

# ZH\_OBERGERICHT SB120454 vom 31. Mai 2013

ZH Obergericht, 2013-05-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB120454](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120454)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB120454 du 31 mai 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT SB120454 del 31 maggio 2013

## Erwägungen

### E. 1

Dem Beschuldigten wird zusammengefasst zur Last gelegt, die Privatklägerin 1 in der Nacht vom 21. auf den 22. April 2011 in einem Hinterhof des Clubs H.\_\_\_\_\_ in der Absicht, mit ihr den Geschlechtsverkehr zu vollziehen, rücklings zu Boden gedrückt und sie am Boden mit einer Hand an deren Handgelenken über dem Kopf festgehalten zu haben. Trotz Gegenwehr der Privatklägerin 1 habe er mit der anderen Hand die Leggings und Unterhose der Privatklägerin 1 nach unten und ihren Rock nach oben sowie die eigene Hose nach unten geschoben und an der schreienden Privatklägerin 1 den vaginalen Geschlechtsverkehr vollzogen. 2.1. Vor der Berufungsinstanz hielt der Beschuldigte weiterhin daran fest, dass es zwischen der Privatklägerin 1 und ihm einzig zu einvernehmlichen sexuellen Handlungen gekommen sei und sie keinen Geschlechtsverkehr gehabt hätten. Nachdem sie am fraglichen Abend in der Bar „J.\_\_\_\_\_“ in einer sehr exponierten Form, Körper an Körper, gemeinsam getanzt hätten, sei es auf dem Weg in ein anderes Lokal zu einem Austausch von Küssen und Umarmungen und schliesslich zu gegenseitigen Berührungen im Intimbereich gekommen. Plötzlich habe die Privatklägerin 1 sich dazu entschlossen, diese intimen Momente zu unterbrechen. Sie sei aufgebracht gewesen und habe geschrien, allerdings nicht aufgrund irgendeiner Gewaltanwendung von ihm. Er habe von ihr gelassen, als sie habe aufhören wollen (Prot. II S. 11; Urk. HD 68 S. 4 f.). 2.2. Der Beschuldigte bestreitet somit, dass er die Privatklägerin 1 im fraglichen Hinterhof in der Absicht, dort gegen ihren durch Schreie und Abwehrhandlungen konkludent geäusserten Willen den Geschlechtsverkehr mit ihr zu vollziehen, rücklings zu Boden gedrückt, sie am Boden sodann mit einer Hand an ihren Handgelenken über dem Kopf festgehalten, trotz Gegenwehr ihre Leggings und

- 9 - Unterhose nach unten gerissen, ihre Beine auseinandergedrückt und sich mit seinem Körper auf sie gelegt habe, mit seinem Penis vaginal in die vollends zum Widerstand unfähig gemachte Privatklägerin 1 eingedrungen sei und den Geschlechtsverkehr mit ihr vollzogen habe. Demnach ist nachfolgend zu prüfen, ob sich der im Berufungsverfahren zu beurteilende Anklagesachverhalt, soweit er vom Beschuldigten bestritten wird, anhand der vorhandenen Beweismittel erstellen lässt. 3.1. Bestreitet ein Beschuldigter die ihm vorgeworfenen Taten, ist der Sachverhalt aufgrund der Untersuchungsakten und der vor Gericht vorgebrachten Argumente nach den allgemein gültigen Beweisregeln zu erstellen. Gemäss der aus Art. 8 und 32 Abs. 1 BV fliessenden und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Maxime "in dubio pro reo" ist bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld zu vermuten, dass der einer strafbaren Handlung Beschuldigte unschuldig ist (Urteile des Bundesgerichts 1P\_587/2003 vom 29. Januar 2004, E. 7.2., und 1P\_437/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 4.2.; Pra 2002 S. 4 f. Nr. 2 und S. 957 f. Nr. 180; BGE 127 I 40, 120 Ia 31. E. 2b). Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime, dass sich der Strafrichter nicht

von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (Urteile des Bundesgerichtes 6B\_795/2008 vom 27. November 2008, E. 2.4., und 6B\_438/2007 vom 26. Februar 2008, E. 2.1.). Die Überzeugung des Richters muss auf einem verstandesgemäss einleuchtenden Schluss beruhen und für den unbefangenen Beobachter nachvollziehbar sein (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2006, § 54 Rz 11 ff.). Wenn erhebliche oder nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so abgespielt hat, wie er eingeklagt ist, ist der Beschuldigte nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" freizusprechen (Bernard Corboz, "in dubio pro reo", in ZBJV 1993, N 419 f.). Soweit ein direkter Beweis nicht möglich ist, ist der Nachweis der Tat mit Indizien zu führen, wobei die Gesamtheit der einzelnen Indizien, deren "Mosaik" zu würdigen ist (vgl. dazu auch Pra 2004 Nr. 51 S. 256, Ziff. 1.4.; Pra 2002 Nr. 180 S. 962 f., Ziff. 3.4.).

- 10 - 3.2. Aufgabe des Richters ist es demzufolge, seinem Gewissen verpflichtet, in objektiver Würdigung des gesamten Beweisergebnisses zu prüfen, ob er von einem bestimmten Sachverhalt überzeugt ist und an sich mögliche Zweifel an dessen Richtigkeit zu überwinden vermag (Art. 10 Abs. 2 StPO; ZR 72 Nr. 80; Max Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast, S. 7; Pra 2004 Nr. 51 S. 256 Ziff. 1.4.; BGE 124 IV 88, 120 1A 31 E. 2c). Es liegt in der Natur der Sache, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann. Daher muss es genügen, dass das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist (vgl. Kassationsgerichtsentscheid vom 26. Juni 2003, Nr. 2002/387S, E. 2.2.1. mit Hinweisen). Bloss abstrakte oder theoretische Zweifel dürfen dabei nicht massgebend sein, weil solche immer möglich sind (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 54 N 12, Urteile des Bundesgerichtes 6B\_297/2007 vom 4. September 2007, E. 3.4., und 1 P\_587/2003 vom 29. Januar 2004, E. 7.2.). Es genügt also, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld ausgeschlossen werden können. Hingegen darf ein Schuldspruch nie auf blosser Wahrscheinlichkeit beruhen. 3.3. Wie bereits angesprochen können auch indirekte, mittelbare Beweise, sogenannte Anzeichen oder Indizien, einen für die Beweisführung bedeutsamen Schluss erlauben. Indizien sind Tatsachen, die einen Schluss auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache zulassen. Beim Indizienbeweis wird somit vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen (Indizien) nach der Lebenserfahrung aufdrängt. Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 59 N 14). Da ein Indiz immer nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf die Täterschaft oder die Tat hinweist, lässt es, einzeln betrachtet, die Möglichkeit des Andersseins offen, enthält daher auch den Zweifel (Hans Walder, Der Indizienbeweis im Strafprozess, ZStrR 108/1991, S. 309; Derselbe, Die Beweisführung in Strafsachen, insbesondere der Indizienbeweis, Zürich 1974/75, S. 49). Es ist jedoch zulässig, aus der Gesamtheit der verschiedenen Indizien, welche je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache oder Täterschaft hindeuten und insofern Zweifel offen

- 11 - lassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis von Tat oder Täter zu schliessen (Entscheide des Bundesgerichtes 6B\_365/2009 vom 12. November 2009, E. 1.4., 6B\_332/2009 vom 4. August 2009, E. 2.3. mit Hinweisen, und 6B\_297/2007 vom 4. September 2007, E. 3.4.; Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 59 N 15). 3.4. Stützt sich die Beweisführung auf die Aussagen von Beteiligten, so sind diese frei zu würdigen. Es ist

anhand sämtlicher Umstände, die sich aus den Akten und den Verhandlungen ergeben, zu untersuchen, welche Sachdarstellung überzeugend ist, wobei es vorwiegend auf den inneren Gehalt der Aussagen ankommt, verbunden mit der Art und Weise, wie die Angaben erfolgten. Bei der Würdigung von Aussagen darf nicht einfach auf die Persönlichkeit oder allgemeine Glaubwürdigkeit von Aussagenden abgestellt werden. Massgebend ist vielmehr die Glaubhaftigkeit der konkreten, im Prozess relevanten Aussagen. Diese sind einer kritischen Würdigung zu unterziehen, wobei auf das Vorhandensein von sogenannten Realitätskriterien grosses Gewicht zu legen ist (vgl. Rolf Bender, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, in SJZ 81 [1985] S. 53 ff.; Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellungen vor Gericht, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 3. Auflage, München 2007, N 310 ff. und N 350 ff.). Die wichtigsten Realitätskriterien sind dabei die "innere Geschlossenheit" und "Folgerichtigkeit in der Darstellung des Geschehensablaufs", "konkrete und anschauliche Wiedergabe des Erlebnisses" sowie die "Schilderung des Vorfalles in so charakteristischer Weise, wie sie nur von demjenigen zu erwarten ist, der den Vorfall selber miterlebt hat", "Kenntlichmachung der psychischen Situation von Täter und Zeuge bzw. unter Mittätern", "Selbstbelastung oder unvoreilhaftige Darstellung der eigenen Rolle", "Entlastungsbemerkungen zugunsten des Beschuldigten" und "Konstanz der Aussage bei verschiedenen Befragungen, wobei sich aber sowohl Formulierungen als auch die Angaben über Nebenumstände verändern können" (Robert Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozessrecht mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, S. 316). Andererseits sind auch allfällige Phantasiesignale zu berücksichtigen. Als Indizien für falsche Aussagen gelten "Unstimmigkeiten oder grobe Widersprüche in den eigenen Aussagen",

- 12 - "Zurücknahme oder erhebliche Abschwächungen in den ursprünglichen Anschuldigungen", "Übersteigerungen in den Beschuldigungen im Verlaufe von mehreren Einvernahmen", "unklare, verschwommene oder ausweichende Antworten" sowie "gleichförmig, eingeübt und stereotyp wirkende Aussagen". Als generelle Phantasiesignale nennen Bender/Nack/Treuer die "Schwarz-Weiss-Malerei", die "Verarmung der Aussage", das "Flucht- und Begründungssignal" und die "behauptete Akzeptanz gegenüber bezweifelbaren Rechtsverkürzungen", wobei weiter festgehalten wird, den "Phantasiebegabten" falle es ganz allgemein leichter, von eigenen Aussagen und Aktivitäten zu berichten, als die Antworten und Reaktionen der Gegenseite zu erfinden. Wenn das eine oder andere Phantasiesignal auftritt, braucht die Aussage nicht verworfen zu werden. Es ist dann aber eine ausreichende Zahl von erstklassigen Realitätskriterien zu fordern. Bei häufigem Auftreten von Phantasiesignalen sollten an die Zahl und Qualität der Realitätskriterien strenge Anforderungen gestellt werden, damit eine Aussage als zuverlässig eingestuft werden kann (Bender/Nack/Treuer, a.a.O., N 429 ff.). 3.5. Damit kommt der allgemeinen Glaubwürdigkeit des Aussagenden nach neueren Erkenntnissen kaum mehr Bedeutung zu. Weitaus bedeutender für die Wahrheitsfindung als die allgemeine Glaubwürdigkeit ist die Glaubhaftigkeit der konkreten Aussagen. 3.6. Angesichts der Unschuldsvermutung besteht Beweisbedürftigkeit, d.h. der verfolgende Staat hat dem Beschuldigten alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen (vgl. dazu Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 599) und nicht der Beschuldigte seine Unschuld (BGE 127 I 40 und Urteile des Bundesgerichtes 1P\_437/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 4.3., sowie 6S\_154/2004 vom 30. November 2005, E. 4.). 3.7. Der Grundsatz "in dubio pro reo" findet als Beweislastregel

keine Anwendung, wenn der Beschuldigte eine ihn entlastende Behauptung aufstellt, ohne dass er diese in einem Mindestmass glaubhaft machen kann. Es tritt nämlich insoweit eine Beweislastumkehr ein, als nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung von der Anklagebehörde durch hieb- und stichfesten Beweis

- 13 - widerlegt werden muss. Ein solcher Beweis ist nur dann zu verlangen, wenn gewisse Anhaltspunkte wie konkrete Indizien oder eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit der Behauptung sprechen bzw. diese zumindest als zweifelhaft erscheinen lassen, oder wenn der Beschuldigte sie sonstwie glaubhaft macht (vgl. Kassationsgerichtsentscheid vom 2. November 2004, Nr. AC040082, E. 3.5, Stefan Trechsel, SJZ 1981 S. 320). 4.1. An relevanten Beweismitteln liegen neben den Aussagen des Beschuldigten (Urk. HD 4/1-8, 4/10, 41/1 und Prot. II S. 7 ff.) und der Privatklägerin 1 (Urk. HD 5/1-2) solche von K.\_\_\_\_\_ (HD Urk. 6/1-3), E.\_\_\_\_\_ (Urk. HD 6/4-5), L.\_\_\_\_\_ (Urk. HD 6/6) und M.\_\_\_\_\_ (Urk. HD 6/7-8) vor. Ferner liegen bei den Prozessakten die Fotodokumentationen und Unterlagen betreffend den Tatort (Urk. HD 3/2), DNA-Analysen (Urk. HD 7/1 und 7/4), Fotoaufnahmen von den Kleidern der Privatklägerin 1 (Urk. HD 7/3), Unterlagen des Kantonsspitals G.\_\_\_\_\_ über die medizinische Untersuchung der Privatklägerin 1 (Urk. HD 8/4) sowie zwei chemisch-toxologische Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich (Urk. HD 9/8 und 10/4). Die Aussagen von L.\_\_\_\_\_ sind für die Erstellung des Sachverhaltes grundsätzlich nicht relevant (vgl. nachstehend Ziff. 5.8 in fine); weshalb die Frage, ob sie zu Lasten des Beschuldigten verwertbar wären, offen bleiben kann. Was die übrigen Beweismittel angeht ist die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gelangt, dass deren Verwertbarkeit nichts entgegen steht (Urk. HD 55 S. 9). 4.2. Hinsichtlich der Glaubwürdigkeit des Beschuldigten ist festzuhalten, dass er als Beschuldigter einvernommen und somit nicht unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB zu wahrheitsgemässen Aussagen verpflichtet wurde. Zudem hat er, wie auch die Vorinstanz festgehalten hat (Urk. HD 55 S. 20), als direkt vom Verfahren Betroffener ein durchaus nachvollziehbares Interesse daran, die Geschehnisse in einem für ihn günstigen Licht darzustellen, zumal ihm eine mehrjährige Freiheitsstrafe droht. Seine Aussagen sind unter diesem Gesichtspunkt mit Vorsicht zu würdigen. 4.3. Die Privatklägerin 1 deponierte ihre Aussagen unter der strengen Strafandrohung der Art. 303-305 StGB. Sie hat aber, da sie Zivilansprüche

- 14 - geltend macht, ein finanzielles Interesse am Ausgang dieses Verfahrens. Diese Umstände rechtfertigen es, ihre Aussagen mit einer gewissen Vorsicht zu würdigen. 4.4. Bei der Zeugin M.\_\_\_\_\_ handelt es sich um eine enge Freundin der Privatklägerin 1. Obwohl sie unter der strengen Strafandrohung von Art. 307 StGB einvernommen wurde, ist dies bei der Würdigung ihrer Aussagen zu berücksichtigen. Mit Bezug auf die allgemeine Glaubwürdigkeit der übrigen Zeugen ist darauf hinzuweisen, dass sie bis auf L.\_\_\_\_\_, unter der strengen Strafandrohung gemäss Art. 307 StGB aussagten und weder zum Beschuldigten noch zur Privatklägerin 1 in einer persönlichen Beziehung stehen. Zudem haben sie, wie die Vorinstanz zu Recht angemerkt hat, keinerlei Interessen am Verfahrensausgang (Urk. HD 55 S. 24). 5.1. Die Vorinstanz hat die Aussagen der Befragten detailliert und korrekt wiedergegeben (Urk. HD 55 S. 10 ff.). Es kann daher zwecks Vermeidung von Wiederholungen grundsätzlich darauf verwiesen und nachfolgend im Rahmen der Beweiswürdigung auf die einzelnen relevanten Aussagen eingegangen werden. Ferner hat sie den wesentlichen Inhalt der beiden Chemisch-toxologischen Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin, des Identifizierungsberichts des Forensischen Instituts Zürich

sowie des ärztlichen Befundes des Kantonsspitals G.\_\_\_\_\_ korrekt zusammengefasst (Urk. HD 55 S. 9 f.), weshalb auch darauf vorliegend verzichtet werden kann. 5.2.1. Von besonderer Bedeutung sind bei der Würdigung der vorhandenen Beweismittel die Aussagen der beiden Augenzeugen K.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, die unabhängig voneinander Angaben zu den fraglichen Geschehnissen im Hinterhof machten. Die Vorinstanz hat zu Recht festgehalten, dass diese beiden Zeugen die Ereignisse zusammenhängend und plausibel schilderten und ihre Aussagen sowohl bezüglich des von beiden angegebenen verzweifelten und andauernden Schreiens der Privatklägerin 1 als auch bezüglich der Einschätzung, das Zusammensein sei seitens der Privatklägerin 1 nicht freiwillig gewesen, lebensnah sind und übereinstimmen (Urk. HD 55 S. 24 f.).

- 15 - 5.2.2. Es liegen keinerlei Anzeichen dafür vor, dass die Zeugen K.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ nicht wahrheitsgemäss ausgesagt hätten. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Zeuge E.\_\_\_\_\_ auch Umstände schilderte, die er aufgrund der Lichtverhältnisse im Hinterhof gar nicht genau gesehen haben konnte, wie dies die Verteidigung geltend macht (Urk. HD 41/4 S. 14; Urk. HD 68 S. 16 f.). Zwar ist richtig, dass im Nachtragsrapport der Kantonspolizei Zürich vom

### **E. 1.1**

Die Privatklägerin 1 beantragte anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung wie schon anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung Schadenersatz in Höhe von Fr. 730.– (Urk. HD 70 S. 1; Urk. HD 41/3 S. 1). Einen Betrag von Fr. 580.– verlangt sie als Ersatz für eine erlittene Lohneinbusse. Sie sei aufgrund der Tat während zehn Tagen arbeitsunfähig gewesen und habe während dieser Zeit nur das Unfalltaggeld in Höhe von 80 % ihres Lohnes erhalten, was zu einem Schaden im genannten Betrag geführt habe. Den Restbetrag von Fr. 150.– möchte sie vom Beschuldigten erstattet erhalten, weil die Kleider, die sie im Zeitpunkt der Tat getragen habe, teilweise zerrissen seien und der Beschuldigte ihre Leggings im Zeitpunkt seiner Verhaftung sogar

- 41 - selber getragen habe. Da diese Kleidungsstücke sie immer wieder an die Tat erinnern hätten, hatte sie diese nicht aus der Beschlagnahme zurückverlangt (Urk. HD 41/3 S. 15; Urk. HD 70 S. 7).

### **E. 1.2**

Die Verteidigung beantragte wie schon vor der Vorinstanz, dass die Zivilansprüche der Privatklägerin 1 abzuweisen bzw. mangels Ausgewiesenheit auf den Zivilweg zu verweisen seien (Urk. HD 68 S. 3 und 22).

### **E. 1.3**

Die Vorinstanz hat den Beschuldigten mit zutreffender Begründung verpflichtet, der Privatklägerin 1 den vollen adhäsionsweise geltend gemachten Betrag zu erstatten. Auf die vorinstanzlichen Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. HD 55 S. 39). Ergänzt werden kann, dass es der Privatklägerin 1 selbstredend nicht zuzumuten ist, die Kleider, die sie in der Tatnacht trug, zurückzunehmen. Dass die Privatklägerin 1 "erst ab dem 26. April 2011 arbeitsunfähig war bzw. nicht mehr arbeiten gegangen ist" (Urk. HD 68 S. 22) spricht sodann entgegen der vor Berufungsgericht vorgebrachten Argumentation der Verteidigung nicht gegen den Kausalzusammenhang zwischen dem Ereignis vom 21./22. April 2011 und dem geltend gemachten Erwerbsausfall. Dieser Umstand ist vielmehr auf die Osterfeiertage zurückzuführen, welche am 22. April 2011 mit dem Karfreitag anfangen und am 25. April

2011 mit dem Ostermontag endeten.

## **E. 2**

ff.; HD 6/2 S. 3; Urk. HD 6/3 S. 6). Auf die Geschehnisse aufmerksam geworden war er gemäss seinen glaubhaften Angaben, wie bereits dargelegt wurde, weil er die Privatklägerin 1, während er im Lokal die Tische am Reinigen war, schreien gehört habe und es sich so angehört habe, als habe eine Frau Probleme (Urk. HD 6/1 S. 2 und S. 4; Urk. HD 6/3 S. 5). Auf die Frage, ob er denke, dass es zu Geschlechtsverkehr gekommen sei, antwortete er, dass er das nicht glaube, er habe nichts in diese Richtung gesehen (Urk. HD 6/2 S. 4; Urk. HD 6/3 S. 9). Der Zeuge E.\_\_\_\_\_, der bekanntlich ebenfalls wegen der Schreie der Privatklägerin 1 auf die Geschehnisse im Hinterhof aufmerksam geworden war, sagte diesbezüglich aus, für ihn habe es ausgesehen, als wäre es der Anfang einer Vergewaltigung bzw. von Sex; die Bewegungen hätten dafür gesprochen (Urk. HD 6/4 S. 2). Schon diese Aussagen lassen erhebliche Zweifel daran aufkommen, dass der Geschlechtsverkehr tatsächlich vollzogen wurde. Hinzu

- 30 - kommt, dass sich, wie auch die Vorinstanz dargelegt hat (Urk. HD 55 S. 10), aus dem Arztbericht des Kantonsspitals G.\_\_\_\_ (Urk. HD 8/4) keine eindeutigen Schlüsse darüber ziehen lassen, ob der Beschuldigte in die Privatklägerin 1 eindrang oder nicht. Klar gegen den Vollzug des Geschlechtsverkehrs spricht aber, dass in den Abstrichen aus dem Vaginal- und Analbereich der Privatklägerin 1 (Abstriche Vulva, Vagina, Zervixkanal, anal und Rectum) keine DNA und weder an diesen Abstrichen noch an der Unterhose der Privatklägerin 1 Spermien des Beschuldigten nachgewiesen werden konnten (Urk. HD 7/4).

### **E. 2.1**

Im Weiteren verlangte die Privatklägerin 1 anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung, es sei der Beschuldigte zu verpflichten, ihr eine Genugtuung in Höhe von Fr. 10'000.– zu bezahlen (Urk. HD 41/3 S. 1 und 15 ff.). Die Vorinstanz hiess dieses Begehren im Umfang von Fr. 5'000.– zuzüglich 5 % Zins seit 22. April 2011 gut und wies es im übrigen Umfang ab.

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz hat die allgemeinen Voraussetzungen für die Zusprechung einer Genugtuung korrekt dargelegt, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. HD 55 S. 39). Ferner kann den Ausführungen, mit denen sie begründete, weshalb der Privatklägerin 1 eine Genugtuung zuzusprechen sei (Urk. HD 55 S. 39 f.), vollumfänglich gefolgt werden. Die von der Vorinstanz zugesprochene Summe erscheint jedenfalls nicht überhöht, weshalb sie zu bestätigen ist. Ferner

- 42 - entspricht der von der Vorinstanz zugesprochene Zins den gesetzlichen Vorgaben. Der Beschuldigte ist demzufolge zu verpflichten, der Privatklägerin 1 eine Genugtuung in Höhe von Fr. 5'000.– zuzüglich 5 % Zins seit 22. April 2011 zu bezahlen. VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen. 2. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt im Berufungsverfahren einzig dahingehend, dass die von der Vorinstanz ausgesprochene Freiheitsstrafe leicht zu reduzieren ist. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der unentgeltlichen Verbeiständung der

Privatklägerin, jedoch mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten zu 7/8 aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt einer Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von 7/8. Es wird beschlossen:

#### **E. 2.2.1**

Objektive Tatschwere Indem der Beschuldigte gegen den Willen der stark alkoholisierten und dadurch von vornherein nur bedingt zu Widerstand fähigen, sich aber dennoch wehrenden Privatklägerin 1 mit Gewalt den Geschlechtsverkehr zu erzwingen versuchte und auch dann noch nicht von ihr abliess, als die Privatklägerin 1 verzweifelt zu schreien begonnen hatte, setzte er sich in rücksichtsloser Weise über deren Selbstbestimmungsrecht und sexuelle Integrität hinweg. Dass er dabei nicht schwerste Gewalt anwendete und der ganze Vorgang nicht allzu lange gedauert haben dürfte, vermag sein Verschulden nur bedingt zu relativieren. Zu Recht hat die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass der Beschuldigte eine Traumatisierung der Privatklägerin 1 in Kauf nahm, aber auch darauf, dass die Tat ungeplant erscheint. Ferner ist der Vorinstanz darin zu folgen, dass die Privatklägerin 1 noch während Monaten mit den gesundheitlichen Folgen der Tat zu kämpfen hatte. Das objektive Tatverschulden des Beschuldigten wiegt auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Tat nicht vollendet wurde, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass der vom Beschuldigten beabsichtigte Geschlechtsverkehr vollzogen wurde, erheblich.

#### **E. 2.2.2**

Subjektive Tatschwere Subjektiv ist von einem nicht mehr leichten Verschulden des Beschuldigten auszugehen. Dieser handelte mit direktem Vorsatz, skrupellos und einzig zur Befriedigung seiner eigenen Bedürfnisse, demnach aus rein egoistischen Motiven. Zudem ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass der Umstand der Inkaufnahme einer schweren Traumatisierung der Privatklägerin 1 auch bei der Bemessung der subjektiven Tatschwere zu berücksichtigen ist (Urk. HD 55 S. 34). Diese ist jedoch dadurch zu relativieren, dass der Beschuldigte im Tatzeitpunkt

- 35 - einen Blutalkoholgehalt von 2,51 bis 3,92 Gewichtspromille aufwies (Urk. HD 9/9). Die Erwägungen der Vorinstanz, wonach entgegen der eventualiter für den Fall eines Schuldspruchs geäusserten Ansicht der Verteidigung (Urk. HD 41/4 S. 19 f.; Urk. HD 68 23 f.) trotz der enormen Alkoholisierung des Beschuldigten im vorliegenden Fall nicht von einer vollen, sondern von einer mittelgradigen Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit auszugehen ist und dies zu einer entsprechenden Reduktion der Strafe zu führen hat (Urk. HD 55 S. 34), sind nicht zu beanstanden. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass die ärztliche Untersuchung des Beschuldigten um 10.05 Uhr morgens nach der Tatnacht hinsichtlich der Augen sowie hinsichtlich der Tests zur geteilten Aufmerksamkeit (Romberg-Test, Innere Uhr und Finger-Nase-Versuch) einen unauffälligen Befund ergab und der Beschuldigte im Verhalten lediglich als leicht müde und insgesamt bloss als merkbar beeinträchtigt eingeschätzt wurde (Urk. HD 9/4), obwohl bei ihm um 03.10 Uhr mit einem Atemlufttest ein Alkoholgehalt von 3,27 Gewichtspromille gemessen worden war (Urk. HD 1/1 S. 2). Mit diesem Bild korrelieren die zielgerichteten Tathandlungen. Unter diesen Umständen besteht kein Anlass, an den Ergebnissen des Aktengutachtens zu zweifeln, weshalb die entsprechende Argumentation des Verteidigers (Urk. HD 68 S. 23 f.)

ins Leere geht.

## **E. 2.3**

Täterkomponente

### **E. 2.3.1**

Persönliche Verhältnisse und Vorleben Was das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten angeht, kann primär auf die korrekten Angaben im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. HD 55 S. 36 f.). Zu ergänzen ist, dass der Beschuldigte in O.\_\_\_\_\_ aufwuchs und nach seiner Heirat mit einer Schweizerin, die er in O.\_\_\_\_\_ kennengelernt hatte, im Alter von ca. 19 Jahren in die Schweiz kam. Er hat einen Bruder, der in ... wohnt, und eine Schwester, die, wie seine Eltern, in O.\_\_\_\_\_ lebt (Urk. HD 18/1 S. 1 ff.; Urk. HD 41/1 S. 2; Prot. II S. 7). Seinen Angaben zufolge ist er ausgebildeter Koch und arbeitete er nach seiner Übersiedlung in die Schweiz zunächst in diesem Beruf, bevor er während mehreren Jahren in

- 36 - unterschiedlichen handwerklichen Berufen tätig war (Urk. HD 18/1 S. 3; Urk. HD 41/1 S. 3; Prot. II S. 7 ff.). Entgegen anderslautender Angaben in den Akten hat der Beschuldigte keine Kinder (Prot. II S. 7 f.). Aus den persönlichen Verhältnissen und dem Vorleben lassen sich weder Straferhöhungs- noch Strafminderungsgründe ableiten.

### **E. 2.3.2**

Vorstrafen Da die Vorstrafe des Ministero pubblico del cantone Ticino Belinzona vom 25. November 2002 dem Beschuldigten heute nicht mehr entgegengehalten werden kann (Art. 369 StGB), liegen acht für die Strafzumessung relevante Vorstrafen vor (Urk. HD 18/3; Urk. HD 38). Auch wenn diese mit Bezug auf die versuchte Vergewaltigung nicht einschlägig sind, sind diese vielen Vorstrafen erheblich strafferhöhend zu gewichten.

### **E. 2.3.3**

Nachtatverhalten Da der Beschuldigte hinsichtlich der versuchten Vergewaltigung während des gesamten Verfahrens in den entscheidenden Punkten ungeständig war, lässt sich aus seinem Nachtatverhalten nichts zu seinen Gunsten herleiten.

## **E. 2.4**

Hypothetische Einsatzstrafe In Würdigung der genannten Kriterien, insbesondere der erheblich ins Gewicht fallenden Strafreduktion aufgrund der mittelgradig verminderten Schuldfähigkeit des Beschuldigten, erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe von 21 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen.

## **E. 2.5**

Gesamtstrafe

- 37 -

### **E. 2.5.1**

Die für die schwerste Tat eingesetzte Strafe ist gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips unter Einbezug der weiteren Delikte angemessen zu erhöhen.

### **E. 2.5.2**

Was das objektive und subjektive Verschulden des Beschuldigten hinsichtlich des mehrfachen Hausfriedensbruchs angeht, ist entgegen den Erwägungen der Vorinstanz (Urk.

HD 55 S. 35) von einem nicht mehr leichten Verschulden auszugehen. Negativ fällt insbesondere ins Gewicht, dass der Beschuldigte von der Privatklägerin 2 vor dem 5. August 2011 nicht weniger als sechs Mal ein Hausverbot erteilt erhalten hatte (Urk. ND 1/5/2-7), was ihm bekannt war (Urk. HD 4/9 S. 3), ihn aber offensichtlich nicht im Geringsten kümmerte. Die Räumlichkeiten waren nur für andere frei zugänglich, für den Beschuldigten stellten die Hausverbote in beiden Fällen eine faktische Schranke dar, die er unverfroren missachtete. Erheblich strafe erhöhend sind einerseits die vielen, teilweise einschlägigen Vorstrafen zu berücksichtigen (Urk. HD 18/3; Urk. HD 38) und ist andererseits zu gewichten, dass der Beschuldigte in beiden Fällen während eines laufenden Strafverfahrens delinquierte. Nur leicht strafmildernd wirkt sich das Geständnis, das der Beschuldigte mit Bezug auf diese Taten ablegte (Urk. HD 4/9 S. 2 ff.; Urk. HD 41/1 S. 6), aus, wurde er doch in flagranti ertappt, weshalb ein Abstreiten wenig erfolgversprechend gewesen wäre. Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse und des Vorlebens kann auf die Ausführungen vorne unter 2.3.1. verwiesen werden, die auch hier Geltung haben.

### **E. 2.5.3**

In Würdigung der obengenannten Kriterien erweist sich für die versuchte Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und den mehrfachen Hausfriedensbruch im Sinne von Art. 186 StGB die von der Vorinstanz ausgesprochene Strafe als etwas zu hoch bzw. eine Freiheitsstrafe von 2 Jahren als angemessen.

### **E. 2.6**

Mehrfacher geringfügiger Diebstahl

#### **E. 2.6.1**

Die Vorinstanz hat den mehrfachen geringfügigen Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172ter Abs. 1 StGB zu Recht isoliert

- 38 - betrachtet, da es sich dabei um Übertretungen handelt, für die eine Busse, und demnach nicht eine gleichartige Strafe im Sinne von Art. 49 StGB, auszusprechen ist.

#### **E. 2.6.2**

Das objektive und subjektive Verschulden hinsichtlich dieser Delikte wiegt nicht mehr leicht. Stark strafe erhöhend fällt auch bei diesen Delikten ins Gewicht, dass der Beschuldigte eine ganze Reihe von einschlägigen Vorstrafen aufweist (Urk. HD 18/3; Urk. HD 38) und während eines laufenden Strafverfahrens delinquierte. Nicht stichhaltig ist die Argumentation der Verteidigung, der Beschuldigte habe aus Armut gehandelt (Urk. HD 41/4 S. 20; Urk. HD 68 S. 24). Zwar ist, wie sich aus dem Aktengutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich vom 26. März 2012 ergibt, davon auszugehen, dass der Beschuldigte mit Bezug auf Trinkalkohol eine erhebliche Toleranzentwicklung aufweist (Urk. HD 11/11 S. 8). Zudem gab er an, anfangs 2011 wegen Alkoholproblemen in Behandlung gewesen zu sein (Urk. HD 4/1 S. 2), was er in einer späteren Einvernahme allerdings abstritt (Urk. HD 4/6 S. 5), resp. viel Alkohol getrunken zu haben (Urk. HD 4/2 S. 4). Anhaltspunkte für eine ernsthafte Alkoholsucht liegen aber für den Deliktszeitraum nicht vor, und zudem spricht die Menge des behändigten Biers (19 Dosen Feldschlösschen Bier am 5. August 2011 und 5 Dosen Feldschlösschen Bier am 11. August 2011) gegen ein Handeln in einer suchtbedingten Engpasssituation. Leicht strafmildernd kann auch hier das vollumfängliche Geständnis gewichtet werden (dazu oben unter Ziff. 2.5.2). Hinsichtlich

der persönlichen Verhältnisse und des Vorlebens kann wiederum auf die Ausführungen vorne unter 2.3.1. verwiesen werden, die auch hier Geltung haben.

### **E. 2.6.3**

Was die Bussenhöhe angeht, kann vorab den Erwägungen der Vorinstanz (Urk. HD 55 S. 37) gefolgt werden, dass aufgrund der Haft und seines Aufenthaltsstatus nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Beschuldigte in absehbarer Zeit ein eigenes Einkommen generieren wird. Präzisierend ist festzuhalten, dass unklar erscheint, ob der Beschuldigte überhaupt je einer legalen Arbeitstätigkeit in der Schweiz nachgehen können. Vor diesem Hintergrund erscheint die erstinstanzlich festgelegte Busse etwas hoch, weshalb

- 39 - der Beschuldigte mit einer, dem Verschulden noch immer angemessenen Busse von Fr. 700.– zu bestrafen ist. Die Ersatzfreiheitsstrafe ist auf 7 Tage festzusetzen.

- 40 -

### **E. 2.7**

Zusammenfassung Unter Berücksichtigung aller massgeblichen Zumessungsgründe erweist sich die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und einer Busse von Fr. 700.– als angemessen. Anzurechnen sind gestützt auf Art. 51 StGB 253 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind. Die Ersatzfreiheitsstrafe für die Busse ist auf 7 Tage festzulegen. VI. Vollzug Da eine Freiheitsstrafe von 2 Jahren auszusprechen ist, sind die objektiven Voraussetzungen für die Anordnung eines bedingten Vollzugs im Sinne von Art. 42 StGB oder eines teilbedingten Vollzugs im Sinne von Art. 43 StGB zwar gegeben. Angesichts dessen, dass der Beschuldigte trotz der Verbüssung einer ganzen Reihe von Freiheitsstrafen mehrfach erneut delinquierte, sind jedoch keine Umstände ersichtlich, die für einen bedingten oder teilbedingten Aufschub der anzuordnenden Freiheitsstrafe sprechen würden. Dem Beschuldigten ist vielmehr eine schlechte Legalprognose zu stellen. Die Freiheitsstrafe ist deshalb zu vollziehen. VII. Zivilansprüche

### **E. 6**

Aufgrund dieser Erwägungen ist der eingeklagte Sachverhalt bis auf die Schilderung, wonach der Beschuldigte mit seinem Penis vaginal in die Privatklägerin 1 eingedrungen sei und den Geschlechtsverkehr mit dieser ungeachtet ihrer gleichzeitigen Schreie vollzogen habe, erstellt. Unter den gegebenen Umständen kann offen bleiben, ob der Beschuldigte, wie dies die Verteidigung anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz geltend machte (Urk. HD 41/4 S. 3 und S. 16), angesichts seiner Alkoholisierung überhaupt noch in der Lage war, Geschlechtsverkehr zu haben. IV. Rechtliche Würdigung 1. Die Vorinstanz hat die rechtliche Würdigung korrekt vorgenommen und detailliert begründet, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen darauf verwiesen werden kann (Urk. HD 55 S. 28 ff.). Da der Beschuldigte die Privatklägerin an deren Handgelenken festhielt, ihren Körper mit seinem Körper am Boden fixierte und sie insbesondere an der Innenseite des rechten Oberschenkels verletzte, kann entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 68 HD S. 21) kein Zweifel daran bestehen, dass der Beschuldigte die Schwelle zum Versuch überschritt. Ergänzend ist festzuhalten, dass entgegen der Argumentation der Verteidigung (Urk. HD 68 S. 22) nichts dafür spricht, dass der Beschuldigte die strafbare Tätigkeit aus eigenem Antrieb nicht zu Ende führte. Aufgrund der Umstände ist vielmehr davon auszugehen, dass der Beschuldigte deshalb von der Privatklägerin abliess, weil er damit rechnen musste, dass

die

- 31 - Schreie der Privatklägerin gehört würden und ihr jemand zu Hilfe eilen könnte, was schliesslich ja auch geschah. Für die Annahme eines Rücktritts im Sinne von Art. 23 StGB bleibt deshalb kein Raum. Zudem ist damit die von der Verteidigung aufgeworfene Frage, weshalb der Beschuldigte, hätte er tatsächlich den Geschlechtsverkehr angestrebt, von der Privatklägerin hätte ablassen sollen (Urk. HD 68 S. 21), beantwortet. 2. Es liegen weder Schuldausschluss- noch Rechtfertigungsgründe vor. Somit hat sich der Beschuldigte ferner der versuchten Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

- 32 - V. Sanktion 1. Strafraumen

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