

ZH_OBERGERICHT SB200085 vom 7. Juni 2021

ZH Obergericht, 2021-06-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200085

FR: ZH_OBERGERICHT SB200085 du 7 juin 2021

IT: ZH_OBERGERICHT SB200085 del 7 giugno 2021

Erwägungen

E. 1

September 2020 ihre Berufungsantwort ein (Urk. 116), die Privatklägerin innert mehrfach erstreckter Frist am 19. Oktober 2020 (Urk. 119). Die Berufungsantworten wurden dem Beschuldigten zur freigestellten Stellungnahme übermittelt (Urk. 121). Mit Eingabe vom 17. Dezember 2020 liess der Beschuldigte innert mehrfach erstreckter Frist eine Stellungnahme einreichen (Urk. 126), welche der Staatsanwaltschaft sowie der Privatklägerin zugestellt wurde (Urk. 128). Auf weitere Stellungnahmen wurde verzichtet (Urk. 130; Urk. 131). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

E. 1.1

Die Vorinstanz hat den Anklagevorwurf der Schändung korrekt wiedergegeben, worauf zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden kann (Urk. 64 S. 6 ff.). Ebenfalls korrekt zusammengefasst wurde der Standpunkt des Beschuldigten zu diesem Anklagevorwurf (Urk. 64 S. 8), an dem er im Berufungsverfahren festhielt (Urk. 85 S. 19 ff.).

E. 1.2

In einem Strafprozess sind an den Beweis von Täterschaft und Schuld hohe Anforderungen zu stellen. Gemäss dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld zu vermuten, dass die einer strafbaren Handlung beschuldigte Person unschuldig ist (Art. 10 Abs. 1 StPO). Dies bedeutet, dass der verfolgende Staat dem Beschuldigten alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen hat. Als Beweiswürdigungsregel besagt der Grundsatz "in dubio pro reo", dass sich das (Straf-)Gericht nicht von einem für die beschuldigte Person ungünstigen Sachverhalt überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (BGE 138 V 74 E. 7 mit Hinweisen). Bedeutsam für die Wahrheitsfindung ist die Glaubhaftigkeit der konkreten Aussagen, 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 Er-

- 12 - lebnishintergrund machen könnte (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 6B_760/2016 vom 29. Juni 2017 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen).

E. 1.3

Die Vorinstanz hat die relevanten Beweismittel korrekt aufgezählt (Urk. 64 S. 9). Hinsichtlich der Glaubwürdigkeit des Beschuldigten wurde im vorinstanzlichen Urteil zutreffend erwogen, dass ihn keine Pflicht zu wahrheitsgemässer Aussage trifft und er ein – grundsätzlich legitimes – Interesse daran haben dürfte, die Geschehnisse in einem für ihn günstigen Licht darzustellen (Urk. 64 S. 14 f.). Insofern ist grundsätzlich eine vorsichtige Würdigung seiner Depositionen angebracht. Es liegen aber keine Anhaltspunkte vor, die von vornherein gegen seine Glaubwürdigkeit sprechen würden. Dasselbe gilt für die Glaubwürdigkeit der Privatklägerin. Zwar kann ihr ein Interesse am Ausgang des Verfahrens nicht abgesprochen werden, zumal sie Zivilansprüche gestellt hat (Urk. 51 S. 1 f.). Diese Interessenlage darf bei der Würdigung ihrer Aussagen nicht ausser Acht gelassen werden. Allein deshalb annehmen zu wollen, die Privatklägerin würde unzutreffende Angaben machen, erscheint jedoch nicht angezeigt. Im Übrigen ist ohnehin festzuhalten, dass der allgemeinen Glaubwürdigkeit eines Zeugen respektive einer einvernommenen Person im Sinne einer dauerhaften personalen Eigenschaft kaum mehr relevante Bedeutung zukommt. Weitaus bedeutender für die Wahrheitsfindung als die allgemeine Glaubwürdigkeit ist die Glaubhaftigkeit der konkreten Aussage (BGE 133 I 33 E. 4.3 mit Hinweisen). Dies gilt analog für die Aussagen der befragten Zeugen.

E. 2

Objektiver Tatbestand

E. 2.1

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). Die Bildung einer Gesamtstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips ist nur möglich, wenn das Gericht im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss gleichartige Strafen ausfällt (sog. konkrete Methode). Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen androhen, genügt nicht (Urteil des Bundesgerichts 6B_496/2020 vom 11. Januar 2021 E. 3.4.2 mit Hinweisen).

E. 2.2

Die Vorinstanz hat für alle zu beurteilenden Delikte – mit Ausnahme der Übertretung – Freiheitsstrafen ausgefällt (Urk. 64 S. 51). Für die Schändung kommt bereits angesichts der Höhe der ausgesprochenen Strafe keine Geldstrafe mehr in Frage. Dass die Vorinstanz auch die weiteren Delikte mit Freiheitsstrafen sanktioniert hat, ist nicht zu beanstanden. Hält das Gericht im Rahmen der Gesamtstrafenbildung für einzelne Delikte im konkret zu beurteilenden Fall unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Geldstrafe nicht mehr für schuldadäquat und zweckmässig, hindert aArt. 41 Abs. 1 StGB es nicht daran, auf Einzelfreiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten zu erkennen, wenn die daraus zu bildende Gesamtstrafe sechs Monate übersteigt (BGE 144 IV 217 E. 4.3; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 6B_436/2018 vom 24. September 2018 E. 1.2; 6B_523/2018 vom 23. August 2018 E. 1.2.3). Vor dem Hintergrund der einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten sowie seines renitenten und uneinsichtigen Verhaltens erweist sich das Aussprechen einer Freiheitsstrafe schon allein aus Gründen der präventiven Effizienz und der Zweckmässigkeit als erforderlich. Es kann diesbezüglich auf die Erwägungen im Urteil der erkennenden Kammer vom 1. Februar 2019 verwiesen werden

(Urk. 86 S. 34 f.). Im Rahmen der Revision des Sanktionenrechts hat der Gesetzgeber am Vorrang der Geldstrafe festgehalten (Urteil des Bundesgerichts 6B_483/2016 vom 30. April 2018 E. 3.6 mit Hinweisen). Gemäss Art. 41 Abs. 1 StGB kann das Gericht statt auf eine Geldstrafe

- 20 - auf eine Freiheitsstrafe erkennen, wenn eine solche geboten erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten oder eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann. Unter den dargelegten Umständen besteht auch nach neuem Recht keine Veranlassung, einzelne der heute zu beurteilenden Straftaten erneut mit einer Geldstrafe zu sanktionieren. Angesichts der Hartnäckigkeit der Delinquenz des Beschuldigten und der Tatsache, dass die bisher gegen ihn verhängten Sanktionen die ihnen zugeordnete präventive Wirkung verfehlten, kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Geldstrafe, selbst wenn sie unbedingt ausgesprochen würde, die angestrebte Wirkung zu erreichen vermag.

E. 2.3

Für die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes ist eine separate Busse auszufällen.

E. 2.4

Im aufgehobenen Urteil vom 1. Februar 2019 kam die hiesige Kammer zum Schluss, dass das vom Beschuldigten in einem früheren Verfahren erstellte (Vergleichs-) DNA-Profil verwertet werden dürfe (Urk. 86 S. 7 ff.). Auf die vom Beschuldigten in diesem Punkt erhobene Beschwerde ist das Bundesgericht wie erwähnt nicht eingetreten (Urk. 103 S. 9). Das Bundesgericht hielt im Weiteren fest, entscheidend sei, ob der Beizug der DNA-Vergleichsspur zum Zeitpunkt der Ermittlung in Anbetracht der in Frage stehenden Straftat angezeigt gewesen sei. Dass der DNA-Abgleich aufgrund des Verdachts einer Schändung, mithin eines Verbrechens, erfolgte, werde nicht bestritten. Angesichts dessen sowie der

- 11 - Schwere des Vorwurfs sei es nicht zu beanstanden, dass die Polizei die DNA-Vergleichsspur des Beschuldigten zur Ermittlung des mutmasslichen Täters der Schändung herangezogen habe (Urk. 103 S. 9 f.). Die Frage der Verwertbarkeit des DNA-Profiles des Beschuldigten wurde vom Bundesgericht damit abschliessend beurteilt, weshalb nicht nochmals darüber zu befinden ist. II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung 1. Ausgangslage

E. 3

Zusatzstrafe (Art. 49 Abs. 2 StGB) Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 1. April 2017 wurde der Beschuldigte wegen Hinderung einer Amtshandlung sowie Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 40 Tagen sowie einer unbedingten Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.– bestraft (Urk. 18/7; Urk. 104 = Urk. 134). Nachdem der Beschuldigte die hier zu beurteilenden Delikte vor dieser Entscheidung begangen hat und die Strafen der neu zu beurteilenden Delikte und die Grundstrafe gleichartig sind, ist heute eine Zusatzstrafe zur mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 1. April 2017 ausgefallenen Freiheitsstrafe auszusprechen. Liegen die Voraussetzungen für eine Zusatzstrafe vor, setzt das Gericht zunächst eine hypothetische Gesamtstrafe fest. Es hat sich zu fragen, welche Strafe es ausgesprochen hätte, wenn es sämtliche Delikte gleichzeitig beurteilt hätte. Dabei hat es nach den Grundsätzen von Art. 49 Abs. 1 StGB zu verfahren. Das Ermessen des Gerichts

beschränkt sich dabei auf die von ihm vorzunehmende Asperation zwischen rechtskräftiger Grundstrafe und der für die noch nicht beurteilten Taten auszusprechenden Strafe (BGE 142 IV 265 E. 2.3.3 ff.). Die für die vor der Verurteilung begangenen Delikte auszufällende Zusatzstrafe ergibt sich danach aus der Differenz der hypothetischen Gesamtstrafe und der bereits ausgefallten Strafe.

- 21 -

E. 3.1

Die Privatklägerin beantragt, es sei ihr für das Vorverfahren und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren – wie bereits vor Vorinstanz (Urk. 64 S. 53) – eine Prozessentschädigung von Fr. 11'320.20 zuzusprechen. Weiter beantragt sie für das Berufungsverfahren SB180176 eine Prozessentschädigung von Fr. 5'425.70 und für das Berufungsverfahren SB200085 eine solche von Fr. 4'498.20 (Urk. 119 S. 7).

E. 3.2

Die Privatklägerschaft hat gegenüber der beschuldigten Person Anspruch auf angemessene Entschädigung für notwendige Aufwendungen im Verfahren, wenn sie obsiegt (Art. 433 Abs. 1 lit. a StPO). Die Aufwendungen betreffen in erster Linie die Anwaltskosten, soweit diese durch die Beteiligung am Strafverfahren selbst verursacht wurden und für die Wahrung der Interessen der Privatklägerschaft notwendig waren (BGE 139 IV 102 E. 4.1). Ein Obsiegen ist dann gegeben, wenn die beschuldigte Person im Strafpunkt verurteilt wird und der Privatklägerschaft die geltend gemachte Zivilforderung zugesprochen wird (SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N 6 zu Art. 433). Die Regelung von Art. 433 StPO gilt auch im Rechtsmittelverfahren (Art. 436 Abs. 1 StPO). Auch wenn Art. 436 StPO diesbezüglich keine direkte Verweisungsnorm aufweist, richtet sich die Norm hinsichtlich des Entschädigungsanspruches und der -pflicht nach dem Grundsatz des Obsiegens bzw. Unterliegens, welcher in Art. 428 StPO Niederschlag gefunden hat (BSK StPO-WEHRENBURG/FRANK, 2. Aufl. 2014, N 6 zu Art. 436 mit Hinweisen).

E. 3.3

Ausgangsgemäss hat die Privatklägerin gegenüber dem Beschuldigten Anspruch auf angemessene Entschädigung für notwendige Aufwendungen im Verfahren. Die Vorinstanz sprach der Privatklägerin gestützt auf die geltend gemachten Aufwendungen (Urk. 52/3) eine Prozessentschädigung von Fr. 11'320.20 für das Vorverfahren und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren zu (Urk. 64 S. 53). Diese Entschädigung erweist sich als angemessen und ist zu bestätigen. Im Berufungsverfahren SB180176 machte die Privatklägerin Aufwendungen in der Höhe von Fr. 2'560.35 geltend, wobei in der eingereichten Honorarnote für die Teilnahme an der Berufungsverhandlung und die Nachbesprechung kein Zeitaufwand

- 35 - eingesetzt war (Urk. 82/3). Mit Eingabe vom 19. Oktober 2020 machte die Privatklägerin hierfür einen zusätzlichen Zeitaufwand von 10.10 Stunden sowie weitere Barauslagen geltend (Urk. 119 S. 7). Der für die Teilnahme an der Berufungsverhandlung vom 1. Februar 2019, inklusive Wegzeiten, geltend gemachte Aufwand von 4.75 Stunden und die geltend gemachten Barauslagen von Fr. 34.50 sind nicht zu beanstanden. Für die Nachbearbeitung erweist sich demgegenüber ein Aufwand von einer Stunde als hinreichend (vgl. dazu auch die für das Berufungsverfahren SB200085 eingereichte Honorarnote, Urk.

120/2). Die Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren SB180176 ist deshalb auf Fr. 4'207.65 festzusetzen. Der Beschuldigte ist damit zu verpflichten, der Privatklägerin für das Vorverfahren und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren sowie das Berufungsverfahren SB180176 eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 15'527.85 zu bezahlen. Für das Berufungsverfahren SB200085 ist die Privatklägerin aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Der Beschuldigte hat nicht zu vertreten, dass infolge der Rückweisung durch das Bundesgericht ein weiteres Verfahren nötig wurde. Die von der Privatklägerin geltend gemachten Aufwendungen in der Höhe von Fr. 4'498.20 (Urk. 119 S. 7; Urk. 120/2) sind ausgewiesen und erweisen sich als angemessen. Der Privatklägerin ist für das Berufungsverfahren SB200085 deshalb eine Prozessentschädigung von Fr. 4'498.20 aus der Gerichtskasse zuzusprechen. Es wird beschlossen:

