

ZH_OBERGERICHT SB230028 vom 9. Januar 2024

ZH Obergericht, 2024-01-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB230028

FR: ZH_OBERGERICHT SB230028 du 9 janvier 2024

IT: ZH_OBERGERICHT SB230028 del 9 gennaio 2024

Erwägungen

E. 1

Zum Prozessverlauf bis zum erstinstanzlichen Urteil kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 43 S. 4 f.). Was die amtliche Verteidigung betrifft, so wurde der Beschuldigte während der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____ vertreten. Aufgrund des zerrütteten Vertrauensverhältnisses erfolgte jedoch zu Beginn des Be-

- 5 - rufungsverfahrens ein Wechsel auf Rechtsanwältin lic. iur. X1._____ (Urk. 8/2, Urk. 50).

E. 1.1

Dem Beschuldigten wird von der Staatsanwaltschaft im Wesentlichen vorgeworfen, am Nachmittag des 24. Juli 2021 im Rahmen des ersten gemeinsamen Dates der Privatklägerin B._____ gegen deren Willen mehrfach ihre Oberbekleidung nach oben geschoben und dabei ihre nackten Brüste geknetet und daran gesaugt sowie sie auf seinen Schoss gesetzt zu haben und sich sodann – unten noch bekleidet – auf sie gelegt und dabei mit seiner Hüfte Stossbewegungen gegen ihr Becken gemacht und dabei angegeben zu haben, er werde sie ficken. In der Folge sei er, ebenfalls gegen den Willen der Privatklägerin, mit mehreren Fingern in ihre Vagina eingedrungen und habe schliesslich an der Privatklägerin den ungeschützten Geschlechtsverkehr vollzogen und letztlich auf ihren Bauch ejakuliert (Urk. 15/6).

E. 1.2

Die Vorinstanz erachtete den Sachverhalt gestützt auf die Schilderungen der Privatklägerin (Urk. 2/1 und 2/4), die Aussagen des Zeugen C._____ (Urk. 2/6), das Gutachten zur körperlichen Untersuchung der Privatklägerin vom 13. August 2021

- 13 - (Urk 6/7) sowie den WhatsApp-Chatverlauf (Urk. 3/5) als erstellt und sprach den Beschuldigten der Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB und der sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB schuldig (Urk. 43 5 ff.).

E. 1.3

Der Beschuldigte ist nicht geständig, anerkannte jedoch bereits in der Untersuchung und auch im späteren Verlauf des Verfahrens, mit der Privatklägerin an besagtem Nachmittag sexuell verkehrt zu haben. Namentlich bestätigte er, dass er die Privatklägerin an den Brüsten geküsst habe, sie auf ihn gesessen sei, er mit zwei bis drei Fingern (Zeige-, Mittel- und Ringfinger) vaginal in sie eingedrungen sei, es zu ungeschütztem Geschlechtsverkehr gekommen sei und er dabei einen Samenerguss gehabt und auf ihren Bauch ejakuliert habe (Urk. 2/2 F/A 43, 47, 64 und 85 f.; Urk. 2/3 F/A 14 ff.; Urk. 2/5 F/A 11 und 16 f.; Prot. I S. 20 ff., Urk. 72 S. 4 ff.). Insoweit ist der Sachverhalt als unbestritten und erstellt zu erachten.

In Bezug auf die übrigen rechtlich relevanten Vorwürfe, ob die verschiedenen sexuellen Handlungen gegen den Willen der Privatklägerin erfolgten, weichen die Schilderungen des Beschuldigten von der Darstellung der Privatklägerin und dem anlagebildenden Sachverhalt ab. Darauf ist im Folgenden näher einzugehen.

E. 1.4

Anlässlich der Berufungsverhandlung argumentierte die amtliche Verteidigung zum Sachverhalt zusammengefasst, die Vorinstanz habe sich weder mit den Widersprüchen noch mit den Ungereimtheiten in den Aussagen der Privatklägerin auseinandergesetzt. Die Privatklägerin könne keinen kongruenten Handlungsablauf schildern. Zudem enthielten die Sachdarstellungen der Privatklägerin Lücken und Ungenauigkeiten zum Nötigungsmittel. Die Sachdarstellungen des Beschuldigten seien glaubhaft. Er habe die Ereignisse, insbesondere den Ablauf der Ereignisse, konzis und kongruent geschildert. Irregularitäten habe er selber ausgeräumt und die Korrekturen kongruent weitergeführt. Soweit die Vorinstanz die Sachdarstellungen des Beschuldigten als nicht überzeugend taxiert habe, könne ihr nicht gefolgt werden. Die Aussagen und der Aussagestil des Beschuldigten hingen mit dessen passiven und aktiven Sprachvermögen zusammen. Daraus könnten keine Hinweise auf die fehlende Glaubhaftigkeit seiner Depositionen abgeleitet werden. Aufgrund seines Sprachvermögens sei es auch zu Missverständnissen bei der Protokollierung seiner Aussagen gekommen. Insgesamt sei die Sachver-

