

ZH_OBERGERICHT SB140458 vom 20. März 2015

ZH Obergericht, 2015-03-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB140458

FR: ZH_OBERGERICHT SB140458 du 20 mars 2015

IT: ZH_OBERGERICHT SB140458 del 20 marzo 2015

Erwägungen

E. 1

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, vom 10. Juli 2014, das gleichentags mündlich eröffnet und im Dispositiv übergeben wurde (Prot. I S. 32 ff.), meldete der Beschuldigte schriftlich mit Eingabe vom 16. Juli 2014 rechtzeitig Berufung gemäss Art. 399 Abs. 1 StPO an (Urk. 47). Das begründete Urteil der Vorinstanz wurde den Parteien am 22. September 2014 zugestellt (Urk. 51). Innerhalb der gesetzlichen Frist nach Art. 399 Abs. 3 StPO reichte der Verteidiger die Berufungserklärung vom 13. Oktober 2014 ein (Urk. 55). Die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils (Urk. 56 und Urk. 58). Die Privatklägerin verzichtete ebenfalls, beantragte aber, dem urteilenden Gericht habe eine Person gleichen Geschlechts anzugehören und ersuchte im Falle einer Befragung darum, durch diese befragt zu werden (Urk. 59). Ausserdem beantragte sie im Hinblick auf die Berufungsverhandlung, es sei für den Fall der Bestätigung des Schuldspruchs auch die von der Vorinstanz zugesprochene Genugtuung zu bestätigen (Urk. 80). Mit Vorladung vom

E. 1.1

Bestreitet ein Beschuldigter die ihm vorgeworfene Tat, 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 (BGE 137 IV 219, E. 7.3. mit Hinweisen; BGE 127 I 38, E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 6B_617/2013, E. 1.2., vom 4. April 2014). Angesichts der Unschuldsvermutung besteht Beweisbedürftigkeit, d.h. der verfolgende Staat hat dem Beschuldigten alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen (Schmid, Handbuch, a.a.O., N 216) und nicht der Beschuldigte seine Unschuld (BGE 127 I 38, E. 2a). 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 (BGE 138 V 74, E. 7; BGE 128 I 81, E. 2 mit

- 8 - Hinweisen). 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.).

E. 1.2

Liegen keine direkten Beweise vor, ist nach der Rechtsprechung auch ein indirekter Beweis zulässig. Beim Indizienbeweis wird aus bestimmten Tatsachen, die nicht unmittelbar rechtserheblich, aber bewiesen sind (Indizien), auf die zu beweisende, unmittelbar rechtserhebliche Tatsache geschlossen. Eine Mehrzahl von Indizien, welche für sich alleine nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf die Täterschaft oder die Tat hinweisen und einzeln betrachtet die Möglichkeit des Andersseins offen lassen, können einen Anfangsverdacht verstärken und in ihrer Gesamtheit ein Bild erzeugen, das bei objektiver Betrachtung keine Zweifel bestehen lässt, dass sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Das ist mithin auch der Fall, wenn sich die als belastend gewerteten Indizien zu einer Gewissheit verdichten, welche die ausser Acht gelassenen entlastenden Umstände als unerheblich erscheinen lassen (Urteil des Bundesgerichts 6B_678/2013 vom 3. Februar 2014, E. 3.3. mit Hinweisen).

E. 1.3

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 widerlegt werden muss (Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2.A. Zürich/St. Gallen 2013, Art. 10, N 2a; BSK StPO-TOPHINKE, Basel 2011, Art. 10, N 21).

