

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.30 vom 28. Januar 2020**

BS Appellationsgericht, 2020-01-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2018.30](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2018.30)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.30 du 28 janvier 2020

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.30 del 28 gennaio 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die vorgeworfenen Handlungen sollen sich am 24./25. Juni 2016 und am 19. April 2017 ereignet haben; der Berufungskläger war damals 16 bzw. 17 Jahre alt. Aufgrund des Alters im Tatzeitpunkt sind seine Handlungen nach dem Jugendstrafrecht und der Jugendstrafprozessordnung zu beurteilen (Art. 1 Abs. 1 lit. a und Art. 3 Abs. 1 des Jugendstrafgesetzes [JStG, SR 311.1]; Art. 1 der Jugendstrafprozessordnung [JStPO, SR 312.1]). Wo die JStPO keine besondere Regelung enthält, gelten nach ihrem Art. 3 Abs. 1 im Regelfall die Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0), welche gemäss Art. 3 Abs. 3 JStPO im Lichte der Grundsätze von Art. 4 JStPO auszulegen sind.

Gegen das angefochtene Urteil des Jugendgerichts ist gemäss Art. 40 Abs. 1 lit. a JStPO die Berufung zulässig. Der Berufungskläger ist als urteilsfähiger Jugendlicher zur Berufung legitimiert (Art. 38 Abs. 1 lit. a, 18 lit. a, 19 Abs. 2 JStPO). Zuständige Berufungsinstanz ist das Appellationsgericht (Art. 7 Abs. 1 lit. d JStPO; § 4 Abs. 1 lit. d des Gesetzes über die Einführung der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung [EG JStPO, SG 257.500]; § 5 Abs. 1 Ziff. 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]), das als Dreiergericht entscheidet (§ 92 Abs. 1 Ziff. 5 GOG). Die Berufung ist infolge des Wiederherstellungsentscheids vom 23. Juli 2018 rechtzeitig angemeldet und begründet worden, sodass darauf einzutreten ist (Art. 399 Abs. 1 und 3 StPO).

1.2 Gemäss Art. 398 Abs. 3 StPO können mit der Berufung Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit gerügt werden. Im Rechtsmittelverfahren gilt die Dispositionsmaxime. Die Berufung kann beschränkt werden. Wer nur Teile des Urteils anfechtet, hat in der Berufungserklärung gemäss Art. 399 Abs. 4 StPO verbindlich anzugeben, auf welche Teile sich die Berufung beschränkt (vgl. Art. 399 Abs. 3 lit. a und Abs. 4 StPO). Erfolgt eine Teilanfechtung, erwächst das Urteil hinsichtlich der nicht angefochtenen Punkte in Rechtskraft.

Nicht angefochten wurden vorliegend der Schuldspruch des Berufungsklägers wegen Diebstahls gemäss Art. 139 Ziff. 1 des Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0), die Einstellung des Verfahrens wegen Beschimpfung zum Nachteil des C\_\_\_\_ sowie die Entschädigung der amtlichen Verteidigung (D\_\_\_\_) für das erstinstanzliche Verfahren. In diesen Punkten ist die Rechtskraft des angefochtenen Urteils festzustellen.

### **E. 2**

2.1 Nach Bekanntwerden des Schändungs- bzw. Vergewaltigungsvorwurfes wurde am 30. Juni 2016 mit der Privatklägerin eine Videoeilvernahme durchgeführt. Der Berufungskläger wurde am 6. Juli 2016 und die Mitbewohnerin mit dem Rufnamen E\_\_\_\_\_ (amtlicher Name: [...]) am 7. Juli 2016 befragt. Der Berufungskläger hat an der Videoeilvernahme vom 30. Juni 2016 nicht teilgenommen; er macht diesbezüglich ein Beweisverwertungsverbot geltend. Er hat intime Kontakte mit der Privatklägerin anfänglich bestritten. Diesbezüglich macht er Angst vor einer Inhaftierung und einer allfälligen Rückweisung in sein Herkunftsland geltend, daher habe er den Geschlechtsverkehr erst in der Hauptverhandlung des Jugendgerichts gestanden. Die Privatklägerin sei aufdringlich geworden und habe von ihm Küsse und Sex verlangt. Danach habe sich der Schlüssel bzw. das Schlüsselband in der Zimmertüre eingeklemmt, so dass er aus seinem Zimmer ausgesperrt gewesen sei. Deshalb sei er zur diensthabenden Sozialpädagogin, F\_\_\_\_\_, gegangen und habe ihr das Vorgefallene berichtet.

2.2 Die Jugendanwaltschaft macht geltend, die Privatklägerin habe ihre Aussagen in der Hauptverhandlung vor Jugendgericht in Anwesenheit des Beschuldigten wiederholt und bestätigt. Bei der ersten Videobefragung vom 30. Juni 2016 handle es sich um eine polizeiliche Ermittlungshandlung, die der Einschätzung des Ausmasses des angezeigten Sachverhalts gedient habe. Auch die erste Einvernahme des Berufungsklägers vom 6. Juli 2016 sei noch im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens erfolgt. Seine Teilnahmerechte seien nicht verletzt worden.

Der Vorwurf der Schändung werde ■ so die Staatsanwaltschaft weiter ■ von den Aussagen des Zeugen G\_\_\_\_\_, vom fünfmaligen Anrufversuch der Privatklägerin auf die Nummer ihrer Freundin H\_\_\_\_\_ und der Qualität ihrer Aussagen untermauert. Der Berufungskläger habe die Privatklägerin zufällig vor E\_\_\_\_\_'s Zimmer getroffen und die Situation (Alkoholisierung, Überraschungseffekt) ausgenutzt, um den Geschlechtsverkehr vorzunehmen. Seine eigenen Aussagen seien widersprüchlich und im entscheidenden Punkt lückenhaft. Er habe den Sexualkontakt anfänglich bestritten und ihn erst eingestanden, als der DNA-Test vorgelegen habe.

### **E. 3**

3.1 Die Privatklägerin wurde zwei Tage nach der Anzeigestellung ein erstes Mal durch den Sozialdienst befragt. Es handelt sich dabei um die Videoeilvernahme vom 30. Juni 2016. Die Verteidigung macht geltend, die Aussagen der Privatklägerin anlässlich dieser Einvernahme seien nicht zum Nachteil des Berufungsklägers verwertbar, weil die Teilnahmerechte des Beschuldigten verletzt worden seien. Die Jugendanwaltschaft sei in diesem Zeitpunkt bereits mit dem Fall befasst gewesen. Es habe ein ausreichender Verdacht gegen den Berufungskläger bestanden. Bereits ab dem Zeitpunkt, als der Polizeirapport einging und der Jugendanwalt erste Anordnungen traf, sei eine Verfahrenseröffnung geboten gewesen. Das werde dadurch bestärkt, dass es bei der Jugendanwaltschaft keine organisatorische Trennung zwischen der Kriminalpolizei und der Jugendanwaltschaft gebe. Sowohl die Jugendkriminalkommissäre wie auch der Sozialbereich, der die Einvernahme durchführte, seien in die Jugendanwaltschaft eingebunden. Entsprechend hätte die Verteidigung über die Einvernahme in Kenntnis gesetzt und zur Teilnahme vorgeladen werden müssen, unabhängig davon, ob eine Konfrontation gemäss Art. 152 Abs. 3 StPO hätte verhindert werden wollen.

Der Verteidiger macht in der Berufungsbegründung zudem eine Verletzung des Konfrontationsanspruchs geltend, weswegen die Aussagen der Privatklägerin insgesamt nicht verwertbar seien. Er behauptet, dass der Berufungskläger während des gesamten Verfahrens keinerlei Möglichkeit hatte, der Privatklägerin Ergänzungsfragen zu stellen, und dass keine Konfrontation stattgefunden habe (Berufungsbegründung Ziff. 3).

3.2 Die geltend gemachte Unverwertbarkeit der ersten, auf Video aufgezeichneten Einvernahme vom 30. Juni 2016 beurteilt sich nach dem Fortschritt des Verfahrens, nach Gesichtspunkten der Kollusionsgefahr und des Opferschutzes sowie der Wahrung des Rechts des Beschuldigten auf ein faires Verfahren. Die Einvernahme wurde zwei Tage nach der Anzeigestellung durchgeführt. Formal war weder ein staats- bzw. jugendanwaltschaftliches Untersuchungsverfahren eröffnet, noch waren irgendwelche Zwangsmassnahmen angeordnet worden.

3.2.1 Im Untersuchungs- und Hauptverfahren gilt gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit der Beweiserhebungen. Danach haben die Parteien das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Die Bestimmung umfasst auch den Anspruch, rechtzeitig über Einvernahmen benachrichtigt zu werden (Schleiminger Mettler, in: Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 147 N 9). Bei Beweiserhebungen durch die Polizei, etwa bei polizeilichen Einvernahmen von Auskunftspersonen, sind die Parteien nicht zur Teilnahme berechtigt (Umkehrschluss aus Art. 147 Abs. 1 StPO). Soweit die Polizei Einvernahmen im Auftrag der Staatsanwaltschaft durchführt, stehen den Verfahrensbeteiligten die Verfahrensrechte zu, die ihnen bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft zukommen (Art. 312 Abs. 2 StPO). Beweise, die in Verletzung dieser Bestimmung erhoben worden sind, dürfen gemäss Art. 147 Abs. 4 StPO nicht zulasten der Partei verwertet werden, die nicht anwesend war (zum Ganzen: BGer 6B\_422/2017 vom 12. Dezember 2017 E. 1.3, mit Verweis auf BGer 6B\_217/2015 vom 5. November 2015 E. 2.2, nicht publ. in BGE 141 IV 423, BGE 139 IV 25 E. 4.2 und BGer 6B\_760/2016 vom 29. Juni 2017 E. 3.2.2).

