

# ZH\_OBERGERICHT SB230261 vom 7. Mai 2024

ZH Obergericht, 2024-05-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB230261](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB230261)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB230261 du 7 mai 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT SB230261 del 7 maggio 2024

## Erwägungen

### E. 1

Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 14. Dezember 2022 entsprechend dem eingangs aufgeführten Dispositiv der Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB sowie der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte im Sinne von Art. 285 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen, während er vom Vorwurf der Entwendung eines Fahrzeuges zum Gebrauch im Sinne von Art. 94 SVG freigesprochen wurde. Der Beschuldigte wurde mit einer Freiheitsstrafe von 19 Monaten sowie mit einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 30.– bestraft, wobei der Vollzug beider Sanktionen bei einer Probezeit von

### E. 1.1

Nachdem in zweiter Instanz lediglich noch der Schuldspruch wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte Bestand hat, rechtfertigt es sich, die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens, mit Ausnahme jener der amtlichen Verteidigung, nur zu einem Achtel dem Beschuldigten aufzuerlegen, während sie zu sieben Achteln auf die Gerichtskasse zu nehmen sind.

### E. 1.2

Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von einem Achtel vorbehalten bleibt.

### E. 1.3

Für die Zusprechung einer Prozessentschädigung an die Privatklägerin für ihre Aufwendungen bis zur ersten Instanz bleibt beim erwähnten Prozessausgang kein Raum. 2. Zweitinstanzliches Verfahren 2.1. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens haben die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Inwiefern eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt insbesondere davon ab, in welchem Ausmass ihre im Berufungsprozess gestellten - 29 - Anträge gutgeheissen werden (vgl. Urteil 6B\_1344/2019 vom 11. März 2020, E. 2.2.). 2.2. Der Beschuldigte vermag sich in zweiter Instanz mit seinem Antrag auf Freispruch vollumfänglich durchzusetzen und darüber hinaus auch eine Reduktion der ihm auferlegten Geldstrafe zu erwirken. Es ist vor diesem Hintergrund von seinem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, in welchem Fall die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ausser Ansatz zu fallen hat und die restlichen Kosten des Berufungsverfahrens, insbesondere jene der amtlichen Verteidigung, vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. 2.3. Die amtliche Verteidigung des Beschuldigten macht für ihre Bemühungen und Barauslagen vor Berufungsgericht den Betrag von Fr. 4'657.30 (inkl. MwSt.) geltend (Urk. 87). Der

Aufwand ist ausgewiesen und das geltend gemachte Honorar steht im Einklang mit den Ansätzen der kantonalen Anwaltsgebührenverordnung. Unter Berücksichtigung der Aufwendungen für die heutige Berufungsverhandlung (inkl. Weg zum Verhandlungsort und Nachbesprechung mit dem Klienten) erscheint es mithin angemessen, den amtlichen Verteidiger mit insgesamt Fr. 5'600.– (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

2.4. Ausgangsgemäss entfällt eine Prozessentschädigung der Privatklägerin auch für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren.

2.5. Angesichts der nach Anrechnung an die Geldstrafe verbleibenden ungerichtfertigten Überhaft von 360 Tagen ist der Beschuldigte gestützt auf Art. 431 Abs. 2 StPO angemessen zu entschädigen. Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Entscheid vom 1. Mai 2023 die dabei geltenden Grundsätze zusammengefasst und dabei bekräftigt, dass es angebracht erscheint, den geltenden Regelsatz von Fr. 200.– zu kürzen, wenn die ungerechtfertigte Haft mehrere Monate dauert, da die erste Haftzeit besonders erschwerend ins Gewicht fällt (Pra 113 [2024] Nr. 29, E. 2.1.2.). Weiter kann sich der Referenzbetrag relativieren, wenn die Haft als solche nicht unrechtmässig war, da der Täter zu Recht verhaftet wurde und demzufolge kein entsprechender Haftshock zu vergüten ist (Pra 113 [2024] Nr. 29, E. 2.1.3.). Schliesslich wird betont, dass sich eine zusätzliche Abweichung vom Re-

