

Dokument	forumpoenale 2/2009 S. 81
Urteilsdatum	16.04.2009
Gericht	Zürich, Kassationsgericht
Autor	Gunhild Godenzi
Publikation	Forumpoenale
Rechtsgebiete	Straf- und Strafprozessrecht
Seiten	81-86

16 Kassationsgericht Zürich, Zirkulationsbeschluss vom 23. Juli 2008 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich und Y. (Nichtigkeitsbeschwerde) - AC070022 (Bestätigt durch BGer, Urteil v. 6.11.2008, 6B_714/2008) (ZH)

Dr. iur. Gunhild Godenzi

Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 32 Abs. 1 BV, § 19 Abs. 2, § 145, 284, 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO/ZH, Art. 5 aOHG: Grundsatz "in dubio pro reo", Untersuchungsverweigerungsrecht des Vergewaltigungsopfers, mangelhafte Sprachwahlkonfrontation, Wegfall eines belastenden Indizes.

Verweigert das Opfer eines Sexualdeliktes eine gynäkologische Untersuchung, darf sich dies angesichts der Unschuldsvermutung beweismässig nicht zu Ungunsten des Angeklagten auswirken. Wenn aber davon auszugehen ist, dass die gynäkologische Untersuchung keine relevanten Ergebnisse hinsichtlich der Täterschaft des Angeklagten gezeitigt hätte, kann das Fehlen des Untersuchungsergebnisses nicht zugunsten des Täters ins Gewicht fallen (E. 4.2 b). Ist eine (Sprach-)Wahlkonfrontation zufolge ungeeigneter Auswahl der Vergleichspersonen mangelhaft, kann eine etwaige Falschidentifikation im Rahmen einer erneuten Wahlkonfrontation kaum mehr korrigiert werden. Deren Ergebnis ist mit grosser Zurückhaltung zu würdigen (E. 4.2 d). Obwohl die Vorinstanz das Ergebnis der erneuten Wahlkonfrontation fälschlicherweise als "gewichtiges Indiz" gewertet hatte, ist ihre Gesamtwürdigung der Beweise willkürfrei (E. 4.3). (Regeste forumpoenale)

Art. 6 ch. 2 CEDH, art. 32 al. 1 Cst., § 19 al. 2, § 145, 284, 430 al. 1 ch. 4 CPP/ZH, art. 5 aLAVI: principe "in dubio pro reo", droit de la victime d'un viol de refuser de se soumettre à un examen, défaut dans l'organisation d'une confrontation en vue d'identification par la voix, absence d'un indice à charge.

Le refus de la victime d'une infraction contre l'intégrité sexuelle de se soumettre à un examen gynécologique ne peut pas, au regard de la présomption d'innocence, peser sur l'appréciation de preuves dans un sens défavorable à l'accusé. Inversement, s'il y a lieu



de considérer que l'examen gynécologique n'aurait pas fourni de résultats probants de l'implication de l'accusé, l'absence de cet élément ne saurait être prise en considération en sa faveur (c. 4.2 b). Lorsqu'une confrontation en vue d'identification (par la voix) est viciée en raison de la sélection inadéquate des personnes de comparaison, une erreur éventuelle de désignation n'est guère susceptible d'être corrigée dans le cadre d'une nouvelle confrontation. Le résultat de cette dernière doit être apprécié avec une grande retenue (c. 4.2 d). Alors même que la juridiction précédente a qualifié le résultat de la nouvelle confrontation d'"indice important", son appréciation globale des preuves est exempte d'arbitraire (c. 4.3). (Résumé forumpoenale)

Art. 6 n. 2 CEDU, art. 32 cpv. 1 Cost., § 19 cpv. 2, § 145, 284, 430 cpv. 1 n. 4 CPP/ZH, art. 5 vLAV: principio "in dubio pro reo", diritto della vittima di una violenza carnale di rifiutare di sottomettersi ad una ispezione, difetto nell'organizzazione di un confronto riguardo all'identificazione tramite la voce, assenza di un indizio a carico.

Il fatto che la vittima di un reato contro l'integrità sessuale rifiuta di sottomettersi ad un'ispezione ginecologica, non può, considerata la presunzione di innocenza, ripercuotersi a sfavore dell'accusato sull'apprezzamento delle prove. Tuttavia, nel caso in cui si deve ritenere che l'ispezione ginecologica non avrebbe fornito dei risultati rilevanti riguardo alla questione se l'accusato abbia adempiuto la fattispecie legale, la mancanza di tali risultati non può essere presa in considerazione a suo favore (consid. 4.2 b). Se un confronto riguardo all'identificazione (tramite la voce) è insufficiente per via della scelta inadeguata delle persone di comparazione, un eventuale errore di designazione difficilmente può essere corretto nell'ambito di un nuovo confronto. Il risultato di quest'ultimo dev'essere apprezzato con gran riserbo

(consid. 4.2 d). Benché l'autorità precedente ha qualificato il risultato del nuovo confronto erroneamente come "indizio importante", il suo apprezzamento globale delle prove non è arbitrario (consid. 4.3). (Regesto forumpoenale)

forumpoenale 2/2009 S. 81, 82

Sachverhalt:

X. wurde im Mai 2007 vom Obergericht Zürich wegen Vergewaltigung zum Nachteil der Geschädigten Y. (Beschwerdegegnerin 2) schuldig gesprochen. Er hatte seine Täterschaft stets bestritten und will die Geschädigte auch nicht gekannt haben. Die Spurensuche am Tatort wenige Stunden nach dem Vorfall ergab keine Hinweise auf den Täter. Eine körperliche und gynäkologische Untersuchung hatte die Geschädigte verweigert, weshalb ärztliche Befunde fehlten. Bei der Verurteilung des Angeklagten wertete es das Obergericht u.a. als wesentliches Indiz für die Täterschaft des X., dass die Geschädigte ihn bei einer Sprachwahlkonfrontation erkannt hatte, welche im Anschluss an eine mangelhafte erste Sprachwahlkonfrontation durchgeführt worden war.

Mit Nichtigkeitsbeschwerde rügt X., der angefochtene Entscheid bzw. die ihm zugrunde liegende Beweiswürdigung beruhe auf einer Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo". Er macht insbesondere geltend, bei Durchführung der gynäkologischen Untersuchung hätte ihn das Untersuchungsergebnis entlastet, zumal auch die übrigen Beweise seine Täterschaft nicht erweisen könnten. Das Kassationsgericht Zürich hat die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen und den Entscheid der Vorinstanz bestätigt. Die anschliessend vom Angeklagten erhobene Beschwerde in Strafsachen hat das Bundesgericht abgewiesen (nicht mit abgedruckt).

Aus den Erwägungen:

(...)



4.1 Die Beweiswürdigung des vorinstanzlichen Sachrichters - und in diesem Zusammenhang die Frage der Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" als Beweiswürdigungsregel - kann nach der Praxis des Kassationsgerichtes aufgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO dann mit Erfolg gerügt werden, wenn sie sich nicht mehr im Rahmen des Gesetzes hält, sondern willkürlich, d.h. offensichtlich abwegig ist und einer missbräuchlichen Handhabung des richterlichen Ermessens gleichkommt (ZR 64 Nr. 54). (...) Es ist zu berücksichtigen, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann; daher muss genügen, dass das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist (BGE 124 IV 88 E. 2a mit Hinweisen; ZR 72 Nr. 80, 69 Nr. 50; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 34). Weiter geht auch die Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 4 Abs. 1 aBV bzw. Art. 32 Abs. 1 BV nicht (...).

In diesem Zusammenhang ist weiter zu berücksichtigen, dass im Rahmen eines Indizienbeweises ein einzelnes Indiz immer nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf die Tat oder den Täter hinweist. Der Grundsatz "in dubio pro reo" ist daher nur auf die Beweiswürdigung als Ganzes, nicht aber auf einzelne Indizien anwendbar (ZR 106 Nr. 46). Entsprechend ist im folgenden zunächst auf die einzelnen Glieder der Indizienkette und die vom Beschwerdeführer dagegen erhobenen Einwände einzugehen, worauf anschliessend die Gesamtwürdigung im Lichte dieser Zwischenfazite einer Willkürprüfung zu unterziehen sein wird.

4.2(...)

b) Der Beschwerdeführer thematisiert sodann den Umstand, dass sich die Geschädigte weigerte, sich einer gynäkologischen Untersuchung zu unterziehen (...). Zwar stehe es, wie die Vorinstanz zutreffend ausführe, einem Vergewaltigungsopfer frei, sich einer solchen Untersuchung zu stellen oder nicht. Auf der anderen Seite erscheine die Weigerung aber als nicht nachvollziehbar, ja geradezu inkongruent, wenn dem Opfer wie hier sehr viel an der lückenlosen Aufklärung der Tat gelegen sei. Mit der Entscheidung, ob sie sich untersuchen lassen wolle, hätte die Geschädigte sodann bis zur Konsultierung eines Arztes zu warten können; der Arzt hätte dann beurteilen können, ob eine gynäkologische Untersuchung noch Sinn mache, wobei nicht auszuschliessen sei, dass selbst nach gründlicher Reinigung im Genitalbereich mittels vaginaler Abstrich noch verwertbare Mikrospuren hätten gefunden werden können. Damit hätte mit grosser Wahrscheinlichkeit Klarheit geschaffen werden können. Dass die Geschädigte sich damals in einer nachvollziehbaren Stresssituation befunden habe, ändere nichts daran, dass eine gewisse Kooperationsbereitschaft bei der Aufklärung des Sachverhaltes vorausgesetzt werden dürfe.

Im gleichen Zusammenhang weist der Beschwerdeführer darauf hin (...), dass es die Geschädigte auch unterliess, die behaupteten Schmerzen am rechten Handgelenk (als Folge des Festhaltens durch den Täter) ärztlich näher abklären zu lassen; dabei hätte man möglicherweise wenigstens eine Rötung oder Hautabschürfung feststellen können.

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Wahrung der Persönlichkeitsrechte des bzw. der Geschädigten im Strafverfahren auf der einen Seite berechtigterweise ein Anliegen ist, welches auch auf gesetzgeberischer Stufe seinen Niederschlag findet (§ 19 Abs. 2 StPO; Art. 5 OHG); es wird ihnen in diesem Zusammenhang mitunter sogar ein eigentliches Untersuchungsverweigerungsrecht attestiert (vgl. Eva Weishaupt, Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Opferhilfegesetzes (OHG), Zürich 1998, S. 190 f.). Auf der anderen Seite stellt die Verweigerung einer körperlichen, insbesondere gynäkologischen Untersuchung im Fall eines Sexualdeliktes grundsätzlich eine Einschränkung der Sachverhaltsabklärung dar, die sich angesichts der Unschuldsvermutung beweismässig nicht zu Ungunsten des Angeklagten auswirken darf. Im vorliegenden Fall kann jedoch angesichts



der konkreten Umstände (Verwendung eines Kondoms durch den Täter; intensives Duschen der Geschädigten unmittelbar nach der Vergewaltigung) davon ausgegangen werden, dass eine gynäkologische Untersuchung der Geschädigten keine relevanten Ergebnisse im Hinblick auf die Täterschaft gezeitigt hätte. Der Vorinstanz ist auch darin beizupflichten, dass die Weigerung der Geschädigten nichts an der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen zu ändern vermag.

(...)

d) Am 30. April 2004 kam es zwischen der Geschädigten und vier Personen (darunter der Beschwerdeführer) zu einer Sprachwahlkonfrontation (...). Drei Männer waren dabei deutscher Muttersprache. Die Geschädigte bezeichnete anlässlich dieser Konfrontation den Beschwerdeführer aufgrund der Stimmlage, der Stimme und des Akzents als den Täter. Wegen des offensichtlichen Unterschieds in Sprache und Artikulation zwischen den Vergleichspersonen und dem Beschwerdeführer ordnete die Bezirksanwältin eine zweite Sprachwahlkonfrontation an (...), wobei als Vergleichspersonen drei Ausländer (aus Guinea, Italien und der Türkei) einbezogen wurden (...). Auch dieses Mal gab die Geschädigte an, den Beschwerdeführer eindeutig als Täter zu erkennen (...). Das Obergericht würdigte dies als gewichtiges Indiz für die Täterschaft des Beschwerdeführers, auch wenn es für sich allein den Beweis noch nicht zu erbringen vermöge (...).

In der Beschwerde (...) wird die erste Sprachwahlkonfrontation als "groteske Farce" qualifiziert, auf welche nicht abgestellt werden könne, weil die drei Vergleichspersonen aufgrund ihrer Muttersprache von vornherein in keiner Weise dem möglichen Täterprofil entsprachen. Auch die Bezirksanwältin habe das völlige Ungenügen dieser Konfrontation erkannt und aus diesem Grund eine zweite Konfrontation (mit anderen Vergleichspersonen) angeordnet, was aber insofern zu spät gewesen sei, als die Geschädigte bei der zweiten Konfrontation diejenige Stimme wiedererkannt habe, die sie bereits nach der ersten Wahlkonfrontation als diejenige des Täters bezeichnet hatte. Ferner komme hinzu, dass auch bei der zweiten Wahlkonfrontation die Vergleichspersonen nicht aus Lateinamerika, sondern aus anderen Sprachregionen stammten. Insgesamt taue die Sprachwahlkonfrontation nicht als Beweismittel.

An dieser Kritik trifft zunächst zu, dass das Ergebnis der ersten Wahlkonfrontation als Folge der ungeeigneten Auswahl der Vergleichspersonen in beweismässiger Hinsicht nicht aussagekräftig ist, was denn auch die Untersuchungsbehörde und die Vorinstanz feststellten. Offensichtlich müssen bei einer derartigen Wahlkonfrontation die Vergleichspersonen hinsichtlich des Identifikationskriteriums (hier: Stimme bzw. Akzent) der vom Zeugen zuvor abgegebenen Täterbeschreibung möglichst ähnlich sein (Andreas Donatsch, in: Donatsch/Schmid, a.a.O., § 145 N 11; Niklaus Ruckstuhl, in: Niggli/Weissenberger (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis Band VII, Strafverteidigung, Basel u.a. 2002, Rz 3.153; vgl. auch RB 2003 Nr. 111). Nachdem sich die Geschädigte anlässlich dieser ersten (mangelhaften) Wahlkonfrontation auf den Beschwerdeführer als Täter festgelegt hatte, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie bei der zweiten Sprachwahlkonfrontation insoweit gewissermassen "vorbefasst" war. Eine Falschidentifikation kann aus diesem Grund im Rahmen einer zweiten Wahlkonfrontation generell kaum korrigiert werden, weil die Gefahr der (zumindest unbewussten) Selbstbindung des Zeugen an das bereits Gesagte bzw. Erkannte besteht (vgl. Stefan Blättler, Zur Problematik der Täteridentifikation im Rahmen einer Konfrontation aus der Sicht der polizeilichen Praxis, AJP 2000, S. 1374; Ruckstuhl, a.a.O., Rz 3.154). Auf jeden Fall muss in einer derartigen Konstellation dem Ergebnis einer Wahlkonfrontation im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung mit grosser Zurückhaltung begegnet werden. Der Vorinstanz kann daher insoweit nicht gefolgt werden, als sie trotz der aufgezeigten Mängel von einem "gewichtigen" Indiz spricht.

e)(...) Diese Vorbringen des Beschwerdeführers vermögen nichts daran zu ändern, dass die fragliche Kondompäckung mit der ausschliesslich dem Beschwerdeführer zuzuordnenden DNA-Spur ein äusserst starkes Indiz für die Täterschaft des Beschwerdeführers bildet. Der Umstand, dass dieses Beweisstück zunächst übersehen



worden war und erst nachträglich von der Geschädigten gefunden wurde, lässt zwar das damalige Vorgehen der Ermittlungsbehörde in einem nicht ganz lupenreinen Bild erscheinen, beeinflusst aber letztlich den Beweiswert als solchen nicht, zumal nicht davon auszugehen ist (und auch vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht wird), dieses Beweisstück sei erst nachträglich in der Wohnung deponiert worden. Dafür, dass es bereits früher zu einem sexuellen Kontakt mit dem Beschwerdeführer gekommen wäre (was dieser selber in Abrede gestellt hat) oder dass sich dieser Kontakt anders als in der Anklage behauptet abgespielt haben könnte, bestehen keine Anzeichen; es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es insbesondere an einem ersichtlichen Motiv der Geschädigten für das Erfinden einer solchen Geschichte fehlt. (...)

4.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Lichte der vorstehend behandelten Rügen zwar davon auszugehen ist, dass die Vorinstanz angesichts der festgestellten Mängel bei der Durchführung der Sprachwahlkonfrontation dem Ergebnis dieser Untersuchung eine zu grosse indizierende Bedeutung beigemessen hat (oben 4.2 d). Auch wenn diesem Indiz somit ein bloss geringer Beweiswert zulasten des Beschwerdeführers zuzuerkennen ist, führt dies nicht dazu, dass die vorinstanzliche Beweiswürdigung insgesamt als willkürlich zu bezeichnen ist bzw. gegen den Grundsatz "in dubio pro reo" verstösst. Insbesondere bildet das am Spurensasservat der Kondomverpackung nachgewiesene DNA-Profil, welches unbestrittenermassen dem Beschwerdeführer zuzuordnen ist, ein ausschlaggebendes Indiz für dessen Anwesenheit am Tatort und damit im vorliegenden Zusammenhang

forumpoenale 2/2009 S. 81, 84

für dessen Täterschaft. In Verbindung mit den im Kerngehalt konstanten und glaubwürdigen Aussagen der Geschädigten durfte die Vorinstanz damit ohne Willkür vom rechtsgenügenden Nachweis der Täterschaft ausgehen. Die vom Beschwerdeführer zur Entkräftung dieses Nachweises ins Feld geführten Umstände sind demgegenüber nach dem Gesagten nicht geeignet, diesen Nachweis zu erschüttern.

(...)

Bemerkungen:

Der vorstehend abgedruckte Zirkulationsbeschluss gibt in zweierlei Hinsicht Anlass zu Bemerkungen: Verweigert das mutmassliche Opfer eines Sexualdelikts eine körperliche - insbesondere gynäkologische - Untersuchung, wirft dies weitreichende strafprozessuale Folgefragen auf (dazu I.). Daneben ist diskussionswürdig, wie das Kassationsgericht mit dem Wegfall eines tragenden Indizes im Rahmen der Willkürprüfung der vorinstanzlichen Beweiswürdigung umgegangen ist (dazu II.).

I. Unterlässt der Staat beim Verdacht auf ein Sexualdelikt eine gynäkologische Untersuchung des "Opfers", um dessen Persönlichkeitsrechte zu wahren, so beeinträchtigt er kehrseitig die Verteidigungsrechte des Beschuldigten, falls dieser das Untersuchungsergebnis zu seiner Entlastung in das Verfahren eingeführt wissen will (vgl. E. 4.2 b).

1. Diese Rechtskollision gipfelt *im Untersuchungsverfahren* in die delicate Frage, ob eine gynäkologische Untersuchung gegen den Willen der betroffenen Frau zwangsweisedurchgesetzt werden darf. Spätestens ab Inkraftsetzung des vereinheitlichten Strafverfahrensrechts wird man darauf schweizweit antworten müssen, dass der Beschuldigte mit seinen Beweiserhebungsinteressen den Kürzeren zieht (vgl. de lege lata zur restriktiven Auslegung des § 124 StPO/ZH: Donatsch, in: Donatsch/Schmid (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, 2. Lfg., Zürich 1996, § 124 N 4 ff. m.w.N.). Dieser Befund folgt nicht etwa aus einem rechtlich zweifelhaften "absoluten Untersuchungsverweigerungsrecht" des Opfers (vgl. die berechtigte Kritik bei Keller, in: Gomm/Zehntner (Hrsg.), Kommentar zum Opferhilfegesetz, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 7 N 12), sondern er ergibt sich - ansetzend bei der *staatlichen* Rechtfertigungslast - schlicht aus dem Umstand, dass der Staat zu einem solchen Grundrechtseingriff im Ergebnis nicht ermächtigt ist (vgl. Scheidegger,

Minderjährige als Zeugen und Auskunftspersonen im Strafverfahren, Zürich 2006, 230 f. m.w.N.). Zwar sieht der Gesetzgeber mit Art. 251 Abs. 4 StPO/CH für "Untersuchungen und Eingriffe in die körperliche Integrität" der nicht beschuldigten Person eine ausdrückliche gesetzliche Eingriffsgrundlage vor, die von ihrer Reichweite her auch eine zwangsweise gynäkologische Untersuchung erfassen kann (vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts v. 21.12.2005, BBl 2006, 1085, 1240; Goldschmid/Maurer/Sollberger, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, 238). Aber: Art. 251 Abs. 4 StPO/CH lässt - mit Absatz 3 zusammen gelesen - Eingriffe in die körperliche Integrität der nicht beschuldigten Person gegen deren Willen nur zu, wenn sie weder besondere Schmerzen bereiten noch die Gesundheit gefährden und zudem unerlässlich sind, um eine der in Absatz 4 genannten Katalogstraftaten aufzuklären. Hinzu treten übergeordnete verfassungsrechtliche Schranken wie die Unantastbarkeit der Menschenwürde und das generelle Erfordernis der Zumutbarkeit eines Grundrechtseingriffs, die bei der Auslegung der einfachgesetzlichen Ermächtigungsnorm zu beachten sind (vgl. Schweizer, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 36 N 29 m.w.N.).

An diesen Hürden wird nicht jede körperliche, sicher aber die *gynäkologische* Zwangsuntersuchung mutmasslicher Vergewaltigungsopfer scheitern. Erstens mag es Einzelfälle geben, in denen eine solche Massnahme die (geistige) Gesundheit der betroffenen Person in gesetzwidriger Weise gefährdet. Zweitens gerät der Eingriff, soweit er das Opfer einer Erniedrigung aussetzt, in den Grenzbereich entwürdigender Massnahmen, die dem Staat per se verboten sind (vgl. Mastronardi, in: Ehrenzeller et al., Art. 7 N 44, 52 m.w.N.; Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, N 728). Und drittens wird wohl keine staatliche Instanz die Zumutbarkeit einer gynäkologischen Zwangsuntersuchung behaupten wollen. Denn aus der ex-ante-Perspektive, aus der das staatliche Eingriffsrecht angesichts der primären und präventiven Abwehrfunktion der Grundrechte beurteilt werden muss, ist stets damit zu rechnen, dass das "Opfer" die behauptete Vergewaltigung auch tatsächlich erlitten hat. So gesehen ist es eine absonderliche Vorstellung, wenn nach dem Täter nunmehr der Staat mittels unmittelbarem Zwang in den körperlichen Intimbereich einer bereits schwer traumatisierten Frau "eindringt", indem er sie gewaltsam auf den gynäkologischen Stuhl zerren und an den Geschlechtsorganen untersuchen lässt.

2. Die unausweichliche Folgefrage, welche rechtlichen Konsequenzen die Nichtvornahme einer gynäkologischen Untersuchung des Opfers für den Nachweis der Schuld des Angeklagten *im Stadium des gerichtlichen Verfahrens* zeitigt, beantwortet der vorstehend abgedruckte Beschluss nur ansatzweise. Immerhin ist der Grundsatz benannt, dass "die Verweigerung einer körperlichen, insbesondere gynäkologischen Untersuchung eine Einschränkung der Sachverhaltsabklärung (darstellt), die sich angesichts der Unschuldsumutung beweismässig nicht zu Ungunsten des Angeklagten auswirken darf" (E. 4.2 b; vgl. auch Keller, Art. 7 N 1; Piquerez, Procédure pénale suisse, 2ème édition, Zurich 2008, 363 f.). Für den Tatrichter, dem an einem "rechtsmittelfesten" Urteil gelegen ist, wird aber letztlich von Interesse sein, welche *konkreten Massnahmen* er zu ergreifen hat, um die beweismässige Benachteiligung des Angeklagten zu kompensieren.

forumpoenale 2/2009 S. 81, 85

Denkbar wäre zunächst eine Extremposition, nach der die Lücke, die der unerhältliche Beweis bei der Sachverhaltsaufklärung verursacht, zugunsten des Angeklagten durch eine strikte Wahrunterstellung seines Entlastungsvorbringens zu schliessen ist. Im vorstehenden Entscheid wäre dann als erwiesen zu unterstellen, dass bei einer gynäkologischen Untersuchung des Opfers Spuren eines anderen Täters gesichert worden wären. Ein gravierender Einwand liegt indes auf der Hand: Der Angeklagte würde mit dem Gebot der Wahrunterstellung in die Lage versetzt, dem Gericht durch eine gezielte Anrufung unerhältlicher Beweise die entsprechende Entlastungstatsache als Entscheidungsgrundlage aufzuzwingen (vgl. bereits Arzt, Zum Verhältnis von Strengbeweis und freier Beweiswürdigung, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Einheit



und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, 223, 226 f.).

Als moderate Abwandlung einer Wahrunterstellung könnte den Gerichten auferlegt werden, bei der Beweiswürdigung als Ganzes zugunsten des Angeklagten zumindest die *Möglichkeit* einzuschliessen, dass der unerhältliche Beweis, wäre er erhoben worden, die Beweisbehauptung des Angeklagten bestätigt hätte (vgl. Wohlers, JR 2008, 127, 129; BGHSt 49, 112, 122). In dem vom Kassationsgericht entschiedenen Fall besteht nun allerdings die Besonderheit, dass eine solche Lösung den Angeklagten offensichtlich übervorteilt hätte. Denn "(...) angesichts der konkreten Umstände (Verwendung eines Kondoms durch den Täter; intensives Duschen der Geschädigten unmittelbar nach der Vergewaltigung) (kann) davon ausgegangen werden, dass eine gynäkologische Untersuchung der Geschädigten keine relevanten Ergebnisse im Hinblick auf die Täterschaft zeitigt hätte" (E. 4.2.b). Kurzum: Es mag rein theoretisch denkbar sein, dass das unerhältliche Untersuchungsergebnis das Entlastungsvorbringen des Angeklagten bestätigt hätte, wenn es erhoben worden wäre - eine Beweisantizipation ergibt aber, dass dies überaus unwahrscheinlich ist. Die minime "Entlastungswahrscheinlichkeit" des fehlenden Beweises kann durch das übrige Beweisergebnis dann so weit entkräftet werden, dass der Tatrichter den Angeklagten aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Beweise, und unter Beachtung des Zweifelsatzes in diesem Stadium, schuldig sprechen kann. Insofern ist die vom Kassationsgericht angestellte Beweisantizipation ein vernünftiger Kompromiss, um das Verteidigungsvorbringen des Angeklagten aufzunehmen, ohne sich der Beweisbehauptung unkritisch zu ergeben.

Es werden jedoch zahlreiche Sachverhaltskonstellationen verbleiben, in denen sich das "wahrscheinliche" Ergebnis einer unterbliebenen gynäkologischen Untersuchung eben nicht vorwegnehmen lässt. Von welchem Beweisergebnis wäre zum Beispiel auszugehen, wenn der Täter - in Abwandlung des hier entschiedenen Falles - beim zweiten Geschlechtsverkehr mit dem Opfer unvorsichtig wurde, ungeschützt mit diesem verkehrte und dabei zum Samenerguss kam? Die Antwort wird doch lauten: Man weiss es nicht. Ergo lässt sich auch nicht ausschliessen, dass bei einer gynäkologischen Untersuchung des Opfers Samenspuren hätten gesichert werden können, die zu einem anderen Täter geführt hätten. Diese Möglichkeit müsste der Richter bei der Gesamtwürdigung der Beweise berücksichtigen. Falls die tatsächlich vorhandenen Beweise nicht einmal das Gewicht dieser *Möglichkeit* entkräften können, ist damit zugleich belegt, welches zentrale Verteidigungsmittel dem Angeklagten entzogen worden ist. Die drakonisch anmutende Konsequenz eines Freispruchs ist dann nicht mehr und nicht weniger als ein Imperativ der staatlichen Verpflichtung, der beschuldigten Person ein faires, sprich "waffengleiches" Strafverfahren zu garantieren.

II. Das Primat der freien richterlichen Beweiswürdigung hat mit dem vorstehenden Entscheid allerdings auch eine beachtliche Einschränkung erfahren. Wird eine Wahlkonfrontation durchgeführt, bei der die Vergleichspersonen ungeeignet sind und identifiziert der Zeuge dabei den (vermeintlichen) Täter, kommt der fehlerhaften "Versuchsanordnung" eine irreversible prozessuale Fernwirkung zu: Das Kassationsgericht hat im Umgang mit dem Ergebnis der wiederholten Wahlkonfrontation "grosse Zurückhaltung" befohlen und deren Beweiswert faktisch auf Null reduziert (vgl. E. 4.2 d m.H.). Für das Untersuchungsverfahren ist damit festgeschrieben, dass eine Wiederholung der Massnahme zur beweismässigen Absicherung eines Schuldspruchs weitgehend nutzlos ist; grundlegende Mindeststandards bei der Durchführung von Wahlkonfrontationen müssen von Polizei und Staatsanwaltschaft zwingend auf Anhiob beachtet werden.

Welche Auswirkungen hat nun aber der Umstand, dass die Vorinstanz dem Ergebnis der erneuten Wahlkonfrontation "eine zu grosse indizierende Bedeutung beigemessen" hat, für die Willkürprüfung, die dem Kassationsgericht - wohlgerneht in einem Indizienprozess - aufgegeben war? In methodischer Hinsicht ist dem Zirkulationsbeschluss dazu Folgendes zu entnehmen: Das Kassationsgericht lässt das Ergebnis der wiederholten Wahlkonfrontation beiseite, nimmt eine Gesamtschau des



noch verbleibenden "Restbestands" tragender Indizien vor und gelangt daraufhin zu dem Schluss, dass die Vorinstanz ohne Willkür vom rechtsgenügenden Nachweis der Täterschaft ausgehen durfte (E. 4.3). Das Bundesgericht hat diese kassationsgerichtliche Praxis unlängst geschützt und den vorstehend abgedruckten Entscheid kritiklos passieren lassen (BGer, Urteil v. 6.11.2008, 6B_714/2008). Zweifelhafte ist aber, ob der faktische *Wegfall eines entscheidenderheblichen Indizes* dergestalt aufgefangen werden kann. Anerkanntermassen zeichnet sich eine sachrichterliche Gesamtwürdigung von Indizienbeweisen nämlich gerade dadurch aus, dass die entscheidenderheblichen Indizien nur zusammen beweisbildend sind (KassGer ZH ZR 94 (1995) Nr. 70, S. 217; vgl. auch BGer Praxis 2002, 953, 962 f.; KassGer ZH ZR 87 (1988) Nr. 119; ZR 88

forumpoenale 2/2009 S. 81, 86

(1989) Nr. 44). Folgerichtig wäre davon auszugehen, dass mit dem unwiderruflichen Wegfall eines "gewichtigen" - also tragenden, entscheidenderheblichen - Indizes auch die durch den Sachrichter vorgenommene Gesamtwürdigung zerfällt. Dies gilt selbstredend für *Indizienketten*, bei denen von einem Indiz auf ein anderes und am Ende auf die beweishebliche Tatsache geschlossen wird (vgl. Forster, Kettentheorie der strafprozessualen Beweiswürdigung, ZStrR 115 (1997), 61, 78). Es gilt aber auch für die im vorliegenden Fall vom Sachrichter gebildete *Indizienreihe*, bei der jedes einzelne Anzeichen zwar auch für sich auf eine Täterschaft des Angeklagten hinweist, der rechtsgenügende Schuldbeweis aber erst aus einer "Vernetzung" aller entscheidenderheblichen Indizien folgt (trotz abw. Begriff der "Indizienkette" in E. 4.1). Die vom Kassationsgericht vorgenommene Willkürprüfung der erstinstanzlichen Gesamtwürdigung der Beweise wirkt daher paradox, weil der Prüfungsgegenstand entfallen ist. Nach den Gesetzen der Logik wäre hier eine erneute Gesamtwürdigung der noch verbliebenen Beweise erforderlich gewesen, auf deren Grundlage dann erneut über die Schuld des Täters zu befinden wäre. Dies jedoch ist eine ureigene Ermessensaufgabe des Sachrichters, die ein auf eine blosse *Rechtskontrolle* beschränktes Rechtsmittelgericht nicht übernehmen kann (vgl. Arzt, In dubio pro reo vor Bundesgericht, ZBJV 1993, 1, 19). Sie hätte darum mittels Rückweisung des Entscheides dem Sachrichter überantwortet werden sollen (vgl. KassGer ZH ZR 88 (1989) Nr. 44; anders für den Wegfall eines unerheblichen Indizes KassGer ZH ZR 87 (1988) Nr. 119).