rechtslage keine andere Möglichkeit, als von einer Verwahrung abzusehen. Damit erübrigt es sich, auf die Beweisanträge des Verteidigers (neues Gutachten sowie Einvernahme des Gutachters) einzugehen (Urk. 454 S. 1).

#### **E. 4.3.7.5**

Anzumerken bleibt, dass das Verwertungsverbot von Art. 369 Abs. 7 StGB de lege ferenda durch das Strafregistergesetz gestrichen werden wird. Der entsprechenden Botschaft ist zu entnehmen, dass ein solches als nicht sachgerecht erscheine (Botschaft S. 5724 und S. 5776 ff.). Dies kann jedoch für den vorliegenden Fall nicht berücksichtigt werden.

### **E. 5**

Zivilklage

#### **E. 5.1**

Der Privatklägerin wurde mit Urteil vom 24. November 2014 eine Genugtuung in Höhe von Fr. 10'000.– zuzüglich 5% Zins ab 6. Oktober 2011 zugesprochen. Mit ihrer Anschlussberufung verlangt die Privatklägerin – wie bereits ursprünglich im vorinstanzlichen Verfahren (Urk. 108 S. 2) – der Beschuldigte sei zu verpflichten, ihr Fr. 12'000.– zuzüglich 5% Zins ab 6. Oktober 2011 als Genugtuung zu bezahlen (Urk. 441 S. 1; Urk. 453).

#### **E. 5.2**

Die geschädigte Person kann zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat als Privatklägerschaft adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen (Art. 122 Abs. 1 StPO). Das mit der Strafsache befasste Gericht beurteilt den Zivilanspruch ungeachtet des Streitwerts (Art. 124 Abs. 1 StPO) und entscheidet über die anhängig gemachte Zivilklage, wenn es die beschuldigte Person schuldig spricht (Art. 126 Abs. 1 lit. a StPO).

- 23 -

#### **E. 5.3**

Die Voraussetzungen der Schadenersatz- und Genugtuungsverpflichtung ergeben sich aus Art. 41 ff. OR. Bei der Bestimmung des Schadens hat das Gericht sowohl die Umstände als auch die Grösse des Verschuldens zu würdigen (Art. 43 Abs. 1 OR). Entsprechendes gilt für die Bemessung der Genugtuungssumme (vgl. BGE 132 II 117). Ein Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung hat, wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt worden ist, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wieder gut gemacht worden ist (Art. 49 Abs. 1 OR). Die Genugtuung ist der Ausgleich für immaterielle Unbill. Damit soll ein gewisser Ausgleich für die mit der Persönlichkeitsverletzung verbundene Beeinträchtigung des Lebensgenusses und des Wohlbefindens geschaffen werden. Der Umfang der Genugtuung ist vom Gericht nach Ermessen festzulegen. Dabei kommt es auch auf die Schwere und Art der Verletzung, die Intensität und Dauer der Auswirkung auf die Persönlichkeit des Betroffenen sowie den Grad des

Verschuldens des Genugtuungspflichtigen an (KOLLER, in: Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationen- recht, 9. Aufl., 2000, S. 64 f.).

#### **E. 5.4**

Vorliegend geht es um die Beurteilung einer vorsätzlich verübten qualifizierten Vergewaltigung sowie mehrfachen vorsätzlich verübten qualifizierten sexuellen Nötigungen, in deren Rahmen die Privatklägerin durch das Verhalten des Beschuldigten zwar keine persistierenden körperlichen Verletzungen, aber insbesondere erhebliche immaterielle Unbill erlitt. So wurde glaubhaft dargetan, dass die Privatklägerin im Januar 2013 als Folge des Vorfalls vom 6. Oktober 2011 einen „Nervenzusammenbruch“ mit Suizidversuch erlitt (Urk. 289 S. 2 f.). Sodann leidet sie seit dem Vorfall vom 6. Oktober 2011 unter erhöhter Ängstlichkeit und einer intensivierten Störung des Beziehungserlebens in Liebesbeziehungen (Urk. 453 S. 3). Da emotionale und sexuelle Nähe Erinnerungen wachrufen, ist der Aufbau von tragfähigen Liebesbeziehungen deutlich erschwert, was zu Einsamkeit führt. Dies wiederum führt zu persönlichen und beruflichen Instabilitäten. Der die Privatklägerin behandelnde Gutachter geht davon aus, dass die Therapie bis mindestens Ende 2016 weitergeführt werden müsse (Urk. 349).

- 24 -

#### **E. 5.5**

Berücksichtigt man die Schwere der Verletzung der Persönlichkeit der Privatklägerin sowie die nicht absehbaren Auswirkungen auf ihre psychische Gesundheit und die Schwere des Verschuldens des Beschuldigten sowie dessen finanziellen Verhältnisse, erscheint die von der Privatklägerin beantragte Genugtuung in Höhe von Fr. 12'000.– ohne Weiteres als angemessen. Zins ist von Gesetzes wegen ab dem Ereignisdatum geschuldet.

#### **E. 5.6**

Der Beschuldigte ist demgemäss zu verpflichten, der Privatklägerin eine Genugtuung von Fr. 12'000.– zuzüglich Zins von 5% seit 6. Oktober 2011 zu bezahlen.

#### **E. 6**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### **E. 6.1**

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit seinen Anträgen fast vollständig. Die Staatsanwaltschaft unterliegt demgegenüber grundsätzlich mit ihrer Berufung. Die Privatklägerin obsiegt indessen mit ihrem Antrag auf eine leicht höhere Genugtuung. Insgesamt rechtfertigt es sich somit, die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive der Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerin, auf die Gerichtskasse zu nehmen.

##### **E. 6.2**

Nachdem der Beschuldigte zu verurteilen und mit einer Freiheitsstrafe von

#### **E. 8**

½ Jahren zu bestrafen ist, bleibt kein Raum für Entschädigung wegen unrechtmässig erlittener Haft.

- 25 - Es wird beschlossen:

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