- 30 - gelsatz insbesondere dann rechtfertigen kann, wenn sich die Auswirkungen der ungerechtfertigten Haft auf das private, soziale und berufliche Leben des Betroffenen in Grenzen halten (Pra 113 [2024] Nr. 29, E. 2.1.4.). Letztlich kommt den zuständigen Behörden bei der Bemessung der entsprechenden Genugtuung im Hinblick auf den konkreten Einzelfall auch ein erhebliches Ermessen zu (vgl. Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 10. März 2023 [Geschäfts-Nr. SB220317], E. 4.3.). Vorliegend wurde der Beschuldigte am 11. September 2021 verhaftet, nachdem er eine Glasflasche in Richtung von im Dienst stehenden Polizisten geworfen hatte, wofür er vorliegend denn auch wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte bestraft wird. Die Arretierung des Beschuldigten war mithin anfänglich gerechtfertigt, zumal die Anordnung von Untersuchungshaft beim genannten Delikt entgegen der Verteidigung alles andere als generell unstatthaft zu gelten hat. Es rechtfertigt sich mithin bereits aus diesem Grund eine Relativierung des geltenden Tagesregelsatzes von Fr. 200.– im Umfang von 10 Prozent. Im Weiteren ist für den vorliegenden Fall festzuhalten, dass der alleinstehende und arbeitslose Beschuldigte durch die Verhaftung bzw. die spätere Überhaft nicht aus geregelten sozialen und beruflichen Verhältnissen herausgerissen wurde. Seine Lebensumstände haben sich demnach nicht in gleicher Weise verändert, wie dies bei einer Person der Fall wäre, welche aus einem gefestigten Netz (mit fester Arbeitsstelle und Familie mit Kindern) herausgerissen worden wäre, so dass sich eine weitere Reduktion im Bereich von 20 Prozent als gerechtfertigt erweist. Schliesslich handelt es sich um eine längere Überhaft von nahezu 12 Monaten, in deren Verlauf sich die belastenden Einwirkungen auf die Persönlichkeit des Beschuldigten nach und nach relativierten, weshalb der Regelsatz um weitere 20 Prozent zu kürzen ist. Insgesamt erscheint es mithin angemessen, den Beschuldigten für die erlittene Überhaft von 360 Tagen mit Fr. 100.– pro Tag zu entschädigen, was auch im Einklang mit verschiedenen Entscheiden des Bundesgerichtes steht, in deren Rahmen in ähnlichen Fällen ebenfalls deutliche Kürzungen des Regelsatzes gutgeheissen wurden (vgl. statt vieler Urteil 6B\_543/2019 vom 17. Januar 2020, E. 5.2. bzw. diesem Entscheid zugrunde liegendes Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 1. Februar 2019 [Geschäfts-Nr. SB180176], E. VII.3.3. [Tagessatz von

- 31 - Fr. 80.– wurde bei einer beschuldigten Person ohne Familienangehörige und Erwerbstätigkeit in der Schweiz bei einer Überhaft von 411 Tagen letztlich nicht beanstandet]; Urteil 6B\_196/2014 vom 5. Juni 2014, E. 1.4.2. bzw. diesem Entscheid zugrunde liegendes Urteil 6B\_326/2013 vom 2. September 2013 [Tagessatz von Fr. 100.– wurde bei einer beschuldigten Person ohne Arbeitsstelle und eigene Familie bei einer Überhaft von rund zehn Monaten noch als angemessen erachtet]). Dem Beschuldigten ist demzufolge für die erlittene Überhaft eine Genugtuung von insgesamt Fr. 36'000.– zuzüglich Zins von 5 % seit dem 1. Januar 2022 aus der Gerichtskasse zuzusprechen. Es wird beschlossen:

### **E. 3**

Zur auf den 7. Mai 2024 anberaumten Berufungsverhandlung sind die zur Befragung vorgeladene Privatklägerin in Begleitung ihrer Rechtsvertreterin sowie der amtliche Verteidiger erschienen, wobei die Privatklägerin die Verhandlung nach ihrer Einvernahme zusammen mit ihrer Rechtsvertreterin wieder verlassen hat (Prot. II S. 7 + 21).

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat im Rahmen ihrer Würdigung des Sachverhaltes die allgemeinen Grundsätze der Beweiswürdigung korrekt zusammengefasst (Urk. 63 S. 9). Ferner wurden zutreffend die relevanten Beweismittel referenziert und dabei die verwertbaren Aussagen der Beteiligten ausführlich und nachvollziehbar zusammengefasst (vgl. Urk. 63 S. 10 ff.). Es kann in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden. Soweit sich dazu anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung relevante Ergänzungen ergeben haben, wird an geeigneter Stelle darauf zurückzukommen sein.

#### **E. 3.2**

Was die Verwertbarkeit der Aussagen des ebenfalls am Tatgeschehen beteiligten F. \_\_\_\_\_ anbelangt, so hat die Vorinstanz zu Recht festgehalten, dass F. \_\_\_\_\_ mit dem Beschuldigten in der Untersuchung nie konfrontiert worden ist und seine Aussagen deshalb lediglich zu dessen Gunsten herangezogen werden können (vgl. Urk. 63 S. 6 + 21). F. \_\_\_\_\_ war nach seinen beiden Befragungen bei der Polizei (vgl. Urk. D2/3/2+4) für die Behörden nicht mehr greifbar, was keinen hinreichenden Grund darstellt, um seinen Aussagen unter eingeschränkten Voraussetzungen volle Gültigkeit zukommen zu lassen (vgl. Art. 147 Abs. 3 StPO). Weitere prozessuale Unregelmässigkeiten, welche die Unverwertbarkeit von Beweismitteln im hiesigen Prozess zur Folge haben könnten, sind – wie bereits die Vorinstanz korrekt festgehalten hat (vgl. Urk. 63 S. 10) – nicht ersichtlich, wobei an

- 11 - dieser Stelle festzustellen bleibt, dass für die Erstellung des relevanten Sachverhaltes namentlich die Aussagen der am Tatort anwesenden Personen von Bedeutung sind, soweit diese gültig erhoben wurden, während die sachlichen Beweismittel (wie Chat-Protokolle, Fotodokumentationen oder medizinische Unterlagen) in casu höchstens in Nebenpunkten gewisse Relevanz erlangen. Es ist mithin im Folgenden insbesondere auf die Angaben der Privatklägerin, des Beschuldigten sowie von G. \_\_\_\_\_, welcher das Geschehen aus relativer Nähe beobachtet hat und zunächst als polizeiliche Auskunftsperson und dann als Zeuge befragt wurde, näher einzugehen. Demgegenüber vermögen die (grundsätzlich verwertbaren) Ausführungen von H. \_\_\_\_\_ (vgl. Urk. D2/5/1 und D2/5/6), welcher die Privatklägerin anhänglich begleitete, keine entscheidenden Erkenntnisse für die

Aufklärung des massgebenden Sachverhaltes zu liefern, da H.\_\_\_\_\_ die Szenerie bereits frühzeitig verlassen hat, weshalb dessen Darstellung der Vorgeschichte nicht näher beleuchtet wird.

### **E. 3.3**

Die Privatklägerin hat in der Untersuchung zwei Mal zur Sache ausgesagt (vgl. Urk. D2/4/8 und D2/4/12), wobei von beiden Einvernahmen jeweils Videoaufzeichnungen existieren, welche ihr gesamtes Aussageverhalten gut wiedergeben, auch wenn sie im Rahmen der ersten Befragung eine Covid-Maske tragen musste (vgl. Urk. D2/4/7 und D2/4/13). Im bezirksgerichtlichen Verfahren wurde die Privatklägerin dann nicht vor Schranken befragt, was in zweiter Instanz nachgeholt wurde (vgl. Prot. II S. 10 ff.). Die Ausführungen der Privatklägerin in ihren Befragungen muten insgesamt glaubhaft an. Sie machte jeweils spontane Angaben zur Sache, ohne den Beschuldigten übermässig zu belasten, indem sie frei heraus einräumte, dass es während des gesamten Vorfalles weder zu einer Gewaltanwendung noch zu einer Drohung oder ähnlichen Verhaltensweisen gekommen sei (vgl. Urk. D2/4/8 F/A 271 ff.; Prot. II S. 14 ff.). Der Umstand, dass sie teilweise Mühe hatte, die richtigen Worte zu finden, und sich an die konkreten Umstände auch nicht immer im Detail zu erinnern vermochte, vermag an der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen nicht zu rütteln, doch darf sich die mangelnde Erinnerung auch nicht zu Lasten des Beschuldigten auswirken. Im Verlauf der beiden Einvernahmen im Vorverfahren ist zwar eine tendenzielle Aggravierung der Ausführungen betreffend die erlebte Angst und das geschilderte Weinen festzustellen (vgl. nachfolgend Ziffer 3.7 f.), doch füh-

- 12 - ren diese einzelnen Ungereimtheiten nicht dazu, dass der gesamte Kerngehalt ihrer Darstellung in Frage gestellt werden müsste. Ebenso ist das teilweise etwas sprunghafte und unklare Aussageverhalten in der zweiten Einvernahme nachvollziehbar (vgl. bspw. Urk. D2/4/13, Sequenz 00:22:00 ff.), waren doch zu diesem Zeitpunkt bereits rund 7 Monate seit der Tat vergangen. In der Berufungsverhandlung wirkte die Privatklägerin authentisch und ihre Aussagen fielen wiederum glaubhaft aus, wobei sie jedoch erneut Mühe bekundete, sich an die konkreten Umstände der Tat zu erinnern. So ist die Tatsache, dass sie nicht mehr wusste, ob es am 13. August 2021 insgesamt zwei oder drei Mal zum Geschlechtsverkehr kam (Prot. II S. 19), ein Zeichen dafür, dass sie sich betreffend die Details des Vorgefallenen unsicher ist, wobei dieser Umstand namentlich mit dem deutlichen Alkoholkonsum sowie auch mit Verdrängungstendenzen erklärbar ist (vgl. Prot. II S. 14 ff.). Den roten Faden hat die Privatklägerin bei ihren Schilderungen aber durchwegs beibehalten, so dass insgesamt ein kohärentes Bild des relevanten Sachverhaltes ersichtlich wird, wobei sie auch nicht zu Ausschmückungen neigte und offen einräumte, wenn sie sich an etwas nicht mehr erinnern konnte. Vor diesem gesamten Hintergrund vermag die Tatsache, dass die Privatklägerin im Zusammenhang mit dem vorliegenden Prozess eine Genugtuungsforderung stellte und insofern ein gewisses Interesse am Ausgang des Verfahrens hat, nicht massgeblich ins Gewicht zu fallen.

