

# **SO\_GERICHTE STBER.2017.13 vom 14. Dezember 2017**

SO Obergericht, 2017-12-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_STBER.2017.13](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_STBER.2017.13)

FR: SO\_GERICHTE STBER.2017.13 du 14 décembre 2017

IT: SO\_GERICHTE STBER.2017.13 del 14 dicembre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am Sonntag, 24. November 2013, meldete sich D.\_\_\_\_ telefonisch bei der Polizei Kanton Solothurn und berichtete, seine Ehefrau, die Geschädigte und Privatklägerin E.\_\_\_\_, sei am Freitag, 22. November 2013, frühmorgens, in der [...] -Bar beinahe vergewaltigt worden. D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ begaben sich in der Folge zum Regionalposten [...], um eine entsprechende Anzeige zu erstatten (vgl. Strafanzeige vom 6. Januar 2014, Akten Staatsanwaltschaft Seiten 001 ff., im Folgenden AS 001 ff.). Die Privatklägerin kannte den Täter, einen [...], nur unter dem Vornamen «[...]». Die Ermittlungen wiesen auf den Beschuldigten A.\_\_\_\_ hin, der im Hotel [...] während Wochen eine Abstellkammer bewohnt hatte. Der Beschuldigte konnte aber nicht aufgefunden werden. Nach Auskunft des Migrationsamtes hätte dieser die Schweiz per 31. Juli 2012 verlassen sollen (Wegweisung mit Ausreisefrist). Am 25. November 2013 wurde der Beschuldigte im RIPOL zur Verhaftung ausgeschrieben. Am Montag, 11. Mai 2015 meldete D.\_\_\_\_ telefonisch bei der Polizei, der Gesuchte halte sich in der Nähe des Hauptbahnhofs [...] auf. In der Folge konnte der Beschuldigte angehalten und in Untersuchungshaft gesetzt werden. Die Tatvorwürfe bestritt er durchgehend. Am 15. Juni 2015 wurde er aus der Untersuchungshaft entlassen und durch die Migrationsbehörden nach [...] ausgeschafft (Nachtragsrapport vom 11. September 2015, AS 038 ff.).

### **E. 1.1**

Nach Art. 47 StGB misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Abs. 1). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Abs. 2). Bei der Tatkomponente können fünf verschiedene objektive und subjektive Momente unterschieden werden. Beim Aspekt der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes (Ausmass des verschuldeten Erfolgs) geht es sowohl um den Rang des beeinträchtigten Rechtsguts wie um das Ausmass seiner Beeinträchtigung, aber auch um das Mass der Abweichung von einer allgemeinen Verhaltensnorm. Auch die Verwerflichkeit des Handelns (Art und Weise der Herbeiführung des Erfolgs) ist als objektives Kriterium für das Mass des Verschuldens zu berücksichtigen. Unter der subjektiven Seite ist die Intensität des deliktischen Willens (Willensrichtung des Täters) zu beachten. Dabei sprechen für die Stärke des deliktischen Willens insbesondere Umstände wie die der Wiederholung oder Dauer des strafbaren Verhaltens oder auch der Hartnäckigkeit, die der Täter mit erneuter Delinquenz trotz mehrfacher Vorverurteilungen oder sogar während einer laufenden Strafuntersuchung bezeugt. Hinsichtlich der

Willensrichtung ist es richtig, dem direkten Vorsatz grösseres Gewicht beizumessen als dem Eventualdolus. Die Grösse des Verschuldens hängt weiter auch von den Beweggründen und Zielen des Täters ab. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Delinquenz umso schwerer wiegt, je grösser das Missverhältnis zwischen dem vom Täter verfolgten und dem von ihm dafür aufgeopferten Interesse ist. Schliesslich ist unter dem Aspekt der Tatkomponente die Frage zu stellen, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Hier geht es um den Freiheitsraum, welchen der Täter hatte. Je leichter es für ihn gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie und damit seine Schuld (BGE 117 IV 7 E. 3a aa). Innere Umstände, die den Täter einengen können, sind unter anderem psychische Störungen mit einer Verminderung der Schuldfähigkeit, aber auch unterhalb dieser Schwelle, wie Affekte, die nicht entschuldbar, aber doch von Einfluss sind, Konflikte, die sich aus der Bindung an eine andere Kultur ergeben, Alkohol- oder Drogenabhängigkeit, subjektiv erlebte Ausweglosigkeit oder Verzweiflung usw. Bei der Täterkomponente sind einerseits das Vorleben, bei dem vor allem Vorstrafen ins Gewicht fallen – Vorstrafenlosigkeit wird neutral behandelt und bei der Strafzumessung nur berücksichtigt, wenn die Straffreiheit auf aussergewöhnliche Gesetzestreue hinweist (BGE 136 IV 1) – und andererseits die persönlichen Verhältnisse (Lebensumstände des Täters im Zeitpunkt der Tat), wie Alter, Gesundheitszustand, Vorbildung, Stellung im Beruf und intellektuelle Fähigkeiten zu berücksichtigen. Des Weiteren zählen zur Täterkomponente auch das Verhalten des Täters nach der Tat und im Strafverfahren, also ob er einsichtig ist, Reue gezeigt, ein Geständnis abgelegt oder bei den behördlichen Ermittlungen mitgewirkt hat, wie auch die Strafempfindlichkeit des Täters.

## **E. 1.2**

Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Straftat gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Bei der Bildung der Gesamtstrafe gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB ist nach der Rechtsprechung vorab der Strafrahmen für die schwerste Tat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafrahmens festzusetzen. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Der Richter hat gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen. In einem zweiten Schritt hat er diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei er ebenfalls den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen hat (BGE 6B\_405/2011, E. 5.4). Allerdings ist die Bildung einer Gesamtstrafe nur bei gleichartigen Strafen möglich. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen, da das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Das Gericht kann somit auf eine Gesamtfreiheitsstrafe nur erkennen, wenn es im konkreten Fall für jede einzelne Tat eine Freiheitsstrafe ausfallen würde. Demgemäss sind im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB «die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt», wenn das Gericht im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss gleichartige Strafen ausfällt. Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen androhen, genügt nicht (BGE 138 IV 120 E. 5.2). Bei der Bildung der Gesamtstrafe hat das Gericht von der Einsatzstrafe auszugehen und diese in einer Gesamtwürdigung angemessen zu erhöhen. Zwar ist es dem Gericht dabei nicht untersagt, zunächst für jede Einzeltat eine

selbstständige Strafe festzusetzen, zumal es die Überlegungen, die es bei der Bemessung der Strafe angestellt hat, in seinem Urteil so darstellen muss, dass erkennbar wird, welche Gesichtspunkte es in welchem Sinne berücksichtigt hat. Verlangt wird jedoch, dass es dennoch die erforderliche Gesamtstrafzumessung vornimmt. Bei der Bemessung der Gesamtstrafe müssen die einzelnen Straftaten in einem selbstständigen Schritt innerhalb des (allenfalls erweiterten) Strafrahmens gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB gewürdigt werden. Dabei sind namentlich das Verhältnis der einzelnen Taten untereinander, ihr Zusammenhang, ihre grössere oder geringere Selbstständigkeit sowie die Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und Begehungsweisen zu berücksichtigen. Der Gesamtschuldbeitrag des einzelnen Delikts wird dabei geringer zu veranschlagen sein, wenn die Delikte zeitlich, sachlich und situativ in einem engen Zusammenhang stehen (zum Ganzen Urteil 6B\_323/2010 vom 23. Juni 2010 E. 3.2).

### **E. 1.3**

Beim Versuch (Art. 22 StGB) geht es um eine Tatkomponente, die sich dadurch auszeichnet, dass sie verschuldensunabhängig ist. Deshalb wird sie bei der Gesamteinschätzung des Verschuldens auch nicht einbezogen. Sie hat sich indessen im Sinne einer Reduzierung der (hypothetischen) verschuldensangemessenen Strafe auszuwirken. Das Mass dieser Minderung hängt unter anderem von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolges und von den tatsächlichen Folgen der Tat ab (BGE 121 IV 49). Dies verlangt, zunächst eine hypothetische (verschuldensangemessene) Strafe zu ermitteln, welche für den Fall des vollendeten Delikts angemessen wäre. Nur so lässt sich nachvollziehen, wie es zu der Strafe der bloss versuchten Tat kommt (Hans Mathys, Zur Technik der Strafzumessung, in: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 100/2004).

### **E. 1.4**

Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der (schwersten) anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen. Dieser wird durch Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe nicht automatisch erweitert, worauf innerhalb dieses neuen Rahmens die Strafe nach den üblichen Zumessungskriterien festzusetzen wäre. Vielmehr ist der ordentliche Strafrahmen nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint. Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens kann sich stellen, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren zusammentreffen, die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter relativieren, so dass eine Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens dem Rechtsempfinden widerspräche. Die verminderte Schuldfähigkeit allein führt deshalb grundsätzlich nicht dazu, den ordentlichen Strafrahmen zu verlassen. Dazu bedarf es weiterer, ins Gewicht fallender Umstände, die das Verschulden als besonders leicht erscheinen lassen (BGE 136 IV 55 E. 5.8, S. 63, mit Hinweisen). 2. Konkrete Strafzumessung

### **E. 2**

Mit Anklageschrift vom 15. Dezember 2015 wurden die Akten dem Amtsgericht von Solothurn-Lebern überwiesen zur Beurteilung des Beschuldigten A. \_\_\_ wegen der Vorhalte der versuchten Vergewaltigung, sexueller Nötigung, eventuell versuchter sexueller Nötigung, rechtswidrigen Aufenthalts und wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Akten Richteramt Solothurn-Lebern Seiten 001 ff., im Folgenden: SL AS 001 ff.).

### **E. 2.1**

Die schwerste Straftat stellt die versuchte Vergewaltigung dar: Art. 190 Abs. 1 StGB sieht für die vollendete Tatbegehung Freiheitsstrafe zwischen einem und zehn Jahren vor. Dafür ist die Einsatzstrafe zu bestimmen. Auch für die Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz ist eine Freiheitsstrafe auszusprechen, kann der Beschuldigte doch wegen fehlendem Aufenthaltsrecht in der Schweiz keiner Erwerbstätigkeit nachgehen. Über seine finanziellen Verhältnisse liegen keinerlei Angaben vor. Eine Geldstrafe fällt damit ausser Betracht, was offenbar unbestritten ist, beantragt die Verteidigung doch eventualiter die Ausfällung einer Gesamtfreiheitsstrafe von maximal 12 Monaten und keine Geldstrafe.

### **E. 2.2**

Bei der objektiven Tatschwere des Sexualdelikts ist zunächst festzuhalten, dass sich das Vorgehen des Beschuldigten im Rahmen der unter dem Grundtatbestand der Vergewaltigung denkbaren Vorgehensweisen im leichteren Bereich bewegt: er setzte zwar seine volle Kraft ein, hat die Privatklägerin aber nie geschlagen und ihr auch nicht gedroht. Bei einer Vergewaltigung handelt es sich a priori um ein Gewaltdelikt. Erschwerend ist hingegen zu berücksichtigen, dass sich der Vorfall über längere Zeit hinzog; gemäss den mehrfachen Angaben der Privatklägerin, welche die Zeitdauer auch anhand einer SMS rekonstruiert hat, waren es rund 30 Minuten. Die Privatklägerin konnte sich dem Zugriff des ihr nicht näher bekannten Beschuldigten mehrfach entziehen, indem sie zunächst von der Küche ins Restaurant und danach vom Lift in die Bar flüchten konnte, wobei der Beschuldigte jeweils sofort nachsetzte und sie wieder ergriff. Er nahm im Verlauf des Vorfalls mehrere sexuelle Handlungen an der Privatklägerin vor, versuchte sie auf den Mund zu küssen, küsste und leckte sie an Hals und Brustbereich, griff ihr unter den Kleidern an den Busen und über den Kleidern an die Genitalien. Es war glücklichen Umständen zu verdanken (Sicherheitsnadel), dass er ihr nicht die Hosen öffnen und ausziehen konnte. Sein Vorgehen entstand zudem nicht spontan aus der Situation heraus: Am Feierabend, nachdem er sich vergewissert hatte, dass keine Gäste mehr da waren und auch niemand auf die Privatklägerin wartete, nutzte er – körperlich deutlich überlegen – die Gelegenheit, als sie sich alleine in den Gasträumen befanden, schamlos aus. Bereits vorher hatte er nach den glaubhaften Angaben der Privatklägerin Annäherungsversuche durchgeführt. Immerhin verletzte er die Privatklägerin trotz erheblichen Krafteinsatzes bis auf kleinere Prellungen am Rücken nicht. Schwerer als die körperlichen Nachteile wogen verständlicherweise die psychischen Nachwirkungen der Tat bei der Privatklägerin: Nach ihren glaubhaften Aussagen musste sie ihre Arbeitsstelle aufgeben, getraute sich längere Zeit nicht mehr alleine aus dem Haus und reagierte emotional sehr stark auf das Wiedersehen mit dem Täter im Frühjahr 2015, also anderthalb Jahre nach der Tat. Sie musste längere Zeit Beruhigungstabletten einnehmen und konnte erst drei Monate nach dem Vorfall wieder eine Arbeitsstelle aufnehmen. Die Beweggründe des Beschuldigten waren rein egoistischer Natur, er wollte seine sexuellen Bedürfnisse befriedigen. Dies wäre ihm jedoch auch ohne Straftaten ganz einfach möglich gewesen, hatte er doch zur Tatzeit nach seinen Aussagen eine Freundin in der Schweiz. Die Privatklägerin gab ihm keinerlei Anlass für die massive Verletzung ihrer sexuellen Integrität. Eine Einschränkung der Möglichkeit, sich rechtskonform zu verhalten, ist nicht ersichtlich. Der Beschuldigte handelte mit direktem Vorsatz und trotz des mehrfach verbal und mittels Abwehrhandlungen geäusserten Widerstandwillens der Privatklägerin. Im Rahmen der denkbaren Vergewaltigungen liegt angesichts der Hartnäckigkeit und der erheblichen Dauer des deliktischen Verhaltens kein

leichtes Verschulden mehr vor. Im Falle eines vollendeten Delikts wäre – bei einer nicht qualifizierten Vergewaltigung nach Art. 190 Abs. 1 StGB – von einem leichten bis mittelschweren Tatverschulden auszugehen und eine Einsatzstrafe von vier Jahren Freiheitsstrafe zu verhängen. Diese Strafhöhe entspricht der Zumessungspraxis des Berufungsgerichts und auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (so beispielsweise zuletzt Urteil 6B\_281/2017 vom 16. Oktober 2017).

### **E. 2.3**

Nun ist diese Strafe zufolge Versuchs angemessen zu mildern. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte immerhin letztlich von sich aus von der Weiterführung des strafbaren Verhaltens abliess, nachdem ihm die Privatklägerin mehrfach mit der Polizei gedroht hatte. Trotzdem ist zu wiederholen, dass es bis dahin eines langen und aufwühlenden Abwehrkampfes der Privatklägerin bedurfte und der Beschuldigte sich ausgesprochen hartnäckig gezeigt hatte. Dass es dem Beschuldigten nicht gelang, ihr die Hosen zu öffnen, war einem glücklichen Zufall (Sicherheitsnadel) zu verdanken. Dass er die Sicherheitsnadel nicht überwinden konnte, zeigt aber auch auf, dass er nicht mit letzter Konsequenz und Gewalt vorgegangen ist. Die Privatklägerin trug wie erwähnt erhebliche seelische Schäden davon, benötigte aber keine medizinische Hilfe. Die Einsatzstrafe ist unter diesen Umständen zufolge Versuchs um einen Drittel zu reduzieren auf nunmehr 32 Monate Freiheitsstrafe.

### **E. 2.4**

Zu bestätigen ist letztlich die Straferhöhung von (asperiert) zwei Monaten Freiheitsstrafe zur Abgeltung der Verstösse gegen das Ausländergesetz. Diese Delikte wiegen angesichts der Dauer – nachdem der Beschuldigte per 31. Juli 2012 rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesen worden war – nicht mehr leicht und wurden mit direktem Vorsatz begangen. Auch hier wäre es für den Beschuldigten ein Leichtes gewesen, sich ans Gesetz zu halten, gab es für ihn doch keinen Anlass, in der Schweiz zu arbeiten.

### **E. 2.5**

Hinsichtlich der Täterkomponenten kann vollumfänglich auf die Ausführungen und Erwägungen der Vorinstanz auf US 41 f. verwiesen werden, weder aus dem Vorleben noch aus dem Verhalten nach der Tat oder der Strafempfindlichkeit ergeben sich Anhaltspunkte, welche für die Strafzumessung von Bedeutung wären. Zusammenfassend ist der Beschuldigte zu einer Freiheitsstrafe von 34 Monaten zu verurteilen.

### **E. 2.6**

Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Es braucht damit nicht mehr eine günstige Prognose für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges vorzuliegen, sondern es genügt bereits das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Für diese Prognosestellung sind im Lichte der reichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Tatumstände, das Vorleben, der Leumund, das Verhalten des Täters im Strafverfahren sowie alle weiteren Tatsachen zu berücksichtigen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen (BGE 134 IV 1, E. 4.2.1). Nach Art. 43 Abs. 1 StGB kann das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von höchstens drei Jahren teilweise aufschieben, wobei der zu vollziehende Teil mindestens

sechs Monate und maximal die Hälfte der Strafe zu betragen hat (Abs. 2 und 3). Grundvoraussetzung für die teilbedingte Strafe im Sinne von Art. 43 StGB ist, dass eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht (BGE 134 IV 1, E. 5.3.1). Schliesslich hat das Gericht, wenn es auf eine teilbedingte Strafe erkennt, im Zeitpunkt des Urteils den aufgeschobenen und den zu vollziehenden Strafteil festzusetzen und die beiden Teile in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Nach Art. 43 StGB muss der unbedingt vollziehbare Teil mindestens sechs Monate betragen (Abs. 3), darf aber die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Abs. 2). Im äussersten Fall (Freiheitsstrafe von drei Jahren) kann das Gericht demnach Strafteile im Ausmass von sechs Monaten Freiheitsstrafe unbedingt mit zweieinhalb Jahren bedingt verbinden. Innerhalb des gesetzlichen Rahmens liegt die Festsetzung im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. Als Bemessungsregel ist das «Verschulden» zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist (Art. 43 Abs. 1 StGB). Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf dabei das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (a.a.O., E. 5.6). Im vorliegenden Fall ist der Beschuldigte, der zwar nur einige Jahre in der Schweiz gelebt hat, nicht vorbestraft und auch seit der Tat vor gut fünf Jahren hat er sich hier nichts mehr zuschulden kommen lassen. Damit ist dem Beschuldigten keine ungünstige Prognose zu stellen, auch die Staatsanwältin hat vor Amtsgericht die Ausfällung einer teilbedingten Strafe beantragt. Der unbedingte Anteil ist dabei auf 10 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen, handelt es sich doch bei einer Vergewaltigung um ein sehr schweres Delikt. Für die übrigen 24 Monate Freiheitsstrafe ist der bedingte Strafvollzug zu gewähren mit einer Probezeit von zwei Jahren. Die erstandene Untersuchungshaft von 31 Tagen ist an den unbedingten Teil der Freiheitsstrafe anzurechnen. V. Zivilforderungen Die Vorinstanz hat der Privatklägerin die beantragte Genugtuungsforderung von CHF 2'000.00 zugesprochen. Dass eine Genugtuung angesichts des schwerwiegenden Verstosses gegen ihre sexuelle Integrität geschuldet ist, steht ausser Frage. Die verlangte Summe von CHF 2'000.00 bewegt sich im Rahmen vergleichbarer Delikte im untersten Bereich, weshalb das erstinstanzliche Urteil auch in diesem Punkt vollumfänglich zu bestätigen ist unter Verweis auf die Erwägungen auf US 44 ff. Ebenso ist der Beschuldigte gegenüber der Privatklägerin für das Ereignis vom 22. November 2013 (versuchte Vergewaltigung) zu 100% haftpflichtig zu erklären. Zur Ausmittlung der Schadenhöhe wird die Privatklägerin an den Zivilrichter verwiesen. VI. Kosten und Entschädigungen 1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsentscheid zu bestätigen. 2. Im Berufungsverfahren unterliegt der Beschuldigte und Berufungskläger bezüglich der Schuldsprüche vollständig, hingegen fällt die Freiheitsstrafe um rund einen Viertel tiefer aus und es wird der teilbedingte Strafvollzug gewährt. Es ist deshalb angemessen, die Kosten des Berufungsverfahrens samt einer Urteilsgebühr von CHF 3'000, total CHF 3'120.00, zu zwei Drittel dem Beschuldigten und zu einem Drittel dem Staat aufzuerlegen. Der Beschuldigte hat somit CHF 2'080.00 zu bezahlen. Die amtliche Verteidigerin des Beschuldigten, Rechtsanwältin Kimena Brog, macht für das Berufungsverfahren einen Aufwand von 3,75 Stunden für das Jahr 2017 und von 8,25 Stunden für das Jahr 2018 (ohne Hauptverhandlung) geltend. Dies erscheint angemessen. Inklusiv Hauptverhandlung sind ihr für das Jahr 2018 9,25 Stunden zu entschädigen. Bei einem Stundenansatz von CHF 180.00, geltend gemachten Auslagen von

CHF 96.00 und der Mehrwertsteuer von 8 % beträgt die Entschädigung für das Jahr 2017 CHF 832.70. Für das Jahr 2018 beträgt die Entschädigung bei einem Stundenansatz von CHF 180.00 und der Mehrwertsteuer von 7,7 % CHF 1'793.20. Insgesamt führt dies zu einer Entschädigung von CHF 2'625.90, zahlbar durch den Staat Solothurn, auszahlbar durch die Zentrale Gerichtskasse. Vorbehalten bleiben der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren im Umfang von zwei Dritteln, d.h. CHF 1'750.60, sowie der Nachzahlungsanspruch der amtlichen Verteidigerin von CHF 467.05 (Differenz zum vollen Honorar von CHF 230.00, d.h. 3,75 Stunden zu CHF 50.00 plus MwSt. von 8 % und 9,25 Stunden zu CHF 50.00 plus MwSt. von 7,7 %, davon zwei Drittel); beides, sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben. Demnach wird in Anwendung der Art. 190 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB; Art. 115 Abs. 1 lit. b, Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG; Art. 40, Art. 43, Art. 44, Art. 47, Art. 49 Abs. 1, Art. 51 StGB; Art. 122 ff., Art. 135, Art. 379 ff., 398 ff. und 416 ff. StPO; Art. 41 ff. OR; erkannt : 1. A.\_\_\_\_ hat sich schuldig gemacht: - der versuchten Vergewaltigung, begangen am 22. November 2013; - des rechtswidrigen Aufenthalts, begangen in der Zeit vom 1. August 2013 bis zum 22. November 2013; - der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung, begangen in der Zeit vom 1. August 2013 bis zum 22. November 2013. 2. A.\_\_\_\_ wird verurteilt zu einer Freiheitsstrafe von 34 Monaten, unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs für 24 Monate mit einer Probezeit von 2 Jahren. 3. A.\_\_\_\_ werden im Erstehungsfall 31 Tage Untersuchungshaft an den unbedingten Teil der Strafe angerechnet. 4. Gemäss rechtskräftiger Ziff. 4 des Urteils des Amtsgerichts von Solothurn-Lebern vom 23. Januar 2017 sind folgende polizeilich sichergestellten Gegenstände E.\_\_\_\_ herauszugeben (sofern dies nicht bereits geschehen ist): - 1 Damenhose, Baumwolle, schwarz, Aufbewahrungsort: Kapo Asservate, Schanzmühle - 1 Shirt, Baumwolle, schwarz, Aufbewahrungsort: Kapo Asservate, Schanzmühle. Wird die Herausgabe nicht innert 30 Tagen nach Erhalt dieser Urteilsanzeige verlangt, sind die Gegenstände zu vernichten. 5. A.\_\_\_\_ wird verurteilt, E.\_\_\_\_ eine Genugtuungssumme von CHF 2'000.00 zu bezahlen. 6. A.\_\_\_\_ wird gegenüber E.\_\_\_\_ für das Ereignis vom 22. November 2013 (versuchte Vergewaltigung) zu 100% haftpflichtig erklärt. Zur Ausmittlung der Schadenshöhe wird E.\_\_\_\_ an den Zivilrichter verwiesen. 7. A.\_\_\_\_ wurde im vorliegenden Verfahren zunächst von Rechtsanwalt Daniel Gehrig und anschliessend von Rechtsanwältin Kimena Brog amtlich verteidigt: - Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers von A.\_\_\_\_, Rechtsanwalt Daniel Gehrig, [...], wird für das erstinstanzliche Verfahren auf CHF 2'706.90 (inkl. Auslagen und MwSt.) festgesetzt und ist zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat zu bezahlen. Vorbehalten bleiben der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch von Rechtsanwalt Daniel Gehrig im Umfang von CHF 746.80 (Differenz zum vollen Honorar von CHF 230.00 pro Stunde inkl. MwSt.), sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse von A.\_\_\_\_ erlauben. - Die Entschädigung der amtlichen Verteidigerin von A.\_\_\_\_, Rechtsanwältin Kimena Brog, [...], wird für das erstinstanzliche Verfahren auf CHF 3'116.90 (inkl. Auslagen und MwSt.) festgesetzt und ist zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat zu bezahlen. Vorbehalten bleiben der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch von Rechtsanwältin Kimena Brog im Umfang von CHF 729.00 (Differenz zum vollen Honorar von CHF 230.00 pro Stunde inkl. MwSt.), sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse von A.\_\_\_\_ erlauben. 8. A.\_\_\_\_ hat die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 4'000.00, total CHF 8'360.00, zu bezahlen. 9. Die Entschädigung für die amtliche Verteidigerin des Beschuldigten, Rechtsanwältin Kimena Brog, [...], wird für das

obergerichtliche Verfahren auf CHF 2'625.90 (inkl. Auslagen und MwSt.) festgesetzt. Sie ist zahlbar durch den Staat Solothurn, auszahlbar durch die Zentrale Gerichtskasse. Vorbehalten bleiben der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren im Umfang von zwei Dritteln, d.h. CHF 1'750.60, sowie der Nachzahlungsanspruch der amtlichen Verteidigerin von CHF 467.05 (3,75 Stunden zu CHF 50.00 plus MwSt. von 8 %, 9,25 Stunden zu CHF 50.00 plus MwSt. von 7,7 %, davon zwei Drittel); beides, sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben.

### **E. 3**

A.\_\_\_\_ werden im Erstehungsfalle 31 Tage Untersuchungshaft an die Strafe angerechnet.

#### **E. 3.1**

Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe wird gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG bestraft, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich aus der Pflicht zur Bewilligung des Aufenthalts nach Art. 10 ff. AuG. In der Schweiz verweilt daher rechtmässig, wer entweder durch gesetzliche Vorschrift oder durch eine individuelle Bewilligung aufenthaltsberechtigt ist (BGE 6B\_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.1). Darüber hinaus wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG bestraft, wer eine nicht bewilligte Erwerbstätigkeit ausführt. Als Erwerbstätigkeit gilt dabei jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte selbständige oder unselbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 1). Gefälligkeitshandlungen, die nach objektiven Kriterien normalerweise nicht gegen Entgelt geleistet werden, fallen demgegenüber nicht unter den Begriff der Erwerbstätigkeit, ebenso nicht Leistungen aus einer sittlichen Pflicht, wie etwa die Kinderbetreuung durch die Grossmutter (vgl. Andreas Zünd, Migrationsrecht Kommentar, 2012, Art. 115 AuG N 9). Der Ausländer, der in Verletzung seiner Anmelde- und Bewilligungspflichten in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgeht, hat sich nicht um eine Regelung seines Aufenthaltes bemüht und sich damit vollständig der behördlichen Kontrolle und gegebenenfalls dem behördlichen Zugriff entzogen. Die staatliche Kontrolle dient nicht nur der Bekämpfung der Schwarzarbeit in der Schweiz, sondern hat in erster Linie zum Ziel, die Einreise und den Aufenthalt unerwünschter Personen und übermässig vieler Personen zu verhindern sowie den rechtswidrigen Aufenthalt von Ausländern insbesondere mittels Durchsetzung der gesetzlichen Anmelde- und Bewilligungspflichten zu bekämpfen. Die Anmelde- und Bewilligungspflichten dienen somit vorab der Kontrolle der Einwanderungsströme und der Verhinderung gesetzeswidriger Aufenthalte ausländischer Personen (BGE 131 IV 174 E. 4.4). Der bewilligungsfreie Aufenthalt als Tourist wird demnach rechtswidrig, wenn die eingereiste Person vor Ablauf der bewilligungsfreien Zeit eine Schwarzarbeit aufnimmt. Bereits die Einreise war rechtswidrig, wenn diese Absicht schon in jenem Zeitpunkt bestand. Bei diesen Konstellationen besteht Idealkonkurrenz zwischen rechtswidrigem Aufenthalt (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG) und Schwarzarbeit (Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG; vgl. Hans Maurer, StGB Kommentar, 2013, Art. 115 AuG, N 25).