Die Strafuntersuchung gilt als eröffnet, sobald sich die Staatsanwaltschaft (im Erwachsenenstrafrecht) mit dem Straffall zu befassen beginnt, insbesondere, wenn sie Zwangsmassnahmen anordnet (BGE 143 IV 397 E. 3.4.2; 141 IV 20 E. 1.1.4 mit Hinweis). Die Polizei kann indessen auch nach Eröffnung der Untersuchung und ohne formelle Delegation durch die Staatsanwaltschaft einfache Erhebungen zur Klärung des Sachverhalts vornehmen; formelle polizeiliche Einvernahmen zur Sache können nur bei entsprechender Delegation durchgeführt werden (BGE 143 IV 397 E. 3.4.2; BGer 6B\_217/2015 vom 5. November 2015 E. 2.2, nicht publ. in BGE 141 IV 423). Einfache Erhebungen der Polizei zur Klärung des Sachverhalts, namentlich zur Ermittlung von Geschädigten und Zeugen etc. und deren informatorische Befragung, namentlich zur Abklärung, ob diese beweisrelevante Angaben zum Sachverhalt machen können, sind mithin weiterhin möglich. Im Übrigen ist die Polizei nicht verpflichtet, von sich aus eine Verteidigung aufzubieten oder zur Einvernahme einzuladen (zum Ganzen: BGE 143 IV 397 E. 4.3.2; Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Auflage, Zürich 2017, N 1233 Fn. 81; Weder, Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen ■ Eine Beurteilung aus staatsanwaltschaftlichem Blickwinkel, fokussiert auf das Teilnahmerecht mitbeschuldigter Personen, in: forum poenale, 5/2016, S. 281, 284; Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 S. 1085, 1194 zu Art. 156 Abs. 1 des

Entwurfs).

3.2.2 Das Bundesgericht hat sich in einem neueren Entscheid (BGer 6B\_256/2017 vom 13. September 2018) umfassend damit auseinandergesetzt, was dies alles insbesondere für den Zeitpunkt der Teilnahme bzw. für die Frage, inwieweit eine solche bereits im frühen Verfahrensstadium zu gewähren ist, aussagt. Es führt in diesem Entscheid zunächst unter Verweis auf den Leitentscheid BGE 139 IV 25 (E. 4.2) aus, dass im Untersuchungs- und Hauptverfahren gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit bei Beweiserhebungen durch Staatsanwaltschaft und Gerichte umfassend zur Anwendung gelangt und dass auch bei Einvernahmen, die die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft durchführt, den Verfahrensbeteiligten nach Art. 312 Abs. 2 StPO die Verfahrensrechte zustehen, die ihnen bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft zukommen (BGer 6B\_256/2017 E. 1.2.1). Es hält weiter fest, dass Einschränkungen der Parteirechte (insbesondere des in Art. 147 Abs. 1 StPO konkretisierten Anspruchs auf rechtliches Gehör) einer ausreichend klaren gesetzlichen Grundlage bedürfen und verhältnismässig sein müssen, weshalb sie nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen der Art. 108, Art. 146 Abs. 4 und Art. 149 Abs. 2 lit. b StPO vorläufig eingeschränkt werden können (unter Verweis auf BGE 139 IV 25 E. 5.3). Die blosser Möglichkeit einer abstrakten «Gefährdung des Verfahrensinteresses» durch rechtmässiges prozesstaktisches Verhalten der Parteien und insbesondere beschuldigter Personen genüge für sich allein nicht, «um das rechtliche Gehör vor allem in der Anfangsphase des Vorverfahrens einzuschränken» (BGer 6B\_256/2017 vom 13. September 2018 E. 1.2.1, mit Verw. auf BGE 139 IV 25 E. 5.2.2).

Zugleich bestätigt das Bundesgericht, dass die Parteiöffentlichkeit im Einzelfall anfänglichen Einschränkungen unterliegen kann, ähnlich wie die Akteneinsicht aufgeschoben werden kann. Im zitierten Entscheid vom 13. September 2018 heisst es, dass «eine Kohärenz zwischen den inhaltlich konnexen Bestimmungen betreffend Akteneinsicht und Teilnahme an Beweiserhebungen anzustreben ist. Im Anfangsstadium der Untersuchung ist deshalb bei der Auslegung von Art. 147 StPO auch der sachlich eng damit zusammenhängenden Bestimmung von Art. 101 Abs. 1 StPO betreffend Akteneinsicht Rechnung zu tragen, wonach die Parteien spätestens nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft die Akten des Strafverfahrens einsehen können; Art. 108 StPO bleibt vorbehalten» (E. 1.2.2, unter Verweis auf BGE 139 IV 25 E. 5.5.2). Dabei habe es das Bundesgericht im Leiturteil BGE 139 IV 25 explizit offengelassen, «ob die Staatsanwaltschaft in teleologischer Reduktion von Art. 147 Abs. 1 StPO und in analoger Anwendung von Art. 101 Abs. 1 StPO im Einzelfall bei Vorliegen sachlicher Gründe, namentlich einer konkreten Kollusionsgefahr aufgrund noch nicht erfolgter Vorhalte bei Mitbeschuldigten, eine vorläufige Beschränkung der Parteiöffentlichkeit prüfen kann». Die blosser Möglichkeit einer abstrakten Gefährdung des Verfahrensinteresses durch rechtmässiges prozesstaktisches Verhalten rechtfertigt hingegen ■ so wiederholt das Bundesgericht ■ noch keinen Ausschluss von der Einvernahme (BGer 6B\_256/2017 vom 13. September 2018 E. 1.2.2, unter Hinweis auf BGE 139 IV 25 E. 5.5.4 ff. und BGE 141 IV 220 E. 4.4). In E. 2.2.1 resümiert es dann: «Die in BGE 139 IV 25 in Erwägung gezogene Möglichkeit einer Beschränkung der Teilnahmerechte bei Ersteinvernahmen von Mitbeschuldigten in analoger Anwendung von Art. 101 Abs. 1 StPO im Anfangsstadium der strafrechtlichen Untersuchung hat sich in der Praxis mittlerweile faktisch etabliert;

hieran ist festzuhalten. Die von der Rechtsprechung aus Art. 101 Abs. 1 StPO abgeleitete analoge Beschränkung der Teilnahmerechte der beschuldigten Person bis zu deren erster Einvernahme ist zudem nicht auf Verfahren mit mehreren beschuldigten Personen beschränkt. Die Staatsanwaltschaft kann demnach das den Parteien nach Eröffnung der staatsanwaltlichen Untersuchung gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO umfassende Teilnahme- und Mitwirkungsrecht an Beweiserhebungen nicht nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen der Art. 108 Abs. 1, Art. 146 Abs. 4 oder Art. 149 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO beschränken, sondern in analoger Anwendung der Grundsätze von Art. 101 Abs. 1 StPO im Einzelfall prüfen, ob sachliche Gründe für eine vorläufige Beschränkung der Parteiöffentlichkeit bestehen.»

Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, ein Akteneinsichtsrecht bereits ab Eröffnung der Untersuchung nach Art. 309 StPO vorzuschreiben, weil er eine solche Regelung als zu rigide empfand. Stattdessen wurde zum Zweck einer flexibleren Handhabung im Interesse einer ungestörten Untersuchung in Art. 101 Abs. 1 StPO festgelegt, dass die Akteneinsicht erst dann (spätestens) zu gewähren ist, wenn die Staatsanwaltschaft zum einen die erste Einvernahme der beschuldigten Person durchgeführt und zum andern die übrigen wichtigsten Beweise erhoben hat (Schmutz, in: Basler Kommentar StPO, Art. 101 StPO N 13). Weitere Einschränkungen wären gemäss Art. 108 StPO möglich. Diese Überlegungen müssen auch bei der analogen Anwendung von Art. 101 Abs. 1 StPO auf die Frage der Teilnahmerechte berücksichtigt werden.

3.2.3 Insgesamt ergibt sich, dass bei der ersten Befragung der Privatklägerin am 30. Juni 2016 zweifellos hinreichende sachliche Gründe für eine Einschränkung des Teilnahmerechts zu bejahen sind, und zwar nicht (nur) solche des Opferschutzes im Sinne von Art. 152 Abs. 3 StPO ■ dieser hätte tatsächlich auch auf dem Wege einer bloss indirekten Konfrontation oder der Zulassung lediglich der Verteidigung gewahrt werden können. Dabei ist letztlich gar nicht entscheidend, ob die Erstbefragung bereits als Teil eines Verfahrens bei der Jugendanwaltschaft qualifiziert wird, wie es der Verteidiger geltend macht, oder ob sie nach wie vor im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens erfolgt ist, wie es in den Akten deklariert ist und aufgrund der Gegebenheiten auch anzunehmen ist. Die Privatklägerin hat in Begleitung ihrer Bezugsperson (Sozialpädagogin) am 28. Juni 2016 um 16:45 Uhr bei der Polizeiwache Clara vorgesprochen und Anzeige wegen Vergewaltigung durch einen Jugendlichen (den Berufungskläger) erstattet. Er habe sie, als sie alkoholisiert gewesen sei, zum Geschlechtsverkehr gezwungen (Akten S. 78 f.). In der Folge wurde der Auftrag zur Befragung der Privatklägerin als Auskunftsperson an die Opferbefragungsgruppe gegeben ■ dies unter dem aktuellen Verfahrensstand «Polizeiliches Ermittlungsverfahren» (Akten S. 85). Am 30. Juni 2016 erfolgte dann die Videobefragung der Privatklägerin (Akten S. 89). Rund eine Woche später, am 6. Juli 2016, wurde der Berufungskläger durch einen Jugendkriminalkommissär befragt, wobei die Einvernahme ausdrücklich als «polizeiliche Einvernahme» bezeichnet und der Berufungskläger darauf hingewiesen wurde, dass er in einem polizeilichen Ermittlungsverfahren als Beschuldigter einvernommen werde (Akten S. 117).

Bei der Einvernahme der Privatklägerin vom 30. Juni 2016 handelt es sich um deren erste Einvernahme, mit welcher sich die Strafverfolgungsbehörde erstmals einen eigenständigen und präziseren Eindruck der seitens der Privatklägerin gegen den Berufungskläger erhobenen Tatvorwürfe verschaffte. Mithin ging es darum, in einem frühen Stadium der

Untersuchung im Rahmen einer ersten Einvernahme der Auskunftsperson abzuklären, was genau vorgefallen war. Der Einvernahme kam damit vorwiegend der Charakter der klärenden Ermittlung und nicht primär der Beweiserhebung zu, weshalb ein Ausschluss von der Parteiöffentlichkeit zulässig war ■ und zwar selbst dann, wenn man das Verfahren bereits als jugendanwaltschaftliche Untersuchung betrachtet. Diesem Verfahrensstadium entsprechend war der Berufungskläger zu diesem Zeitpunkt denn auch noch gar nicht in das Verfahren miteinbezogen. Wie zuvor ausgeführt, kann auch aus den Teilnahmerechten nach Art. 147 StPO kein Anspruch auf Zuwarten der Behörden mit den Ermittlungen am Tatort bzw. im näheren Täter- oder Opferumfeld abgeleitet werden. Erfahrungsgemäss sind die Aussichten auf akkurate Schilderungen umso besser, je früher die Aussagen erhoben werden können. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Kollusionsgefahr beim vorliegenden Delikt innerhalb einer Peergroup, die zusammen im selben Heim wohnte und dieselben Bezugspersonen besass, ausserordentlich gross war. Angesichts dieser Umstände und in Analogie zum Akteneinsichtsrecht, das bis nach Durchführung der ersten Einvernahme einer beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise verweigert werden kann, ist der Anspruch auf Teilnahme an der ersten Einvernahme der Privatklägerin hier zu verweigern (vgl. zum Ganzen auch: AGE SB.2015.72 vom 9. November 2016 E. 2.3, bestätigt im zitierten BGer 6B\_256/2017; AGE 2015.22 vom 27. April 2016 E. 3.2.2; Weder, a.a.O., S. 284).

Zusammenfassend erweist sich der Vorwurf der unberechtigten Einschränkung des Teilnahmerechts als unbegründet. Die Videoeinvernahme ist daher als Ersteinvernahme grundsätzlich verwertbar, zumal die Privatklägerin die Aussagen anlässlich der Gerichtsverhandlung mit eigenen Worten einlässlich bestätigte.

3.3 Im vorliegenden Fall ist die Privatklägerin im Rahmen der Hauptverhandlung vor dem Jugendgericht mit der Verteidigung des Berufungsklägers konfrontiert worden. Die Verteidigung hatte Gelegenheit, der Privatklägerin Fragen zu stellen (Hinweis der Gerichtspräsidentin, Protokoll S. 2). Die Privatklägerin schilderte den Ablauf in Anwesenheit der Verteidigerin nochmals einlässlich. Dabei wiederholte sie unter anderem, dass sie zu viel getrunken habe, dass der Berufungskläger sie in sein Zimmer mitgenommen, sie aufs Bett gelegt und gegen ihren Willen abgezogen habe. Danach sei er in sie eingedrungen. Sie habe sich nicht wehren können, weil ihr Körper blockiert gewesen sei (Protokoll S. 3).

3.3.1 Das Bundesgericht hat in einem aktuellen Urteil (BGer 6B\_699/2018 vom 7. Februar 2019 E. 1.3) seine Praxis zur Bedeutung des Konfrontationsanspruchs nochmals zusammengefasst und ausgeführt: «Nach den Verfahrensgarantien von Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK hat der Beschuldigte als Teilgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren Anspruch darauf, dem Belastungszeugen Fragen zu stellen. Eine belastende Zeugenaussage ist grundsätzlich nur verwertbar, wenn der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Belastungszeugen zu stellen. Um sein Fragerecht wirksam ausüben zu können, muss der Beschuldigte in die Lage versetzt werden, die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen zu prüfen und den Beweiswert seiner Aussagen zu hinterfragen (BGE 133 I 33 E. 3.1 S. 41; 131 I 476 E. 2.2; 129 I 151 E. 3.1; je mit Hinweisen).» Diese Praxis wurde u.a. auch in BGer 6B\_1196/2018 vom 6. März 2019 wieder bestätigt.

Der Konfrontationsanspruch ist somit nach gefestigter Rechtsprechung mittels einer einmaligen Gelegenheit, Fragen an den Belastungszeugen bzw. die Auskunftsperson zu stellen, gewährt, und die Aussagen des Betroffenen sind auch aus früheren Einvernahmen verwertbar. Das Bundesgericht legt allerdings Wert darauf, dass die erhobenen Aussagen anlässlich der Konfrontation nicht in pauschaler Weise bestätigt werden. Ungenügend erwies sich etwa die Wiederholung (durch die Strafbehörde) längerer Passagen von früheren Aussagen in Anführungszeichen, welche die Einvernommenen bloss bestätigten (BGE 143 IV 457 E. 1.6.2). Nicht ausreichend ist es weiter, wenn die einvernommene Person frühere Aussagen pauschal als wahrheitsgemäss bestätigt, ohne auf den konkreten Vorhalt einzugehen («Sie, chömmmer jetzt nöd einfach ufhörä?», BGer 6B\_1035/2017 vom 20. Juni 2018 E. 1.2 und 1.3.3).

3.3.2 Die vorliegenden Aussagen der Privatklägerin vor Jugendgericht sind weder ausweichend noch pauschal. Es sind auch keine einsilbigen Bestätigungen früherer, von der Verfahrensleitung zitierter Aussagen. Es handelt sich vielmehr um eine neuerliche Schilderung der von der Privatklägerin wahrgenommenen Vorgänge in eigenen Worten. Die Privatklägerin ist in der Konfrontationseinvernahme vor Jugendgericht nochmals ausführlich zur Sache befragt worden. Es wurden ihr nicht nur ihre früheren Aussagen vorgehalten, welche sie dann «abgenickt» hätte, sondern sie hat das ganze Geschehen aus ihrer Sicht nochmals geschildert. Sollten sich dabei Abweichungen zu früheren Aussagen geben, so wäre das erst auf der Ebene der Beweiswürdigung zu berücksichtigen und nicht bei der Verwertbarkeit. Es kann m.a.W. nicht zweifelhaft sein, dass das Gericht, sofern eine einmalige korrekte Konfrontation eines Zeugen bzw. einer Auskunftsperson durchgeführt wird, auch frühere, nicht konfrontierte Aussagen im Rahmen seiner Beweiswürdigung in Betracht ziehen darf ■ ganz unabhängig davon, ob der Zeuge bzw. die Auskunftsperson ihre früheren Depositionen im Rahmen der späteren Konfrontation «ausdrücklich wiederholt». Würde man, wie es das Bundesgericht im jüngsten BGer 6B\_76/2018 zu fordern scheint, jede nicht konfrontierte Aussage als unbeachtlich werten, solange sie nicht ausdrücklich nochmals in der Konfrontation wiederholt wird, so würde das die formelle Frage der ausreichenden Konfrontation in unzulässiger Weise mit der Beweiswürdigung vermischen und die freie richterliche Beweiswürdigung wie auch die Freiheit der Beweismittel beschneiden. Es würde in Abkehr von der mit BGE 140 IV 172 begründeten und seither bestätigten und nicht ausdrücklich geänderten Praxis neu verlangt, dass ausschliesslich konfrontierte Aussagen den Eingang ins Beweisverfahren finden können ■ denn wenn eine Aussage nur zählt, wenn sie «ausdrücklich wiederholt» wird, dann wird die erste Aussage faktisch obsolet.

Dasselbe ergibt sich auch aus einer weiteren Überlegung: Die Einschränkungenmöglichkeiten der Teilnahmerechte bei Erstbefragungen begründen sich primär mit der Vermeidung einer Kollusion. Dieses Interesse würde ausgeschaltet, wenn solche Erstaussagen nur verwertet werden könnten, sofern sie ausdrücklich wiederholt werden. Diese überdehnte Auslegung des Konfrontationsanspruchs würde dann sozusagen die anerkannte Möglichkeit einer Beschränkung der Teilnahmerechte bei Erstaussagen aushebeln. Denn entweder es bestehen konfrontierte Zweitaussagen, die genau dasselbe besagen wie die ersten ■ dann braucht man die ersten nicht ■, oder es ergehen unter Konfrontation keine Zweitaussagen, welche genau dasselbe besagen wie die ersten ■ dann würden die ersten nach dem zitierten Verdikt des Bundesgerichts zunichtegemacht. Gelänge es also einem Beschuldigten oder seiner Entourage, einen Zeugen nach dessen Erstaussage

derart unter Druck zu setzen oder sich via Absprachen mit ihm zu einigen, dass er seine Zweitaussagen anpasst, dann wäre dieser Zeuge samt seinen ersten, unkolludierten Aussagen wertlos gemacht.

Dass dies nicht Zweck der strafprozessualen Verfahrensrechte sein kann, hat inzwischen auch das Bundesgericht mit dem zitierten BGer 6B\_256/2017 vom 13. September 2018 eingeräumt. Mit dieser Entscheidung anerkennt das Bundesgericht zumindest implizit, dass die Bedeutung von tatnahen Aussagen ■ ohne Gewährung der Teilnahmerechte ■ für die Wahrheitsfindung ganz erheblich ist und daher ihre Verwertbarkeit nicht auf dem Wege einer ausufernden Interpretation des Konfrontationsanspruchs bzw. der Teilnahmerechte von (Mit)beschuldigten zunichtegemacht werden darf.

3.3.3 Der Verteidiger ist allerdings weitergehend der Auffassung, es hätte «zumindest eine indirekte Gegenüberstellung mit einer audiovisuellen Übertragung ( ) in die Wege geleitet werden können, da der Beschuldigte auf diese Weise seine Fragen hätte einbringen können». Soweit er damit eine Verletzung seines Konfrontationsanspruchs geltend machen will, verfängt seine Rüge ebenfalls nicht. Zwar wäre eine audiovisuelle Übertragung wünschenswert, wenn der Beschuldigte an einer Konfrontation nicht unmittelbar teilnehmen kann. Jedenfalls vorliegend lässt ihr Fehlen die indirekte Konfrontation aber nicht als ungenügend erscheinen.

Der Berufungskläger war durch seine Verteidigerin vertreten, welche die Opferbefragung im Saal unmittelbar verfolgte. Es wurde ausdrücklich auf die Möglichkeit von Ergänzungsfragen hingewiesen. Die Verteidigerin hätte sich dazu auch mit ihrem Mandanten nochmals besprechen und ihm die Informationen aus der Opfereinvernahme mitteilen können, wie das bis zum Einrichten von audiovisuellen Übertragungssystemen an den übrigen Basler Gerichten üblich war. Die Verteidigerin hat indessen zum Schluss der Opferbefragung erklärt, die «Zeugenbefragung» sei «genügend, keine weiteren Fragen» (Verhandlungsprotokoll Jugendgericht S. 5).

Gemäss einem aktuellen Leitentscheid des Bundesgerichts sind bei der Wahrung des Konfrontationsrechts die Interessen der Verteidigung gegen diejenigen des Opfers abzuwägen und ist in jedem Einzelfall zu prüfen, welche Vorgehensweisen und Ersatzmassnahmen infrage kommen, um die Verteidigungsrechte des Angeschuldigten so weit als möglich zu gewährleisten und gleichzeitig den Interessen des Opfers gerecht zu werden. Dabei steht dem Gericht bei der Wahl der Vorkehren zum Schutz der Opfer ein gewisser Ermessensspielraum zur Verfügung. Soweit dem Opfer eine direkte Konfrontation nicht zumutbar ist und der Beschuldigte während der Zeugeneinvernahme den Saal verlassen muss, ist es nicht zwingend, dass die Befragung per Video übertragen wird. Wesentlich ist stets, dass der Beschuldigte die Glaubhaftigkeit der Aussagen in Zweifel ziehen und Ergänzungsfragen stellen kann ■ sei es auch über seinen Verteidiger (BGE 143 IV 397 Regeste sowie E. 5.2).

Mit ihrem Hinweis, die Zeugenbefragung sei genügend gewesen und sie habe keine weiteren Fragen, hat die Verteidigerin sodann zumindest konkludent für ihren Mandanten darauf verzichtet, (weiterhin) eine unmittelbare Teilnahme an der Konfrontation oder eine wenigstens virtuelle Teilnahme an der indirekten Konfrontation zu beantragen. Diesen Verzicht hat der Berufungskläger gegen sich gelten zu lassen: Auf die Teilnahme an einer Beweiserhebung kann in Kenntnis der bestehenden Rechte sogar gänzlich verzichtet werden. Der Verzicht kann vorgängig oder im Nachhinein ausdrücklich oder

stillschweigend erfolgen. Er schliesst eine Wiederholung des Beweisergebnisses aus und führt auch nicht zur Unverwertbarkeit des Beweisergebnisses (BGer 6B\_422/2017 vom 12. Dezember 2017 E. 1.3; 6B\_1178/2016 vom 21. April 2017 E. 4.3; Schleiminger Mettler, a.a.O., Art. 147 N 11). Ein Verzicht ist auch anzunehmen, wenn die beschuldigte Person es unterlässt, rechtzeitig und formgerecht entsprechende Anträge zu stellen (BGer 6B\_422/2017 vom 12. Dezember 2017 E. 1.3; speziell zum Konfrontationsanspruch: BGer 6B\_522/2016 vom 30. August 2016 E. 1.3 m.w.H.). Der Verzicht ist zudem kein höchstpersönliches Recht des Beschuldigten, sondern er kann auch vom Verteidiger ausgehen (BGE 143 IV 397, Regeste sowie E. 3.4; Schmid/Jositsch, a.a.O., N 824).

Soweit der bei einer Einvernahme anwesende Verteidiger gegen die Abwesenheit des Beschuldigten nicht opponiert und keinen Antrag auf dessen Teilnahme stellt, darf somit angenommen werden, dieser habe auf sein Teilnahmerecht verzichtet. Einen solchen gültigen Verzicht muss der Beschuldigte sich anrechnen lassen, und zwar auch, wenn jener von einem früheren Verteidiger ausgeht. Lässt der Beschuldigte dann im Berufungsverfahren durch den neuen Verteidiger eine Verletzung des Teilnahmerechts rügen, so verstösst dies gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Daran würde auch eine Anrufung der richterlichen Fürsorgepflicht nichts ändern. Denn soweit auf die Teilnahme gültig verzichtet werden kann, liegt kein eklatanter Verstoss gegen allgemein anerkannte Verteidigerpflichten vor, so dass für die richterliche Behörde kein Raum bleibt, von sich aus tätig zu werden (BGE 143 IV 397 Regeste und E. 3.4.2; BGer 6B\_908/2018 vom 23. Januar 2019 E. 1.3.1).

Somit hat die Verteidigerin mit ihrer Erklärung im Anschluss an die Opferbefragung vor Jugendgericht gültig den Verzicht des Berufungsklägers auf seine persönliche(re) Teilnahme erklärt (vgl. auch AGE SB.2015.22 vom 27. April 2016 E. 3.2.1). Das war zulässig und auch angesichts der vorliegenden Konstellation nicht zu beanstanden. Dass der neue Verteidiger vor erster Instanz eventuell eine andere Strategie gewählt und darauf bestanden hätte, dass der Beschuldigte persönlich im Saal oder mittels Direktübertragung im Nebenraum an der Befragung hätte teilnehmen können, ändert daran nichts.

3.4 Erstinstanzlich hatte die Verteidigung weiter geltend gemacht, auch betreffend die Mitbewohnerin E\_\_\_\_\_ sei das Teilnahmerecht ihres Klienten verletzt worden, weil er bei deren Einvernahme vom 7. Juli 2016 nicht anwesend gewesen sei. Sie selbst, die Verteidigerin, sei gar nicht über diese Einvernahme informiert worden. Die Vorinstanz hat die Frage in Bezug auf die fragliche Einvernahme vom 7. Juli 2016 offengelassen, da auf die Aussagen von E\_\_\_\_\_ an dieser Einvernahme gar nicht abgestellt werde, sondern lediglich auf deren Zeugenaussagen anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung. Im Übrigen belaste E\_\_\_\_\_ den Berufungskläger gar nicht und könne zur inkriminierten Tat selbst keine Angaben machen (Urteil E. 1.1.1). Im Berufungsverfahren wird diese Rüge nicht mehr vorgebracht.

Immerhin bestätigt E\_\_\_\_\_ in ihren Einvernahmen, dass die Privatklägerin damals stark betrunken war. E\_\_\_\_\_ hat in der ersten Einvernahme vom 7. Juli 2016 gesagt, die Privatklägerin sei so besoffen gewesen, dass sie in E\_\_\_\_\_s Zimmer umgefallen und danach fast die Treppe heruntergefallen sei (Akten S. 155, 159). Als sie in der erstinstanzlichen Gerichtsverhandlung mit dem Berufungskläger konfrontiert wurde, hat sie diese Aussagen bestätigt: Die Privatklägerin sei «sehr besoffen» gewesen und in E\_\_\_\_\_s Zimmer sofort auf den Teppich bzw. auf den Boden gefallen (Protokoll S. 5, 6).

## E. 4

4.1 Die Privatklägerin ging am Morgen nach der Tat, am Samstag, 25. Juni 2016, in die Frauenklinik und wurde untersucht; es wurden diverse Proben genommen. Dort wurden ihr Nor-Levo (■Pille danach■) sowie HIV-Prophylaxe und Hepatitis-B-Impfung verordnet (Akten S. 144). Gemäss dem Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin (IRM) vom 13. Juli 2016 konnten im Schambereich keine Verletzungsspuren und ■ im Rahmen eines Vortests ■ zunächst auch keine Spermien oder Spermienköpfe gefunden werden, wobei dies nicht im Widerspruch zur Angabe der Privatklägerin stehe, dass es zu einer Penetration ohne Samenerguss gekommen sei (Akten S. 186-188). Es erfolgte eine weitere genauere Untersuchung, auch auf DNA, worauf das IRM meldete, dass man in den Abstrichen die DNA und Sperma des Berufungsklägers habe sichern können (Telefonnotiz vom 20. Juli 2016 und Auswertungsblätter vom 21./22. Juli 2016, Akten S. 189-196).

4.2 Die Privatklägerin sagte in der Ersteinvernahme aus, sie habe mit E\_\_\_\_\_ und dem Berufungskläger zuerst am Rhein und dann in E\_\_\_\_\_s Zimmer viel Alkohol getrunken (grünen Wodka, violetten Trojka und 40-prozentigen Alkohol). Anschliessend hätten die andern sie zu Bett gebracht und sie sei eingeschlafen. Als sie wieder erwacht sei, habe sie ihren Schlüssel in E\_\_\_\_\_s Zimmer holen wollen, aber E\_\_\_\_\_ habe die Türe nicht geöffnet. Da sei der Berufungskläger gekommen, habe sie in sein Zimmer gebracht. Dort habe er sie ausgezogen und sei in sie eingedrungen. Sie habe sich nicht wehren, ihren Körper nicht bewegen können. Er habe gemerkt, wie es um sie stand, und diese Situation ausgenutzt. Danach habe der Berufungskläger sie wieder angezogen und in ihr Zimmer gebracht. Nachdem sie erfolglos versucht habe, per Telefon ihre Freundin H\_\_\_\_\_ zu erreichen, sei sie in den ersten Stock zum Mitbewohner G\_\_\_\_\_ gegangen und habe ihm berichtet, dass der Berufungskläger sie vergewaltigt habe. Am nächsten Tag (25. Juni 2016) habe der Berufungskläger gegenüber den Sozialpädagogen abgestritten, dass es vorgefallen sei. Danach sei sie noch am gleichen Samstag in den Notfall des Spitals gegangen, und am darauffolgenden Dienstag zur Polizei.

Vor Jugendgericht wiederholte sie diesen Ablauf in freier Schilderung. Sie hätten Wodka oder Whisky gemischt mit Cola getrunken. Sie habe sich nicht mehr unter Kontrolle gehabt und sei in E\_\_\_\_\_s Zimmer auf den Boden gefallen. Als sie später, nachdem sie etwas geschlafen hatte, wieder vor E\_\_\_\_\_s Türe stand, habe der Berufungskläger sie in sein Zimmer mitgenommen und sei gegen ihren Willen in sie eingedrungen. Ihr Körper sei wie blockiert gewesen; sie habe keine Chance gehabt. Sie habe zu viel getrunken. Der Berufungskläger habe gemerkt, dass sie nicht klar gewesen sei und wohl gedacht, dass sie sich nicht erinnern werde. Danach habe sie H\_\_\_\_\_ zu erreichen versucht und sei zu G\_\_\_\_\_ gegangen, der ihr nicht geglaubt habe.

4.3 Der Berufungskläger hat den Geschlechtsverkehr zuerst vehement bestritten. Noch als ihm die Spermaspuren vorgehalten wurden behauptete er, er sei sich sicher, dass der Geschlechtsverkehr nicht stattgefunden habe (Akten S. 110, 129, 219). Die Privatklägerin ihrerseits sei in sein Zimmer gekommen und habe von ihm einen Kuss verlangt. Er sei dann zweimal zur Nachtwache gegangen, zuerst wegen dem Kuss, dann, weil die Privatklägerin ihn zwischenzeitlich in den Finger gebissen habe (Akten S. 119, 127). Später sagte er, die Privatklägerin habe ihn aus seinem Zimmer ausgeschlossen. Die Nachtwache sei mit ihrem Kind beschäftigt gewesen, das geweint habe (Akten S. 202). An der Schlusseinvernahme brachte er die Einvernehmlichkeit ins Spiel, ohne sich zum konkret vorgeworfenen Geschlechtsverkehr zu äussern. Er werde sich nicht mehr äussern, die Privatklägerin wolle

sein Leben zerstören (Akten S. 238). Vor Jugendgericht macht er dann einvernehmlichen Geschlechtsverkehr geltend, nachdem die Privatklägerin bei ihm an die Türe geklopft, Küsse verlangt und ihre Kleider abgezogen habe. Als sie sich auszog, habe er sich auch ausgezogen, und dann sei es halt passiert (Protokoll S. 12). Als er nicht habe weitermachen und zur Nachtwache gehen wollen, habe sie ihn in den Finger gebissen. Der Berufungskläger hat stets ausgesagt, dass er vom massiv alkoholisierten Zustand der Privatklägerin Kenntnis hatte: Schon am Rhein sei sie «betrunken» gewesen und habe «getaumelt». In E\_\_\_\_s Zimmer habe sie Kleider herumgeschmissen. Er selber habe nur zwei Becher getrunken (Akten S. 120, 123, Protokoll Jugendgericht S. 10, 12).

4.4E\_\_\_\_ sagte aus, dass beide Mädchen viel getrunken hätten, der Berufungskläger sie abgefüllt und seine Tat möglicherweise geplant habe. Die Privatklägerin sei ihm ihrem, E\_\_\_\_s Zimmer umgefallen und habe danach nicht mehr gerade laufen können (Akten S. 159). In der vorinstanzlichen Hauptverhandlung schwächte sie ihre Aussagen ab. Sie habe die Privatklägerin in Schutz nehmen wollen, wisse aber nicht, was passiert sei (Protokoll S. 7). Sie hielt daran fest, dass die Privatklägerin stark betrunken gewesen und deswegen in ihrem Zimmer umgefallen sei.

Die Sozialpädagogin F\_\_\_\_, die damals Nachwache hatte, bestätigte, dass der Berufungskläger wegen einer Fingerverletzung bei ihr geläutet und berichtet habe, die Privatklägerin habe von ihm Sex gewollt. Sie habe die Privatklägerin, die betrunken am Geländer gestanden sei, ins Zimmer geschickt. Dann habe sie das Schlüsselproblem des Berufungsklägers gelöst (Akten S. 169, 171). Anfänglich gab sie an, sie sei alleine gewesen (Akten S. 168). Erst vor Jugendgericht räumte sie auf Nachfrage ein, dass ihr Baby dabei war, wie der Berufungskläger zutreffend ausgesagt habe (Protokoll Jugendgericht S. 8).

Der Mitbewohner G\_\_\_\_ bestätigte, dass die Privatklägerin ihn in der Nacht aufgesucht hatte, als er schon im Bett war. Sie habe von einem Missbrauch berichtet; er habe ihr aber nicht geglaubt (Akten S. 211).

4.5Bei der Würdigung dieser Beweise stehen das objektive Spurenbild sowie die Aussagen des mutmasslichen Opfers und des Berufungsklägers selbst im Vordergrund. Die Aussagen der weiteren Zeugen bzw. Auskunftspersonen können lediglich als Indizien herbeigezogen werden, denn wie bei den meisten Sexualdelikten waren beim eigentlichen Tatgeschehen nur Täter und Opfer zugegen. Die objektiven Befunde des IRM belegen, dass tatsächlich Geschlechtsverkehr zwischen dem Berufungskläger und der Privatklägerin stattgefunden hat. Dass dieser gewaltsam erfolgt wäre, wird durch das Spurenbild nicht nahegelegt. Für die Ermittlung des relevanten Sachverhalts ist demnach wesentlich, wie es zum Geschlechtsverkehr kam ■ insbesondere, wie der Zustand der Privatklägerin im fraglichen Zeitpunkt war und welche Kenntnis der Berufungskläger von diesem Zustand hatte.

Die Aussagen der Privatklägerin erweisen sich in der Würdigung als ausgesprochen stimmig und authentisch, und es ergeben sich keine wesentlichen Widersprüche. Auch von der Aussagegenese her bestehen keinerlei Anhaltspunkte für eine Falschbezeichnung. Die Privatklägerin dramatisiert die Situation nicht ■ das hat sie zu keiner Zeit ■, und sie hat auch bereits anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung keinen besonderen Groll gegen den Berufungskläger gezeigt, eher Unverständnis. So hat sie auch erklärt, es gehe ihr jetzt wieder gut und sie müsse nicht mehr viel an den Vorfall denken. Wer so differenziert und ohne unnötige Übertreibungen aussagt, wird sich damit kaum in Szene setzen oder sich für eine emotionale Kränkung eines Kollegen rächen wollen. Zum Eindruck der

Glaubhaftigkeit trägt auch ihr Verhalten vor und nach dem angeklagten Vorfall bei, wie es von sämtlichen Involvierten nachvollziehbar und übereinstimmend geschildert wird. Dies erweist sich als typisches Verhalten eines so jungen (17-jährigen) Opfers eines Sexualdelikts. Die Privatklägerin hat bei denjenigen Personen Hilfe und Unterstützung gesucht, die ihr am nächsten standen (mehrere Anrufversuche auf die Nummer der langjährigen besten Freundin H\_\_\_\_) oder zu welchen sie am meisten Vertrauen hatte (der damals 20-jährige Mitbewohner G\_\_\_\_). Sie hat sich nicht der Sozialpädagogin, die Nachtdienst hatte, anvertraut, weil sie mit dieser «nicht reden könne». Diese war bereits durch die Fingerverletzung des Berufungsklägers in Anspruch genommen und von diesem zudem irreführend informiert worden. Überdies war sie auch durch ihr eigenes schreiendes Kind abgelenkt, so dass sie die Not der Privatklägerin nicht wahrgenommen hat. Ihre Angabe, sie sei allein gewesen, musste sie in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung korrigieren (vgl. Akten S. 168 gegenüber Protokoll Jugendgericht S. 8; vgl. Aussagen Berufungskläger, Akten S. 202). Die Sozialpädagogin berichtet von einem Besuch des Berufungsklägers, der wegen einer Fingerverletzung bei ihr geläutet und überdies erzählt habe, die Privatklägerin habe ihn küssen und mit ihm Sex haben wollen (Akten S. 167). Erst am nächsten Morgen beim Aufstehen, als sie die Mitteilung des Missbrauchs von G\_\_\_\_ gehört habe, sei sie geschockt und ratlos gewesen, wie sie das einordnen solle (Akten S. 168).

Auch der Mitbewohner G\_\_\_\_ begriff den Ernst der Lage nicht, als die Privatklägerin bei ihm vorsprach. Er berichtet, sie habe immer wieder gesagt, dass der Berufungskläger sie missbraucht habe; er habe ihr aber nicht geglaubt. Sie habe gleichzeitig gelacht und geweint und nach Alkohol gerochen (Akten S. 211 f.). Dass G\_\_\_\_ der Privatklägerin nicht geglaubt hatte, erklärte er am nächsten Tag auch der Sozialpädagogin (Akten S. 168). Das anfängliche Unverständnis, das die Privatklägerin in ihrer Not erfuhr, erklärt, dass sie sich entmutigt in ihr Zimmer verkroch und es am nächsten Morgen ablehnte, mit jemandem aus dem Wohnheim-Team zu sprechen. Dass sie sich mehreren Personen aus dem Kollegenkreis anvertraute, ist als sozialüblich zu werten: Es entspricht dem Verhalten sehr junger Frauen gegenüber Peers. Insbesondere erscheint es beim alkoholisierten Zustand der Privatklägerin in der Tatnacht praktisch ausgeschlossen, dass sie gegenüber ihrem Mitbewohner ■ einer (vermeintlichen) Vertrauensperson ■ von Missbrauch gesprochen hätte, wenn es sich um eine einvernehmliche, allenfalls misslungene sexuelle Begegnung mit einem gemeinsamen Kollegen gehandelt hätte.

Die Schilderung des Berufungsklägers wirkt in vielen Teilen nicht überzeugend und insgesamt wenig glaubhaft. Seine anfängliche Bestreitung des Sexualkontakts erweist sich durch den späteren DNA- und Sperma-Nachweis als unwahr. Gleiches gilt auch für die Geschichte, die er gegenüber der Sozialpädagogin zur Erklärung der Fingerverletzung vortrug, nämlich dass die Privatklägerin in gebissen habe, als er ihr Angebot von Küssen und Sex abgelehnt habe (vgl. Aussagen F\_\_\_\_, Akten S. 167; Stellungnahme Berufungskläger S. 110). Im entscheidenden Punkt ■ dem Sexualverkehr ■ weicht er nachweislich von der Wahrheit ab. Er wollte die Sozialpädagogin also gerade in diesem Punkt irreführen. Wäre es nur um die Fingerverletzung gegangen, hätte er nicht lügen müssen und kaum ein abgelehntes Sexabenteuer erwähnt. Seine Erklärung ist nicht nur wahrheitswidrig; sie belegt auch, dass der Berufungskläger sich nicht schämte, gegenüber einer Autoritätsperson Vorgänge aus der Sexualsphäre zu erwähnen.