E. 3.4

Schliesslich bringt die Verteidigung vor, dass das Verhalten der Privatklägerin vor der Tat für die Vorstellung des Beschuldigten relevant gewesen sei. Das gesamte Vortatverhalten der Privatklägerin weise darauf hin, dass der Beschuldigte in Bezug auf ihren Willen zum Geschlechtsverkehr mit ihm einer allenfalls unzutreffenden subjektiven Vorstellung unterlegen sein könnte (Urk. 111 S. 4 f.). Der Argumentation der Verteidigung kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist daran zu erinnern, dass der Beschuldigte im Verfahren stets geltend machte, sich an den Geschlechtsverkehr mit der Privatklägerin nicht erinnern zu können. Diesbezüglich kann auf die Erwägungen im Urteil vom 1. Februar 2019 verwiesen werden (Urk. 86 S. 12 f.). Wenn der Beschuldigte nun vorbringen lässt, damals vom konkludenten Einverständnis der Privatklägerin ausgegangen zu sein, erscheint dies deshalb widersprüchlich. In Anbetracht der Tatumstände hatte der Beschuldigte zudem keinerlei Anlass anzunehmen, dass die Privatklägerin mit seinen Handlungen konkludent einverstanden ist. Dies gilt selbst bei Zugrundelegung der von der Verteidigung behaupteten äusseren Umstände vor der Tat. Gemäss verbindlich festgestelltem Sachverhalt vollzog der Beschuldigte den Geschlechtsverkehr, als sich die Privatklägerin im Tiefschlaf befand (Urk. 103 S. 7). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern er das Verhalten der Privatklägerin an diesem Abend als Einwilligung in dieses Handeln hätte verstehen können. Die von ihm behauptete Einladung, sich zusammen mit der Privatklägerin und ihren Freunden in ihre Wohnung zu begeben (vgl. dazu die Verteidigung, Urk. 111 S. 5; Urk. 126 S. 3), kann ihn jedenfalls nicht zu dieser Überzeugung geführt haben. Dass der Beschuldigte aufgrund der von ihm behaupteten Distanzlosigkeit der Privatklägerin gegenüber Dritten sowie der Kontaktaufnahme zu D. _____ vom konkludenten Einverständnis in den Geschlechtsverkehr mit ihm ausging, vermag ebenfalls nicht zu überzeugen. Die Vertreterin der Privatklägerin wies zutreffend darauf hin, dass mögliche Interaktionen der Privatklägerin mit anderen Personen keinen Bezug zum Beschuldigten und seiner Tathandlung aufweisen (Urk. 119 S. 5). Wenn die Privatklägerin im Verlauf des Abends mit einem Mann intim wurde, bedeutete dies selbstredend nicht, dass sie auch mit dem Beschuldigten Geschlechtsverkehr haben möchte. Dass der Beschuldigte solches angenommen hat, ist mit der Vertreterin der Privatklägerin (Urk. 119 S. 5) als abwegig und als Schutzbehauptung anzusehen.

- 18 - Dass die Privatklägerin alkoholisiert war (vgl. dazu Urk. 86 S. 17 f.), ändert nichts daran. Dies gilt auch dann, wenn der Beschuldigte der Ansicht gewesen sein sollte, die Privatklägerin habe sich an diesem Abend aufreizend oder freizügig verhalten. In diesem Zusammenhang ist zudem daran zu erinnern, dass sich die Privatklägerin und der

Beschuldigte gemäss der verbindlichen Feststellung des Bundesgerichts während des Abends nicht näher gekommen waren (Urk. 103 S. 7). Dass die subjektiven Vorstellungen eines Täters nicht mit der tatsächlich gegebenen Sachlage übereinstimmen, ist möglich. Vorliegend ergeben sich aber weder aus den Vorbringen des Beschuldigten noch aus den Akten Umstände, aus denen er auf eine konkludenten Einwilligung der Privatklägerin hätte schliessen können. Vor diesem Hintergrund erscheint es unglaublich, wenn sich der Beschuldigte darauf beruft, einer unzutreffenden subjektiven Vorstellung unterlegen zu sein. Dem Beschuldigten ist daher vorzuwerfen, zumindest eventualvorsätzlich gehandelt zu haben.

E. 3.5

Die von der Vorinstanz vorgenommene rechtliche Würdigung erweist sich als zutreffend. Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe sind keine gegeben. Der angefochtene Schuldspruch wegen Schändung im Sinne von Art. 191 StGB ist daher zu bestätigen. III. Sanktion 1. Anwendbares Recht Am 1. Januar 2018 sind die neuen Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Änderung des Sanktionenrechts) in Kraft getreten. Der Beschuldigte hat die zu beurteilenden Straftaten vor Inkrafttreten des neuen Rechts verübt. Gemäss Art. 2 Abs. 1 StGB wird ein Straftäter nach demjenigen Recht beurteilt, das bei Begehung der Tat in Kraft war. Das neue Recht ist indes anwendbar, wenn es für den Täter das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB). Die revidierten Bestimmungen erweisen sich für den Beschuldigten nicht als milder. Sowohl nach altem als auch nach neuem Recht ist eine Freiheitsstrafe auszufällen (vgl. dazu nachfolgend Ziff. III.2). Demgemäss gelangt das vor dem 1. Januar 2018 geltende Sanktionenrecht zur Anwendung.

- 19 - 2. Sanktionsart

E. 4

Strafrahmen und Strafzumessungsregeln Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Strafzumessung umfassend und zutreffend dargelegt. Auf die diesbezüglichen Ausführungen kann vorab verwiesen werden (Urk. 64 S. 36). Als schwerstes Delikt ist Schändung mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bedroht (Art. 191 StGB). Mit der Vorinstanz (Urk. 64 S. 35) sind keine ausserordentlichen Umstände gegeben, die ein Verlassen des ordentlichen Strafrahmens als angezeigt erscheinen liessen.

E. 5

Tatkomponenten

E. 5.1

Schändung Bei der objektiven Tatschwere der Schändung ist festzuhalten, dass der vom Beschuldigten vollzogene vaginale Geschlechtsverkehr – was die Intensität der Handlung anbelangt – im oberen Bereich der von Art. 191 StGB erfassten Verhaltensweisen anzusiedeln ist. Im Rahmen der Tatbestandsvariante des Beischlafs sind indes auch schwerwiegenere Verhaltensweisen denkbar. So war die Privatklägerin keiner physischen Gewalt ausgesetzt und hat durch den Übergriff keine körperlichen Verletzungen erlitten (Urk. 11/3 S. 3 f.; vgl. auch Urk. 7/1 S. 9 f.). Soweit die Verteidigung auf die kurze Dauer des Delikts verweist (Urk. 111 S. 7), ist festzuhalten, dass der Geschlechtsverkehr so lange vollzogen wurde, bis die Privatklägerin dadurch erwachte (vgl. dazu auch Urk. 103 S. 7). Gemäss ihren Angaben musste die Privatklägerin den Beschuldigten zudem mehrfach von sich wegstossen, bis er von ihr abliess (Urk. 7/1 S. 2 f.; Urk. 7/2 S. 7 und 18). Dass der

Übergriff nicht länger dauerte, ist damit nicht auf eine plötzliche Einsicht des Beschuldigten, sondern auf äussere Umstände zurückzuführen. Immerhin lässt sich kein länger dauerndes Tatgeschehen erstellen. Der Beschuldigte hat die sich ihm bietende Situation ausgenützt und sich rücksichtslos über das Selbstbestimmungsrecht der Privatklägerin hinweggesetzt. Es liegt ein schwerer Eingriff in ihre sexuelle Integrität vor. Entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 111 S. 7) wirkt sich das Verhalten der Privatklägerin nicht auf die Strafzumessung aus. Aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass sie sich an diesem Abend in einer Weise verhalten hätte, die den Beschuldigten in seinem späteren Verhalten hätte motivieren können. Zu verweisen ist auch an dieser Stelle auf die verbindli-

- 22 - che Feststellung des Bundesgerichts, wonach sich die Privatklägerin und der Beschuldigte während des Abends nicht näher gekommen sind (Urk. 103 S. 7). Dass die Widerstandsunfähigkeit der Privatklägerin nicht durch den Beschuldigten hervorgerufen wurde, vermag ihn entgegen der Vorinstanz (Urk. 64 S. 37) nicht zu entlasten. Hätte der Beschuldigte die Privatklägerin zum Widerstand unfähig gemacht, wäre vielmehr der Tatbestand der Vergewaltigung zu prüfen gewesen. Mit der Vorinstanz (Urk. 64 S. 37) ist jedoch zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass die Tat spontan erfolgte und nicht von langer Hand geplant war. Insgesamt ist die objektive Tatschwere als nicht mehr leicht zu bezeichnen. In subjektiver Hinsicht ist mit Bezug auf die Widerstandsunfähigkeit der Privatklägerin zumindest von Eventualvorsatz des Beschuldigten auszugehen (vgl. dazu auch die Staatsanwaltschaft, Urk. 116 S. 4). Andere als egoistische Beweggründe sind nicht ersichtlich. Das Verhalten des Beschuldigten war allein darauf ausgerichtet, seine sexuellen Bedürfnisse zu befriedigen. Zu seinen Gunsten ist anzunehmen, dass der von ihm konsumierte Alkohol bzw. das zu sich genommene Marihuana eine leicht enthemmende Wirkung auf ihn hatte. Mit der Verteidigung (Urk. 111 S. 7) ist weiter davon auszugehen, dass sich der Beschuldigte auch durch die von ihm als locker und ungezwungen empfundene Atmosphäre zur Tat beeinflussen liess. Im Ergebnis wirken sich die subjektiven Umstände leicht strafmindernd aus. Angemessen erweist sich eine Freiheitsstrafe von rund 30 Monaten.

E. 5.2

Weitere Delikte Die im Urteil vom 1. Februar 2019 für die weiteren Delikte ausgesprochene Zusatzstrafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe (Urk. 86 S. 49) wurde vor Bundesgericht nicht angefochten. Darauf ist heute nicht mehr zurückzukommen (vgl. dazu auch die Verteidigung, Urk. 111 S. 8). Die Erwägungen zu den Tatkomponenten sind nachfolgend nochmals wiederzugeben.

E. 5.3

Missachtung der Eingrenzung Hinsichtlich der objektiven Tatschwere gilt es zu berücksichtigen, dass sich der Beschuldigte am 19. März 2017 nach Zürich zum Club E._____ im F._____ und danach zur Wohnung der Privatklägerin in der Nähe des G._____ -Platzes begab.

- 23 - Er hielt sich damit in einiger Distanz zum zulässigen Bereich (Gemeindegebiet H._____) auf. Gemäss seinen Aussagen kam der Beschuldigte nach Zürich, um hier Musik zu hören. Er habe danach wieder nach Hause gehen wollen (Urk. 6/2 S. 2; Urk. 6/5 S. 2 und 13). Damit hat der Beschuldigte einmal und bloss für kurze Zeit gegen die Eingrenzung verstossen. Einen nachvollziehbaren Anlass für die Missachtung der Eingrenzung hatte der

Beschuldigte demgegenüber nicht, nachdem er sich allein deshalb nach Zürich begab, um hier Musik zu hören. Wie sich aus der Verfügung des Migrationsamts Zürich vom 20. Oktober 2016 ergibt, soll mit der Eingrenzung nicht nur die Anwesenheit des Beschuldigten mit Blick auf den Vollzug der Wegweisung kontrolliert, sondern ihm auch bewusst gemacht werden, dass er sich illegal in der Schweiz aufhält und nicht vorbehaltlos von den mit der Anwesenheit verbundenen Freiheiten profitieren kann (Urk. 18/4 S. 2). Mit seinem Verhalten bringt der Beschuldigte zum Ausdruck, dass er sich schlichtweg nicht um den Entscheid des Migrationsamts kümmert. Insgesamt ist das Verschulden als leicht einzustufen. Für die Missachtung der Eingrenzung rechtfertigt sich eine Erhöhung der Einsatzstrafe um 45 Tage.

E. 5.4

Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz Dem Beschuldigten ist Besitz sowie Verkauf von Marihuana anzulasten. Wie viel Marihuana der Beschuldigte damals auf sich getragen hat, ist unklar. Angesichts der Aussagen von I._____ kann jedoch davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte lediglich eine kleine Menge Marihuana verkauft hat. I._____ gab in der Untersuchung an, der Beschuldigte habe ihm für die Fr. 20.– lediglich ganz wenig Marihuana gegeben. Er habe sich deshalb auch bei ihm beschwert (Urk. 8/8 S. 4 f.). Zu Gunsten des Beschuldigten ist weiter zu berücksichtigen, dass die Initiative für die Verkaufshandlung von I._____ ausging. Da der Beschuldigte nicht geständig ist, bleibt das Motiv unklar. Es ist jedoch davon auszugehen, dass es finanzieller Natur war. Die von der Vorinstanz für dieses Delikt vorgenommene Erhöhung von 10 Tagen (Urk. 64 S. 41) erweist sich als angemessen und ist zu übernehmen.

- 24 -

E. 5.5

Rechtswidriger Aufenthalt Zur objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass sich der Beschuldigte während rund zweieinhalb Monaten rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten hat. Die Dauer des rechtswidrigen Aufenthalts ist damit vergleichsweise kurz. Dass der Beschuldigte Anstalten getroffen hätte, um aus der Schweiz auszureisen bzw. sich um die erforderlichen Ausreiseformalitäten zu bemühen, ergibt sich nicht aus den Akten und wird auch von ihm nicht geltend gemacht. Ein nachvollziehbarer Grund für dieses Verhalten ist nicht ersichtlich. Insgesamt erweist sich eine Erhöhung der Einsatzstrafe um 60 Tage als angemessen.

E. 5.6

Fazit Tatkomponenten Aufgrund der Tatkomponenten resultiert eine Einsatzstrafe von 33 Monaten und 25 Tagen.

E. 6

Täterkomponenten

E. 6.1

Der Beschuldigte machte in der Untersuchung und vor Vorinstanz nur wenige Angaben zu seinen persönlichen Verhältnissen. Aus seinen Aussagen sowie den Akten ergibt sich, dass er am tt. Oktober 1989 geboren wurde. In den Akten wird der Beschuldigte als Bürger von J._____ [Staat] geführt. Er behauptet aber, aus K._____ [Staat] zu stammen (Urk. 6/6 S. 6 f.; Urk. 23/1). Gemäss seinen Angaben besuchte der Beschuldigte in Afrika während acht

Jahren die Schule. Er sei gelernter Automechaniker und habe diese Arbeit während fünf Jahren gemacht (Urk. 6/5 S. 14). Vor seiner Verhaftung lebte der Beschuldigte in der Notunterkunft H._____, wobei ihm pro Tag Fr. 8.– Nothilfe ausgerichtet wurden. Hinzu kam ein unregelmässiger Verdienst aufgrund der Leistung von Arbeitseinsätzen. Der Beschuldigte gab an, in keiner Beziehung zu sein und keine Kinder zu haben (Urk. 6/5 S. 13 f.; Prot. I S. 12). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, dass er in L._____ in K._____ geboren, aber bei seinem Stiefvater im M._____ [Staat] aufgewachsen sei. Entgegen früherer Depositionen gab er an, nie die Schule besucht zu haben und weder Lesen noch Schreiben zu können. Hingegen habe er eine Ausbildung zum Automechaniker absolviert, was 6 Jahre gedauert habe. Er habe sowohl im M._____ als auch in N._____ [Ort] in

- 25 - J._____ gearbeitet; zuletzt aber im M._____, worauf er noch nach O._____ [Ort] gereist und sich längere Zeit dort aufgehalten habe. Bevor er im Jahr 2014 schliesslich in die Schweiz gelangt sei, habe er sich noch in Frankreich aufgehalten. Er sei nicht mehr verheiratet, habe aber einen Sohn, wobei er dessen jetzigen Aufenthaltsort nicht kenne. Er habe weder Vermögen noch Schulden (Urk. 85 S. 9 ff.). An den persönlichen und finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten hat sich seit dem Urteil vom 1. Februar 2019 nichts geändert. Der Beschuldigte lebt nach wie vor als abgewiesener Asylbewerber im Rückkehrzentrum H._____ (Urk. 111 S. 4). Im Werdegang und in den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten finden sich keine strafzumessungsrelevanten Besonderheiten.

E. 6.2

Der Beschuldigte ist mehrfach einschlägig vorbestraft. Im Zeitpunkt der Begehung der vorliegend zu beurteilenden Taten war der Beschuldigte im Schweizerischen Strafregister mit vier Verurteilungen eingetragen (Urk. 104 = Urk. 134). Mit Strafbefehl der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 18. Juni 2015 wurde er wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer Geldstrafe von 5 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie einer Busse von Fr. 90.– bestraft. Weiter wurde er mit Strafbefehl der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern - Mittelland vom 17. August 2015 wegen rechtswidrigen Aufenthalts, Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung, Hinderung einer Amtshandlung sowie Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer Freiheitsstrafe von 70 Tagen sowie einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.– bestraft. Nachdem die neuen Delikte in die mit Strafbefehl vom 18. Juni 2015 angesetzte Probezeit fielen, wurde der Beschuldigte verwarnt. Dessen ungeachtet wurde der Beschuldigte wieder straffällig. Mit Strafbefehl der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern - Mittelland vom 20. November 2015 wurde er wegen Hinderung einer Amtshandlung, rechtswidrigen Aufenthalts, Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung sowie Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes mit einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen und einer Busse von Fr. 100.– bestraft. Da diese Delikte wiederum während der Probezeit begangen wurden, wurde die mit Strafbefehl vom 18. Juni 2015 angesetzte Probezeit um ein Jahr verlängert. Nachdem der Beschuldigte erneut während der Probezeit

- 26 - delinquierte, wurde diese Strafe schliesslich mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 22. Januar 2017 widerrufen. Für die neuen Delikte (rechtswidriger Aufenthalt sowie Missachtung der Eingrenzung) wurde der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen bestraft. Die vorliegenden Straftaten beging der Beschuldigte nur kurz nach dieser Verurteilung. Es liegen wiederum Widerhandlungen gegen das

Ausländergesetz und das Betäubungsmittelgesetz vor. Mit der Begehung der Schändung hat der Beschuldigte zudem auch schwerer delinquent. Das Verhalten des Beschuldigten zeugt von beträchtlicher Unbelehrbarkeit und Einsichtslosigkeit. Offenkundig vermochten ihn die bisher er- gangenen Verurteilungen in keiner Weise zu beeindrucken. Insgesamt rechtfertigt sich aufgrund des strafrechtlich relevanten Vorlebens des Beschuldigten eine merkliche Straferhöhung.

E. 6.3

Der Beschuldigte verhielt sich im vorliegenden Verfahren teilweise unkooperativ und zeigte sich nur zum Teil geständig. Die teilweisen Eingeständnisse beschränkten sich auf Elemente des objektiven Sachverhaltes, welche aufgrund der sich aus den vorhandenen Beweismitteln ergebenden erdrückenden Beweislast offenkundig waren. Ein Bestreiten hätte wenig Sinn ergeben. Einsicht oder Reue zeigte der Beschuldigte nicht. Das Nachtatverhalten schliesst somit eine Straf- minderung aus, wirkt sich aber auch nicht zu seinen Ungunsten aus.

E. 7

Fazit Während sich der Werdegang des Beschuldigten und seine persönlichen Verhältnisse strafzumessungsneutral verhalten, sind seine Vorstrafen erheblich strafehöhend zu berücksichtigen. Die Straferhöhung zufolge Vorstrafen hat verhältnismässig zu sein und darf nur einen Teil der Vorstrafe ausmachen, ansonsten eine unzulässige Doppelbestrafung vorläge (MATHYS, Leitfaden Strafzumessung, 2. Aufl. 2019, N 324 f.). Unter Berücksichtigung der dargelegten Umstände erweist sich für die neu zu beurteilenden Delikte eine Freiheitsstrafe von 36 Monaten als angemessen. Wie bereits dargelegt, ist heute eine Zusatzstrafe zur mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 1. April 2017 ausgesprochenen Freiheitsstrafe zu fällen. In Anwendung des Asperationsprinzips erweist sich für die neu zu beurteilenden Delikte sowie die bereits mit Strafbefehl der Staats-

- 27 - anwaltschaft Zürich-Sihl abgeurteilte Straftat (Missachtung der Eingrenzung) eine hypothetische Gesamtstrafe von 37 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen. Davon sind die bereits mit Strafbefehl vom 1. April 2017 ausgesprochenen 40 Tage Freiheitsstrafe abzuziehen. Damit ist der Beschuldigte heute mit einer Freiheitsstrafe von 35 Monaten und 20 Tagen zu bestrafen. Diese Bestrafung erfolgt als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 1. April 2017. Der Anrechnung der erstandenen Haft von 670 Tagen an die Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

E. 8

Übertretungsbusse Die im Urteil vom 1. Februar 2019 für die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes ausgesprochene Busse von Fr. 100.– und die dafür festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag (Urk. 86 S. 49) wurden vor Bundesgericht nicht angefochten. Darauf ist heute nicht mehr zurückzukommen (vgl. dazu auch die Verteidigung, Urk. 111 S. 8).

E. 9

Strafvollzug Angesichts der Höhe der Freiheitsstrafe kommt in objektiver Hinsicht lediglich der teilbedingte Vollzug in Frage. Hinsichtlich der strafrechtlichen Vorbelastung des Beschuldigten kann auf vorstehende Ausführungen verwiesen werden (Ziff. III.2. und 6.2.). An dieser Stelle ist nochmals festzuhalten, dass sich der mehrfach einschlägig vorbestrafte

Beschuldigte in der Vergangenheit weder von Strafuntersuchungen noch von diversen Verurteilungen von neuerlicher Delinquenz abhalten liess. Eine Änderung in seinem Verhalten ist nicht ersichtlich. Es ist daher von einer ungünstigen Prognose auszugehen und die ausgefallte Freiheitsstrafe zu vollziehen. IV. Landesverweisung 1. Ausgangslage Der Beschuldigte wird wegen Schändung im Sinne von Art. 191 StGB schuldig gesprochen. Damit hat er eine Katalogtat nach Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB began-

- 28 - gen und ist daher grundsätzlich obligatorisch für 5 bis 15 Jahre des Landes zu verweisen. Das Gericht kann 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 (Art. 66a Abs. 2 StGB). Die Härtefallklausel ist restriktiv anzuwenden (BGE 144 IV 332 E. 3.3.1). 2. Würdigung Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschuldigte am 14. Oktober 2014 ein Asylgesuch gestellt hat, das mit Entscheid des Staatssekretariats für Migration vom 24. März 2015 abgelehnt wurde. Der Beschuldigte wurde aus der Schweiz ausgewiesen, wobei eine Ausreisefrist bis 19. Mai 2015 angesetzt wurde. Der Entscheid erwuchs am 27. April 2015 in Rechtskraft (Urk. 18/1; Beizugsakten der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat, 2017/10002330, Urk. 7/6). Seither hält sich der Beschuldigte rechtswidrig im Lande auf. Dass er in der Schweiz sozial oder beruflich integriert wäre, wurde seitens des Beschuldigten nicht geltend gemacht und ergibt sich nicht aus den Akten. Vor seiner Verhaftung lebte der Beschuldigte im Rückkehrzentrum H._____, wobei ihm pro Tag Fr. 8.– Nothilfe ausgerichtet wurden. Er lebt nicht in einer Partnerschaft. Gemäss seinen Angaben an der Berufungsverhandlung vom 1. Februar 2019 hat er einen Sohn, wobei er dessen jetzigen Aufenthaltsort nicht kennt (Urk. 6/5 S. 13 f.; Prot. I S. 12; Urk. 85 S. 16). Seit dem Urteil vom 1. Februar 2019 haben sich in den persönlichen und finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten keine Änderungen ergeben. Er lebt nach wie vor als abgewiesener Asylbewerber im Rückkehrzentrum H._____ (Urk. 111 S. 4). Der Beschuldigte weist demnach weder soziale noch berufliche Verbindungen zur Schweiz auf. Ein schwerer persönlicher Härtefall ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich und wurde im Übrigen auch von der Verteidigung nicht geltend gemacht. Die von der Vorinstanz festgelegte Dauer der Landesverweisung von

E. 10

März 2021 E. 4.3, 4.6 und 4.8 mit Hinweisen).

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