- 9 -

E. 1.4

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. 3 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. Bloss abstrakte oder theoretische Zweifel dürfen dabei nicht massgebend sein, weil solche immer möglich sind (BGE 138 V 74, E. 7 mit Hinweisen). Es genügt also, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld ausgeschlossen werden können. Hingegen darf ein Schuldspruch nie auf blosser Wahrscheinlichkeit beruhen. 2. Unbestritten und gemäss Untersuchung erstellt ist, dass der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt am Tatort war (Urk. 3/5, S. 7; Prot. I S. 10). Der Beschuldigte liess vor Vorinstanz und auch heute im Wesentlichen geltend machen, die Privatklägerin sei freiwillig zu ihm ins Auto gestiegen, nachdem sie ihm vorgängig vom Trottoir her zugewunken gehabt habe. Sie hätten sich über Musik unterhalten. Plötzlich habe sie dann ihre Hosen herunter gezogen, was er als Einladung zum Sex interpretiert habe, weshalb er seinen Penis hervorgezogen habe. Nachdem er aufgrund des von ihrem Tampon herausschauenden Fadens realisiert gehabt habe, dass sie ihre Tage hatte,

habe er seinen Penis wieder weggepackt und es sei nie zu Sex gekommen (Urk. 53, S. 8 f.; Prot. II S. 20). Die Vorinstanz sei zu Unrecht zu seinen Lasten davon ausgegangen, dass das ermittelte Spurenbild die Aussagen der Privatklägerin bestätigten und bestreitet namentlich auch, dass eine Penetration stattgefunden habe (Urk. 55, S. 3; Urk. 81, S. 5 f.), so dass nachfolgend aufgrund der vorhandenen Beweismittel zu prüfen ist, ob sich der Sachverhalt rechtsgenügend erstellen lässt. 3. Die Vorinstanz hat die im vorliegenden Verfahren relevanten Aussagen und Beweismittel sehr umfassend, vollständig und korrekt aufgeführt und zusammengefasst. Sie hat sich eingehend mit der vorliegenden Beweislage auseinandergesetzt.

- 10 - setzt. Dabei hat sie die vorhandenen Beweise sowohl einzeln als auch in ihrer Gesamtheit gewürdigt und insbesondere die vorliegend massgeblichen Personalbeweise einer umfassenden Glaubhaftigkeitsprüfung unterzogen und sich namentlich mit dem über die Privatklägerin erstellten Glaubhaftigkeitsgutachten der Fachstelle Begutachtung, Beratung Familienrecht, Kantonsspital C._____ vom 30. Dezember 2013 (Urk. 7/11) von Frau Dr. phil. D._____, Fachpsychologin für Rechtspsychologie und Psychotherapie FSP, eingehend befasst (Urk. 53, S. 14- 19). Sie hat so insgesamt eine sorgfältige und nachvollziehbare Sachverhaltserstellung vorgenommen (Urk. 53, S. 9-28). Entsprechend kann darauf zwecks Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Vorinstanz gelangte nach Würdigung sämtlicher Beweismittel und Umstände zum Schluss, dass die Aussagen der Privatklägerin glaubhaft seien und überzeugender als jene des Beschuldigten. Dem kann unter Verweis auf die detaillierten Erwägungen der Vorinstanz grundsätzlich zugestimmt werden (Urk. 53, S. 23 ff.). Die nachfolgenden Ausführungen verstehen sich daher mehrheitlich als Ergänzungen, in einem Punkt aber ist von der vorinstanzlichen Sachverhaltserstellung abzuweichen.

E. 3

Mit Eingabe vom 18. November 2014 teilte RA Dr. X._____ unter Beilage der Vollmacht mit, er sei vom Beschuldigten als Wahlverteidiger mandatiert worden (Urk. 60 und Urk. 61), worauf der bisherige amtliche Verteidiger mit Wirkung

- 7 - ab Datum der Präsidialverfügung vom 19. November 2014 entlassen wurde (Urk. 62).

E. 3.1

Für Freiheitsstrafen von mehr als 2 und höchstens 3 Jahren sieht das Gesetz den teilbedingten Vollzug vor (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 StGB). Der Gesetzgeber geht davon aus, bei Freiheitsstrafen in dieser Höhe wiege das Ver-

- 21 - schulden so schwer, dass trotz günstiger bzw. nicht ungünstiger Prognose ein Teil der Strafe zum Ausgleich des Verschuldens zu vollziehen ist (Urteil des Bundesgerichts 6B_538/2007 vom 2. Juni 2008, E. 3.1.3; BGE 134 IV 241). Dabei darf der unbedingt vollziehbare Teil die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB). Zudem muss sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil der Freiheitsstrafe mindestens 6 Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 Satz 1 StGB).

E. 3.2

Innerhalb dieses gesetzlichen Rahmens liegt die Festsetzung im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner

die Vorwerfbarkeit der Tat sind, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingt vollziehbare Strafteil darf das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 134 IV 97, E. 6.3.4.3; BGE 134 IV 1, E. 5.6; Urteil des Bundesgerichts 6B_389/2012 vom 6. November 2012 E. 7.2).

E. 3.3

Der Beschuldigte ist Ersttäter, weshalb ein Strafaufschub nach Art. 42 bzw. Art. 43 StGB grundsätzlich vorzunehmen ist. Der zu vollziehende Teil muss mindestens 6 Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 StGB) und darf die Hälfte der ausfallenden Strafe von 32 Monaten nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 3 StGB). Es sind somit zwischen 6 und 16 Monate zu vollziehen. Unter Berücksichtigung des Tatvorwurfes, des erheblichen Verschuldens und der dargelegten objektiven und subjektiven Tatkomponenten sowie des Umstandes, dass die Legalprognose in Bezug auf den Beschuldigten als günstig zu beurteilen ist, ist ihm der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren. Der Vollzug von 10 Monaten Freiheitsstrafe trägt den erwähnten Kriterien genügend Rechnung.

E. 3.4

Für den bedingt aufgeschobenen Teil von 22 Monaten Freiheitsstrafe ist eine Probezeit von 2 Jahren festzusetzen (Art. 44 Abs. 1 StGB).

E. 3.5

Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, auf weitere Beweiserhebungen zu verzichten. Ein ergänzender Augenschein, wie er vom Beschuldigten beantragt wird, würde nicht zu einer weitergehenden Klärung des bereits aufgrund der vorhandenen Beweismittel erstellten Sachverhalts beitragen. Vielmehr hat der Beschuldigte eigens eingeräumt, dass es an besagter Örtlichkeit zu einem aus seiner Sicht einvernehmlichen sexuellen Kontakt mit der Privatklägerin hätte kommen sollen, weshalb er auch die Örtlichkeit als dafür günstig und das Restrisiko als gering einschätzte, von jemandem gesehen zu werden. Wie daher mittels einem Augenschein weitere Erkenntnisse gewonnen werden könnten, ist nicht ersichtlich. Ebenfalls kann unter den Umständen, dass, wie vorstehend ausgeführt, zugunsten des Beschuldigten davon ausgegangen wird, es habe keine Penetration der Privatklägerin stattgefunden, auf die vom Beschuldigten beantragte Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens oder die Ergänzung des rechtsmedizinischen Berichts über die Auswertung der DNA-Spuren verzichtet werden. Die bereits vorhandenen gutachterlichen Nachweise und Schlüsse vermögen zusammen mit den Aussagen der Privatklägerin den zugunsten des Beschuldigten leicht relativierten Sachverhalt ohne Weiteres zu beweisen. Ein für den Beschuldigten günstigeres Beweisergebnis ist nicht zu erwarten.

E. 4

Die bereits erstandene Haft von 131 Tagen ist dem Beschuldigten anzurechnen (Art. 51 StGB).

