Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.219/2004 /bri

Urteil vom 1. September 2004
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Zünd.
Gerichtsschreiber Boog.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwältin Cornelia Kranich Schneiter,

gegen

A._____,
Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Lorenz Erni,
Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Mehrfache sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188 Ziff. 1 StGB); Zivilforderung,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Ober-gerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 26. Februar 2004.

Sachverhalt:
A.
Das Bezirksgericht Zürich erklärte A._____ mit Urteil vom 23. Juni 2003 der mehrfachen sexuellen Handlungen mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB und der mehrfachen sexuellen Handlungen mit einer Abhängigen zum Nachteil von X._____ im Sinne von Art. 188 Ziff. 1 StGB schuldig und verurteilte ihn zu 24 Monaten Gefängnis unter Anrechnung der ausgestandenen Untersuchungshaft. Von der Anklage der Schändung im Sinne von Art. 191 StGB, der Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB und der Freiheitsberaubung im Sinne von Art. 183 Ziff. 1 StGB sprach es ihn frei. Das Bezirksgericht verurteilte A._____ ferner zur Zahlung von Schadenersatz und Genugtuung.

Auf Berufung des Beurteilten hin erklärte das Obergericht des Kantons Zürich A._____ am 26. Februar 2004 der sexuellen Handlungen mit einem Kind gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB betreffend den Vorfall im April 1995 schuldig. In den übrigen Anklagepunkten sprach es ihn frei. Die Strafe setzte es auf 3 Monate Gefängnis herab, unter Anrechnung der ausgestandenen Untersuchungshaft und unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges bei einer Probezeit von zwei Jahren. Das Verfahren betreffend die Zivilansprüche trennte es ab.
B.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit der sie beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und A._____ sei der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Abhängigen im Sinne von Art. 188 Ziff. 1 StGB schuldig zu sprechen. Ferner sei die Vorinstanz anzuweisen, den Beurteilten angemessen zu bestrafen und ihre Zivilforderungen zu beurteilen. Schliesslich ersucht sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.
C.
Das Obergericht des Kantons Zürich hat auf Gegenbemerkungen verzichtet. Vernehmlassungen wurden nicht

eingeholt.
D.
Die Geschädigte hat gegen das obergerichtliche Urteil beim Kassationsgericht des Kantons Zürich kantonale Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet, auf die Begründung ihrer Beschwerde indes verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Gemäss Art. 270 lit. e Ziff. 1 BStP kann das Opfer den Gerichtsentscheid mit den gleichen Rechtsmitteln anfechten wie der Beschuldigte, wenn es sich bereits vorher am Verfahren beteiligt hat und soweit der Entscheid seine Zivilansprüche betrifft oder sich auf deren Beurteilung auswirken kann (Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG).

Opfer im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OHG ist jede Person, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist (BGE 129 IV 95 E. 2 und 216 E. 1.2). Wird die Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Einstellungsbeschluss oder ein freisprechendes Urteil geführt, genügt es, dass eine die Opferstellung begründende Straftat in Betracht fällt (BGE 122 II 211 E. 3c).

