Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.217/2002 /kra

Urteil vom 3. April 2003
Kassationshof

Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Kolly, Karlen,
Gerichtsschreiber Boog.

X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Hans Werner Meier, Postfach 1931, 8026 Zürich,

gegen

A._____,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwältin Anne Kasper Spoerri, Sommerau, 8618 Oetwil am See,
Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Vollendeter Versuch der Schändung,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 27. März 2002.

Sachverhalt:
A.
Das Obergericht des Kantons Zürich erklärte X._____ mit Urteil vom 27. März 2002 in zweiter Instanz des unvollendeten Versuchs der Schändung, der einfachen Körperverletzung, der Hehlerei und der Drohung schuldig und verurteilte ihn zu 15 Monaten Gefängnis mit bedingtem Strafvollzug mit einer Probezeit von 3 Jahren. Ferner verpflichtete es ihn zur Zahlung einer Genugtuung von Fr. 5'000.– an die Geschädigte. In einem Punkt sprach das Obergericht X._____ von der Anklage der einfachen Körperverletzung frei. Schliesslich beschloss es über die Einziehung der beschlagnahmten Gegenstände.
B.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben. Zudem ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.
C.
Das Obergericht und die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich haben auf Stellungnahme bzw. Vernehmlassung verzichtet.
D.
Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat mit Beschluss vom 7. Dezember 2002 eine in derselben Sache erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, soweit es darauf eintrat.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der Beschwerdeführer wendet sich gegen den Schuldspruch des unvollendeten Versuchs der Schändung.

In dieser Hinsicht stellt die Vorinstanz für den Kassationshof verbindlich fest (Art. 277bis Abs. 1 BStP), die Geschädigte habe sich am 1. Dezember 1998, um ca. 01.00 Uhr zusammen mit einem Bekannten in dessen Wohnung begeben und sich in ihren Kleidern zum Schlafen hingelegt. Zuvor habe sie Beruhigungsmittel (0,5 mg Xanax [Sedativum]und 40 mg Seropram [Antidepressivum]) zu sich genommen, am Abend habe sie zu-

dem Bier konsumiert. Gegen 05.00 Uhr sei sie erwacht, als sie bemerkt habe, wie ihr der im selben Zimmer logierende Beschwerdeführer, mit welchem sie schon mehrmals sexuelle Kontakte gehabt hatte, "die Hosen heruntergezogen, den Slip beiseite geschoben und sein Glied in ihre Vagina eingeführt habe". Die Geschädigte habe dagegen aufbegehrt und dem Beschwerdeführer gesagt, er solle sie in Ruhe lassen, sie müsse am nächsten Morgen zügeln. Dieser habe erwidert, er wolle "diesen Schuss loshaben". Körperlich habe sie sich nicht zur Wehr gesetzt. Der Beschwerdeführer habe so schwer auf ihr gelegen, dass sie sich nicht habe bewegen können. Ausserdem sei sie gerade aus dem Schlaf erwacht und sei unter dem Einfluss der eingenommenen Medikamente gestanden. Das Ganze sei schnell gegangen. Nachdem der Beschwerdeführer zum Samenerguss gekommen sei, habe er sich auf die Matratze gelegt und sei eingeschlafen.
2.
Die Vorinstanz geht davon aus, die Geschädigte habe sich aufgrund ihrer durch Alkohol- und Medikamentenkonsum verstärkten Schläfrigkeit und wegen des Gewichts des auf ihr liegenden Beschwerdeführers körperlich nicht zur Wehr setzen können. Dem Beschwerdeführer attestiert sie eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit in mittlerem Grad. Zu seinen Gunsten nimmt sie an, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass er die wegen des Zustands der Geschädigten höchstens schwach erfolgte bzw. wahrnehmbare Abwehr nicht erkannt habe bzw. diese nicht habe erkennen oder richtig einordnen können. Es lasse sich daher nicht nachweisen, dass er sich bewusst über die Abwehr der Geschädigten hinweg gesetzt habe. Eine Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB falle daher ausser Betracht.

Die Vorinstanz gelangt indes zum Schluss, das Verhalten des Beschwerdeführers erfülle den Tatbestand der versuchten Schändung im Sinne von Art. 191 StGB. Die Geschädigte habe zu Beginn der auf den Beischlaf gerichteten Handlungen geschlafen und sei in dieser Phase somit widerstandsunfähig gewesen. An einer völligen Widerstandsunfähigkeit fehle es von dem Zeitpunkt an, ab dem sie erwacht sei, die Vorgänge in ihrem Zusammenhang erfasst habe und sich soweit möglich dagegen habe zur Wehr setzen können.

In subjektiver Hinsicht nimmt die Vorinstanz an, dem Beschwerdeführer sei nicht entgangen, dass die Geschädigte fest geschlafen habe. Indem er sich darüber hinweggesetzt habe, habe er das Vorliegen einer Widerstandsunfähigkeit und deren Ausnützung mindestens in Kauf genommen. Da die Geschädigte jedoch in der Folge erwacht sei und es mithin erst zum eigentlichen Beischlaf gekommen sei, als sie nicht mehr vollständig widerstandsunfähig gewesen sei, liege lediglich ein unvollendeter Versuch vor.
3.
Nach Art. 191 StGB macht sich der Schändung schuldig, wer eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zum Beischlaf, zu einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht.

Widerstandsunfähig ist, wer nicht im Stande ist, sich gegen ungewollte sexuelle Kontakte zu wehren. Die Bestimmung von Art. 191 StGB schützt somit Personen, die einen zur Abwehr ausreichenden Willen zum Widerstand gegen sexuelle Übergriffe nicht oder nicht sinnvoll bilden, äussern oder betätigen können. Dabei genügt, dass das Opfer nur vorübergehend widerstandsunfähig ist (BGE 119 IV 230 E. 3a mit Hinweis; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 24. Aufl. 2001, § 179 N 3).

Die Widerstandsunfähigkeit des Opfers kann dauernder oder vorübergehender, chronischer oder situationsbedingter Natur sein. Sie kann also etwa in schweren psychischen Defekten, in einer hochgradigen Intoxikation durch Alkohol oder Drogen, in körperlicher Invalidität, in einer Fesselung oder in der besonderen Lage der Frau in einem gynäkologischen Stuhl, aber auch in einer Summierung von Schläfrigkeit, Alkoholisierung und einem Irrtum in Bezug auf die Person des für den Ehemann gehaltenen Sexualpartners liegen. Keine Widerstandsunfähigkeit bewirkt aber die blosse - etwa alkoholbedingte - Herabsetzung der Hemmschwelle (BGE 119 IV 230 E. 3a S. 233; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, 5. Aufl., Bern 1995, § 8 N 34 f.).

Erforderlich ist allerdings, dass die Widerstandsfähigkeit gänzlich aufgehoben ist. Eine blosse Beeinträchtigung oder Einschränkung derselben genügt nicht. Wird ein Rest von Widerstand überwunden, liegt mithin eine Tat nach Art. 189 f. StGB vor (BGE 119 IV 230 E. 3a; Stratenwerth, a.a.O., § 8 N 35).

Missbrauch ist das Ausnützen der Schutzlosigkeit des zum Widerstand nicht fähigen Opfers. Die vor Eintritt der Widerstandsunfähigkeit oder trotz körperlicher Wehrlosigkeit gültig erteilte Einwilligung des Opfers in die geschlechtlichen Handlungen schliesst den Tatbestand aus (Stratenwerth, a.a.O., § 8 N 38; Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, 8. Aufl., Zürich 2003, S. 433 f.).
4.
Die Vorinstanz unterteilt den Tatvorgang in die Phase, während welcher die Geschädigte schlief, und in den Abschnitt, in welchem sie aufgewacht war und der Beschwerdeführer auf ihr gelegen hatte. Nur für die erste Phase nimmt sie an, die Geschädigte sei völlig widerstandsunfähig gewesen. Sie stellt ferner verbindlich fest, dass die Geschädigte nicht in das Ansinnen des Beschwerdeführers eingewilligt hatte. In Abweichung zum erstinstanzlichen Urteil würdigt die Vorinstanz das Geschehen daher nicht als vollendete, sondern lediglich als unvollendet versuchte Schändung.

Wie der Beschwerdeführer in dieser Hinsicht zu Recht einwendet, verbietet sich die Annahme eines unvollendeten Versuchs, wenn die fragliche Handlung in einem Zug ausgeführt und tatsächlich vollendet wird. Nach Art. 21 Abs. 1 StGB liegt ein unvollendeter Versuch nur vor, wenn der Täter, der mit der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende führt (Art. 21 Abs. 1 StGB). Das ergibt sich auch aus Abs. 2 derselben Bestimmung. Denn ein Rücktritt vom Versuch ist nur möglich, wenn die Tat nicht vollendet ist. Schwierigkeiten, die Handlung rechtlich zu würdigen, dürfen somit nicht dazu verleiten, das objektive Geschehen auszuklammern, und - unter Beschränkung der Rechtsfolgen auf Bestrafung wegen Versuchs - lediglich den subjektiven Tatbestand zu beurteilen.

Diese unzutreffende Rechtsauffassung wirkt sich indes nicht zu Gunsten des Beschwerdeführers aus. Denn die Vorinstanz geht auf der anderen Seite auch fälschlicherweise davon aus, nachdem die Geschädigte erwacht sei, sei ihre Widerstandsfähigkeit nicht mehr vollständig aufgehoben gewesen. Damit verkennt die Vorinstanz, dass die Widerstandsunfähigkeit im Sinne von Art. 191 StGB nicht nur in tiefgreifenden Bewusstseinsstörungen, zu denen auch der Schlaf gerechnet wird, sondern ebenso in körperlichen Defekten bestehen kann.

Aufgrund der verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz konnte die Geschädigte nach dem Erwachen wegen ihrer durch Alkohol- und Medikamentenkonsum verstärkten Schläfrigkeit und infolge des Gewichts des auf ihr liegenden Beschwerdeführers "keine körperlichen Abwehrreaktionen tätigen". In der ersten Phase des Tatvorgangs war die Willensbildung der Geschädigten somit wegen ihres tiefen Schlafs, in der zweiten Phase aber aus körperlichen Gründen vollständig ausgeschlossen.

Nach den Aussagen der Geschädigten, auf welche sich die Vorinstanz stützt, erwachte sie, als der Beschwerdeführer ihr "die Hosen heruntergezogen, den Slip auf die Seite geschoben und sein Glied in ihre Vagina eingeführt" hatte. Versteht man dies so, dass die Vereinigung der Geschlechtsorgane bereits erfolgte, bevor die Geschädigte erwacht ist, wäre der Tatbestand der Schändung bereits während des Schlafs vollendet gewesen. Nimmt man demgegenüber an, der Beschwerdeführer habe seinen Penis erst nach dem Erwachen der Geschädigten in ihre Scheide eingeführt, ergibt sich die Widerstandsunfähigkeit der Geschädigten daraus, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt des Erwachens bereits auf ihr gelegen hatte, so dass sie sich körperlich nicht mehr zur Wehr setzen konnte. In dieser zweiten Phase konnte sie somit einen Widerstandswillen zwar bilden, war aber wegen des Gewichts des Beschwerdeführers in Verbindung mit der durch Alkohol und Medikamente verstärkten Benommenheit nicht mehr in der Lage, diesen zu betätigen. Der Beschwerdeführer musste mit anderen Worten den Widerstand der Geschädigten in keinem Fall mit Nötigungsmitteln überwinden, weil diese sowohl vor wie nach dem Erwachen widerstandsunfähig war. Eine Würdigung unter dem Gesichtspunkt der Vergewaltigung gemäss Art. 190 Abs. 1 StGB scheidet daher aus. Dass die Geschädigte verbal gegen das Ansinnen des Beschwerdeführers protestiert hat, steht dem nicht entgegen. Denn der Umstand, dass das Opfer den Übergriff als solchen wahrnimmt und den Täter verbal zurückweist, hindert die Annahme der Widerstandsunfähigkeit nicht, solange eine körperliche Abwehrreaktion vollständig ausgeschlossen ist.

Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, er habe sich nicht der Schändung nach Art. 191 StGB schuldig gemacht, erweist sich seine Beschwerde als unbegründet. Die Vorinstanz verletzt insoweit Bundesrecht, als sie lediglich auf versuchte Schändung erkennt. Die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung

der Sache zur Schuldigsprechung wegen vollendeter Schändung muss jedoch wegen des Verbots der reformatio in peius (Art. 277bis Abs. 1 BStP; vgl. auch Art. 227 Abs. 2 BStP) unterbleiben.
5.
Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Kosten (Art. 278 Abs. 1 BStP). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 152 OG kann bewilligt werden, da von der Bedürftigkeit des Beschwerdeführers auszugehen und diese ausreichend belegt ist (vgl. BGE 125 IV 161 E. 4). Überdies hat er den angefochtenen Entscheid mit vertretbaren Argumenten in Frage gestellt (vgl. BGE 124 I 304 E. 2 mit Hinweisen). Dem Beschwerdeführer werden deshalb keine Kosten auferlegt. Seinem Vertreter wird aus der Bundesgerichtskasse eine angemessene Entschädigung ausgerichtet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.
3.
Es werden keine Kosten erhoben.
4.
Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Hans Werner Meier, wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 2'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 3. April 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: