

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110634-O/U/eh

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Marti, Vorsitzender, Ersatzoberrichter lic. iur. E. Leuenberger und Ersatzoberrichterin lic. iur. M. Bertschi sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. T. Walthert

Urteil vom 8. März 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. H. Bebié

Anklägerin und Berufungsbeklagte

sowie

B. _____,

Privatklägerin

vertreten durch Vertreterin Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend

Schändung etc. und Widerruf

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung,
vom 13. April 2011 (DG110006)**

Anklage:

Die Anklage der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 23. Dezember 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 21).

Entscheid der Vorinstanz:

"Es wird erkannt:

1. Das Verfahren wird bezüglich der vor dem 13. April 2008 begangenen Übertretungen des Betäubungsmittelgesetzes (Seite 3 der Anklageschrift) eingestellt.
2. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der Schändung im Sinne von Art. 191 StGB sowie
 - der mehrfachen Übertretung gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
3. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 7. Dezember 2009 ausgefallte bedingte Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 80.– wird widerrufen.
4. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der widerrufenen Strafe bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 13 Tage durch Haft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 500.– als **Gesamtstrafe**.
5. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
6. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
7. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber der Privatklägerin B._____ aus dem eingeklagten Ereignis vom 27. November 2010 dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig ist. Zur genauen Feststellung des Umfangs des Schadenersatzanspruches wird die Geschädigte auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
8. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin B._____ Fr. 5'000.– zuzüglich 5 % Zins ab 27. November 2010 als Genugtuung zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen.

9. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf:

Fr.	4'500.--	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.		Kosten der Kantonspolizei
Fr.		Gebüher Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten Untersuchung
Fr.	1'998.50	Auslagen Untersuchung
Fr.		amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr.	3'415.10	amtliche Verteidigung
Fr.		unentgeltliche Vertretung der Privatklägerschaft (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

10. Die Kosten, inklusive derjenigen der früheren amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft, werden dem Beschuldigten auferlegt."

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(schriftlich, Urk. 89 S. 32)

1. Der Beschuldigte sei vom Vorwurf der Schändung im Sinne von Art. 191 StGB freizusprechen.
2. Dem Beschuldigten sei eine angemessene Genugtuung zuzusprechen.
3. Allfällige Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche seien auf den Zivilweg zu verweisen.
4. Die Verfahrenskosten im Sinne von Art. 422 StPO (inklusive Auslagen für die amtliche Verteidigung und der unentgeltlichen Verbeiständung) seien auf die Staatskasse zu nehmen, und die Kosten für die erbetene Verteidigung seien zu ersetzen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(schriftlich, Urk. 84)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Das Gericht erwägt:

I. Verfahrensgang und Gegenstand des Berufungsverfahrens

1.1. Mit Eingabe vom 26. April 2011 hat der Beschuldigte gegen das eingangs erwähnte Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 13. April 2011 fristgerecht Berufung angemeldet (Urk. 60) und mit Eingabe vom 3. Oktober 2011 die Berufungserklärung eingereicht sowie Beweisanträge gestellt (Urk. 68).

1.2. Innert der mit Präsidialverfügung vom 12. Oktober 2011 angesetzten Frist (Urk. 71) hat die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 27. Oktober 2011 auf Anschlussberufung und auf Stellungnahme zu den Beweisanträgen verzichtet (Urk. 73). Die Privatklägerin (nachfolgend Geschädigte) hat ebenfalls keine Anschlussberufung erhoben, jedoch mit Eingabe vom 7. November 2011 zu den Beweisanträgen des Beschuldigten Stellung genommen (Urk. 75).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 22. November 2011 wurden die Beweisanträge des Beschuldigten abgewiesen (Urk. 80).

1.4. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines erbetenen Verteidigers Rechtsanwalt Dr. X. _____ erschienen ist, liess der Beschuldigte die eingangs erwähnten Anträge stellen sowie die bereits vorgebrachten Beweisanträge wiederholen (Prot. II S. 3 f.; Urk. 88).

2. Der Beschuldigte focht den Schuldspruch betreffend Schändung, die Sanktion, die Regelung der Zivilforderungen sowie die Kostenverlegung der Vorinstanz an. Unangefochten und soweit in Rechtskraft erwachsen (Art. 399 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 402 und 437 StPO) ist das vorinstanzliche Urteil betreffend Einstellung des Verfahrens bezüglich der vor dem 13. April 2008 begangenen Übertretungen des Betäubungsmittelgesetzes (Dispositiv-Ziffer 1), den Schuldspruch betreffend mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes (Dispo-

sitiv-Ziffer 2 zweiter Absatz) und die dafür ausgefallte Busse von Fr. 500.– (Dispositiv-Ziffer 4 zweiter Satzteil), den Vollzug der Busse (Dispositiv-Ziffer 5 zweiter Satz) sowie die ausgefallte Ersatzfreiheitsstrafe (Dispositiv-Ziffer 6) und die Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 9).

3. Die Beweisanträge des Beschuldigten sind im Rahmen der Erwägungen zur Sachverhaltserstellung zu prüfen.

II. Sachverhalt

1. Standpunkt des Beschuldigten

Der Beschuldigte bestritt nicht, am 27. November 2010 im Bett in der Wohnung der Geschädigten vaginal mit seinem Glied in die Geschädigte eingedrungen zu sein. Er bestritt jedoch, dass sie zum Widerstand unfähig war, und machte geltend, er habe aus ihrem Verhalten geschlossen, dass sie den Geschlechtsverkehr mit ihm wolle. Der Beschuldigte räumte ein, dass er sich unaufgefordert zur Geschädigten ins Bett gelegt, nicht mit ihr gesprochen und sie nicht gefragt hat, ob sie Geschlechtsverkehr mit ihm wolle. Ihr Einverständnis mit dem Geschlechtsverkehr leitete er daraus ab, dass die Geschädigte erotisch gestöhnt habe, als er sie im Bett gestreichelt habe, ihr Hinterteil gegen seinen Penis gedrückt und gerieben habe sowie ihr Becken angehoben habe, als er ihr den Rock hochgehoben und ihre Strumpfhose nach unten gezogen habe. Zudem habe die Geschädigte ihre Hand auf sein Becken gelegt.

2. Beweismittel

Neben den Aussagen des Beschuldigten liegen als Beweismittel diejenigen der Geschädigten, von C._____ und D._____ vor. Als weitere Beweismittel sind die Ergebnisse betreffend die Blutuntersuchungen des Beschuldigten und der Geschädigten zu berücksichtigen.

3. Situation vor den sexuellen Handlungen

3.1. Aussagen der Privatklägerin und des Beschuldigten

3.1.1. Übereinstimmende Aussagen

Die Aussagen des Beschuldigten und der Geschädigten stimmen darin überein, dass sie einander vor dem angeklagten Vorfall nur vom Sehen her kannten (Urk. 7 S. 2; Urk. 50 S. 4), wobei beide im Tatzeitpunkt davon ausgingen, einander gar nicht zu kennen. Dass sie sich dennoch von früher her kannten, stellten sie erst im Verlauf der Untersuchung fest. Entsprechend hatten sie zuvor auch keinen intimen Kontakt oder intime Gespräche geführt. Beiderseits ist ferner unbestritten, dass sie den Abend und die Nacht unabhängig voneinander verbrachten und sie keinen Kontakt miteinander hatten, bevor der Beschuldigte in die Wohnung der Geschädigten kam. Ihre Aussagen stimmen ferner darin überein, dass vor dem Geschlechtsverkehr kein Gespräch zwischen ihnen stattfand (Urk. 8 S. 5; Urk. 3 S. 4 und S. 6; Urk. 87 S. 5 ff.).

Ferner herrscht Übereinstimmung, dass die Geschädigte selber mit dem Beschuldigten vor dem Vorfall nicht telefoniert hat und sie ihn nicht eingeladen hat, in ihre Wohnung zu kommen. Der Beschuldigte sagte aus, C._____ habe mit einer der beiden Frauen telefoniert und gesagt, er bringe einen Kollegen (den Beschuldigten) mit (Urk. 8 S. 4; Urk. 87 S. 11 ff.).

Ausserdem ist unbestritten, dass die Geschädigte vollkommen bekleidet (mit Unterwäsche, Kleid/Rock und Strumpfhose) im Bett lag, als der Beschuldigte mit C._____ in die Wohnung kam, und dass der Beschuldigte sich mit Unterhose, Jeanshose und Leibchen bekleidet zu ihr ins Bett legte, für den Geschlechtsverkehr nur seine Hose öffnete und herunterzog, der Geschädigten Strumpfhose und Slip herunterzog sowie ihr Kleid nach oben schob (Urk. 12 S. 3 und S. 4; Urk. 50 S. 8; Urk. 3 S. 3 und S. 5, Urk. 9 S. 4; Urk. 87 S. 19).

Die Geschädigte und der Beschuldigte schildern auch die Stellung, in welcher sie sich befanden, als der Beschuldigte vaginal in sie eindrang, übereinstimmend ("Löffelchenstellung").

Die Darstellung der Geschädigten und des Beschuldigten betreffend das beiderseitige Verhalten nach der vaginalen Penetration stimmt ebenfalls überein. Beide sagten aus, die Geschädigte habe den Beschuldigten so angeschaut, dass dieser gemerkt habe, dass etwas nicht stimmt (Urk. 50 S. 6), und dass sie geschimpft habe, was ihm überhaupt einfalle, worauf der Beschuldigte sich entschuldigt habe (Urk. 7 S. 5 und S. 6; Urk. 8 S. 6; Urk. 3 S. 5, Urk. 9 S. 7).

3.1.2. Unterschiede in den Aussagen

a) Die Geschädigte sagte aus, sie habe nicht bemerkt, dass C._____ und der Beschuldigte in die Wohnung gekommen seien. Sie habe geschlafen und sei erst aufgewacht, als sie gespürt habe, dass jemand in sie eindringe (Urk. 3 S. 1; Urk. 9 S. 5).

b) Der Beschuldigte räumte anfänglich ein, dass die Geschädigte im Bett am Schlafen war, als er mit C._____ in die Wohnung kam. Er sagte in der ersten polizeilichen Einvernahme sogar aus, er habe mit der Cousine der Geschädigten und C._____ gesprochen und gefragt, ob die Geschädigte mal aufwache (Urk. 7 S. 3). Die Cousine habe zur Geschädigten gerufen "he stand mal uf", die Geschädigte habe auf dem Bett liegend kurz aufgeschaut. C._____ habe zu ihr gesagt, er (Beschuldigte) sei der Kollege, von dem er ihr am Telefon im Verlaufe des Abends gesprochen habe. Die Geschädigte habe kurz Antwort gegeben und den Kopf wieder auf das Bett gelegt. Er, C._____ und die Cousine hätten sich dann weiter unterhalten (Urk. 7 S. 3).

In der Einvernahme vom 29. November 2010 sagte er aus, die Geschädigte habe beim Eintreffen von C._____ und ihm in der Wohnung geschlafen, sei kurz aufgestanden und habe sich gleich wieder hingelegt (Urk. 8 S. 6). In der Einvernahme vom 10. Dezember 2010 sagte er aus, die Geschädigte habe ihn gegrüsst, kurz aufgeschaut, die Anwesenden angeschaut und sich wieder hingelegt. Es sei schon so gewesen, dass die Frau ihnen zu verstehen gegeben habe, dass sie liegenbleiben und nicht mit ihnen noch Theater machen wolle (Urk. 12 S. 5).

Vor Vorinstanz machte er geltend, C._____ habe ihn der Cousine vorgestellt. Die Cousine habe die Geschädigte angesprochen und diese habe Antwort

gegeben. Sie sei nicht nur mit geschlossenen Augen dagelegen, vielmehr sei sie wach gewesen (Urk. 50 S. 5). Die Geschädigte habe sie beim Eintreffen begrüsst, indem sie zu ihnen hoch geschaut habe, sie habe im Bett gelegen (Urk. 50 S. 7 und S. 8). Die Cousine habe zur Geschädigten gesagt, sie solle schauen, der Besuch sei da, die Geschädigte habe aufgeschaut und gesagt, sie werde gleich aufstehen. Er habe gesehen, dass die Geschädigte reagiert habe, was ihm gezeigt habe, dass sie nicht so weg gewesen sei, dass sie nicht mehr gewusst habe, was passiere (Urk. 50 S. 8). Sie habe sich auf dem Bett aufgestützt und habe ihn mit "hoi" begrüsst.

Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung bestätigte der Beschuldigte sinngemäss seine bisherigen Aussagen und gab präzisierend an, die Geschädigte habe ihn und C._____ begrüsst. Sie habe zuerst so getan, als würde sie nichts machen. Als er und C._____ ihr dann aber hallo gesagt hätten, habe sie sich auf dem Bett aufgerichtet und auch hallo gesagt. Sie sei dabei nicht auf die Beine gestanden, sondern habe sich mit ihren Armen auf dem Bett aufgestützt. Die Geschädigte habe ihm (dem Beschuldigten) das Gefühl gegeben, dass sie schläfrig sei, aber sie sei wach gewesen. Sie sei schon müde gewesen, sie habe auch erzählt, dass sie Alkohol getrunken habe (Urk. 87 S. 14 f.). Ein richtiges Gespräch sei dies aber nicht gewesen (Urk. 87 S. 14 und 17).

3.1.3. Zwischenfazit

Die Darstellung der Geschädigten und des Beschuldigten weichen nur bezüglich der Frage, ob die Geschädigte die Ankunft von C._____ und des Beschuldigten wahrgenommen und durch eine Begrüssung darauf reagiert hat, voneinander ab. In den weiteren Punkten haben die Geschädigte und der Beschuldigte übereinstimmend ausgesagt.

Betreffend die umstrittene Frage der Reaktion der Geschädigten bei Eintreffen von C._____ und des Beschuldigten in der Wohnung, insbesondere, ob sie aufwachte und grüsste, liegen auch die Aussagen von C._____ und D._____ vor, welche nachfolgend zu prüfen sind.

3.2. Aussagen von D._____ und C._____

3.2.1. D._____

D._____ sagte in der polizeilichen Einvernahme vom 27. November 2010 aus, in der Wohnung hätten sie zu dritt Musik gehört, die Geschädigte sei auf dem Bett gelegen und habe geschlafen (Urk. 4 S. 3).

In der Zeugeneinvernahme vom 8. Dezember 2010 sagte sie aus, die Geschädigte habe sich in der Wohnung bekleidet ins Bett gelegt und habe beim Eintreffen des Beschuldigten und C._____ im Bett gelegen. Sie könne nicht beantworten, ob die Geschädigte das Eintreffen der Männer registriert habe (Urk. 11 S. 3). Sie sei nicht aufgestanden und habe mit den Männern nicht geredet (Urk. 11 S. 3). Irgendwie sei die Geschädigte am Schlafen gewesen. C._____ habe trotzdem mit ihr kommuniziert, er habe gesagt, sie solle aufstehen und sie habe irgendwie gesagt, sie werde gleich aufstehen, sie sei aber nicht aufgestanden (Urk. 11 S. 3).

3.2.2. C._____

C._____ sagte in der polizeilichen Einvernahme aus, die Geschädigte sei am Liegen gewesen, als er mit dem Beschuldigten in der Wohnung angekommen sei. Auf die Frage, ob sie geschlafen habe, antwortete er zuerst, er wisse es nicht, um dann zu ergänzen, sie habe nicht geschlafen, sie hätten sie begrüßt (Urk. 5 S. 3). Sie hätten einfach Hallo gesagt, sich nicht per Hand begrüßt. Die Geschädigte habe gewusst, dass sie da seien, sie habe ihn und den Beschuldigten gesehen. Gesagt habe sie nichts (Urk. 5 S. 3). Er habe die Geschädigte ein paar Mal wegen anderen Sachen gefragt, sie habe aufgeschaut, die Anwesenden gesehen und sich dann wieder hingelegt. Sie habe nicht so geschaut, als wüsste sie nicht, wo sie sei. Sie habe einfach lustig dreingeschaut (Urk. 5 S. 4).

In der Zeugeneinvernahme vom 9. Dezember 2010 sagte er aus, die Geschädigte habe bekleidet im Bett gelegen, als sie die Wohnung betraten. Er habe zur Geschädigten "tschau" gesagt, sie habe nicht reagiert, sie habe auch auf den Beschuldigten nicht reagiert (Urk. 10 S. 4). Die Geschädigte sei zwischendurch

aufgestanden, habe sie angeschaut und sei wieder ins Bett gegangen (Urk. 10 S. 6). Er glaube nicht, dass sie geredet habe; sie habe die Anwesenden angeschaut und sich wieder hingelegt. Auf die Frage, was er darunter verstehe, dass die Geschädigte lustig dreingeschaut habe, erklärte er, sie habe Grimassen gemacht, die Augen aufgesperrt und sich die Augenbrauen hochgezogen.

3.3. Würdigung

3.3.1. Wie bereits erwähnt stimmen die Darstellungen der Geschädigten und des Beschuldigten betreffend die Geschehnisse im Zusammenhang mit dem angeklagten Vorfall bis auf einen Punkt betreffend alle wesentlichen Umstände überein. Lediglich bezüglich der Frage, ob sie die Ankunft und Anwesenheit des Beschuldigten in der Wohnung wahrgenommen hat, gehen ihre Aussagen auseinander. Die Aussagen aller in der Wohnung anwesenden Personen stimmen dahingehend überein, dass die Geschädigte bei der Ankunft der Männer in der Wohnung bekleidet im Bett lag und schlief. Ebenfalls übereinstimmend sagen alle Personen aus, dass es nie zu einem eigentlichen Gespräch zwischen der Geschädigten und einer weiteren anwesenden Person gekommen ist. Ausserdem hat sich die Geschädigte nicht aktiv an einem Gespräch unter den in der Wohnung anwesenden Personen beteiligt und nicht zu den anderen Personen gesetzt.

3.3.2. Während die Geschädigte nach den Aussagen von D._____ nie aufgestanden ist, was mit der Aussage der Geschädigten übereinstimmt, sagten C._____ und zumindest einmal auch der Beschuldigte aus, die Geschädigte sei kurz aufgestanden und habe sich wieder hingelegt. Der Beschuldigte präziserte diese Aussage jedoch dahingehend, als seine Aussage insofern missverstanden worden sei, als dass die Geschädigte nicht wirklich auf die Beine aufgestanden sei, sondern sich im Bett auf die Arme gestützt habe (vgl. Urk. 87 S. 15).

3.3.3. Die Aussage der Geschädigten im Zusammenhang mit einem allfälligen Aufstehen, welche durch die Aussage von D._____ gestützt wird, erscheint deshalb als glaubhaft, zumal der Beschuldigte auch gemäss seiner präzisierten

Aussage gar nie die Meinung vertrat, die Geschädigte sei tatsächlich aufgestanden. Es ist deshalb durchaus denkbar, dass das vom Beschuldigten anlässlich der Einvernahme vom 29. November 2010 auf schweizerdeutsch verwendete Wort "aufstehen" im umgangssprachlichen Sinn zu verstehen ist und nicht im engeren, hochdeutschen Sinn. Der Beschuldigte räumte ebenfalls ein, er habe C._____ und D._____ gefragt, ob die Geschädigte mal aufwache und die Geschädigte habe ihnen zu verstehen gegeben, dass sie liegenbleiben wolle und nicht noch Theater mit ihnen machen wolle (Urk. 12 S. 5). Es ist daher erstellt, dass die Geschädigte nicht aufstand (im wörtlichen Sinne), als die beiden Männer in der Wohnung eintrafen. Hingegen sagten sowohl D._____, C._____ als auch der Beschuldigte übereinstimmend aus, dass die Geschädigte auf das Eintreffen und die Anwesenheit der beiden Männer reagiert habe, indem sie aufgeschaut und etwas gesagt habe. Dabei ist aber festzuhalten, dass dies nicht per se der Aussage der Geschädigten widerspricht, wonach sie die Ankunft und Anwesenheit der beiden Männer nicht wahrgenommen habe. Denn es ist auch denkbar, dass ihre Reaktion im Halbschlaf erfolgte, ohne bewusste Wahrnehmung seitens der Geschädigten. Darauf weist auch die Aussage von C._____ hin, wonach die Geschädigte so lustig dreingeschaut habe, die Augenbrauen hochgezogen und grimassiert habe. Die Vorinstanz weist deshalb grundsätzlich zu Recht darauf hin, dass aus den Aussagen der Zeugen nicht einfach geschlossen werden könne, die Geschädigte habe die Ankunft der Besucher wahrgenommen (Urk. 67 S. 11). Andererseits ist vorliegend aber von ganz entscheidender Bedeutung, was der Beschuldigte in dieser Situation wahrgenommen hat. Wie gezeigt haben auch D._____ - die Cousine der Geschädigten - und C._____ unabhängig voneinander und in Übereinstimmung mit dem Beschuldigten ausgesagt, die Geschädigte habe beim Eintreffen des Beschuldigten und C._____ zumindest aufgeschaut und etwas gesagt. Folglich ist, auch wenn davon ausgegangen würde, die Geschädigte habe das Eintreffen des Beschuldigten und C._____ nicht wahrgenommen bzw. könne sich - nachträglich - jedenfalls nicht an eine entsprechende Wahrnehmung erinnern, zugunsten des Beschuldigten als erstellt zu erachten, dass die Geschädigte insofern reagierte, als dass sie zumindest aufgeschaut und etwas gesagt hat, was letztlich vom Beschuldigten so wahrgenommen wurde.

4. Geschlechtsverkehr gegen den Willen der Geschädigten

4.1. Ausgangslage

4.1.1. Die Geschädigte hat den Beschuldigten nicht eingeladen, sie lag vollständig bekleidet im Bett, als C._____ und der Beschuldigte in die Wohnung kamen. Sie hat während der Anwesenheit der beiden Männer mit niemandem gesprochen. Der Beschuldigte und die Geschädigte gaben an, sie hätten sich nicht gekannt, beide haben erst im Verlauf der Untersuchung festgestellt, dass sie sich von früher her kannten, was ihnen jedoch beim Vorfall nicht bewusst war. Die Geschädigte lag weiterhin vollständig bekleidet im Bett, als der Beschuldigte sich zu ihr hinlegte, wobei er nicht fragte, ob er dies tun dürfe. Weder vor dem 27. November 2010 noch anlässlich des Aufenthaltes des Beschuldigten in der Wohnung hatten irgendwelche Gespräche oder nonverbale Kontakte mit geschlechtlichem Bezug zwischen der Geschädigten und dem Beschuldigten stattgefunden. Der Beschuldigte sprach nicht mit der Geschädigten und legte sich ungefragt zu ihr ins Bett, obwohl sie ihm unbestrittenermassen keinerlei Avancen gemacht hatte (Urk. 87 S. 17).

Nachdem der Beschuldigte vaginal in sie eingedrungen war, schaute die Geschädigte ihn erschrocken an, schimpfte und rief aus, was ihm eigentlich einfallen, und wies den Beschuldigten und C._____ ohne weitere Umschweife aus der Wohnung. Alle diese Umstände deuten darauf hin, dass die Geschädigte keinen Geschlechtsverkehr wollte und der Beischlaf gegen ihren Willen erfolgte. Letztlich wird dies auch vom Beschuldigten selber nicht in Abrede gestellt, zumal er mehrfach einräumte, er habe sich sogleich bei der Geschädigten entschuldigt. Seitens der Geschädigten ist grundsätzlich auch kein Motiv für eine Falschbelastung des ihr im Zeitpunkt der Anzeigeerstattung unbekanntem Beschuldigten erkennbar. Ihr Verhalten nach dem Vorfall (Schimpfen, Wegweisen der beiden Männer und baldige Anzeigeerstattung) geben ein stimmiges Bild mit ihrer Darstellung.

4.1.2. Gemäss den Ausführungen im Polizeirapport wurde durch den Geschlechtsakt ein von der Geschädigten eingeführter Tampon so tief in die Scheide hineingestossen, dass er durch die Ärztin beim gynäkologischen Unter-

such in der Frauenklinik des ...-Spitals entfernt werden musste (Urk. 1 S. 3). Die Verteidigung rügt, dieser Umstand sei nicht durch einen ärztlichen Bericht belegt, weshalb er nicht zuungunsten des Beschuldigten berücksichtigt werden dürfe. Es lasse sich aufgrund der Akten nicht feststellen, ob dies wirklich so geschehen sei (Urk. 54 S. 19 f.; Urk. 89 S. 22). Die Geschädigte schilderte jedoch in ihren Aussagen glaubhaft, dass sie Blutungen gehabt, einen Tampon eingeführt und der Beschuldigte diesen reingestossen habe (Urk. 3 S. 5; Urk. 9 S. 6). Diese Aussagen werden von der Verteidigung auch nicht als unglaubhaft dargestellt (Urk. 89 S. 22). Der Umstand, dass die Geschädigte einen Tampon eingeführt hatte, stellt jedenfalls ein weiteres Indiz dafür dar, dass sie keinen Geschlechtsverkehr haben wollte. Wenn die Verteidigung andererseits argumentiert, es sei denkbar, dass die Geschädigte den Tampon vergessen habe, ist ihr insoweit zu folgen, als sich allein aus dem Umstand, dass der Tampon nicht entfernt wurde, kein eindeutiger Schluss betreffend fehlendes Einverständnis mit dem Geschlechtsverkehr ziehen lässt.

4.1.3. Alle die vorstehend dargelegten Umstände lassen in ihrer Gesamtheit aber kaum vernünftige Zweifel daran offen, dass der Geschlechtsverkehr am 27. November 2010 gegen den Willen der Geschädigten erfolgte. Eine andere Frage ist es selbstredend, wie später noch darauf einzugehen ist, wovon der Beschuldigte selber ausgehen konnte und durfte.

Nachfolgend ist vorerst jedoch zu prüfen, aus welchem Grund sich die Geschädigte nicht gegen den Übergriff des Beschuldigten zur Wehr setzte, insbesondere, ob bei ihr eine Widersandsunfähigkeit im Sinne von Art. 191 StGB vorlag.

4.2. Widerstandsunfähigkeit der Geschädigten

4.2.1. Standpunkt des Beschuldigten

Die Verteidigung machte geltend, es werde bestritten, dass die Geschädigte widerstandsunfähig gewesen sei (Urk. 54 S. 4, S. 7; Urk. 89 S. 8 ff.). Die Aussage der Geschädigten, wonach sie ziemlich betrunken gewesen sei, stimme nicht mit dem Feststellungen des chemisch toxikologischen Gutachtens überein (Urk. 54 S. 15; Urk. 89 S. 17).

4.2.2. Angaben der Geschädigten

Die Geschädigte sagte aus, sie sei nach dem Ausgang ziemlich betrunken gewesen. Es habe sich alles gedreht und sie habe nur noch liegen und schlafen wollen, sie habe sich nicht übergeben müssen (Urk. 3 S. 7). Sie sei müde gewesen, habe kaum auf den Beinen stehen und gerade laufen können (Urk. 9 S. 4). In diesem Zustand sei sie gewesen wegen des Alkohols und weil sie übermüdet gewesen sei (Urk. 9 S. 4).

Betreffend die konsumierte Alkoholmenge sagte die Geschädigte zuerst, sie habe mit der Cousine zusammen eine Flasche Champagner getrunken, 5 Bier und einen Wodka Smirnoff (Urk. 3 S. 6). Später sprach sie von einer Flasche Champagner zusammen mit der Cousine, fünf oder sechs Bier und zwei oder drei Smirnoff (Urk. 9 S. 3 f.).

Aufgrund der Schilderung der Geschädigten, welche mit derjenigen von D._____ übereinstimmt, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die beiden Frauen viel Alkohol getrunken hatten und müde waren. Ferner hatten sie im Verlauf der Nacht auch Marihuana konsumiert (Urk. 11 S. 2). Die Alkoholisierung und gleichzeitige Einnahme von Cannabis bewirkten offensichtlich, dass die Geschädigte sehr müde wurde und sich vollständig bekleidet ins Bett legte.

4.2.3. Aussagen von D._____ und C._____

D._____ sagte aus, sie und die Geschädigte seien bei der Heimkehr an deren Wohnort beide alkoholisiert und müde gewesen (Urk. 11 S. 2). Die Geschädigte habe sich gleich schlafen gelegt, weil sie so müde gewesen sei (Urk. 11 S. 3)

C._____ sagte aus, D._____ sei ziemlich alkoholisiert gewesen, die Geschädigte sei auch besoffen gewesen (Urk. 5 S. 4). Die Geschädigte habe nicht so dreingeschaut, als wüsste sie nicht, wo sie sei, sie habe einfach lustig dreingeschaut (Urk. 5 S. 4), habe Grimassen gemacht, die Augen aufgesperrt und die Augenbrauen hochgezogen (Urk. 10 S. 7).

Die Aussagen dieser beiden Personen lassen keine klaren Schlüsse betreffend den Zustand der Geschädigten im Zeitpunkt des Ereignisses zu. Immerhin sagte D._____ aus, die Geschädigte sei so müde gewesen, dass sie sich nach der Heimkehr sogleich schlafen gelegt habe, und C._____ stellte fest, dass beide Frauen angetrunken waren.

4.2.4. Messwerte IRM

Gemäss dem chemisch toxikologischen Gutachten des Institutes für Rechtsmedizin vom 28. Dezember 2010 befand sich im Zeitpunkt der Blutentnahme kein Trinkalkohol mehr im Blut der Geschädigten. Da die Blutentnahme 5 Stunden und 50 Minuten nach dem Ereignis erfolgte, kann gemäss Gutachten eine Alkoholisierung im Zeitpunkt des Ereignisses nicht ausgeschlossen werden, da pro Stunde zwischen 0,1 bis 0,2 Gewichtspromille abgebaut werden (Urk. 13/5 S. 2). Ausserdem wurde aufgrund der Blutwerte der Geschädigten aktueller Cannabis-Konsum belegt und stand die Geschädigte gemäss den gutachterlichen Feststellungen im Zeitpunkt des Ereignisses unter dem Einfluss von Cannabis. Das Gutachten weist darauf hin, dass Cannabis unter anderem zu Einschränkung der Wahrnehmungs-, Reaktions- und Konzentrationsfähigkeit führt, wobei der Grad der Beeinträchtigung von der momentanen Stimmungslage, der Umgebung und der individuellen Wirkung der Droge abhängt und bei gleichzeitigem Konsum von Alkohol von einer gegenseitigen Wirkungsverstärkung auszugehen ist (Urk. 13/5 S. 3).

Im Zeitpunkt des Ereignisses kann somit bei der Geschädigten grundsätzlich ein Alkoholisierungsgrad von 0,6 bis 1,2 Promille vorgelegen haben (bei einem Abbau von 0,1 bis 0,2 Promille pro Stunde), ausserdem hatte die Geschädigte zusätzlich Cannabis konsumiert, was zu einer gegenseitigen Wirkungsverstärkung der beiden Substanzen geführt haben kann. Die Verteidigung macht geltend, weil die Geschädigte bei ihrer ersten Einvernahme nichts von Cannabiskonsum erwähnt habe, sei davon auszugehen, dass sie erst nach dem angeklagten Ereignis Cannabis konsumiert habe (Urk. 54 S. 16). Ein solcher nachträglicher Konsum wurde weder von D._____ noch von der Geschädigten erwähnt, und es bestehen auch keine anderen dahingehenden Anhaltspunkte. Ein nachträglicher Konsum erscheint auch als höchst unwahrscheinlich angesichts des Umstandes,

dass die Geschädigte gemäss übereinstimmender Aussage aller anwesenden Personen aufgrund des Übergriffes schockiert war, den Beschuldigten beschimpfte, ihrer Cousine Vorhaltungen machte und sobald als möglich die Polizei avisierte.

Hinsichtlich des Alkoholisierungsgrades der Geschädigten ist jedoch festzuhalten, dass es lediglich eine mögliche Variante darstellt, dass die Geschädigte zum Zeitpunkt des Beischlafes eine Blutalkoholkonzentration von 0,6 bis 1,2 Gewichtspromillen hatte. Aufgrund der Messung knapp sechs Stunden nach dem Vorfall könnte es theoretisch aber auch sein, dass die Geschädigte bereits zum Zeitpunkt des Beischlafes kein Trinkalkohol mehr im Blut hatte. Denn zulasten des Beschuldigten darf nicht einfach ohne weiter gehende Hinweise von der potentiellen Blutalkoholkonzentration aufgrund der Rückrechnung ausgegangen werden. Einzig aufgrund der Aussagen der Geschädigten, D._____ und auch der Beobachtungen von C._____ ist von einem vorgängigen Alkoholkonsum der Geschädigten auszugehen. Wie sich der Alkohol zum Zeitpunkt des Beischlafes bei der Geschädigten konkret auswirkte, lässt sich anhand der Akten aber nicht erstellen. Vielmehr ist mit der Verteidigung davon auszugehen, dass die Geschädigte zum Zeitpunkt des Beischlafes keinen oder nur eine geringe Menge von Alkohol im Blut hatte (vgl. Urk. 89 S. 18 f.). Von einer hochgradigen Betrunkenheit kann aber keine Rede sein, eine solche wäre auch knapp sechs Stunden danach feststellbar gewesen.

4.2.5. Fazit betreffend Zustand der Geschädigten

Wie gezeigt ist aufgrund der übereinstimmenden Aussagen der Geschädigten und D._____ davon auszugehen, dass die Geschädigte bei der Heimkehr in deren Wohnung in einem unbestimmbaren, aber eher geringen Grad alkoholisiert und sehr müde war. Dies zeigte sich auch darin, dass sie sich vollständig bekleidet ins Bett legte. Auf die Ankunft der beiden Männer in der Wohnung reagierte sie kaum und nur kurz, blieb im Bett liegen und sprach mit niemandem. Dass D._____ und die Geschädigte alkoholisiert waren, als er und der Beschuldigte in die Wohnung kamen, sagte auch C._____ aus. Ferner stand die Geschädigte zusätzlich unter Einfluss von Cannabis.

Wie vorstehend dargelegt, ist aufgrund sämtlicher Umstände davon auszugehen, dass der Geschlechtsverkehr wohl gegen den Willen der Geschädigten erfolgte. Dass sie sich weder durch Wegstossen noch verbal zur Wehr setzte, als der Beschuldigte sich zu ihr ins Bett legte, sie berührte und streichelte, zeigt vor diesem Hintergrund, dass sie nicht wahrnahm - jedenfalls nicht bewusst -, was er machte. Erst als er in sie eindrang, nahm sie bewusst wahr, was geschah, und verhielt sich durchaus situationsadäquat, indem sie wegrutschte und ausrief, was ihm eigentlich einfallen. Sie reagierte derart, dass der Beschuldigte sich umgehend entschuldigte. Ausserdem alarmierte die Geschädigte rasch die Polizei. Die Reaktion der Geschädigten auf den Übergriff zeigt, dass sie diesen erst dann - bewusst - wahrnahm, als er bereits erfolgt war.

Ob sich daraus den Schluss ziehen lässt, sie sei als Folge des Cannabiskonsumes, verstärkt durch einen nicht bestimmbar Alkoholisierungsgrad - sofern denn zulasten des Beschuldigten überhaupt von einem vorhandenen Alkoholisierungsgrad ausgegangen werden dürfte - derart stark in ihrer Wahrnehmung beeinträchtigt gewesen, dass man im Zusammenspiel mit der Müdigkeit von einer tatbestandsmässigen Widerstandsunfähigkeit ausgehen muss, lässt sich mit der Verteidigung nicht ohne vernünftige Zweifel erstellen (vgl. Urk. 89 S. 23 f.). Es kann im Resultat aber insofern offen bleiben, als - wie nachfolgend gezeigt wird - dem Beschuldigten auf der subjektiven Seite nicht vorgeworfen werden kann, zumindest eventualvorsätzlich von einer Widerstandsunfähigkeit der Geschädigten ausgegangen zu sein und zudem bei seinem Vorgehen zumindest eventualvorsätzlich in Kauf genommen zu haben, diese Widerstandsunfähigkeit der Geschädigten missbraucht zu haben.

4.3. Kenntnisse des Beschuldigten und Erkennbarkeit des Zustandes der Geschädigten

4.3.1. Anklagevorwurf

Die Anklage hält fest, die Geschädigte habe mit ihrer Cousine D._____ die Nacht in verschiedenen Clubs und Bars verbracht, sich in diesen Einrichtungen einigen Alkohol zugeführt und Marihuana konsumiert mit dem Ergebnis, dass sie

sich, zu Hause angekommen, vollständig bekleidet gleich ins Bett legte und bei der Ankunft des Beschuldigten und C. _____ weiterschlieft. Die Geschädigte habe die Männer bei deren Ankunft nicht begrüsst, deren Grüsse nicht abgenommen, sich mit ihnen auch nicht unterhalten, sei eigentlich unansprechbar gewesen. Der Beschuldigte sei in Kenntnis darüber gewesen, dass sie jedenfalls sehr müde gewesen sein musste und/oder geschlafen habe.

4.3.2. Kenntnisse des Beschuldigten bzw. für ihn erkennbare Umstände

a) Vorweg ist festzuhalten, dass der Beschuldigte keine Kenntnis vom vorgängigen Alkohol- und Marihuana-Konsum der Geschädigten hatte. Die Anklage wirft ihm auch nicht vor, er habe um die Alkoholisierung der Geschädigten und den Umstand, dass sie unter Drogeneinfluss stand, gewusst oder dies erkannt.

Der Beschuldigte sah aber, als er in die Wohnung kam, dass die Geschädigte vollständig bekleidet im Bett lag. Obwohl die Geschädigte kurz reagierte und auch etwas sagte, sprach sie ansonsten mit niemandem bewusst, beteiligte sich an keinem Gespräch und lag weiterhin im Bett. Wenn die Vorinstanz ausführte, dass von einer Art Halbschlaf der Geschädigten auszugehen ist (Urk. 67 S. 18), so ist das nicht zu beanstanden. Die Geschädigte reagierte nicht, als sich der Beschuldigte zu ihr ins Bett legte. Auch wenn der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung - erstmals - vorbrachte, die Geschädigte habe Platz gemacht und sei auf der anderen Hälfte des Bettes gelegen (Urk. 87 S. 17), musste er aus diesen Umständen grundsätzlich schliessen, dass sie sehr müde bzw. in einem schlafähnlichen Zustand war. Erkennen konnte und musste er trotz der anfänglichen Reaktion der Geschädigten auch, dass sie eigentlich unansprechbar war, wie ihm dies die Anklage vorwirft.

b) Von zentraler Bedeutung ist jedoch die Frage, ob der Beschuldigte erkannte oder hätte erkennen können, dass die Geschädigte aufgrund ihres Zustandes gar nicht wahrnahm, dass er zu ihr ins Bett stieg, ihr die Strumpfhose und den Slip herunterzog sowie das Kleid hochschob und sie streichelte.

Klar ist, dass nichts darauf hindeutete, die Geschädigte wolle mit dem Beschuldigten Geschlechtsverkehr, bevor er zu ihr ins Bett stieg. Solches war zwischen der

Geschädigten und dem Beschuldigten nicht einmal angesprochen worden, als der Beschuldigte in die Wohnung der Geschädigten kam. Der Beschuldigte ging offensichtlich auch nicht mit der Erwartung auf Geschlechtsverkehr mit C._____ mit, vielmehr sei er davon ausgegangen, es würde zu Küssen und Schmusereien kommen (Urk. 87 S. 11). Es wurde zudem zwischen ihnen (Geschädigte / Beschuldigte) während seines Aufenthaltes in der Wohnung bis zur Penetration unbestrittenermassen überhaupt nichts gesprochen.

Auch für den Beschuldigten war evident, dass die Geschädigte nicht damit rechnen musste, dass er zu ihr ins Bett steigen würde, wo sie vollständig bekleidet in einem schlafähnlichen Zustand lag und dass der Beschuldigte sexuelle Handlungen irgendwelcher Art an ihr ausführen würde. Anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte zwar wie gezeigt an, die Geschädigte habe Platz gemacht, als er sich zu ihr ins Bett gelegen habe, sie sei auf der einen Hälfte des Bettes gelegen (Urk. 87 S. 17). Falls dem tatsächlich so gewesen war, liesse sich aus diesem Umstand alleine aber noch keine Einwilligung in sexuelle Handlungen ableiten. Entscheidend ist deshalb die Reaktion der Geschädigten auf die weiteren Handlungen des Beschuldigten (Herunterziehen der Strumpfhose und des Slip, Hochheben des Kleides und Berührung im Intimbereich). Nachfolgend ist deshalb die Darstellung des Beschuldigten zu prüfen, wonach die Geschädigte auf seine Berührungen mit anzüglichen Bewegungen des Unterleibes und mit erotischem Stöhnen reagiert habe.

4.3.3. Reaktion der Geschädigten auf die Handlungen des Beschuldigten

a) Unbestritten ist, dass die Geschädigte sich nicht zur Wehr setzte, als der Beschuldigte sich ungefragt zu ihr ins Bett legte. Ebenfalls unbestritten ist, dass sie keinen Widerstand leistete, als er ihr die Strumpfhose und den Slip nach unten zog. Der Beschuldigte macht einerseits jedoch geltend, die Geschädigte habe auf seine Berührungen reagiert. Sie habe im Bett erotisch gestöhnt, ihr Hinterteil gegen seinen Penis gedrückt und gerieben und sich nicht dagegen gewehrt, dass er sie gestreichelt, ihre Strumpfhose und den Slip heruntergezogen und auch ihr nacktes Geschlecht gestreichelt habe (Urk. 7 S. 4 f.; Urk. 8 S. 5). Als er die Geschädigte am nackten Geschlecht massiert habe, habe sie sich entsprechend

bewegt und etwas heftiger gestöhnt (Urk. 7 S. 5; Urk. 87 S. 20). Andererseits bringt der Beschuldigte auch vor, die Geschädigte habe ihr Becken angehoben, als er ihr Kleid nach oben gehoben und als er ihre Strumpfhosen nach unten gezogen habe (Urk. 87 S. 19). Auch habe sie ihre Hand auf sein Becken gelegt (Urk. 87 S. 21). Dieses Verhalten der Geschädigten hätte ihn dazu gebracht, sie an Stellen zu berühren, wo er sie sonst nicht berührt hätte und mit ihr Sex zu haben (Urk. 87 S. 20). Er habe bis zu diesem Zeitpunkt überhaupt nie den Eindruck gehabt, die Geschädigte sei am Schlafen gewesen (Urk. 87 S. 21).

b) Die Geschädigte sagte dazu aus, sie habe nicht bewusst ihren Unterleib gegen seinen Geschlechtsteil und seinen Bauch gedrückt, sie habe irgendwie im Unterbewusstsein das Gefühl gehabt, dass sie Geschlechtsverkehr habe, wobei sie dieses Gefühl nur eine Sekunde lang gehabt habe (Urk. 9 S. 6).

c) D._____ und C._____ konnten nichts über die vom Beschuldigten behaupteten Handlungen an der Geschädigten und deren Reaktion darauf aussagen. D._____ will gar nichts gesehen haben (Urk. 4 S. 3, Urk. 11 S. 4). C._____ sagte aus, er habe gesehen, dass der Beschuldigte als er neben der Geschädigten gesessen sei, ihre Hände und den Arm gestreichelt habe (Urk. 5 S. 4; Urk. 10 S. 5), anschliessend hätten sich beide unter der Decke bewegt, Stöhnen habe er nicht gehört (Urk. 5 S. 5). Er habe nicht gesehen, was sie unter der Decke machten, sie hätten sich einfach beide bewegt (Urk. 5 S. 6).

d) Die Darstellung des Beschuldigten, wonach er die Geschädigte hinter ihr liegend unter anderem auch am nackten Geschlecht streichelte und sie als Reaktion auf seine Berührungen stärker stöhnte, sich wie beim Sex bewegte und ihr Hinterteil gegen seinen Penis drückte, lässt sich nicht widerlegen und wird mindestens teilweise gestützt durch die Aussage von C._____, wonach sich beide unter der Decke bewegt hätten, und der Geschädigten, wonach sie im Unterbewusstsein das Gefühl gehabt habe, sie habe Geschlechtsverkehr. Mit der Verteidigung ist auch davon auszugehen, dass einer seitlich auf dem Bett liegenden Person nicht ohne gewisse körperliche Anstrengungen Strumpfhose und Unterwäsche nach unten gezogen und das Kleid (Rock) hochgehoben werden können (Urk. 89 S. 22 f.). Zudem benötigen diese Vornahmen gewisse Zeit,

weshalb durchaus fraglich ist, ob sich dies an einer allenfalls schlafenden Person überhaupt ohne deren Bemerkungen vornehmen lässt.

Wenn die Vorinstanz dazu ausführte, in Anbetracht der gesamten Umstände habe der Beschuldigte aus den anzüglichen Bewegungen nicht ohne Bedenken schliessen können, dass die Geschädigte mit dem Geschlechtsverkehr einverstanden sei, da solche Bewegungen auch eine Abwehrreaktion sein oder unbewusst im Schlaf gemacht werden könnten (Urk. 67 S. 18), so schießt sie über den Tatbestand der Schändung hinaus. Art. 191 StGB kommt unter anderem nur dann zur Anwendung, wenn die geschädigte Person widerstandsunfähig ist und dies dem Täter auch zumindest eventualvorsätzlich bewusst ist sowie der Täter diese Widerstandsunfähigkeit zur Vornahme von sexuellen Handlungen missbraucht. Nicht erforderlich ist ein Wissen darum, dass die geschädigte Person nicht mit der sexuellen Handlung einverstanden ist. Lediglich im umgekehrten Fall kann auch eine Einwilligung einer physisch widerstandsunfähigen Person dazu führen, dass kein Missbrauch dieser Widerstandsunfähigkeit vorliegt (Weder in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, StGB-Kommentar, 18. Aufl., Zürich 2010, Art. 191 N 10).

e) Zusammenfassend sind deshalb - aus der Sicht des Beschuldigten - folgende entscheidende Punkte relevant:

- Die Geschädigte reagiert auf das Eintreffen des Beschuldigten und C. _____ insofern, als sie sich zumindest auf dem Bett aufstützte, einige wenige Worte sagte, diese ansah und sich dann wieder hinlegte.
- Der Geschädigten konnte zwar ein Cannabiskonsum nachgewiesen werden. Wann genau sie das Cannabis konsumiert hatte, lässt sich nicht genau feststellen, mutmasslich wie gezeigt jedoch vor dem Beischlaf. Ebenso wenig lässt sich nachweisen, wie hoch der Blutalkoholwert der Geschädigten zum Zeitpunkt des Beischlafes gewesen ist; zugunsten des Beschuldigten muss von keinem oder einem sehr geringen Wert ausgegangen werden. Entscheidend ist aber, dass weder ein allfällig vorgängiger Cannabiskonsum noch der vorgängige Alkoholkonsum der Geschädigten dem Beschuldigten bewusst waren.

- Der Beschuldigte legte sich hinter die im Bett liegende Geschädigte und begann, sie zu berühren, worauf hin sie mit Stöhnen und Bewegungen mit ihrem Hinterteil gegen sein Geschlechtsteil reagierte, allenfalls ihn gar noch mit der Hand am Becken berührte.
- Der Beschuldigte hob der seitwärts liegenden Geschädigten ihr Kleid (Rock) hoch, zog ihre Strumpfhosen und ihre Unterwäsche herunter, wobei sie seinen nachvollziehbaren Ausführungen zufolge jeweils ihr Becken anhub.
- Daraufhin berührte der Beschuldigte die Geschädigte auch an ihrem nackten Geschlechtsteil, worauf sie mit stärkerem Stöhnen reagierte.

Bei dieser Gesamtbetrachtung kann nicht ohne unüberwindbare Zweifel davon ausgegangen werden, der Beschuldigte hätte zumindest in Kauf genommen, dass die Geschädigte widerstandsunfähig gewesen ist und dass er eine allfällige Widerstandsunfähigkeit ausgenützt habe, um den Geschlechtsverkehr an der Geschädigten vorzunehmen.

Dies indiziert auch die Tatsache, dass weder C._____ noch D._____, welche zwar mit sich selber beschäftigt waren, aber doch nur wenige Meter vom Beschuldigten und der Geschädigten entfernt im gleichen Raum auf dem Sofa lagen, aus den gesamten Umständen den Eindruck erlangten, der Beschuldigte vergehe sich an der Geschädigten. Ihnen ist nichts Sonderbares aufgefallen.

Der eingeklagte Sachverhalt lässt sich deshalb nicht ohne unüberwindbare Zweifel rechtsgenügend erstellen, weshalb der Beschuldigte nach dem Grundsatz in dubio pro reo (Art. 10 Abs. 3 StPO) vom Vorwurf der Schändung im Sinne von Art. 191 StGB freizusprechen ist.

5. Bei diesem Ausgang erübrigt es sich, weiter auf die Beweisanträge des Beschuldigten einzugehen.

III. Widerruf

Die Vorinstanz hat die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 7. Dezember 2009 wegen Sachbeschädigung gegen den Beschuldigten

ausgefällte bedingte Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 80.– widerrufen und mit der neu auszufällenden Freiheitsstrafe eine Gesamtstrafe gebildet. Eine Vorstrafe darf jedoch nur dann widerrufen werden, wenn der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht (Art. 46 Abs. 1 Satz 1 StGB). Wie bereits dargelegt wurde der vorinstanzliche Schuldspruch der Übertretung gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG nicht mehr angefochten, weshalb dieser Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen ist. Dabei handelt es sich jedoch lediglich um eine Übertretung. Ein Verbrechen oder Vergehen hat sich der Beschuldigte nicht zuschulden kommen lassen, weshalb bereits aus formellen Gründen kein Widerruf erfolgen kann und auf den entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft nicht einzutreten ist.

IV. Zivilansprüche

Wird die beschuldigte Person freigesprochen und ist hinsichtlich der adhäsionsweise anhängig gemachten Zivilklage der Sachverhalt nicht spruchreif, ist diese auf den Zivilweg zu verweisen (Art. 126 Abs. 2 lit. d StPO). Das ist insbesondere etwa dann der Fall, wenn ein Freispruch mangels Beweisen erfolgt (ZHK StPO-Lieber, Art. 126 N. 7). Eine solche Sachlage ist vorliegend gegeben. Die Schadenersatz- und Genugtuungsforderung der Geschädigten ist deshalb auf den Zivilweg zu verweisen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss - der Beschuldigte wird im massgebenden Hauptpunkt freigesprochen und obsiegt im Berufungsverfahren - sind die Kosten der Untersuchung und der gerichtlichen Verfahren, inklusive derjenigen der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerin und der (früheren) amtlichen Verteidigung (RA Z.____), auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 und 2 StPO; Art. 428 Abs. 1 StPO).

2. Wird die beschuldigte Person freigesprochen, so hat sie Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte, Entschädigung der wirtschaftlichen Einbussen, die aus ihrer notwendigen Beteiligung am Strafverfahren entstanden sind und Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere bei Freiheitsentzug (Art. 429 Abs. 1 lit. a-c StPO). Es geht damit einerseits um den (vollen) Ausgleich des Schadens im haftpflichtrechtlichen Sinn sowie andererseits um Genugtuung für immaterielle Nachteile (Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N. 1803 f.).

Zu den Entschädigungen für Aufwendungen zur Wahrung der Verfahrensrechte (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO) gehören primär die Kosten der frei gewählten Verteidigung, wenn die Verbeiständung angesichts der tatsächlichen oder rechtlichen Komplexität des Falls geboten war (Schmid, a.a.O., N. 1810).

2.1. Der Beschuldigte verbrachte aufgrund des Vorwurfes der Schändung 13 Tage in Untersuchungshaft. Die Verteidigung macht geltend, dass eine Genugtuung auch deshalb angebracht sei, da der Beschuldigte mit dem Stigma eines Sexualverbrechers leben müssen, was zu den schlimmsten Vorwürfen zähle, die man machen könne (Urk. 89 S. 28). Angemessen sei aber eine nicht allzu hohe Genugtuung, jedenfalls nicht in der Höhe, wie sie von der Vorinstanz der Privatklägerin zugesprochen worden sei (Prot. II S. 10). Die Vorinstanz sprach der Privatklägerin eine Genugtuung von Fr. 5'000.– zu (Urk. 67 S. 31).

Der Beschuldigte war zum Zeitpunkt des Vorfalles und der Untersuchungshaft arbeitslos (Urk. 8 S. 2), mithin hatte er durch diese Zwangsmassnahme keine Lohneinbusse. Insgesamt rechtfertigt es sich jedoch, dem Beschuldigten für die erlittene Haft eine reduzierte Genugtuung von Fr. 2'000.– aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

2.2. Für die erbetene Verteidigung wird dem Beschuldigten eine Prozessentschädigung von Fr. 28'600.– (inklusive Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zugesprochen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 13. April 2011 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Das Verfahren wird bezüglich der vor dem 13. April 2008 begangenen Übertretungen des Betäubungsmittelgesetzes (Seite 3 der Anklageschrift) eingestellt.
2. Der Beschuldigte ist schuldig
 - ...
 - der mehrfachen Übertretung gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
3. ...
4. Der Beschuldigte wird ... bestraft ... mit einer Busse von Fr. 500.– ...
5. ... Die Busse ist zu bezahlen.
6. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
7. ...
8. ...
9. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4'500.--	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.		Kosten der Kantonspolizei
Fr.		Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten Untersuchung
Fr.	1'998.50	Auslagen Untersuchung
Fr.		amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr.	3'415.10	amtliche Verteidigung
Fr.		unentgeltliche Vertretung der Privatklägerschaft (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
10. ..."
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ wird vom Vorwurf der Schändung im Sinne von Art. 191 StGB freigesprochen.
2. Auf den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 7. Dezember 2009 angesetzten Probezeit wird nicht eingetreten.
3. Die Zivilforderungen der Privatklägerin B._____ werden auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
4. Die Kosten der Untersuchung und der beiden Gerichtsverfahren, einschliesslich derjenigen der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft und der amtlichen Verteidigung (RA Z._____), werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Dem Beschuldigten werden Fr. 2'000.– als reduzierte Genugtuung aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Dem Beschuldigten wird eine Prozessentschädigung von Fr. 28'600.– für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - die Vertretung der Privatklägerin im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerinsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - die Vertretung der Privatklägerin im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin
 - die Bundesanwaltschaft

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ (zur Kenntnisnahme)
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VO unter Beilage von Urk. 70
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten

8. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Strafkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. P. Marti

lic. iur. T. Walthert