Der Beschwerdeführerin kommt ohne weiteres Opferstellung zu. Sie hat sich zudem auch am Verfahren beteiligt und Zivilforderungen gestellt. Ebenfalls ausser Frage steht, dass der Entscheid ihre Zivilansprüche berührt. Die Beschwerdeführerin ist daher zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert.
2.
2.1 Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist rein kassatorischer Natur; sie führt im Falle der Gutheissung zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz (Art. 277ter Abs. 1 BStP), nicht aber zu einer Entscheidung des Bundesgerichts in der Sache selbst. Soweit die Beschwerdeführerin mehr als die Aufhebung des angefochtenen Entscheids beantragt, kann auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden (BGE 118 IV 277 E. 1).
2.2 Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur damit begründet werden, dass die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze (Art. 269 Abs. 1 BStP). Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Entscheides richten, sowie das Vorbringen neuer Tatsachen sind unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Der Kassationshof ist im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde an den von der kantonalen Behörde festgestellten Sachverhalt gebunden (Art. 277bis Abs. 1 BStP). Auf die Beschwerde kann somit nicht eingetreten werden, soweit darin die Feststellung der einzelnen Elemente, welche die Beziehung zwischen dem Täter und der unmündigen Person von mehr als 16 Jahren ausmachen, gerügt wird (BGE 125 IV 129 E. 2a S. 131).
3.
Die Beschwerdeführerin wendet sich lediglich gegen den Freispruch des Beschwerdegegners von der Anklage der mehrfachen sexuellen Handlungen mit einer Abhängigen im Sinne von Art. 188 Ziff. 1 StGB. Die Freisprüche von der Anklage der sexuellen Handlungen mit einem Kind bezüglich der Vorfälle vom Spätsommer 1995 bis November 1995 ficht sie nicht an. Schon vor der Vorinstanz bildeten nicht mehr Gegenstand des Verfahrens die Freisprüche von der Anklage der Schändung, der mehrfachen Vergewaltigung und der Freiheitsberaubung.
4.
4.1
4.1.1 Die Vorinstanz stellt für den Kassationshof verbindlich fest (Art. 277bis Abs. 1 BStP), die am 21. September 1980 geborene Beschwerdeführerin habe erstmals im Herbst 1992 beim damals rund 69 Jahre alten Beschwerdegegner Geigenunterricht genommen. Spätestens ab 1995 habe sie auch an Kursen teilgenommen, die der Beschwerdegegner in Z._____ durchführte. Kurz vor dem Kurs im April 1995 habe die Beschwerdeführerin einen kleineren Velounfall erlitten, der ihr Rückenbeschwerden verursacht habe. Der Beschwerdegegner habe sie daraufhin während des Kurses mehrmals massiert, wobei die Massagen weit über die medizinisch indizierten Vorgaben hinausgegangen seien. In der Zeit von Spätsommer 1995 bis November 1995 sei es in der Wohnung des Beschwerdegegners zu einer Nacken- und Rückenmassage bei entblösstem Oberkörper und einmal zu einer Ganzkörpermassage über den Kleidern gekommen.

Nach einem mehrmonatigen gesundheitsbedingten Unterbruch habe die Beschwerdeführerin den Geigenunterricht im Laufe des Jahres 1996 wieder aufgenommen. Wenige Monate später, am 28. Januar 1997 habe

sich ihre engste Freundin und wichtigste Bezugsperson das Leben genommen. Die Beschwerdeführerin habe sich daraufhin an den Beschwerdegegner gewandt, der sich ihrer angenommen habe. Nach der Beerdigung der Freundin habe die Beschwerdeführerin ihn auf eine Erkundungsreise nach Z._____ begleitet, während welcher es erneut zu körperlichen Kontakten gekommen sei. Ungefähr seit dem 23. April 1997 habe sich zwischen der damals 16 ½-jährigen Beschwerdeführerin und dem um rund 57 Jahre älteren Beschwerdegegner eine intime Beziehung entwickelt. Nachdem die Beschwerdeführerin im Herbst 1997 eine Beziehung mit dem Bruder ihrer verstorbenen Freundin eingegangen war, habe sie dem Beschwerdegegner Mitte Februar 1998 in einem persönlich überbrachten Brief mitgeteilt, dass sie die sexuelle Beziehung abbrechen wolle. Dennoch sei es danach bis zum endgültigen Ende der Beziehung noch zu weiteren geschlechtlichen Kontakten gekommen. Am 4. Juni 1999 habe die Beschwerdeführerin bei der Polizei Strafanzeige erstattet.
4.1.2 Die Vorinstanz nimmt in rechtlicher Hinsicht an, bis zum Februar 1997 habe zwischen den Parteien in objektiver Hinsicht kein Abhängigkeitsverhältnis bestanden. Von jenem Zeitpunkt an habe sich aber namentlich aufgrund der intensiven musikalischen Förderung, der erheblichen organisatorischen und finanziellen Unterstützung sowie der zunehmend engeren privaten Zuwendung eine Abhängigkeit der Beschwerdeführerin entwickelt.

Die Vorinstanz kommt jedoch zum Schluss, der Beschwerdegegner habe diese Abhängigkeit nicht ausgenützt, da die Beschwerdeführerin seinen Avancen nicht ablehnend gegenübergestanden sei. Vielmehr habe es sich beim Verhältnis zum Beschwerdegegner aus ihrer damaligen Sicht um eine Liebesbeziehung gehandelt.

Ein Ausnützen der Abhängigkeit liege objektiv allenfalls ab Anfang des Jahres 1998 vor, als die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner brieflich mitgeteilt habe, sie wolle keinen Geschlechtsverkehr mehr, es aber dennoch weiterhin zu sexuellen Kontakten gekommen sei. Hiefür dürften das Abhängigkeitsverhältnis und die Angst, den Beschwerdegegner als Mentor und Geigenlehrer zu verlieren, mit bestimmend gewesen sein. Allerdings liessen sich diese Motive und die Unsicherheiten, die bei jeder Beziehungsauflösung entstünden, nur schwer auseinander halten. Der Beschwerdegegner habe diesbezüglich aber auf jeden Fall nicht mit Vorsatz gehandelt. Seine Bemühungen in jener Zeit seien vielmehr vom Willen getragen gewesen, die Liebesbeziehung zu retten.
4.2 Das Bezirksgericht hatte demgegenüber angenommen, der Beschwerdegegner habe die Abhängigkeit der Beschwerdeführerin ausgenützt. Er habe durch seine Fürsorglichkeit und seine fachliche, altersmässige und durch sein bestimmtes Auftreten geschaffene Autorität bei der emotional zerrissenen und orientierungsgeschwächten Beschwerdeführerin ein Klima geschaffen, in welchem sie die eigenen Probleme der Selbstfindung auf ihn habe abschieben können. Ausserdem sei sie auch finanziell vom Beschwerdegegner abhängig gewesen. Es sei auszuschliessen, dass die Beschwerdeführerin die sexuellen Handlungen des Beschwerdegegners toleriert hätte, wenn er nicht die dominante Stellung als Geigenlehrer gehabt hätte.
4.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, ab Ende Januar 1997 habe aufgrund der Erziehungs- und Betreuungsfunktionen des Be-schwerdegegners sowie seiner persönlichen Vertrauensposition ein Abhängigkeitsverhältnis bestanden. Der Beschwerdegegner sei nicht irgendein unbedeutender Privatlehrer gewesen, sondern eine anerkannte Autorität, die eine wichtige ausbildnerische Funktion zu ihrer Förderung und Unterstützung übernommen und ihr ungeahnte Möglichkeiten in der musikalischen Entfaltung eröffnet habe. Ferner sei er nach dem Tod ihrer besten Freundin auch zur wichtigsten Bezugsperson geworden. Der Beschwerdegegner habe diese starke psychische Abhängigkeit, welche sich im Verlauf der sexuellen Beziehung noch massiv verstärkt habe, missbraucht. Die sexuellen Kontakte zu ihrem betagten Lehrer seien nur wegen des vorbestehenden strukturellen und emotionalen Abhängigkeitsverhältnisses überhaupt möglich gewesen. Insbesondere bei Beginn der sexuellen Handlungen im Februar 1997 habe der Beschwerdegegner den Umstand, dass sie ihm wegen des Todes ihrer Freundin emotional ausgeliefert und existentiell auf ihn angewiesen gewesen sei, ausgenützt. Sie habe davon ausgehen müssen, dass sie mit einer Verweigerung die gewonnene Geborgenheit und
Sicherheit in der Vaterfigur wieder verlieren würde.
5.
5.1 Gemäss Art. 188 Ziff. 1 StGB wird mit Gefängnis bestraft, wer mit einer unmündigen Person von mehr als 16 Jahren, die von ihm durch ein Erziehungs-, Betreuungs- oder Arbeitsverhältnis oder auf andere Weise abhängig ist, eine sexuelle Handlung vornimmt, indem er diese Abhängigkeit ausnützt, oder eine solche Person unter Ausnützung ihrer Abhängigkeit zu einer sexuellen Handlung verleitet. Die Bestimmung schützt

unmündige Jugendliche, die nicht mehr unter dem Schutz von Art. 187 Ziff. 1 StGB stehen, die mithin nach der gesetzlichen Regelung die notwendige Reife zur eigenverantwortlichen sexuellen Selbstbestimmung erlangt haben, vor Sexualkontakten, die unter Ausnützung von strukturell vorgegebenen Machtunterschieden zustande kommen (Philipp Maier, Basler Kommentar, Strafgesetz-buch II, Art. 188 N 1).
5.1.1 Das Opfer ist abhängig im Sinne des Tatbestandes, wenn es aufgrund eines der im Gesetz genannten Strukturmerkmale oder aus anderen Gründen nicht ungebunden bzw. frei und damit auf den Täter angewiesen ist. Dem Abhängigkeitsverhältnis liegt in der Regel eine besondere Vertrauensbeziehung zugrunde (vgl. Peter Hangartner, Selbstbestimmung im Sexualbereich - Art. 188 bis 193 StGB, Diss. St. Gallen 1998, S. 218; Thomas Freytag, Anmerkung zu BGE 125 IV 129, AJP 2000, S. 122 mit Hinweis). Die Entscheidungsfreiheit ist durch das Abhängigkeitsverhältnis derart eingeschränkt, dass die jugendliche Person nicht mehr fähig ist, sich gegen sexuelle Ansuchen des Überlegenen zur Wehr zu setzen. Es genügt, dass sie aufgrund der konkreten Umstände keine andere Möglichkeit gesehen hat, als sich für die Zulassung oder Vornahme der sexuellen Handlung zu entscheiden (BGE 125 IV 129 E. 2a mit Hinweis auf die Botschaft; Maier, a.a.O., Art. 188 N 8/10). Für die Bestimmung des Ausmasses der Abhängigkeit sind die konkreten Umstände des Einzelfalles massgebend. Die Abhängigkeit muss aber jedenfalls die Unterlegenheit, die gegenüber älteren Erwachsenen allgemein besteht, übersteigen.
5.1.2 Das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses allein genügt für die Erfüllung des Tatbestandes indessen nicht. Erforderlich ist, dass der Täter die Abhängigkeit ausnützt. Die Bindung der Strafbarkeit an das Ausnützen der Abhängigkeit bedeutet, dass die Strafbarkeit entfällt, wo die Entscheidungsfreiheit des jugendlichen Beteiligten nicht beeinträchtigt wird. So liegt kein Ausnützen vor, wenn die Beteiligten aus freien Stücken sexuelle Kontakte miteinander unterhalten oder eine Liebesbeziehung eingegangen sind, ohne dass der ältere Partner seine Überlegenheit missbraucht hat. Aus der durch den altersbedingten Reifeunterschied begründeten Unterlegenheit der jugendlichen Person allein ergibt sich noch keine Abhängigkeit (BGE 125 IV 129 E. 2a S. 131; Maier, a.a.O., Art. 188 N 11; Guido Jenny, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Bes. Teil, 4. Band: Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Bern 1997, Art. 188 N 10; Rehberg/Donatsch/Schmid, Strafrecht III, 8. Aufl. 2003, S. 415).

Das Ausnützen erfordert in objektiver Hinsicht, dass der Abhängige die sexuelle Handlung ëigentlich nicht will, dass er sich, entgegen seiner inneren Widerstände, nur unter dem Eindruck der Autorität des andern fügt. Dies ist der Fall, wenn der Überlegene offen oder versteckt Druck ausübt - ohne dass die Intensität einer Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB erreicht würde. Ein Ausnützen liegt aber auch schon dann vor, wenn die jugendliche Person ohne eine solche Einwirkung aufgrund ihrer unterlegenen Stellung ernstliche Nachteile befürchtet und sich deswegen nicht zu widersetzen wagt. Die blosse Verführung durch den überlegenen Teil ist demgegenüber noch kein Ausnützen (Jenny, a.a.O., Art. 188 N 11; Günter Stratenwerth/Guido Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, 6. Aufl., Bern 2003, § 7 N 32; Rehberg/Donatsch/Schmid, a.a.O., S. 416).

Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt. Der Täter muss somit zumindest in Kauf nehmen, dass er sich trotz Realisierung des Machtgefälles über die innere Ablehnung der unmündigen Person hinwegsetzt (Maier, a.a.O., Art. 188 N 16; Stratenwerth/Jenny, a.a.O., § 7 N 33; Jenny, a.a.O., Art. 188 N 14).
5.2 Die Vorinstanz nimmt zutreffend an, zwischen der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner habe jedenfalls ab Februar 1997 ein Abhängigkeitsverhältnis bestanden. Zwar genügt nach der Rechtsprechung der private Musikunterricht in der Regel für die Begründung eines solchen Verhältnisses nicht (vgl. BGE 102 IV 24 E. 1b; Jenny, a.a.O., Art. 188 N 7). Die Abhängigkeit der Beschwerdeführerin ergibt sich hier aber sowohl aus der Position des Beschwerdegegners als eines eigentlichen Mentors in Bezug auf ihren musikalischen Werdegang (vgl. BGE 125 IV 129 E. 2b S. 132) als auch aus der engen emotionalen Bindung an ihren Lehrer, der ihre engste Vertrauensperson war und der nach dem Tod ihrer Freundin in ihren Augen eine Art Vaterrolle übernommen hat.

