

# **SO\_GERICHTE STBER.2018.59 vom 17. Januar 2019**

SO Obergericht, 2019-01-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_STBER.2018.59](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_STBER.2018.59)

FR: SO\_GERICHTE STBER.2018.59 du 17 janvier 2019

IT: SO\_GERICHTE STBER.2018.59 del 17 gennaio 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 3. Januar 2017 meldete der Leiter der [Asylunterkunft...] der Polizei einen Vorfall in seiner Unterkunft. Nach den Angaben von C.\_\_\_\_, Asylbewerberin (nachfolgend Geschädigte), sei diese am 31. Dezember 2016 durch A.\_\_\_\_, Asylbewerber (nachfolgend Beschuldigter), in der Asylunterkunft vergewaltigt worden. Am 4. Januar 2017 eröffnete die Staatsanwaltschaft eine Strafuntersuchung gegen A.\_\_\_\_ wegen Vergewaltigung, ev. versuchter Vergewaltigung. Am 15. März 2017 erfolgte eine konkretisierte Eröffnungsverfügung wegen Vergewaltigung, Hausfriedensbruchs und mehrfacher Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz.

#### **E. 1.1**

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens mit einer Staatsgebühr von CHF 7'500.00, total CHF 10'500.00, sind demnach durch A.\_\_\_\_ zu bezahlen.

#### **E. 1.2**

Gemäss teilweise rechtskräftiger Ziffer 9 wurde die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin von C.\_\_\_\_, Rechtsanwältin Andrea Gfeller, für das erstinstanzliche Verfahren auf CHF 8'720.65 (Honorar CHF 7'065.00, Auslagen CHF 1'068.70 und MwSt CHF 586.95) festgesetzt und war zufolge ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse des Beschuldigten vom Staat zu bezahlen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch der unentgeltlichen Rechtsbeiständin im Umfang von CHF 2'964.35 (Differenz zu vollem Honorar), sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben.

#### **E. 1.3**

Gemäss teilweise rechtskräftiger Ziffer 10 wurde die Entschädigung des amtlichen Verteidigers von A.\_\_\_\_, Rechtsanwalt Patrick Hasler, für das erstinstanzliche Verfahren auf CHF 11'896.70 (Honorar CHF 10'060.20, Auslagen CHF 969.70 und MwSt CHF 866.80) festgesetzt und war zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat zu bezahlen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch des amtlichen Verteidigers im Umfang von CHF 4'219.35 (Differenz zu vollem Honorar), sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben. 2. Die Berufung des Beschuldigten war in der Hauptsache erfolglos. Er erreichte aber eine Reduktion der Strafe und die Aufhebung eines (wenn auch bedeutungslosen) Tätigkeitsverbots. Bei diesem Verfahrensausgang erscheint es angemessen, 10 % der Kosten zulasten des Staates auszuscheiden.

### **E. 2**

Am 4. Januar 2017 wurde der Beschuldigte um 09:50 Uhr in [...] verhaftet und ins Untersuchungsgefängnis Solothurn überführt. Am 5. Januar 2017 wurde er um 15:15 Uhr aus dem Untersuchungsgefängnis wieder entlassen.

### **E. 2.1**

Rechtsanwältin Gfeller macht ohne Hauptverhandlung, aber inkl. Urteilseröffnung und zweimal den Weg, 23,50 Stunden geltend. Zuzüglich der Hauptverhandlung von 4,75 Stunden entspricht dies 28,25 Stunden, was unangemessen hoch erscheint, insbesondere auch im Quervergleich zum Aufwand des amtlichen Verteidigers. Folgende Aufwände erscheinen nicht notwendig und sind demnach zu kürzen: - Kostenpunkt vom 23.4.2018: 0,5 Stunden, da diese von der Vorinstanz für Abschlussarbeiten bereits entschädigt worden ist; - Angesichts der vollumfänglichen Gutheissung der Anträge der Geschädigten vor erster Instanz und der Tatsache, dass im Berufungsverfahren keine neuen Aspekte dazukamen erscheinen drei geltend gemachte Besprechungen mit der Klientin zu insgesamt 6 Stunden zu viel; es erscheint angemessen, eine Besprechung à 2 Stunden zu kürzen. Davon nicht betroffen sind die diesbezüglichen Dolmetscherkosten; bei dieser Sachlage erscheinen auch die geltend gemachten 9 Stunden für die Vorbereitung der Berufungsverhandlung zu viel; es ist angemessen, den Aufwand um 3 Stunden zu kürzen; - Fristerstreckungsgesuch vom 12.9.18: wird nicht entschädigt: Kürzung um 0,25 Stunden. Total entspricht dies einer Kürzung um 5,75 Stunden. Es werden 22,5 Stunden zu CHF 180.00 entschädigt. Demnach wird die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin von C. \_\_\_\_, Rechtsanwältin Andrea Gfeller, für das Berufungsverfahren auf total CHF 5'137.95 (Honorar CHF 4'050.00, Auslagen CHF 720.60, MwSt CHF 367.35) festgelegt, zufolge ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse des Beschuldigten zahlbar durch den Staat, v.d. die Zentrale Gerichtskasse. Sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben, hat er diese Kosten dem Staat zu erstatten (Verjährung in 10 Jahren) und der unentgeltlichen Rechtsbeiständin die Differenz zum vollen Honorar (Stundenansatz von 230.00; CHF 1'211.60) nachzuzahlen. Dem Begehren, die Differenz zu einem Stundenansatz von CHF 250.00 zu berechnen, kann nicht entsprochen werden, da keine entsprechende Vereinbarung mit der Klientin zu den Akten gegeben worden ist.

### **E. 2.2**

Rechtsanwalt Hasler macht einen Arbeitsaufwand von 29,57 Stunden geltend, zuzüglich Hauptverhandlung von 4,75 Stunden und Urteilseröffnung von einer Stunde total 35,32 Stunden. Auch dieser geltend gemachte Aufwand erscheint nicht in allen Punkten notwendig: - Im Berufungsverfahren gab es keine neuen Aspekte, weshalb vier Besprechungen mit dem Klienten, total gegen 7 Stunden, als zu viel erscheinen: eine Kürzung um 1,5 Stunden erscheint angemessen, wobei davon die entsprechenden Dolmetscherkosten nicht betroffen sind; - Fristerstreckungsgesuch vom 21.9.18: wird nicht entschädigt (Kürzung um 0,08 Stunden). Total belaufen sich die Kürzungen somit auf 1,58 Stunden. Vergütet werden aufgerundet 33,75 Stunden zu CHF 180.00. Demnach wird die Entschädigung des amtlichen Verteidigers von A. \_\_\_\_, Rechtsanwalt Patrick Hasler, für das Berufungsverfahren auf total CHF 7'538.90 (Honorar CHF 6'075.00, Auslagen CHF 924.90, MwSt CHF 539.00) festgesetzt, zahlbar durch den Staat, v.d. die Zentrale Gerichtskasse. Sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben, hat er im Umfang von 90 %: dem Staat diese Kosten zu erstatten (CHF 6'785.00; Verjährung in 10 Jahren) und dem Verteidiger die Differenz zum vollen Honorar nachzuzahlen (Stundenansatz CHF 250.00 [entsprechende Vereinbarung wurde eingereicht], total CHF

2'289.95). Demnach wird in Anwendung von Art. 186, Art. 190 Abs. 1 StGB; Art. 19a Ziff. 1 BetrMG; Art. 41 ff. OR; Art. 47, Art. 49, Art. 51, Art. 66a lit. h, Art. 106 StGB; Art. 122 ff., Art. 135, Art. 138, Art. 221, Art. 379 ff., Art. 398 ff., Art. 416 ff. StPO beschlossen, festgestellt und erkannt: 1. Die gegen A.\_\_\_\_ mit Verfügung des Präsidenten vom 19. Oktober 2018 angeordnete Sicherheitshaft wird bis 18. Januar 2019 verlängert. 2. A.\_\_\_\_ hat sich schuldig gemacht: - der Vergewaltigung, begangen am 31. Dezember 2016; - des Hausfriedensbruchs, begangen am 31. Dezember 2016; - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes, begangen im Zeitraum vom 1. September 2015 bis 31. Dezember 2016. 3. A.\_\_\_\_ wird verurteilt zu: a) 3 Jahren und 10 Monaten Freiheitsstrafe, b) einer Busse von CHF 200.00, ersatzweise zu 2 Tagen Freiheitsstrafe. 4. A.\_\_\_\_ werden die ausgestandenen 2 Tage Untersuchungshaft und die seit 23. April 2018 andauernde Sicherheitshaft an die Freiheitsstrafe angerechnet. 5. Der Antrag von A.\_\_\_\_ auf Zusprechung einer Entschädigung für Überhaft wird abgewiesen. 6. A.\_\_\_\_ wird für 10 Jahre des Landes verwiesen. 7. Die Landesverweisung ist im Schengener Informationssystem (SIS) auszuschreiben. Die Ausschreibung gilt für sämtliche vergangene und zukünftige Alias-Namen des Beschuldigten. 8. Der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Anordnung eines Tätigkeitsverbots und von Bewährungshilfe wird abgewiesen. 9. A.\_\_\_\_ wird verurteilt, C.\_\_\_\_ eine Genugtuung von CHF 10'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Dezember 2016 zu bezahlen. 10. Gemäss teilweise rechtskräftiger Ziffer 9 wurde die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin von C.\_\_\_\_, Rechtsanwältin Andrea Gfeller, für das erstinstanzliche Verfahren auf CHF 8'720.65 (Honorar CHF 7'065.00, Auslagen CHF 1'068.70 und MwSt CHF 586.95) festgesetzt und war zufolge ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse des Beschuldigten vom Staat zu bezahlen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch der unentgeltlichen Rechtsbeiständin im Umfang von CHF 2'964.35 (Differenz zu vollem Honorar), sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben.

### **E. 2.3**

Täterkomponenten Für das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil (US 40 – 42) verwiesen werden. Das Leben des Beschuldigten verlief bisher unauffällig, er ist nicht vorbestraft. Auch vor dem Hintergrund seiner Flucht aus Syrien ist nicht zu erkennen, dass es dem Beschuldigten hier in der Schweiz im Vergleich zu anderen Ausländern schwerer fallen sollte, die Gesetze zu respektieren und auf sexuelle Gewalt zu verzichten. Er lebt hier in der Schweiz mit seiner Frau und seinen zwei kleinen Kindern, zur Zeit der erstinstanzlichen Verhandlung war die Ehefrau mit dem dritten Kind schwanger. Die Ehegatten lernen deutsch und warten auf den Entscheid über das Asylgesuch. Es wäre dem Beschuldigten auch mit seiner Lebensgeschichte ohne Weiteres möglich gewesen, sich rechtsgetreu zu verhalten. Der Beschuldigte zeigte im Verfahren keine Reue oder Einsicht, sondern erachtet seine Vorgehensweise, mit der Frau im Asylheim zu schlafen, als nicht fehlbar, da dies einvernehmlich stattgefunden habe. Dies ist sein gutes Recht und wirkt sich in Bezug auf die Strafzumessung neutral aus. Leicht negativ wirkt sich sein unmittelbares Nachtatverhalten aus, indem er auf dem Gang in der Unterkunft der Geschädigten jeglichen Kontakt zu ihr bestritten und sie damit vor Dritten als Lügnerin hingestellt hat. Im Rahmen der Täterkomponente ist auch die sog. Folgeberücksichtigung vorzunehmen, d.h. es ist zu prüfen, ob dem Beschuldigten neben der im vorliegenden Verfahren auszusprechenden Strafe weitere Sanktionen auferlegt werden, denn die pönalen Folgen haben in ihrer

Gesamtheit – d.h. als Sanktionenpaket – schuldangemessen zu sein. Unklar ist derzeit, ob dem Beschuldigten in der Schweiz ein Asylrecht gewährt worden wäre. Klar ist aber, dass zwingend eine Landesverweisung ausgesprochen werden muss (vgl. weiter hinten Ziff. VI). Ob er ohne diese Landesverweisung in der Schweiz bleiben würde, ist nicht bekannt. Trotzdem ist die Landesverweisung im Rahmen des Sanktionenpakets geringfügig zu berücksichtigen. Eine besondere Strafempfindlichkeit besteht grundsätzlich nicht. Der Beschuldigte wird durch die Freiheitsstrafe nicht schwerer betroffen als andere ausländische Personen mit einer Familie. Auch der Umstand der ausländischen Herkunft der Ehefrau und der mittlerweile drei kleinen Kinder lässt nicht auf ein besonderes Bedürfnis nach Unterstützung schliessen, waren doch die Ehegatten in der Schweiz getrennt untergebracht und der Beschuldigte lebte in [...] und fuhr jeweils zu seiner Familie im [Asylunterkunft...] zum Besuch. Schliesslich lässt auch sein von ihm unbestrittenes Verhalten, in der Asylunterkunft seiner Familie nach einem sexuellen Abenteuer Ausschau zu halten, nicht auf einen besonderen Beistand und grosse Unterstützung schliessen. Zusammenfassend gleichen sich die leicht strafmindernden und leicht strafe erhöhenden Faktoren der Täterkomponenten aus und sie sind insgesamt neutral zu bewerten. Einzig der Landesverweisung ist im Rahmen des Sanktionenpakets geringfügig, mit einer Strafreduktion von 2 Monaten, Rechnung zu tragen. Die Strafe reduziert sich demnach auf eine Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 10 Monaten. A.\_\_\_\_ werden die ausgestandenen 2 Tage Untersuchungshaft und die seit 23. April 2018 andauernde Sicherheitshaft an die Freiheitsstrafe angerechnet. Es liegt keine Überhaft vor, weshalb der Antrag von A.\_\_\_\_ auf Zusprechung einer Entschädigung für Überhaft abgewiesen wird.

#### **E. 2.4**

Übertretungsbusse Die von der Vorinstanz für den Betäubungsmittelkonsum ausgesprochene Busse von CHF 200.00, ersatzweise 2 Tage Freiheitsstrafe, ist angemessen und zu bestätigen (siehe US 42/43).

#### **E. 2.5**

Sicherheitshaft Mit Ausfällung des Berufungsurteils wird dieses formell rechtskräftig und damit vollziehbar. A.\_\_\_\_ tritt damit den ordentlichen Vollzug der ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 10 Monaten an. Für den Fall, dass gegen das Berufungsurteil eine Beschwerde in Strafsachen erhoben wird, wird mit separatem Beschluss zur Sicherung des Strafvollzuges und des Vollzuges der Landesverweisung Sicherheitshaft angeordnet. VI. Landesverweisung 1. Der Beschuldigte muss wegen Vergewaltigung sowie Hausfriedensbruchs zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 10 Monaten verurteilt werden. Beim Beschuldigten liegt somit ein Fall von obligatorischer Landesverweisung vor, die Vergewaltigung ist im Katalog von Art. 66a StGB enthalten. 2. Gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB kann das Gericht ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind. Von einer Landesverweisung kann ferner abgesehen werden, wenn die Tat in entschuldbarer Notwehr (Art. 16 Abs. 1 StGB) oder in entschuldigbarem Notstand (Art. 18 Abs. 1 StGB) begangen wurde (Abs. 3). Die Prüfung der sog. Härtefallklausel erfolgt zweistufig: Nur wenn ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt, darf bzw. muss der Strafrichter prüfen, ob

ausnahmsweise von der Landesverweisung abgesehen werden soll. Bei der Prüfung des Härtefalls spielt einerseits die Verwurzelung des Ausländers in der Schweiz und andererseits seine Reintegration in seinem Heimatland eine Rolle. Je länger der Ausländer beispielsweise in der Schweiz lebt, umso eher liegt ein Härtefall vor. Dasselbe gilt, wenn der Ausländer in der Schweiz verheiratet ist und hier Kinder hat, die Landesverweisung also die Trennung der Familie zur Folge hätte. Umgekehrt kann ein Härtefall gegeben sein, wenn die Resozialisierung des straffällig gewordenen Ausländers in seinem Heimatland praktisch unmöglich ist (vgl. zum Ganzen Marc Busslinger, Unterlagen zum Workshop Härtefallklausel, Vortrag vom 14. Juni 2016 im Rahmen der Weiterbildungsveranstaltung «Landesverweisung straffälliger Ausländer» an der Universität Bern).

3. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts 6B\_651/2018) kann der Beschuldigte eine Gefahrenlage im Herkunftsland als einen persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66 a Abs. 2 StGB geltend machen. Der mögliche Aufschub des Vollzugs der obligatorischen Landesverweisung laut Art. 66 d StGB schliesst nicht aus, dass Vollzugshindernisse bereits bei der Anordnung der Landesverweisung durch das Strafgericht zu berücksichtigen sind (E. 8.3.3). Im Heimatland des Beschuldigten herrscht seit 2011 ein Bürgerkrieg, dessen Höhepunkt überwunden zu sein scheint. Der Beschuldigte verfügt in der Schweiz über kein gesichertes Aufenthaltsrecht, er verfügt über einen Ausweis N (für Asylsuchende). Das Asylverfahren ist bereits seit über 2 ½ Jahren hängig und es wurde von der zuständigen Ausländerbehörde bis heute noch nicht über den Flüchtlingsstatus des Beschuldigten entschieden. Offenbar wartet die zuständige Behörde die Entwicklung der Situation in Syrien ab.

4. Der Beschuldigte hat durch seine Handlungen besonders hochwertige Rechtsgüter, die sexuelle Integrität eines Menschen, verletzt und muss zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt werden. Der Beschuldigte stellt eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit in der Schweiz dar. Nach Art. 33 Abs. 2 FK kann sich ein Ausländer nicht mehr auf das Refoulement-Verbot berufen, «wenn er als eine Gefahr für die Sicherheit des Aufenthaltsstaates angesehen werden muss oder wenn er eine Bedrohung für die Gemeinschaft dieses Landes bedeutet, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist.» Wenn der besondere Ausweisungsschutz als Flüchtling entfällt und auch keine anderen Gründe für einen Härtefall sprechen, ist die Landesverweisung auszusprechen und gegebenenfalls ein Vollzugaufschub gemäss Art. 66d StGB von der Vollzugsbehörde anzuordnen (Zurbrüg/Hruschka in: Basler Kommentar zum StGB I [BSK StGB I], 4. Auflage Basel 2018, Art. 66a StGB N 90 – 95). Davon ist vorliegend auszugehen. Der Beschuldigte wird nicht nur im obgenannten Sinne wegen eines besonders schweren Verbrechens verurteilt, sondern auch zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe. Es wird damit erst nach der Verbüssung der Freiheitsstrafe zu prüfen oder zu entscheiden sein, ob er durch eine Rückschaffung in seiner körperlichen Integrität oder Freiheit im Sinne von Art. 66d StGB gefährdet sein könnte.

5. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die neuste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, welches in seinem Urteil D-2289/2018 vom 10. Juli 2018 erwog, der Vollzug der Wegweisung könne für Ausländerinnen oder Ausländer unzumutbar sein, wenn sie in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet seien (Art. 83 Abs. 4 AuG). Werde eine konkrete Gefährdung festgestellt, sei - unter Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AuG - die vorläufige Aufnahme zu gewähren (vgl. BVGE 2014/26 E. 7.10). Die vorläufige Aufnahme infolge Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit (Art. 83 Abs. 4 bzw. Abs. 2 AuG) des Wegweisungsvollzugs werde gemäss Art. 83 Abs. 7 AuG unter

anderem dann nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt worden sei (Bst. a erster Teilsatz), oder wenn sie erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen habe oder diese gefährde oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährde (Bst. b). In casu bejahte das Bundesverwaltungsgericht im Sinne der Vorinstanz (SEM) den Ausschlussgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b erster Teilsatz AuG (erheblicher Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung) sogar bei einer Verurteilung zu einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen wegen harter Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB. Erst recht dürfte der Ausschlussgrund demnach im vorliegenden Fall zu bejahen sein, in welchem eine mehrjährige unbedingte Freiheitsstrafe ausgesprochen wurde (E. 6.1 ff.). Die angeordnete obligatorische Landesverweisung steht also im Einklang mit der ausländerrechtlichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. 6. Auch der Schutz des Familienlebens führt nicht zur Bejahung eines Härtefalles. Die Familie des Beschuldigten verfügt über kein gesichertes Aufenthaltsrecht, vielmehr steht oder fällt dieses mit jenem des Beschuldigten. Wird dem Beschuldigten die Flüchtlingseigenschaft nicht zugestanden, gilt dies auch für seine Familie. Auch unter Berücksichtigung des geringen Grads der Integration des Beschuldigten liegt kein Härtefall vor. Der Beschuldigte befindet sich erst seit September 2015 in der Schweiz, wobei er allerdings erst seit Kurzem mit seiner Ehefrau und seinen Kindern zusammenlebt, da diese erst später aus Syrien nachkamen und dann vorerst ohne den Beschuldigten im [Asylunterkunft...] wohnten. Von einem langen gefestigten Zusammenleben in der Schweiz kann folglich nicht die Rede sein. Der Beschuldigte spricht nur sehr spärlich Deutsch, verfügt über keine Arbeitsstelle und seine Familie lebt von der Sozialhilfe. 7. Zusammenfassend liegt kein schwerer persönlicher Härtefall vor, die Landesverweisung muss angeordnet werden. Das von der Vorinstanz ausgesprochene Mass von 10 Jahren ist unter Würdigung der gesamten Umstände sowie des leicht bis mittelschweren Verschuldens des Beschuldigten angemessen. 8. Die Landesverweisung ist im Schengener Informationssystem (SIS) auszuschreiben. Nach Art. 66c Abs. 1 StGB gilt die Landesverweisung ab Rechtskraft des Urteils. Im Fall von A. \_\_\_ ist vor dem Vollzug der Landesverweisung die unbedingte Freiheitsstrafe zu vollziehen (Abs. 2) bzw. wird die Landesverweisung vollzogen, sobald er bedingt oder endgültig aus dem Strafvollzug entlassen wird (Abs. 3). Die Dauer der Landesverweisung wird von dem Tag an berechnet, an dem die verurteilte Person die Schweiz verlassen hat (Abs. 5). Die Ausschreibung gilt für sämtliche vergangenen und zukünftigen Alias-Namen des Beschuldigten. VII. Zu dem von der Vorinstanz ausgesprochenen Tätigkeitsverbot 1. Die Vorinstanz hat in Ziffer 6 des Urteils dem Beschuldigten jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, verboten und dafür Bewährungshilfe angeordnet. 2. Vorab ist eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehörs festzustellen: Ein solches Tätigkeitsverbot war weder im Verfahren noch an der erstinstanzlichen Verhandlung je ein Thema, es war von der Staatsanwaltschaft weder beantragt noch erwogen worden und es fand nie eine Diskussion darüber statt. Weder der Beschuldigte noch sein Verteidiger hatten je Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äussern oder eine Stellungnahme dazu abzugeben (Art. 107 Abs. 1 lit. d StPO). Ob diese Verletzung im Berufungsverfahren geheilt werden könnte, kann offengelassen werden, da das Tätigkeitsverbot ohnehin aufgehoben werden muss. Damit kann auch die Beantwortung der Frage offengelassen werden, wie Art. 67 StGB, in der vorliegenden Form seit dem 1. Januar 2018 in Kraft, auf die am 31. Dezember 2016 begangene Straftat anwendbar sein soll oder

ob allenfalls das per 1. Januar 2015 in Kraft getretenen BG über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot zur Anwendung hätte kommen sollen. 3. Die Vorinstanz ging offenbar davon aus, ein Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB sei im Falle einer Katalogtat und einem Strafmass von mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe immer anzuordnen – und ebenso zwingend nach Abs. 7 StGB die Bewährungshilfe. Dem ist nicht so. Die zwingenden Tätigkeitsverbote nach Art. 67 Abs. 3 und 4 StGB zielen auf den Schutz vor Sexualstraftätern, die sich an Minderjährigen oder besonders schutzbedürftigen Personen vergangen haben (Nadine Hagenstein in: BSK StGB I, a.a.O., Art. 67 StGB N48). Die Geschädigte gehört nicht zu dieser Opfergruppe. Sie ist volljährig und weder eine alte noch eine körperlich oder psychisch kranke Person, die als besonders schutzbedürftig gilt (BSK StGB I, a.a.O., Art. 67 StGB N40). Die Tat würde also nur vom allgemeinen Tätigkeitsverbot nach Art. 67 Abs. 1 StGB erfasst, welches aber vorliegend nicht zur Anwendung kommen kann, da das Verbrechen nicht in Ausübung einer beruflichen Tätigkeit oder einer organisierten ausserberuflichen Tätigkeit begangen worden ist. Es ist weder ein Tätigkeitsverbot auszusprechen noch eine Bewährungshilfe anzuordnen. Der entsprechende Antrag der Staatsanwaltschaft ist demnach abzuweisen. VIII. Zivilforderung Die Vorinstanz hiess mit zutreffender Begründung (US 51 – 53) die von der Geschädigten als Privatklägerin beantragte Genugtuungssumme in der Höhe von CHF 10'000.00 zuzüglich 5% Zins seit dem 31. Dezember 2016 gut. Es entspricht dies auch der Praxis des Berufungsgerichts. Der Entscheid der Vorinstanz ist zu bestätigen. IX. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Bei diesem Verfahrensausgang ist der erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsentscheid zu bestätigen:

### **E. 3**

Mit Anklageschrift (AKS) vom 31. Juli 2017 überwies die Staatsanwaltschaft den Beschuldigten dem Amtsgericht Solothurn-Lebern zur Beurteilung wegen Vergewaltigung, Hausfriedensbruchs und Übertretung des BetmG.

#### **E. 3.1**

Die Geschädigte war als Asylsuchende in der Schweiz, sie ist albanische Staatsangehörige, sie war zum Zeitpunkt der vorgehaltenen Tat 25-jährig, ledig, ihren Beruf gab sie mit Lehrerin ohne Arbeit an. Sie sprach nur Albanisch. Sie lebte am 31. Dezember 2016 zusammen mit ihrem Kleinkind alleine im Durchgangsheim [Asylunterkunft...]. Das Kind hatte sie am 26. November 2016 geboren, also rund einen Monat vor dem angeblichen Tattag. Sie hatte weder im Durchgangsheim noch in der Schweiz engere Bezugspersonen. Es bestand keine Beziehung zum Kindsvater, dieser lebte im Ausland und bestritt seine Vaterschaft. Wie dem Überwachungsvideo des [Asylunterkunft...] zu entnehmen ist, war die Geschädigte am angeblichen Tattag um 14:00 Uhr in der Küche. Sie nahm von einer Frau einen Teller mit Essen in Empfang und ging um 14:02:25 Uhr mit dem Essen, dem Mobiltelefon in der Hand und dem Kind auf dem Arm aus der Küche (AS 18 f.).

#### **E. 3.2**

Der Beschuldigte ist syrischer Staatsangehöriger, war im fraglichen Zeitpunkt knapp 33-jährig und ist ebenfalls Asylbewerber. Er ist verheiratet und hat drei Kinder (zur Tatzeit zwei Kinder). Im Dezember 2016 lebte seine Frau mit den Kindern im [Asylunterkunft...], der Beschuldigte in [...]. Der Beschuldigte besuchte seine Frau und die Kinder regelmässig im [Asylunterkunft...], so auch am angeblichen Tattag. Der Beschuldigte und die Geschädigte kannten sich vor dem 31. Dezember 2016 nicht näher, es war lediglich zu

wenigen flüchtigen Begegnungen gekommen, sie hatten vorher nie miteinander gesprochen. Sie kamen an diesem 31. Dezember 2016 erstmals in ein kurzes Gespräch, da der Beschuldigte die Geschädigte und eine syrische Frau beobachtet und diesen seine Hilfe bei der Installation von Internet oder WhatsApp angeboten hatte. Der Beschuldigte fragte die Geschädigte per WhatsApp an, ob sie Sex mit ihm wolle und welches ihre Zimmernummer sei. Beide Anfragen hat die Geschädigte per WhatsApp abgelehnt.

### **E. 3.3**

Am 31. Dezember 2016 betrat der Beschuldigte im [Asylunterkunft...] das Zimmer 9 im 2. Obergeschoss, welches von der Geschädigten bewohnt wurde. Auf dem Bett kam es zwischen der Geschädigten und dem Beschuldigten zum Geschlechtsverkehr; er drang mit seinem Penis in die Scheide der Frau ein und kam kurz darauf ausserhalb der Vagina zum Samenerguss. Während des Akts lag das Kind der Geschädigten daneben, auf dem gleichen Bett. 4. Der bestrittene Sachverhalt Der Beschuldigte macht geltend, der von ihm vollzogene Geschlechtsverkehr sei im Einverständnis mit der Geschädigten erfolgt. Mit anderen Worten bestreitet er, die Geschädigte dazu genötigt zu haben. Zur Prüfung dieser Frage sind neben den objektiven Beweismitteln die subjektiven Beweismittel, die Aussagen der Beteiligten, insbesondere diejenigen der Geschädigten, zu würdigen. 5. Die subjektiven Beweismittel

### **E. 4**

Der bestrittene Sachverhalt

Der Beschuldigte macht geltend, der von ihm vollzogene Geschlechtsverkehr sei im Einverständnis mit der Geschädigten erfolgt. Mit anderen Worten bestreitet er, die Geschädigte dazu genötigt zu haben. Zur Prüfung dieser Frage sind neben den objektiven Beweismitteln die subjektiven Beweismittel, die Aussagen der Beteiligten, insbesondere diejenigen der Geschädigten, zu würdigen.

### **E. 5**

Die subjektiven Beweismittel

#### **E. 5.1**

Die Aussagen der Geschädigten

##### **E. 5.1.1**

Verwertbarkeit der Aussagen im Vorverfahren

Der Beschuldigte liess vor der Vorinstanz geltend machen, die Geschädigte sei bei den Einvernahmen im Vorverfahren nicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam gemacht worden, weshalb diese Aussagen nicht verwertbar seien. Dieser Einwand wurde vor dem Berufungsgericht zu Recht nicht mehr erhoben:

Die Geschädigte wurde am 3. Januar 2017 (AS 67 ff.) und am 16. Januar 2017 (AS 84 ff.) als Auskunftsperson befragt. In beiden Befragungen wurde sie korrekt auf die möglichen Straffolgen einer falschen Aussage im Sinne von Art. 181 Abs. 2 StPO hingewiesen. Bei beiden Einvernahmen gab es aber keine Hinweise auf eine Aussagepflicht oder ein Aussageverweigerungsrecht im Sinne von Art. 181 Abs. 1 StPO.

Nach Art. 180 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 177 Abs. 3 StPO ist die Privatklägerschaft auf ein Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam zu machen, wenn sich ein solches aus den Akten

oder aus den Aussagen ergibt (Schmid/Jositsch, Praxiskommentar StPO, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2017, Art. 177 StPO N 6). Das bedeutet vorab, dass nicht jede Auskunftsperson zwingend über das Zeugnisverweigerungsrecht belehrt werden muss, sondern nur dann, wenn sich ein solches z.B. bei einem nahen Angehörigen als beschuldigte Person konkret ergibt (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1025/2016, E. 1.3.1). Eine Unverwertbarkeit der Aussagen der Privatklägerschaft ohne Hinweis auf ein Zeugnisverweigerungsrecht ergibt sich nur unter zwei (kumulativen) Bedingungen (gemäss Art. 180 Abs. 2 i.V.m. Art. 177 Abs. 3 StPO; Urteil des Bundesgerichts 6B\_567/2014, E. 1.2):

Vorliegend sind beide Bedingungen nicht erfüllt. Es war von Anfang an klar, dass die beschuldigte Person in keinerlei Beziehung zur Geschädigten stand, aus welcher sich ein Zeugnisverweigerungsrecht ergeben hätte, und die Geschädigte hat sich auch später zu keinem Zeitpunkt auf ein solches berufen. Es sind damit die Aussagen der Geschädigten als Auskunftsperson verwertbar, die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht ist eben kein allgemeines Gültigkeitserfordernis (Roland Kerner in: Basler Kommentar zur StPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 177 StPO N 14) und die speziellen Voraussetzungen für ein solches Gültigkeitserfordernis sind vorliegend nicht erfüllt.

### **E. 5.1.2**

#### Allgemeines zur Aussage-Analyse

Bedeutsam für die Wahrheitsfindung ist die Glaubhaftigkeit der konkreten Aussage, die durch methodische Analyse ihres Inhalts darauf überprüft wird, ob die auf ein bestimmtes Geschehen bezogenen Angaben einem tatsächlichen Erleben des Zeugen entspringen. Damit eine Aussage als zuverlässig gewürdigt werden kann, ist sie insbesondere auf das Vorhandensein von Realitätskriterien und umgekehrt auf das Fehlen von Phantasiesignalen zu überprüfen. Entscheidend ist, ob die aussagende Person unter Berücksichtigung der Umstände, ihrer intellektuellen Leistungsfähigkeit und der Motivlage eine solche Aussage auch ohne realen Erlebnishintergrund machen könnte. Methodisch wird die Prüfung in der Weise vorgenommen, dass das im Rahmen eines hypothesengeleiteten Vorgehens durch Inhaltsanalyse (aussageimmanente Qualitätsmerkmale, sogenannte Realkennzeichen) und Bewertung der Entstehungsgeschichte der Aussage sowie des Aussageverhaltens insgesamt gewonnene Ergebnis auf Fehlerquellen überprüft und die persönliche Kompetenz der aussagenden Person analysiert werden. Dabei wird zunächst davon ausgegangen, dass die Aussage gerade nicht realitätsbegründet ist, und erst, wenn sich diese Annahme (Nullhypothese) aufgrund der festgestellten Realitätskriterien nicht mehr halten lässt, wird geschlossen, dass die Aussage einem wirklichen Erleben entspricht und wahr ist (Urteil des Bundesgerichts 6B\_760/2016 vom 29.6.2017, E. 4.2). Die Prüfung der Glaubhaftigkeit von Aussagen ist primär Sache der Gerichte (Urteil des Bundesgerichts 6B\_200/2015 vom 7. Oktober 2015 E. 1.3).

### **E. 5.1.3**

#### Die Würdigung der Aussagen durch die Vorinstanz

Die Vorinstanz hat eine sorgfältige und umfassende aussagepsychologische Analyse der Aussagen der Geschädigten gemacht (US 7 ■ 20). Darauf kann grundsätzlich vorab verwiesen werden. Nachfolgend sind die wesentlichen Inhalte noch einmal im Sinne der genannten Rechtsprechung zu beleuchten.

### **E. 5.1.3.1**

Die Meldung bei der Polizei ging am Dienstag 3. Januar 2017, um ca. 14 Uhr, ein. Der Leiter der [Asylunterkunft ] orientierte die Polizei dabei über einen Vorfall vom 31. Dezember 2016 in der Asylunterkunft. Die Polizei rückte ins [Asylunterkunft ] aus, traf dort die Geschädigte in ihrem Zimmer, mit dem Baby auf ihrem Arm. Sie übergab der Polizei einen Slip mit dem Hinweis, dass sich darauf Sperma befinden solle. Die Polizei hatte zuvor bei der telefonischen Meldung darauf hingewiesen, dass mögliche Spureenträger nicht beseitigt werden sollen (AS 3). Die Geschädigte fuhr anschliessend nach Solothurn zum Polizeiposten und wurde dort mit Hilfe einer Albanisch-Dolmetscherin befragt. Das Protokoll befindet sich in den Akten (AS 67 ff.). Am 16. Januar 2017 fand dann die zweite Befragung der Geschädigten statt, unter Gewährung der Teilnahmerechte des Beschuldigten und seines amtlichen Verteidigers (AS 84 ff.).

### **E. 5.1.3.2**

In beiden Befragungen wurde mit offenen Fragen begonnen; die Geschädigte am 3. Januar 2017 mit Frage 3 (AS 69) gebeten wurde, zu schildern, was sich ereignet habe, worauf die Geschädigte den Vorfall in freier Rede schilderte (AS 69 ■ 70). Ebenso am 16. Januar 2017 auf Frage 6 (AS 86): «Können Sie bitte schildern, was sich am 31. Dezember 2016 ereignet hat?», worauf die Geschädigte in freier Rede über rund zwei Seiten Protokoll Bericht erstattete (AS 86 ■ 88). Dasselbe gilt auch für die Befragung vor dem Vorderrichter, wo sie auf Frage 14 (AS 101), «Können Sie mir nochmals schildern, was genau passierte?» in freier Rede über drei Seiten Protokoll aussagte. Hier gilt es zu beachten, dass im Vergleich zu den ersten beiden Befragungen in zeitlicher Nähe nun bereits 1 ¼ Jahre vergangen waren (Befragung vom 23.4.2018). Auch vor dem Berufungsgericht schilderte die Geschädigte wiederum in freier Rede und konstant das aus ihrer Sicht Vorgefallene.

### **E. 5.1.3.3**

Die Geschädigte schilderte in allen Einvernahmen bereits die ersten Begegnungen mit dem Beschuldigten an diesem 31. Dezember 2016 sehr detailliert, konstant und mit vielen Realkennzeichen. Sie habe sich in einem Aufenthaltsraum im Asylzentrum befunden, als sie von einer Frau, mit der sie sich sprachlich schlecht verständigen können, um Hilfe mit dem Handy gebeten worden sei. Der Beschuldigte habe das bemerkt und sich eingeschaltet. Er habe dann auch nach ihrem Handy verlangt, um zu schauen, wie das bei ihr eingestellt sei; sie habe dasselbe Handy wie diese Frau gehabt. Er habe sich bei dieser Gelegenheit sehr wahrscheinlich ihre Nummer genommen (AS 71, 86 und 101). Sie hat dabei auch eigene Gefühle geschildert, dass es für sie ganz normal gewesen sei, ihr Handy zu geben, da ihr dort vorher auch jemand geholfen habe, sich ins Internet einzuloggen. Der Beschuldigte habe ihr kurz darauf eine SMS geschrieben, er wolle Sex mit ihr, sie solle ihm seine Zimmernummer geben. Der Beschuldigte habe das albanisch geschrieben, aber sehr schlecht, offenbar mit einem Übersetzer (Google). Sie habe dann auf Arabisch, auch mit einem Übersetzer, geantwortet, weil sie gewollt habe, dass seine Frau das sehe. Die Fragen nach Sex und Zimmernummer habe sie klar mit «nein» beantwortet.

Die Richtigkeit dieser Angaben ergibt sich bereits aus dem hiervor dargelegten Whats-App-Chat, welcher auf dem Smartphone der Geschädigten sichergestellt werden konnte (AS 35).

Wenn der Beschuldigte dazu den Einwand erhob (AS 115; und auch in der Berufungsverhandlung), es sei unerklärlich, wie er zu der Telefonnummer der Geschädigten

hätte gelangen sollen, so ist ihm entgegenzuhalten, dass dies in Sekundenschnelle möglich ist: Entweder via Telefon-Symbol auf die Kontakte und «meine Karte» zugreifen, via WhatsApp-Einstellungen oder via kurzen Anruf von ihrem Gerät auf das eigene Mobiltelefon.

#### **E. 5.1.3.4**

Auch das Kerngeschehen im Zimmer der Geschädigten schilderte diese konstant und mit zahlreichen Realkennzeichen. Etwa eine Stunde nach den Ereignissen im Aufenthaltsraum habe es an ihrer Zimmertür geklopft (AS 69; AS 87 geläutet). Sie habe sich mit ihrem 1-monatigen Baby zum Schlafen bereitgemacht. Sie erklärte in allen drei früheren Einvernahmen, sie habe trotz dieser SMS nicht mit dem Beschuldigten, sondern mit einer der Frauen gerechnet und deshalb mit dem Baby auf dem Arm die Tür geöffnet (AS 69, 87 und 102). Eine grosse Übereinstimmung gibt es auch in den Aussagen der Geschädigten, wenn sie schilderte, was sie unternommen hat, um den Beschuldigten dazu zu bringen, ihr Zimmer wieder zu verlassen: Als sie ihn gesehen habe, habe sie ihn angeschrien, «go go» (AS 69, 87, 102). Sie werde es dem Chef sagen, sie werde es der Polizei sagen, sie werde es seiner Frau sagen. Seine Antworten seien gewesen, der Chef sei kein Problem, der sei sein Freund, «Fuck Police» und seine Frau schlafe (AS 69, 87 und 102). Aussergewöhnlich dann die Aussage der Geschädigten, sie habe schliesslich dem Beschuldigten einen Brief mit einem Arzttermin gezeigt (AS 87), um ihm klar zu machen, dass sie vor Kurzem ein Kind geboren habe. Auch das habe er mit «no problem» abgetan. Ebenfalls übereinstimmend war die wiederholte Aussage der Geschädigten, sie habe sofort den Alkoholgeruch aus seinem Mund gerochen, als er das Zimmer betreten habe.

Der Beschuldigte habe sie zurückgestossen, sei in ihr Zimmer gekommen und habe die Tür geschlossen (AS 69, 87 und 102). Sie habe ihr Kind auf dem Arm getragen und sich deshalb nur wenig wehren können. Er habe sie aufs Bett gestossen und ihr den Kleinen weggenommen und ihn daneben aufs Bett gelegt (AS 70, 87 und 102). Das Kind habe geweint (AS 70 und 102). Sie habe ein Nachthemd mit Unterwäsche darunter getragen, weil sie sich mit dem Kind habe schlafen legen wollen, mit den Kleidern sei es ihr zu unbequem. In den ersten beiden Aussagen der Geschädigten gibt es eine weitere Übereinstimmung bei der Schilderung des Ablaufs, mit Details und auch Komplikationen: Der Beschuldigte habe ihr mit einer Hand den Mund zugehalten, weil sie ihn angeschrien habe, er habe deshalb ihre Unterhosen nicht ausziehen können (AS 70 und 89), er habe das versucht, aber sie habe sich gewehrt (AS 74). Er habe seinen Penis am Slip gerieben und versucht, rechts und links am Slip vorbei zu kommen (AS 73). Die Geschädigte schilderte auch in ihren Aussagen immer übereinstimmend eine ausgefallene Einzelheit: Der Beschuldigte habe während dieses Aktes ein arabisches Lied gesungen (AS 7, 89 und 102).

Es bestünden in Bezug auf das Eindringen in das Zimmer unlogische Aussagen der Geschädigten, lässt der Beschuldigte geltend machen (AS 111f.). Unter Verweis auf Frage 18 (AS 89) lässt er ausführen, wenn sie ihn dort gestossen und ihm die ganze Zeit gesagt hätte, «Polizei und Chef» und «go go» geschrien hätte, hätte dies die dritte Frau, die das nach der Aussage der Geschädigten gesehen haben solle, bemerken und Hilfe holen müssen. Zudem habe es Kinder auf dem Gang gehabt und es sei bei dieser «Überwachungssituation» undenkbar, das sich jemand mit Gewalt hätte Einlass in das Zimmer verschaffen können. ■ Diese Annahmen des Beschuldigten beruhen auf Spekulation: Es ist nicht bekannt, wie weit der Beschuldigte bei diesen Handlungen schon ins Zimmer eingedrungen war und ob diese Handlungen von aussen überhaupt gesehen

werden konnten. Die Vorbringen des Beschuldigten sind nicht geeignet, die Aussagen der Geschädigten in Frage zu stellen.

Entgegen den Ausführungen des Beschuldigten beschrieb die Geschädigte die angewendete Gewalt des Täters in freier Rede. «Er machte die Türe zu und stiess mich aufs Bett. Ich liess den Kleinen nicht los, so als Schutz, dass er mich nicht anfasst. Er hat mich überall am Körper anfasst. Mit Gewalt hat er mich geküsst. Ich versuchte immer wieder, mich zu entfernen. ( ) Als er seine Hosen runtermachte, fing ich an zu schreien. Er nahm mir dann den Sohn ab und legte ihn neben mir aufs Bett. Der Kleine weinte. ( ) Mit einer Hand drückte er mir meinen Mund zu. Die Unterwäsche konnte er nicht ausziehen, weil er mit einer Hand mir den Mund zugehalten hat. Er hat das gemacht, was er wollte. Und ich wollte nicht, dass das jemand mitbekommt, weil ich mich schämte» (AS 69, 70). Die Polizeibeamtin hat dann im Verlauf der Befragung nach weiteren Details dieses Kerngeschehens gefragt. Die Behauptung des Beschuldigten, es habe sich dabei um Suggestivfragen gehandelt, wurde nicht substantiiert und trifft auch nicht zu. Die Fragen nahmen Bezug auf die bisherigen Aussagen der Geschädigten und waren offen (Wie verschaffte er sich Zugang zu ihrem Zimmer [Frage 28], wie hatten Sie Ihren Sohn im Arm [Frage 29], wie stiess er sie weg [Frage 30] usw.).

Nachfragen gab es in dieser ersten Befragung auch zum Geschlechtsverkehr. Dass eine junge Frau diesen in der freien Rede zuerst allgemein als «er hat das gemacht, was er wollte» umschreibt, ist weder aussergewöhnlich noch geeignet, auf fehlende Realität zu schliessen. Im Rahmen der Nachfragen (AS 73), die wieder offen formuliert waren («wie ging es dann weiter» [Frage 42] oder «was genau hat er gemacht» [Frage 43]), schilderte die Geschädigte, es sei ihr ab dem Zeitpunkt, als der Beschuldigte ihr den Mund zugehalten habe, sehr schlecht gegangen. Sie sei wie in einer anderen Welt gewesen, wie wenn sie nicht dort gewesen wäre. Die Geschädigte legte auch offen, nicht sicher zu sein, ob er in sie eingedrungen war. Sie habe danach einfach Sperma auf dem Slip und auf der Haut gehabt. Sie sei in Panik gewesen, denke aber schon, dass er in sie eingedrungen sei. Der Slip, den er nicht habe ausziehen können, sei ein Tanga gewesen, da sei es einfach, daran vorbei zu kommen (AS 74). Es gab dann trotz der wiederholten Nachfrage nach dem Ausmass des Eindringens immer wieder ihre Aussage, sie könne das nicht sicher sagen, weil sie wie «gar nicht da» (AS 75) gewesen sei. ■ Die Geschädigte sagte dies auch in der zweiten Befragung vom 16. Januar 2017 so aus (AS 89): Ihr Sohn habe daneben gelegen und geweint, der Beschuldigte habe ihr den Mund zugehalten, sie sei einfach wie weg gewesen (Frage 12 AS 89). Diesmal sagte sie allerdings, es sei dem Beschuldigten gelungen, in die Vagina einzudringen. Dies sagte sie auch vor der Vorinstanz und dem Berufungsgericht so aus, es sei ihm gelungen, in sie einzudringen (AS 102).

#### **E. 5.1.3.5**

Auch eindrücklich und konstant waren die Aussagen der Geschädigten zu ihren eigenen psychischen Vorgängen: Als der Beschuldigte ihr den Mund zugehalten habe und in sie habe eindringen wollen, sei sie wie ohnmächtig, wie weggetreten gewesen, da sie bereits im Alter von 14 Jahren vergewaltigt worden sei und ihr das in diesem Moment wieder in den Sinn gekommen sei (AS 73, 89 und 102). Sie habe Angst um ihren Kleinen und vor Komplikationen wegen der kürzlich erfolgten Geburt gehabt. Sie schilderte auch ein Dilemma, indem sie den Beschuldigten angeschrien habe, aufzuhören, aber nicht habe zu viel Lärm machen wollen, weil sie sich geschämt habe. Weiter schilderte die Geschädigte innere Vorgänge, wenn sie aussagte, wie sie nach der Tat vorerst niemandem davon habe

erzählen wollen, weil sie sich geschämt und nicht gewusst habe, wie sie das Ganze schildern könne. Sie habe sich dann aber anders entschieden, weil sie befürchtet habe, es könne sich wiederholen (AS 87).

#### **E. 5.1.3.6**

Auch die weiteren Schilderungen der Geschädigten bei der Polizei sind geprägt von Realitätskennzeichen, indem sie viele Details ■ und diese mit grosser Konstanz ■ schilderte und auch immer wieder ihre eigenen Gefühle dabei darlegte. Nachdem der Beschuldigte ihr Zimmer verlassen habe, habe sie gesehen, dass er sein Handy zurückgelassen habe (AS 70). Als sie das gesehen habe, habe sie gedacht, oh mein Gott, jetzt ist noch das Handy da. Sie habe Angst gehabt und gedacht, die Leute würden meinen, sie habe das gewollt (AS 87). Sie sei dann auf den Korridor hinausgegangen und habe es ihm gegeben. Als sie sich dann entschieden habe, die Sache dem Chef zu erzählen, habe sie aber Hemmungen gehabt, der Chef sei ein türkischer Mann gewesen (AS 70). Sie sei zuerst zu einer türkischen Familie gegangen, die ihr ab und zu mit dem Kleinen geholfen habe. Sie habe es der Frau erzählt, mit der sie sich einigermaßen habe verständigen können. Diese habe es dann ihrem Mann erzählt und dieser wiederum dem Chef auf Türkisch. Sie sei sich noch anziehen gegangen, sie sei immer noch im Nachthemd gewesen. Der Chef habe dann mit ihr und dem Beschuldigten eine Gegenüberstellung gemacht. Sie selber habe eigentlich gewollt, dass er die Polizei anrufe (AS 70 und 87), er habe sie aber vielleicht nicht richtig verstanden. Sie seien dann auf dem Korridor dem Beschuldigten begegnet und der Chef habe ihn gefragt, ob er in ihrem Zimmer gewesen sei. Dieser habe das mehrfach verneint und sie habe ja gesagt. Es habe vor den Leuten auf dem Korridor ein Hin und Her gegeben, sie habe sich deshalb sehr schlecht gefühlt. Dies habe sie dem Chef gesagt, worauf der gesagt habe, okay, dann sprechen wir morgen darüber. Sie habe dabei vergessen, dass Festtage gewesen seien. Der Beschuldigte habe dann auch sofort weggehen wollen und seine Karte für den Bus verlangt (AS 70 und 88). Der Chef habe ihm die Karte gegeben, sie habe sich sehr schlecht gefühlt, aber niemand habe sie gefragt, wie es ihr gehe (AS 88). Sie sei dann immer wieder zum Büro gegangen und habe nach dem höheren Chef gefragt. Es seien aber Festtage gewesen und sie habe nur die Mitarbeiter gesehen, die über Nacht gearbeitet hätten. Am ersten Januar habe sie dann einer Übersetzerin geschrieben, die ihr bei der Hebamme übersetzt und ihr gesagt habe, sie würde ihr helfen, wenn sie etwas brauche. Diese sei damals im Ausland gewesen und habe sie dann am 2. Januar zurückgerufen, weil sie die SMS vorher nicht gesehen gehabt habe. Diese habe dann am 3. Januar den «Big»-Chef angerufen und der habe die Polizei benachrichtigt (AS 76 und 88).

#### **E. 5.1.3.7**

Nach der Auffassung des Beschuldigten hat die Geschädigte den Vorfall im Laufe der Befragungen immer dramatischer geschildert, was näher zu beleuchten ist. In der ersten Befragung (AS 69/70) führte die Geschädigte vorerst in freier Rede aus, sie habe den Beschuldigten mit Worten dazu bringen wollen, ihr Zimmer nicht zu betreten bzw. dieses wieder zu verlassen. Er habe ihr den Sohn abgenommen und neben ihr aufs Bett gelegt. Mit einer Hand habe er ihr den Mund zugehalten. Auf Nachfrage: «Er hat sich Zugang zum Zimmer verschafft, indem er mich weggeschubst und die Tür zugemacht hat. Nachher stiess er mich aufs Bett (AS 72). Er hat das gemacht, was er wollte, er hat mir den Mund zugehalten und hat es gemacht (AS 73). Als er den Knaben genommen und mir den Mund zugehalten hatte, hatte er die Kontrolle. Es ist nicht so, dass er das Kind sanft aufs Bett gelegt hat. Er schmiss ihn aufs Bett (AS 74 oben). Er zog seine Hose und Unterhose runter

und als ich das Kind wieder nehmen wollte, stiess er mich nochmals zurück und legte sich auf mich». - Nach dem Ausmass der Gewalt und nach Schmerzen gefragt (AS 75): Sie habe Schmerzen gehabt, als er in das Zimmer gekommen sei, er sei gewalttätig gewesen (Frage 76). Er habe sie weggestossen und ihr den Mund zugehalten. (Auf Frage): Nein, geschlagen habe er sie nicht. Auch in der zweiten Befragung wurde der Geschädigten die Frage nach der Gewalt gestellt (AS 89), worauf sie beantwortete, er habe sie die ganze Zeit gestossen. (Auf Frage) Nein, verletzt oder bedroht habe er sie nicht. ■ Es ist also in diesen ersten zwei Befragungen überhaupt kein Belastungseifer auszumachen, die Geschädigte hat vielmehr den Beschuldigten auch ausdrücklich entlastet. Die Belastungen nahmen auch nicht zu. - Vor der Vorinstanz und dem Berufungsgericht schilderte die Geschädigte, der Beschuldigte habe sie gestossen, nachdem sie die Tür geöffnet gehabt habe (AS 102). Er habe sie aufs Bett geworfen, ihr den Sohn weggenommen und diesen auch aufs Bett geworfen. Er sei sehr gewalttätig gewesen. Er habe sie mit aller Kraft gepackt (AS 102). Mit dieser Umschreibung schilderte sie die vom Beschuldigten angewandte Gewalt wohl etwas stärker als in den ersten beiden Befragungen, wenn sie ihn als sehr gewalttätig schilderte und sagte, er habe sie mit aller Kraft gepackt. Wenn sie aber die einzelnen Handlungen schilderte, waren es dieselben Umschreibungen, wie in den ersten Befragungen: Er habe sie gestossen und die Türe zugemacht, sie habe ihm gesagt, sie würde den Chef anrufen, sie würde die Polizei rufen, sie würde es seiner Frau sagen. Sie habe ihm die Schwangerschaftsunterlagen mit dem Arzttermin gezeigt, er habe ihr den Sohn weggenommen und aufs Bett geworfen, er habe erreicht, was er gewollt habe, er habe dabei ein arabisches Lied gesungen. Es gab insofern eine Verstärkung der Aussagen, indem sie mehr geschrien haben will, als bei den ersten Aussagen und indem sie den Beschuldigten nicht mehr nur als gewalttätig (wie in der ersten Einvernahme), sondern als sehr gewalttätig bezeichnete. Sie hat aber keine neuen Gewalthandlungen geschildert, sondern denselben Vorgang, mit etwas anderen, stärkeren Worten dargelegt. Sie ist aber dabei geblieben, der Beschuldigte habe sie weder geschlagen noch bedroht. Es ist somit entgegen der Auffassung der Verteidigung keine Aggravationstendenz zu erkennen.

Der Beschuldigte liess vor der Vorinstanz und vor dem Berufungsgericht weiter «unlogische und nicht nachvollziehbare Aussagen» der Geschädigten vortragen. Es sind aber schwergewichtig Verhaltensweisen der Geschädigten, die die Verteidigung als unglaubhaft darzustellen versucht: Es sei unklar, weshalb sie dem Beschuldigten die Türe geöffnet habe; eine Abwehr gegen das Betreten des Zimmers durch den Beschuldigten hätte die Frau auf dem Gang bemerken und Alarm schlagen müssen; die Geschädigte habe unlogisch gehandelt, wenn sie das Gespräch nach dem Vorfall nicht auf dem Gang habe führen wollen und das nachträgliche heimliche Zurückgeben des Telefons an den Beschuldigten sei für ein Opfer einer Vergewaltigung ebenfalls unlogisch. Diesen Einschätzungen kann nicht gefolgt werden. Ob und was eine allfällige Zeugin vom Betreten der Wohnung der Geschädigten überhaupt bemerkt hat und wie diese darauf reagiert hätte, ist alles Spekulation. Wenn der Beschuldigte die Geschädigte nach dem Öffnen der Tür zurückgestossen und die Tür zugemacht hat, wie sie das immer ausgesagt hat, steht überhaupt nicht fest, ob dies von Personen auf dem Gang überhaupt als gewaltsames Eindringen wahrgenommen werden konnte. Die Ablehnung einer weiteren Konfrontation auf dem Gang mit dem Beschuldigten vor allen Leuten, nachdem dieser sie sinngemäss bereits als Lügnerin hingestellt hat, indem er das Betreten ihres Zimmers abgestritten hatte, ist ohne Weiteres nachvollziehbar. Ebenso stimmig und nachvollziehbar sind die Aussagen der Geschädigten zur heimlichen Rückgabe des Telefons an den Beschuldigten, wenn sie

einerseits ihre Angst schilderte, er könnte zurück in das Zimmer kommen, um das vermisste Telefon zu holen und andererseits die Befürchtung darlegte, die offene Rückgabe des Telefons vor den Leuten hätte den falschen Eindruck vermitteln können, sie hätten eine Beziehung miteinander.

Falsch ist die von der Verteidigung vor der Vorinstanz und dem Berufungsgericht vorgetragene Behauptung, die Geschädigte habe zum effektiven Akt kaum freie Aussagen gemacht. Sie hat vielmehr in allen Befragungen vorab in freier Rede den ganzen Ablauf geschildert und Details auf Nachfragen vorgetragen, soweit dies für sie möglich war. Dies ein weiteres Mal auch in der Berufungsverhandlung. Wenn die Unsicherheit in den Aussagen der Geschädigten darüber, ob der Beschuldigte in sie eingedrungen sei oder nicht, von der Verteidigung als Lügensignal bezeichnet wird, ist das Gegenteil zutreffend: Hätte die Geschädigte ■ wie von der Verteidigung behauptet ■ nach einvernehmlichem Geschlechtsverkehr wahrheitswidrig eine Vergewaltigung behauptet, hätte sie insbesondere das vorliegend ja unbestrittene vollständige Eindringen geschildert, selbst wenn sie diesbezüglich nicht ganz sicher gewesen wäre. Das Offenlegen dieser Unsicherheit in der ersten Befragung ist daher einerseits ein Realitätskennzeichen und andererseits das Gegenteil von einem vom Verteidiger ebenfalls behaupteten Belastungseifer der Geschädigten. Dass die Geschädigte in der Berufungsverhandlung diesbezüglich keine Unsicherheit mehr hatte und auch nicht mehr wusste, dass sie diesbezüglich zeitweise eine Unsicherheit hatte, spricht ebenso wenig gegen die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen. Mittlerweile ist auch aufgrund der Aussagen des Beschuldigten unbestrittenermassen klar, dass ein Eindringen stattgefunden hatte, weshalb sich diesbezügliche Unsicherheiten der Geschädigten zerstreut haben dürften.

Völlig unbehelflich ist schliesslich der Hinweis der Verteidigung auf den Chatverlauf der Geschädigten zum Tatzeitpunkt. Es seien daraus zwischen dem 27. Dezember 2016 und dem 3. Januar 2017 Bilder und Texte ersichtlich, die auf ein Verliebtsein und ein sexuelles Verlangen hinweisen würden, während sie in den Befragungen ein Verlangen nach sexuellen Aktivitäten aufgrund der kürzlichen Geburt verneint habe. Es ist grundsätzlich ohne Weiteres glaubhaft, dass eine Frau einen Monat nach der Geburt mit Geburtsverletzungen noch kein grosses Verlangen nach Geschlechtsverkehr hat. Wenn diese Frau dann trotzdem in einem Chat flirtet, wird dadurch weder diese Aussage ungläubhaft und schon gar nicht das Erleben einer Vergewaltigung in Frage gestellt.

Zusammenfassend sind die Ausführungen der Verteidigung vor der Vorinstanz und dem Berufungsgericht nicht geeignet, die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Geschädigten in Frage zu stellen. Überdies kann, wie gleich nachfolgend aufgezeigt wird, insbesondere die vorgetragene Einschätzung, der Beschuldigte habe im Gegensatz zur Geschädigten das Kerngeschehen immer gleich geschildert, in keiner Art und Weise nachvollzogen werden.

## **E. 5.2**

Die Aussagen des Beschuldigten

### **E. 5.2.1**

Die erste Befragung des Beschuldigten fand am Mittwoch, 4. Januar 2017 in Anwesenheit seines amtlichen Verteidigers und mit Hilfe eines Dolmetschers statt. Dabei wurde seitens des Beschuldigten nicht geltend gemacht, es hätten zwischen ihm und dem Dolmetscher Verständigungsprobleme bestanden (was im Nachhinein dann geltend gemacht wird). Zu Beginn der Befragung behauptete der Beschuldigte, er sei am 31. Dezember 2016 zu Hause

in [...] gewesen, nicht im [Asylunterkunft ], das könnten seine Mitbewohner bestätigen (AS 45). Auf Vorlage eines Blattes der «ors service ag», welches seinen Aufenthalt am 31. Dezember 2016 im [Asylunterkunft ] zwischen 12:40 und 16 Uhr belegte, sagte er, es könne sein, dass er seiner Frau und den Kindern Essen gebracht habe. Die Frage (Frage 17, AS 46), ob es an diesem Tag im [Asylunterkunft ] einen Zwischenfall gegeben habe, verneinte er. Die ihm beschriebene Frau kenne er. Er habe ihr das Internet installiert. Sie sei am 31. Dezember 2016 im [Asylunterkunft ] im Salon gewesen, zusammen mit einer Frau aus Syrien. Sonst habe er mit der Frau nur wenig gesprochen, z.B. «hallo, wie geht■s». Es habe zwischen ihnen nie sexuellen Kontakt gegeben. Er sei auch nie bei ihr auf dem Zimmer gewesen. (Auf Frage «ganz sicher?») Ja, er habe am Samstag mit seiner Familie gegessen und sei dann weggegangen. Er sei nach dem Essen noch im Zimmer seiner Frau gewesen, dieses befinde sich im 3. Stock. Im 2. Stock sei er gewesen, um seinen Ausweis abzugeben. Als er habe gehen wollen, habe ihn der Chef gefragt, ob er bei der Frau gewesen sei, mit der er gerade geredet habe, was er verneint habe. Er habe mit dieser Frau nichts zu tun gehabt. Sie sei krank, nichts von dem stimme, was sie über den Samenerguss gesagt habe. Dabei blieb der Beschuldigte auch, als ihm der Polizist sagte (Frage 52, AS 49), die Frau habe der Polizei einen Slip mit angeblichem Sperma von ihm übergeben und es werde jetzt überprüft, ob das sein Sperma sei. Das dauere noch einige Zeit, ob er dazu etwas sagen wolle? «Nein, das stimmt nicht». Vor dem Berufungsgericht verneinte der Beschuldigte schliesslich gänzlich, nach dem Vorfall von jemandem auf das Vorgefallene angesprochen worden zu sein, als er habe gehen wollen.

### **E. 5.2.2**

Am 5. Januar 2017 wurde der Beschuldigte durch den Staatsanwalt mit Hilfe eines Dolmetschers und in Anwesenheit seines Verteidigers befragt (AS 117 ff.). Auf die Frage, was er zum Vorwurf der Vergewaltigung der Geschädigten sage, führte er neu aus, er habe mit dieser Frau geschlafen, sie aber nicht vergewaltigt. Das sei selbstverständlich in ihrem Einverständnis passiert. Die Frage, ob er in die Frau habe eindringen und den Geschlechtsverkehr vollziehen können, bejahte er. Auf die Nachfrage (AS 119), weshalb er gestern bei der Polizei den Geschlechtsverkehr mit der Frau bestritten habe, sagte der Beschuldigte, es habe sich um ein Missverständnis bei der Übersetzung gehandelt. Er habe bereits gestern gesagt, dass sie Geschlechtsverkehr gehabt hätten und dass die Frau damit einverstanden gewesen sei. Er habe nur die Vergewaltigung bestritten. Er sei an diesem Samstag nach [Asylunterkunft ] gekommen und dort habe ihn eine syrische Frau darauf aufmerksam gemacht, dass eine Frau Hilfe in Sachen WhatsApp brauche. Er habe dieser Frau (Geschädigte) das WhatsApp installiert, habe dann mit Frau und Kindern gegessen und sei mit ihnen auf das Zimmer gegangen. Er sei dann rausgegangen, um zu rauchen. Er sei runtergekommen in den zweiten Stock zu dieser Frau. Sie habe ihn angesprochen und sie seien zusammen in ihr Zimmer gegangen. Dort habe er auf ihr Handy geguckt, um zu sehen, ob das WhatsApp funktioniere. Sie habe ihn dabei an seiner Hand und seinem Knie angefasst und gelacht. In dieser Zeit habe er ihr dann per WhatsApp geschrieben und gefragt, ob sie mit ihm Sex wolle. Er habe sie nicht direkt gefragt, weil er ihre Sprache nicht könne. Die Frau habe ihn angeschaut und mit «yes» geantwortet. In diesem Moment hätten sie dann Geschlechtsverkehr gehabt. Das Kleinkind sei dabei daneben auf dem Bett gelegen, es habe geschlafen. Weshalb ihn die Frau nun beschuldige, könne er nicht verstehen. Als sie fertig gewesen seien, habe er ihr gesagt, er habe Familie, das sei das erste und letzte Mal gewesen. Vielleicht sei sie deshalb wütend auf ihn.

### **E. 5.2.3**

Am 20. Januar 2017 erfolgte die dritte Befragung des Beschuldigten, wieder durch denselben Polizisten wie bei der ersten Befragung. Der Beschuldigte war zuvor bei der Einvernahme der Geschädigten zusammen mit einem Dolmetscher und seinem Verteidiger dabei. Was die Frau dort gesagt habe, stimme nicht, es sei keine Vergewaltigung gewesen. Der befragende Polizist wies ihn auf die Widersprüche zu der ersten Befragung hin, wo er noch jeden sexuellen Kontakt mit der Frau und einen Aufenthalt in ihrem Zimmer bestritten gehabt habe. Der Beschuldigte erklärte das mit Problemen bei der Übersetzung. Er habe den Dolmetscher nicht verstanden gehabt (AS 55). Auf Vorhalt, es sei aber nicht nachvollziehbar, dass er in der damaligen Einvernahme in keiner Weise zu verstehen gegeben habe, dass es Verständigungsprobleme mit dem Dolmetscher gegeben habe, ob er das erklären könne, wiederholte der Beschuldigte einfach, er habe den Dolmetscher wirklich nicht richtig verstanden. Weshalb er damals davon nichts gesagt hatte, erklärte er nicht. Der Beschuldigte beschrieb dann, wie es zu dem einvernehmlichen Sex mit der Geschädigten gekommen sei. Er habe sie vom Sehen her gekannt, sie seien auch zusammen vom Bahnhof nach [Asylunterkunft ] gefahren. Am Tag, als das passiert sei, habe er ihr mit dem WhatsApp geholfen. Später habe er die Frau bei ihrem Zimmer in der Tür gesehen. Sie habe gesagt, dass bei ihr das WhatsApp nicht funktioniere, er habe gesagt, gib mir dein Handy, sie habe ihn dann in ihr Zimmer gebeten. Dort habe sie ihn am Hals und an der Schulter angefasst und ihn angelächelt und ihn oben am Bein angefasst. Er habe ihr dann geschrieben, ob sie Sex möchte und sie habe geschrieben nein. Er habe dann gehen wollen, da habe sie ihn am Arm gepackt und gesagt «yes, yes». Er habe gefragt, was yes? Sie habe dann mit der Hand so Zeichen gemacht für Sex. Ihr Sohn sei ganz hinten auf dem Bett gewesen und sie hätten zusammen Sex gehabt. Warum sie vorher mit dem Handy «no» geschrieben habe, wisse er nicht. Auf Vorhalt, er habe sie aber mit dem Handy, als er nach Sex gefragt habe, auch nach ihrer Zimmernummer gefragt, was sie ebenfalls mit «no» beantwortet habe. Er sei also zum Zeitpunkt, als er nach Sex gefragt habe, noch gar nicht in ihrem Zimmer gewesen. Seine unklare Antwort auf diesen Vorhalt war: «Wenn ich diese Frau einfach über Sex gefragt habe, waren wir zusammen im Zimmer gesessen» (AS 59). Auf den weiteren Vorhalt, es gehe aber aus dem Chat auch klar hervor, dass die Frau nichts mit ihm habe zu tun haben wollen, sagte er, sie habe einfach Spiele gemacht. Sie habe einen negativen Asyl-Entscheid bekommen, sie wolle aber hierbleiben. Sie habe das mit dem «no no no» extra gemacht, damit sie hierbleiben könne. Auf Vorhalt der Aussagen der Geschädigten sagte der Beschuldigte, die Frau habe ihn zuerst angefasst und dann habe er das gleiche gemacht, sie hätten ja dann zusammen Sex gemacht. Das Baby habe geschlafen und sie hätten einfach mit dem Sex angefangen.

### **E. 5.2.4**

In der Befragung vor der Vorinstanz am 21. Juni 2017 wurde der Beschuldigte noch einmal mit seinen Aussagen konfrontiert, wonach er die Geschädigte per SMS nach Sex gefragt habe, als er bei ihr im Zimmer gewesen sei. Diese Anfrage war nämlich nach den Auswertungen der Polizei um 14:16 Uhr erfolgt und er fragte sie mit SMS um 14:45 Uhr nach ihrer Zimmernummer, was sie ebenfalls mit «no» beantwortete. Darauf dachte der Beschuldigte ein wenig nach und sagte dann, er könne sich nicht erinnern. Er blieb bei seiner Version, wonach ihn die Frau ins Zimmer gebeten habe und es dort auf ihre Initiative hin zum Sex gekommen sei. (Auf Frage) Er sei bei der auf dem Rücken liegenden Frau mit dem Penis in ihre Scheide eingedrungen und er sei kurz darauf ausserhalb ihrer Vagina zum

Samenerguss gekommen. Er habe sie nicht dazu gezwungen. Wenn sie das behauptet, dann deshalb, weil sie einen negativen Asylentscheid bekommen habe und sich damit erhoffe, hierbleiben zu können. Vor dem Berufungsgericht machte er zur entsprechenden Frage keine Aussagen mehr.

## **E. 6**

Auch der Schutz des Familienlebens führt nicht zur Bejahung eines Härtefalles. Die Familie des Beschuldigten verfügt über kein gesichertes Aufenthaltsrecht, vielmehr steht oder fällt dieses mit jenem des Beschuldigten. Wird dem Beschuldigten die Flüchtlingseigenschaft nicht zugestanden, gilt dies auch für seine Familie.

Auch unter Berücksichtigung des geringen Grads der Integration des Beschuldigten liegt kein Härtefall vor. Der Beschuldigte befindet sich erst seit September 2015 in der Schweiz, wobei er allerdings erst seit Kurzem mit seiner Ehefrau und seinen Kindern zusammenlebt, da diese erst später aus Syrien nachkamen und dann vorerst ohne den Beschuldigten im [Asylunterkunft ] wohnten. Von einem langen gefestigten Zusammenleben in der Schweiz kann folglich nicht die Rede sein. Der Beschuldigte spricht nur sehr spärlich Deutsch, verfügt über keine Arbeitsstelle und seine Familie lebt von der Sozialhilfe.

### **E. 6.1**

Der Beschuldigte vermutet, die Geschädigte behauptet nach einvernehmlichem und von ihr inszeniertem Sexualverkehr nun fälschlicherweise eine Vergewaltigung, weil sie einen negativen Asylentscheid erhalten habe und sich wohl erhoffe, als Opfer einer solchen Straftat länger in der Schweiz bleiben zu können.

Eine solche Annahme (Nullhypothese), lässt sich aus den nachfolgenden Gründen nicht halten:

#### **E. 6.1.1**

Vorab kann die Handlung der Geschädigten nach einem solchen Plan ausgeschlossen werden: Aus dem bei ihr sichergestellten WhatsApp-Chat ergibt sich ein eindeutiges Bild. Es war der Beschuldigte, der die Geschädigte ab 13:12 Uhr kontaktiert hat. Er war es, der der Geschädigten Avancen machte, welche diese konsequent ablehnte. Der Chat mündete in der unverblühten Mitteilung des Beschuldigten an die Geschädigte um 14:16 Uhr: «Ich möchte Sex mit dir», was die Geschädigte mit «nein» beantwortete. Nachdem er versucht hatte, sie anzurufen und sie den Anruf nicht entgegengenommen hatte, schrieb er ihr im Chat um 14:46 Uhr. «Wenn ich deine Zimmernummer habe, komme ich zu dir», was seitens der Geschädigten um 14:47 Uhr wiederum klar abwehrend mit «no» beantwortet wurde.

#### **E. 6.1.2**

Die Geschädigte hat die SMS des Beschuldigten mit der Anfrage nach Sex und ihrer Zimmernummer nachweislich sofort und klar per SMS abgewiesen. Die Behauptungen des Beschuldigten, er sei zum Zeitpunkt dieses SMS-Verkehrs bereits in ihrem Zimmer gewesen, er habe sie per SMS nach Sex gefragt, während sie neben ihm auf dem Bett gesessen sei und ihn angefasst habe, ist nicht nur abstrus, sondern nachweislich falsch. Dieser SMS-Verkehr fand viel früher, bereits um 14:16 bzw. 14:45 Uhr statt. Er fragte sie zuerst nach Sex und erst 30 Minuten später nach der Zimmernummer.

#### **E. 6.1.3**

Für die Analyse der Entstehungsgeschichte der Aussage der Geschädigten ist vorab ihrer persönlichen Situation Rechnung zu tragen. Sie hatte vor kurzer Zeit ihr erstes Kind zur Welt gebracht, war als Asylsuchende alleine mit ihrem Kleinkind im [Asylunterkunft ] und sprach nur Albanisch. Sie schilderte ihre Gefühlslage unmittelbar nach dem Ereignis nachvollziehbar, wenn sie ausführte, sie habe zuerst niemandem davon erzählen wollen, weil sie sich geschämt und nicht gewusst habe, wie sie das Erlebte schildern solle. Sie habe dann aus Angst, der Beschuldigte könnte das wiederholen, entschieden, davon zu erzählen. Sie schilderte auch ihre Überlegungen und Gefühle, die beim Planen ihres weiteren Vorgehens aufgekommen waren. Sie wollte es dem «Chef» sagen, das war aber ein türkischer Mann, weshalb sie Hemmungen gehabt habe. Sie wandte sich daher an eine türkische Familie, mit der sie im Heim schon Kontakt gehabt hatte. Sie erzählte es vorerst der Frau, diese dann ihrem Mann, der anschliessend den Chef auf Türkisch informierte. Dieser nahm sich der Angelegenheit an, ging dabei aber ungeschickt und unangemessen vor, indem er den Beschuldigten auf dem Gang, vor anderen Leuten und in Anwesenheit der Geschädigten, zur Rede stellte und ■ nachdem der Beschuldigte bestritten hatte, bei der Geschädigten im Zimmer gewesen zu sein ■ die beiden dort mit ihren Aussagen konfrontierte. Dass sich die Geschädigte dabei sehr unwohl fühlte und auch enttäuscht war, dass dieser «Chef» den Beschuldigten wieder ziehen liess und auch nicht die Polizei informierte, ist nachvollziehbar. Sie hat vorerst versucht, den höheren Chef im Heim selber zu kontaktieren, aber es waren die Festtage Silvester und Neujahr und es gelang ihr nicht. Sie wandte sich schliesslich an eine Vertrauensperson, die sie kannte und die ihr ihre Telefonnummer gegeben hatte, die Dolmetscherin der Hebamme. Diese befand sich zwar im Ausland, rief aber aufgrund des Telefonats mit der Geschädigten den oberen Chef des Asylheims an, welcher in der Folge die Polizei benachrichtigte, worauf es zu den ersten protokollierten Aussagen der Geschädigten kam.

Bei dieser Entstehungsgeschichte der ersten Aussage der Geschädigten sind keine Fehlerquellen erkennbar.

#### **E. 6.1.4**

Die Aussagen der Geschädigten sind als zuverlässig zu würdigen. Wie dargelegt, gibt es in ihren Aussagen einerseits zahlreiche Realkennzeichen und andererseits keine Phantasiesignale. Die in freier Rede gemachten Ausführungen hatten einen hohen Detaillierungsgrad. Sie schilderte dabei die Ereignisse in unterschiedlichen zeitlichen und räumlichen Abschnitten und verknüpfte diese in ihren Schilderungen miteinander: Der erstmalige Kontakt mit dem Beschuldigten im Gemeinschaftsraum des Asylheims, bei dem eine weitere Frau beteiligt war und bei dem es um die Einrichtung der Handys ging. Wie der Beschuldigte dadurch zu ihrer Telefonnummer kam und sie daraufhin in eindeutiger Absicht kontaktierte und sie diese sexuellen Annäherungsversuche des Beschuldigten klar ablehnte. Dieser Ablauf wird durch die Aufzeichnungen des Chat-Protokolls in ihrem Handy belegt und wird vom Beschuldigten auch nicht bestritten. Dann die zweite räumliche und zeitliche Ebene, etwas später in ihrem Zimmer, wo sie sich mit ihrem Baby zum Schlafen zurückgezogen hatte und wo der Beschuldigte dann trotz ihren Absagen auftauchte. Und schliesslich nach dem Geschlechtsverkehr die Bemühungen der Geschädigten, den (unteren) Chef, einen türkischen Mann, zu kontaktieren, dann die für sie belastende Situation mit den Konfrontationen auf dem Gang vor den anderen Heimbewohner. Die Geschädigte schilderte dabei immer auch eigene psychische Vorgänge, was sie empfand, als der Mann trotz der Zurückweisung vor der Tür stand und in ihr

Zimmer eindrang, wie sie während des Geschlechtsaktes an eine in der Kindheit erlebte Vergewaltigung erinnert wurde, wie sie nach der Tat Angst vor Komplikationen hatte, vor der Reaktion der Menschen, wenn sie die Ereignisse schildern würde, und vieles andere mehr. Die Geschädigte nahm darüber hinaus auch Einschätzungen über die inneren Vorgänge beim Beschuldigten vor. Während er am Anfang beim Eindringen in das Zimmer von den Drohungen der Geschädigten, den Chef, die Polizei und seine Frau über sein Verhalten zu orientieren, wenig beeindruckt gewesen sei und er das einfach habe machen wollen, habe sie danach, als alles vorbei gewesen sei und sie nochmals die Polizei erwähnt habe, beim Beschuldigten Angst verspürt. Auch das von der Geschädigten geschilderte ausserordentliche Detail, wonach der Beschuldigte während des Vollzugs des Geschlechtsverkehrs ein arabisches Lied gesungen habe, verknüpfte sie mit einem psychischen Vorgang des Beschuldigten: Er habe dabei glücklich gewirkt (AS 77).

Zu erwähnen sind auch folgende weiteren Details, welche die Geschädigte geschildert hat:

Bei den Aussagen der Geschädigten ist grundsätzlich auch eine hohe Konstanz, insbesondere bei der Schilderung des Kerngeschehens, festzustellen, wobei zu beachten ist, dass das Kerngeschehen nicht nur das Eindringen des Beschuldigten in die Geschädigte umfasst, wie dies die Verteidigung suggeriert. Das Kerngeschehen umfasst vielmehr den ganzen Ablauf, beginnend mit dem Klopfen an der Zimmertür und dem anschliessenden Eintreten des Beschuldigten ins Zimmer der Geschädigten. Die hohe Konstanz ergibt sich in Bezug auf ihre Reaktion beim Auftauchen des Beschuldigten vor ihrer Zimmertür, die sie mit dem Kind auf dem Arm geöffnet hat. Aber auch bei der Schilderung der vom Beschuldigten angewandten Gewalt, wie er sie von der Tür her in das Zimmer zurückgestossen und die Tür geschlossen habe, sie dann auf das Bett gestossen, das Kind weggenommen und neben sie auf das Bett gelegt habe, und ihr schliesslich den Mund zugehalten habe. Dass es in einzelnen Details auch zu Abweichungen kam, so insbesondere bezüglich der Frage, ob der Beschuldigte die Tür nur zugemacht oder auch abgeschlossen habe, spricht nicht gegen die Glaubhaftigkeit der Aussagen, wird doch insbesondere im Schweizer Sprachgebrauch kaum präzise unterschieden, ob eine Tür geschlossen im Sinne von zuziehen oder geschlossen im Sinne von verriegelt wird. Die Abweichung ist vor diesem Hintergrund ohne Weiteres nachvollziehbar. Wenn die Geschädigte in der Befragung vor der Vorinstanz in der Tat weniger präzise als in den früheren Einvernahmen war, ist dies erfahrungsgemäss mit dem Zeitablauf zu erklären, ebenso die etwas andere Umschreibung der vom Beschuldigten angewendeten Gewalt. Wie erwähnt, schilderte sie dabei dasselbe Vorgehen des Beschuldigten, aber bezeichnete dieses in ihrer Wahrnehmung gewaltvoller als zuvor.

Wie bereits dargelegt, ist es entgegen den Vorbringen des Beschuldigten kein Indiz für die angebliche Unwahrheit der Aussagen der Geschädigten, dass sie in Bezug auf die zentrale Frage des Eindringens keine klaren und immer gleichen Aussagen gemacht hat. Mit der Vorinstanz (US 19) ist im Gegenteil daraus auf ein Realkennzeichen zu schliessen: Hätte die Geschädigte eine Vergewaltigung (nach einvernehmlichem, vom Beschuldigten nicht bestrittenem Geschlechtsverkehr) erfinden sollen, so hätte sie die Frage nach dem Eindringen mit dem Penis in die Vagina klipp und klar bejaht. Sie hat aber offengelegt, dass sie in diesem Moment wie weggetreten gewesen sei, als er ihr den Mund zugehalten habe.

#### **E. 6.1.5**

Die Aussagen des Beschuldigten sind von extremen Widersprüchen geprägt. Dies ist ihm zwar nicht vorzuwerfen, denn er ist als beschuldigte Person nicht zur Wahrheit verpflichtet. Seine Aussagen sind aber in keiner Art und Weise geeignet, die oben dargelegte Einschätzung, wonach die Aussagen der Geschädigten aufgrund einer umfassenden Analyse sehr glaubhaft sind, in Frage zu stellen. Nebenbei sei erwähnt, dass der Beschuldigte sogar in Bezug auf den vorgeworfenen Haschischkonsum lavierte.

Wie dargelegt, verneinte der Beschuldigte in einer ersten Phase sowohl bei der Konfrontation im Asylheim als auch bei der ersten polizeilichen Befragung sexuelle Kontakte mit der Geschädigten. Er behauptete im Rahmen der polizeilichen Befragung vorab, er sei am 31. Dezember 2016 gar nicht im [Asylunterkunft ] gewesen. Erst als man ihm das Gegenteil mit vorgelegten Dokumenten beweisen konnte, räumte er seinen Aufenthalt ein, bestritt aber vorerst noch immer einen Vorfall mit der Geschädigten. Er bestritt dies auch noch, als man ihm eröffnete, die Geschädigte habe der Polizei einen Slip mit angeblichem Sperma darauf abgegeben, das nun untersucht werde. Erst anschliessend vollzog der Beschuldigte wiederum eine Kehrtwende und gestand nun ein, mit der Geschädigten geschlafen zu haben, behauptet aber fortan, das sei einvernehmlich gewesen. Die bisherige Bestreitung sei auf ein Missverständnis bei der Übersetzung zurückzuführen. Die diesbezüglichen Abklärungen ergaben aber für ein solches Übersetzungsproblem keine Anhaltspunkte. Immerhin liesse sich das Verhalten des Beschuldigten bis dahin auch mit einem Versuch erklären, ein Fremdgehen zu verheimlichen.

Völlig unglaublich sind die Erklärungen des Beschuldigten, wie es denn zu einem einvernehmlichen Geschlechtsverkehr gekommen sein könnte, obwohl die Geschädigte dies ja gemäss Chat-Protokoll auf entsprechende Anfrage des Beschuldigten klar und deutlich abgelehnt hatte. Seine Geschichte, wie es dann trotz dieser Ablehnung zu einvernehmlichem Sex gekommen sein soll, macht seine Aussagen endgültig unglaublich: Er habe sie in ihrem Zimmer, nebeneinander auf dem Bett sitzend, per WhatsApp angefragt, ob sie mit ihm Sex haben wolle, was sie tatsächlich mit «no» abgelehnt habe. Daraufhin sei er aufgestanden und habe gehen wollen. Sie habe ihn dann aber am Arm zurückgehalten und ihm gesagt, er solle bleiben. ■ Neben der geradezu grotesken Situation, dass sich hier zwei Menschen, die (so der Beschuldigte) miteinander Sex haben wollen und nebeneinander auf dem Bett sitzen, per WhatsApp kommunizieren und die Frau darin klar nein sagt, aber (so der Beschuldigte) offenbar ja meint, werden seine Aussagen auch dadurch der Lüge überführt, dass der Beschuldigte 30 Minuten später die Geschädigte nach ihrer Zimmernummer fragt (welche auch diese Anfrage mit «no» beantwortet)! ■ Auf diesen eklatanten Widerspruch angesprochen, konnte der Beschuldigte dann nichts mehr sagen; er flüchtete sich in eine fehlende Erinnerung bzw. verwies in der Berufungsverhandlung auf das Plädoyer seines Anwalts, welches aber eine Erklärung für einen solchen Ablauf ebenso schuldig blieb. Bereits der WhatsApp-Verlauf überführt den Beschuldigten somit der Lüge.

Die vom Beschuldigten behaupteten Motive der Geschädigten für eine Falschaussage sind ebenfalls widerlegt. Sie basieren alle auf der Annahme eines Geschlechtsverkehrs im gegenseitigen Einverständnis und auf Initiative der Geschädigten, indem sie ■ so die Haupttheorie des Beschuldigten ■ ihn verführt und dann eine Vergewaltigungsgeschichte erfunden haben soll oder dass sie nachträglich aus Wut, aus Scham vor den Frauen im Asylheim oder aus Angst vor einer erneuten unehelichen Schwangerschaft die

Vergewaltigung behauptet habe. Als Hauptargument für eine angebliche falsche Anschuldigung wurde vor dem Berufungsgericht erneut ins Feld geführt, die Geschädigte habe sich als angebliches Vergewaltigungsoffer asylrechtlich einen längeren Aufenthalt in der Schweiz sichern wollen. Diese Behauptung ist geradezu aktenwidrig. So schrieb die Opfervertreterin am 15. März 2017 an Staatsanwalt B.\_\_\_\_, ihre Mandantin beabsichtige, mit ihrem Baby so rasch als möglich in ihr Heimatland zurückzukehren. Sollte der Staatsanwalt allfällige Einvernahmen oder anderweitige Untersuchungshandlungen planen, die die Anwesenheit ihrer Mandantin erfordern würden, bitte sie ihn um entsprechende Mitteilung (AS 152).

Es ist nach dem eindeutigen und unzweifelhaften Beweisergebnis allein der Beschuldigte, der Sex mit der Geschädigten wollte, die Geschädigte lehnte die Annäherungsversuche des Beschuldigten ab und der vom Beschuldigten geschilderte Ablauf mit der SMS-Anfrage nach Sex im Zimmer nebeneinandersitzend mit unmittelbar folgendem Geschlechtsverkehr ist ausgeschlossen, da er sie 30 Minuten später nach der Zimmernummer fragte.

#### **E. 6.1.6**

Es sind damit auch die objektiven Beweismittel, insbesondere der WhatsApp Chatverlauf, welche die Aussagen der Geschädigten, dass sie den Geschlechtsverkehr mit dem Beschuldigten nicht wollte, stützen und den Beschuldigten, der das Gegenteil behauptet, der Lüge überführen. Bezeichnenderweise war auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten nicht nur der entsprechende Chatverlauf, sondern die WhatsApp-Applikation gelöscht, als die Polizei das Gerät am 4. Januar 2017 beschlagnahmte.

#### **E. 6.2**

Der in der Anklageschrift vom 31. Juli 2017 in den Ziffern 1 und 2 umschriebene Sachverhalt ist erstellt. Der Beschuldigte hat am Tattag den Kontakt zu der Geschädigten hergestellt und sich ihre Telefonnummer beschafft. Er fragte sie anschliessend erfolglos, ob sie mit ihm Sex haben wolle und ob sie ihm seine Zimmernummer gebe. Beides hat sie klipp und klar abgelehnt. Trotzdem erschien der Beschuldigte später vor ihrem Zimmer, schubste die Geschädigte nach dem Öffnen der Türe in das Zimmer, schloss die Tür und warf die Geschädigte auf das Bett. Er bedrängte und küsste sie, nahm ihr das Baby weg und vollzog gegen ihren Willen den Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss, der ausserhalb der Vagina stattfand. Die Geschädigte hatte klar nein gesagt und versucht, sich zu wehren.

#### **E. 6.3**

##### **Betäubungsmittelkonsum**

Der vorgehaltene Konsum von Haschisch-Zigaretten im Zeitraum September 2015 (Einreise in die Schweiz) bis Ende Dezember 2016 basiert auf den Aussagen des Beschuldigten. Der Einwand der Verteidigung, seine Aussagen seien die Folge einer «Fishing Expedition», einer unzulässigen Beweisausforschung, kann nicht gehört werden. Denn der Beschuldigte wurde vor seiner Aussage vom 4. Januar 2017 bei der Polizei korrekt über seine Rechte als Beschuldigter belehrt und er hat anschliessend auf die Frage, ob er illegale Betäubungsmittel konsumiere, angegeben, vielleicht einmal pro Monat oder pro zwei Monate eine Haschischzigarette zu konsumieren (AS 48). Am 21. Juni 2017 wurde er zum Betäubungsmittelkonsum noch durch den Staatsanwalt befragt, wobei der Beschuldigte den Konsum nicht bestritt, aber nur noch einmal konsumiert haben wollte (AS 99). Es ist aber auf seine ersten Aussagen abzustellen. In der Einvernahme des

Staatsanwalts versuchte der Beschuldigte sichtlich, seinen Konsum herunterzuspielen, indem er angab, lediglich einmal Haschisch konsumiert zu haben. Der Vorhalt gemäss Anklageziffer 3 ist gestützt auf die Aussagen des Beschuldigten vom 4. Januar 2017 ebenfalls erstellt.

#### IV. Rechtliche Würdigung

##### 1. Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 1 StGB)

1.1. Wer eine Person weiblichen Geschlechts zur Duldung des Beischlafs nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft (Art. 190 Abs. 1 StGB).

Art. 190 StGB bezweckt den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung und erfasst alle erheblichen Nötigungsmittel. Es soll ebenfalls das Opfer geschützt werden, das in eine ausweglose Situation gerät, in der es ihm nicht zumutbar ist, sich dem Vorhaben des Täters zu widersetzen, auch wenn dieser keine Gewalt anwendet (BGE 131 IV 167 E. 3.1). Prinzipiell genügt der ausdrückliche Wille, den Geschlechtsverkehr nicht zu wollen. Die Art. 189 Abs. 1 und Art. 190 Abs. 1 StGB «tendent à protéger la libre détermination en matière sexuelle, en réprimant de manière générale la contrainte dans ce domaine, ayant pour objet d'amener une personne, sans son consentement, à faire ou subir l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel» (BGE 122 IV 97 E. 2b). Der entgegenstehende Wille muss unzweideutig manifestiert werden. Die von der Rechtsprechung geforderte Widersetzlichkeit des Opfers ist nichts anderes als eine tatkräftige und manifeste Willensbezeugung, mit welcher dem Täter unmissverständlich klargemacht wird, den Geschlechtsverkehr oder die sexuelle Handlung nicht zu wollen. Unter dem Nötigungsmittel der Gewalt ist nicht mehr verlangt als das Mass an körperlicher Kraftentfaltung, das notwendig ist, um sich über diese entgegenstehende Willensbetätigung hinwegzusetzen. Ebenso verhält es sich mit dem Nötigungsmittel des Unter-psychischen-Druck-Setzens. Dieses muss eine der Gewaltanwendung oder Bedrohung vergleichbare Intensität erreichen (BGE 131 IV 167 E. 3.1 S. 171). Darunter ist nicht mehr verlangt, als die psychische Einwirkung auf das Opfer, die darauf gerichtet ist, dessen geleisteten oder erwarteten Widerstand zu brechen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_304/2012 vom 8. November 2012 E. 2.2 mit Hinweis und 6B\_385/2012, E. 3.3.).

1.2. Der Beschuldigte bestreitet nicht, mit seinem Penis in die Vagina der Geschädigten eingedrungen zu sein. Der vollzogene Geschlechtsverkehr ist das unbestrittene Beweisergebnis. Der Umstand des Samenergusses ausserhalb der Vagina ist ohne Bedeutung. Zu prüfen ist, ob die Geschädigte im obgenannten Sinne zur Duldung des Geschlechtsverkehrs genötigt worden ist.

Nach dem vorne dargelegten Beweisergebnis erschien der Beschuldigte überraschend vor der Tür der Geschädigten, obwohl diese die vorgängigen Anfragen des Beschuldigten per SMS nach Sex und nach Mitteilung ihrer Zimmernummer klar verneint hatte. Er wirkte anschliessend körperlich auf die Geschädigte ein, indem er sie von der Tür weg ins Zimmer und auf das Bett schubste, ihr das Kleinkind, das die Geschädigte noch immer auf den Armen hielt, wegnahm und neben sie auf das Bett legte. Der Beschuldigte hielt der Geschädigten den Mund zu, schob ihr Nachthemd hoch, legte sich auf sie und drang in sie ein. Die Geschädigte sagte immer wieder «nein, nein» und versuchte, den Beschuldigten wegzustossen. Es war dies ein deutlich manifestierter Wille der Geschädigten, den

Geschlechtsverkehr nicht zu wollen. Die vom Beschuldigten angewendeten Nötigungsmittel, das Ausmass der vom Beschuldigten eingesetzten körperlichen Gewalt und die Situation mit dem Kleinkind daneben auf dem Bett waren geeignet, sich über die entgegenstehende Willensbetätigung der Geschädigten und deren Widerstand hinwegzusetzen und ermöglichte es ihm, den Geschlechtsverkehr gegen ihren Willen zu vollziehen. Entgegen den Ausführungen des Verteidigers, welcher moniert, der Beschuldigte habe keine grosse Gewalt angewandt, die Geschädigte hätte sich dementsprechend wehren können, ist von einer körperlichen Überlegenheit des Beschuldigten auszugehen, welche ihm erlaubte, auch unter Ausnützung eines gewissen Überraschungseffekts, die Geschädigte, welche wegen des in den Armen gehaltenen Babys nicht beide Arme frei hatte, um den Beschuldigten abzuwehren, mit relativ geringer Gewalt von der Tür auf das Bett zu stossen. Dass er ihr schliesslich das Baby entriss, dürfte sie zusätzlich «entwaffnet» haben. Einmal auf dem Bett liegend, war es ihr kaum mehr möglich, den Beschuldigten aus eigenen Kräften davon abzuhalten, in sie einzudringen. Dabei darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich die Geschädigte ohnehin schon in einer misslichen Situation befand, alleine in der Schweiz, nur einen Monat nach ihrer ersten Geburt, verstossen von ihrer Familie infolge des erwarteten unehelichen Kindes. Nach ihren Aussagen wurde sie zudem nicht zum ersten Mal Opfer einer Vergewaltigung. Sie führte vor dem Berufungsgericht nachvollziehbar aus, damals kraftlos und erschöpft gewesen zu sein. Sie habe nicht genug Kraft gehabt, sich gegen den Beschuldigten zu wehren. Abschliessend ist zu erwähnen, dass der Einwand der Verteidigung, der Körper der Geschädigten sei voluminöser als jener des Beschuldigten, diese physische Konstitution hätte dem Opfer eine Gegenwehr erlaubt, nicht stichhaltig ist. Abgesehen davon, dass der Beschuldigte alles andere als einen schwächtigen Körper aufweist, vielmehr sportlich und seinem Alter entsprechend kräftig wirkt, bedeutet ein leicht adipöser Körper, wie ihn die Geschädigte damals und auch heute noch aufweist, nicht, dass es sich auch um einen kräftigen Körper handelt. Es ist notorisch, dass Körpermasse nicht mit Kraft gleichgesetzt werden kann.

Angesichts des von der Geschädigten von Anfang an ausdrücklich geäusserten Willens, mit dem Beschuldigten keinen Sex zu wollen, und ihrem deutlich abwehrenden Verhalten gegen sein Eindringen in die Wohnung und sein gewaltsames Handeln, ist von einem direkt-vorsätzlichen Handeln des Beschuldigten auszugehen. Daran vermag auch die Alkoholisierung des Beschuldigten nichts zu ändern. Sein Verhalten vor, während und nach der Tat war zielgerichtet und logisch, nichts lässt auf eine Beeinträchtigung seiner Fähigkeit schliessen, das Unrecht seiner Tat, der Begehung eines Sexualdelikts, zu erkennen und nach dieser Erkenntnis zu handeln. Er beschaffte sich die Handynummer der Geschädigten, fragte sie nach Sex und ihrer Zimmernummer, begab sich trotz Ablehnung zu ihrem Zimmer, stiess sie in ihr Zimmer und vollzog gegen ihren Willen den Geschlechtsverkehr. Nach der Tat von einem Mitarbeiter des Asylheims zur Rede gestellt, bestritt er, im Zimmer der Geschädigten gewesen zu sein, und entfernte sich unverzüglich aus dem Heim.

Der Beschuldigte hat sich der Vergewaltigung gemäss Art. 190 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

## 2. Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB)

Der Beschuldigte betrat gegen den Willen der Geschädigten und trotz ihrer ausdrücklichen Aufforderung, zu gehen, das von ihr im Asylheim bewohnte Zimmer. Er ist damit gegen den Willen der Berechtigten in das Zimmer eingedrungen und er hat objektiv den

Tatbestand des Hausfriedensbruchs nach Art. 186 StGB erfüllt. In subjektiver Hinsicht handelte der Beschuldigte mit direktem Vorsatz, da die Berechtigte ihren ablehnenden Willen sehr deutlich zum Ausdruck gebracht und er diesen auch erkannt hatte. Ein gültiger Strafantrag liegt vor. Der Beschuldigte hat sich wegen Hausfriedensbruchs schuldig gemacht.

### 3. Mehrfache Widerhandlungen gegen das BetmG

Im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils, am 23. April 2018, waren die Übertretungen des Betäubungsmittelgesetzes für den ganzen Zeitraum des Vorhaltes noch nicht verjährt. Nach Art. 97 Abs. 3 StGB tritt die Verjährung nicht mehr ein, wenn, wie vorliegend, vor Ablauf der Verjährungsfrist eine erstinstanzliche Verurteilung ergangen ist. Der Schuldspruch der Vorinstanz wegen mehrfacher Übertretung des BetmG, begangen in der Zeit vom 1. September 2015 bis 31. Dezember 2016, ist demnach zu bestätigen.

## V. Strafzumessung

### 1. Allgemeines

1.1 Gemäss Art. 47 Abs. 1 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. Die Bewertung des Verschuldens wird in Art. 47 Abs. 2 StGB dahingehend präzisiert, dass dieses nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt wird, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Nach Art. 50 StGB hat das Gericht die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten.

Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Innerhalb der Kategorie der realen Strafzumessungsgründe ist zwischen der Tatkomponente, welche nun in Art. 47 Abs. 2 StGB näher umschrieben wird, und der in Abs. 1 aufgeführten Täterkomponente zu unterscheiden (Trechsel/Thommen in: Stefan Trechsel/Mark Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 47 StGB N 16 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Praxis).

Bei der Täterkomponente sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe des Schuldigen, die Art. 47 Abs. 2 StGB ausdrücklich erwähnt, zu beachten (vgl. BGE 129 IV 6 E. 6.1).

Die Täterkomponente umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren (vgl. BGE 129 IV 6 E. 6.1).

Die Strafempfindlichkeit (neu in Art. 47 Abs. 1 StGB als «Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters» erfasst) betrifft nicht mehr die Frage des Verschuldens, sondern des ihm entsprechenden Masses an Strafe. Die Schwere des dem Betroffenen mit der Strafe zugefügten Übels kann auch von seiner persönlichen Situation abhängen. So wird ein alter Mensch durch den Vollzug einer Freiheitsstrafe härter getroffen als ein jüngerer mit weitaus grösserer Lebenserwartung, ein kranker härter als ein gesunder, und das sollte strafmindernd ins Gewicht fallen. Auch dürfen zu Gunsten des Täters Folgen der Tat und ihrer strafrechtlichen Ahndung berücksichtigt werden, die ihn härter getroffen haben als

andere, oder die noch zu erwarten sind, wie beim Verlust eines Angehörigen durch einen fahrlässig verursachten Verkehrsunfall, bei erheblichen finanziellen Lasten durch die zivilrechtliche Haftung für den deliktisch herbeigeführten Schaden oder die Verfahrenskosten oder bei Einbussen in der sozialen Stellung und bei schwer wiegenden beruflichen oder familiären Auswirkungen.

Das Gesamtverschulden ist zu qualifizieren und mit Blick auf Art. 50 StGB im Urteil ausdrücklich zu benennen, wobei von einer Skala denkbarer Abstufungen nach Schweregrad auszugehen ist. Hierauf ist in einem zweiten Schritt innerhalb des zur Verfügung stehenden Strafrahmens die (hypothetische) Strafe zu bestimmen, die diesem Verschulden entspricht (BGE 136 IV 55 E. 5.7).

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). Es ist aber methodisch nicht korrekt, den ordentlichen Strafrahmen aufgrund von mehreren Taten in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB automatisch zu erweitern (Urteil des Bundesgerichts 6B\_853/2014, E. 4.2). 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. 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 (BGE 136 IV 55 E. 5.8.). Liegen solche Umstände nicht vor, ist der erhöhte Rahmen auch nicht als theoretische Möglichkeit bei der Strafzumessung zu erwähnen.

Bei der Bildung der Gesamtstrafe gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vorab der Strafrahmen für die schwerste Straftat 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. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es in Ausnahmefällen möglich, einzelne Tatkomplexe, die eng zusammenhängen, als schwerstes Delikt für die Festsetzung der Einsatzstrafe zusammenzufassen. Dieses Vorgehen ist im Urteil zu begründen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_899/2014 vom 7.5.2015 E. 2.3.) 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 (Urteil des Bundesgerichts 6B\_405/2011 vom 24.1.2012 E. 5.4). Nach der Festlegung der Gesamtstrafe für sämtliche Delikte sind endlich die Täterkomponenten zu berücksichtigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_865/2009 vom 25.3.2010 E. 1.6.1).

## 2. Konkrete Strafzumessung

### 2.1 Strafrahmen

Schwerste Tat ist im vorliegenden Fall die Vergewaltigung, welche mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren sanktioniert wird und demnach ein Verbrechen darstellt. Der Hausfriedensbruch wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Der Hausfriedensbruch steht mit der Vergewaltigung in einem derart engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang, dass von einem Tatkomplex im Sinne der

obgenannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung auszugehen und ausnahmsweise direkt eine Freiheitsstrafe für beide Delikte auszufallen ist.

## 2.2 Tatkomponente

Der Beschuldigte setzte einerseits keine massiven Nötigungsmittel ein und wandte nur wenig Gewalt an. Andererseits war aber aufgrund der besonderen Verletzlichkeit der Geschädigten auch keine grössere Gewaltanwendung nötig. Es war dem Beschuldigten bekannt, dass diese erst vor kurzer Zeit ein Kind geboren hatte und sich deswegen noch immer in ärztlicher Behandlung befand. Das Kind befand sich denn auch im Zimmer. Einer der Abwehrversuche der Geschädigten war es, dem Beschuldigten das Aufgebot für die ärztliche Kontrolle in der Hoffnung zu zeigen, er würde von seinem Vorhaben Abstand nehmen, was aber nicht der Fall war. Es waren die zur Tatzeit noch nicht verheilten Geburtswunden, welche als Folge des Geschlechtsaktes bei der Geschädigten Unterleibsschmerzen verursachten. Es sind zwar weder physische noch psychische Folgen für die Geschädigte in den Akten dokumentiert. Doch war die Betroffenheit des Opfers in der Berufungsverhandlung eindrücklich spürbar. Die Geschädigte hat sich auch in psychologische Behandlung begeben, wobei die Opfervertreterin transparent darauf hinwies, dass die schlechte psychische Verfassung auch im Zusammenhang mit anderen belastenden Erlebnissen steht.

Das Motiv des Beschuldigten war rein egoistischer Natur, es ging ihm einzig und allein um seine Triebbefriedigung. Er kannte das Opfer kaum und es bestand überhaupt keine Beziehung zwischen ihnen.

Der Beschuldigte handelte skrupellos, indem er über die Geschädigte herfiel, obwohl dieses ihr Baby in den Armen hielt und dieses während des Übergriffs weinend daneben auf dem Bett lag. Direkt über dem Tatort befand sich zudem ein Stock weiter oben die Frau und die Kinder des Beschuldigten. Die Vorgehensweise des Beschuldigten war zwar nicht von langer Hand vorbereitet, aber von einer gewissen Hartnäckigkeit geprägt. Nachdem die Geschädigte seine ersten Versuche, mit ihr einen sexuellen Kontakt zu vereinbaren, klar und deutlich abgewiesen hatte, machte er trotzdem ihre Zimmernummer ausfindig und drängte sich dort in ihr Zimmer. Alle Versuche der Geschädigten, ihn von seinem Vorhaben abzubringen, blieben erfolglos: Ihre Drohungen, es dem Chef im Asylheim, der Polizei und seiner Frau zu erzählen, wischte er ebenso vom Tisch, wie den Hinweis auf die Geburtsfolgen. Das Geschehen war nach den Angaben der Geschädigten nur von kurzer Dauer, einige Minuten, höchstens 30 Minuten, und notabene ungeschützt.

Es wäre für den Beschuldigten, der hier in der Schweiz mit seiner Ehefrau und seinen Kindern war, leicht gewesen, sich gegen dieses von ihm begangene Unrecht zu entscheiden. Diese Möglichkeit war ihm auch nicht durch seinen Alkoholkonsum verbaut. Wie vorne bereits dargelegt, gibt es keine Hinweise auf einen Alkoholisierungsgrad, der seine Schuldfähigkeit irgendwie beeinträchtigt hätte. Sein Vorgehen erstreckte sich über einen längeren Zeitraum, angefangen vom Erschleichen der Telefonnummer mit den anschliessenden Anfragen bis zum Auftauchen vor dem Zimmer der Geschädigten und der Vergewaltigung, und war konsequent und zielgerichtet. Ebenso logisch war sein Nachtatverhalten, vorerst jeglichen Kontakt mit der Geschädigten und insbesondere einen Aufenthalt in ihrem Zimmer abzustreiten, um dann unter der erdrückenden Beweislast später den Geschlechtsverkehr zuzugeben, aber Einvernehmlichkeit zu behaupten. Es kann höchstens zu seinen Gunsten leicht verschuldensmindernd die grundsätzlich enthemmende

Wirkung des Alkohols berücksichtigt werden.

Der Beschuldigte ist zur Durchsetzung seiner beabsichtigten Triebbefriedigung auch in das Zimmer der Geschädigten eingedrungen und hat einen Hausfriedensbruch begangen.

Insgesamt ist das Tatverschulden als leicht bis mittelschwer zu werten. Eine Freiheitsstrafe von vier Jahren erscheint vor Berücksichtigung der Täterkomponenten angemessen.

### 2.3. Täterkomponenten

Für das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil (US 40 ■ 42) verwiesen werden. Das Leben des Beschuldigten verlief bisher unauffällig, er ist nicht vorbestraft. Auch vor dem Hintergrund seiner Flucht aus Syrien ist nicht zu erkennen, dass es dem Beschuldigten hier in der Schweiz im Vergleich zu anderen Ausländern schwerer fallen sollte, die Gesetze zu respektieren und auf sexuelle Gewalt zu verzichten. Er lebt hier in der Schweiz mit seiner Frau und seinen zwei kleinen Kindern, zur Zeit der erstinstanzlichen Verhandlung war die Ehefrau mit dem dritten Kind schwanger. Die Ehegatten lernen deutsch und warten auf den Entscheid über das Asylgesuch. Es wäre dem Beschuldigten auch mit seiner Lebensgeschichte ohne Weiteres möglich gewesen, sich rechtsgetreu zu verhalten.

Der Beschuldigte zeigte im Verfahren keine Reue oder Einsicht, sondern erachtet seine Vorgehensweise, mit der Frau im Asylheim zu schlafen, als nicht fehlbar, da dies einvernehmlich stattgefunden habe. Dies ist sein gutes Recht und wirkt sich in Bezug auf die Strafzumessung neutral aus. Leicht negativ wirkt sich sein unmittelbares Nachtatverhalten aus, indem er auf dem Gang in der Unterkunft der Geschädigten jeglichen Kontakt zu ihr bestritten und sie damit vor Dritten als Lügnerin hingestellt hat.

Im Rahmen der Täterkomponente ist auch die sog. Folgeberücksichtigung vorzunehmen, d.h. es ist zu prüfen, ob dem Beschuldigten neben der im vorliegenden Verfahren auszusprechenden Strafe weitere Sanktionen auferlegt werden, denn die pönalen Folgen haben in ihrer Gesamtheit ■ d.h. als Sanktionenpaket ■ schuldangemessen zu sein. Unklar ist derzeit, ob dem Beschuldigten in der Schweiz ein Asylrecht gewährt worden wäre. Klar ist aber, dass zwingend eine Landesverweisung ausgesprochen werden muss (vgl. weiter hinten Ziff. VI). Ob er ohne diese Landesverweisung in der Schweiz bleiben würde, ist nicht bekannt. Trotzdem ist die Landesverweisung im Rahmen des Sanktionenpakets geringfügig zu berücksichtigen. Eine besondere Strafempfindlichkeit besteht grundsätzlich nicht. Der Beschuldigte wird durch die Freiheitsstrafe nicht schwerer betroffen als andere ausländische Personen mit einer Familie. Auch der Umstand der ausländischen Herkunft der Ehefrau und der mittlerweile drei kleinen Kinder lässt nicht auf ein besonderes Bedürfnis nach Unterstützung schliessen, waren doch die Ehegatten in der Schweiz getrennt untergebracht und der Beschuldigte lebte in [ ]. und fuhr jeweils zu seiner Familie im [Asylunterkunft ] zum Besuch. Schliesslich lässt auch sein von ihm unbestrittenes Verhalten, in der Asylunterkunft seiner Familie nach einem sexuellen Abenteuer Ausschau zu halten, nicht auf einen besonderen Beistand und grosse Unterstützung schliessen.

Zusammenfassend gleichen sich die leicht strafmindernden und leicht strafferhöhenden Faktoren der Täterkomponenten aus und sie sind insgesamt neutral zu bewerten. Einzig der Landesverweisung ist im Rahmen des Sanktionenpakets geringfügig, mit einer Strafreduktion von 2 Monaten, Rechnung zu tragen. Die Strafe reduziert sich demnach auf eine Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 10 Monaten.

#### 2.4. Übertretungsbusse

Die von der Vorinstanz für den Betäubungsmittelkonsum ausgesprochene Busse von CHF 200.00, ersatzweise 2 Tage Freiheitsstrafe, ist angemessen und zu bestätigen (siehe US 42/43).

#### 2.5. Sicherheitshaft

Mit Ausfällung des Berufungsurteils wird dieses formell rechtskräftig und damit vollziehbar. A.\_\_\_\_ tritt damit den ordentlichen Vollzug der ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 10 Monaten an. Für den Fall, dass gegen das Berufungsurteil eine Beschwerde in Strafsachen erhoben wird, wird mit separatem Beschluss zur Sicherung des Strafvollzuges und des Vollzuges der Landesverweisung Sicherheitshaft angeordnet.

#### VI. Landesverweisung

1. Der Beschuldigte muss wegen Vergewaltigung sowie Hausfriedensbruchs zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 10 Monaten verurteilt werden. Beim Beschuldigten liegt somit ein Fall von obligatorischer Landesverweisung vor, die Vergewaltigung ist im Katalog von Art. 66a StGB enthalten.

2. Gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB kann das Gericht ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind. Von einer Landesverweisung kann ferner abgesehen werden, wenn die Tat in entschuldigbarer Notwehr (Art. 16 Abs. 1 StGB) oder in entschuldigbarem Notstand (Art. 18 Abs. 1 StGB) begangen wurde (Abs. 3). Die Prüfung der sog. Härtefallklausel erfolgt zweistufig: Nur wenn ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt, darf bzw. muss der Strafrichter prüfen, ob ausnahmsweise von der Landesverweisung abgesehen werden soll. Bei der Prüfung des Härtefalls spielt einerseits die Verwurzelung des Ausländers in der Schweiz und andererseits seine Reintegration in seinem Heimatland eine Rolle. Je länger der Ausländer beispielsweise in der Schweiz lebt, umso eher liegt ein Härtefall vor. Dasselbe gilt, wenn der Ausländer in der Schweiz verheiratet ist und hier Kinder hat, die Landesverweisung also die Trennung der Familie zur Folge hätte. Umgekehrt kann ein Härtefall gegeben sein, wenn die Resozialisierung des straffällig gewordenen Ausländers in seinem Heimatland praktisch unmöglich ist (vgl. zum Ganzen Marc Busslinger, Unterlagen zum Workshop Härtefallklausel, Vortrag vom 14. Juni 2016 im Rahmen der Weiterbildungsveranstaltung «Landesverweisung straffälliger Ausländer» an der Universität Bern).

3. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts 6B\_651/2018) kann der Beschuldigte eine Gefahrenlage im Herkunftsland als einen persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66 a Abs. 2 StGB geltend machen. Der mögliche Aufschub des Vollzugs der obligatorischen Landesverweisung laut Art. 66 d StGB schliesst nicht aus, dass Vollzugshindernisse bereits bei der Anordnung der Landesverweisung durch das Strafgericht zu berücksichtigen sind (E. 8.3.3).

Im Heimatland des Beschuldigten herrscht seit 2011 ein Bürgerkrieg, dessen Höhepunkt überwunden zu sein scheint. Der Beschuldigte verfügt in der Schweiz über kein gesichertes Aufenthaltsrecht, er verfügt über einen Ausweis N (für Asylsuchende). Das Asylverfahren

ist bereits seit über 2 ½ Jahren hängig und es wurde von der zuständigen Ausländerbehörde bis heute noch nicht über den Flüchtlingsstatus des Beschuldigten entschieden. Offenbar wartet die zuständige Behörde die Entwicklung der Situation in Syrien ab.

4. Der Beschuldigte hat durch seine Handlungen besonders hochwertige Rechtsgüter, die sexuelle Integrität eines Menschen, verletzt und muss zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt werden. Der Beschuldigte stellt eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit in der Schweiz dar. Nach Art. 33 Abs. 2 FK kann sich ein Ausländer nicht mehr auf das Refoulement-Verbot berufen, «wenn er als eine Gefahr für die Sicherheit des Aufenthaltsstaates angesehen werden muss oder wenn er eine Bedrohung für die Gemeinschaft dieses Landes bedeutet, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist.» Wenn der besondere Ausweisungsschutz als Flüchtling entfällt und auch keine anderen Gründe für einen Härtefall sprechen, ist die Landesverweisung auszusprechen und gegebenenfalls ein Vollzugaufschub gemäss Art. 66d StGB von der Vollzugsbehörde anzuordnen (Zurbrügg/Hruschka in: Basler Kommentar zum StGB I [BSK StGB I], 4. Auflage Basel 2018, Art. 66a StGB N 90 ■ 95). Davon ist vorliegend auszugehen. Der Beschuldigte wird nicht nur im obgenannten Sinne wegen eines besonders schweren Verbrechens verurteilt, sondern auch zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe. Es wird damit erst nach der Verbüssung der Freiheitsstrafe zu prüfen oder zu entscheiden sein, ob er durch eine Rückschaffung in seiner körperlichen Integrität oder Freiheit im Sinne von Art. 66d StGB gefährdet sein könnte.

5. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die neuste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, welches in seinem Urteil D-2289/2018 vom 10. Juli 2018 erwog, der Vollzug der Wegweisung könne für Ausländerinnen oder Ausländer unzumutbar sein, wenn sie in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet seien (Art. 83 Abs. 4 AuG). Werde eine konkrete Gefährdung festgestellt, sei - unter Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AuG - die vorläufige Aufnahme zu gewähren (vgl. BVGE 2014/26 E. 7.10).

Die vorläufige Aufnahme infolge Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit (Art. 83 Abs. 4 bzw. Abs. 2 AuG) des Wegweisungsvollzugs werde gemäss Art. 83 Abs. 7 AuG unter anderem dann nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt worden sei (Bst. a erster Teilsatz), oder wenn sie erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen habe oder diese gefährde oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährde (Bst. b).

In casu bejahte das Bundesverwaltungsgericht im Sinne der Vorinstanz (SEM) den Ausschlussgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b erster Teilsatz AuG (erheblicher Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung) sogar bei einer Verurteilung zu einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen wegen harter Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB. Erst recht dürfte der Ausschlussgrund demnach im vorliegenden Fall zu bejahen sein, in welchem eine mehrjährige unbedingte Freiheitsstrafe ausgesprochen wurde (E. 6.1 ff.). Die angeordnete obligatorische Landesverweisung steht also im Einklang mit der ausländerrechtlichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.

Zusammenfassend liegt kein schwerer persönlicher Härtefall vor, die Landesverweisung muss angeordnet werden. Das von der Vorinstanz ausgesprochen Mass von 10 Jahren ist unter Würdigung der gesamten Umstände sowie des leicht bis mittelschweren Verschuldens des Beschuldigten angemessen.

## **E. 8**

Die Landesverweisung ist im Schengener Informationssystem (SIS) auszuschreiben. Nach Art. 66c Abs. 1 StGB gilt die Landesverweisung ab Rechtskraft des Urteils. Im Fall von A. \_\_\_ ist vor dem Vollzug der Landesverweisung die unbedingte Freiheitsstrafe zu vollziehen (Abs. 2) bzw. wird die Landesverweisung vollzogen, sobald er bedingt oder endgültig aus dem Strafvollzug entlassen wird (Abs. 3). Die Dauer der Landesverweisung wird von dem Tag an berechnet, an dem die verurteilte Person die Schweiz verlassen hat (Abs. 5). Die Ausschreibung gilt für sämtliche vergangenen und zukünftigen Alias-Namen des Beschuldigten.

### VII. Zu dem von der Vorinstanz ausgesprochenen Tätigkeitsverbot

1. Die Vorinstanz hat in Ziffer 6 des Urteils dem Beschuldigten jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, verboten und dafür Bewährungshilfe angeordnet.

2. Vorab ist eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehörs festzustellen: Ein solches Tätigkeitsverbot war weder im Verfahren noch an der erstinstanzlichen Verhandlung je ein Thema, es war von der Staatsanwaltschaft weder beantragt noch erwogen worden und es fand nie eine Diskussion darüber statt. Weder der Beschuldigte noch sein Verteidiger hatten je Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äussern oder eine Stellungnahme dazu abzugeben (Art. 107 Abs. 1 lit. d StPO). Ob diese Verletzung im Berufungsverfahren geheilt werden könnte, kann offengelassen werden, da das Tätigkeitsverbot ohnehin aufgehoben werden muss.

Damit kann auch die Beantwortung der Frage offengelassen werden, wie Art. 67 StGB, in der vorliegenden Form seit dem 1. Januar 2018 in Kraft, auf die am 31. Dezember 2016 begangene Straftat anwendbar sein soll oder ob allenfalls das per 1. Januar 2015 in Kraft getretenen BG über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot zur Anwendung hätte kommen sollen.

3. Die Vorinstanz ging offenbar davon aus, ein Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB sei im Falle einer Katalogtat und einem Strafmass von mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe immer anzuordnen ■ und ebenso zwingend nach Abs. 7 StGB die Bewährungshilfe. Dem ist nicht so. Die zwingenden Tätigkeitsverbote nach Art. 67 Abs. 3 und 4 StGB zielen auf den Schutz vor Sexualstraftätern, die sich an Minderjährigen oder besonders schutzbedürftigen Personen vergangen haben (Nadine Hagenstein in: BSK StGB I, a.a.O., Art. 67 StGB N48). Die Geschädigte gehört nicht zu dieser Opfergruppe. Sie ist volljährig und weder eine alte noch eine körperlich oder psychisch kranke Person, die als besonders schutzbedürftig gilt (BSK StGB I, a.a.O., Art 67 StGB N40). Die Tat würde also nur vom allgemeinen Tätigkeitsverbot nach Art. 67 Abs. 1 StGB erfasst, welches aber vorliegend nicht zur Anwendung kommen kann, da das Verbrechen nicht in Ausübung einer beruflichen Tätigkeit oder einer organisierten ausserberuflichen Tätigkeit begangen worden ist.

Es ist weder ein Tätigkeitsverbot auszusprechen noch eine Bewährungshilfe anzuordnen. Der entsprechende Antrag der Staatsanwaltschaft ist demnach abzuweisen.

#### VIII. Zivilforderung

Die Vorinstanz hiess mit zutreffender Begründung (US 51 ■ 53) die von der Geschädigten als Privatklägerin beantragte Genugtuungssumme in der Höhe von CHF 10'000.00 zuzüglich 5% Zins seit dem 31. Dezember 2016 gut. Es entspricht dies auch der Praxis des Berufungsgerichts. Der Entscheid der Vorinstanz ist zu bestätigen.

#### IX. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Demnach wird in Anwendung von Art. 186, Art. 190 Abs. 1 StGB; Art. 19a Ziff. 1 BetmG; Art. 41 ff. OR; Art. 47, Art. 49, Art. 51, Art. 66a lit. h, Art. 106 StGB; Art. 122 ff., Art. 135, Art. 138, Art. 221, Art. 379 ff., Art. 398 ff., Art. 416 ff. StPO

beschlossen, festgestellt und erkannt:

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innerhalb 30 Tagenseit 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.

Gegen den Entscheid betreffend Entschädigung der amtlichen Verteidigung (Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO) und der unentgeltlichen Rechtsbeistandschaft im Rechtsmittelverfahren (Art. 138 Abs. 1 i.V.m. Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO) kann innerhalb 10 Tagenseit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesstrafgericht Beschwerde eingereicht werden (Adresse: Postfach 2720, 6501 Bellinzona).

Im Namen der Strafkammer des Obergerichts

Der Vizepräsident

Die Gerichtsschreiberin

Marti

Fröhlicher

#### **E. 9**

Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin von C. \_\_\_\_, Rechtsanwältin Andrea Gfeller, wird auf CHF 8'720.65 (Honorar CHF 7'065.00, Auslagen CHF 1'068.70 und MwSt CHF 586.95) festgesetzt und ist zufolge ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse des Beschuldigten vom Staat zu bezahlen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch der unentgeltlichen Rechtsbeiständin im Umfang von CHF 2'964.35 (Differenz zu vollem Honorar), sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben.

#### **E. 10**

Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers von A. \_\_\_\_, Rechtsanwalt Patrick Hasler, wird auf CHF 11'896.70 (Honorar CHF 10'060.20, Auslagen CHF 969.70 und MwSt CHF 866.80) festgesetzt und ist zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat zu bezahlen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch des amtlichen Verteidigers im Umfang von CHF 4'219.35

(Differenz zu vollem Honorar), sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben.

#### **E. 11**

Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin von C.\_\_\_\_, Rechtsanwältin Andrea Gfeller, wird für das Berufungsverfahren auf total CHF 5'137.95 (Honorar CHF 4'050.00, Auslagen CHF 720.60, MwSt CHF 367.35) festgelegt, zufolge ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse des Beschuldigten zahlbar durch den Staat, v.d. die Zentrale Gerichtskasse. Sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben, hat er diese Kosten dem Staat zu erstatten (Verjährung in 10 Jahren) und der unentgeltlichen Rechtsbeiständin die Differenz zum vollen Honorar (CHF 1'211.60) nachzuzahlen.

#### **E. 12**

Gemäss teilweise rechtskräftiger Ziffer 10 wurde die Entschädigung des amtlichen Verteidigers von A.\_\_\_\_, Rechtsanwalt Patrick Hasler, für das erstinstanzliche Verfahren auf CHF 11'896.70 (Honorar CHF 10'060.20, Auslagen CHF 969.70 und MwSt CHF 866.80) festgesetzt und war zufolge amtlicher Verteidigung vom Staat zu bezahlen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch des amtlichen Verteidigers im Umfang von CHF 4'219.35 (Differenz zu vollem Honorar), sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben.

#### **E. 13**

Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers von A.\_\_\_\_, Rechtsanwalt Patrick Hasler, wird für das Berufungsverfahren auf total CHF 7'538.90 (Honorar CHF 6'075.00, Auslagen CHF 924.90, MwSt CHF 539.00) festgesetzt, zahlbar durch den Staat, v.d. die Zentrale Gerichtskasse. Sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben, hat er im Umfang von 90 % dem Staat diese Kosten zu erstatten (CHF 6'785.00; Verjährung in 10 Jahren) und dem Verteidiger die Differenz zum vollen Honorar nachzuzahlen (CHF 2'289.95).

#### **E. 14**

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens mit einer Staatsgebühr von CHF 7'500.00, total CHF 10'500.00, sind durch A.\_\_\_\_ zu bezahlen.

#### **E. 15**

Die Kosten des Berufungsverfahrens mit einer Staatsgebühr von CHF 5'000.00, total CHF 5'840.00, werden wie folgt auferlegt: A.\_\_\_\_ 90 % entspr. CHF 5'256.00  
Staat 10 % entspr. CHF 584.00  
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. Gegen den Entscheid betreffend Entschädigung der amtlichen Verteidigung (Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO) und der unentgeltlichen Rechtsbeistandschaft im Rechtsmittelverfahren (Art. 138 Abs. 1 i.V.m. Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO) kann innert 10 Tagen seit Erhalt des begründeten

Urteils beim Bundesstrafgericht Beschwerde eingereicht werden (Adresse: Postfach 2720,  
6501 Bellinzona). Im Namen der Strafkammer des Obergerichts Der  
Vizepräsident Die Gerichtsschreiberin  
Marti Fröhlicher

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