

BGer 6B_639/2021 vom 27. September 2022

Bundesgericht, 2022-09-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_639_2021

FR: TF 6B_639/2021 du 27 septembre 2022

IT: TF 6B_639/2021 del 27 settembre 2022

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht vereinigt mehrere Verfahren, wenn sie in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen, namentlich wenn sie sich gegen denselben Entscheid richten und die gleichen Parteien oder ähnliche Rechtsfragen betreffen (vgl. Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 lit. b BZP ; BGE 133 IV 215 E. 1; 126 V 283 E. 1; 113 Ia 390 E. 1). Dies ist vorliegend der Fall. Zwar ergingen die angefochtenen Schuldsprüche gegen die Beschwerdeführer 2 und 3 je in einem separaten Urteil, dies jedoch am gleichen Tag und in der gleichen Besetzung. Den Beschwerdeführern 2 und 3 wird eine mehrfache versuchte Vergewaltigung, begangen in Mittäterschaft vorgeworfen, welche Gegenstand ihrer Beschwerden bildet. Mittäter sind gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO gemeinsam zu verfolgen und zu beurteilen. Es rechtfertigt sich daher, die vier Verfahren zu vereinigen und die Beschwerden in einem einzigen Entscheid zu behandeln.

E. 2.1

Die Beschwerdeführer 2 und 3 rügen in formeller Hinsicht zunächst, die Vorinstanz hätte die Beschwerdegegnerin 4 als einzige Belastungszeugin anlässlich der Berufungsverhandlung nochmals persönlich anhören müssen. Dazu wäre sie unter den gegebenen Umständen (erstinstanzlicher Freispruch, Aussage gegen Aussage-Situation) im Falle eines Schuldspruchs in Anwendung von Art. 343 Abs. 3 i.V.m. Art. 405 Abs. 1 und Art. 389 Abs. 3 StPO verpflichtet gewesen. Das Bezirksgericht habe in seinem Urteil ausdrücklich festgehalten, der persönliche Eindruck der Beschwerdegegnerin 4 und ihr Aussageverhalten anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung seien in keiner Weise überzeugend gewesen. Die Vorinstanz wäre zur persönlichen Anhörung der Beschwerdegegnerin 4 auch deshalb verpflichtet gewesen, weil sie selber zum Schluss komme, diese habe die Vorfälle vom 23./24. Dezember 2016 im Schlafzimmer und im Trockenraum sehr pauschal und auch auf Nachfrage sehr rudimentär geschildert. Deren Aussagen würden zudem zahlreiche Widersprüche enthalten. Ein Anspruch auf persönliche Anhörung der Beschwerdegegnerin 4 von Amtes wegen ergebe sich nach dem erstinstanzlichen Freispruch auch aus Art. 6 Abs. 1 EMRK .

Der Beschwerdeführer 2 macht zudem geltend, die Staatsanwaltschaft habe erstmals in der Berufungserklärung angebliche autistische Züge der Beschwerdegegnerin 4 vorgebracht, welche ihre pauschalen Aussagen erklären würden. Sie liefere jedoch kein Arztzeugnis mit einer Autismus-Diagnose oder eine anderweitig medizinisch fundierte Begründung für diese Einschätzung, sondern stelle diese Diagnose gestützt auf blosser Beobachtungen der Beschwerdegegnerin 4 anlässlich der Einvernahmen. Die Vorinstanz begründe die schlechte Qualität der Aussagen der Beschwerdegegnerin 4 nicht mit den autistischen Zügen. Sie habe sich offenbar aber von der Behauptung der Staatsanwaltschaft leiten lassen, dass die Beschwerdegegnerin 4 an psychischen Einschränkungen leide, welche sich negativ

auf die Qualität ihrer Aussagen ausgewirkt hätten. Mit ihrer Begründung für die stereotype Schilderung des Vorfalls in der Wohnung, wonach dieser für die Beschwerdegegnerin 4 nicht gleichermassen traumatisierend gewesen sei wie der Vorfall im Trockenraum, antizipiere die Vorinstanz zudem eine Traumatisierung, ohne die Beschwerdegegnerin 4 selbst angehört zu haben und ohne ein psychiatrisches oder aussagepsychologisches Gutachten einzuholen. Die Einholung eines solchen Gutachtens wäre Aufgabe der Staatsanwaltschaft gewesen, wenn sie in einer autistischen Störung die Gründe für den fehlenden Detailreichtum und die fehlende Kohärenz der Aussagen der Beschwerdegegnerin 4 sehe. Zumindest hätte sich die Vorinstanz im Rahmen einer Anhörung jedoch einen persönlichen Eindruck von der Beschwerdegegnerin 4 verschaffen müssen, um beurteilen zu können, ob bei dieser Anzeichen für eine sich auf ihr Aussageverhalten auswirkende psychische Störung vorliegen.

