

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB160196-O/U/ad

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, Obergerichterin Dr. Janssen und
Ersatzoberrichter lic. iur. Wenker sowie Gerichtsschreiber lic. iur.
Hafner

Urteil vom 16. Dezember 2016

in Sachen

A. _____,

Privatklägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

sowie

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, vertreten durch Leitenden Staatsan-
walt Dr. Jäger,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

B. _____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Vergewaltigung etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom
19. Januar 2016 (DG140030)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Zweigstelle Flughafen, Büro D-3, vom 17. März 2014 (Urk. 15) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die Zivilklage der Privatklägerschaft wird auf den Zivilweg verwiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
 - Fr. 4'000.– ; die weiteren Auslagen betragen:
 - Fr. 2'000.– Gebühr für die Strafuntersuchung
 - Fr. 2'550.– Kosten Kantonspolizei Zürich
 - Fr. 13'758.01 amtl. Verteidigungskosten, abzgl. geleistete Akontozahlung vom 18. November 2014 von Fr. 10'910.15, somit verbleibend Fr. 2'847.86
 - Fr. 10'500.– Kosten unentgeltliche Vertretung der Privatklägerschaft (inkl. MwSt.)
 - Fr. 31'350.– Gutachten / Expertisen
 - Fr. 1'056.– Auslagen Untersuchung
4. Die Kosten, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft, werden definitiv auf die Staatskasse genommen.
5. Dem Beschuldigten wird weder eine Umtriebsentschädigung noch eine Genugtuung zugesprochen.
6. (Mitteilungssatz)
7. (Rechtsmittel)

Beschluss der Vorinstanz:

1. Die mit Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 18. Juni 2013 (Prozess-Nr. GH130105-C) angeordnete Ersatzmassnahme (Rayon- und Kontaktverbot) wird per sofort aufgehoben.
2. (Mitteilungssatz)
3. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

a) Der Vertreterin der Privatklägerschaft:

(Urk. 91 S. 2)

1. Dispositivziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils sei aufzuheben und der Beschuldigte sei der Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs.1 StGB schuldig zu sprechen und angemessen zu bestrafen.

Eventualiter:

Der Beschuldigte sei der sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 2 StGB schuldig zu sprechen.

- 2.1. Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils sei aufzuheben und der Beschuldigte sei dem Grundsatz nach zu verpflichten, der Privatklägerin A._____ für den bereits entstandenen wie auch allfälligen zukünftigen Schaden, der im Zusammenhang mit dem eingeklagten Ereignis vom 19. Februar 2013 steht, Schadenersatz zu leisten.
- 2.2. Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils sei aufzuheben und der Beschuldigte sei zu verpflichten der Privatklägerin A._____ eine Genugtuung von Fr. 30'000.-, zuzüglich 5% Zins seit dem 19. Februar 2013, zu bezahlen.

3. Die Kosten der unentgeltlichen Rechtsvertreterin für das Berufungsverfahren seien (beiliegende Honorarnote) auf die Gerichtskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
(Urk. 93)

Kein Antrag.

c) Der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten
(Prot. II S. 18 f.)

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 19. Januar 2016 sei vollumfänglich zu bestätigen und der Beschuldigte sei demnach von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. Die Kosten der Untersuchung, der gerichtlichen Verfahren sowie der amtlichen Verteidigung seien ausgangsgemäss auf die Staatskasse zu nehmen.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte / Prozessuales

1. Gegen das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom 19. Januar 2016 (DG140030), liess die Privatklägerin mit Eingabe vom 21. Januar 2016 (Urk. 62) innert Frist Berufung anmelden. Am 22. Januar 2016 folgte die Berufungsanmeldung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (hernach Staatsanwaltschaft) (Urk. 65). Das vollständig begrün-

dete Urteil (Urk. 72) wurde von der Staatsanwaltschaft am 1. April 2016 und von der Privatklägerin am 5. April 2016 entgegengenommen (Urk. 70). Mit Eingabe vom 14. April 2016 zog die Staatsanwaltschaft ihre Berufung zurück (Urk. 74). Davon ist Vormerk zu nehmen. Am 20. April 2016 (Datum Poststempel) reichte die Vertreterin der Privatklägerin die Berufungserklärung fristgerecht ein (Urk. 75). Mit Präsidialverfügung vom 12. Mai 2016 wurde der Staatsanwaltschaft sowie dem Beschuldigten unter Hinweis auf die Berufungserklärung der Privatklägerin Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung bzw. zum Antrag auf Nichteintreten auf die Berufung angesetzt (Urk. 77). Mit Eingabe vom 18. Mai 2016 verzichtete die Staatsanwaltschaft auf Anschlussberufung (Urk. 79). Der Beschuldigte liess sich nicht vernehmen. Mit Eingabe vom 20. Mai 2016 stellte die Vertreterin der Privatklägerin den Antrag, eine allfällige erneute Einvernahme der Privatklägerin sei durch eine Person des gleichen Geschlechts durchzuführen (Urk. 80 S. 2). Am 29. August 2016 wurde dem Leitenden Staatsanwalt mitgeteilt, dass seinem Dispensationsgesuch bezüglich Berufungsverhandlung nicht entsprochen werde (Urk. 84). Am 5. September 2016 wurden die Parteien zur heutigen Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 85).

2. Mit Eingabe vom 9. September 2016 (Urk. 86) beantragte die Vertreterin der Privatklägerin, die Staatsanwaltschaft sei anzuhalten, die Anklageschrift vom 17. März 2014 hinsichtlich des Tatbestandes von Art. 189 Abs. 1 StGB durch eine Eventualanklage zu ergänzen. Sie begründete dies damit, dass sich nach dem vorinstanzlichen Freispruch des Beschuldigten von den Anklagevorwürfen der Vergewaltigung und Schändung die Frage stellen, ob der Beschuldigte allenfalls den Tatbestand der sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB erfüllt haben könnte, indem er von hinten anal in die Geschädigte eingedrungen sei (Urk. 86 S. 2). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung erklärte die Vertreterin der Privatklägerin diesbezüglich, der Sachverhalt gemäss Anklageschrift sei auch für den Auffangtatbestand der sexuellen Nötigung genügend umschrieben, weshalb eine Ergänzung der Anklageschrift nicht notwendig erscheine (Urk. 91 S. 3).

Gemäss Art. 333 Abs. 1 StPO kann das Gericht der Staatsanwaltschaft die Gelegenheit geben, die Anklage abzuändern, wenn seiner Auffassung nach der Sachverhalt gemäss Anklageschrift einen anderen Straftatbestand als den eingeklagten erfüllen könnte, die Anklageschrift aber den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht. Dabei muss ein öffentliches Interesse an der Ahndung des Deliktes vorhanden sein und müssen die Verteidigungsmöglichkeiten gemäss Art. 333 Abs. 4 StPO gewahrt sein. Eine solche Rückweisung der Anklage ist im Berufungsverfahren bis zur Urteilsberatung möglich (Art. 379 StPO).

Vorliegend wird bereits im Anklagesachverhalt festgehalten, der Beschuldigte sei am 19. Februar 2013 von hinten anal in die Privatklägerin eingedrungen und habe einige Stossbewegungen vollführt. Nachdem die Privatklägerin gesagt habe, es tue ihr weh und er solle damit aufhören, habe er aufgehört (Urk. 15 S. 3). Wie die Vertreterin der Privatklägerin zutreffend ausführte (Urk. 91 S. 3), ist der Sachverhalt, den sie ihrem Antrag zugrunde legte, demnach bereits in der Anklageschrift umschrieben. Art. 344 StPO erlaubt es dem Gericht, eine andere rechtliche Würdigung des Anklagesachverhaltes ohne Rückweisung der Anklageschrift vorzunehmen. Von einer Rückweisung zwecks Ergänzung der Anklage ist daher abzu-
sehen.

3. Beweisanträge wurden keine gestellt. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

4. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (vgl. BSK StPO-Eugster, Art. 402 N 1 f.).

Die Privatklägerin lässt Dispositivziffern 1 (Freispruch) und 2 (Zivilforderung) anfechten. Damit erwächst das vorinstanzliche Urteil in Bezug auf Dispositivziffern 3 (Kostenaufstellung) und 5 (Entschädigung) sowie den gleichentags ergangenen Beschluss (Aufhebung Rayon- und Kontaktverbot) in Rechtskraft, was vorab mit Beschluss festzustellen ist.

5. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen.

II. Sachverhalt

1. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, er habe die Privatklägerin am 19. Februar 2013 bei sich zuhause in C._____ in sein Schlafzimmer geführt und sie dort ausgezogen, ehe er vorerst anal in sie eingedrungen sei. Anschliessend habe er den vaginalen Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss vollzogen, obschon die Privatklägerin ihm gesagt habe, er solle aufhören, und erfolglos versucht habe, ihn von ihr wegzustossen. Er habe ihr dabei auch den Mund zugehalten, um sie am Schreien zu hindern. Dies wurde von der Staatsanwaltschaft als Vergewaltigung, eventualiter als Schändung angesehen (Urk. 15).

2. Der Beschuldigte bestritt sowohl in der Untersuchung als auch vor Vorinstanz konstant, dass es zu sexuellen Handlungen mit der Privatklägerin gekommen sei (Urk. 4/5 S. 4 f., Urk. 4/6 S. 2 ff. und Urk. 4/8 S. 4; Prot. I S. 11). Heute führte er aus, die Privatklägerin sei nie in seiner Wohnung gewesen und sie habe mit ihm "sexuelle Sachen machen" wollen und ein Kind gewollt, was er aber abgelehnt habe (Prot. II S. 12-16).

3. Wie die Vorinstanz korrekt festhielt, liegen als Beweismittel für die Erstellung des eingeklagten Sachverhalts nur die Aussagen der Privatklägerin, deren Einnahmen elektronisch aufgezeichnet wurden (Urk. 4/3 und Urk. 4/9), und des Beschuldigten (Urk. 4/5, Urk. 4/7, Urk. 4/8 und Urk. 4/11) sowie Fotoaufnahmen der Wohnung des Beschuldigten (Urk. 8/4) vor. Weitere Beweise wie Spuren sind nicht vorhanden und Drittpersonen (Urk. 4/12 und Urk. 4/13) konnten nur zu den Umständen der Anzeigeerstattung Aussagen machen, nicht jedoch zum Tatgeschehen.