### **E. 3.4**

Der Zeuge G.\_\_\_\_\_ sagte bei der Polizei als Auskunftsperson und bei der Staatsanwaltschaft als Zeuge aus (vgl. Urk. D2/5/7 + D2/5/10). Seine Glaubwürdigkeit ist trotz der Aussagen unter Strafandrohung gemäss Art. 307 StGB insofern eingeschränkt, als er als Kollege des Beschuldigten geneigt sein könnte, zu dessen Gunsten auszusagen, um ihn zu entlasten. In seinen Aussagen findet sich indessen keine offensichtliche Tendenz, den

Beschuldigten in einem besonders günstigen Licht darstellen zu wollen, zumal er ihn nicht besonders gut kennt. Im Gegenteil gibt der Zeuge an, dass er es "Scheisse" gefunden habe, dass die beiden Sex mit der Privatklägerin hatten, und ihm die Privatklägerin leidgetan habe, wobei allerdings unklar bleibt, ab welchem Zeitpunkt G.\_\_\_\_\_ dieses Mitleid empfand und somit möglich bleibt, dass er ihre Situation erst bedauerte, als er feststellte, dass sie blutete, und sie gleichzeitig weinen hörte.

- 13 - Die Aussagen von G.\_\_\_\_\_ fallen abgesehen von der vorgenannten Passage durch eine gewisse Nüchternheit auf, indem er die nicht alltägliche Situation einfach Schritt für Schritt schilderte, ohne besondere Emotionen zu zeigen. Der Umstand, dass seine Angaben nicht allzu facettenreich ausfallen, vermag deren Glaubhaftigkeit indessen nicht massgeblich zu beeinträchtigen, da ein solches Aussageverhalten auch persönlichkeitsimmanent sein kann, ohne dass etwas verborgen werden soll. Auffällig an der Schilderung des Zeugen ist, dass er nicht mitbekommen haben will, wie es genau zum Sex der Privatklägerin mit dem Beschuldigten gekommen ist, während er hinsichtlich des Geschlechtsverkehrs mit F.\_\_\_\_\_ relativ klare Angaben zu deponieren vermochte. Diesbezüglich ist jedoch eine Aggravierung im Aussageverhalten festzustellen. Während G.\_\_\_\_\_ nämlich in der polizeilichen Einvernahme noch eher zurückhaltend angab, die Privatklägerin habe sich beim Geschlechtsverkehr mit F.\_\_\_\_\_ aktiv beteiligt, indem sie "umegmacht händ" bzw. sie das Einverständnis gegeben habe, dass er sie ausziehen dürfe (Urk. D2/5/7 F/A 95), erweiterte er seine Aussage bei der Staatsanwaltschaft dahingehend, dass sich die Privatklägerin "mit ihrem Arsch an seinen [F.\_\_\_\_\_s] Schwanz angelehnt" habe (Urk. D2/5/10 F/A 51). Eine weitere unmotiviert ausschmückende Darstellung des Geschehens durch G.\_\_\_\_\_ erfolgte sodann am Ende seiner staatsanwaltschaftlichen Einvernahme, als er ausführte, die Privatklägerin habe etwas von F.\_\_\_\_\_ gewollt und gesagt, dass sie ihm dafür auch Geld geben würde (Urk. D2/5/10 F/A 132). Auch seine Ausführungen, wonach die Privatklägerin den Sexualverkehr mit dem Beschuldigten anfänglich durchaus genossen und – wenn auch verhalten – mitgemacht habe, sind mit einiger Vorsicht zu würdigen, sagte er diesbezüglich doch ziemlich schwammig aus und war sich in diesem Punkt letztlich auch nicht mehr so sicher (vgl. Urk. D2/5/7 F/A 160 ff; Urk. D2/5/10 F/A 95 ff.). Schliesslich fällt auf, dass die Aussage von G.\_\_\_\_\_ betreffend den Zeitpunkt der Begegnung mit der Privatklägerin nicht mit den Aussagen der weiteren anwesenden Personen übereinstimmt. So gab G.\_\_\_\_\_ an, sie hätten die Privatklägerin ca. gegen 18.30 Uhr oder 19.00 Uhr bzw. gegen 19.30 Uhr oder 20.00 Uhr getroffen (Urk. D2/5/7 F/A 11 + 58), während sich H.\_\_\_\_\_ und die Privatklägerin diesbezüglich weit realistischer äusserten, indem sie zu Protokoll gaben, dem Beschuldigten, F.\_\_\_\_\_ und

- 14 - G.\_\_\_\_\_ erst nach Mitternacht begegnet zu sein (Urk. D2/5/6 F/A 28; Urk. D2/4/8 F/A 147 + 321).

### **E. 3.5**

Der Beschuldigte gab im Verlauf des Verfahrens insgesamt fünf Mal zur Sache Auskunft. Während er in der ersten Befragung bei der Polizei noch bestritt, an der Sache beteiligt gewesen zu sein, gab er ab der zweiten Einvernahme zu Protokoll, mit der Privatklägerin einvernehmlichen Geschlechtsverkehr gehabt zu haben. Diesen einvernehmlichen Geschlechtsverkehr schilderte er indessen nicht sehr plausibel, da es lebensfremd anmutet, dass F.\_\_\_\_\_ die Privatklägerin nach vollzogenem Verkehr ausdrücklich noch fragte, ob nun auch sein Kollege hinzukommen könne. Ferner sagte er in diesem Punkt widersprüchlich aus, indem er in der Hauptverhandlung plötzlich behauptete, er selber habe

die Privatklägerin nach ihrer Zustimmung gefragt (vgl. Prot. I S. 18). Zudem widersprach der Beschuldigte mit seiner Version den insoweit einheitlichen Schilderungen der Privatklägerin und G.\_\_\_\_\_, welche übereinstimmend aussagten, der Geschlechtsverkehr mit den beiden Männern habe auf einer Wiese (und nicht teilweise auch auf einer Bank) stattgefunden. Infolgedessen kann es auch nicht so gewesen sein, dass die Privatklägerin den Beschuldigten beim Tragen auf die Wiese mit den Beinen bzw. Händen umschlang und ihm auf diese Weise implizit ihre Bereitschaft zum Geschlechtsverkehr signalisierte (vgl. Prot. I S. 17).

### **E. 3.6**

Es kann infolgedessen für die nachfolgende Würdigung des Sachverhaltes nicht auf die Angaben des Beschuldigten betreffend eine ausdrückliche Einwilligung der Privatklägerin in den Geschlechtsverkehr sowie deren aktive Teilnahme daran abgestellt werden. Stattdessen ist für die Erstellung der massgebenden Tatsachen primär auf die Ausführungen der Privatklägerin zu fokussieren, welche sich in weiten Teilen mit den Depositionen von G.\_\_\_\_\_ decken, der das Geschehen als grundsätzlich unbeteiligte Drittperson ebenfalls aus relativer Nähe mitverfolgt hat.

### **E. 3.7**

Was das konkrete Tatgeschehen anbelangt, so ist aufgrund der Aussagen der Privatklägerin nicht davon auszugehen, dass sie den Geschlechtsverkehr mit ihrem ausdrücklichen Einvernehmen praktizierte. Anschaulich beschrieb sie ihre innere Gefühlslage so, dass es für sie der erste Geschlechtsverkehr gewesen sei und sie

- 15 - diesen so nicht wollte. Es ist vor diesem Hintergrund auch nicht plausibel, dass sie den Beschuldigten vor dem Beischlaf aktiv zu sich hinzog, noch ist anzunehmen, dass sie explizit die Beine um ihn schlang, wie dieser geltend machte (vgl. vorstehend Ziffer 3.5.). Der Beschuldigte sagte im Übrigen selber aus, dass abgesehen von diesen Handlungen beim Geschlechtsverkehr nicht viel von der Privatklägerin ausgegangen sei (Urk. D2/2/7 F/A 30 f.). Wenn G.\_\_\_\_\_ dazu aussagte, er habe gesehen, dass die Privatklägerin beim Geschlechtsverkehr mit dem Beschuldigten die Hüften bewegte (Urk. D2/5/10 F/A 96), so kann daraus jedenfalls nicht auf eine aktive Beteiligung geschlossen werden, denn ebenso ist möglich, dass ihre Hüften aufgrund der Dynamik, mit welcher der Beschuldigte den Geschlechtsverkehr vollzog, in Bewegung gerieten. Es ist somit die Version auszuschliessen, wonach die Privatklägerin auf konkrete Nachfrage von F.\_\_\_\_\_ die Einwilligung zum Beischlaf sowohl von F.\_\_\_\_\_ als auch des Beschuldigten gegeben hat. Vielmehr ist mit ihren eigenen Angaben davon auszugehen, dass sie den Geschlechtsverkehr passiv über sich ergehen liess, ohne irgendwelche weiteren Regungen zu zeigen. Als Erklärung für die Passivität der Privatklägerin erwähnt die Anklage insbesondere die zahlenmässige Überlegenheit der Täter kombiniert mit einem Angstzustand, welche Umstände ihr eine Gegenwehr weitestgehend verunmöglichten. Betreffend die eingeklagte Angst der Privatklägerin sagte diese in der Untersuchung indessen kurz nach der Tat aus, sie habe es zwar komisch gefunden, dass die Kollegen des Töfffahrers (F.\_\_\_\_\_) nach der Töfffahrt plötzlich wieder auftaucht seien. Obwohl ihr das unangenehm gewesen sei, habe sie keine Angst empfunden und einfach wollen, dass das Ganze vorbei sei und sie wieder gehen könne. Die Typen hätten denn auch durchaus normal auf sie gewirkt und seien auch nicht alkoholisiert gewesen (Urk. D2/4/8 F/A 305 ff.). In ihrer zweiten Einvernahme rund 7 Monate nach der Tat wiederholte sie dann, sie habe es

komisch gefunden, dass die anderen beiden plötzlich wieder aufgetaucht seien, als sie bei der Stadiontribüne gewesen seien. Dies sei ihr aber letztlich egal gewesen, wobei sie einen Annäherungsversuch des Schwarzen abgeblockt habe, da ihr dieser eher unsympathisch gewesen sei (Urk. D2/4/12 F/A 50). Beim Geschlechtsakt habe sie sich dann aber nicht gewehrt, weil sie Angst gehabt habe, da sie zu dritt gewesen seien, wobei sie aber nicht gewusst habe, wo die anderen jeweils genau gestanden seien

- 16 - (Urk. D2/4/12 F/A 77 f. + 153). In der Berufungsverhandlung gab die Privatklägerin schliesslich in Übereinstimmung zu ihren bisherigen Aussagen an, sie habe sich schon etwas unwohl gefühlt, als die anderen beiden (Beschuldigter und G. \_\_\_\_\_) auch wieder dort gewesen seien, habe dabei aber keine negativen Emotionen gehabt und sei einfach etwas verwirrt gewesen. Sie habe keine Angst gehabt, dass die drei Typen physisch gewalttätig würden, doch seien sie zu dritt gewesen und sie habe sie nicht gekannt. Ihre Gefühlslage habe unter anderem bewirkt, dass sie sich dann passiv verhalten habe, da sie letztlich nicht gewusst habe, was passieren würde, wenn sie etwas machen würde (Prot. II S. 16 f.). Während die Privatklägerin mithin Angstgefühle in der ersten Einvernahme relativ klar verneinte, äusserte sie solche in der zweiten Einvernahme und im Berufungsverfahren für die Phase des Geschlechtsaktes insofern, als sie auf die zahlenmässige Überlegenheit der Anwesenden hinwies. Eine eigentliche Schockstarre, welche eine verbale oder nonverbale Ablehnung weitgehend verhindert hätte, wird von ihr aber auch dannzumal nicht beschrieben. Ein entsprechendes Gelähmtsein während des Geschlechtsaktes würde denn auch nicht mit dem früheren Verhalten der Privatklägerin an jenem Abend korrespondieren, als sie durchaus bestimmt auftrat und den Beschuldigten bei seinen ursprünglichen Annäherungsversuchen relativ klar in die Schranken wies, so dass dieser in jener Hinsicht nicht mehr auffällig wurde.

### **E. 3.8**

Es verbleibt mithin die relevante Problematik, inwiefern die Privatklägerin dem Beschuldigten ihre Ablehnung bzw. Angst im Verlauf des Geschehens kommuniziert hat. Sämtliche rechtsgültig befragten Personen gaben diesbezüglich zu Protokoll, letztlich habe ein Weinen der Privatklägerin zum Abbruch des Geschlechtsverkehrs geführt. Nicht beantwortet ist damit indes die zentrale Frage, zu welchem Zeitpunkt die Privatklägerin wie vernehmlich zu weinen begann und ab wann der Beschuldigte dies konkret bemerkte. Die Privatklägerin sagte dazu anfänglich aus, sie wisse nicht mehr, wann sie zu weinen angefangen habe, glaube aber, dass dies gewesen sei, als sie nach dem Ausziehen ihrer Kleider realisiert habe, was er (F. \_\_\_\_\_) machen wolle (Urk. D2/4/8 F/A 178 ff.). Das Weinen sei nicht laut gewesen, doch habe er es ihrer Ansicht nach sehen müssen (Urk. D2/4/8 F/A 225 ff.).

- 17 - Auch in der zweiten Befragung gab die Privatklägerin zu Protokoll, sie wisse nicht mehr, ab welchem Punkt sie geweint habe (Urk. D2/4/12 F/A 74), denke aber, das Weinen habe etwa gleichzeitig mit dem Eindringen des Täuffahrers (F. \_\_\_\_\_) begonnen. Sie sei schon fest am Schluchzen gewesen und die Tränen seien ihr dabei heruntergelaufen, wobei auch der zweite (Beschuldigter) dies habe merken müssen. Einer der Anwesenden habe dann auch gesagt, dass sie am Weinen sei, was aber vielleicht erst gegen Schluss gewesen sei (Urk. D2/4/12 F/A 90 ff. + 111 ff.). In der Berufungsverhandlung bestätigte die Privatklägerin diese Darstellung und führte aus, sie habe im Verlauf des Geschlechtsverkehrs mit F. \_\_\_\_\_ zu weinen begonnen, als sie realisiert habe, was nun passiere. Sie habe dabei nichts gesagt, gehe aber davon aus, dass der Beschuldigte hätte

erkennen können, dass sie den Geschlechtsverkehr mit F.\_\_\_\_\_ nicht unbedingt gewollt habe, denn sie habe geschluchzt und die Nase hochgezogen. Auch wenn dies nicht sehr laut gewesen sei, sei der Beschuldigte aber doch nahe genug gewesen, dass er es hätte hören können. Wo sich der Beschuldigte während ihres Geschlechtsverkehrs mit F.\_\_\_\_\_ konkret befand, konnte die Privatklägerin dann jedoch nicht sagen, da sie ihn nicht gesehen hatte. Der Beschuldigte habe gemäss der Privatklägerin dann auch während des eigenen Geschlechtsverkehrs bemerken können, dass sie weinte, da man sich dabei ja bewege und leicht bebe (Prot. II S. 14 ff.). Letzterer meinte demgegenüber zu diesem Thema, die Privatklägerin habe erst gegen Schluss des Geschlechtsaktes geweint (Urk. D2/2/7 F/A 57 ff.) bzw. sie hätten dies erst gegen Schluss bemerkt (Prot. I S. 14), worauf sie dann auch aufgehört hätten. Ähnlich äusserte sich G.\_\_\_\_\_, welcher konstant erklärte, die Privatklägerin habe erst dann zu weinen begonnen, als die beiden (F.\_\_\_\_\_/Beschuldigter) fertig gewesen seien (Urk. D2/5/7 F/A 136; Urk. D2/5/10 F/A 109 ff.). Aufgrund all dieser Ausführungen ergibt sich, dass die Äusserungen der Beteiligten nicht derart klar sind, dass im Sinne der Anklage von einem lauten Weinen der Privatklägerin in der Anfangsphase des Geschlechtsverkehrs ausgegangen werden kann. Objektiv betrachtet besteht vielmehr die valable Möglichkeit eines wenig vernehmbaren Schluchzens, welches sich womöglich erst dann verstärkte, als sich die Privatklägerin gegen Ende des Geschlechtsverkehrs Gewahr wurde, dass sie relativ starke Blutungen hatte. Hinzu kommt diesbezüglich aus der

- 18 - Sicht des Beschuldigten, dass er zu Beginn des Geschehens ein wenig abseits stand und erst später in der Dunkelheit zur Privatklägerin trat, als er von F.\_\_\_\_\_ herangewinkt wurde, weshalb ihm die Emotionen der Privatklägerin anfänglich allenfalls auch insofern verborgen blieben. Wenn die Privatklägerin mithin davon ausgeht, die beiden Beischläfer hätten ihr Weinen sehen bzw. hören müssen, so hat diese Wahrnehmung eher für F.\_\_\_\_\_ und nicht automatisch auch für den kurzfristig hinzugetretenen Beschuldigten ihre Berechtigung, schilderte sie doch selbst, sie wisse nicht, wo sich der Beschuldigte befunden habe, als sie während des Geschlechtsverkehrs mit F.\_\_\_\_\_ geschluchzt habe. Inwiefern der Beschuldigte das Weinen bereits vor bzw. inmitten des eigenen Geschlechtsverkehrs wahrgenommen hat und wie er dieses allenfalls interpretierte bzw. hätte interpretieren müssen, lässt sich demnach aufgrund der Aussagen der Anwesenden zu wenig klar feststellen. Es ist somit zu Gunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass er das Weinen der Privatklägerin tatsächlich erst gegen Schluss des Aktes konkret wahrnahm und sich daraufhin von der Privatklägerin entfernte, zumal dies auch von G.\_\_\_\_\_ tendenziell so bestätigt wird, wobei nicht davon ausgegangen werden kann, die beiden hätten sich bezüglich dieses spezifischen Aspektes des Tatgeschehens im Voraus miteinander abgesprochen.

### **E. 3.9**

Für den subjektiven Sachverhalt ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte durchaus realisierte, dass er mit seinen Kollegen zu nächtlicher Stunde zu Dritt einer jungen Frau gegenüberstand, welche sie erst seit kurzem kannte, doch hatte er angesichts des zu seinen Gunsten anzunehmenden Umstandes, dass er das Weinen der Privatklägerin anfänglich tatsächlich nicht wahrnahm (vgl. vorstehend Ziffer 3.8.), darüber hinaus keine objektiven Anhaltspunkte, dass der nachfolgende spontane Geschlechtsverkehr mit F.\_\_\_\_\_ aus Sicht der Privatklägerin zwangsweise erfolgte. Inwiefern der in der Folge hinzugetretene Beschuldigte vor diesem Hintergrund in Kauf genommen hat, dass die Privatklägerin den

Ge- schlechtsverkehr mit ihm definitiv nicht wollte, als er diesen praktizierte, wird unter Zugrundelegung der vorgenannten Sachlage im Rahmen der rechtlichen Würdi- gung bei der Diskussion des subjektiven Tatbestandes konkreter zu beleuchten sein (vgl. hinten Ziffer IV./2.3.).

