

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB220033-O/U/mc

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Stiefel, Präsident, Oberrichter lic. iur. Spiess und
Ersatzoberrichterin lic. iur. Mathieu sowie Gerichtsschreiberin
MLaw Brülisauer

Urteil vom 12. Dezember 2022

in Sachen

Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich, vertreten durch Staatsanwältin lic. i-
ur. Altenburger,
Anklägerin und Erstberufungsklägerin

sowie

A._____,
Privatklägerin und Anschlussberufungsklägerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____,
Beschuldigter, Zweitberufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____,

erbeten verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____,

betreffend **Vergewaltigung etc. (Rückweisung des Schweizerischen Bundesgerichtes)**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 24. November 2014 (DG120007), Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 18. Oktober 2016 (SB150531), Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 16. Oktober 2017 (6B_281/2017), Urteil des Obergerichtes Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 27. April 2020 (SB170417), Urteil des Bundesgerichtes, Strafrechtliche Abteilung, vom 25. November 2020 (6B_770/2020), Urteil des Obergerichtes Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 20. September 2021 (SB200500), Urteil des Bundesgerichtes, Strafrechtliche Abteilung, vom 10. Januar 2022 (6B_1294/2021)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 16. Oktober 2012 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 33).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte B. _____ ist schuldig:
 - der Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 3 StGB;
 - der mehrfachen sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 3 StGB;
 - 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.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 9 Jahren Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 1097 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe ist zu vollziehen.
4. Es wird die Verwahrung des Beschuldigten nach Art. 64 Abs. 1 StGB angeordnet.
5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV vom 15. Oktober 2012 beschlagnahmten Gegenstände:
 - 1 Arbeits-/Teppichmesser dreieckig (Asservaten-Nr. A004'262'537)
 - 1 Arbeits-/Teppichmesser grau (Asservaten-Nr. A004'262'548)
 - 1 Arbeits-/Teppichmesser rot/grau (Asservaten-Nr. A004'262'559)
 - 1 Arbeits-/Teppichmesser gelb/schwarz (Asservaten-Nr. A004'262'560)
 - 1 Klappmesser (Asservaten-Nr. A004'262'571)werden nach Rechtskraft dieses Urteils eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur Vernichtung überlassen.
6. Die gemäss Sicherstellungsliste der Kantonspolizei Zürich vom 6. Dezember 2011 sichergestellten 1.7 Gramm Marihuana sowie die Schachtel mit Rauchutensilien (beides erfasst unter Asservaten-Nr. A004'293'883, BM La-

ger-Nr. B04461-2011) werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur Vernichtung überlassen.

7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 9'000.–; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 34'035.75 Auslagen für das Vorverfahren; davon Fr. 9'862.25 bereits bezahlte Entschädigung für die amtliche Verteidigung im Vorverfahren;
- Fr. 416.– Kosten Kantonspolizei Zürich für Übersetzungen;
- Fr. 870.– Kosten der Kantonspolizei;
- Fr. 3'000.– Gebühr für die Führung der Strafuntersuchung;
- Fr. 28'666.20 Kosten Glaubhaftigkeitsgutachten;
- Fr. 1'772.– Kosten Ergänzungsgutachten Beschuldigter;
- Fr. 3'062.– Kosten für die unentgeltliche Rechtsverteistandung der Privatklägerin bis 20. Januar 2014 (inkl. 8% MwSt.);
- Fr. 6'661.– Kosten für die unentgeltliche Rechtsverteistandung der Privatklägerin seit dem 20. Januar 2014 (inkl. 8% MwSt.);
- Fr. 25'743.– Kosten für die amtliche Verteidigung seit dem 18. August 2012 (inkl. 8% MwSt.).

Allfällige weitere Kosten (Barauslagen usw.) bleiben vorbehalten.

- 8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
- 9. Die Kosten der amtlichen Verteidigung in der Höhe von Fr. 35'605.25 (= Fr. 9'862.25 + Fr. 25'743.–) werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
- 10. Es wird davon Vormerk genommen, dass für die amtliche Verteidigung im Vorverfahren bereits eine Entschädigung von Fr. 9'862.25 ausbezahlt wurde.
- 11. Die Kosten der unentgeltlichen Rechtsverteistandung der Privatklägerin in der Höhe von Fr. 9'723.– (= Fr. 3'062.– + Fr. 6'661.–) werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

12. Es wird davon Vormerk genommen, dass für die unentgeltliche Rechtsverbeiständung der Privatklägerin bis zum 20. Januar 2013 bereits eine Entschädigung von Fr. 3'062.– ausbezahlt wurde.
13. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin Fr. 10'000.– zuzüglich 5% Zins ab dem 6. Oktober 2011 als Genugtuung zu bezahlen.
14. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber der Privatklägerin aus dem eingeklagten Ereignis dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig ist. Zur genauen Feststellung des Umfanges des Schadenersatzanspruches wird die Privatklägerin auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

Berufungsanträge:

a) Der erbetenen Verteidigung:

(Urk. 766 S. 2 f.)

1. Es sei ein neues psychiatrisches Gutachten über B._____ zur Frage der therapeutischen Massnahme/Verwahrung einzuholen.
2. Gestützt auf das neue psychiatrische Gutachten sei ein neuer Entscheid in der Sache zur Frage der Anordnung bzw. Nichtanordnung einer therapeutischen Massnahme/Verwahrung zu fällen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Kantons Zürich.

b) Der Vertreterin der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich:

(Urk. 744 S. 1)

1. Es sei die Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB anzuordnen.
2. Die Kosten seien B._____ mit Ausnahme der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerin, vollumfänglich aufzuerlegen, wobei die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten sei.
3. B._____ sei weder eine Entschädigung noch eine Genugtuung auszurichten.

Erwägungen:

1. Prozessverlauf

1.1. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern 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 (rund 3 Jahre) als durch Haft geleistet galten. Weiter ordnete das Bezirksgericht die Verwahrung des Beschuldigten nach Art. 64 Abs. 1 StGB an (Urk. 434 S. 96 f.). Gegen dieses Urteil erhob dieser Berufung (vgl. Geschäft-Nr. SB150531).

Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 18. Oktober 2016 legte der Beschuldigte ein vollumfängliches Geständnis ab und anerkannte den durch die Vorinstanz ausgesprochenen Schuldspruch. Mit Beschluss vom gleichen Tag stellte die hiesige Kammer die Rechtskraft des Schuldpunktes fest. Sodann wurde der Beschuldigte mit Urteil vom gleichen Tag mit 8 ½ Jahren Freiheitsstrafe bestraft, und es wurde mit dem Hinweis auf Art. 369 Abs. 7 StGB und die dazugehörige bundesgerichtliche Praxis von einer Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB sowie von einer therapeutischen Massnahme abgesehen (Urk. 458 S. 20 ff. und S. 25 ff.).

1.2. Nachdem die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen das vorgenannte Urteil vom 18. Oktober 2016 Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht erhoben hatte, hob dieses den obergerichtlichen Entscheid bezüglich Absehen von einer Verwahrung sowie einer therapeutischen Massnahme auf und wies die Sache zur neuen Beurteilung an das Obergericht zurück (Urk. 495).

Aufgrund der Vorgaben des Bundesgerichts wurde ein weiteres psychiatrisches Gutachten inkl. Ergänzungsgutachten über den Beschuldigten bei med. pract.

Reger eingeholt (Urk. 518 und Urk. 558). Nach durchgeführtem Schriftenwechsel fällte die hiesige Kammer am 27. April 2020 ein neues Urteil und ordnete die Verwahrung des Beschuldigten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB an (Urk. 581). Gegen dieses Urteil erhob der Beschuldigte Beschwerde ans Bundesgericht (Urk. 601). Das Bundesgericht hiess mit Urteil vom 25. November 2020 die Beschwerde gut, hob das obergerichtliche Urteil auf und wies die Sache zur neuen Beurteilung an die hiesige Kammer zurück. Dies mit der Vorgabe, dass die Frage, inwiefern die vorsätzliche Tötung, der Raub und der Diebstahl aus dem Jahr 1999, die im Strafregister nicht mehr ersichtlich seien, mit den neu zu beurteilenden Delikten in Zusammenhang stehen und wie stark sie sich noch realprognostisch auswirken, einer weiteren (oder der ersten) sachverständigen Person zu unterbreiten sei (Urk. 608).

1.3. Mit Beschluss vom 21. Dezember 2020 wurde entschieden, bei Dr. med. C._____ ein neues ärztliches Gutachten über den körperlichen und geistigen Zustand des Beschuldigten, die Zweckmässigkeit einer Massnahme nach den Art. 56 bis 64 StGB sowie über die Fragen, inwiefern die vorsätzliche Tötung, der Raub und der Diebstahl aus dem Jahr 1999 mit den neu zu beurteilenden (und den jüngeren, noch im Strafregister aufgeführten) Delikten im Zusammenhang stehen (Konnexität) und wie stark sich die aus dem Strafregister entfernten Taten noch realprognostisch auswirken (Relevanz), einzuholen (Urk. 610). Dieser erstattete das Gutachten am 14. Juni 2021 (eingegangen am 18. Juni 2021; Urk. 629). Das Verfahren wurde schriftlich fortgesetzt. Mit Beschluss und Urteil vom 20. September 2021 wurde festgestellt, dass das Urteil der hiesigen Kammer vom 18. Oktober 2016 bezüglich der Dispositivziffern 1 und 2 (Strafe und Vollzug), 4 (Genugtuung), 5 und 6 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) sowie der gleichentags ergangene Beschluss (Feststellung Rechtskraft Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 24. November 2014 bezüglich der Dispositivziffern 1 [Schuldpunkt], 5 und 6 [Einziehungen], 7-12 [Kosten- und Entschädigungsdispositiv] sowie 14 [Schadenersatz]) in Rechtskraft erwachsen sind, und wurde entschieden, von einer therapeutischen Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB bzw. Art. 63 StGB sowie einer Verwahrung des Beschuldigten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB abzusehen (Urk. 682 S. 29).

1.4. Gegen das Urteil vom 20. September 2021 erhob die Oberstaatsanwaltschaft Berufung ans Bundesgericht (Urk. 714). Mit Urteil vom 10. Januar 2022 hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut, hob das Urteil der hiesigen Kammer vom 20. September 2021 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurück (Urk. 740). Mit Verfügung vom 7. Februar 2022 wurde dem Beschuldigten sowie der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um die Berufungsanträge in Nachachtung des bundesgerichtlichen Urteils vom 10. Januar 2022 zu stellen und zu begründen (Urk. 742). Die Staatsanwaltschaft stellte und begründete ihre Berufungsanträge (einleitend wiedergegeben) am 10. Februar 2022 (Urk. 744). Mit Eingabe vom 22. März 2022 teilte Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____ mit, dass er neu die Interessen des Beschuldigten vertrete (erbetene Verteidigung; Urk. 749). Der amtliche Verteidiger liess sich in der Folge nach Rücksprache mit dem erbetenen Verteidiger nicht mehr vernehmen (Urk. 756; Urk. 771). Der erbetene Verteidiger stellte und begründete die Berufungsanträge des Beschuldigten (einleitend wiedergegeben) am 21. Juni 2022 (Urk. 766). Die Staatsanwaltschaft nahm mit Eingabe vom 25. Juli 2022 Stellung zu den Anträgen des Beschuldigten (Urk. 772). Der erbetene Verteidiger verzichtete auf eine Stellungnahme zu den Anträgen der Staatsanwaltschaft (Urk. 770) und nahm zu deren Eingabe vom 25. Juli 2022 unter dem Datum vom 30. August 2022 Stellung (Urk. 777). Das Verfahren erweist sich als Spruchreif.

2. Umfang des Berufungsverfahrens

2.1. Das Bundesgericht hob mit Urteil vom 10. Januar 2022 das Urteil der hiesigen Kammer vom 20. September 2021 auf. Mit Urteil vom 16. Oktober 2017 hatte das Bundesgericht Dispositivziffer 3 des Urteils des Obergerichtes vom 18. Oktober 2016 (Absehen von einer Verwahrung des Beschuldigten sowie von einer therapeutischen Massnahme) aufgehoben und die damalige Beschwerde im Übrigen abgewiesen, soweit darauf einzutreten war. Der Beschluss vom 20. September 2021 (Feststellung der Rechtskraft des Urteils des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 18. Oktober 2016 bezüglich der Dispositivziffern 1 und 2 [Strafe und Vollzug], 4 [Genugtuung], 5 und 6 [Kosten- und Entschädigungsfolgen] sowie des gleichentags ergangenen Beschlusses [Feststellung

Rechtskraft Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 24. November 2014 bezüglich der Dispositivziffern 1 [Schuldpunkt], 5 und 6 [Einziehungen], 7-12 [Kosten- und Entschädigungsdispositiv] sowie 14 [Schadenersatz]) blieb unangefochten und ist damit in Rechtskraft erwachsen, was vorab festzustellen ist.

2.2. Das vorliegende Verfahren beschränkt sich demnach (wie bereits die Verfahren SB170417-O und SB200500-O) auf die Frage der Anordnung einer therapeutischen Massnahme oder einer Verwahrung (und die Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweiten, dritten und vorliegenden Berufungsverfahrens).

3. Anordnung der Verwahrung - Bindungswirkung des Rückweisungsentscheids des Bundesgerichts

3.1. Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde gut und weist es die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an das Berufungsgericht zurück, darf sich dieses von Bundesrechts wegen nur noch mit jenen Punkten befassen, die das Bundesgericht kassierte (BGE 143 IV 214 E. 5.2.1 und BGer-Urteil 6B_765/2015 vom 3. Februar 2016 E. 4; je mit Hinweisen). Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist somit auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen (BGE 143 IV 214 E. 5.2.1 mit Hinweisen; BGer-Urteil 6B_1366/2016 vom 6. Juni 2017 E. 3.2.1). Entscheidend ist die materielle Tragweite des bundesgerichtlichen Entscheids (BGE 143 IV 214 E. 5.2.1; BGer-Urteil 6B_765/2015 vom 3. Februar 2016 E. 4; je mit Hinweisen). Im Falle eines Rückweisungsentscheids hat die mit der Neubeurteilung befasste kantonale Instanz sodann nach ständiger Rechtsprechung die rechtliche Beurteilung, mit der die Zurückweisung begründet wird, ihrer Entscheidung zugrunde zu legen. Wegen dieser Bindung der Gerichte ist es diesen wie auch den Parteien, abgesehen von allenfalls zulässigen Noven, verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwä-

gung gezogen worden sind (BGE 135 III 334 E. 2 und E. 2.1; BGE 143 IV 214 E. 5.3.3).

3.2. Das Bundesgericht hielt in seiner Entscheidung fest, dass nicht zu beanstanden sei, wenn die hiesige Kammer das Gutachten insgesamt als schlüssig bezeichne und bei der Beurteilung der Legalprognose darauf abstelle. Weiter hielt es fest, dass die Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände ergebe, dass aufgrund der Persönlichkeitsmerkmale des Beschuldigten, insbesondere der dissozialen Persönlichkeitsstörung und den deutlichen psychopathischen Anteilen, der Tatumstände und seiner gesamten Lebensumstände ernsthaft zu erwarten sei, dass der Beschuldigte weitere schwere Straftaten gegen die psychische, physische oder sexuelle Integrität anderer Personen begehen werde. Mit der qualifizierten Vergewaltigung habe der Beschwerdegegner eine in Art. 64 Abs. 1 StGB erwähnte Tat begangen, mit der er zumindest die sexuelle Integrität seines Opfers schwer beeinträchtigt habe. Damit liege eine Anlasstat für die Verwahrung vor. Es sei nicht zu beanstanden, dass die hiesige Kammer gestützt auf die Einschätzung im Gutachten 2021 (Gutachten von Dr. med. C. _____), wonach es sich bei der diagnostizierten Störung nicht um eine schwere Störung im medizinischen Sinne handle, schliesse, es liege keine schwere psychische Störung im Sinne von Art. 59 StGB vor, da die beim Beschuldigten diagnostizierte dissoziale Persönlichkeitsstörung die gesetzlich geforderte Schwere der Störung nicht erreiche. Damit erübrige sich die Frage, ob die Anordnung einer Massnahme nach Art. 59 StGB Erfolg versprechen würde. Der Vollständigkeit halber sei diesbezüglich festzuhalten, dass alle Sachverständigen übereinstimmend die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme gemäss Art. 59 StGB als wenig bzw. nicht erfolgversprechend erachten würden. Folglich komme vorliegend nur eine Verwahrung gestützt auf Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB in Betracht. Schliesslich sei die Anordnung der Verwahrung auch verhältnismässig. Nach dem Gesagten gehe vom Beschuldigten eine hohe Rückfallgefahr zur Begehung von zumindest schweren Sexualdelikten und Raubdelikten aus. Die Verwahrung wiege zwar schwer, sei jedoch geeignet, dieser Rückfallgefahr zu begegnen. Der Strafvollzug allein sei bzw. sei nicht geeignet gewesen, der Gefahr weiterer Straftaten des Beschuldigten zu begegnen. Auch sei nach dem Gesagten keine mildere Massnah-

me ersichtlich. Im Rahmen der Interessenabwägung sei zu berücksichtigen, dass der Eingriff in die Freiheitsrechte des Beschuldigten unstreitig schwer wiege. Jedoch sei die Schwere des Eingriffs in seine Grundrechte mit den Sicherheitsbelangen der Allgemeinheit abzuwägen. Zu gewichten gelte es demnach Schwere und Wahrscheinlichkeit weiterer Delikte. Vom Beschuldigten gehe eine hohe Gefahr für schwere Straftaten aus. Betroffen seien die hochwertigen Rechtsgüter der körperlichen und sexuellen Integrität. Die fraglichen Taten seien geeignet, die physische, psychische und sexuelle Integrität der Opfer erheblich zu beeinträchtigen. Ein Abwägen der Gefährlichkeit des Beschuldigten und des Anliegens der Öffentlichkeit am Schutz vor Gewalt- und Sexualdelikten einerseits mit dem Freiheitsanspruch des Beschuldigten andererseits führe zum Schluss, dass das öffentliche Interesse nach Sicherheit stärker zu gewichten und die Verwahrung aus Verhältnismässigkeitsgründen anzuordnen sei. Dabei werde nicht übersehen, dass der Beschuldigte seine Strafe bereits vollständig verbüsst habe und eine Verwahrung als "ultima ratio" zeitlich nicht begrenzt sei. Jedoch lasse sich der Schutz der Allgemeinheit mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff nicht erreichen. Daran vermöge der rechtskräftige Landesverweis nichts zu ändern. Damit verletze die hiesige Kammer Bundesrecht, indem sie die Verwahrung des Beschuldigten nicht anordne. Entsprechend hiess es die Beschwerde gut, hob das Urteil vom 20. September 2021 auf und wies die Sache zur Anordnung der Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB und zur Regelung der Kosten sowie Entschädigungsfolgen an die hiesige Kammer zurück (Urk. 740 S. 10, S. 16 ff.). An diese Anweisung und die rechtlichen Erwägungen des Bundesgerichts ist die hiesige Kammer grundsätzlich gebunden (BGE 143 IV 214 E. 5.3.3; BGE 135 III 334; vgl. auch Ziffer 3.1 hiervor).

3.3. Der Beschuldigte macht geltend, dass Dr. med. C._____ einerseits hätte in den Ausstand treten müssen und andererseits dieses Gutachten von Dr. med. C._____ erhebliche qualitative Mängel aufweise, weshalb es nicht zu seinen Lasten verwertbar sei. Da der Ausstandsgrund und diese Mängel erst nach dem Urteil vom 10. Januar 2022 der am 19. März 2022 neu mandatierten erbetenen Verteidigung aufgefallen seien, handle es sich dabei um neue vor dem Entscheid

eingetretene Tatsachen und womit selbst im Falle eines rechtskräftigen Urteils ein Revisionsgrund vorliegen würde (Urk. 766; vgl. auch Urk. 777).

3.4. Wer durch ein rechtskräftiges Urteil, einen Strafbefehl, einen nachträglichen richterlichen Entscheid oder einen Entscheid im selbstständigen Massnahmenverfahren beschwert ist, kann die Revision verlangen, wenn neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen vorliegen, die geeignet sind, einen Freispruch, eine wesentlich mildere oder wesentlich strengere Bestrafung der verurteilten Person oder eine Verurteilung der freigesprochenen Person herbeizuführen (Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO). Art. 60 Abs. 3 StPO bezeichnet sodann das nachträgliche Bekanntwerden eines Ausstandsgrundes als Revisionsgrund. Die Rechtskraftwirkung eines Rückweisungsentscheids steht unter dem Vorbehalt, dass sich nicht neue Tatsachen oder Beweismittel im Sinne der prozessualen Revision ergeben, welche die sachverhaltliche Grundlage des Rückweisungsurteils erschüttern (vgl. BGer-Urteil 8C_152/2012 vom 3. August 2012 E. 4.2). Es ist deshalb nachfolgend auf die vom Beschuldigten gegen das Gutachten erhobenen Beanstandungen einzugehen.

3.5. Wenn der Beschuldigte vortragen lässt, es sei unverständlich, dass seine im Jahr 2020/2021 tätigen amtlichen Verteidiger keine Einwände gegen Dr. med. C._____ als vorgeschlagener Gutachter vorgebracht hätten, blendet er aus, dass sich – wie er selber ausführen lässt – aus den Akten ergibt, dass Dr. med. C._____ die Geschädigte A._____ exploriert hatte (vgl. Urk. 289) und es sein Verteidiger war, der Dr. med. C._____ als Gutachter vorgeschlagen hatte (Urk. 609 Rz. 7). Sich nunmehr, nachdem das Bundesgericht das Verfahren zur Anordnung der Verwahrung an die hiesige Kammer zurückwies, darauf zu berufen, der von ihm gewünschte Gutachter sei vorbefasst gewesen, erscheint rechtsmissbräuchlich.

3.6. Im Weiteren ist dem Beschuldigten nicht zu folgen, wenn er eine Vorbefassung von Dr. med. C._____ in der gleichen Sache geltend macht. Eine gleiche Sache ist nur (eng) anzunehmen bei Identität der Parteien, des Verfahrens und der zur Beantwortung stehenden Streitfragen (BGE 143 IV 69 E. 3.1). Bei der Begutachtung der Geschädigten durch Dr. med. C._____ im Jahr 2014 ging es ein-

zig um deren Aussagetüchtigkeit bzw. -fähigkeit. Dies, weil der Beschuldigte im erstinstanzlichen Verfahren die Vorwürfe und Aussagen der Geschädigten bestritt. Was der Beschuldigte mit den wiedergegebenen Zitaten aus dem Gutachten vom 25. April 2014 geltend machen will, erhellt nicht (Urk. 766 S. 7 f.). Diese Aussagen betreffen die Geschädigte und äussern sich in keiner Weise über den Beschuldigten. Nachdem der Beschuldigte im obergerichtlichen Verfahren sodann den Sachverhalt und die Aussagen der Geschädigten anerkannte, ist weiter nicht ersichtlich, über welche ihm ansonsten nicht zur Verfügung stehenden (sich nicht in den Akten befindlichen) Informationen Dr. med. C. _____ bei der Begutachtung des Beschuldigten verfügen soll. Sachverhaltskenntnisse aus dem Jahr 2014, welche keinen Eingang in die Akten gefunden haben, aber in die Begutachtung des Beschuldigten durch Dr. med. C. _____ eingeflossen sein könnten, sind nicht ersichtlich und werden vom Beschuldigten auch nicht vorgebracht (Urk. 766 S. 5 ff.). Es ergibt sich entgegen den Ausführungen des Beschuldigten weder aus den von ihm zitierten Stellen noch aus dem Gutachten über die Aussagetüchtigkeit bzw. -fähigkeit der Geschädigten generell, dass sich Dr. med. C. _____ bereits damals intensiv mit den dem Beschuldigten gemachten Vorwürfen und dem Beschuldigten auseinandergesetzt haben soll. Dr. med. C. _____ wurde einzig für die Einschätzung der Aussagetüchtigkeit bzw. -fähigkeit der Geschädigten beigezogen. Diese Begutachtung (von wohl max. 4 Stunden) fand dabei im Jahr 2014 statt, also über sechs Jahre vor der Begutachtung des Beschuldigten. Bei der Begutachtung des Beschuldigten durch Dr. med. C. _____ war nur noch die Frage zu klären, ob eine therapeutische Massnahme/Verwahrung des Beschuldigten anzuordnen ist, wobei er vom Sachverhalt gemäss Anklageschrift ausgehen konnte und demzufolge keine Sachverhalts- bzw. Aussagenwürdigung vorzunehmen hatte. Es ging bei der Begutachtung des Beschuldigten einzig um die Beurteilung des Vorliegens einer allfälligen psychischen Störung, einer allfälligen Rückfallgefahr, der Massnahmefähigkeit und Massnahmewilligkeit des Beschuldigten sowie der Konnexität und Relevanz der im Strafregister gelöschten Taten, der neu zu beurteilenden Taten und derjenigen, die noch im Strafregister aufgeführt sind. Aufgrund dieser offensichtlich in keiner Weise in einem Zusammenhang mit dem von ihm im Jahr 2014 erstellten (Zusatz-)Gutachten über die Geschädigte stehenden

Themen, liegt keine Vorbefassung vor. Ebenso wenig kann die Rede davon sein, dass Dr. med. C. _____ bei der Begutachtung des Beschuldigten bereits mit dem Fall vertraut gewesen sein soll (vgl. Urk. 766 S. 8 f.). Der Beschuldigte zeigt denn auch keine Umstände auf, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit objektiv zu begründen vermögen und darauf hindeuten, dass Dr. med. C. _____ bezüglich der zu entscheidenden Fragen nicht offen und vorbestimmt gewesen sein könnte. Aussagen von Dr. med. C. _____ in seinem Gutachten über den Beschuldigten, die nicht neutral und/oder nicht sachlich wären, sind nicht ersichtlich und werden auch vom Beschuldigten keine genannt. Eine Vorbefassung und damit ein Ausstandsgrund ist nicht ersichtlich.

3.7. Wenn der Beschuldigte aus dem Umstand, dass Dr. med. C. _____ im Gutachten das von ihm im Jahr 2014 erstattete (Zusatz-)Gutachten über die Geschädigte nicht offengelegt habe, eine qualitative Mangelhaftigkeit des Gutachtens ableiten will (Urk. 766 S. 9, S. 11 f.; Urk. 777 S. 4), ist ihm ebenfalls nicht zu folgen. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Angaben des Gutachters, dass sich sein Gutachten (einzig) auf die Durchsicht der Gerichtsakten und einer Exploration des Beschuldigten am 15. April 2021 stützt, unzutreffend sein sollen. Wie erwähnt, konnte der Gutachter vom (anerkannten) Sachverhalt gemäss Anklageschrift ausgehen und war es dementsprechend nicht erforderlich, sämtliche Akten und insbesondere jene im Zusammenhang mit der Frage der Aussagetüchtigkeit der Geschädigten, zu studieren. Weiter kann auch aufgrund der Gegebenheiten im Umstand, dass der Gutachter keine Verbindung zwischen der im Jahr 2014 erfolgten Exploration der Geschädigten und der Begutachtung des Beschuldigten herstellte, kein gravierender Fehler oder erheblicher Mangel hinsichtlich der Qualität des Gutachtens erblickt werden (Urk. 766 S. 9, S. 11 f.). Die Staatsanwaltschaft hält zutreffend fest, dass der Beschuldigte denn auch mit keinem Wort ausführt, worin die angeblich negativen Auswirkungen der Nichterwähnung des (Zusatz-)Gutachtens in Bezug auf das Gutachten über den Beschuldigten (dessen Schlüssigkeit auch vom Bundesgericht nicht in Frage gestellt wurde) bestehen soll und er nicht aufzeigt, dass sich dieses als nicht offen und voreingenommen präsentiere.

3.8. Nachdem somit keine Vorbefassung von Dr. med. C._____ im Sinne eines Ausstandsgrundes bestand, lag auch keine ungenügende Verteidigung vor (Urk. 766 S. 9 f.), wenn der damalige Verteidiger (im Übrigen rund sechs Jahre nach der Begutachtung der Geschädigten und nachdem bereits zwei Gutachten von verschiedenen Gutachtern vorlagen), Dr. med. C._____, ...-arzt des Zentrums ... [Zweck], welcher über ausgewiesenes Fachwissen verfügt, als Gutachter vorschlug und der nachmalige amtliche Verteidiger diesen Umstand (vor Bundesgericht) nicht rügte.

3.9. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass kein Ausstandsgrund bei Dr. med. C._____ ersichtlich ist. Sodann liegt auch kein qualitativ mangelhaftes Gutachten vor. Damit ist das Ausstandsgesuchs des Beschuldigten abzuweisen und dem Standpunkt des Beschuldigten, es könne nicht auf das Gutachten von Dr. med. C._____ vom 14. Juni 2021 abgestellt werden, und es sei ein neues Gutachten einzuholen, ist nicht zu folgen. Zu berücksichtigende neue Tatsachen liegen nicht vor. Es ist deshalb in Nachachtung des Entscheids des Bundesgerichts vom 10. Januar 2022 die Verwahrung des Beschuldigten nach Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB anzuordnen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinem Antrag, es sei von einer Verwahrung abzusehen. Dementsprechend sind ihm die Kosten des zweiten, dritten und des vorliegenden Berufungsverfahren – mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft und von Vollzugskosten – aufzuerlegen. Aufgrund der finanziellen und persönlichen Situation des Beschuldigten sind diese Kosten jedoch sofort abzuschreiben.

4.2. Dementsprechend sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft und die Kosten im Zusammenhang mit dem Vollzug definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

4.3. Ausgangsgemäss ist dem Beschuldigten sodann weder eine Entschädigung (für seine erbetene Verteidigung) noch eine Genugtuung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der Beschluss vom 20. September 2021 (Feststellung der Rechtskraft des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 18. Oktober 2016 bezüglich der Dispositivziffern 1 und 2 [Strafe und Vollzug], 4 [Genugtuung], 5 und 6 [Kosten- und Entschädigungsfolgen] sowie des gleichentags ergangenen Beschlusses [Feststellung Rechtskraft Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 24. November 2014 bezüglich der Dispositivziffern 1 [Schuldpunkt], 5 und 6 [Einziehungen], 7-12 [Kosten- und Entschädigungsdispositiv] sowie 14 [Schadenersatz]) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Das Ausstandsbegehren des Beschuldigten gegen den Gutachter Dr. med. C._____ wird abgewiesen.
2. Es wird die Verwahrung des Beschuldigten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB angeordnet.
3. Die Gerichtsgebühr für das zweite Berufungsverfahren (Geschäfts-Nr. SB170417-O) fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten betragen:

- | | | |
|-----|-----------|---|
| Fr. | 4'654.25 | amtliche Verteidigung (RA Y3.____ [bis 30.6.18]) |
| Fr. | 18'831.00 | amtliche Verteidigung (RA Y4.____ [ab 01.07.18]; davon bereits Fr. 10'000.– am 10.10.2019 ausbezahlt) |
| Fr. | 250.00 | unentgeltliche Vertretung Privatklägerschaft |
| Fr. | 15'235.09 | Gutachten v. 16.10.2018 (inklusive Kurier von Fr. 211.09) |
| Fr. | 1'716.00 | Ergänzungsgutachten v. 13.01.20 |
4. Die Gerichtsgebühr für das dritte Berufungsverfahren (Geschäfts-Nr. SB200500-O) fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten betragen:
- | | | |
|-----|-----------|---|
| Fr. | 3'867.55 | amtliche Verteidigung (RA Y5.____ [bis 1.4.21]) |
| Fr. | 8'890.85 | amtliche Verteidigung (RA Y1.____ [ab 1.4.21]) |
| Fr. | 26'777.80 | Gutachten |
| Fr. | 500.00 | unentgeltliche Vertretung Privatklägerschaft |
5. Die Gerichtsgebühr für das vorliegende Berufungsverfahren fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten betragen:
- | | | |
|-----|----------|---|
| Fr. | 1'754.55 | amtliche Verteidigung (RA Y1.____) |
| Fr. | 759.05 | Vollzugskosten (Transport Beschuldigter 8.7.2022) |
6. Die Kosten des zweiten, dritten und vorliegenden Berufungsverfahrens werden, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft und von Vollzugskosten, dem Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung, der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft und des Vollzuges werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
7. Dem Beschuldigten wird weder eine Entschädigung noch eine Genugtuung zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die erbetene Verteidigung
 - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich

- die unentgeltliche Vertreterin der Privatklägerin im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Staatssekretariat für Migration
- und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

9. Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 12. Dezember 2022

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Stiefel

MLaw Brülisauer