4. Da die Privatklägerin an einer Sehschwäche leidet und erhebliche kognitive Defizite aufweist, wurde von der Vorinstanz sowohl ein psychiatrisches Gutachten

wie auch ein Glaubhaftigkeitsgutachten eingeholt (Urk. 46 und 49). Während das psychiatrische Gutachten vom 30. April 2015 von keiner Partei beanstandet wurde, machte die Verteidigung im erstinstanzlichen Verfahren geltend, das Glaubhaftigkeitsgutachten sei wegen Befangenheit der Gutachterin nicht zu berücksichtigen (Urk. 60 S. 3). Sie begründete dies damit, dass die Gutachterin auch die Aussagen des Beschuldigten bewertet habe, obschon dies vom Gutachtensauftrag nicht gedeckt gewesen sei (Urk. 60 S. 2 f.). Diesbezüglich kann auf die überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 72 S. 7), in denen klar festgehalten wird, dass sich diese "Bewertung" nur auf offenkundig widersprüchliche Aussagen des Beschuldigten in der Einvernahme vom 16. Oktober 2013 (Urk. 4/7) bezieht und dies bei der eigentlichen Befunderhebung und der Wertung des Gutachtens keine Rolle spielte. Der Einwand der Befangenheit erweist sich damit als unbegründet.

5. Bei der Bewertung von Aussagen ist zwischen der Glaubwürdigkeit einer Person und der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen zu unterscheiden. Die allgemeine Glaubwürdigkeit einer Person ergibt sich nebst ihrer prozessualen Stellung auch aus ihrem wirtschaftlichen Interesse am Ausgang des Verfahrens sowie aus deren persönlichen Beziehungen und Bindungen zu den übrigen Prozessbeteiligten.

Das Interesse des Beschuldigten, sein Verhalten in einem günstigen Licht darzustellen, ist angesichts der ihm vorgeworfenen Tat sowohl legitim als auch offensichtlich. Hinzu kommt, dass er als verheirateter Mann in einem konservativen und religiös geprägten Milieu drastische soziale Konsequenzen befürchtete (vgl. Urk. 4/8 S. 4 f.). Auch die Privatklägerin erwartete solche Folgen (vgl. Urk. 4/3 DVD I 02:08:00). Dies ist bei der Beurteilung ihrer Aussagen zu berücksichtigen.

6. Weitaus gewichtiger für die Wahrheitsfindung als die allgemeine Glaubwürdigkeit ist der materielle Gehalt und damit die Glaubhaftigkeit der konkreten Aussage, welche durch methodische Analyse ihres Inhalts darauf überprüft wird, ob die auf ein bestimmtes Geschehen bezogenen Angaben einem tatsächlichen Erleben entspringen (BGE 133 I 33 E. 4.3 mit Hinweisen, Urteil des Bundesgerichts 6B_692/2011 vom 9. Februar 2012 E. 1.4, je mit Hinweisen). Hier ist insbesondere zu prüfen, ob die Aussagen in den wesentlichen Punkten widerspruchsfrei, in

ihrem Kerngehalt stimmig und schlüssig sind sowie ob sie (soweit objektiv möglich) anhand erstellter Sachverhalte korrekt verifizierbar sind. Zu achten ist auf Strukturbrüche innerhalb einer Aussage, auf Über- oder Untertreibungen, auch auf Widersprüche, vor allem aber auf das Vorhandensein einer hinreichenden Zahl von Realitätskriterien und das Fehlen von Lügensignalen (vgl. Rolf Bender, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, in SJZ 81 [1985] S. 53 ff.; Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellungen vor Gericht, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 4. Auflage, München 2014, N 313 ff. und N 370 ff.).

7. Der Beschuldigte sagte konstant aus, er kenne die Privatklägerin nur, da sie wie sein Sohn in der D._____ in C._____ gearbeitet habe und mit diesem eine Beziehung gehabt habe (Urk. 4/5 S. 2, Urk. 4/7 S. 3 f. und Urk. 4/8 S. 2; Prot. I S. 10 und Prot. II S. 12). Sie sei nie in seiner Wohnung gewesen, während er auch anwesend gewesen sei (Urk. 4/5 S. 6 und Urk. 4/7 S. 3; Prot. I S. 13 und Prot. II S. 12). Zu sexuellen Kontakten sei es nie gekommen; er habe sie nur getroffen, als er seinem Sohn jeweils das Essen in die Werkstatt gebracht habe (Urk. 4/5 S. 4 f., Urk. 4/6 S. 2 ff. und Urk. 4/8 S. 4; Prot. I S. 11). Sie habe ihm, an einem anderen Tag als dem des eingeklagten Vorfalles, gesagt, sie liebe ihn und wolle ein Kind von ihm (Prot. I S. 14 f. und Prot. II S. 13). Sie habe ihm zudem am Tag vor der Anzeige gedroht, er werde sehen, was passiere (Prot. I S. 16). Die Privatklägerin habe ferner seinem Sohn zuhänden von ihm nach der Einleitung der Strafuntersuchung einen handgeschriebenen Brief übergeben, den er an seinen Anwalt weitergereicht habe. Das Schreiben bestätige, dass sie Sex mit ihm haben wollte (Urk. 4/11 S. 4; Prot. I S. 11 f. und Prot. II S. 14 f.). Er schildert das Verhältnis zwischen ihm und der Privatklägerin als einseitiges Interesse ihrerseits, das schliesslich in ihrer Abneigung resultiert habe, als er nicht darauf eingegangen sei.