- 19 - IV. Rechtliche Würdigung 1. Grundlagen

#### **E. 4**

Der Beschuldigte blieb säumig (Prot. II S. 7). Nachdem nur er Berufung er- hoben hat, sein Verteidiger im Hinblick auf die Berufungsverhandlung instruiert wurde (vgl. Prot. II S. 9) und sich der Beschuldigte im Verfahren bereits genügend zur Sache äussern konnte, ist die Berufungsverhandlung ohne ein Abwesenheits- verfahren ordentlich durchzuführen und ein Urteil zu fällen (Urteil 6B\_1293/2018 vom 14. März 2019, E. 3.3.2 und 3.3.3), zumal sich auch in der Berufungsverhand- lung keine Aspekte ergaben, welche seine Anwesenheit als unentbehrlich erschei- nen liessen. II. Formelles 1. Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Der Beschuldigte wendet sich mit seiner Berufung gegen den Schuldspruch wegen Vergewaltigung und die ihm aufgrund dieser Tat auferlegte Freiheitsstrafe. Weiter beantragt er als Folge des Freispruches das Absehen von einem Tätigkeitsverbot sowie die Abwei- sung der Zivilforderung der Privatklägerin samt Anpassung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung. Die übrigen Punkte des vorinstanzlichen Entscheides lässt er unangefochten (Urk. 66 S. 2 f.; Urk. 86 S. 2 f.). Der Antrag betreffend Abweisung der Zivilforderung des Privatklägers C.\_\_\_\_\_ erfolgte erst anlässlich der Berufungsverhandlung und stellt damit eine unzulässige Ausweitung der Berufung dar (Urk. 86 S. 2). Demzufolge ist das Urteil des Bezirksgerichtes Zü- rich, 7. Abteilung, vom 14. Dezember 2022 bezüglich der Dispositivziffern 1 teil- weise (Schuldspruch wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte), 2 (Freispruch vom Vorwurf der Entwendung eines Fahrzeuges zum Gebrauch),

#### **E. 5**

(Absehen vom Widerruf), 8 (Zivilbegehren des Privatklägers C.\_\_\_\_\_), 9 (Her-  
- 8 - ausgabe Mobiltelefon) sowie 10 - 12 (Festsetzung der Gerichtskosten und der Ent- schädigungen der amtlichen Verteidiger) in Rechtskraft erwachsen, was vorab mit Beschluss festzustellen ist. Im Übrigen (Dispositivziffer 1 teilweise und Dispositiv- ziffern 3 + 4, 6 + 7 sowie 13 - 15) ist das erstinstanzliche Verdikt hingegen in An- wendung von Art. 398 Abs. 2 StPO vollumfänglich zu überprüfen. 2. Das Berufungsgericht hat die Privatklägerin im Rechtsmittelverfahren zur Ein- vernahme vorgeladen (Urk. 72). Darüber hinaus haben die Parteien im Berufungs- verfahren keine Beweisanträge gestellt (vgl. Urk. 66 S. 3; Urk. 86; Prot. II S. 10 + 22) und weitere Beweiserhebungen drängen sich in zweiter Instanz auch von Am- tes wegen nicht auf. III. Sachverhalt 1. Anklagevorwurf

#### **E. 8**

November 2021 anerkannt, dass es in der inkriminierten Nacht des 13. August 2021 bei der Sportanlage D.\_\_\_\_\_ in E.\_\_\_\_\_ zum Geschlechtsverkehr zwischen ihm und der Privatklägerin gekommen ist (Urk. D2/2/7 F/A 10 f.). Er macht indessen einen aus seiner Sicht zwanglosen, einvernehmlichen Beischlaf geltend, in dessen Rahmen er nicht habe erkennen können, dass dieser nicht dem Willen der Privat- klägerin entsprochen habe (Urk. D2/2/7 S. 6; Urk. D1/4/8 S. 2: "Ich wusste nicht, dass sie den Geschlechtsverkehr nicht

wollte."; Prot. I S. 13: "Ich konnte nie ahnen,

- 10 - dass sie das nicht will."; vgl. auch Prot. I S. 18: "Ja, also ich habe Frau B.\_\_\_\_\_ nicht vergewaltigt."). 2.2. Angesichts der abweichenden Darstellung des Beschuldigten in einem Kern- punkt des eingeklagten Sachverhaltes ist dieser in zweiter Instanz insofern nochmals einer eingehenden Prüfung zu unterziehen. Dabei ist indessen bereits an die- ser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich das Gericht nur mit jenen Vorbringen der Parteien zu befassen hat, welche sich für die Beurteilung des Falles als massge- bend erweisen (vgl. BGE 141 IV 249, E. 1.3.1.; BGE 139 IV 179, E. 2.2.; BGE 138 IV 81, E. 2.2.). 3. Beurteilung

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