#### **E. 3.2**

Nach dem Beweisergebnis hat der Beschuldigte während rund drei Monaten im Restaurant/Hotel [...] regelmässig und in einem Umfang Arbeiten verrichtet, die üblicherweise gegen Entgelt geleistet werden: Bedienung von Gästen, Abwasch am Buffet, Aushilfe in der Küche. Zwar wurde er dafür nicht in bar entlohnt, hingegen konnte er gratis

in einer Abstellkammer wohnen, was ebenfalls eine geldwerte Leistung darstellte. Mit der Arbeitsaufnahme wurde auch der Aufenthalt des Beschuldigten rechtswidrig. Der objektive Tatbestand von Art. 111 Abs. 1 lit. b und c AuG ist damit erfüllt. Der Beschuldigte war zwischen 2007 und 2012 in der Schweiz bei der [...] AG in [...] angestellt (AS 237) und benötigte dafür eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung. Er kannte gemäss eigenen Aussagen die Rechtslage in der Schweiz: Auf die Frage, ob er bei seinem Aufenthalt in der Schweiz «irgendwelche Arbeiten» verrichtet habe, gab er zur Antwort «Nein, nie. Ich weiss, dass das verboten ist.» (AS 065/F. 59, vgl. auch AS 208: Er kenne die Gesetze in der Schweiz, er habe ja mehrere Jahre hier gelebt.). Wenn er nun vorbringen lässt, er sei sich nicht bewusst gewesen, dass auch eine Arbeitsleistung, die nicht mit Barzahlung abgegolten wird, bewilligungspflichtig im Sinne des AuG gewesen wäre, ist ihm dies angesichts seines Aussageverhaltens, mit dem er seine Arbeitsleistungen auch stark bagatellierte, nicht abzunehmen. Es würde ihm aber auch nichts nützen, hätte er sich doch aufgrund seiner Erfahrung als ausländischer Arbeitnehmer in der Schweiz ohne Weiteres bei zuständiger Stelle erkundigen können und müssen. Ein unvermeidbarer Irrtum über die Rechtswidrigkeit läge damit jedenfalls nicht vor (Art. 21 StGB). IV. Strafzumessung 1. Allgemeines zur Strafzumessung

#### **E. 4**

Folgende polizeilich sichergestellten Gegenstände sind nach Rechtskraft des Urteils E.\_\_\_\_ herauszugeben, sofern dies innert 30 Tagen von ihr verlangt wird, ansonsten zu vernichten: Objekt Aufbewahrungsort 1 Damenhose, Baumwolle, schwarz Kapo Asservate Schanzmühle 1 Shirt, Baumwolle, schwarz Kapo Asservate Schanzmühle

#### **E. 5**

A.\_\_\_\_ wird verurteilt, E.\_\_\_\_ eine Genugtuungssumme von CHF 2'000.00 zu bezahlen.

#### **E. 6**

A.\_\_\_\_ wird gegenüber E.\_\_\_\_ für das Ereignis vom 22. November 2013 (versuchte Vergewaltigung) zu 100% haftpflichtig erklärt. Zur Ausmittlung der Schadenshöhe wird E.\_\_\_\_ an den Zivilrichter verwiesen.

#### **E. 7**

A.\_\_\_\_ wurde im vorliegenden Verfahren zunächst von Rechtsanwalt Daniel Gehrig und anschliessend von Rechtsanwältin Kimena Brog amtlich verteidigt: a) Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers von A.\_\_\_\_, Rechtsanwalt Daniel Gehrig, [...], wird auf CHF 2'706.90 (Honorar 13.83 Stunden à CHF 180.00, ausmachend CHF 2'489.40, Auslagen CHF 17.00 und 8% MWST CHF 200.50) festgesetzt und ist zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat zu bezahlen. Vorbehalten bleiben der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch von Rechtsanwalt Daniel Gehrig im Umfang von CHF 746.80 (Differenz zu vollem Honorar von CHF 230.00 pro Stunde inkl. MWST), sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse von A.\_\_\_\_ erlauben. b) Die Entschädigung der amtlichen Verteidigerin von A.\_\_\_\_, Rechtsanwältin Kimena Brog, [...], wird auf CHF 3'116.90 (Honorar 13.50 Stunden à CHF 180.00 ausmachend CHF 2'430.00, Auslagen CHF 456.00 und 8 % MWST CHF 230.90) festgesetzt und ist zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat zu bezahlen. Vorbehalten bleiben der Rückforderungsanspruch des Staates während

#### **E. 10**

Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 3'000.00, total CHF 3'120.00, hat A. \_\_\_ zu zwei Dritteln zu bezahlen, d.h. CHF 2'080.00. Ein Drittel geht zu Lasten des Staates. Rechtsmittel : Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsachen eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist beginnt am Tag nach dem Empfang des begründeten Urteils zu laufen und wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Art. 78 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich. Im Namen der Strafkammer des Obergerichts Der  
Vizepräsident Die Gerichtsschreiberin  
Marti Ramseier

### **E. 19**

die vorliegenden Aussagen zur Sache ausführlich wiedergegeben, weshalb auch diesbezüglich auf das erstinstanzliche Urteil verwiesen werden kann. Die Privatklägerin wurde zur Sache am 24. November 2013 von der Polizei befragt (AS 008 ff.), am 26. Mai 2015 fand eine Videoeivernahme mit ihr statt (AS 125 ff.).

Als objektives Beweismittel liegen die DNA-Untersuchungen vor, die folgendes Ergebnis gezeitigt haben (AS 045 und 154 ff.): Der Vergleich zwischen der sichergestellten DNA ab der Bluse der Privatklägerin und der DNA des Beschuldigten ergab an folgenden Orten ein identisches Hauptprofil:

Diese Spurenlage lässt sich sehr gut mit den Aussagen der Privatklägerin vereinbaren, die angab, der Beschuldigte habe ihr mehrfach an die Brüste und unter die Bluse gefasst und er habe sie am Hals und im Dekolleté geküsst bzw. abgeleckt (dies etwa im Gegensatz zur Hose, wo keine DNA-Spuren des Beschuldigten gefunden wurden). Hingegen fand der Beschuldigte keine Erklärung dafür, wie seine DNA auf die Bluse der Privatklägerin, namentlich auch auf die Innenseite, gekommen sein könnte. Zunächst gab er an, er habe mit der Privatklägerin (und deren Ehemann) nur einmal gegessen, zum Geburtstag seiner Freundin im Februar 2013 (AS 66/Frage 71), sonst habe sie ihm allenfalls mal ein Getränk gebracht (AS 182/Zeile 72 ff.). Nach Konfrontation mit den Ergebnissen der DNA-Abgleichung am 3. Juni 2015 hielt er diese Resultate für unmöglich, das könne nicht sein (AS 117 f./F. 3 ff.). Er habe die Privatklägerin höchstens mal an der Schulter berührt, so als Zeichen des «merci» (AS 118/F. 8). Bei der Schlusseivernahme machte er dann ganz andere, neue Angaben: Man habe mit der Privatklägerin schon Spass haben können, sie habe mit Allen Spässe gemacht. Er habe das auch selbst gesehen, sie gehe auch zu den Leuten und setze sich zum Spass auf deren Schoss. Er habe vielleicht auch mal getrunken gehabt, habe sie aber nie angefasst. Vielleicht habe er dasselbe gemacht wie sie mit anderen Leuten. Vielleicht seien beim Tanzen mit ihr seine Spuren in ihren Ausschnitt gekommen. Es könne sein, dass er sie berührt habe beim Tanzen. Aber was sie geschildert habe, sei nicht passiert. Er habe selber mal erlebt, dass sie einmal früh an einem Abend nach der Frage, was er trinken wolle, auf seinen Schoss gesessen sei. (Auf Vorhalt der DNA-Spuren) Sie tanze mit verschiedenen Leuten und alle machten das mit ihr, ihr in den Ausschnitt fassen. Sogar mit Polizisten habe sie das gemacht. Vielleicht habe er sie während dem Tanzen angefasst, sie umarmt, aber sicher nicht um halb zwölf nachts. Alles andere, was sie sage, habe er nicht gemacht.

Der Beschuldigte wollte nach seinen Angaben also zunächst keinerlei Körperkontakt gehabt haben mit der Privatklägerin, er habe nur einmal überhaupt richtig mit ihr geredet. Später hingegen will er mit ihr getanzt haben, und sie dabei angefasst oder umarmt haben. Er schilderte die Privatklägerin dann zuletzt als ausgesprochen freizügig im Umgang, sie habe sich den Leuten zum Spass auf den Schoß gesetzt und alle hätten ihr beim Tanzen in den Ausschnitt gefasst. Es finden sich dabei erhebliche Aggravierungstendenzen und Schuldzuweisungen. Dieses inkonstante Aussageverhalten des Beschuldigten ist wenig glaubhaft, zumal der Geschäftsführer des Restaurant/Hotel [...], F.\_\_\_\_, andere Angaben machte zum Verhalten der Privatklägerin (AS 027, Fragen 9 f.).