Die Aussagen des Beschuldigten weisen auffällige Widersprüche und andere Unstimmigkeiten auf. So führte er am 16. Oktober 2013 gegenüber der Staatsanwaltschaft aus, die Privatklägerin sei am fraglichen Tag bei ihm in der Wohnung gewesen und habe bei ihm Bratwürste gegessen (Urk. 4/8 S. 2 f.). Diese Aussage

widerrief er allerdings nach einem Gespräch mit seinem Verteidiger während eines Unterbruchs der Einvernahme wieder (Urk. 4/8 S. 3 f.). Ebenso offenbarte er ein klar ausweichendes Aussageverhalten, als er mit dem Umstand konfrontiert wurde, dass die Privatklägerin seine Wohnung beschreiben konnte, obschon sie angeblich nie dort gewesen sei (Urk. 4/8 S. 5; Prot. I S. 14 und 20). Die Glaubhaftigkeit seiner Aussagen wird zudem dadurch beeinträchtigt, dass er Details wie den Umstand, dass die Privatklägerin ihm nachgelaufen und gebeten habe, mit ihm zu essen, worauf er ihr Geld gegeben habe, erst in einer späteren Einvernahme erstmals erwähnte (Urk. 4/8 S. 2 f.). Ferner wurde der gemäss seinen Aussagen angeblich seinem Verteidiger übergebene Brief der Privatklägerin von diesem mit keinem Wort erwähnt – auch nicht, als die Vorinstanz es dem Anwalt überliess, diesen vorzulegen (Prot. I S. 21) – und findet sich bis heute nicht in den Akten. Heute brachte der Beschuldigte nunmehr vor, den Brief einer Arbeitskollegin der Privatklägerin respektive deren Eltern zurückgegeben zu haben (Prot. II S. 15). Wie bereits die Vorinstanz erwog, wirken auch die Schilderungen des Beschuldigten, die Privatklägerin habe ihm gedroht, wenig überzeugend, bleiben sie doch vage und können auch nur schwer mit den durch Zeugenaussagen belegten Umständen der Anzeigeerstattung in Übereinstimmung gebracht werden (vgl. Urk. 72 S. 11 f.). Insgesamt betrachtet erweisen sich die Aussagen des Beschuldigten demnach als unglaubhaft.

8. Die Privatklägerin schilderte in beiden Einvernahmen, dass sie am fraglichen Tag beim Beschuldigten zu Mittag gegessen habe. Aufgrund einer obszönen Bemerkung über Spargeln sei ihr aber der Appetit vergangen (Urk. 4/3 DVD I, 00:37:25 und Urk. 4/9 DVD II 00:13:30). Er habe sich anschliessend bis auf seine Unterhose ausgezogen, da er "heiss gehabt" habe. Sie habe damals nicht gewusst, was das bedeute (Urk. 4/9 DVD II 00:08:20). Als er ihr nach dem Essen, als beide auf der Couch sassen, an die Brüste fasste, habe sie das in Ordnung gefunden, mehr aber nicht (Urk. 4/3 DVD I 01:06:30 und Urk. 4/9 DVD II 00:44:45). Der Beschuldigte habe sie dann ins Schlafzimmer geführt (Urk. 4/3 DVD I 01:07:25). Er habe "Chumm" gesagt, und sie dann langsam ganz ausgezogen (Urk. 4/3 DVD I 00:28:10). Sie habe nicht gewusst, was sie machen sollte (Urk. 4/3 DVD I 01:08:45). Er habe sie ausgezogen, bis auf die Leggings. Diese

habe sie auf seine Aufforderung ausgezogen, aber sie habe nicht gewusst, warum (Urk. 4/3 DVD I 01:11:15). Sie habe ihm nur bei den Socken geholfen (Urk. 4/3 DVD I 01:13:15). Als er ihr gesagt habe, dass er mit ihr ins Bett wolle, habe sie weinen wollen, aber es sich nicht getraut (Urk. 4/9 DVD II 00:35:20). Sie habe dreimal abgelehnt, seinen Penis mit dem Mund zu berühren. Sie habe ihm gesagt, er könne sie nicht dazu zwingen (Urk. 4/3 DVD I 01:45:20). Er habe ihr dann gesagt, sie solle sich auf den Bauch legen, und sie dann umgestossen (Urk. 4/3 DVD I 01:14:40 und Urk. 4/9 DVD II 00:52:00). Sie sei auf dem Bauch gelegen und er sei von hinten anal in sie eingedrungen. Das habe ihr weh getan, und als sie das gesagt habe, habe er aufgehört und sie umgedreht, und sei dann von vorne in sie eingedrungen. Das habe auch weh getan (Urk. 4/3 DVD I 01:28:50). Sie habe sich wehren wollen, habe aber keine Kraft gehabt (Urk. 4/9 DVD II 00:40:00). Sie habe sich auch nicht getraut, ihn auf den Rücken zu schlagen. Sie habe nicht sagen können, er solle aufhören, und er habe ihren Tritt nicht gespürt (Urk. 4/9 DVD II 00:42:00). Sie habe sich anschliessend wieder angezogen, mit seiner Hilfe, und ein komisches Gefühl gehabt, weshalb sie nur einen halben Kaffee getrunken habe (Urk. 4/3 DVD I 01:27:00). Sie hätte um 12.15 Uhr wieder zurück an ihrem Arbeitsplatz sein sollen, habe aber den Weg zurück "verloren" (Urk. 4/3 DVD I 00:24:40). Einer Arbeitskollegin von ihr sei gleich aufgefallen, dass etwas nicht gestimmt habe, und sie habe die Privatklägerin im Gang geholt (Urk. 4/3 DVD I 00:26:35).

9. Die Privatklägerin schildert den Ablauf des Vorfalles in beiden Einvernahmen weitestgehend übereinstimmend und mit zahlreichen Details. So konnte sie die Wohnung des Beschuldigten gut beschreiben (Urk. 4/3 DVD I 01:02:00 und Urk. 4/9 DVD II 00:30:00). Ebenso schilderte sie ihre Gefühle und (Abwehr-) Reaktionen während des Vorfalles überzeugend und eindrücklich detailliert. So führte sie flüsternd aus, dass der Beschuldigte ihr 10 Franken gegeben habe, was sie für ihr Natel verwendet habe. Er habe gesagt, sie sei seine Freundin und er dürfe ihr das geben. Ihre Eltern dürften das nicht erfahren (Urk. 4/3 DVD I 01:34:10 und Urk. 4/9 DVD II 00:50:00). Auch ihre Reaktion auf eine obszöne Bemerkung über Spargeln während des Essens (Urk. 4/3 DVD I, 00:37:25 und Urk. 4/9 DVD II 00:13:30) wird sehr plausibel geschildert. Dabei sind bezüglich

des Vorfalles keine Übertreibungstendenzen auszumachen. Die Privatklägerin entlastete den Beschuldigten vielmehr, indem sie präzisierte, dass sie mit dem Schmusen einverstanden gewesen sei (Urk. 4/3 DVD I 01:06:30 und Urk. 4/9 DVD II 00:44:45), dass der Beschuldigte sie nie bedroht habe (Urk. 4/3 DVD I 01:36:20), dass ihr während des Sex schwindlig geworden, sie aber nicht bewusstlos gewesen sei (Urk. 4/9 DVD II 00:25:00), und dass der Beschuldigte auch kein Klebeband verwendet habe; das habe ihr Vater wohl falsch verstanden (Urk. 4/3 DVD I 01:38:30). Ihre Schilderung erweist sich daher insgesamt als überzeugend und stimmig. Kleinere Unsicherheiten wie z.B. bei der Antwort auf die Frage, ob sie die Ehefrau des Beschuldigten gesehen oder gehört habe (Urk. 4/3 DVD I 00:33:30 und 01:48:30), vermögen daran nichts zu ändern. Ebenso wenig führen die zugegebenermassen falschen Behauptungen der Privatklägerin gegenüber ihrer Familie, der Beschuldigte habe ihr den Mund zugeklebt, sie mit Gewalt ausgezogen und sie bedroht, zu relevanten Zweifeln an den Aussagen, die sie gegenüber den Strafverfolgungsbehörden gemacht hatte. Die falschen Behauptungen sind ohne Weiteres durch ihre familiäre Situation zu erklären und wurden von ihr ohnehin nie gegenüber den Behörden vorgebracht (vgl. Urk. 49 S. 51).

10. Auch die beiden eingeholten Gutachten lassen keine Zweifel an den Aussagen der Privatklägerin aufkommen. Zwar ist gemäss dem psychiatrischen Gutachten von einer leichten geistigen Behinderung (ICD-10 F70.0) auszugehen, aber die Aussagetüchtigkeit wird als gegeben erachtet (Urk. 46 S. 23-30).

Das Glaubhaftigkeitsgutachten kommt angesichts der detaillierten Aussagen auch unter Berücksichtigung der diagnostizierten leicht- bis mittelgradigen Intelligenzminderung und der Epilepsieerkrankung der Privatklägerin nach sorgfältiger Evaluation anhand mehrerer Hypothesen zum Schluss, es würden keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine bewusste falsche Bezichtigung des Beschuldigten, für eine Beeinflussung durch Dritte oder für ein Fantasieprodukt der Privatklägerin vorliegen (Urk. 46 S. 50 ff.).

Diese Folgerung wird schliesslich durch die Umstände der Anzeigeerstattung untermauert, die die Vorinstanz detailliert aufgeführt hat. Auf die entsprechenden Erwägungen (Urk. 72 S. 11 f.) kann vollumfänglich verwiesen werden.

11. Dementsprechend ist rechtsgenügend erstellt, dass es am 19. Februar 2013 in der Wohnung des Beschuldigten zunächst zu analem und anschliessend vaginalem Sexualverkehr bis zum Samenerguss des Beschuldigten zwischen diesem und der Privatklägerin kam.

12. Zu prüfen bleibt sodann, ob der Geschlechtsverkehr gegen den Willen der Privatklägerin erfolgte und ob dies dem Beschuldigten bewusst war. Diesbezüglich kann einzig auf die Aussagen der Privatklägerin abgestellt werden, da der Beschuldigte weiterhin jegliche sexuellen Kontakte bestreitet.

Die Aussagen der Privatklägerin zu diesem Punkt weisen einige Widersprüche und Unstimmigkeiten auf. So führte sie aus, sie habe vorher gewusst, dass man schmusen würde, aber sie habe nicht mehr gewollt, vielleicht gar nichts (Urk. 4/3 DVD I 00:39:00). Sie sagte dann aber auch, sie habe gedacht, sie würden Sex mit Gefühl und mit einem Kondom haben (Urk. 4/3 DVD I 01:30:00). Sie wäre mit dem Sex einverstanden gewesen, wenn der Beschuldigte gefühlvoller gewesen wäre (Urk. 4/3 DVD I 01:19:57). Sie half sodann dem Beschuldigten, sie auszuziehen (Urk. 4/3 DVD I 01:11:15 und 01:13:15). Ihre Aussage, sie habe nicht gewusst, warum man sich ausziehe, überzeugt nicht, führte sie doch selbst aus, sie habe schon einmal Sex gehabt, aber "zwischen den Brüsten, nicht da unten" und sie sei "füdliblutt" gewesen (Urk. 4/3 DVD I 01:11:45). Damals sei zudem ein Kondom benutzt worden (Urk. 4/3 DVD I 01:17:00). Die Privatklägerin sagte mehrfach aus, sie habe weder Oral-, noch Anal- oder Vaginalverkehr gewollt, und schilderte ihre Reaktionen auf entsprechende Handlungen des Beschuldigten durchaus überzeugend. So lehnte sie es dreimal ab, den Penis des Beschuldigten mit dem Mund zu berühren, und sagte ihm, er solle mit dem Analverkehr aufhören, da es ihr wehtue. Ebenso führte sie aus, dass ihr der Vaginalverkehr Schmerzen bereitete (Urk. 4/9 DVD II 00:35:20, Urk. 4/3 DVD I 01:45:20, Urk. 4/9 DVD II 00:52:00, Urk. 4/3 DVD I 01:28:50, Urk. 4/9 DVD II 00:40:00 und Urk. 4/9 DVD II 00:42:00). Aufgrund ihrer bereits ausgeführten durchaus ambivalenten

Aussagen verbleiben aber gewisse Zweifel, ob die Privatklägerin den Geschlechtsverkehr generell ablehnte, oder aber grundsätzlich mit Sex einverstanden war, ihn sich jedoch anders vorgestellt hatte.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Privatklägerin mit dem vaginalen Geschlechtsverkehr nicht einverstanden war, ist aber unklar, ob dies dem Beschuldigten bewusst war oder sein musste. So zwang er die Privatklägerin nicht zum Oralverkehr, nachdem sie das abgelehnt hatte (Urk. 4/3 DVD I 01:45:20). Weiter drang er zwar überraschend anal in die Privatklägerin ein, liess jedoch sofort davon ab, als sie ihm sagte, er solle aufhören (Urk. 4/3 DVD I 01:28:50). Während sie mit Bezug auf den Oral- und Analverkehr folglich ihre Weigerung klar zum Ausdruck bringen konnte, was vom Beschuldigten sodann respektiert wurde, sind ihre Aussagen bezüglich ihres Widerstandes gegen den vaginalen Sexualverkehr unklar und widersprüchlich. So sagte sie zwar einmal aus, sie habe "Nein" gesagt, was er nicht akzeptiert habe (Urk. 4/9 DVD I, 00:52:00). Ebenso führte sie aber aus, sie habe nicht sagen können, er solle aufhören (Urk. 4/9 DVD II 00:42:00). Im gleichen Sinne gab sie zu Protokoll, sie habe sich zwar wehren wollen, habe aber keine Kraft gehabt, und es sei ihr schwindlig gewesen (Urk. 4/9 DVD II 00:40:00). Sie habe sich auch nicht getraut, ihn so auf den Rücken zu schlagen, dass er es spürte, da sie gefürchtet habe, dass er dann noch fester werde und sie sich gar nicht mehr wehren könne. Er habe ihren Tritt wohl nicht gespürt (Urk. 4/9 DVD II 00:42:00). Auch ihre Aussagen, dass sie gefühlvolleren Sex erwartet habe, dass es eigentlich schön gewesen wäre, wenn es nicht so fest gewesen wäre (Urk. 4/3 DVD I 01:46:00), sie damit wohl einverstanden gewesen wäre, und dass sie der Ansicht sei, er habe sie verletzt, da sie vom Sex drei Wochen später eine Blasenentzündung bekommen habe (Urk. 4/3 DVD I 02:06:00), hinterlassen einen zwiespältigen Eindruck über die tatsächliche Befindlichkeit der Privatklägerin und die genügend klare und erkennbare Manifestation ihres Willens gegen Aussen. Die Ausführungen der Vertreterin der Privatklägerin, wonach der Beschuldigte den verbalen Widerstand der Privatklägerin gegen Oralsex nur deshalb respektiert habe, da sie gesagt habe, sie müsse sonst kotzen, während er ihren Widerstand gegen die weiteren sexuellen Handlungen bewusst ignoriert habe (Urk. 91 S. 9 f.), überzeugen nicht, da er ja erwiesenermassen vom Analverkehr abgelas-

sen hatte, nachdem ihm die Privatklägerin ihren diesbezüglichen Unwillen kundgetan hatte.

13. Das Glaubhaftigkeitsgutachten kommt angesichts der Umstände, dass die Privatklägerin einerseits unterschiedliche Angaben zur Frage gemacht habe, ob sie mit dem Geschlechtsverkehr einverstanden gewesen sei, wie auch andererseits unterschiedliche Angaben zur Fragestellung gemacht habe, wann sie realisiert habe, dass der Beschuldigte mit ihr den Geschlechtsverkehr vollziehen wollen habe, insbesondere unter Berücksichtigung des tiefen IQs der Privatklägerin von 50 zum Schluss, dass die entsprechenden Angaben der Privatklägerin deutlich zeigen würden, dass sie nicht in der Lage gewesen sei, die Situation einzuordnen und zu überblicken (Urk. 49 S. 53 u. 55).

Dem widerspricht allerdings das psychiatrische Gutachten, in welchem die Fähigkeit der Privatklägerin, Widerstand gegen von ihr nicht gewollte sexuelle Handlungen zu formulieren, durch ihre intellektuelle Minderbegabung als nicht beeinträchtigt beschrieben wird (Urk. 46 insb. S. 26-30).

Da die Privatklägerin *in casu* durchaus in der Lage war, ihren Willen gegen den Vollzug des Oral- bzw. Analverkehrs gegen Aussen zu manifestieren, ist davon auszugehen, dass ihre Urteilsfähigkeit im besagten Zeitpunkt ungeachtet des tiefen IQs insbesondere auch in Bezug auf sexuelle Handlungen gegeben war. Eine dem entgegenstehende Auffassung vermag sich vor diesem Hintergrund jedenfalls nicht zu Ungunsten des Beschuldigten auszuwirken, konnte von ihm doch nicht erwartet werden, eine allfällige Urteilsunfähigkeit zu erkennen, in welcher Frage sich auch zwei Gutachter nicht einig waren.

14. Es verbleiben gestützt auf die gemachten Erwägungen erhebliche und unüberwindliche Zweifel daran, dass die Privatklägerin ihren Willen, auch keinen vaginalen Geschlechtsverkehr haben zu wollen, ausreichend klar und rechtzeitig zum Ausdruck gebracht hat. In Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo ist daher davon auszugehen, dass es dem Beschuldigten nicht bewusst war, dass die Privatklägerin mit dem vaginalen Geschlechtsverkehr nicht einverstanden war.

III. Rechtliche Würdigung

1. Einer Vergewaltigung gemäss Art. 190 Abs. 1 StGB macht sich schuldig, wer eine Person weiblichen Geschlechts zur Duldung des Beischlafs nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wobei Eventualvorsatz ausreicht.

Da gemäss erstelltem Sachverhalt davon auszugehen ist, dass dem Beschuldigten nicht bewusst war, dass die Privatklägerin den vaginalen Geschlechtsverkehr nicht wollte, mangelt es am Vorsatz des Beschuldigten. Er ist daher von diesem Vorwurf freizusprechen.

2. Einer sexuellen Nötigung gemäss Art. 189 Abs. 1 StGB macht sich schuldig, wer eine Person zur Duldung einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht.

Vorliegend ist rechtsgenügend erstellt, dass der Beschuldigte von hinten anal in die Privatklägerin eingedrungen ist, davon aber sofort abgelassen hat, als sie ihm sagte, es tue ihr weh. Des Weiteren steht aufgrund der Aussagen der Privatklägerin fest, dass sie für gewisse sexuelle Handlungen offen war, andere hingegen ablehnte, und dem Beschuldigten auch half, sie auszuziehen. Ferner ist offensichtlich, dass der Beschuldigte die Privatklägerin zu Sex drängte. Es lässt sich aber nicht erstellen, dass er ihr gegenüber Zwang ausgeübt hätte, namentlich nicht mit Bezug auf den – allerdings überraschend erfolgten – Analverkehr. Die Privatklägerin sagte klar aus, der Beschuldigte habe sie nicht bedroht und sofort mit dem Analverkehr aufgehört, als sie ihn dazu aufforderte. Mangels entsprechenden Aussagen kann auch nicht davon ausgegangen werden, der Beschuldigte habe vor seinem analen Eindringen gewusst, dass die Privatklägerin dies ablehnte. Der abgebrochene Analverkehr erfüllt daher weder den objektiven noch den subjektiven Tatbestand der sexuellen Nötigung.

3. Einer Schändung gemäss Art. 191 StGB macht sich schuldig, wer eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zu-

standes zum Beischlaf, zu einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht.

Zwar kommt das Glaubhaftigkeitsgutachten zum Schluss, die Privatklägerin habe die Komplexität der Situation und damit des Geschlechtsverkehrs nicht erfassen können und sei damit überfordert gewesen (Urk. 49 S. 53 und S. 56). Das psychiatrische Gutachten hingegen, das explizit zur Beantwortung dieser Frage eingeholt wurde, hält fest, dass die Privatklägerin grundsätzlich urteilsfähig und in der Lage sei, ihren freien Willen zu bilden, vernunftgemäss zu handeln und Verhaltensimpulse adäquat zu bilden und umzusetzen, namentlich auch mit Bezug auf sexuelle Handlungen (Urk. 46 S. 26 f.). Dass die Privatklägerin sexuelle Handlungen einordnen konnte, zeigt sich auch in ihren Ausführungen über vorgängige sexuelle Kontakte und ihren Ausführungen, dass sie nicht mehr schwanger werden könne, da ihre Eierstöcke entfernt worden seien, was der Beschuldigte aber nicht gewusst habe, als er ohne Kondom Sex mit ihr gehabt habe (Urk. 4/3 DVD I 01:17:00). In ihren Aussagen differenzierte sie auch klar zwischen verschiedenen sexuellen Praktiken und legte ihre jeweiligen Präferenzen wie auch ihren Widerstand gegen Oral- und Analsex deutlich dar. Dies belegt, dass sie mit dieser Frage nicht überfordert war. Es ist daher auf das schlüssige psychiatrische Gutachten abzustellen und zu Gunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass bei der Privatklägerin keine Urteilsunfähigkeit oder Widerstandsunfähigkeit im Sinne von Art. 191 StGB vorliegt bzw. vorlag (vgl. Urk. 46 S. 29 f.). Der Beschuldigte ist folglich vom eventualiter eingeklagten Vorwurf der Schändung freizusprechen.

IV. Zivilansprüche

1. Nach Art. 126 StPO entscheidet das Gericht bei einem Freispruch über die anhängig gemachte Zivilklage, wenn der Sachverhalt spruchreif ist. Andernfalls wird die Zivilklage auf den Zivilweg verwiesen.

2. Die Privatklägerin beantragt, der Beschuldigte sei dem Grundsatz nach zu verpflichten, ihr für den bereits entstandenen wie auch allfälligen zukünftigen Scha-

den, der im Zusammenhang mit dem eingeklagten Ereignis vom 19. Februar 2013 steht, Schadenersatz zu leisten. Ferner sei er zu verpflichten, ihr eine Genugtuung von Fr. 30'000.–, zuzüglich 5% Zins seit dem 19. Februar 2013 und eine angemessene Prozessentschädigung für die unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bezahlen (Urk. 26 S. 1).

3. Wie bereits ausgeführt wurde, ist der Anklagesachverhalt nicht erstellt. Die genauen Umstände, unter denen es zum Geschlechtsverkehr kam, bleiben unklar. Weder bezüglich des geltend gemachten Schadenersatzes noch bezüglich der Genugtuung ist der Prozess daher spruchreif. Demnach ist die Zivilklage auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen. Über die Entschädigung für die unentgeltliche Verbeiständung der Privatklägerin ist im Rahmen der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu entscheiden.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft zog ihre Berufung zurück und die Privatklägerin unterliegt mit ihren Anträgen auf Schuldigsprechung des Beschuldigten und auf Bezahlung von Schadenersatz und Genugtuung an sie vollumfänglich. Der eigentlich kostenpflichtigen Privatklägerin wurde jedoch wegen ihren bescheidenen finanziellen Verhältnissen mit Verfügung der Oberstaatsanwaltschaft vom 28. August 2013 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und ihr eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (Urk. 9/2). Demnach rechtfertigt es sich, die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen, inklusive der Entschädigung für die amtliche Verteidigung im Berufungsverfahren, welche auf Fr. 2'700.– (inkl. 8% MWST) festzusetzen ist, und derjenigen für die unentgeltliche Verbeiständung der Privatklägerin im Berufungsverfahren, welche auf Fr. 4'750.– (inkl. 8% MWST) zu veranschlagen ist, definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 136 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 422 Abs.

1 und Abs. 2 lit. a StPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist dem Beschuldigten keine (zusätzliche) Entschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Vom Rückzug der Berufung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland wird Vormerk genommen.
2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 19. Januar 2016 (DG140030) bezüglich der Dispositivziffern 3 (Kostenaufstellung) und 5 (Entschädigung) sowie der gleichentags ergangene Beschluss (Aufhebung Rayon- und Kontaktverbot) in Rechtskraft erwachsen sind.
3. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte B. _____ ist der eingeklagten Delikte nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die Zivilklage der Privatklägerin wird auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'700.– amtliche Verteidigung
Fr. 4'750.– unentgeltliche Verbeiständung der Privatklägerin.
4. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Verbeiständung der Privatklägerschaft, werden auf die Gerichtskasse genommen.

5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (übergeben)
- die Privatklägerschaft A. _____ (übergeben)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- die Privatklägerschaft A. _____

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 76
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG).

6. Rechtsmittel:

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
II. Strafkammer

Zürich, 16. Dezember 2016

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Hafner