Zu Recht kommt die Vorinstanz indes zum Schluss, der Beschwerdegegner habe dieses Abhängigkeitsverhältnis nicht im Sinne von Art. 188 Ziff. 1 StGB ausgenützt. Wohl trifft zu, dass eine sexuelle Beziehung einer 16 ½-jährigen jungen Frau mit einem 73 Jahre alten Mann als äusserst ungewöhnlich erscheint. Es leuchtet ein, dass eine solche Beziehung nur vor dem Hintergrund einer besonderen Konstellation möglich ist, wie sie

hier in der engen musikalischen und persönlichen Bindung der Beschwerdeführerin an den Beschwerdegegner als anerkannter Autorität auf seinem Instrument und als Musiklehrer und Förderer vorlag. Doch lässt sich aufgrund des enormen Altersunterschiedes allein noch nicht auf einen Missbrauch der Abhängigkeit schliessen. Erforderlich ist, dass das Opfer dem Ansinnen des Täters abgeneigt ist und es sich auf Grund des Abhängigkeitsverhältnisses nicht zu widersetzen wagt und dass sich der überlegene Teil dessen bewusst ist oder doch zumindest in Kauf nimmt, sich über den inneren Widerstand der abhängigen Person hinwegzusetzen (vgl. E. 5.1.2). In dieser Hinsicht stellt die Vorinstanz aber verbindlich fest, die Beschwerdeführerin habe sich gegen die Avancen des Beschwerdegegners weder gewehrt noch sei sie ihnen ablehnend
gegenüber gestanden. Vielmehr habe sie den Eindruck vermittelt, sie sei verliebt gewesen und habe die Liebesbeziehung gewollt. Auch die erste Instanz hält fest, die Beschwerdeführerin habe trotz gewisser Zweifel wegen des Altersunterschieds die Beziehung mit dem Beschwerdegegner gewollt und habe vor allem zu Beginn der Beziehung Gefühle der Verliebtheit empfunden. Damit lässt sich aber nicht sagen, der Beschwerdegegner habe seine Überlegenheit als Mittel eingesetzt, um die Beschwerdeführerin gefügig zu machen. Das gilt auch für die Endphase der Beziehung. Die Beschwerdeführerin hatte damals dem Beschwerdegegner zwar ihren Wunsch eröffnet, die sexuelle Beziehung abbrechen zu wollen. Dass es in dieser Zeitspanne dennoch zu weiteren intimen Kontakten kam, führt die Vorinstanz indes verbindlich nicht auf den Missbrauch der Abhängigkeit zurück, sondern auf die Bemühungen des Beschwerdegegners, die Liebesbeziehung zu retten.

Dass die Beziehung der Beschwerdeführerin im Nachhinein, nach der Aufarbeitung in einer Psychotherapie, als verhängnisvoll erscheint und sie sich dabei ausgenützt vorkommt, mag verständlich erscheinen. Indes führt die Vorinstanz zu Recht aus, dass sich die Frage, ob die Tathandlung des Ausnützens gegeben ist, nicht nach dem späteren Empfinden der Betroffenen und auch nicht nach objektiven Wertungen über Sinn und Folgen einer Beziehung und ebenso wenig nach den Motiven für deren Eingehung beurteilt.

Der Freispruch des Beschwerdegegners von der Anklage der sexuellen Handlungen mit einer Abhängigen verletzt aus diesen Gründen kein Bundesrecht. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet.
6.
Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin die Kosten (Art. 278 Abs. 1 BStP). Ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 152 OG kann indes bewilligt werden, da von ihrer Bedürftigkeit auszugehen, diese ausreichend belegt ist (vgl. BGE 125 IV 161 E. 4) und sie den Entscheid der Vorinstanz überdies mit vertretbaren Argumenten angefochten hat (vgl. BGE 124 I 304 E. 2 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführerin werden deshalb keine Kosten auferlegt. Ihrer Vertreterin wird aus der Bundesgerichtskasse eine angemessene Entschädigung ausgerichtet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.
3.
Es werden keine Kosten erhoben.
4.
Der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin, Rechtsanwältin Cornelia Kranich Schneiter, wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 1. September 2004
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: