

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB140146-O /U/eh

Mitwirkend: Oberrichter Dr. iur. F. Bollinger, Präsident, Oberrichterin lic. iur. L. Chitvanni und Oberrichter lic. iur. Ch. Prinz sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Baumgartner

Beschluss vom 5. November 2014

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und I. Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis,

vertreten durch Leitende Staatsanwältin lic. iur. C. Wiederkehr,

Anklägerin und II. Berufungsklägerin (EB/NE) sowie Anschlussberufungsklägerin

betreffend

mehrfache sexuelle Handlungen mit Kindern etc. und Widerruf

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, I. Abteilung, vom
24. September 2013 (DG120016)**

Erwägungen:

I. Verfahrensgang und Umfang der Berufung

1. Verfahrensgang

1.1. Dem hier zur Überprüfung vorliegenden Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen vom 24. September 2013 (Urk. 68) war ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 1. Juli 2011 vorangegangen, das mit Beschluss vom 4. Januar 2012 der II. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich (zum Teil) aufgehoben und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen worden war (Urk. 51 und 68 in Proz. Nr. SB110651). Zur ausführlichen Prozessgeschichte bis zum Erlass des in diesem Verfahren angefochtenen Entscheides kann im Übrigen vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Urk. 68 S. 6 - 11).

1.2. Mit Urteil vom 24. September 2013 nahm die I. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen vom Rückzug der Einsprache des Beschuldigten gegen den Strafbefehl der Staatsanwalt Limmattal / Albis vom 31. März 2011 samt Schuldpunkt und Sanktion Vormerk (vgl. Dispositiv-Ziffer 1-3, Urk. 68 S. 67). Weiter sprach sie den Beschuldigten gestützt auf eine Nachtragsanklage schuldig der mehrfachen versuchten Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (Sachverhaltsabschnitte 3 und 4 der Nachtragsanklage, Urk. 38 S. 2: Drohungen per SMS vom 22. Mai 2013 betreffend Benachrichtigung der Eltern der Privatklägerin bzw. Veröffentlichung ihrer Daten; vgl. dazu Urk. 68 S. 33) und im Übrigen sprach sie ihn von den Vorwürfen der Nachtragsanklage frei (vgl. Urk. 68 S. 67, Dispositiv-Ziffer 4). Die Vorinstanz bestrafte ihn für die Delikte gemäss Nachtragsanklage mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 4 Monaten und setzte die Probezeit auf 5 Jahre fest (Urk. 68 S. 67, Dispositiv Ziffer 5 und 6). Gleichzeitig erteilte sie dem Beschuldigten die Weisung, sich nicht mehr in Chatrooms aufzuhalten, ungeachtet der konkret verwendeten Kommunikationstechnologie (vgl. Urk. 68 S. 67 f., Dispositiv-Ziffer 7). Weiter hob sie die ursprünglich mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. April 2001 angeordnete und zuletzt mit Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. Dezember 2010

verlängerte ambulante Massnahme auf und ordnete (unter Anrechnung der erlittenen Haft und der ambulanten Massnahme) den Vollzug der zugunsten der ambulanten Massnahme aufgeschobenen Zuchthausstrafe von zwei Jahren an (vgl. Urk. 68 S. 68, Dispositiv-Ziffer 8 und 9). Zuzufolge Verjährung wurde sodann angeordnet, dass die mit Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 3. April 2002 für vollziehbar erklärte Gefängnisstrafe von 14 Tagen (Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 3. Februar 1999) nicht vollzogen wird (vgl. Urk. 68 S. 68, Dispositiv-Ziffer 9 Abs. 2). Schliesslich regelte die Vorinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen, wobei sie – in Nachachtung des Beschlusses der II. Strafkammer vom 4. Januar 2012 (vgl. Urk. 68 S. 8, Dispositiv-Ziffer 1 im Verfahren SB110651) – vormerkte, dass das Kostendispositiv und die Kostenaufgabe gemäss Urteil des Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht, vom 1. Juli 2011 (vgl. Dispositiv-Ziffern 6 und 7 gemäss Urk. 51 im Verfahren SB110651) in Rechtskraft erwachsen seien (vgl. Urk. 68 S. 68 f., Dispositiv-Ziffer 10 - 14).

1.3. Gegen diesen Entscheid meldeten sowohl der Beschuldigte (vgl. Urk. 55) als auch die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis (vgl. Urk. 57) Berufung an.

1.4. Während dem auf die Berufung der Staatsanwaltschaft zufolge Unterlassung einer Berufungserklärung nicht eingetreten wurde (vgl. Urk. 74), reichte die Verteidigung des Beschuldigten mit Eingabe vom 11. März 2014 fristgerecht die Berufungserklärung ein (vgl. Urk. 69). Mit Schreiben vom 11. April 2011 erhob die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung (vgl. Urk. 82).

2. Umfang der Berufung

2.1. In ihrer Berufungserklärung (vgl. Urk. 69) beantragte die Verteidigung ausdrücklich die Bestätigung der Dispositiv-Ziffern 1 - 3 und 10. Mit Bezug auf die Dispositiv-Ziffern 4 und 5 beantragte sie die Bestätigung der ausgesprochenen Freisprüche, jedoch auch einen Freispruch vom Vorwurf der Nötigung. Hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 6 und 7 verlangte sie die Bestätigung des bedingten Vollzugs einer allfällig auszusprechenden Freiheitsstrafe, allenfalls unter Erteilung einer entsprechenden Weisung. Weiter beantragte sie zu Dispositiv-Ziffer 8 einen Verzicht auf die Aufhebung der ambulanten Massnahme sowie deren Fortführung

und für den Fall der Aufhebung der Massnahme und des Vollzuges einer Reststrafe, mithin zu Dispositiv-Ziffer 9, eine angemessene bzw. im Umfang höhere Anrechnung der während über 10 Jahren durchgestandenen ambulanten Therapie. Ferner beantragte sie hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 11 und 13 eine ausgangsgemässe Neuregelung des erstinstanzlichen Kostendispositivs bzw. – mit Rücksicht auf die vom Beschuldigten zu tragenden Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 14 – eine auch im Falle einer ganzen oder teilweisen Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils angemessene Reduktion der Gerichtsgebühr und den Verzicht auf die Auflage der Gutachtenskosten über Fr. 17'738.--, eventualiter deren angemessene Reduktion.

2.2. Demgegenüber focht die Staatsanwaltschaft in ihrer Anschlussberufung die Dispositiv-Ziffern 3 - 6 des vorinstanzlichen Urteils an (vgl. Urk. 82). Sie monierte, der Rückzug der Einsprache der Verteidigung gegen den Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 31. März 2011 sei nicht rechtzeitig erfolgt und der Strafbefehl daher nicht in Rechtskraft erwachsen "und bei der Strafzumessung (gemeint wohl die dort aufgeführten Delikte seien) neu zu berücksichtigen". Bezüglich der Nachtragsanklage vom 10. September 2013 sei der Beschuldigte "in Sachverhaltsabschnitt 1, 3 und 4" schuldig zu sprechen. Ferner beantragte sie die Bestrafung des Beschuldigten für die Delikte gemäss Strafbefehl sowie Nachtragsanklage mit einer vollumfänglich unbedingten Freiheitsstrafe in der Höhe von insgesamt 16 Monaten.

II. Prozessuales

1. Bindungswirkung der Vorinstanz an den Entscheid der II. Strafkammer

1.1 Wie schon oben ausgeführt, hatte der Einzelrichter am Bezirksgericht Horgen am 1. Juli 2011 das Urteil gefällt (vgl. Urk. 3/51). Diesem Urteil lag der Strafbefehl vom 31. März 2011 zugrunde, der aufgrund der Einsprache des Beschuldigten zur Anklageschrift wurde (vgl. Art. 356 Abs. 1 StPO). Dieses Urteil wurde von der II. Strafkammer des Obergerichtes Zürich im Zusammenhang mit einer Berufungserklärung des Beschuldigten mit Beschluss vom 4. Januar 2012

zum Teil aufgehoben und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen (Urk. 3/68).

1.2 Nach Art. 409 StPO bestimmt das Berufungsgericht, welche Verfahrenshandlungen zu wiederholen oder nachzuholen sind (Abs. 2). Dies geschieht in der Meinung, dass sich das erstinstanzliche Gericht bei der neuen Hauptverhandlung auf diese Punkte zu beschränken und sich beim neu zu fassenden Urteil im Übrigen auf die Erkenntnisse des ersten Hauptverfahrens beziehen kann (vgl. dazu Schmid, Handbuch StPO, 2. Auflage, N 1579). Abs. 3 bestimmt, dass das erstinstanzliche Gericht an die vom Berufungsgericht vertretenen Rechtsauffassungen und an die Weisungen nach Absatz 2 gebunden ist. Vorliegend stellt sich also die Frage nach der Bindungswirkung des erstinstanzlichen Richters an den Entscheid der II. Strafkammer.

1.3 Jene Berufungsinstanz hatte nun konkret festgestellt, dass der einzelrichterliche Entscheid mit Bezug auf die Dispositiv-Ziffern 1 (Schuldspruch) sowie 6 und 7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen war (vgl. 3/68 S. 8, Dispositiv Ziff. 1). Die Rückweisung war hauptsächlich mit der Delinquenz des Beschuldigten während laufender ambulanten Massnahme begründet worden, welche gemäss Art. 63a Abs. 3 StGB von Amtes wegen einen Entscheid der Vorinstanz betreffend Weiterführung oder Aufhebung der ambulanten Massnahme erfordert hätte, worüber die Vorinstanz nicht entschieden hatte. Weiter wies die Berufungsinstanz darauf hin, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Entscheid der Vorinstanz über die Strafe und deren Vollzug anders ausgefallen wäre, wenn gleichzeitig über die Aufhebung der ambulanten Massnahme und die nachträgliche Anordnung einer aufgeschobenen Strafe entschieden worden wäre (vgl. Urk. 3/68 S. 7). Entsprechend stellte jene Berufungsinstanz in ihrem Entscheid klar, dass das vorinstanzliche Urteil (lediglich) bezüglich Dispositiv-Ziffern 2 (Strafe), 3 (Strafvollzug), 4 (Busse) und 5 (Ersatzfreiheitsstrafe) aufgehoben wurde und im Rahmen der Rückweisung neu zu beurteilen war (vgl. Urk. 3/68 S. 7 und 8, vgl. Dispositiv-Ziffer 2). Weiter bekräftigte sie auch in der Begründung, dass die Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt) sowie 6 und 7 (Kostendispositiv), weil in Rechtskraft erwachsen – entgegen der Auffassung der Verteidigung, welche eine

vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils verlangt hatte (vgl. Urk. 3/66 S. 2 f.) – nicht aufzuheben waren (vgl. Urk. 3/68 S. 8).

1.4 Wenn die Vorinstanz in ihrem Entscheid erwägt, infolge der obergerichtlichen Rückweisung und der erneut durchzuführenden Hauptverhandlung befinde sich das Verfahren wieder im Stadium vor erster Instanz (vgl. Urk. 68 S. 11 unter Hinweis auf Art. 409 Abs. 1 StPO und BKS StPO-Eugster, Art. 409 N 1), so ist dem grundsätzlich zuzustimmen. Indessen stehen die bereits in Rechtskraft erwachsenen Dispositiv-Ziffern an der neu durchzuführenden Hauptverhandlung nicht mehr zur Disposition, was vorliegend insbesondere mit Bezug auf den Schuldpunkt (vgl. Urk. 3/68 S. 8 Dispositiv-Ziffer 1 in Verbindung mit Urk. 3/51 S. 12 Dispositiv-Ziffer 1) zutrifft.

2 Rückzug der Einsprache gegen den Strafbefehl

2.1 Der Einzelrichter am Bezirksgericht Horgen hatte nach der Rückweisung – entsprechend dem Hinweis im Rückweisungsentscheid – einen aktuellen Bericht zum Verlauf der ambulanten Massnahme beim Amt für Justizvollzug eingeholt sowie die gesamten Vollzugsakten beigezogen. Nachdem im erstatteten Zwischenbericht die Frage aufgeworfen worden war, ob allenfalls eine langfristige Behandlung des Beschuldigten im Rahmen einer stationären Massnahme nach Art. 59 StGB angezeigt sei, ein solcher Entscheid indessen die Spruchkompetenz des Einzelrichters überstieg, überwies der Einzelrichter die Akten zuständigkeitshalber dem Kollegialgericht des Bezirks Horgen (vgl. Urk. 1). Das Kollegialgericht holte in der Folge über den Beschuldigten ein neues Gutachten ein (vgl. Urk. 8, 13 und 19), stellte es den Parteien zu und lud gleichzeitig zur Hauptverhandlung vor (vgl. Urk. 22), welche verschoben werden musste. 14 Tage vor der neu angesetzten Hauptverhandlung reichte die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis eine „(Nachtrags-)Anklage“ ein (Urk. 38), welche mit Beschluss vom 17. September 2013 zugelassen wurde (vgl. Urk. 44). Die Hauptverhandlung fand am 24. September 2013 statt (vgl. Prot. I S. 10 ff.).

2.2 Anlässlich der Hauptverhandlung zog die Verteidigung die Einsprache gegen den Strafbefehl vom 31. März 2011 zurück (vgl. Urk. 50 S. 1). Es ist im Folgenden daher zu prüfen, ob dies zulässig war.

2.3 Es wurde schon oben dargetan, dass die frühere Berufungsinstanz mit Bezug auf den Schuldpunkt das erstinstanzliche Urteil nicht aufhob, sondern dessen Rechtskraft feststellte, woran das erstinstanzliche Gericht gestützt auf Art. 409 Abs. 3 StPO gebunden war. Ebenfalls dargetan wurde, dass nach der Einsprache der Strafbefehl vom 31. März 2011 als Anklageschrift galt (vgl. Art. 356 Abs. 1 StPO), zumal die Staatsanwaltschaft am Strafbefehl festgehalten hatte (vgl. Urk. 4/34). Im Rahmen des ersten erstinstanzlichen Verfahrens wurde damit über diese den Strafbefehl ersetzende Anklageschrift entschieden. Ein Rückzug der Einsprache erfolgte bis zum Abschluss der Parteivorträge (vgl. Art. 356 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 346 StPO) nicht, und zwar auch nicht nach Hinweis darauf, dass die im Strafbefehl ausgesprochene Sanktion erhöht werden könnte (vgl. Prot. I. S. 5 in Proz. Nr. GB110004 = Urk. 4), so dass der Einzelrichter das Urteil fällte (vgl. Urk. 3/51). Dagegen erhob der Beschuldigte Berufung (vgl. Urk. 3/52), wobei sich diese nicht gegen den Schuldspruch, sondern allein gegen die Sanktion richtete, so dass jene Berufungsinstanz dessen Rechtskraft feststellte.

2.4 Die Vorinstanz hält – mit der Verteidigung (vgl. Urk. 50 S. 1 und Urk. 96 S. 3) – in ihrem Entscheid dafür, ein Rückzug der Einsprache gegen den Strafbefehl vom 31. März 2011 sei an der Hauptverhandlung vom 24. September 2013 trotz Feststellung der Rechtskraft des Schuldpunktes im Rückweisungsentscheid der II. Strafkammer noch möglich gewesen (vgl. Urk. 68 S. 11 ff.). Bei dieser Betrachtungsweise übersehen Vorinstanz und Verteidigung, dass der Strafbefehl nach der Rückweisung – nicht zuletzt aufgrund der im Rückweisungsentscheid ausdrücklich festgestellten Rechtskraft des Schuldpunktes – nicht mehr zur Disposition stand, sondern dass fortan von einer Anklage auszugehen war, über welche der Beschuldigte nicht mehr verfügen konnte. Daran ändert auch nichts, dass ein Rückzug der Einsprache die bereits in materielle Rechtskraft erwachsene Dispositiv-Ziffer 1 (Schuldspruch) nicht berührte (vgl. dazu Urk. 68 S. 13).

Damit hätte aber die Vorinstanz entsprechend der obergerichtlichen Weisung gemäss Beschluss der II. Strafkammer vom 4. Januar 2012 über die aufgehobenen Dispositiv-Ziffern 2-5 des Urteils vom 1. Juli 2011 zu entscheiden und damit über eine neue Sanktion für die in Rechtskraft erwachsenen Delikte gemäss Schuldpunkt zu befinden gehabt, was sie indessen unterliess.

3 Hauptverhandlung vor Vorinstanz

3.1 Die Hauptverhandlung vor Vorinstanz vom 24. September 2013 fand in Anwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers statt (vgl. Prot. I. S. 10). Seitens der Staatsanwaltschaft ist niemand erschienen.

3.2 Die Vorinstanz lud mit Verfügung vom 17. Mai 2013 – damals stand lediglich aber immerhin nebst dem Entscheid über die laufende ambulante Massnahme die Anklageschrift, die den Strafbefehl ersetzt hatte, zur Diskussion – u.a. die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis unter Hinweis auf die Pflicht zum persönlichen Erscheinen nach Art. 337 Abs. 3 StPO vor (vgl. Urk. 22 S. 2). Mit Schreiben vom 3. Juni 2013 teilte die zuständige Staatsanwältin mit, dass sie auch nach Einsicht in das Gutachten eine Freiheitsstrafe von 180 Tagen beantrage, weswegen sie davon ausgehe, dass die Hauptverhandlung in ihrer Abwesenheit durchgeführt werde. Sie bat anschliessend um Mitteilung, sofern sie nach Meinung der Vorinstanz persönlich anwesend sein sollte (vgl. Urk. 25). Eine solche Mitteilung erfolgte nicht. In der Folge wurde die Hauptverhandlung verschoben. Mit Verfügung vom 17. Juli 2013 erging eine neue Vorladung auf den 24. September 2013. Die Vorladung an die Staatsanwaltschaft erging wiederum unter Hinweis auf die Pflicht zum persönlichen Erscheinen nach Art. 337 Abs. 3 StPO (vgl. Urk. 36 S. 2). Danach erhob die Staatsanwaltschaft am 10. September 2013 durch einen anderen Staatsanwalt die Nachtragsanklage (vgl. Urk. 38), die keinen konkreten Antrag zur Sanktion enthielt. Mit Beschluss vom 17. September 2013 wurde diese Nachtragsanklage als Erweiterung der Anklage zugelassen und die Parteien darauf hingewiesen, dass darüber anlässlich der Hauptverhandlung vom 24. September 2013 verhandelt würde (vgl. Urk. 44).

3.3 An der Hauptverhandlung stand die Anklageschrift, die den Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 31. März 2011 (Urk. 4/26) ersetzte (vgl. Urk. 4/30, Urk. 4/34, vgl. Art. 356 Abs. 1 StPO) zur Debatte, die eine Bestrafung des Beschuldigten mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 180 Tagen verlangte. Der Einzelrichter hatte mit Bezug auf diese Delikte gar eine Freiheitsstrafe von 9 Monaten und eine Busse von Fr. 500.-- ausgefällt (vgl. Urk. 3/51 S. 12). Weiter war an der Hauptverhandlung gestützt auf Art. 63a Abs. 3 StGB über die Weiterführung oder Aufhebung der laufenden ambulanten Massnahme und die Konsequenzen einer Aufhebung der Massnahme zu entscheiden (vgl. Rückweisung II. Strafkammer, Urk. 68 im Verfahren SB110651), mithin im Falle der Aufhebung der Massnahme über den Vollzug einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren Zuchthaus (abzüglich 192 Tage Untersuchungshaft und anzurechnender Massnahme). Schliesslich war auch über die Nachtragsanklage vom 10. September 2013 (Urk. 38) zu befinden, mit welcher eine "angemessene Bestrafung" des Beschuldigten verlangt worden war.

3.4 Nach Art. 326 Abs. 1 lit. f StPO hat die Staatsanwaltschaft dem Gericht u.a. Anträge zu den Sanktionen zu stellen, soweit diese nicht bereits aus der Anklageschrift hervorgehen. Die Nachantragsanklage vom 10. September 2013 enthält mit dem Hinweis "angemessene Bestrafung" keinen solchen Antrag. Vor der Hauptverhandlung wurden auch sonst keine schriftlichen Anträge dazu gestellt. Damit steht aber schon fest, dass die Staatsanwaltschaft nach Art. 337 Abs. 1 StPO persönlich vor Gericht hätte auftreten müssen und dass das Gericht zur Einhaltung dieser Regel verpflichtet gewesen wäre (vgl. Schmid, StPO Praxis-kommentar, 2. Aufl., Art. 337 N 1 a.E.). Wird berücksichtigt, dass an der Hauptverhandlung nicht nur über diese Nachtragsanklage, sondern auch über die weitere, den Strafbefehl ersetzende Anklageschrift zu befinden war, bei welcher bereits eine Freiheitsstrafe von 180 Tagen zur Diskussion stand, so wäre ein Antrag zur verlangten Sanktion für die Delikte gemäss Nachtragsanklage auch mit Blick auf die Teilnahmevorschrift von Art. 337 Abs. 3 StPO, die die persönliche Vertretung der Anklage seitens der Staatsanwaltschaft vorschreibt, von Bedeutung gewesen. Mit ihrer Anschlussberufung verlangt die Staatsanwaltschaft denn auch die Bestrafung des Beschuldigten mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von ins-

gesamt 16 Monaten (vgl. Urk. 82 S. 2), mithin mit einer Sanktion, welche ihre Anwesenheit an der Hauptverhandlung vor Vorinstanz zwingend erfordert hätte. Angesichts der sich zusätzlich stellenden Fragen im Zusammenhang mit der zu überprüfenden ambulanten Massnahme und der für den Beschuldigten bei deren Aufhebung drohenden Konsequenzen, wäre im vorliegenden Fall ohnehin angebracht gewesen, die Staatsanwaltschaft zur persönlichen Vertretung der Anklage und zur Teilnahme an der Hauptverhandlung zu verpflichten (vgl. Art. 337 Abs. 4 StPO).

3.5 Art. 337 Abs. 5 StPO schreibt nun vor, dass die Verhandlung zu verschieben ist, wenn die Staatsanwaltschaft nicht an der Hauptverhandlung erscheint, obwohl sie dazu verpflichtet wäre. Wird eine Verhandlung in Verletzung dieser Vorschrift trotz Fehlens der Staatsanwaltschaft durchgeführt, so stellt dies eine klare Verletzung dieser Verfahrensregel und grundsätzlich auch von Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar (vgl. BSK StPO-Weber/Wildi, Basel 2011, Art. 337 StPO N 26).

III. Rückweisung

1. Allgemeines

1.1. Gestützt auf Art. 409 Abs. 1 StPO hebt das Berufungsgericht das angefochtene Urteil auf und weist es an die Vorinstanz zurück, wenn das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel aufweist, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können. Dabei geht es um Fälle, in denen grundlegende Verfahrensregeln verletzt wurden und bei denen keine ordnungsgemässe Hauptverhandlung stattfand (vgl. dazu die Kasuistik in Schmid, Handbuch StPO. 2. Auflage, Rz 1576).

1.2. Mit Verfügung vom 9. September 2014 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zur Frage der Rückweisung Stellung zu nehmen (vgl. Urk. 90).

1.2.1. Mit Eingabe vom 2. Oktober 2014 machte die Verteidigung geltend, eine Rückweisung ohne Durchführung einer Berufungsverhandlung oder ohne Durchführung eines schriftlichen Verfahrens sei unzulässig, weiter monierte sie, die

Abwesenheit der Staatsanwaltschaft an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung stelle keine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar, weil die EMRK lediglich den Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren schütze und seine Rechte durch das Ausbleiben der Staatsanwaltschaft und durch das teilweise Fehlen konkreter staatsanwaltschaftlicher Anträge nicht verletzt worden sei, was er auch nicht beanstandete. Schliesslich äusserte die Verteidigung, ein Rückzug der Einsprache gegen den Strafbefehl sei in der vorliegenden Konstellation prozessual zulässig gewesen (vgl. dazu Urk. 96 S. 1 f.).

1.2.2. Demgegenüber verzichtete die Staatsanwaltschaft sowohl auf eine Stellungnahme zur Frage der Rückweisung als auch auf eine solche zur Eingabe der Verteidigung (vgl. Urk. 93 und Urk. 99). Auch die Privatklägerin liess sich nicht vernehmen.

2. Beurteilung im vorliegenden Fall

2.1. Bei einer Rückweisung ergeht – dies entgegen der Verteidigung (vgl. Urk. 96 S. 1) – kein Sachurteil. Ebenso wenig ist vor einer Rückweisung zwingend eine Berufungsverhandlung oder aber wäre (im schriftlichen Verfahren) ein Schriftenwechsel durchzuführen (vgl. dazu BSK StPO - Eugster, Basel 2011, N 2 zu Art. 409 StPO, vgl. auch Hug/Scheidegger in Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Zürich 2014, 2. Auflage, Art. 409 N 9, vgl. Niklaus Schmid, StPO Praxis-kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 409 N 4), weshalb auch diese Rüge der Verteidigung fehl geht. Das rechtliche Gehör wurde den Parteien gewährt, wovon der Beschuldigte – wie oben dargelegt – auch Gebrauch machte.

2.2. Es ist von einem wesentlichen Verfahrensmangel zu sprechen, wenn die Hauptverhandlung in der ersten Instanz ohne Anwesenheit der Staatsanwaltschaft stattfindet, obwohl sie zum Erscheinen verpflichtet gewesen wäre (vgl. dazu BSK StPO-Weber/Wildi, Basel 2011, Art. 337 StPO N 26). Auch nach Hug/Scheidegger (in Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Zürich 2014, 2. Auflage, Art. 409 N 6) stellt das Ausbleiben der Staatsanwaltschaft trotz Anwesenheitspflicht einen absoluten Nichtigkeitsgrund dar, der zur Kassation des Entscheides und zur Rückweisung an die Vorinstanz führen muss (vgl. auch

Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 409 N 2, wonach die unterbliebene korrekte Vorladung für eine kassatorische Berufungserledigung in Betracht fällt). Dies gilt – entgegen der Verteidigung (vgl. Urk. 96 S. 2) – unabhängig von einer diesbezüglichen Beanstandung seitens des Beschuldigten, zumal es sich um zwingend einzuhaltende Verfahrensvorschriften handelt.

2.3. Damit ist der erstinstanzliche Entscheid aufzuheben, was zur Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz führt.

3. Anordnungen an die erste Instanz

3.1. Bei einer Rückweisung bestimmt das Berufungsgericht, welche Verfahrenshandlungen zu wiederholen oder nachzuholen sind. Das erstinstanzliche Gericht ist an die vom Berufungsgericht im Rückweisungsbeschluss vertretenen Rechtsauffassungen und an die damit verbundenen Weisungen gebunden (Art. 409 Abs. 2 und Abs. 3 StPO).

3.2. Angesichts der bereits festgestellten Rechtskraft (vgl. Urk. 3/68 S. 8, Dispositiv-Ziffer 1), ist der Schuldpunkt mit Bezug auf die Anklageschrift, die den Strafbefehl vom 31. März 2013 ersetzte, nicht mehr zu behandeln. Hingegen wird im Rahmen einer neu durchzuführenden Hauptverhandlung auch in Anwesenheit der Staatsanwaltschaft über die Delikte gemäss Nachtragsanklage und über die Sanktion für sämtliche Delikte und zur Frage der Weiterführung oder Aufhebung der ambulanten Massnahme samt den damit verknüpften Konsequenzen (Art. 63a Abs. 3 und Art. 63b Abs. 4 StPO) neu zu entscheiden sein, wobei zum Entscheid für die letztangeführten Fragen (Weiterführung oder Aufhebung der ambulanten Massnahme und Anrechnung allfälliger besonderer freiheitsbeschränkender Folgen des Massnahmevollzugs) allenfalls ein aktueller Bericht vom Amt für Justizvollzug beizuziehen ist. Dabei ist mit Rücksicht darauf, dass die erste Rückweisung des Verfahrens allein gestützt auf eine Berufung des Beschuldigten erfolgte zu berücksichtigen, dass beim neuen Urteil mit Blick auf die Sanktion für die Delikte, die den bereits rechtskräftigen Schuldpunkt (Anklageschrift gestützt auf den Strafbefehl vom 31. März 2011) betreffen, das Verschlechterungsverbot

nur dann zu beachten ist, wenn sich im neuen Verfahren keine Tatsachen ergeben, die dem Gericht im ersten Hauptverfahren noch nicht bekannt sein konnten (sinngemässe Anwendung von Art. 391 Abs. 2 Satz 2 StPO, vgl. Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Auflage, Art. 409 N 6; vgl. dazu Sanktion im ersten erstinstanzlichen Urteil vom 1. Juli 2011, Dispositiv-Ziffer 2 und 3: unbedingte Freiheitsstrafe von 9 Monaten und Fr. 500.-- Busse, vgl. Urk. 3/51 S. 12).

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen.
2. Der amtliche Verteidiger ist entsprechend der geltend gemachten Bemühungen, die ausgewiesen sind, mit Fr. 2'755.-- (inkl. 8% MwSt) zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, I. Abteilung, vom 24. September 2013 wird aufgehoben und das Verfahren DG120016 im Sinne der Erwägungen zur teilweisen Neuurteilung, insbesondere zur Durchführung einer Hauptverhandlung auch in Anwesenheit der Staatsanwaltschaft, an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Berufungsverfahren SB140146 wird dadurch als erledigt abgeschrieben.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Der amtliche Verteidiger wird mit Fr. 2'755.-- aus der Gerichtskasse entschädigt.

5. Schriftliche Mitteilung an

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

sowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung all-fälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz (unter Rücksendung der Akten)

6. Gegen diesen Entscheid kann unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung (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, 5. November 2014

Der Präsident:

Dr. F. Bollinger

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. C. Baumgartner