E. 2.2.1

Art. 343 Abs. 3 StPO verpflichtet das Gericht, im Vorverfahren ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals zu erheben, sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint. Eine unmittelbare Abnahme eines Beweismittels ist nach der Rechtsprechung notwendig im Sinne von Art. 343 Abs. 3 StPO, wenn sie den Ausgang des Verfahrens beeinflussen kann. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Kraft des Beweismittels in entscheidender Weise vom Eindruck abhängt, der bei seiner Präsentation entsteht, beispielsweise wenn es in besonderem Masse auf den unmittelbaren Eindruck der Aussage der einzuvernehmenden Person ankommt, so wenn die Aussage das einzige direkte Beweismittel ("Aussage gegen Aussage"-Konstellation) darstellt. Allein der Inhalt der Aussage einer Person (was sie sagt), lässt eine erneute Beweisabnahme nicht notwendig erscheinen. Massgebend ist, ob das Urteil in entscheidender Weise von deren Aussageverhalten (wie sie es sagt) abhängt (BGE 140 IV 196 E. 4.4.2; Urteile 6B_798/2021 vom 2. August 2022 E. 2.1; 6B_693/2021 vom 10. Mai 2022 E. 4.1.3; je mit Hinweisen). Eine unmittelbare Beweisabnahme durch das Gericht erscheint bei sog. Aussage gegen Aussage-Konstellationen zwecks Abklärung der Glaubwürdigkeit des Belastungszeugen bzw. der Glaubhaftigkeit der belastenden Aussagen insbesondere geboten, wenn diesen grundlegende Bedeutung zukommt, es um schwere Vorwürfe geht und die belastenden Aussagen zudem Widersprüche und Ungereimtheiten aufweisen (Urteil 6B_693/2021 vom 10. Mai 2022 E. 4.5).

Hingegen können auch bei sog. Vieraugendelikten auf Video aufgezeichnete Einvernahmen genügen, um sich ein hinreichendes Bild von der Glaubwürdigkeit der Auskunftsperson oder des Zeugen respektive der Glaubhaftigkeit der Aussagen zu verschaffen, wenn weitere Sachbeweise oder Indizien (d.h. keine reinen Aussage gegen Aussage-Situationen) vorliegen und die einvernommene Person konstant und in sich logisch konsistent aussagte (Urteile 6B_612/2020 vom 1. November 2021 E. 2.3.4; 6B_1105/2020 vom 13. Oktober 2021 E. 3.2.2; 6B_1265/2019 vom 9. April 2020 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 146 IV 153; 6B_687/2018 vom 4. Juni 2019 E. 2.3; 6B_430/2015 vom 12. Juni 2015 E. 2.5).

E. 2.2.2

Das Berufungsverfahren stellt keine Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern knüpft an dieses an und baut darauf auf. Entsprechend regelt Art. 389 Abs. 1 StPO, dass das Rechtsmittelverfahren auf den Beweisen beruht, die im Vorverfahren und im erstinstanzlichen Hauptverfahren erhoben worden sind (Urteil 6B_931/2021 vom 15.

August 2022 E. 3.2). Art. 343 Abs. 3 StPO verankert in den dort erwähnten Fällen daher eine (einmalige) Unmittelbarkeit im erstinstanzlichen Verfahren, in der Regel jedoch keine solche für das Rechtsmittelverfahren. Beweisabnahmen des erstinstanzlichen Gerichts sind im Rechtsmittelverfahren jedoch zu wiederholen, wenn Beweisvorschriften verletzt worden sind, die Beweiserhebungen unvollständig waren oder die Akten über die Beweiserhebungen unzuverlässig erscheinen (Art. 389 Abs. 2 lit. a-c StPO). Eine unmittelbare Beweisabnahme im Rechtsmittelverfahren hat damit zu erfolgen, wenn eine solche im erstinstanzlichen Verfahren unterblieb oder unvollständig war, obwohl die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung im Sinne von Art. 343 Abs. 3 StPO notwendig erscheint. Weiter kann eine unmittelbare Beweisabnahme durch das Berufungsgericht in den Fällen von Art. 343 Abs. 3 StPO erforderlich sein, wenn dieses von den erstinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen abweichen will. Zudem gilt auch im Rechtsmittelverfahren der Wahrheits- und Untersuchungsgrundsatz (zum Ganzen: BGE 140 IV 196 E. 4.4.1 mit Hinweisen auf die Lehre; Urteile 6B_931/2021 vom 15. August 2022 E. 3.2; 6B_798/2021 vom 2. August 2022 E. 2.2; 6B_145/2018 vom 21. März 2019 E. 2.3; je mit Hinweisen). Auch bei sog. Aussage gegen Aussage-Situationen ist eine unmittelbare Beweisabnahme vor der Berufungsinstanz folglich nicht zwingend, wenn der Belastungszeuge bereits im erstinstanzlichen Verfahren gerichtlich angehört wurde.

Zwar entschied das Bundesgericht verschiedentlich, Art. 343 Abs. 3 StPO gelte sowohl für das erst- als auch das zweitinstanzliche Verfahren, d.h. die Beweiserhebung durch das Erstgericht könne die erforderliche unmittelbare Kenntnis des Berufungsgerichts nicht ersetzen (Urteile 6B_1330/2017 vom 10. Januar 2019 E. 3.2.2; 6B_1302/2015 vom 28. Dezember 2016 E. 4.2.1; 6B_1068/2015 vom 2. November 2016 E. 1.3; 6B_1319/2015 vom 26. Mai 2016 E. 2.4; 6B_70/2015 vom 20. April 2016 E. 1.4.2; in diesem Sinne auch: BGE 143 IV 288 E. 1.4.1 sowie Urteil 6B_1251/2014 vom 1. Juni 2015 E. 1). Darauf kam das Bundesgericht später jedoch zurück, indem es unter Verweis auf BGE 140 IV 196 E. 4.4.1 erneut und ausdrücklich festhielt, Art. 343 Abs. 3 StPO statuiere - entgegen den zu präzisierenden, da zu apodiktischen Urteilen 6B_70/2015 vom 20. April 2016 und 6B_1330/2017 vom 10. Januar 2019 - eine einmalige Unmittelbarkeit im erstinstanzlichen Verfahren, in der Regel jedoch keine solche für das Rechtsmittelverfahren (Urteil 6B_145/2018 vom 21. März 2019 E. 2.3; gleich auch Urteile 6B_931/2021 vom 15. August 2022 E. 3.2 und 6B_798/2021 vom 2. August 2022 E. 2.2).

Im Urteil 6B_66/2022 vom 19. April 2022 erachtete das Bundesgericht den Verzicht auf eine erneute Befragung des bereits im Untersuchungs- und erstinstanzlichen Gerichtsverfahren einvernommenen Opfers im Berufungsverfahren trotz der Aussage gegen Aussage-Konstellation und des erstinstanzlichen Teilfreispruchs für zulässig, weil sich die beschuldigte Person gegen die Dispensierung des Opfers von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung nicht zur Wehr gesetzt hatte, dies obschon sie ausdrücklich auf die Möglichkeit hingewiesen wurde, eine Wiedererwägung der Dispensierung zu verlangen (Urteil, a.a.O., E. 2.1 und 2.4). Eine Dispensierung des Opfers von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung, womit zwingend ein Verzicht auf eine gerichtliche Befragung im Berufungsverfahren einhergeht, erachtete das Bundesgericht trotz der Aussage gegen Aussage-Situation bei Sexualdelikten mit Verweis auf Art. 169 Abs. 4 StPO auch in anderen Fällen als zulässig (vgl. Urteile 6B_408/2021 vom 11. April 2022 E. 1; 6B_1371/2020 vom 15. September 2021 E. 3).

E. 2.2.3

Das Gericht verfügt bei der Frage, ob eine erneute Beweisabnahme erforderlich ist, über einen Ermessensspielraum (BGE 140 IV 196 E. 4.4.2; Urteile 6B_931/2021 vom 15. August 2022 E. 3.2; 6B_1265/2019 vom 9. April 2020 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 146 IV 153 ; je mit Hinweisen). Erscheint die unmittelbare Kenntnis eines Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig, hat das Gericht die gemäss Art. 343 Abs. 3 StPO notwendigen Ergänzungen von Amtes wegen vorzunehmen, d.h. unabhängig von einem entsprechenden Antrag einer Partei (BGE 143 IV 288 E. 1.4.1 und 1.4.4).

E. 2.2.4

Das Unmittelbarkeitsprinzip ergibt sich gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) auch aus Art. 6 Abs. 1 EMRK . Nach der Rechtsprechung des EGMR handelt es sich bei der Möglichkeit der beschuldigten Person, wichtige Zeugen in Anwesenheit der urteilenden Sachrichter zu befragen, um ein wichtiges Element des Anspruchs auf ein faires Verfahren, da die gerichtlichen Beobachtungen zum Auftreten ("demeanour") und zur Glaubwürdigkeit des Zeugen von grosser Bedeutung sein können (vgl. Urteile des EGMR

Dan gegen Moldavien [Nr. 2] vom 10. November 2020, Nr. 57575/14, § 51;

Chernika gegen Ukraine vom 12. März 2020, Nr. 53791/11, § 47; je mit Hinweisen). Die Frage der Vereinbarkeit mit dem in Art. 6 Abs. 1 EMRK als Ausfluss des Anspruchs auf ein faires Verfahren verankerten Unmittelbarkeitsprinzip stellt sich gemäss dem EGMR insbesondere, wenn nach der Anhörung eines wichtigen Zeugen ein Wechsel im gerichtlichen Spruchkörper erfolgt (Urteil des EGMR

Chernika gegen Ukraine vom 12. März 2020, Nr. 53791/11, §§ 47 ff. mit Hinweisen). Weiter kommt das Unmittelbarkeitsprinzip gemäss dem EGMR zum Tragen, wenn ein zweitinstanzliches Gericht einen erstinstanzlichen Freispruch aufheben will. Der EGMR erblickte darin, dass das zweitinstanzliche Gericht nach einem erstinstanzlichen Freispruch ohne erneute Befragung des Hauptbelastungszeugen, dessen Aussagen vom erstinstanzlichen Gericht nach einer persönlichen Anhörung als nicht glaubhaft qualifiziert wurden, zu einem Schuldspruch gelangte, verschiedentlich eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK (vgl. Urteile des EGMR

Lazu gegen Moldavien vom 5. Juli 2016, Nr. 46182/08, §§ 31 ff.;

Hanu gegen Rumänien vom 4. Juni 2013, Nr. 10890/04, §§ 31 ff.;

Dan gegen Moldavien vom 5. Juli 2011, Nr. 8999/07, §§ 32 ff.). Im Urteil

Dan gegen Moldavien vom 10. November 2021 entschied der EGMR zudem, das zweitinstanzliche Gericht sei in solchen Fällen, d.h. nach einem erstinstanzlichen Freispruch, auch ohne einen entsprechenden Antrag der beschuldigten Person verpflichtet, die notwendigen Massnahmen im Hinblick auf eine erneute Befragung des entscheidenden Belastungszeugen zu ergreifen. Er bejahte im erwähnten Entscheid eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK daher ungeachtet der Tatsache, dass die beschuldigte Person zuvor im entsprechenden zweitinstanzlichen Gerichtsverfahren gegen die unterlassene erneute Zeugenbefragung nicht opponiert hatte (Urteil des EGMR

Dan gegen Moldavien [Nr. 2] vom 10. November 2021, Nr. 57575/14, §§ 57 ff., insb. §§ 57 und 65).

E. 2.3.1

Vorliegend ist unzweifelhaft von einer sog. Aussage gegen Aussage-Situation auszugehen. Zwar geht aus dem Chat-Verlauf zwischen dem Beschwerdeführer 3 und der Beschwerdegegnerin 4 in der Zeit vom 24.-26. Dezember 2016 hervor, dass es in der Nacht vom 23./24. Dezember 2016 aus Sicht der Beschwerdegegnerin 4 zu einem für diese zumindest unerfreulichen Ereignis kam. Die Beschwerdegegnerin 4 erwähnte in den Chats wiederholt, sie sei vom Kollegen des Beschwerdeführers 3 an der Scheide verletzt worden. Sie fragte den Beschwerdeführer 3 zudem, ob er oft Dreier mache. Weiter schrieb sie ihm folgende Nachrichten: "Bei unserem Gespräch in der Küche hast du gesagt, dass du und ich zusammen sein können. Da habe ich gemeint nur du und ich nicht noch andere Personen" (Verfahren Beschwerdeführer 2, kant. Akten, Urk. 11/1 S. 8) und "Guten Morgen, wieso denkst du noch oder hast Angst, dass ich dich nur für Sex haben will/nutze? Wenn ich dich nur für sex nutzen wollen würde, hätte ich am Freitagabend mit dir und mit deinem Kolleg Sex gemacht. Aber genau aus dem Grund weil ich dich NICHT nur für sex nutzen will, habe ich keinen Sex mit deinem Kolleg gemacht. Verstehst du?" (Verfahren Beschwerdeführer 2, kant. Akten, Urk. 11/1 S. 18). Die Vorinstanz schliesst daraus willkürfrei (vgl. zur Willkürkognition des Bundesgerichts: Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG ; BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 114 E. 2.1, 88 E. 1.3.1), die Beschwerdeführer 2 und 3 hätten Sex zu dritt mit der Beschwerdegegnerin 4 haben wollen, womit diese nicht einverstanden gewesen sei, und dass sie vom Beschwerdeführer 2 an der Scheide verletzt wurde. Da es um den Vorwurf einer vollendeten und mehrfachen versuchten Vergewaltigung geht, wofür die Beschwerdeführer 2 und 3 zu relativ hohen Freiheitsstrafen verurteilt wurden, ist jedoch entscheidend, zu welchen sexuellen Handlungen es effektiv kam, ob und in welcher Form Gewalt oder andere Nötigungsmittel im Spiel waren, ob es zunächst ein allfälliges implizites Einverständnis der Beschwerdegegnerin 4 gab, ob und wie die Beschwerdegegnerin 4 den Beschwerdeführern 2 und 3 kommunizierte, dass sie keinen Sex mit ihnen wollte, sowie die Reaktion der Beschwerdeführer 2 und 3 darauf. Diesbezüglich liegen einzig die belastenden Aussagen der Beschwerdegegnerin 4 vor, während die Beschwerdeführer 2 und 3 bestreiten, Gewalt oder andere Nötigungsmittel gegenüber der Beschwerdegegnerin 4 angewandt zu haben.

E. 2.3.2

Der vorliegende Fall weist zudem insofern Besonderheiten auf, als die Beschwerdeführer 2 und 3 vom Bezirksgericht von den Vorwürfen der (versuchten) Vergewaltigung freigesprochen wurden und auch die Vorinstanz ausdrücklich auf zahlreiche Widersprüche in den Aussagen der Beschwerdegegnerin 4 hinweist sowie darauf, dass deren Aussagen zu den Vorfällen vom 23./24. Dezember 2016 pauschal, stereotyp und detailarm mit wenig Gefühlsbetonung seien (vgl. Verfahren Beschwerdeführer 3, angefochtenes Urteil S. 45 und 48).

Die Beschwerdegegnerin 4 führte mit dem Beschwerdeführer 3 auch nach dem angeklagten Vorfall vom 23./24. Dezember 2016 eine Beziehung, wobei sie eine gemeinsame Wohnung bezogen und gar über eine Heirat diskutierten. Anfang August 2017 erstattete sie Anzeige gegen den Beschwerdeführer 3, weil er sie nach der Trennung nicht in Ruhe gelassen habe, er nicht aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen sei, er Geld von ihr verlangt habe, er ihr gedroht, sie geschlagen und sie regelmässig vergewaltigt sowie ca. jeden dritten Tag zu Oralverkehr gezwungen habe. Von diesen Vorwürfen betreffend die Zeit von Anfang Juni bis Anfang August 2017 wurde der Beschwerdeführer 3 auch zweitinstanzlich vollumfänglich freigesprochen. Die Vorinstanz gelangt diesbezüglich nach Würdigung der

übrigen Beweise, insbesondere der Chatverläufe und der Zeugenaussagen, zur Überzeugung, die Aussagen der Beschwerdegegnerin 4 seien nicht glaubhaft, da sie in wichtigen Punkten im Widerspruch zu den Chatverläufen stünden (vgl. Verfahren Beschwerdeführer 3, angefochtenes Urteil S. 57). Zuvor wurde bereits das von der Beschwerdegegnerin 4 gegen den Beschwerdeführer 3 angestrebte Ermittlungsverfahren wegen des Vorwurfs der Überwachung mittels Videokameras und Verbindung zu ihrem Mobiltelefon (Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte) mit Verfügung vom 20. März 2018 eingestellt, weil sich die Behauptung der Beschwerdegegnerin 4 aufgrund der polizeilichen Überprüfungen nicht erhärten liess (vgl. Verfahren Beschwerdeführer 3, angefochtenes Urteil S. 56 f.).

E. 2.3.3

Die Aussagen der Beschwerdegegnerin 4 zu den Ereignissen vom 23./24. Dezember 2016 sind zudem keineswegs konstant. Allfällige Sexualdelikte zu ihrem Nachteil in der Zeit vor Juli 2017 kamen anlässlich der ersten (polizeilichen) Befragung vom 4. August 2017 nicht zur Sprache. Die Beschwerdegegnerin 4 gab zunächst vielmehr an, es sei ca. Anfang Juli 2017 zum ersten Mal zu sexuellen Handlungen gegen ihren Willen gekommen (Verfahren Beschwerdeführer 3, angefochtenes Urteil S. 17; kant. Akten, Urk. D1 9/1 S. 5).

Anlässlich der zweiten (staatsanwaltschaftlichen) Einvernahme vom 18. September 2017 erklärte die Beschwerdegegnerin 4 hinsichtlich der Geschehnisse vom 23./24. Dezember 2016 in der Wohnung des Beschwerdeführers 2 u.a., die Beschwerdeführer 2 und 3 hätten Sex mit ihr haben wollen und sie gestreichelt und geküsst. Der Beschwerdeführer 3 habe versucht, mit dem Penis in sie einzudringen und sie an den Oberschenkeln festgehalten, während der Beschwerdeführer 2 sie an den Armen festgehalten habe. Sie habe gesagt, sie wolle dies nicht und sich gewehrt, indem sie sich so bewegt habe, dass es dem Beschwerdeführer 3 nicht gelungen sei, in sie einzudringen. Nach ein paar Minuten hätten die Beschwerdeführer 2 und 3 gemerkt, dass sie wirklich nicht bereit sei und gesagt, sie würden sich kurz auf das Sofa setzen. Nach ein paar Minuten auf dem Sofa habe sie gesagt, sie müsse ins Bad. Als sie wieder aus dem Bad gekommen sei, habe sie ihre Sachen genommen und die Wohnung verlassen (Verfahren Beschwerdeführer 3, angefochtenes Urteil S. 20; kant. Akten, Urk. D1 9/4 S. 17-19). Auf Nachfrage der Staatsanwältin erklärte sie zudem ausdrücklich, bis dahin habe nur der Beschwerdeführer 3 versucht in sie einzudringen, nicht jedoch der Beschwerdeführer 2 (Verfahren Beschwerdeführer 3, angefochtenes Urteil S. 20; kant. Akten, Urk. D1 9/4 S. 18). Später erwähnte die Beschwerdegegnerin 4 anlässlich der Einvernahme vom 18. September 2017 erstmals auch den angeklagten Vorfall mit dem Beschwerdeführer 2 im Trockenraum, dies jedoch erst auf die erneute Frage der Staatsanwältin, ob nur der Beschwerdeführer 3 versucht habe, in sie einzudringen, sowie nach einer kurzen Unterbrechung der Einvernahme und einem Gespräch mit ihrer Anwältin (Verfahren Beschwerdeführer 3, kant. Akten, Urk. D1 9/4 S. 19 ff.). Auch danach gab sie indes ausdrücklich an, in der Beziehung zum Beschwerdeführer 3 sei es erstmals nach der Trennung Anfang Juli 2017 zu einem sexuellen Kontakt gegen ihren Willen gekommen (Verfahren Beschwerdeführer 3, angefochtenes Urteil S. 21 f.; kant. Akten, Urk. D1 9/4 S. 23).

Anlässlich der dritten Einvernahme vom 27. September 2017 erwähnte die Beschwerdegegnerin 4 pauschal, die Beschwerdeführer 2 und 3 hätten sie auf das Bett getan und es sei klar gewesen, dass sie Sex mit ihr hätten haben wollen. Nachdem sie ihnen erklärt habe, sie wolle keinen Sex, hätten sie einfach weitergemacht. Beide hätten sich

danach hierfür entschuldigt (Verfahren Beschwerdeführer 3, angefochtenes Urteil S. 25 f.).

An der vierten Einvernahme vom 13. Dezember 2017 sagte die Beschwerdegegnerin 4 u.a. aus, die Beschwerdeführer 2 und 3 hätten Sex mit ihr haben wollen, sie aufs Bett gezogen, sie ausgezogen und zu küssen und streicheln begonnen. Sie habe gesagt, dass sie dies nicht wolle und sich gewehrt. Der Beschwerdeführer 3 habe sie an beiden Oberarmen festgehalten, während der Beschwerdeführer 2 ihr die Unterhose ausgezogen und versucht habe, mit seinem Penis in sie einzudringen, was ihm jedoch nicht gelungen sei, da sie sich auf alle Seiten gedreht habe (Verfahren Beschwerdeführer 3, kant. Akten, Urk. D1 9/9 S. 5-8). Auf Vorhalt, dass sie in den letzten Einvernahmen den Ablauf umgekehrt geschildert habe, nämlich dass der Beschwerdeführer 3 versucht habe, in sie einzudringen, während der Beschwerdeführer 2 sie festgehalten habe, antwortete sie, beide hätten versucht in sie einzudringen und beide hätten jeweils versucht, dem anderen dabei zu helfen, indem sie sie festgehalten hätten. Auf Nachfrage gab sie zudem an, sie habe zuvor nicht erwähnt, dass der Beschwerdeführer 2 auch in der Wohnung versucht habe, in sie einzudringen, weil sie ihn nicht zu sehr habe beschuldigen wollen (Verfahren Beschwerdeführer 3, kant. Akten, Urk. D1 9/9 S. 9).

Vor Bezirksgericht wurde die Beschwerdegegnerin 4 u.a. darauf angesprochen, weshalb sie den Vorfall mit dem Beschwerdeführer 2 im Trockenraum auch in der zweiten Einvernahme erst auf intensive Befragung der Staatsanwaltschaft erwähnt habe, worauf sie erklärte, sie habe diesen schonen wollen. Dieser habe sich entschuldigt und sie habe die Entschuldigung angenommen (Verfahren Beschwerdeführer 3, angefochtenes Urteil S. 29). Dazu, weshalb sie den Vorfall in der Wohnung vom 23./24. Dezember 2016 zunächst nicht erwähnt habe, könne sie nichts sagen, sie wolle sich dazu nicht äussern (Verfahren Beschwerdeführer 3, angefochtenes Urteil S. 29).

Die Beschwerdeführer 2 und 3 - Ersterer auch im Zusammenhang mit den anschliessenden Vorkommnissen im Trockenraum - weisen in ihren Beschwerden zudem auf weitere Widersprüche und Unklarheiten hin.

Aktenkundig ist überdies, dass die Beschwerdegegnerin 4 dem Beschwerdeführer 3 am Vormittag des 23. Dezember 2016 folgende Whastapp-Nachricht schickte: ".. ich liebe es dich zu spüren, besonders sprachlos macht es mich deine Kraft zu spüren, und wie du sie einsetzt.. mega ich könnte mir gut vorstellen, dass du auch in einer besonderen Vorliebe (Sexart) von mir.. sehr gut bist" (Verfahren Beschwerdeführer 2, kant. Akten, Urk. 11/1 S. 4).

Auf Vorhalt ihres Chatverlaufs bestätigte die Beschwerdegegnerin 4 weiter, dass sie mit anderen Männern bereits Sex zu dritt oder zu viert hatte und dass sie vor den angeklagten Vorfällen gegenüber einem Unbekannten auf Tinder Vergewaltigungsfantasien äusserte (sie stehe auf Schlagen und Beissen und wolle von einem Tunesier geschlagen, misshandelt und vergewaltigt werden; Verfahren Beschwerdeführer 3, angefochtenes Urteil S. 28 und 48).

E. 2.3.4

Angesichts der Widersprüche und Ungereimtheiten in den Aussagen der Beschwerdegegnerin 4 sowie der Aussage gegen Aussage-Situation wäre es nach dem erstinstanzlichen Freispruch Aufgabe der Vorinstanz gewesen, den noch offenen Fragen soweit möglich nachzugehen und sich ein persönliches Bild der Beschwerdegegnerin 4 zu machen.

Die Vorinstanz hätte insbesondere genau abklären müssen, welche sexuellen Handlungen stattfanden, ob und in welcher Form Gewalt im Spiel war, ob und wie die Beschwerdegegnerin 4 den Beschwerdeführern 2 und 3 kommunizierte, dass sie keinen Sex mit ihnen wollte, und wie die Beschwerdeführer 2 und 3 darauf reagierten, zumal die Beschwerdegegnerin 4 dem Sex mit mehreren Personen gemäss den Chatverläufen offenbar nicht generell ablehnend gegenüber stand. Anlässlich der zweiten Befragung vom 18. September 2017 gab die Beschwerdegegnerin 4 zudem noch explizit an, die Beschwerdeführer 2 und 3 hätten von ihr abgelassen, als sie gemerkt hätten, dass sie wirklich nicht wolle (Verfahren Beschwerdeführer 3, kant. Akten, Urk. D1 9/4 S. 18), was an sich gegen eine versuchte Vergewaltigung spricht. Auch verneinte sie ausdrücklich, dass es mit dem Beschwerdeführer 3 vor Juni 2017 zu einem sexuellen Kontakt gegen ihren Willen kam. Auffallend ist sodann, dass die Beschwerdegegnerin 4 anlässlich der vierten Befragung vom 13. Dezember 2017 auf den Vorhalt, sie habe den Vorfall zuvor umgekehrt geschildert, nämlich dass sie vom Beschwerdeführer 2 festgehalten worden sei, während der Beschwerdeführer 3 versucht habe, mit dem Penis in sie einzudringen, ihren Vorwurf schlicht verdoppelte, indem sie angab, beide Männer hätten dies gemacht (Verfahren Beschwerdeführer 3, kant. Akten, Urk. D1 9/9 S. 9), womit sie aus einer versuchten einfachen Vergewaltigung eine versuchte mehrfache Vergewaltigung machte. Davon, dass sich die Beschwerdeführer 2 und 3 über den Willen der Beschwerdegegnerin 4 dahingehend hinwegsetzen, dass sie nach einer erfolgreich abgewehrten Penetration mit dem Penis weiterhin, wenn auch in ausgetauschten Rollen, konkret versuchten, den Geschlechtsverkehr an ihr zu vollziehen, war in den früheren Einvernahmen indes keine Rede.

Hinsichtlich der Vorkommnisse im Trockenraum wies das Bezirksgericht in seinem Urteil zudem zu Recht darauf hin, dass es nicht nur darum geht, ob es in der Nacht vom 23./24. Dezember 2016 im Trockenraum zu sexuellen Handlungen kam. Vielmehr ist für die Annahme einer vollendeten Vergewaltigung auch abzuklären, ob der Beschwerdeführer 2 tatsächlich in der in der Anklage beschriebenen Weise unter Anwendung von Zwang den Geschlechtsverkehr an der Beschwerdegegnerin 4 vollzog oder ob sich die sexuellen Handlungen allenfalls anders abspielten (vgl. Verfahren Beschwerdeführer 2, erstinstanzliches Urteil E. 3.12 S. 23).