- 14 -
haltsvariante des Beschuldigten gegenüber derjenigen der Staatsanwaltschaft und der Vorinstanz mindestens gleichwertig, zumal sie sich ohne weiteres mit den Aussagen der Privatklägerin in Einklang bringen lasse (Urk. 73 S. 16 ff., Prot. II S. 11 ff.). Die Staatsanwaltschaft hielt dagegen, die Aussagen der Privatklägerin seien über das gesamte Strafverfahren im Wesentlichen konstant und überzeugend. Sie würden durch weitere Beweismittel gestützt, so namentlich durch die vom IRM festgehaltenen körperlichen Befunde über die von der Privatklägerin erlittenen Verletzungen, aber auch durch die Wahrnehmungen und alsdann staatsanwaltlich erhobenen Aussagen des Sohnes der Privatklägerin, C._____. Dies ganz im Gegensatz zu den Bestreitungen des Beschuldigten, welcher für die von der Privatklägerin nachweislich erlittenen Verletzungen an der Brust und vor allem im Intimbereich keine plausible Erklärung habe finden können. Es sei daher erstellt, dass der Beschuldigte die über das einverständliche Küssen hinausgehenden sexuellen Handlungen und namentlich dann auch den Geschlechtsverkehr, wie von der Privatklägerin beschrieben, gewaltsam erzwungen habe. Ebenso sei aufgrund der Aussagen der Privatklägerin erwiesen, dass sie dem Beschuldigten während dessen sexuellen Handlungen nach dem Küssen mehrfach klar und deutlich zu verstehen gegeben habe, dass sie mit weitergehenden sexuellen Handlungen und alsdann auch mit dem Geschlechtsverkehr bei diesem ersten Date nicht einverstanden war (Urk. 74 S. 1 f., Prot. II S. 15 f.).

E. 2

Gegen das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 29. März 2022 (Urk. 43) liess der Beschuldigte fristgerecht Berufung anmelden und erklären (Urk. 30, 42/2 und 48). Nach entsprechender Fristansetzung erklärte die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung (Urk. 50 und 53), während die Privatklägerin darauf verzichtete. Jedoch liess sie beantragen, dem urteilenden Gericht habe eine Person gleichen Geschlechts anzugehören. Auf den Antrag bezüglich des Geschlechts der befragenden Person

verzichtete sie ausdrücklich (Urk. 52). Sodann gelangte die amtliche Verteidigung mit Eingabe vom 14. November 2023 mit dem Beweisantrag, es sei die Privatklägerin im Berufungsverfahren persönlich zu befragen, sowie weiteren prozessualen Anträgen an das Gericht (Urk. 58). Die Staatsanwaltschaft äusserte sich zustimmend zum Beweisantrag des Beschuldigten, während die Privatklägerin auf das Ermessen des Gerichts verwies (Urk. 60, 62 und 63), woraufhin die Privatklägerin mit Vorladung vom 30. November 2023 zur Einvernahme als Auskunftsperson im Rahmen der Berufungsverhandlung geladen wurde (Urk. 64).

E. 2.1

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'600.– festzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 GebV OG).

E. 2.2

Der ehemalige amtliche Verteidiger wurde für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren mit Fr. 1'303.15 aus der Gerichtskasse entschädigt (Urk. 55A).

E. 2.2.1

Insgesamt wurde die Privatklägerin in der Untersuchung zwei Mal einvernommen sowie zusätzlich anlässlich der Berufungsverhandlung. Die erstinstanzlichen Erwägungen sind darin zu bestätigen, dass die Privatklägerin in Bezug auf das Kerngeschehen konstant, detailliert, bestimmt, überlegt, sachlich und entsprechend glaubhaft ausgesagt hat. Entgegen der Darstellung der amtlichen Verteidigung handelt es sich um weitgehend logische und lebensnahe Schilderungen. Es sind weder Aggravationstendenzen erkennbar noch sonstige übermässigen Belastungen oder Hinweise, dass die Privatklägerin den Beschuldigten mit einer erfundenen, dramatisierenden Geschichte zu Unrecht der Strafverfolgung aussetzen wollte. Die diesbezüglichen Mutmassungen des Beschuldigten vermögen nicht zu überzeugen (Urk. 72 S. 7). Wäre die Privatklägerin vom Sex enttäuscht gewesen, hätte sie ein anderes Nachtatverhalten gezeigt. Sie hätte möglicherweise den Kontakt zum Beschuldigten abgebrochen, aber wäre kaum nach der Tat verschwunden und hätte den Beschuldigten kaum im WhatsApp-Chat abgeblockt mit den Worten "Lass mich bitte in Ruhe". Zudem wäre sie kaum verstört nachhause gekommen und hätte ihrem Sohn eine nicht stattgefundene Vergewaltigung geschildert. Es sind sodann keine übertriebenen Aussagen erkennbar. Wenn die Privatklägerin etwas nicht mehr wusste, räumte sie dies unumwunden ein. Zudem gab sie klar an, wenn sie sich nicht mehr gewehrt hatte. Die amtliche Verteidigung hat versucht, verschiedene angebliche Widersprüche in den Aussagen der Privatklägerin aufzuzeigen (Urk. 73 S. 16 ff.). Die gänzlich fehlerfreie Wiedergabe von Erlebtem ist nicht die Regel, sondern die grosse Ausnahme. Wie bereits ausgeführt, hat die Privatklägerin in Bezug auf das Kerngeschehen konstant und überzeugend ausgesagt. Ob die Türe geschlossen oder verschlossen war, ist ein unerheblicher Nebenpunkt. Es handelt sich um einen umgangssprachlichen Terminus, der beide Interpretationen (Schlüssel steckt oder steckt nicht) zulässt. Die Privatklägerin hat nie geltend gemacht, sie habe wegen der verschlossenen Türe nicht fliehen können, weil der Schlüssel nicht gesteckt habe. Entgegen der Auffassung der amtlichen Verteidigung hat die Privatklägerin von Anfang an ausgesagt, dass sie dem

- 16 - Beschuldigte gesagt habe, dass sie beim ersten Date keine Berührungen an den Brüsten und demzufolge klarerweise auch keinen Sex wolle (Urk. 2/1 F/A 20). Im Übrigen hat der Beschuldigte diese verbale Äusserung der Privatklägerin bestätigt (Urk. 2/2 F/A 75).

Die Privatklägerin wirkt in ihren Erzählungen authentisch und lebendig, Strukturbrüche sind keine auszumachen. Richtig ist, dass teilweise Erinnerungslücken vorliegen. Allerdings betreffen diese Nebenpunkte, zum Beispiel, wie die Privatklägerin auf dem Sofa auf dem Rücken zu liegen kam (Urk. 2/1 F/A 20). Ferner ist darauf hinzuweisen, dass schlimme bzw. traumatische Ereignisse regelmässig anders wahrgenommen, im Gedächtnis gespeichert und in Erinnerung behalten werden als alltägliche Vorfälle und Dissoziation sowie Verdrängungsmechanismen die Wahrnehmung von Details und die Memorierung beeinflussen können. Die Vorinstanz beschreibt die Videobefragung zudem sehr anschaulich und zutreffend, wenn sie ausführt, die Privatklägerin habe jeweils sehr klar Aussagen gemacht in Bezug auf ihre Abwehrhaltung gegenüber Sex. Sie habe sehr bestimmt ausgeführt, dass Sex für sie kein Thema gewesen sei. Ihre Körperhaltung sei bei der Befragung im Allgemeinen und speziell bei Fragen zu den sexuellen Einzelheiten sehr verschlossen gewesen, so habe sie beispielsweise bei der Aussage, als es um das Saugen an ihren Brüsten gegangen sei, die Arme schützend um ihren Busen gelegt. Zudem habe sie lebhaft vorgezeigt, wie der Beschuldigte sie an den Handgelenken festgehalten und ihre Kleider hochgeschoben habe. Auch sei eine echte Betroffenheit erkennbar. Schliesslich, so die Vorinstanz weiter, liessen sich ihre Schilderungen mit den durch das Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin festgestellten Verletzungen verbinden. So habe sie namentlich während des Geschlechtsverkehrs, der Penetration mit den Fingern sowie beim Saugen an ihren Brüsten Schmerzen gehabt, was sich mit den festgestellten Verletzungen sowie dem von der Privatklägerin erwähnten Blutdecke (Urk. 43 S. 29). Insgesamt hat die Privatklägerin glaubhaft geschildert, wie sie mehrfach und hörbar "nein" gesagt hat, wie sie sich gegen die Griffe an ihre Brüste gewehrt hat, wie ihr der Beschuldigte die Hosen samt Unterhosen heruntergerissen hat und wie sie sich ob der körperlichen Übermacht und dem Drängen des Beschuldigten seinen Griffen nicht mehr entziehen konnte.

- 17 -

E. 2.2.2

Die Vorinstanz qualifizierte die Depositionen des Beschuldigten als sehr widersprüchlich (Urk. 43 S. 30 f.). Dem kann nicht uneingeschränkt beigeplichtet werden. Auch in den Aussagen der Privatklägerin gibt es in Bezug auf Nebenpunkte gewisse Lücken. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte nicht über dieselben Sprachfähigkeiten verfügt wie eine Person, die in der Schweiz aufgewachsen ist. Entsprechend ist die Vorinstanz etwas über das Ziel hinausgeschossen. Ein grosser Teil der Aussagen des Beschuldigten ist weitgehend unauffällig. Allerdings hat der Beschuldigte in seinen Aussagen unnatürlich betont, wie er die Privatklägerin angeblich mehrmals gefragt habe, ob sie mit Sex einverstanden sei. So führte er aus, als sie sich geküsst hätten, habe er die Privatklägerin gefragt, ob sie auch Sex wolle. Und nach dem Ausziehen der Hose der Privatklägerin habe er sie erneut gefragt, ob er jetzt mit ihr Sex haben dürfe (Urk. 2/2 F/A 43) bzw. bevor er mit seinem Penis "in ihre Muschi" eingedrungen sei, habe er nochmals gefragt, ob sie damit einverstanden sei. Sie habe ja gesagt (a.a.O. F/A 47). Diese übermässige Betonung von angeblichem Fragen nach einer Einwilligung erscheint unnatürlich und lebensfremd. Die entsprechenden Aussagen können auch kaum ein Produkt von falscher Protokollierung oder einem Missverständnis sein. Sodann bestätigte der Beschuldigte sinngemäss die Darstellung der Privatklägerin, wonach sie keine über Küssen hinausgehende sexuelle Handlungen wollte (a.a.O. F/A 51 und 75). Dass dann aber doch die Privatklägerin "angefangen" haben soll (a.a.O. F/A 51), sprich die aktive Rolle übernommen haben soll,

erscheint wenig glaubhaft, zumal der Beschuldigten keine konkreten Handlungen seitens der Privatklägerin, die in sexueller Hinsicht über einvernehmliche Zungenküsse hinausgingen, schilderte. Vielmehr ging die Initiative für die verschiedenen Handlungen vom Beschuldigten aus (vgl. dazu den nachfolgenden Abschnitt). Die Darstellung des Beschuldigten, wonach die Privatklägerin aktiv geworden sein soll, passt denn auch weder zu ihren Schilderungen und ihrer Kundgabe, wonach es bei ihr beim ersten Date prinzipiell keinen Sex gebe (Urk. 71 S. 10), noch zu ihrem Auftreten. Sie scheint keine Person zu sein, die sexuell forsch und fordernd auftritt. Zumindest insoweit sind die Aussagen des Beschuldigten unglaubhaft und es ist den diesbezüglichen vorinstanzlichen Ausführungen zuzustimmen. Dem Beschuldigten musste damit trotz der anfänglichen einvernehmlichen (Zungen)küsse klar und bewusst sein,

- 18 - dass die Privatklägerin bei der intimen Begegnung einen Punkt erreicht hatte, den sie nicht überschreiten wollte, was sie offensichtlich verbal und körperlich kundtat. Die Vorinstanz zeigte nachvollziehbar und richtig auf, dass die Initiative für die verschiedenen Handlungen vom Beschuldigten selbst ausgingen. Namentlich war er es, der die Privatklägerin ins Wohnzimmer gebeten hatte, er fasste ihr beim Küssen unter das T-Shirt, knöpfte ihre Hose auf, drang mit den Fingern in ihre Vagina ein, zog sich selbst aus, penetrierte die Privatklägerin vaginal und hatte einen Samen-erguss (vgl. Urk. 43 S. 33). Weder die Privatklägerin noch der Beschuldigte schilderten demgegenüber Handlungen seitens der Privatklägerin, die in sexueller Hinsicht über einvernehmliche Zungenküsse hinausgingen. So fehlen von beiden Seiten Schilderungen dazu, dass die Privatklägerin den Beschuldigten überhaupt massgeblich berührte, auszog, geschweige denn sexuell stimulierte oder seinen Genitalbereich anfasste. Der Beschuldigte antwortete gar auf die explizite Frage, wie sich die Privatklägerin an den sexuellen Handlungen beteiligt habe: "Sie hat mich einfach geküsst. Auf den Mund und mit Zunge. Sonst nichts." (Urk. 2/2 F/A 56). Diese Passivität der Privatklägerin korrespondiert mit ihren Schilderungen und ihrer Haltung, dass sie beim ersten Treffen keinen Sex wollte und auch bereits die Berührungen des Beschuldigten abwehrte. Eine aktive sexuelle Interaktion von beiden Beteiligten fand offensichtlich nicht statt. Vielmehr ist den Depositionen Beider zu entnehmen, dass sich die Handlungen stark auf die sexuelle Befriedigung des Beschuldigten ausrichteten, der sich auf rüde und einseitige Art am Körper der Privatklägerin erregte und sie auf eine sehr unbeholfene Weise zu stimulieren versuchte. Dazu passen denn auch die Aussagen des Beschuldigten, wonach er einmal "gemacht" habe und dann sei fertig gewesen. Er habe nämlich gehen müssen und habe wenig Zeit gehabt (Urk. 2/2 F/A 43) bzw. es sei kurzer Sex gewesen, ganz schnell, sie hätten sicher nicht noch die Position gewechselt (Urk. 2/2 F/A 81) und dies in einer späteren Einvernahme bestätigend mit den Worten: "Wir hatten nicht lange Sex zusammen. Wir hatten nur eine Position, ich war dann fertig." (Urk. 2/3 F/A 14). Das Gesagte lässt für sich alleine betrachtet zwar nicht auf nicht einvernehmliche sexuelle Handlungen schliessen, jedoch untermauert es deutlich

- 19 - die Schilderungen der Privatklägerin und ist zumindest ein Indiz, dass der Beschuldigte seinen Willen zum Zwecke seiner sexuellen Befriedigung durchsetzen wollte.

E. 2.3

Die amtliche Verteidigung macht für das Berufungsverfahren eine Entschädigung von total Fr. 11'595.20 (inkl. Barauslagen und MwSt.) geltend (Urk. 68). Der Zeitaufwand für die Berufungsverhandlung (inkl. Weg und Nachbesprechung) ist darin noch nicht enthalten. Der Aufwand ist ausgewiesen und – da die aktuelle amtliche Verteidigung erst im

Berufungsverfahren dazu gekommen ist – angemessen und in dieser Höhe, zuzüglich des Zeitaufwands für die Berufungsverhandlung, zu entschädigen. Entsprechend ist die amtliche Verteidigung mit Fr. 13'900.– (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu entschädigen.

E. 2.4

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien grundsätzlich nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen überwiegend. Er obsiegt teilweise bei der rechtlichen Würdigung, was sich auf die Strafzumessung auswirkt. Die Staatsanwältin obsiegt überwiegend. Folglich sind die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung (Art. 426 Abs. 1 StPO), zu 19/20 dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu 1/20 auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind zu 19/20 einstweilen und zu 1/20 definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es bleibt die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten im Umfang von 19/20 unter Hinweis auf Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

- 27 - 3. Mangels entsprechenden Antrages ist der Privatklägerin für das Berufungsverfahren keine Entschädigung zuzusprechen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon, 1. Abteilung, vom 29. März 2022 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1.-3. [...] 4. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils werden die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 26. November 2021 einzig als Beweismittel beschlagnahmten Gegenstände dem Beschuldigten freigegeben: ■ 1 Paar Sportschuhe (Asservat-Nr. A015'255'820) ■ 1 Herrenhose (Asservat-Nr. A015'255'831) ■ 1 Herrenbekleidung (T-Shirt) (Asservat-Nr. A015'255'842) ■ 1 Herrenunterwäsche (Boxershorts) (Asservat-Nr. A015'255'886) Dem Beschuldigten wird eine Frist von 90 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils angesetzt, um die herauszugebenden Gegenstände selbst (oder durch eine bevollmächtigte Person) unter Vorlage dieses Urteils und eines amtlichen Ausweises, nach telefonischer Voranmeldung, bei der nachgenannten Lagerbehörde (Forensisches Institut Zürich) abzuholen. Werden die herauszugebenden Gegenstände nicht innert Frist abgeholt, werden sie vernichtet. 5. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils werden die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 26. November 2021 einzig als Beweismittel beschlagnahmten Gegenstände der Privatklägerin freigegeben: ■ 1 Damenhose (Asservat-Nr. A015'242'703) ■ 1 Damenunterwäsche (Slip) (Asservat-Nr. A015'242'714) ■ 1 Damenunterwäsche (BH) (Asservat-Nr. A015'242'725)

- 28 - ■ 1 Damenunterwäsche (Spaghettitop) (Asservat-Nr. A015'242'736) ■ 1 Pullover (Asservat-Nr. A015'242'747) ■ 1 Shirt (Asservat-Nr. A015'242'758) Der Privatklägerin wird eine Frist von 90 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils angesetzt, um die herauszugebenden Gegenstände selbst (oder durch eine bevollmächtigte Person) unter Vorlage dieses Urteils und eines amtlichen Ausweises, nach telefonischer Voranmeldung, bei der nachgenannten Lagerbehörde (Forensisches Institut Zürich) abzuholen. Werden die herauszugebenden Gegenstände nicht innert Frist abgeholt, werden sie vernichtet. 6. [...] 7. Vom Verzicht der Privatklägerin auf Zusprechung von Schadenersatz und Genugtuung wird Vormerk genommen. 8.-11.[...]

E. 3

Vorfragen

E. 3.1

Die amtliche Verteidigung machte zu Beginn der Berufungsverhandlung vor- frageweise geltend, sämtliche im Laufe des Verfahrens erhobenen Aussagen des Beschuldigten seien mangels (ausreichender) Verdolmetschung unverwertbar. In- folge der fehlenden bzw. unzureichenden Verdolmetschung sei dem Beschuldigten auch das Teilnahmerecht an der Konfrontationseinvernahme mit der Privatklägerin materiell verwehrt worden. Entsprechend müsse das Verfahren zwecks ordnungs- gemässer Durchführung der Untersuchung an die Staatsanwaltschaft zurückge- wiesen werden (Urk. 69 S. 2 ff.).

E. 3.2

Versteht eine am Verfahren beteiligte Person die Verfahrenssprache nicht oder kann sie sich darin nicht genügend ausdrücken, so zieht die Verfahrensleitung eine Übersetzerin oder einen Übersetzer bei (Art. 68 Abs. 1 StPO). Ein Übersetzer ist beizuziehen, wenn sich ein Verfahrensbeteiligter mangels genügendem Kenntnis der Verfahrenssprache vor der Strafbehörde nicht ausdrücken kann. In erster Linie geht es um diese Fähigkeit bei Einvernahmen. Die Verfahrensleitung prüft, ob beim betroffenen Verfahrensbeteiligten die Kenntnisse der Verfahrenssprache bezogen auf den Gegenstand des konkreten Strafverfahrens und dessen allfällige Komple- xität genügend sind. Übersetzer sind, wenn die Voraussetzungen von Art. 68 Abs. 2 oder Abs. 3 StPO erfüllt sind, bereits von der Polizei im Ermittlungsverfahren nach Art. 306 f. StPO beizuziehen, wobei sie dies in eigener Kompetenz tun kann

- 7 - und muss (JOSITSCH/SCHMID, StPO Praxiskommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 68 N 1 und 3 f.).

E. 3.3

Die von der amtlichen Verteidigung aufgeworfenen Vorfragen wurden zu Beginn der Berufungsverhandlung behandelt (vgl. Prot. II S. 9 f.). Der Beschuldigte gab zu Beginn der ersten Einvernahme im Beisein seines Verteidigers – trotz drei- maligem Nachfragen des befragenden Polizisten – ausdrücklich an, keinen Über- setzer zu benötigen (Urk. 1/2 S. 6; Urk. 2/2 F/A 1). Zudem erklärte er, er habe sich vorab mit seinem Verteidiger über den ihn vorgeworfenen Sachverhalt unterhalten können (Urk. 2/2 F/A 7), obwohl kein Übersetzer aufgeboten worden war. Be- treffend die verschiedenen auf Deutsch erfolgten Erläuterungen und Hinweise in der Einvernahme erklärte der Beschuldigte durchweg, diese verstanden zu haben (Urk. 2/2 F/A 4 f., 10, 12 und 14). Die Sachdarstellungen des Beschuldigten auf Deutsch sind flüssig, verständlich und differenziert (a.a.O. F/A 3, 13 ff.). Mangel- hafte Deutschkenntnisse des Beschuldigten, die den Beizug eines Übersetzer zwingend erforderlich gemacht hätten, sind nicht erkennbar. Die Verteidigung sah sich denn auch zu keinem Zeitpunkt in der Einvernahme veranlasst, den Beizug eines Übersetzers zu verlangen. Zwar bestellte die Staatsanwaltschaft für die nach- folgende Haftenvernahme sicherheitshalber eine Übersetzerin. Aufgrund aus- reichender Deutschkenntnisse des Beschuldigten wurde die Einvernahme jedoch im Beisein des Verteidigers auf Deutsch durchgeführt und die Übersetzerin nur bei Bedarf eingesetzt (Urk. 2/3 S. 1). Die Deutschkenntnisse des Beschuldigten er- wiesen sich sodann für die fallführende Staatsanwältin als derart gut, dass sie nur auf ausdrücklichen Wunsch des Verteidigers, der auch künftig den Beizug eines Übersetzers als "von Vorteil" erachtete (Urk. 8/10), auch für die nachfolgenden Ein- vernahmen des Beschuldigten einen Übersetzer bestellte (Urk. 2/5; Urk. 2/7). Auch sämtliche weiteren Einvernahmen wurden aufgrund ausreichender Deutschkennt- nisse des Beschuldigten durchweg auf Deutsch

durchgeführt und die aufgebauten Übersetzer wurden nur bei Bedarf eingesetzt (Urk. 2/5; Urk. 2/7; Urk. 69 S. 5). Die parteiöffentliche Einvernahme der Privatklägerin, die der Beschuldigte in einem separaten Raum per Videoübertragung verfolgte, wurde ihm bei Bedarf simultan übersetzt (Urk. 2/4 S. 1).

- 8 - Die amtliche Verteidigung führte ins Feld, der Beschuldigte habe bereits die erste Frage anlässlich der Hauptverhandlung nicht verstanden, weil er auf die Frage nach Veränderungen der persönlichen Verhältnisse seit der letzten Befragung umgehend die Ereignisse zu Sache zu schildern begonnen habe (Urk. 69 S. 6). Dem ist entgegenzuhalten, dass dies infolge Angespanntheit der beschuldigten Person in der Situation vor Gericht regelmässig auch bei einer Verdolmetschung sowie bei Personen mit deutscher Muttersprache vorkommt. Dass der Beschuldigte der deutschen Sprache genügend mächtig ist, ergibt sich sodann insbesondere auch aus folgenden Umständen: Der Beschuldigte lebt seit 20 Jahren in der Schweiz und führt hier seit über fünfeinhalb Jahren ein Restaurant. Er hält seit 2016 die Schweizer Staatsbürgerschaft inne (Urk. 72 S. 1 f.; Prot. I S. 11). Gemäss § 8 Abs. 1 und Abs. 2 lit. e Kantonales Bürgerrechtsgesetz (KBüG/ZH) in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 lit. c BüG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. d BüV muss derjenige, der sich einbürgern lässt, mündliche Sprachkompetenzen mindestens auf dem Referenzniveau B1 und schriftliche Sprachkompetenzen mindestens auf dem Referenzniveau A2 des in Europa allgemein anerkannten Referenzrahmens für Sprachen nachweisen. Schon unter früherem Bundesrecht bildete die Integration eine Voraussetzung für die Einbürgerung. Auch wenn dieser Begriff im früheren Bürgerrechtsgesetz vom 29. September 1952 nicht näher präzisiert wurde, entspricht die neue, seit 1. Januar 2018 in Kraft stehende Formulierung des Bürgerrechtsgesetzes vom 20. Juni 2014, wonach der Bewerber in der Lage sein muss, sich im Alltag in einer Landessprache zu verständigen, inhaltlich weitgehend dem alten Recht (Botschaft zur Totalrevision des BüG BBl 2011 2825 S. 2831 f.). Dem aktenkundigen Badoo- und WhatsApp-Chatverkehr zwischen dem Beschuldigten und der Privatklägerin lässt sich entnehmen, dass der Beschuldigte über gute bis sehr gute Deutschkenntnisse verfügte, was auch die Privatklägerin anmerkte. Der Beschuldigte erwiderte, er wohne schon lange in der Schweiz, woraufhin die Privatklägerin bemerkte, dass man das merke (Urk. 3/3 S. 4 Foto 7). Die umfangreiche Kommunikation zwischen den beiden fiel flüssig und differenziert aus. Der Beschuldigte verfügte über einen grossen Wortschatz und konnte sich auch grammatikalisch korrekt ausdrücken. Entsprechend kam es auch nie zu einem Verständigungsproblem oder einem Missverständnis zwischen den beiden

- 9 - (Urk. 3/3 und 3/5). Sodann bestätigte die Privatklägerin anlässlich der Berufungsverhandlung, dass die Kommunikation sehr gut funktioniert habe. Der Beschuldigte und sie hätten auch miteinander auf Deutsch telefoniert (Urk. 71 S. 5), was sich auch aus dem Chatverlauf sowie den Aussagen des Beschuldigten ergibt (Urk. 3/5 S. 1; Prot. I S. 14).

E. 3.4

Insgesamt ergibt sich aus den Akten, dass der Beschuldigte über genügende Deutschkenntnisse verfügte und sich darin genügend ausdrücken konnte, sodass der Beizug eines Übersetzers nicht zwingend erforderlich war. Aus dem Gesagten folgt, dass die Polizei keine Pflicht verletzt hat, indem sie betreffend die von ihr durchgeführte Einvernahme auf den Beizug eines Übersetzers verzichtete. Daran ändert nichts, wenn der jeweilige für die weiteren Einvernahmen aufgebotene Übersetzer sporadisch einzelne komplexere Fragen übersetzte. Auch in Bezug auf die weiteren Einvernahmen ist keine

Pflichtverletzung der Behörden ersichtlich. Die Aussagen des Beschuldigten sind somit vollumfänglich verwertbar. Entsprechend besteht kein Grund, die Sache an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

E. 3.5

Der Beschuldigte lebt seit 20 Jahren in der Schweiz, ist aber nicht deutscher Muttersprache. Es kann bei ihm nicht dieselbe Sprachgewandtheit vorausgesetzt werden wie bei einer Person, die in der Schweiz aufgewachsen und zur Schule gegangen ist. Die betrifft insbesondere auch die Schilderungen von intimen Dingen. Dem kann und muss – mit der amtlichen Verteidigung (Urk. 69 S. 19) – im Rahmen der Beweiswürdigung genügend Rechnung getragen werden.

E. 4

Beweisanträge

E. 4.1

Zur objektiven und subjektiven Tatschwere der Vergewaltigung erwog die Vorinstanz zutreffend, dass der Beschuldigte gleich zwei Mal in die Privatklägerin eindrang. Auch wenn er nicht mit brachialer Gewalt und einer hohen kriminellen Energie vorging bzw. eine heftige Gegenwehr überwand, so verursachte er dabei doch blutende und schmerzende Verletzungen in ihrem Intimbereich. Zudem saugte der Beschuldigte offenbar derart massiv an den Brüsten der Privatklägerin, dass ihre Brustwarzen verletzt wurden. Sodann penetrierte der Beschuldigte die Privatklägerin nicht nur mit dem Penis, sondern auch mit mehreren Fingern vaginal. Auch wenn den Handlungen einvernehmliche Zungenküsse vorausgingen, gab die Privatklägerin dem Beschuldigten klar, unzweideutig und wiederholt verbal und physisch zu verstehen, dass sie damit nicht einverstanden ist. Der Beschuldigte war der Privatklägerin kräftemässig klar überlegen und spielte dies auch aus. Gra- vierend ist sodann weiter der Umstand zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte kein Kondom verwendete und sich dabei gegenüber allfälligen sexuell übertragba-

- 22 - ren Krankheiten völlig gleichgültig zeigte, hatten er und die Privatklägerin darüber vorher ganz offensichtlich nicht gesprochen. Selbstredend war sein Verhalten ausschliesslich egoistischer Natur. Es wäre ihm mehrfach möglich gewesen, mit den sexuellen Übergriffen aufzuhören, stattdessen führte er diese fort, bis er sich mit einem Orgasmus erleichtert hatte. Im Rahmen aller denkbaren Tatvarianten wiegt das Tatverschulden insgesamt gerade noch leicht. Eine Freiheitsstrafe von 34 Monaten ist dem Verschulden angemessen.

E. 4.2

Die Erwägungen im erstinstanzlichen Urteil zur Täterkomponente sind alle- samt zutreffend und bedürfen keiner Ergänzung (Urk. 43 S. 51 f.; vgl. auch Urk. 72 S. 1 ff.). Ebenso ist das Nachtatverhalten des Beschuldigten als neutral zu gewich- ten. Weitere strafzumessungsrelevanten Faktoren sind nicht ersichtlich, womit das Verhalten des Beschuldigte im Ergebnis mit 34 Monaten Freiheitsstrafe zu sank- tionieren ist. 5.1. Der Beschuldigte befand sich 26 Tage (vom 25. Juli 2021 bis 19. August 2021) in Untersuchungshaft (Urk. 4/2, 4/14 und 4/23+24). Diese ist ihm in Anwendung von Art. 51 StGB auf die Freiheitsstrafe anzurechnen. 5.2. Nach der Haftentlassung wurde dem Beschuldigten mit Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 20. August 2021 im Sinne einer Ersatzmassnahme nach Art. 237 Abs. 2 lit. c

und g StPO untersagt, die Gemeinden D._____ und E._____ zu betreten sowie mit der Privatklägerin B._____ in irgend einer Weise Kontakt aufzunehmen oder durch Dritte aufnehmen zu lassen (Urk. 4/28). Auf entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft wurden die Ersatzmassnahmen alsdann mit Verfügung vom 16. November 2021 verlängert (Urk. 4/29 und 4/32). Mit Anklageerhebung vom 16. Dezember 2021 stellte die Staatsanwaltschaft erneut das Gesuch, die Ersatzmassnahmen seien bis zur Hauptverhandlung bzw. Urteilseröffnung zu verlängern, welchem Gesuch das Zwangsmassnahmengericht mit Entscheid vom 30. Dezember 2021 nachkam (Urk. 18/1 und 18/3). Das erstinstanzliche Urteil wurde schliesslich am 29. März 2022 gefällt und eröffnet (Prot. I S. 42). Mangels eines anders lautenden Entschei-

- 23 - des der Vorinstanz fielen die Ersatzmassnahmen mit diesem Datum dahin. Die Ersatzmassnahmen dauerten demnach 222 Tage (20. August 2021 bis 29. März 2022). Nach der Rechtsprechung sind Ersatzmassnahmen analog der Untersuchungshaft auf die Freiheitsstrafe anzurechnen. Bei der Bemessung der anrechenbaren Dauer hat das Gericht den Grad der Beschränkung der persönlichen Freiheit im Vergleich zum Freiheitsentzug bei Untersuchungshaft zu berücksichtigen. Dabei kommt dem Gericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu (vgl. BGE 140 IV 74 E. 2.4, mit Hinweisen). Es ist also danach zu fragen, ob und inwiefern die normale Alltags- führung beeinträchtigt wurde sowie ob es der betroffenen Person erschwert oder verunmöglicht wurde, der Arbeit nachzugehen, soziale Kontakte zu pflegen, Frei- zeitaktivitäten zu unternehmen usw. Weitere Beurteilungskriterien sind auch, mit welchem Zeit- und Kostenaufwand die Massnahme verbunden war. Entscheidend ist jedenfalls, dass die grundrechtsbeschränkenden Auswirkungen der Massnah- men gestützt auf die konkreten Verhältnisse im Einzelfall ermittelt und angerechnet werden (vgl. BSK StPO-MANFRIN/VOGEL, Art. 237 N 119). Der Beschuldigte wohnte während der Dauer der Ersatzmassnahmen in F._____, sein Arbeitsort befand sich in G._____ (Prot. I S. 10 f.). Berührungspunkte zu D._____ im Kanton Schaffhausen sowie zu E._____ im Kanton Zürich hat er soweit ersichtlich nicht. Ebenso hatte er keinen näheren Bezug zur Privatklägerin, lernten sie sich doch erst wenige Tage vor dem Vorfall über eine Datingplattform kennen. Der Beschuldigte war durch die Anordnung der Ersatzmassnahmen weder massgeblich in seinem privaten noch in seinem beruflichen Bewegungsradius eingeschränkt. Die Beschränkung seiner persönlichen Freiheit war durch die Massnahmen zwar vorhanden, jedoch sehr minim. Insgesamt erscheint eine Anrechnung der Ersatzmassnahmen bei dieser Ausgangslage im Umfang von 5%, mithin 11 Tagen, als angemessen.

E. 4.3

Einvernahme von Rechtsanwalt X2._____ Zumal das hiesige Gericht keine Zweifel am Inhalt der von der amtlichen Verteidi- gung erstellten Notiz vom 3. Januar 2024 betreffend das mit Rechtsanwalt X2._____ geführte Telefonat hat (Urk. 70), erübrigt sich eine Befragung von Rechtsanwalt X2._____ (vgl. Urk. 69 S. 9). II. Schuldpunkt

E. 6

Der Beschuldigte ist demnach mit 34 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen, wovon 37 Tage durch Untersuchungshaft und Ersatzmassnahmen erstanden sind.

- 24 - 7.1. Der bedingte Vollzug der ausgefallten Freiheitsstrafe fällt ausser Betracht (Art. 42 StGB). Jedoch kann das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von min- destens einem Jahr und höchstens drei Jahren teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um

dem Verschulden des Täters Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 StGB).

Grundvoraussetzung für die teilbedingte Strafe im Sinne von Art. 43 StGB ist, dass eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Zwar fehlt ein entsprechender Verweis auf Art. 42 StGB, doch ergibt sich dies aus Sinn und Zweck von Art. 43 StGB. Wenn und soweit die Legalprognose des Täters nicht schlecht ausfällt, verlangt die Bestimmung, dass zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung ausgesetzt wird. Umgekehrt gilt, dass bei einer Schlechtprognose auch ein bloss teilweiser Aufschieb der Strafe nicht gerechtfertigt ist. Denn wo keinerlei Aussicht besteht, der Täter werde sich in irgendeiner Weise durch den – ganz oder teilweise – gewährten Strafaufschieb beeinflussen lassen, muss die Strafe in voller Länge vollzogen werden (BGE 134 IV I E. 5.3.1.). Subjektiv ist mit anderen Worten das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt. 7.2. Die objektive Voraussetzung zur Gewährung eines teilbedingten Strafvollzuges ist mit der ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 34 Monaten erfüllt. 7.3. In subjektiver Hinsicht bestehen keinerlei Hinweise, die beim Beschuldigten auf eine ungünstige Legalprognose schliessen liessen. Es können ihm grundsätzlich günstige Umstände attestiert werden, so ist er nicht vorbestraft (Urk. 65) und lebt in geordneten und stabilen Verhältnissen (vgl. dazu die Ausführungen der Vorinstanz zur Täterkomponente, Urk. 43 S. 49 f. sowie die Ausführungen des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung, Urk. 72 S. 1 ff.). Dem Beschuldigten ist deshalb der teilbedingte Vollzug zu gewähren. 7.4. Der unbedingt vollziehbare Teil der Freiheitsstrafe muss mindestens 6 Monate betragen, darf aber die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 und 3 StGB). Vorliegend ergibt sich dadurch für den vollziehbaren Teil ein Rahmen zwischen 6 und 17 Monaten. Als Bemessungsregel ist das Ausmass des Verschuldens zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Bewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum

- 25 - Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingt Strafteil darf das unter Verschuldensgesichtspunkten gemäss Art. 47 StGB gebotene Mass nicht unterschreiten (Urteil des Bundesgerichts 6B_632/2016 vom 6. September 2016 E. 1.3). Die Legalprognose des Beschuldigten ist ungetrübt. Das Verschulden wurde als gerade noch leicht eingestuft. Der Beschuldigte hat sodann eine schwerwiegende Straftat begangen, was die gesetzliche Mindeststrafe von 1 Jahr Freiheitsstrafe belegt. Ein zu vollziehender Teil im unteren Bereich von 6 Monaten würde diesen Umständen nicht gerecht werden, jedoch wären ebenso 17 Monate unverhältnismässig, zumal das Verschulden gerade noch leicht wiegt. Der vollziehbare Teil ist daher bei 12 Monaten festzusetzen und es ist eine Probezeit von 2 Jahren vorzusehen (Art. 44 Abs. 1 StGB).

E. 8

Zusammenfassend ist der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 10 Monaten zu bestrafen, wobei 12 Monate (abzüglich 37 Tage für erstandene Haft und Ersatzmassnahmen) zu vollziehen sind. Die restlichen 22 Monate Freiheitsstrafe werden aufgeschoben und eine Probezeit von 2 Jahren angesetzt. IV. DNA-Profil Mit der Vorinstanz (Urk. 43 S. 52 f.) ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für die Abnahme einer DNA-Probe und die Erstellung eines entsprechenden DNA-Profiles erfüllt sind. Aufgrund der Schwere von gleich zwei vorsätzlich begangenen Straftaten gegen die sexuelle Integrität und der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren ist eine solche

Massnahme durchaus verhältnismässig. Art. 5 des DNA-Profil-Gesetzes wurde mit Wirkung ab 1. August 2023 aufgehoben, findet sich jedoch im geltenden Art. 257 lit. a und b StPO wieder, welcher entsprechend anzu- wenden ist.

- 26 - V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Ausgangsgemäss sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erst- instanzlichen Verfahrens unter Hinweis auf Art. 426 Abs. 1 StPO zu bestätigen. Ausgangsgemäss besteht kein Raum für die Zusprechung einer Entschädigung und/oder Genugtuung an den Beschuldigten.

E. 12

[Mitteilungen]

E. 13

[Rechtsmittel]" 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt:

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