Die Aussagen der Privatklägerin sind aber auch im Kerngeschehen konstant und widerspruchsfrei, sie sind frei von jedem Belastungseifer, verstärkten sich nicht im Verlaufe des Verfahrens (keine Aggravationstendenzen) und weisen zahlreiche weitere Realitätskennzeichen auf: Sie schilderte eine höchst umständliche, länger dauernde, verstrickte Geschichte, die man im Fall der Lüge niemals so vortragen würde, da eine konsistente Wiedergabe nach längerer Zeit nicht möglich wäre. Sie machte Verknüpfungen verschiedener Handlungen an verschiedenen Orten (Küche, Restaurant, Lift, Bar), so gab sie beispielsweise an, als der Beschuldigte sie zu Beginn umklammert habe, habe er sie in der Küche rückwärts gegen eine Anrichte gestossen und sie habe sich dabei weh getan. Sie schilderte verschiedene Konversationen im Verlauf des Vorfalls (so beispielsweise, er habe sie zu Beginn gefragt, ob alle Gäste in der Bar gegangen seien und ob jemand auf sie warten würde, oder seine mehrfache Äusserung, er wolle sie, er sei schon lange scharf auf sie) und auch eigene Gedanken oder Ängste, die sie dabei gehabt habe. Zum Beispiel, sie habe gedacht, nun wolle er sie in sein Zimmer schleppen und dort vergewaltigen, als er sie in den Lift gezogen habe. Ausgesprochen authentisch wirkt die Angabe zum Schluss des Ereignisses: er habe sie dann losgelassen, als sie mehrfach mit der Polizei gedroht habe; als sie weggerannt sei, sei er ihr nachgelaufen, habe ihr in die Haare gegriffen und gesagt, sie könne mit so zerzausten Haaren nicht heimgehen. Sehr speziell und damit glaubhaft erscheint auch die Darstellung, der Beschuldigte habe ihre Hosen nicht öffnen können, weil sie diese ausnahmsweise wegen eines kleinen Defekts mit einer Sicherheitsnadel verschlossen gehabt habe. Sie hat auch immer betont, dass er sie im Bereich des Geschlechtsteils nur über den Hosen habe anfassen können und dass es ihm nicht gelungen sei, ihre Hand zu seinem Geschlechtsteil zu führen. Hier hätte sich bei einer erfundenen Geschichte kaum eine solche Aussage finden lassen. Auffallend ist auch, dass die Privatklägerin wohl angab, der Beschuldigte habe sie mit aller Kraft festhalten wollen und sei ihr gefolgt, sie brachte aber nie vor, er habe sie geschlagen oder irgendwie bedroht. Sehr realitätsnah war auch ihre Schilderung, wie der Beschuldigte am Abend nach dem inkriminierten Vorfall bei Arbeitsbeginn das Gespräch mit ihr habe suchen wollen und sie ihn abgewiesen habe. Auch die Schilderung der dabei gehabt eigenen Gefühle ist eindrücklich. Eine erfundene Geschichte hätte sicherlich keine derartigen speziellen Einzelheiten aufgewiesen. Letztlich räumte die Privatklägerin anlässlich der Videobefragung auch Erinnerungslücken ein. Überhaupt war die Videobefragung sehr ausführlich, detailliert und es waren bei den Aussagen der Privatklägerin kaum Widersprüche zu ihren Erstaussagen zu erkennen. Die Privatklägerin wirkte dabei ausgesprochen überzeugend. Dass die Privatklägerin ein mit einem anderen Mann gehabt Erlebnis dem Beschuldigten hätte in die Schuhe schieben wollen (wie der Beschuldigte auch spekulierte: AS 083/F. 60), kann angesichts der DNA-Spuren ausgeschlossen werden, es gäbe dazu auch keinen Grund. Ebenso abwegig sind die diversen Vermutungen des

Beschuldigten, die Privatklägerin habe ein Erlebnis auf ihn projiziert, eventuell weil sie ihn an diesem Abend gesehen habe. Die Privatklägerin schrieb ihrem Chef F.\_\_\_\_ am Freitagnachmittag, 22. November 2013, eine SMS und schilderte diesem den Vorfall gleich wie später in den Aussagen (vgl. Aussage F.\_\_\_\_ mit dem Wortlaut der SMS: AS 027/F. 13 f.), zur Polizei ging sie erst zwei Tage später nach Aufforderung durch ihren Mann und die Kollegin G.\_\_\_\_. Es ist schliesslich kein Anhaltspunkt erkennbar, weshalb die Privatklägerin den ihr kaum näher bekannten Beschuldigten bewusst zu Unrecht belasten sollte, dies nach Hinweis auf die Strafbarkeit einer falschen Anschuldigung; solche Gründe konnten vom Beschuldigten denn auch nicht vorgebracht werden. Wieso sollte eine Frau, die in einer gut funktionierenden Ehe lebt, eine solche Geschichte erfinden und sie Dritten erzählen aus der Furcht, der Ehemann könnte überreagieren, wenn er davon erfahren würde? Als Fazit ist festzuhalten, dass die Aussagen der Privatklägerin ausgesprochen glaubhaft sind und sich mit der Spurenlage decken. Der Beweiswürdigung der Vorinstanz auf US 19 ff. kann gefolgt werden.

Das Aussageverhalten des Beschuldigten ist nicht nur hinsichtlich der DNA-Spuren und hinsichtlich des Verhaltens der Privatklägerin wenig überzeugend. Er musste im Verfahren mehrfach eingestehen, vorgängig gelogen zu haben: so zu seiner Einreise, seinem angeblichen Begleiter, seinem Aufenthalt vor der Anhaltung und zum Ort seines Passes (AS 078/079). Schon seine erste Reaktion erscheint ambivalent, indem er den Vorhalt vehement abstritt und sagte, die Polizei solle ihm zeigen, ob sie irgendwelche Beweise habe, Videoüberwachungen oder so. Die Aussagen des Beschuldigten sind jedenfalls nicht geeignet, Zweifel an den glaubhaften Aussagen der Privatklägerin und der Spurenlage zu wecken. Es kann dazu auch auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz auf US 21 ff. verwiesen werden. Der Vollständigkeit halber muss aber auch auf die überstürzte Abreise des Beschuldigten (nach Mutmassung von F.\_\_\_\_ durch den Hinterausgang: AS 030/ F. 38) am frühen Nachmittag des Sonntags, 24. November 2013, hingewiesen werden, als F.\_\_\_\_ ihn aufgrund eines Telefonats des Ehemannes der Privatklägerin um 14:02 Uhr nach den vollständigen Personalien fragte (AS 30 f.). Für die vier- bis fünfstündige Reise von [...] nach [...] hätte es keines derart dringenden Aufbruchs am frühen Nachmittag bedurft, wie es der Beschuldigte später als Vermutung für seinen unvermittelten Aufbruch angab (AS 081/F. 46). Immerhin bestätigte er schliesslich nach einer Beratung mit seinem Anwalt das von F.\_\_\_\_ geschilderte Gespräch vor seinem Weggang (AS 082/F. 49). Zudem löschte der Beschuldigte damals unverzüglich sein Facebook-Profil (Aussage F.\_\_\_\_: AS 028/F. 22).

Keine relevanten Hinweise zur Beweiswürdigung vermögen im Übrigen die Aussagen Dritter zu geben, beruhen diese doch hinsichtlich der inkriminierten Vorgänge auf dem «Hörensagen». Die Aussagen des Ehemannes und der Kollegin H.\_\_\_\_ stimmen mit den Angaben der Privatklägerin überein.

Von Seiten der Verteidigung wurden folgende Einwände vorgebracht:

Als Fazit kann festgehalten werden, dass der Sachverhalt, wie er in den Ziffern 1 und 2 der Anklage dargelegt wird, als rechtsgenügend nachgewiesen gelten kann und somit bei der rechtlichen Würdigung darauf abzustellen ist.

### 3. Rechtliche Würdigung

In Bezug auf die rechtliche Würdigung des angeklagten Sachverhalts kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz auf US 28 bis 31 verwiesen werden: Dort werden die rechtlichen Grundlagen korrekt dargelegt, ebenso wird die Subsumtion des Sachverhalts

richtig vorgenommen. Das Verhalten des Beschuldigten war klar darauf ausgerichtet, mit der Privatklägerin den Beischlaf zu erzwingen, ihr Widerstand war für ihn offensichtlich, weshalb der Beschuldigte mit direktem Vorsatz gehandelt hat. Auch die Beurteilung der Konkurrenzfrage ■ Konsumation der erzwungenen sexuellen Handlungen durch den Vergewaltigungsversuch ■ ist korrekt. Der Schuldspruch wegen versuchter Vergewaltigung ist zu bestätigen.

### III. Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz

#### 1. Vorhalt

1.1 Dem Beschuldigten wird unter den Ziffern 3 und 4 der Anklage folgendes vorgehalten:

Rechtswidriger Aufenthalt(Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG)

begangen in der Zeit vom 1. August 2013 bis zum 22. November 2013, in [...], [...] und anderswo, indem der Beschuldigte ([...] Staatsangehöriger) einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und sich dadurch illegal im Lande aufgehalten hat.

Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung(Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG)

begangen in der Zeit vom 1. August 2013 bis zum 22. November 2013, in [...], Hotel & Restaurant [...], indem der Beschuldigte ([...] Staatsangehöriger) als Servicekraft gearbeitet hat, ohne dass ihm der Stellenantritt vorgängig bewilligt worden war.

Von Seiten des Beschuldigten wird geltend gemacht, diese Vorhalte erfüllten die Anforderungen des Anklagegrundsatzes nicht. Insbesondere fehle es an der Umschreibung des subjektiven Tatbestandes; es gehe nicht daraus hervor, dass der Beschuldigte gewusst habe, dass er eine Bewilligung gebraucht hätte.

1.2 Nach dem Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion; Art. 9 und Art. 325 StPO; Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und b EMRK). Das Gericht ist an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt gebunden (Immutabilitätsprinzip), nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde (Art. 350 StPO). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Der Anklagegrundsatz bezweckt zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; BGE 131 IV 132 E. 3.4.1; 140 IV 188 E. 1.3; je mit Hinweisen). Unter dem Gesichtspunkt der Informationsfunktion muss die beschuldigte Person aus der Anklage ersehen können, wessen sie angeklagt ist. Dies bedingt eine zureichende Umschreibung der Tat. Entscheidend ist, dass die beschuldigte Person genau weiss, welcher konkreten Handlungen sie beschuldigt und wie ihr Verhalten rechtlich qualifiziert wird, damit sie sich in ihrer Verteidigung richtig vorbereiten kann. Sie darf nicht Gefahr laufen, erst an der Gerichtsverhandlung mit neuen Anschuldigungen konfrontiert zu werden (vgl. BGE 103 Ia 6 E. 1b; Urteile 6B\_492/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.2, nicht publiziert in: BGE 141 IV 437; 6B\_1151/2015 vom 21. Dezember 2016 E. 2.2; je mit Hinweisen). Solange für die beschuldigte Person klar ist, welcher Sachverhalt ihr vorgeworfen wird, kann auch eine fehlerhafte und unpräzise Anklage nicht dazu führen, dass es zu keinem Schuldspruch kommen darf. Die nähere Begründung der Anklage erfolgt an den Schranken; es ist Sache des Gerichts, den Sachverhalt verbindlich festzustellen (Urteil 6B\_894/2016 vom 14. März 2017 E. 1.1.1 mit Hinweisen).

1.3 Dem Einwand des Beschuldigten kann nicht gefolgt werden: Der Vorhalt ist kurz, aber klar und konkret formuliert, so dass der Beschuldigte weiss, wogegen er sich zu verteidigen hat (was er denn auch problemlos getan hat). Klar wird aus der Formulierung auch, dass ihm vorsätzliche Tatbegehung vorgehalten wird, dies ergibt sich zudem unzweifelhaft aus dem expliziten Verweis auf die anwendbaren Straftatbestände von Art. 115 Abs. 1 lit. b und c AuG, welche die vorsätzliche Tatbegehung regeln (die fahrlässige Tatbegehung ist in Art. 115 Abs. 3 AuG geregelt). Zu einem allfälligen Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21 StGB), den der Beschuldigte im Rahmen seiner Einvernahmen im Übrigen nie geltend gemacht hatte, muss sich die Anklageschrift nicht äussern.

## 2. Sachverhalt

2.1 Diesbezüglich wird vorgebracht, die Staatsanwaltschaft stelle auf Aussagen der Privatklägerin ab, die widersprüchlich seien und einen Schuldspruch nicht zu rechtfertigen vermöchten. Zudem sei immer von der Anwesenheit des Beschuldigten gesprochen worden, nicht aber von «arbeiten».

Zu dieser Frage finden sich in den Akten zusammengefasst folgende Aussagen:

2.2 Gestützt auf die auch diesbezüglich glaubhaften Aussagen der Privatklägerin und deren Ehemannes ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte in der Zeit zwischen August und November 2013 regelmässig im Restaurant [...] mitgeholfen hat. Sie haben die entsprechenden Angaben gemacht, ohne dass sie sich über deren mögliche strafrechtliche Relevanz im Klaren waren: für sie stand ausschliesslich der Vorgang vom 22. November 2013 im Fokus. Selbst die aus naheliegenden Gründen «zurückhaltenden» Aussagen von F. \_\_\_ und des Beschuldigten legen nahe, dass die Mithilfe des Beschuldigten im Betrieb des Restaurants [...] ein Ausmass angenommen hat, das über gelegentliche, kleine Freundschaftsdienste hinausging. Er half dabei hinter der Theke (Abwasch, Getränke bereitstellen) und auch beim Bedienen der Gäste. Es ist zwar zu Gunsten des Beschuldigten mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Arbeiten des Beschuldigten nicht mit Geld abgegolten wurden, hingegen hatte er mit dem Bewohnen der Wäschekammer eine geldwerte Gegenleistung (und wohl auch mit einer kostenlosen Bewirtung, hatte er doch kein Erwerbseinkommen).

## 3. Rechtliche Würdigung

3.1 Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe wird gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG bestraft, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich aus der Pflicht zur Bewilligung des Aufenthalts nach Art. 10 ff. AuG. In der Schweiz verweilt daher rechtmässig, wer entweder durch gesetzliche Vorschrift oder durch eine individuelle Bewilligung aufenthaltsberechtigt ist (BGE 6B\_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.1).

Darüber hinaus wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG bestraft, wer eine nicht bewilligte Erwerbstätigkeit ausführt. Als Erwerbstätigkeit gilt dabei jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte selbständige oder unselbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 1). Gefälligkeitshandlungen, die nach objektiven Kriterien normalerweise nicht gegen Entgelt geleistet werden, fallen demgegenüber nicht unter den Begriff der Erwerbstätigkeit, ebenso nicht Leistungen aus einer sittlichen Pflicht, wie etwa die Kinderbetreuung durch die Grossmutter (vgl. Andreas Zünd, Migrationsrecht Kommentar, 2012, Art. 115 AuG N 9).

Der Ausländer, der in Verletzung seiner Anmelde- und Bewilligungspflichten in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgeht, hat sich nicht um eine Regelung seines Aufenthaltes bemüht und sich damit vollständig der behördlichen Kontrolle und gegebenenfalls dem behördlichen Zugriff entzogen. Die staatliche Kontrolle dient nicht nur der Bekämpfung der Schwarzarbeit in der Schweiz, sondern hat in erster Linie zum Ziel, die Einreise und den Aufenthalt unerwünschter Personen und übermässig vieler Personen zu verhindern sowie den rechtswidrigen Aufenthalt von Ausländern insbesondere mittels Durchsetzung der gesetzlichen Anmelde- und Bewilligungspflichten zu bekämpfen. Die Anmelde- und Bewilligungspflichten dienen somit vorab der Kontrolle der Einwanderungsströme und der Verhinderung gesetzeswidriger Aufenthalte ausländischer Personen (BGE 131 IV 174 E. 4.4). Der bewilligungsfreie Aufenthalt als Tourist wird demnach rechtswidrig, wenn die eingereiste Person vor Ablauf der bewilligungsfreien Zeit eine Schwarzarbeit aufnimmt. Bereits die Einreise war rechtswidrig, wenn diese Absicht schon in jenem Zeitpunkt bestand. Bei diesen Konstellationen besteht Idealkonkurrenz zwischen rechtswidrigem Aufenthalt (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG) und Schwarzarbeit (Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG; vgl. Hans Maurer, StGB Kommentar, 2013, Art. 115 AuG, N 25).

3.2 Nach dem Beweisergebnis hat der Beschuldigte während rund drei Monaten im Restaurant/Hotel [...] regelmässig und in einem Umfang Arbeiten verrichtet, die üblicherweise gegen Entgelt geleistet werden: Bedienung von Gästen, Abwasch am Buffet, Aushilfe in der Küche. Zwar wurde er dafür nicht in bar entlohnt, hingegen konnte er gratis in einer Abstellkammer wohnen, was ebenfalls eine geldwerte Leistung darstellte. Mit der Arbeitsaufnahme wurde auch der Aufenthalt des Beschuldigten rechtswidrig. Der objektive Tatbestand von Art. 111 Abs. 1 lit. b und c AuG ist damit erfüllt.

Der Beschuldigte war zwischen 2007 und 2012 in der Schweiz bei der [...] AG in [...] angestellt (AS 237) und benötigte dafür eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung. Er kannte gemäss eigenen Aussagen die Rechtslage in der Schweiz: Auf die Frage, ob er bei seinem Aufenthalt in der Schweiz «irgendwelche Arbeiten» verrichtet habe, gab er zur Antwort «Nein, nie. Ich weiss, dass das verboten ist.» (AS 065/F. 59, vgl. auch AS 208: Er kenne die Gesetze in der Schweiz, er habe ja mehrere Jahre hier gelebt.). Wenn er nun vorbringen lässt, er sei sich nicht bewusst gewesen, dass auch eine Arbeitsleistung, die nicht mit Barzahlung abgegolten wird, bewilligungspflichtig im Sinne des AuG gewesen wäre, ist ihm dies angesichts seines Aussageverhaltens, mit dem er seine Arbeitsleistungen auch stark bagatellierte, nicht abzunehmen. Es würde ihm aber auch nichts nützen, hätte er sich doch aufgrund seiner Erfahrung als ausländischer Arbeitnehmer in der Schweiz ohne Weiteres bei zuständiger Stelle erkundigen können und müssen. Ein unvermeidbarer Irrtum über die Rechtswidrigkeit läge damit jedenfalls nicht vor (Art. 21 StGB).

#### IV. Strafzumessung

##### 1. Allgemeines zur Strafzumessung

1.1 Nach Art. 47 StGB misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Abs. 1). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Abs. 2).

Bei der Tatkomponente können fünf verschiedene objektive und subjektive Momente unterschieden werden. Beim Aspekt der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes (Ausmass des verschuldeten Erfolgs) geht es sowohl um den Rang des beeinträchtigten Rechtsguts wie um das Ausmass seiner Beeinträchtigung, aber auch um das Mass der Abweichung von einer allgemeinen Verhaltensnorm. Auch die Verwerflichkeit des Handelns (Art und Weise der Herbeiführung des Erfolgs) ist als objektives Kriterium für das Mass des Verschuldens zu berücksichtigen. Unter der subjektiven Seite ist die Intensität des deliktischen Willens (Willensrichtung des Täters) zu beachten. Dabei sprechen für die Stärke des deliktischen Willens insbesondere Umstände wie die der Wiederholung oder Dauer des strafbaren Verhaltens oder auch der Hartnäckigkeit, die der Täter mit erneuter Delinquenz trotz mehrfacher Vorverurteilungen oder sogar während einer laufenden Strafuntersuchung bezeugt. Hinsichtlich der Willensrichtung ist es richtig, dem direkten Vorsatz grösseres Gewicht beizumessen als dem Eventualdolus. Die Grösse des Verschuldens hängt weiter auch von den Beweggründen und Zielen des Täters ab. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Delinquenz umso schwerer wiegt, je grösser das Missverhältnis zwischen dem vom Täter verfolgten und dem von ihm dafür aufgeopferten Interesse ist.

Schliesslich ist unter dem Aspekt der Tatkomponente die Frage zu stellen, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Hier geht es um den Freiheitsraum, welchen der Täter hatte. Je leichter es für ihn gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie und damit seine Schuld (BGE 117 IV 7 E. 3a aa). Innere Umstände, die den Täter einengen können, sind unter anderem psychische Störungen mit einer Verminderung der Schuldfähigkeit, aber auch unterhalb dieser Schwelle, wie Affekte, die nicht entschuldbar, aber doch von Einfluss sind, Konflikte, die sich aus der Bindung an eine andere Kultur ergeben, Alkohol- oder Drogenabhängigkeit, subjektiv erlebte Ausweglosigkeit oder Verzweiflung usw.

Bei der Täterkomponente sind einerseits das Vorleben, bei dem vor allem Vorstrafen ins Gewicht fallen ■ Vorstrafenlosigkeit wird neutral behandelt und bei der Strafzumessung nur berücksichtigt, wenn die Straffreiheit auf aussergewöhnliche Gesetzestreue hinweist (BGE 136 IV 1) ■ und andererseits die persönlichen Verhältnisse (Lebensumstände des Täters im Zeitpunkt der Tat), wie Alter, Gesundheitszustand, Vorbildung, Stellung im Beruf und intellektuelle Fähigkeiten zu berücksichtigen. Des Weiteren zählen zur Täterkomponente auch das Verhalten des Täters nach der Tat und im Strafverfahren, also ob er einsichtig ist, Reue gezeigt, ein Geständnis abgelegt oder bei den behördlichen Ermittlungen mitgewirkt hat, wie auch die Strafempfindlichkeit des Täters.

1.2 Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Straftat gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Bei der Bildung der Gesamtstrafe gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB ist nach der Rechtsprechung vorab der Strafrahmen für die schwerste Tat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafrahmens festzusetzen. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Der Richter hat gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen. In einem zweiten Schritt

hat er diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei er ebenfalls den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen hat (BGE 6B\_405/2011, E. 5.4). Allerdings ist die Bildung einer Gesamtstrafe nur bei gleichartigen Strafen möglich. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen, da das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Das Gericht kann somit auf eine Gesamtfreiheitsstrafe nur erkennen, wenn es im konkreten Fall für jede einzelne Tat eine Freiheitsstrafe ausfällen würde. Demgemäss sind im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB «die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt», wenn das Gericht im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss gleichartige Strafen ausfällt. Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen androhen, genügt nicht (BGE 138 IV 120 E. 5.2). Bei der Bildung der Gesamtstrafe hat das Gericht von der Einsatzstrafe auszugehen und diese in einer Gesamtwürdigung angemessen zu erhöhen. Zwar ist es dem Gericht dabei nicht untersagt, zunächst für jede Einzeltat eine selbstständige Strafe festzusetzen, zumal es die Überlegungen, die es bei der Bemessung der Strafe angestellt hat, in seinem Urteil so darstellen muss, dass erkennbar wird, welche Gesichtspunkte es in welchem Sinne berücksichtigt hat. Verlangt wird jedoch, dass es dennoch die erforderliche Gesamtstrafzumessung vornimmt. Bei der Bemessung der Gesamtstrafe müssen die einzelnen Straftaten in einem selbstständigen Schritt innerhalb des (allenfalls erweiterten) Strafrahmens gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB gewürdigt werden. Dabei sind namentlich das Verhältnis der einzelnen Taten untereinander, ihr Zusammenhang, ihre grössere oder geringere Selbstständigkeit sowie die Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und Begehungsweisen zu berücksichtigen. Der Gesamtschuldbeitrag des einzelnen Delikts wird dabei geringer zu veranschlagen sein, wenn die Delikte zeitlich, sachlich und situativ in einem engen Zusammenhang stehen (zum Ganzen Urteil 6B\_323/2010 vom

## **E. 23**

Juni 2010 E. 3.2).

1.3 Beim Versuch (Art. 22 StGB) geht es um eine Tatkomponente, die sich dadurch auszeichnet, dass sie verschuldensunabhängig ist. Deshalb wird sie bei der Gesamteinschätzung des Verschuldens auch nicht einbezogen. Sie hat sich indessen im Sinne einer Reduzierung der (hypothetischen) verschuldensangemessenen Strafe auszuwirken. Das Mass dieser Minderung hängt unter anderem von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolges und von den tatsächlichen Folgen der Tat ab (BGE 121 IV 49). Dies verlangt, zunächst eine hypothetische (verschuldensangemessene) Strafe zu ermitteln, welche für den Fall des vollendeten Delikts angemessen wäre. Nur so lässt sich nachvollziehen, wie es zu der Strafe der bloss versuchten Tat kommt (Hans Mathys, Zur Technik der Strafzumessung, in: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 100/2004).

1.4 Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der (schwersten) anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen. Dieser wird durch Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe nicht automatisch erweitert, worauf innerhalb dieses neuen Rahmens die Strafe nach den üblichen Zumessungskriterien festzusetzen wäre. Vielmehr ist der ordentliche Strafrahmen nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint. Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens kann sich stellen, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren zusammentreffen, die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter

relativieren, so dass eine Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens dem Rechtsempfinden widerspräche. Die verminderte Schuldfähigkeit allein führt deshalb grundsätzlich nicht dazu, den ordentlichen Strafrahmen zu verlassen. Dazu bedarf es weiterer, ins Gewicht fallender Umstände, die das Verschulden als besonders leicht erscheinen lassen (BGE 136 IV 55 E. 5.8, S. 63, mit Hinweisen).

## 2. Konkrete Strafzumessung

2.1 Die schwerste Straftat stellt die versuchte Vergewaltigung dar: Art. 190 Abs. 1 StGB sieht für die vollendete Tatbegehung Freiheitsstrafe zwischen einem und zehn Jahren vor. Dafür ist die Einsatzstrafe zu bestimmen. Auch für die Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz ist eine Freiheitsstrafe auszusprechen, kann der Beschuldigte doch wegen fehlendem Aufenthaltsrecht in der Schweiz keiner Erwerbstätigkeit nachgehen. Über seine finanziellen Verhältnisse liegen keinerlei Angaben vor. Eine Geldstrafe fällt damit ausser Betracht, was offenbar unbestritten ist, beantragt die Verteidigung doch eventualiter die Ausfällung einer Gesamtfreiheitsstrafe von maximal 12 Monaten und keine Geldstrafe.

2.2 Bei der objektiven Tatschwere des Sexualdelikts ist zunächst festzuhalten, dass sich das Vorgehen des Beschuldigten im Rahmen der unter dem Grundtatbestand der Vergewaltigung denkbaren Vorgehensweisen im leichteren Bereich bewegt: er setzte zwar seine volle Kraft ein, hat die Privatklägerin aber nie geschlagen und ihr auch nicht gedroht. Bei einer Vergewaltigung handelt es sich a priori um ein Gewaltdelikt. Erschwerend ist hingegen zu berücksichtigen, dass sich der Vorfall über längere Zeit hingog; gemäss den mehrfachen Angaben der Privatklägerin, welche die Zeitdauer auch anhand einer SMS rekonstruiert hat, waren es rund 30 Minuten. Die Privatklägerin konnte sich dem Zugriff des ihr nicht näher bekannten Beschuldigten mehrfach entziehen, indem sie zunächst von der Küche ins Restaurant und danach vom Lift in die Bar flüchten konnte, wobei der Beschuldigte jeweils sofort nachsetzte und sie wieder ergriff. Er nahm im Verlauf des Vorfalls mehrere sexuelle Handlungen an der Privatklägerin vor, versuchte sie auf den Mund zu küssen, küsste und leckte sie an Hals und Brustbereich, griff ihr unter den Kleidern an den Busen und über den Kleidern an die Genitalien. Es war glücklichen Umständen zu verdanken (Sicherheitsnadel), dass er ihr nicht die Hosen öffnen und ausziehen konnte. Sein Vorgehen entstand zudem nicht spontan aus der Situation heraus: Am Feierabend, nachdem er sich vergewissert hatte, dass keine Gäste mehr da waren und auch niemand auf die Privatklägerin wartete, nutzte er ■ körperlich deutlich überlegen ■ die Gelegenheit, als sie sich alleine in den Gasträumen befanden, schamlos aus. Bereits vorher hatte er nach den glaubhaften Angaben der Privatklägerin Annäherungsversuche durchgeführt. Immerhin verletzte er die Privatklägerin trotz erheblichen Krafteinsatzes bis auf kleinere Prellungen am Rücken nicht.

Schwerer als die körperlichen Nachteile wogen verständlicherweise die psychischen Nachwirkungen der Tat bei der Privatklägerin: Nach ihren glaubhaften Aussagen musste sie ihre Arbeitsstelle aufgeben, getraute sich längere Zeit nicht mehr alleine aus dem Haus und reagierte emotional sehr stark auf das Wiedersehen mit dem Täter im Frühjahr 2015, also anderthalb Jahre nach der Tat. Sie musste längere Zeit Beruhigungstabletten einnehmen und konnte erst drei Monate nach dem Vorfall wieder eine Arbeitsstelle aufnehmen. Die Beweggründe des Beschuldigten waren rein egoistischer Natur, er wollte seine sexuellen Bedürfnisse befriedigen. Dies wäre ihm jedoch auch ohne Straftaten ganz einfach möglich gewesen, hatte er doch zur Tatzeit nach seinen Aussagen eine Freundin in der Schweiz. Die Privatklägerin gab ihm keinerlei Anlass für die massive Verletzung ihrer sexuellen

Integrität. Eine Einschränkung der Möglichkeit, sich rechtskonform zu verhalten, ist nicht ersichtlich. Der Beschuldigte handelte mit direktem Vorsatz und trotz des mehrfach verbal und mittels Abwehrhandlungen geäusserten Widerstandwillens der Privatklägerin. Im Rahmen der denkbaren Vergewaltigungen liegt angesichts der Hartnäckigkeit und der erheblichen Dauer des deliktischen Verhaltens kein leichtes Verschulden mehr vor. Im Falle eines vollendeten Delikts wäre ■ bei einer nicht qualifizierten Vergewaltigung nach Art. 190 Abs. 1 StGB ■ von einem leichten bis mittelschweren Tatverschulden auszugehen und eine Einsatzstrafe von vier Jahren Freiheitsstrafe zu verhängen. Diese Strafhöhe entspricht der Zumessungspraxis des Berufungsgerichts und auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (so beispielsweise zuletzt Urteil 6B\_281/2017 vom 16. Oktober 2017).

2.3 Nun ist diese Strafe zufolge Versuchs angemessen zu mildern. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte immerhin letztlich von sich aus von der Weiterführung des strafbaren Verhaltens abliess, nachdem ihm die Privatklägerin mehrfach mit der Polizei gedroht hatte. Trotzdem ist zu wiederholen, dass es bis dahin eines langen und aufwühlenden Abwehrkampfes der Privatklägerin bedurfte und der Beschuldigte sich ausgesprochen hartnäckig gezeigt hatte. Dass es dem Beschuldigten nicht gelang, ihr die Hosen zu öffnen, war einem glücklichen Zufall (Sicherheitsnadel) zu verdanken. Dass er die Sicherheitsnadel nicht überwinden konnte, zeigt aber auch auf, dass er nicht mit letzter Konsequenz und Gewalt vorgegangen ist. Die Privatklägerin trug wie erwähnt erhebliche seelische Schäden davon, benötigte aber keine medizinische Hilfe. Die Einsatzstrafe ist unter diesen Umständen zufolge Versuchs um einen Drittel zu reduzieren auf nunmehr 32 Monate Freiheitsstrafe.

2.4 Zu bestätigen ist letztlich die Straferhöhung von (asperiert) zwei Monaten Freiheitsstrafe zur Abgeltung der Verstösse gegen das Ausländergesetz. Diese Delikte wiegen angesichts der Dauer ■ nachdem der Beschuldigte per 31. Juli 2012 rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesen worden war ■ nicht mehr leicht und wurden mit direktem Vorsatz begangen. Auch hier wäre es für den Beschuldigten ein Leichtes gewesen, sich ans Gesetz zu halten, gab es für ihn doch keinen Anlass, in der Schweiz zu arbeiten.

2.5 Hinsichtlich der Täterkomponenten kann vollumfänglich auf die Ausführungen und Erwägungen der Vorinstanz auf US 41 f. verwiesen werden, weder aus dem Vorleben noch aus dem Verhalten nach der Tat oder der Strafempfindlichkeit ergeben sich Anhaltspunkte, welche für die Strafzumessung von Bedeutung wären.

Zusammenfassend ist der Beschuldigte zu einer Freiheitsstrafe von 34 Monaten zu verurteilen.

2.6 Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Es braucht damit nicht mehr eine günstige Prognose für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges vorzuliegen, sondern es genügt bereits das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Für diese Prognosestellung sind im Lichte der reichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Tatumstände, das Vorleben, der Leumund, das Verhalten des Täters im Strafverfahren sowie alle weiteren Tatsachen zu berücksichtigen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen (BGE 134 IV 1, E. 4.2.1).

Nach Art. 43 Abs. 1 StGB kann das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von höchstens drei Jahren teilweise aufschieben, wobei der zu vollziehende Teil mindestens sechs Monate und maximal die Hälfte der Strafe zu betragen hat (Abs. 2 und 3). Grundvoraussetzung für die teilbedingte Strafe im Sinne von Art. 43 StGB ist, dass eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht (BGE 134 IV 1, E. 5.3.1). Schliesslich hat das Gericht, wenn es auf eine teilbedingte Strafe erkennt, im Zeitpunkt des Urteils den aufgeschobenen und den zu vollziehenden Strafteil festzusetzen und die beiden Teile in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Nach Art. 43 StGB muss der unbedingt vollziehbare Teil mindestens sechs Monate betragen (Abs. 3), darf aber die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Abs. 2). Im äussersten Fall (Freiheitsstrafe von drei Jahren) kann das Gericht demnach Strafteile im Ausmass von sechs Monaten Freiheitsstrafe unbedingt mit zweieinhalb Jahren bedingt verbinden. Innerhalb des gesetzlichen Rahmens liegt die Festsetzung im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. Als Bemessungsregel ist das «Verschulden» zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist (Art. 43 Abs. 1 StGB). Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf dabei das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (a.a.O., E. 5.6).

Im vorliegenden Fall ist der Beschuldigte, der zwar nur einige Jahre in der Schweiz gelebt hat, nicht vorbestraft und auch seit der Tat vor gut fünf Jahren hat er sich hier nichts mehr zuschulden kommen lassen. Damit ist dem Beschuldigten keine ungünstige Prognose zu stellen, auch die Staatsanwältin hat vor Amtsgericht die Ausfällung einer teilbedingten Strafe beantragt. Der unbedingte Anteil ist dabei auf 10 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen, handelt es sich doch bei einer Vergewaltigung um ein sehr schweres Delikt. Für die übrigen 24 Monate Freiheitsstrafe ist der bedingte Strafvollzug zu gewähren mit einer Probezeit von zwei Jahren. Die erstandene Untersuchungshaft von 31 Tagen ist an den unbedingten Teil der Freiheitsstrafe anzurechnen.

## V. Zivilforderungen

Die Vorinstanz hat der Privatklägerin die beantragte Genugtuungsforderung von CHF 2'000.00 zugesprochen. Dass eine Genugtuung angesichts des schwerwiegenden Verstosses gegen ihre sexuelle Integrität geschuldet ist, steht ausser Frage. Die verlangte Summe von CHF 2'000.00 bewegt sich im Rahmen vergleichbarer Delikte im untersten Bereich, weshalb das erstinstanzliche Urteil auch in diesem Punkt vollumfänglich zu bestätigen ist unter Verweis auf die Erwägungen auf US 44 ff. Ebenso ist der Beschuldigte gegenüber der Privatklägerin für das Ereignis vom 22. November 2013 (versuchte Vergewaltigung) zu 100% haftpflichtig zu erklären. Zur Ausmittlung der Schadenhöhe wird die Privatklägerin an den Zivilrichter verwiesen.

## VI. Kosten und Entschädigungen

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsentscheid zu bestätigen.

2. Im Berufungsverfahren unterliegt der Beschuldigte und Berufungskläger bezüglich der Schuldsprüche vollständig, hingegen fällt die Freiheitsstrafe um rund ein Viertel tiefer aus und es wird der teilbedingte Strafvollzug gewährt. Es ist deshalb angemessen, die

Kosten des Berufungsverfahrens samt einer Urteilsgebühr von CHF 3'000, total CHF 3'120.00, zu zwei Drittel dem Beschuldigten und zu einem Drittel dem Staat aufzuerlegen. Der Beschuldigte hat somit CHF 2'080.00 zu bezahlen.

Die amtliche Verteidigerin des Beschuldigten, Rechtsanwältin Kimena Brog, macht für das Berufungsverfahren einen Aufwand von 3,75 Stunden für das Jahr 2017 und von 8,25 Stunden für das Jahr 2018 (ohne Hauptverhandlung) geltend. Dies erscheint angemessen. Inklusiv Hauptverhandlung sind ihr für das Jahr 2018 9,25 Stunden zu entschädigen. Bei einem Stundenansatz von CHF 180.00, geltend gemachten Auslagen von CHF 96.00 und der Mehrwertsteuer von 8 % beträgt die Entschädigung für das Jahr 2017 CHF 832.70. Für das Jahr 2018 beträgt die Entschädigung bei einem Stundenansatz von CHF 180.00 und der Mehrwertsteuer von 7,7 % CHF 1'793.20. Insgesamt führt dies zu einer Entschädigung von CHF 2'625.90, zahlbar durch den Staat Solothurn, auszahlbar durch die Zentrale Gerichtskasse. Vorbehalten bleiben der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren im Umfang von zwei Dritteln, d.h. CHF 1'750.60, sowie der Nachzahlungsanspruch der amtlichen Verteidigerin von CHF 467.05 (Differenz zum vollen Honorar von CHF 230.00, d.h. 3,75 Stunden zu CHF 50.00 plus MwSt. von 8 % und 9,25 Stunden zu CHF 50.00 plus MwSt. von 7,7 %, davon zwei Drittel); beides, sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben.

Demnach wird in Anwendung der Art. 190 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB; Art. 115 Abs. 1 lit. b, Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG; Art. 40, Art. 43, Art. 44, Art. 47, Art. 49 Abs. 1, Art. 51 StGB; Art. 122 ff., Art. 135, Art. 379 ff., 398 ff. und 416 ff. StPO; Art. 41 ff. OR; erkannt:

1.A. \_\_\_ hat sich schuldig gemacht:

-der versuchten Vergewaltigung, begangen am 22. November 2013;

-des rechtswidrigen Aufenthalts, begangen in der Zeit vom 1. August 2013 bis zum 22. November 2013;

-der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung, begangen in der Zeit vom 1. August 2013 bis zum 22. November 2013.

2.A. \_\_\_ wird verurteilt zu einer Freiheitsstrafe von 34 Monaten, unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs für

#### **E. 24**

Monate mit einer Probezeit von 2 Jahren.

3.A. \_\_\_ werden im Erstehungsfalle 31 Tage Untersuchungshaft an den unbedingten Teil der Strafe angerechnet.

4. Gemäss rechtskräftiger Ziff. 4 des Urteils des Amtsgerichts von Solothurn-Lebern vom 23. Januar 2017 sind folgende polizeilich sichergestellten Gegenstände E. \_\_\_ herauszugeben (sofern dies nicht bereits geschehen ist):

-1 Damenhose, Baumwolle, schwarz, Aufbewahrungsort: Kapo Asservate, Schanzmühle

-1 Shirt, Baumwolle, schwarz, Aufbewahrungsort: Kapo Asservate, Schanzmühle.

5.A. \_\_\_ wird verurteilt, E. \_\_\_ eine Genugtuungssumme von CHF 2'000.00 zu bezahlen.

6.A. \_\_\_ wird gegenüber E. \_\_\_ für das Ereignis vom 22. November 2013 (versuchte Vergewaltigung) zu 100% haftpflichtig erklärt. Zur Ausmittlung der Schadenshöhe wird E. \_\_\_ an den Zivilrichter verwiesen.

7.A. \_\_\_ wurde im vorliegenden Verfahren zunächst von Rechtsanwalt Daniel Gehrig und anschliessend von Rechtsanwältin Kimena Brog amtlich verteidigt:

8.A. \_\_\_ hat die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 4'000.00, total CHF 8'360.00, zu bezahlen.

9. Die Entschädigung für die amtliche Verteidigerin des Beschuldigten, Rechtsanwältin Kimena Brog, [...], wird für das obergerichtliche Verfahren auf CHF 2'625.90 (inkl. Auslagen und MwSt.) festgesetzt. Sie ist zahlbar durch den Staat Solothurn, auszahlbar durch die Zentrale Gerichtskasse. Vorbehalten bleiben der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren im Umfang von zwei Dritteln, d.h. CHF 1'750.60, sowie der Nachzahlungsanspruch der amtlichen Verteidigerin von CHF 467.05 (3,75 Stunden zu CHF 50.00 plus MwSt. von 8 %, 9,25 Stunden zu CHF 50.00 plus MwSt. von 7,7 %, davon zwei Drittel); beides, sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben.

10. Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 3'000.00, total CHF 3'120.00, hat A. \_\_\_ zu zwei Dritteln zu bezahlen, d.h. CHF 2'080.00. Ein Drittel geht zu Lasten des Staates.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innerhalb 30 Tageseit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsache eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist beginnt am Tag nach dem Empfang des begründeten Urteils zu laufen und wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Art. 78 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen der Strafkammer des Obergerichts

Der Vizepräsident

Marti

Die Gerichtsschreiberin

Ramseier

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