Vorliegend fand zwar bereits vor der ersten Instanz eine gerichtliche Befragung der Beschwerdegegnerin 4 statt. Diese Befragung war in Bezug auf das Kerngeschehen betreffend die angeklagten sexuellen Handlungen vom 23./24. Dezember 2016 jedoch relativ rudimentär, was sich mit dem erstinstanzlichen Freispruch in diesem Punkt erklären lässt, von der Vorinstanz im Falle eines Schuldspruchs jedoch nachzuholen gewesen wäre. Das Bezirksgericht wies in seinen Urteilen zudem ausdrücklich darauf hin, der persönliche Eindruck der Beschwerdegegnerin 4 und ihr Aussageverhalten anlässlich der (erstinstanzlichen) Hauptverhandlung seien in keiner Weise überzeugend gewesen (Verfahren Beschwerdeführer 2, erstinstanzliches Urteil E. 2.14 S. 16; Verfahren Beschwerdeführer 3, erstinstanzliches Urteil, E. 2.14 S. 17 und E. 3.5 in fine S. 21).

E. 2.4

Hinzu kommt, dass die Staatsanwaltschaft in ihren Berufungserklärungen geltend machte, die Beschwerdegegnerin 4 weise eine besondere Persönlichkeit mit autistischen Zügen auf, weshalb sie gar nicht in der Lage sei, frei und detailreich über ihre Gefühle zu sprechen oder Emotionen zu schildern. Auch wenn die Vorinstanz darauf im angefochtenen

Entscheid nicht explizit abstellt, so lag damit doch die Frage einer möglichen psychischen Störung der Beschwerdegegnerin 4 im Raum, welche sich potentiell auf deren Aussageverhalten auswirken kann und auf jeden Fall nicht ohne weitere Abklärungen als Erklärung für die detailarmen oder stereotypen Aussagen der Beschwerdegegnerin 4 dienen kann. Die Vorinstanz hätte sich auch deshalb ein persönliches Bild der Beschwerdegegnerin 4 machen müssen, um beurteilen zu können, ob sich eine psychiatrische oder aussagepsychologische Begutachtung aufdrängt (vgl. dazu Art. 182 StPO ; BGE 129 IV 179 E. 2.4; Urteil 6B_1251/2014 vom 1. Juni 2015 E. 1.4).

E. 2.5

Die Vorinstanz wäre in Anwendung von Art. 343 Abs. 3 i.V.m. Art. 405 Abs. 1 und Art. 389 Abs. 2 und 3 StPO sowie der zitierten Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK (vgl. oben E. 2.2.4) daher verpflichtet gewesen, die Beschwerdegegnerin 4 von Amtes wegen als Auskunftsperson zur Berufungsverhandlung vorzuladen. Stattdessen liess sie dieser bloss Vorladungen als Privatklägerin ohne Pflicht zum Erscheinen zukommen, worauf deren Rechtsanwältin dem Obergericht am 25. Januar 2021 mitteilte, dass weder sie noch ihre Klientin an der Berufungsverhandlung teilnehmen werden (Verfahren Beschwerdeführer 2, Akten Vorinstanz, Urk. 80 und 82; Verfahren Beschwerdeführer 3, Akten Vorinstanz, Urk. 120 und 123). Die Beschwerden sind in diesem Punkt begründet. Damit erübrigt sich eine Behandlung der weiteren Rügen der Beschwerdeführer 2 und 3 sowie der Beschwerden der Beschwerdeführerin 1, welche sich gegen den Verzicht auf die Landesverweisung gegenüber den Beschwerdegegnern 1 und 2 richten.

E. 3

Die Beschwerden der Beschwerdeführer 2 und 3 sind gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Die vorinstanzlichen Schuldsprüche wegen mehrfacher, teilweise versuchter Vergewaltigung bzw. mehrfacher versuchter Vergewaltigung sind aufzuheben und die Angelegenheit ist zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Auf die Beschwerden der Beschwerdeführerin 1 ist nicht einzutreten.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Kanton Zürich die Beschwerdeführer 2 und 3 für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen. Der Beschwerdeführer 3 ersucht um unentgeltliche Rechtspflege, weshalb die Entschädigung praxisgemäss seinem Rechtsvertreter zuzusprechen ist. Das Gesuch des Beschwerdeführers 3 um unentgeltliche Rechtspflege wird damit gegenstandslos.

Der Kanton Zürich trägt keine Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Beschwerdegegnerin 4 sind keine Kosten aufzuerlegen, da sie sich im Verfahren vor Bundesgericht nicht vernehmen liess.

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