Erst an der Hauptverhandlung vor Jugendgericht schwenkte der Berufungskläger um. Er bestreitet inzwischen nicht mehr, dass es in der fraglichen Nacht zum Geschlechtsverkehr mit der Privatklägerin gekommen ist, als diese massiv betrunken war. Aus seinen Aussagen ergibt sich, dass er den schwer alkoholisierten Zustand der Privatklägerin und den Kontrollverlust, der damit einherging, erkannte, als er mit dem Mädchen den Geschlechtsverkehr vollzog. Beide Mädchen seien nicht normal, sondern betrunken gewesen (Akten S. 120, Protokoll S. 10, 11). Nach dem Aufenthalt in E\_\_\_\_s Zimmer hätten sie die Privatklägerin zu zweit stützen müssen, um sie in ihr Zimmer zu bringen (Akten S. 123, Protokoll S. 11). Sie wäre sonst die Treppe hinuntergefallen (Akten S. 124). Als es dann ■ gemäss seinen Aussagen einvernehmlich ■ zu Sex gekommen sei, sei die Privatklägerin noch wie auf der Strasse gewesen: ausser Kontrolle und stark betrunken (Protokoll S. 12). Der Berufungskläger verfügt nach eigenen Angaben über eine reiche sexuelle Erfahrung (50 oder 100 Mal, Akten S. 220), wobei er sich immer mit Präservativen schütze (Akten S. 221 f.).

Insgesamt ist damit erstellt, dass die Privatklägerin zur Tatzeit stark betrunken war und sich nicht mehr unter Kontrolle hatte. Der Berufungskläger hat die Situation ausgenutzt, als er im vierten Stockwerk die betrunkene Privatklägerin antraf, als diese zu ihrer Mitbewohnerin E\_\_\_\_ wollte und dort vor verschlossener Türe stand. Er führte sie in sein Zimmer, zog sie aus und drang in sie ein, wobei sie sich aufgrund der hohen Alkoholisierung nicht wehren konnte. Anschliessend begab er sich ins Erdgeschoss zur Nachtwache, die mit ihrem Baby beschäftigt war, zeigte ihr seine Fingerverletzung und behauptete wahrheitswidrig, die Privatklägerin habe ein sexuelles Angebot gemacht, das er abgelehnt habe. Die Privatklägerin hing derweil schwer betrunken am Treppengeländer und wurde von der Nachtwache ins Zimmer zurückgeschickt. Sie versuchte erfolglos, ihre Freundin H\_\_\_\_ zu erreichen und vertraute sich dann ihrem Mitbewohner G\_\_\_\_ an, der sie ebenfalls wegschickte. Indessen findet sich weder ein Nachweis für Gewaltanwendung seitens des Berufungsklägers, noch kann ihm ein «Betrunkenmachen» der Privatklägerin nachgewiesen werden.

## **E. 5**

5.1 Eine Schändung im Sinne von Art. 191 StGB begeht, wer eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zum Beischlaf oder zu einer sexuellen Handlung missbraucht. Widerstandsunfähig ist, wer nicht im Stande ist, sich gegen ungewollte sexuelle Kontakte zu wehren. Die Bestimmung schützt somit Personen, die einen zur Abwehr ausreichenden Willen zum Widerstand gegen sexuelle Übergriffe nicht oder nicht sinnvoll bilden, äussern oder betätigen können (Trechsel/Bertossa, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar StGB, 3. Auflage 2018, Art. 191 N 1, mit Hinweis). Die Widerstandsunfähigkeit muss keine dauernde sein; es genügen auch nur vorübergehende, situationsbedingte Ausfallerscheinungen, wie namentlich während einer hochgradigen Intoxikation durch Alkohol oder Drogen (Maier, in: Basler Kommentar StGB, 4. Auflage 2019, Art. 191 N 6) oder bei einer Summierung von Schläfrigkeit, Alkoholisierung und Irrtum über die Identität des Sexualpartners (BGE 133 IV 49 E. 7.2). Die Widerstandsfähigkeit muss indessen konkret betroffen und praktisch gänzlich aufgehoben sein (Maier, a.a.O.); so bedeutet die blossе ■ etwa alkoholbedingte ■ Herabsetzung der Hemmschwelle keine Widerstandsunfähigkeit (BGE 119 IV 230 E. 3a S. 232). Indessen ist keine Bewusstlosigkeit im Sinne eines komatösen Zustandes vorausgesetzt. Vielmehr reicht es gemäss inzwischen gefestigter Bundesgerichtspraxis,

wenn sich eine Person alkohol- und müdigkeitsbedingt nicht oder nur schwach gegen die an ihr vorgenommenen Handlungen wehren kann oder wenn ihr Zustand der Benommenheit es ihr nicht erlaubt, einen Willen im Hinblick auf einen sexuellen Kontakt zu bilden oder kundzutun (BGer 6B\_17/2016 vom 18. Juli 2017 E. 1.4.2; 6B\_232/2016 vom 21. Dezember 2016 E. 2.2 m.w.H.; 6B\_316/2012 vom 1. November 2012 E. 3.3; 6B\_128/2012 vom 21. Juni 2012 E. 1.5). Dabei hat das Bundesgericht gerade im zitierten BGer vom 18. Juli 2017 auch dem jugendlichen Alter der Privatklägerin (in casu: 14-jähriges, stark alkoholisiertes, halb bewusstloses Mädchen) Rechnung getragen und befunden, dieses müsse bei der Beurteilung der Möglichkeit und Bestimmtheit der Gegenwehr ebenfalls berücksichtigt werden, zumal die Täter rund sechs bis neun Jahre älter seien (BGer 6B\_17/2016 vom 18. Juli 2017 E. 1.4, 2.5).

Missbrauch im Sinne von Art. 191 StGB liegt gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung vor, wenn der Täter die Schutzlosigkeit des Opfers ausnützt (BGE 133 IV 49 E. 7.2, 119 IV 230 E. 3a). Der Unrechtsgehalt liegt darin, dass das Opfer zum blossen Objekt sexueller Wünsche degradiert wird. Das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs soll mithin die Pönalisierung sexueller Handlungen mit behinderten Personen verhindern, welche trotz gewisser körperlicher oder geistiger Ausfallerscheinungen mit der Handlung einverstanden sind (vgl. dazu Trechsel/Bertossa, a.a.O., Art. 191 N 1).

Subjektiv ist Vorsatz erforderlich, einschliesslich der explizit erwähnten Kenntnis der Urteilsunfähigkeit oder Wehrlosigkeit. Eventualvorsatz genügt. Vorsätzlich handelt demnach auch, wer zumindest ernsthaft für möglich hält, dass das Opfer aufgrund seines physischen oder psychischen Zustandes nicht in der Lage ist, sich gegen die sexuellen Handlungen zur Wehr zu setzen (Trechsel/Bertossa, a.a.O., Art. 191 N 7 mit Hinweis).

Ein Schuldspruch wegen Schändung setzt mit anderen Worten voraus, dass das Opfer tatsächlich ausserstande war, sich gegen die sexuelle Handlung wirksam zu wehren, und der Täter dies erkennen konnte (vgl. zum Ganzen auch AGE SB.2013.65 vom 27. Juni 2014 und SB.2012.87 vom 27. November 2013).

5.2 Vorliegend sind diese Voraussetzungen gegeben. Gemäss dem Beweisergebnis war die Privatklägerin in einem Masse alkoholisiert, dass von einer hochgradigen Intoxikation gesprochen werden muss. Das blieb auch dem Berufungskläger keineswegs verborgen, der selbst schilderte, die Privatklägerin sei «ausser Kontrolle» gewesen. Sodann waren Täter und Opfer zwar ungefähr gleich ■ und auch nicht mehr ganz so ■ jung wie im zitierten BGer 6B\_17/2016 vom 18. Juli 2017; indessen war der Berufungskläger nach eigenen Angaben sexuell recht aktiv (50 oder 100 Mal, Akten S. 220), wogegen die Privatklägerin nicht oder weniger erfahren war (vgl. ihre Aussagen, Akten S. 101, und die gynäkologischen Angaben im Gutachten IRM, Akten S. 186/187). Es erscheint gerechtfertigt, das jugendliche Alter des Mädchens bezüglich einer möglichen Gegenwehr gegenüber dem nach eigener Ausführung sehr routinierten Berufungskläger ebenfalls zu berücksichtigen. Insgesamt ist unter Berücksichtigung aller Umstände von einer hinreichenden Widerstandsunfähigkeit des Opfers und einer hinreichenden diesbezüglichen Kenntnis des Berufungsklägers auszugehen. Er hat die Situation ausgenutzt, dass die Privatklägerin zu keinem ernsthaften Widerstand mehr fähig war, und sich an ihr sexuell vergangen. Genau so hat sie es offenbar auch empfunden, als sie unmittelbar danach beim Mitbewohner G\_\_\_\_\_ Zuflucht gesucht und ihm berichtet hat, der Berufungskläger habe sie missbraucht. Demnach ist der Schuldspruch wegen Schändung zu Recht erfolgt.

## E. 6

6.1 Der Berufungskläger wendet sich im Weiteren gegen den Schuldspruch wegen versuchter schwerer Körperverletzung. Er beantragt in diesem Punkt einen Schuldspruch wegen einfacher Körperverletzung.

6.2 Gemäss Anklage ging der damals 17 ½-jährige Berufungskläger nach einem verbalen Streit am 19. April 2017 auf seinen 15-jährigen Mitbewohner C\_\_\_\_ im Wohnheim für unbegleitete minderjährige Asylsuchende (WUMA) los. Er habe ihm zwei Kopfstösse auf die Nase und einen auf die Stirne sowie Fusstritte gegen die Beine verpasst. Dann habe der Berufungskläger einen Dreibeinhocker gegen den Kopf und die Beine des Angegriffenen geschlagen und mit dem Schlag gegen den Kopf in Kauf genommen, den Gegner schwer zu verletzen. Danach habe er den Angegriffenen in den Schwitzkasten genommen und ihm einen weiteren Fusstritt versetzt. Es sei zu einem Gerangel gekommen. Nicht einmal der herbeigeeilte Sicherheitsangestellte habe den Berufungskläger vom weit unterlegenen Gegner trennen können. Dieser sei schliesslich entkommen und in sein Zimmer geflüchtet, wo er sich eingeschlossen habe. Er sei an der Stirne und Nasenwurzel, am Oberarm, am Hinterkopf und am Schienbein verletzt worden.

Nach Ansicht der Vorinstanz ist der Sachverhalt mit Ausnahme der Schläge mit dem Hocker gegen den Kopf nachgewiesen. Es sei aber wenig realistisch, dass der Berufungskläger den Stuhl nur gegen die Beine des Gegenübers geschlagen habe. Der Hocker sei aufgrund seiner Beschaffenheit geeignet, eine schwere Kopfverletzung herbeizuführen. Der Berufungskläger sei ausser Kontrolle geraten und habe so heftig zugeschlagen, dass ein Stuhlbein kaputtgegangen sei. Seine Schläge seien unkontrolliert gewesen. Es sei einzig dem Zufall zu verdanken, dass es nicht zu schweren Verletzungen gekommen sei. Solche habe der Berufungskläger im Sinne eines Eventualvorsatzes in Kauf genommen.

6.3 Der Sachverhalt beruht auf dem Arztbericht von Dr. [...] (Akten S. 323), in dem die Verletzungen des Angegriffenen beschrieben werden (Prellmarken an der Stirne rechts und an der Nasenwurzel, Schürfungen am seitlichen Oberarm mit darunterliegendem Bluterguss, eine Prellmarke am Hinterkopf sowie eine Schürfung am rechten Schienbein). Die Folgen seien Schmerzen; bleibende Schäden seien nicht zu erwarten.

Weiter wurden Aussagen des Angegriffenen erhoben: Der Berufungskläger habe ihm zu Unrecht vorgeworfen, er habe dessen Mutter beschimpft. Plötzlich habe der Berufungskläger ihm mit der Stirn einen Schlag gegen die Nase gegeben. Er selber sei aufgestanden und zum Fenster gegangen. Der Berufungskläger habe ihm nochmals mit dem Kopf zwei Schläge auf die Nase und gegen seine Stirn gegeben, auch Tritte gegen die Beine. Dann habe er einen Stuhl genommen und mit diesem Stuhl «auf den Rücken» (Polizeirapport «Requisition» vom 19. April 2017, Akten S. 314), «gegen den Kopf und gegen die Beine» bzw. «gegen mich» geschlagen und «mich dabei am Arm getroffen» (Einvernahme Jugendanwaltschaft vom 17. Mai 2017, Akten S. 317, 319). Auf den Hinweis, er sei gemäss Polizeirapport zu Boden gegangen, worauf ihm der Berufungskläger Fusstritte gegeben habe, verneint er: «Nein, auf dem Boden lag ich nicht. Ich bin aber mal auf das Sofa gefallen, und dort hat er mir noch Fusstritte gegeben» (Akten S. 319). Auf die Frage nach Gegenwehr erklärt der Angegriffene, er habe Angst gehabt und mit den Füßen gegen den Berufungskläger getreten, als er auf dem Sofa gelegen sei. Beim Stuhl habe es sich um einen Hocker mit drei Beinen gehandelt, eines davon sei beim Schlagen

abgebrochen.

Der Berufungskläger bezeichnete als Auslöser der Schlägerei die Beschimpfung seiner Mutter. Er schildert den Ablauf weitgehend wie angeklagt, einschliesslich des Einsatzes eines «Hockers» (Akten S. 327) bzw. «Bänkleins» (Protokoll Jugendgericht S. 17). In der ersten Einvernahme vom 14. Juni 2017 wurden dem Berufungskläger Kopfstösse und Fusstritte vorgehalten, aber noch nicht der Angriff mit einem Hocker gegen den Kopf des Gegners. Dieser Vorwurf wurde später in der Anklageschrift erhoben und dem Berufungskläger in der Jugendgerichtsverhandlung vorgehalten (Protokoll S. 18). Der Berufungskläger hat die Fusstritte sowie Schläge gegen den Oberarm und insbesondere gegen den Kopf mit diesem Hocker vehement bestritten. Er selber habe mit Schlägen angefangen und geschlagen. Nach einer Ohrfeige seitens des Gegners habe der Berufungskläger dann diesem einen Kopfstoss verpasst und ihn weiter geschlagen. Er bestreitet dann Fusstritte, erklärt aber von sich aus: «Es war aber ein Stuhl dort. Ein Stuhlbein ■ mit dem habe ich geschlagen ■ gegen die Beine. (a.F.) Es war ein Bänklein ■ es hat kein Gewicht. ( ) Ich habe das Bänklein genommen und umgekehrt, hielt es an den Beinen und schlug es gegen die Beine» des Gegners. Gegen den Arm habe er nicht geschlagen. Schläge gegen den Kopf verneint er ebenfalls vehement. Er wisse, was er mache, auch wenn er die Kontrolle verliere (Protokoll Jugendgericht S. 17-18).

6.4 In Würdigung des Verletzungsbildes fällt auf, dass der Angriff im besonders sensiblen Kopfbereich Prellmarken, also keine schweren Verletzungen zurückgelassen hat. Es ist unbestritten, dass der Berufungskläger die Kontrolle verlor und mit einem Hocker auf seinen Gegner einschlug. Er selbst sagt, er sei aggressiv gewesen und ausser Kontrolle geraten. Indessen ist die Beweislage für einen Angriff mit dem Hocker in Richtung des gegnerischen Kopfs nicht ausreichend. Der Berufungskläger hat den Gegner mit Kopfstössen am Kopf getroffen. Hinweise für einen Einsatz des Hockers gegen den Kopf des Angegriffenen fehlen aber in den ersten polizeilichen Feststellungen (Polizeirapport) und in der ersten Einvernahme des Berufungsklägers. Es gibt bloss einen einmaligen Hinweis des Angegriffenen, den er rund einen Monat nach dem Vorfall eher beiläufig erwähnte, nämlich im Verlauf der Schilderung des gesamten Geschehens (Akten S. 317). Die Bedrohung des Kopfes wird nicht mit der gewünschten Deutlichkeit beschrieben und in den übrigen Aussagen auch nicht wiederholt. Auf Rückfrage, wie oft er vom Berufungskläger geschlagen wurde, schildert der Angegriffene diese Bedrohung nicht mehr, sondern spricht von drei Kopfstössen gegen die Nase und davon, dass der Berufungskläger, als der Angegriffene beim Fenster stand, auch noch mit dem Stuhl gegen ihn geschlagen und ihn dabei «am Arm» getroffen habe (Akten S. 319). Bei dieser Beweislage sind die ■ vom ansonsten weitgehend geständigen Berufungskläger klar bestrittenen ■ Schläge mit dem Hocker gegen den Kopf des Angegriffenen nicht hinreichend erstellt. Nach dem Grundsatz «in dubio pro reo» ist der Berufungskläger in diesem Punkt zu entlasten.

6.5 Die Beweisnot in Bezug auf die Bedrohung des Kopfes durch den Hocker kann auch nicht mittels einer rechtlichen Würdigung des Eventualvorsatzes verändert werden. Versuchte schwere Körperverletzung wurde in der Rechtsprechung etwa angenommen bei Schlägen mit einer Bierflasche oder einem Bierglas gegen den Kopf, bei Schlägen mit der Faust ins Auge (AGE SB.2018.128 vom 30. Oktober 2019 E. 4.2; SB.2016.120 vom 24. Oktober 2018 E. 2; BGer 6B\_908/2017 vom 15. März 2018). Wenn aber keine Schläge in Richtung des Kopfes nachgewiesen sind, fehlt es an der Sachverhaltsgrundlage, um dem

Täter die Inkaufnahme einer schweren Schädigung im Sinne von Art. 122 StGB, also Eventualvorsatz vorzuwerfen. Vergleicht man den vorliegenden Sachverhalt mit anderen Fällen, in welchen über die Annahme einer versuchten schweren Körperverletzung diskutiert wird, dann erscheinen diese doch von etwas anderem Gewicht. Im Einklang mit der Hauptanklage ist der erstellte Sachverhalt daher als einfache Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB zu würdigen. Die Verwendung eines gefährlichen Gegenstandes im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB ist nicht angeklagt, und es liegt auch nicht nahe, bei der vorliegenden Verwendung eines leichten Dreibeinhockers aus Holz gegen Beine und Arme von einem solchen auszugehen. Zusammenfassend ergeht also im Sinne der Hauptanklage ein Schuldspruch wegen einfacher Körperverletzung.

## E. 7

7.1 Gemäss Art. 47 StGB misst der Richter die Strafe innerhalb des anzuwendenden Strafrahmens nach dem Verschulden des Täters zu und berücksichtigt dabei sein Vorleben, seine persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf sein Leben (Abs. 1). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie nach seinen Möglichkeiten, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden, bemessen (Abs. 2). An eine «richtige» Strafzumessung werden drei allgemeine Anforderungen gestellt: Sie muss zu einer verhältnismässigen Strafe führen (Billigkeit), ein Höchstmass an Gleichheit gewährleisten (Rechtssicherheit) und transparent, überzeugend begründet und dadurch überprüfbar sein (Legitimation durch Verfahren; vgl. Wiprächtiger/Keller, in: Basler Kommentar StGB, Art. 47 N 10).

7.2 Auszugehen ist vorliegend von den Schuldsprüchen wegen Diebstahls (rechtskräftig), Schändung und einfacher Körperverletzung. Aus präventiven Überlegungen, wegen des fortgerückten Alters des Beschuldigten und seiner Habslosigkeit erweist sich als Straftat vorliegend der Freiheitsentzug als die geeignete Sanktion. Der Strafrahm reicht im hier anwendbaren Jugendstrafrecht bis zu einem Jahr (Art. 25 Abs. 1 JStG in Verbindung mit Art. 139 Ziff. 1, Art. 191 und Art. 123 Ziff. 1 StGB). Aufgrund der Deliktsmehrheit ist nach Art. 34 JStG eine Gesamtstrafe zu bilden. Allgemeine Strafmilderungsgründe im Sinne von Art. 48 StGB, welcher durch den Verweis in Art. 1 JStG auch im Jugendstrafrecht gilt, sind nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat bei der Strafzumessung alle relevanten Faktoren angemessen gewürdigt. Es wurden verschiedene Rechtsgüter verletzt (Sexualität, Vermögen, Körper). Negativ ins Gewicht fällt, dass der Berufungskläger vom hängigen Strafverfahren unbeeindruckt blieb und weiter delinquent hat: Weniger als ein Jahr nach der Schändung vom 24./25. Juni 2016 beging er am 9. April 2017 einen Diebstahl, indem er das iPhone eines Kollegen seiner Fussballmannschaft entwendete. Nur zehn Tage später griff er im Wohnheim einen jüngeren Mitbewohner an und fügte diesem Verletzungen zu.

Alle drei Taten des Berufungsklägers richten sich gegen Mitbewohner oder Teamkollegen. Es handelt sich um Delinquenz im sozialen Umfeld, in dem man sich gegenseitig ■ anders als gegenüber Unbekannten ■ üblicherweise grösseres Vertrauen entgegenbringt. Die Schändung der Privatklägerin beruht auf dem Ausnutzen mehrerer Empfindlichkeiten: Erstens des vorgängigen gemeinsamen Alkoholkonsums, der zu ihrer Wehrlosigkeit führte; zweitens des gemeinsamen Wohnhauses, das einen Rückzugsort und ein Zuhause darstellt, an dem jeder sich frei bewegen können soll; und drittens der freundschaftlichen Verbundenheit zwischen Mitbewohnern und Trinkkumpanen, die zuvor zwischen Täter und Opfer bestand.

Weiter fällt auf, dass der Berufungskläger sich anlässlich des Körperverletzungsdelikts mit einem jüngeren Mitbewohner angelegt hat, der ihm körperlich unterlegen war. Gleichwohl liess er es nicht bei einem Schlag bewenden, sondern setzte während des Streits mehrmals neu an: Auf den ersten Kopfstoss gegen die Nase des Gegners beim Sofa folgte nach dem Positionswechsel am Fenster ein weiterer Kopfstoss sowie Fusstritte gegen die Beine des Gegners, bevor der Berufungskläger zum Hocker griff. Der Übergriff ereignete sich wiederum in der vertrauten Umgebung des Wohnheims, das den Bewohnern Schutz und Zuhause bieten soll. Angriffe sind in diesem Rahmen besonders fehl am Platz. Der Kontrollverlust des Berufungsklägers und die Eskalation der Schläge offenbart ein bedenkliches Gewaltpotential. Alle diese Umstände wirken sich zu Ungunsten des Berufungsklägers aus.

Der Berufungskläger hat seine Aussagen dem jeweiligen Ermittlungsstand angepasst, bevor er von seinem Schweigerecht Gebrauch machte. Er hat keine Reue gezeigt. Daraus kann zu seinen Gunsten nichts abgeleitet werden. Auch das Fehlen von Vorstrafen wirkt sich in der Strafzumessung neutral aus. Zu Gunsten des Berufungsklägers sind aber seine schwierige Kindheit und Jugend in Angola, das Heranwachsen ohne Eltern und die Flucht aus der Heimat nach Europa zu berücksichtigen. Rechnung zu tragen ist auch seiner Situation in der Schweiz und den Schwierigkeiten eines Jugendlichen in einem anfänglich unbekanntem Gastland ohne vertraute Bezugsperson. Relativiert wird dies allerdings durch den Umstand, dass der Berufungskläger die Chancen in seinem Gastland in Bezug auf seine Ausbildung bisher nicht befriedigend zu nutzen wusste. Obwohl er in der Schweiz Schulbildung erhalten hat sowie Praktika und Schnupperlehren besuchte, hat er bisher keine Lehrstelle gefunden. Es ist allgemein bekannt, dass arbeitswillige junge Menschen eine Lehrstelle finden, zumal in gewissen Branchen eine Nachfrage nach motivierten Lehrlingen besteht. Es ist sehr wichtig, dass der Berufungskläger nun alles daran setzt, in den Arbeitsprozess einzusteigen und eine Lehrstelle anzutreten.

7.3 Nachdem der Schuldspruch des Berufungsklägers in einem Punkt gemildert (einfache statt versuchte schwere Körperverletzung) und ansonsten bestätigt wurde, erscheint das vorinstanzliche Strafmass von 7 Monaten Freiheitsentzug in Würdigung aller Umstände etwas zu hoch. Ausgehend von einer Einsatzstrafe von 4 Monaten für die Schändung und je einem halben Monat Straferhöhung (in Anwendung der Grundsätze von Art. 34 JStG) für den Diebstahl und die einfache Körperverletzung ist die angemessene Dauer des jugendstrafrechtlichen Freiheitsentzugs auf 5 Monate festzulegen.

Der bedingte Strafvollzug wurde von der Vorinstanz gewährt. Die Probezeit beträgt mindestens sechs Monate und höchstens zwei Jahre (Art. 29 Abs. 1 JStG in analoger Anwendung, vgl. u.a. AGE SB.2017.121 vom 4. Juli 2019 E. 5.4). Die Vorinstanz hat die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt, um Bedenken betreffend die Prognose Rechnung zu tragen. Aufgrund der weiterhin unklaren Zukunftsperspektiven des Berufungsklägers (z.B. fehlende Lehrstelle) und der festgestellten Gewaltproblematik ist die vorinstanzliche Einschätzung als angemessen zu bestätigen.

## **E. 8**

8.1 Die Opferhilfe hat als Vertreterin der Privatklägerin eine Genugtuung in Höhe von CHF 10'000.00 geltend gemacht. Die Vorinstanz hat der Privatklägerin eine Genugtuung von CHF 6'000.00 zugesprochen und die Mehrforderung von CHF 4'000.00 auf den Zivilweg verwiesen.

8.2 Gemäss Art. 47 des Obligationenrechts (OR, SR 220) und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezweckt die Genugtuung den Ausgleich für die erlittene seelische Unbill. Die Bemessung richtet sich im Wesentlichen nach der Art und Schwere der Verletzung, der Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit der Betroffenen, dem Grad des Verschuldens des Haftpflichtigen, einem allfälligen Selbstverschulden des Geschädigten sowie der Aussicht auf Linderung des Schmerzes durch die Zahlung eines Geldbetrages (vgl. Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht, Zürich 2013, Band 1, S. 181).

8.3 Im vorliegenden Fall wiegt die Beeinträchtigung der Privatklägerin durch die Schändung vom 24./25. Juni 2016 schwer. Ihr Vertrauen wurde erschüttert, indem sie durch einen nahestehenden Menschen in einer Situation der Wehrlosigkeit (starke Alkoholisierung) an einem vermeintlich sicheren Ort (in ihrem Wohnhaus) missbraucht wurde. Der Täter war ein Mitbewohner, war ihr freundschaftlich verbunden und hatte vorgängig mit ihr Alkohol getrunken. Die Privatklägerin musste sich anschliessend im Spital untersuchen lassen und starke Medikamente einnehmen (HIV-Prophylaxe, Pille danach); sie musste dann auch psychotherapeutische Hilfe in Anspruch nehmen. Es kommt häufig vor, dass Opfer von Sexualdelikten lange Zeit beeinträchtigt sind. In casu sind konkrete Beeinträchtigungen der Privatklägerin im Anschluss an die Tat aktenkundig (Bericht vom 21. Dezember 2016 der Psychotherapeutin [...], Akten S. 50-53).

Die vorinstanzlich bemessene Genugtuung von CHF 6'000.00 beruht auf einer korrekten Bemessung des erlittenen Unrechts. Sie stimmt überdies mit gesprochenen Summen in Vergleichsfällen überein. Der gleiche Betrag von CHF 6'000.00 wurde in einem Zürcher Fall festgesetzt für eine Schändung eines 16-jährigen Mädchens, das bei einem Bekannten übernachtete und bei dieser Gelegenheit von ihm geschändet wurde (Baumann/Anabitar/Müller Gmünder, Genugtuungspraxis Opferhilfe, in: Jusletter 1. Juni 2015, Fall 44). Eine Genugtuung von CHF 7'500.00 erhielt eine Studentin, die nach einer gemeinsam durchzechten Nacht bei ihrem Kollegen übernachtete und dort von ihm geschändet wurde (AGESB.2013.65 vom 27. Juni 2014). Insgesamt erweist sich die gesprochene Genugtuungsleistung als angemessen und ist daher zu bestätigen.

## E. 9

9.1 Nach dem Gesagten ist der Berufungskläger in teilweiser Gutheissung seiner Berufung neben dem bereits rechtskräftig gewordenen Schuldspruch wegen Diebstahls der Schändung und der einfachen Körperverletzung schuldig zu sprechen und zu 5 Monaten Freiheitsentzug zu verurteilen (bedingter Vollzug, Probezeit 2 Jahre). Bezüglich der Zivilforderungen ist das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen (Genugtuung von CHF 6'000.00 zugunsten der Privatklägerin, Verweis der Mehrforderung von CHF 4'000.00 auf den Zivilweg).

9.2 Die Gebühr des Berufungsverfahrens beläuft sich auf CHF 900.00. Der Berufungskläger unterliegt mit seiner Berufung im Umfang von zwei Drittel, weswegen er nach Art. 428 Abs. 1 StPO einen Anteil von CHF 600.00 zu tragen hätte. Diese Gebühr wird ihm jedoch in Anwendung von Art. 425 StPO erlassen.

Zu erlassen sind dem Berufungskläger auch die vorinstanzlichen Verfahrenskosten und Gebühren. Bei der gegebenen wirtschaftlichen Lage kann der Berufungskläger diese Kosten nicht bezahlen. Es besteht ein grosses Interesse daran, dass der heute 20-jährige Berufungskläger möglichst ohne finanzielle Lasten eine Ausbildung antreten und im Arbeitsleben Fuss fassen kann. Daher erstreckt sich der angeordnete Kostenerlass gemäss

Art. 425 StPO auf die Verfahrenskosten und Gebühren aller Instanzen.

9.3 Der amtliche Verteidiger wird für seinen Aufwand gemäss Honorarnote entschädigt, wobei der amtliche Ansatz von CHF 200.─ pro Stunde und CHF 0.25 pro Fotokopie zur Anwendung kommt. Die Entschädigung setzt sich zusammen aus CHF 7─816.─ Honorar für 39,08 Stunden (einschliesslich 3,5 Stunden für die Berufungsverhandlung und Nachbesprechung), CHF 9.25 für 37 Kopien und CHF 75.─ für weitere Auslagen. Die Entschädigung der Verteidigung beläuft sich somit auf einen Gesamtbetrag von CHF 7─900.25, zuzüglich CHF 608.30 Mehrwertsteuer von 7,7 %.

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