- 22 - IV. Zivilansprüche 1. Die Vorinstanz hat die Anträge und Parteistandpunkte hinsichtlich Schadenersatz und Genugtuung korrekt dargestellt (Urk. 53, S. 39), worauf verwiesen werden kann. Auf den Verweis des Schadenersatzbegehrens der Privatklägerin auf den Zivilweg ist nicht mehr zurückzukommen, zumal der Beschuldigte seine diesbezügliche Berufung anlässlich der Berufungsverhandlung zurückgezogen hat (Urk. 81,

S. 1). In Bezug auf das Genugtuungsbegehren beantragte die Privatklägerin für das Berufungsverfahren eine Bestätigung der durch die Vorinstanz zugesprochenen Genugtuungssumme von Fr. 12'000.– nebst Zins zu 5 % seit 18.3.2013 für den Fall der Bestätigung des Schuldspruchs (Urk. 80, S. 1). 2. Den Ausführungen der Vorinstanz zu den Voraussetzungen betreffend Anspruch auf Leistung einer Genugtuung sowie deren Bemessungskriterien im Allgemeinen ist zuzustimmen, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. 53, S. 41 f.). Nach zu teilender Auffassung der Vorinstanz hat der Beschuldigte widerrechtlich und schuldhaft in die psychische und physische Integrität der Privatklägerin eingegriffen, sie dadurch in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt und ihr seelische Unbill zugefügt. Im Weiteren stützte sich die Vorinstanz auf den Bericht der Fachstelle für Opferhilfeberatung und Kinderschutz E._____ vom 26. Juni 2014, deren Beratung die Privatklägerin damals seit gut einem Jahr in Anspruch nahm (Urk. 37). Mit der Vorinstanz sind die Angaben der Fachstelle als glaubhaft und überzeugend einzustufen. Im Hinblick auf die Bemessung der Genugtuung ist namentlich zu berücksichtigen, dass die Privatklägerin am helllichten Tag an einem Sonntagmittag auf dem Nachhauseweg vom Gottesdienst vom Trottoir in eine Einstellgarage gezerrt wurde und dass die Schutzbedürftigkeit der Privatklägerin zufolge ihrer Retardierung besonders gegeben war und ist, da sie zufolge ihres noch sehr jungen Entwicklungsalters besonderer Fürsorge und Aufmerksamkeit bedarf, um das Geschehene zu verarbeiten. Unter Berücksichtigung, dass es im Zusammenhang mit der Vergewaltigung allerdings lediglich bei einem Versuch geblieben ist, rechtfertigt es sich, die von der Vorinstanz festgesetzte Genugtuung auf Fr. 8'000.– herabzusetzen (Klaus Hütte/Hardy Landolt, Genugtuungsrecht, Band I Hütte, Zürich/St. Gallen 2013, Tabelle zur Basisgenugtuung [2005 bis

- 23 - 2012], S. 174). Der Zins ist von Gesetzes wegen geschuldet und der Beginn des Zinsenlaufes ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz auf den 18. März 2013 festzulegen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Bei diesem Verfahrensausgang ist die vorinstanzliche Kostenregelung zu bestätigen (Urk. 53, S. 43, Dispositiv Ziffer 4 und 5). 2. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Berufung hinsichtlich der Qualifikation der Vergewaltigung als Versuch und hinsichtlich der Strafe, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens lediglich zu drei Vierteln aufzuerlegen und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche gemäss Art. 426 Abs. 1 und Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt im Umfang von drei Vierteln vorbehalten. 3. Ausgangsgemäss ist dem Beschuldigten eine reduzierte Prozessentschädigung zuzusprechen (Art. 436 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). Unter Berücksichtigung der Aufwendungen des Verteidigers (Urk. 83), rechtfertigt es sich, die reduzierte Prozessentschädigung auf Fr. 1'700.– festzusetzen. Das Verrechnungsrecht des Staates bleibt vorbehalten (Art. 442 Abs. 4 StPO). Es wird beschlossen:

E. 4.1

In Abweichung zur vorinstanzlichen rechtlichen Würdigung, bleibt es aber vorliegend beim Versuch der Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB. Bei der Vergewaltigung handelt es sich um ein reines Tätigkeitsdelikt, weshalb die Schwelle zum Versuch bereits mit der Gewaltanwendung überschritten wird (vgl. dazu Trechsel/Bertossa, Praxiskommentar StGB, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013,

Art. 190 N 7, m.w.H.) und nur ein unvollendeter Versuch in Frage kommt (vgl. dazu Donatsch/ Flachs-

- 15 - mann/Weder/Hug, Kommentar zum StGB, 19. Auflage, Art. 23 N 3 e contrario). Indem sich der Beschuldigte mit seinem ganzen Gewicht auf die Privatklägerin legte, so dass sie sich nicht wehren konnte und mit seinem aus dem Hosenschlitz herausragenden erigierten Glied versuchte in sie einzudringen, letztlich aber keine Penetration erfolgte, erfüllte er den Tatbestand der versuchten Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB in objektiver Hinsicht klar. Zudem ist mit Verweis auf die vorinstanzlichen Erwägungen auch der subjektive Tatbestand ohne Weiteres erfüllt (Urk. 53, S. 32).

E. 4.2

Im Sinne einer Ergänzung verbleibt schliesslich darauf hinzuweisen, dass entgegen der Ansicht des Beschuldigten auch für die Erfüllung des Tatbestandes der versuchten Vergewaltigung gemäss Art. 190 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB keine brutale Gewalt, etwa in Form von Schlägen oder Würgen, erforderlich ist. Es genügt, wenn der Täter seine überlegene Kraft einsetzt, indem er die Frau festhält oder sich mit seinem Gewicht auf sie legt (Urteil des Bundesgerichts 6B_993/2013 vom 17. Juli 2014, Erw. 3.3. mit Hinweisen), wie das vorliegend der Beschuldigte tat. Entsprechend muss sich das Opfer auch nicht auf einen Kampf einlassen oder Verletzungen in Kauf nehmen, sondern es genügt nach gefestigter Rechtsprechung der Wille des Opfers, den Geschlechtsverkehr nicht zu wollen, wobei dieser Wille unzweideutig manifestiert werden muss (BGE 122 IV 97 Erw. 2b; Urteil des Bundesgerichts 6B_993/2013 vom 17. Juli 2014, Erw. 3.4.). Dass die Privatklägerin im vorliegenden Fall von Anfang an und wiederholt unmissverständlich äusserte, dass sie mit dem sexuellen Kontakt nicht einverstanden war und diesen ablehnte, und dass sie, zwar vergeblich, aber doch mehrmals versuchte, vom Tatort und dem Beschuldigten zu entkommen, wurde beweismässig erstellt (vgl. vorinstanzliche Erwägungen, Urk. 53, S. 11 f.; S. 19 f. und Anklagesachverhalt Urk. 18 sowie Urk. 2/1, S. 2 f. und Urk. 2/4, S. 8 f., S. 18 f.). Der Beschuldigte setzte sich über den klar geäusserten Willen der Privatklägerin ebenfalls mehrmals hinweg, packte er sie doch bei ihrem ersten Versuch, nachdem sie vom Fahrersitz aufgestanden war und vom Tatort weggehen wollte, und schleifte sie auf die andere Seite des Autos, wo er sie auf den Beifahrersitz setzte und die Türe verschloss (Urk. 18, S. 3 und Urk. 2/1, S. 3 sowie Urk. 2/4, S. 8). Nachdem der Beschuldigte das Auto umparkiert hatte und

- 16 - die Beschuldigte durch Herablassen der Rückenlehne des Beifahrersitzes auf den Rücken zu liegen kam, versuchte sie mehrmals, sich zu erheben und der Situation zu entkommen, da der Beschuldigte trotz ihrer verbalen Abwehr, dass sie das nicht wolle, unter anderem mit dem Hinweis auf ihre Menstruation und den von ihr getragenen Tampon, und der Abwendung ihres Kopfes beim Versuch, sie zu küssen, weiter machte, sich mit seinem ganzen Gewicht auf sie legte, sie anschliessend stehend mit seinem Knie und seiner Hand auf dem Sitz fixierte, sie schliesslich auf den Bauch drehte und sich erneut auf sie legte (Urk. 18, S. 3 f.; Urk. 2/1, S. 4 f. und S. 5 f. sowie Urk. 2/4, S. 15). Der verbale und körperliche Widerstand der Privatklägerin war für den Beschuldigten zweifellos klar erkennbar. Dennoch versuchte er - wenn auch bedingt durch den Tampon erfolglos - in die Privatklägerin einzudringen (Urk. 2/1, S. 4 unten und S. 7 f. sowie Urk. 2/4, S. 17). Für die Subsumption unter den Tatbestand von Art. 190 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB ist das ausreichend und eine Ejakulation ist nicht erforderlich (Andreas

Donatsch, Strafrecht III, 10. A., Zürich 2013, S. 515 mit Hinweisen; Ulrich Weder, Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, 19. A., Zürich 2013, Verlag Orell Füssli [kurz: OFK - StPO], N 5 zu Art. 190). Indem sich der Beschuldigte über den unmissverständlich kundgetanen Willen der Privatklägerin hinwegsetzte, handelte er direkt vorsätzlich, so dass der Beschuldigte sowohl den objektiven wie den subjektiven Tatbestand der versuchten Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB erfüllte.

E. 4.3

Auch hinsichtlich des Anklagepunktes der sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB ist - wiederum lediglich als Ergänzung der zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 53, S. 31 f.) - hinsichtlich des Nötigungsmittels der Gewaltanwendung zu verdeutlichen, dass das Opfer nicht körperlich misshandelt zu werden braucht und unter Umständen ein eher geringfügiger Kraftaufwand genügen kann (Donatsch, a.a.O., S. 508). Dies ist vorliegend der Fall, versperrte doch der Beschuldigte, welcher der Privatklägerin körperlich deutlich überlegen und ein vielfaches kräftiger war als diese, der Privatklägerin bereits bei seinen ersten sexuellen Handlungen, die noch auf der Fahrerseite stattfanden, den Fluchtweg, indem sich er sich vor sie stellte und sie bei ihren Versuchen, aufzustehen, auf den Sitz zurück drückte. Bereits aufgrund der physischen Überlegen-

-heit des Beschuldigten und der sitzenden Position der Privatklägerin, welche sie zusätzlich gegenüber dem Beschuldigten benachteiligte, ist nachvollziehbar, dass der Beschuldigte keine brutale Gewalt anwenden musste, um sein Ansinnen durchzusetzen. Gleiches gilt für die nachfolgenden sexuellen Handlungen auf der Beifahrerseite. Schliesslich muss in Betracht gezogen werden, dass generell Kindern in der Regel weniger Gegenwehr zuzumuten ist, als Erwachsenen (Donatsch, a.a.O., S. 510). Auch wenn es sich vorliegend bei der Privatklägerin nicht um ein Kind im Rechtssinne handelt, muss berücksichtigt werden, dass sie sich gemäss Gutachten infolge einer leichten Intelligenzminderung und ihres sozio-emotionalen Entwicklungsrückstandes insgesamt wie ein 10- bis 12-jähriges Mädchen verhielt (Urk. 7/11, S. 19-23). Die Privatklägerin hat sich, wie dargelegt, deutlich und unmissverständlich sowohl verbal wie auch physisch gegen die sexuellen Handlungen des Beschuldigten gewehrt. Mehr oder eine andere Gegenwehr war ihr nicht zuzumuten, resp. nicht von ihr zu verlangen, insbesondere auch wegen ihrer physischen und situativen klaren Unterlegenheit. Das Mass der Einwirkung des Beschuldigten auf die Privatklägerin genügt denn auch, um von einer Erfüllung des Tatbestands der sexuellen Nötigung im Sinn von Art. 189 Abs. 1 StGB und nicht bloss der sexuellen Belästigung gemäss Art. 198 Abs. 1 StGB auszugehen.

E. 4.4

Entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 81, S. 11 f.) liegt schliesslich keine einheitliche Tatbegehung des Beschuldigten vor. Die erste Nötigungshandlung des Beschuldigten hat auf der Fahrerseite des Fahrzeuges stattgefunden, bevor er die Privatklägerin nach einem ersten Entkommen auf den Beifahrersitz setzte und das Auto umparkierte, um sich dann auf der Beifahrerseite auf sie zu legen und sie zu küssen. Bereits diese beiden Nötigungshandlungen erfolgten somit zwar zeitlich unmittelbar nacheinander, werden aber immerhin durch das Umparkieren des Fahrzeugs und das Umplatzen der Privatklägerin unterbrochen, so dass der Beschuldigte einen neuen Entschluss fassen und erneut willentlich so auf die Privatklägerin einwirken musste, dass

sie sich gegen seine Handlungen nicht wehren konnte. Hinzukommend können diese Nötigungshandlungen auch nicht als Begleiterscheinungen des Vergewaltigungsversuches betrachtet werden. Nachdem der Beschuldigte die Privatklägerin auf dem Beifahrer-

- 18 - sitz auf den Mund zu küssen versucht und mit seiner Zunge mehrmals die rechte Wange geleckelt hatte, liess er zunächst von ihr ab, stand auf und fixierte sie dann neuerlich mit der linken Hand und dem Knie auf dem Beifahrersitz, so dass er sein Glied aus der Hose nehmen und sie schliesslich umdrehen konnte, so dass er sich in der Absicht mit ihr den Geschlechtsverkehr zu vollziehen, von Hinten auf sie legen konnte. Dies geschah wiederum aufgrund eines neuen Tatenschlusses des Beschuldigten, wollte er nun doch weitergehen, was ihn auch veranlasste die Privatklägerin in eine andere Position zu bringen. Schliesslich versuchte er die Privatklägerin nach Abbruch des Versuchs mit ihr Geschlechtsverkehr zu vollziehen, dazu zu zwingen, ihn oral zu befriedigen, was allein schon aufgrund der Andersartigkeit der beabsichtigten sexuellen Handlungen einen neuen Tatentschluss des Beschuldigten erforderlich machte. Es liegt somit eine mehrfache Tatbegehung durch den Beschuldigten vor.

E. 4.5

Entsprechend ist der Beschuldigte in leichter Abweichung vom vorinstanzlichen Entscheid der versuchten Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und der mehrfachen, teilweise versuchten, sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, schuldig zu sprechen. III. Strafzumessung und Vollzug 1. Betreffend die allgemeinen Regeln der Strafzumessung und die Bildung einer Gesamtstrafe kann auch hier, um Wiederholungen zu vermeiden, vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 53, S. 33-34). Die Vorinstanz hat insbesondere in Nachachtung der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (Urteil 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013, Erw. 2.1 und 2.3.2; mit Hinweisen, bestätigt in Urteil 6B_375/2014 vom 28. August 2014, Erw. 2.6. a. E.) korrekterweise bei der Festsetzung der Einsatzstrafe zunächst alle objektiven und subjektiven verschuldensrelevanten Umstände beachtet, in einem weiteren Schritt die übrigen Delikte beurteilt und aufgezeigt, in welchem Ausmass die Einsatzstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips zu erhöhen ist und

- 19 - schliesslich erst nach Festlegung der (hypothetischen) Gesamtstrafe für sämtliche Delikte die allgemeinen Täterkomponenten berücksichtigt. 2.1. Die Vorinstanz ist korrekterweise von der Vergewaltigung als schwerstem Delikt ausgegangen und hat den Strafraum zutreffend mit einem bis zehn Jahren Freiheitsstrafe festgelegt (Urk. 53, S. 33). Auch unter Berücksichtigung der Deliktsmehrheit, welche strafscharfend zu berücksichtigen ist, und dem Umstand, dass lediglich ein Vergewaltigungsversuch vorliegt, was eine Strafmilderung nach sich zieht (vgl. Art. 22 Abs. 1 StGB), liegen keine ausserordentlichen Gegebenheiten vor, welche ein Verlassen des ordentlichen Strafraums erfordern. Mit der Vorinstanz sind diese beiden Strafzumessungsfaktoren allerdings innerhalb des ordentlichen Strafraums strafferhöhend bzw. strafmindernd obligatorisch zu berücksichtigen. 2.2. Hinsichtlich der objektiven Tatschwere bezüglich der Vergewaltigung ist auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen zu verweisen (Urk. 53, S. 34 f.). Präzisierend ist anzuführen, dass schwer ins Gewicht fällt, dass der Beschuldigte trotz offensichtlich körperlicher und geistiger Schwäche der Privatklägerin handelte. Demgegenüber handelte der Beschuldigte wohl nicht geplant, wollte aber die sich ihm bietende Gelegenheit wahrnehmen und zulasten der Privatklägerin ausnutzen.

Das Mass der Gewaltanwendung bewegte sich zwar im unteren Rahmen der Palette an möglicher und vorstellbarer Gewalt, mehr war aber offensichtlich auch nicht notwendig, um den Widerstand der Privatklägerin brechen zu können. Die Qualifikation des objektiven Verschuldens durch die Vorinstanz als erheblich ist somit nicht zu beanstanden (Urk. 53, S. 35). Eine hypothetische Einsatzstrafe für das vollendete Delikt von 3 1/2 Jahren Freiheitsstrafe erscheint dem objektiven Verschulden angemessen. 2.3. In Bezug auf die subjektive Tatschwere der Vergewaltigung ist ebenfalls auf die vorinstanzlichen Erwägungen zu verweisen (Urk. 53, S. 36). Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Schwere der Tat nicht zu relativieren, womit das Verschulden insgesamt als erheblich einzustufen ist. In Abweichung zur Vorinstanz ist die verschuldensangemessene hypothetische Einsatzstrafe aber lediglich auf 3 1/2 Jahre festzusetzen.

- 20 - 2.4. Zu berücksichtigen ist sodann, dass es lediglich beim Versuch der Vergewaltigung geblieben ist, was eine wesentliche Reduktion der hypothetischen Einsatzstrafe nach sich zieht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte relativ rasch von der Privatklägerin abliess, es gleichzeitig aber beim Versuch blieb, weil die Privatklägerin einen Tampon trug und nicht, weil der Beschuldigte das Unrecht seiner Tat einsah. Dennoch ist dem Beschuldigten zugute zu halten, dass er nicht mit letzter Konsequenz sein Ziel zu erreichen versuchte. Eine deutliche Reduktion der hypothetischen Einsatzstrafe auf 27 Monate Freiheitsstrafe erscheint aufgrund des Versuches angezeigt. 2.5. Hinsichtlich der Strafzumessung in Bezug auf die mehrfache, teilweise versuchte sexuelle Nötigung kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 53, S. 36 f.). In Bezug auf die erste Nötigungshandlung ist zu präzisieren, dass der Beschuldigte nur wenig Druck auf die Privatklägerin ausübte und keine schwerwiegende Gewaltanwendung notwendig war, um ihre Abwehrhaltung überwinden zu können, weshalb die Tat nahe bei einer sexuellen Belästigung einzustufen ist. Dies gilt hingegen nicht für die zweite Nötigungshandlung, welche objektiv schwerer wiegt, zumal der Beschuldigte die Privatklägerin immerhin am Genick packte und ihren Kopf zu seinem Glied hinunterdrückte und von ihr verlangte, ihn oral zu befriedigen. Gleichzeitig aber blieb es diesbezüglich beim Versuch. Insgesamt rechtfertigt es sich, die Einsatzstrafe von 27 Monaten aufgrund dieser Delikte auf 32 Monate zu erhöhen. 2.6. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz vermögen die Täterkomponenten die Strafe weder zu mindern noch zu erhöhen. Es kann diesbezüglich auf ihre zutreffenden und vollständigen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 53, S. 36 f.). 2.7. Aufgrund einer Gesamtwürdigung der Tat- und Täterkomponenten sowie unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips ist der Beschuldigte mit einer Gesamtstrafe von 32 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen.

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