Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.79/2002/kra

Sitzung vom 7. November 2002
Kassationshof

Bundesrichter Schubarth, Präsident,
Bundesrichter Schneider, Wiprächtiger, Kolly, Karlen,
Gerichtsschreiber Kipfer Fasciati.

X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. André Clerc, bd de Pérolles 22, Postfach 47, 1705 Freiburg,

gegen

D._____,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Valentin Landmann, Möhrlistrasse 97, 8006 Zürich,
Staatsanwaltschaft des Kantons Freiburg, Zaehringenstrasse 1, 1700 Freiburg.

einfache Körperverletzung Art. 123 Ziff. 1 StGB (Einstellungsverfügung); Abgrenzung zu Art. 122 und Art. 123 Ziff. 2 StGB (mit Auswirkung auf die Frist gem. Art. 29 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Freiburg, Strafkassationshof, vom 16. Januar 2002.

Sachverhalt:
A.
Im Jahr 1996 liess sich X._____ einen Piercing-Ring von 2,8 cm Durchmesser und 3 mm Stärke in den Penis einsetzen. Als regelmässiger Kunde suchte er am 16. September 1997 D._____ auf, welche in Freiburg einen Salon für sadomasochistische Praktiken betreibt und dabei als Domina auftritt.

Im Rahmen der an diesem Tag vollzogenen Handlungen kniete X._____ mit auf dem Rücken gefesselten Händen am Boden. Vorher hatte er den Piercing-Ring an seinem Penis mit einer Kette verbinden lassen, deren anderes Ende an einem Bett befestigt war. Als D._____ ihn aufforderte aufzustehen, erhob sich X._____. Weil die Kette zu kurz war, wurde der Ring dabei aus seinem Penis ausgerissen. X._____ musste sich deswegen in ärztliche Behandlung begeben und in der Folge mehrere operative Eingriffe an seinem Penis vornehmen lassen. Der Penis konnte nicht vollständig wiederhergestellt werden: X._____s Harnstrahl ist seither gefächert und zweigeteilt.
B.
Am 16. April 2000 erhob X._____ Strafanzeige gegen D._____ wegen schwerer Körperverletzung und weiterer Delikte. Er stellte gleichzeitig Strafantrag. Am 23. Mai 2000 reichte er im Strafverfahren gegen D._____ adhäsionsweise eine Zivilforderung im Umfang von Fr. 5'568.75 ein.
C.
Mit Verfügung vom 11. Mai 2001 stellte der zuständige Untersuchungsrichter das Verfahren ein, nachdem er die Beteiligten und zwei Zeuginnen einvernommen und einen Augenschein durchgeführt hatte. Er auferlegte die aufgelaufenen Verfahrenskosten D._____ und X._____ je zur Hälfte.
D.
Mit Schreiben vom 13. Juni 2001 erhob X._____ Beschwerde gegen die Einstellungsverfügung bei der Strafkammer des Kantonsgerichts Freiburg. Das Kantonsgericht wies die Beschwerde mit Entscheid vom 16.

Januar 2002 ab.
E.
Mit begründetem Schreiben vom 26. Februar 2002 erhebt X._____ persönlich eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde; er beantragt, der Kassationshof des Bundesgerichts möge den Fall nochmals überprüfen (Beschwerdeschrift 1). Am 28. Februar 2002 reichte der Anwalt von X._____ in dessen Namen und Auftrag eine Rechtsschrift ein, mit welcher er Aufhebung des Entscheides des Kantonsgerichts und Rückweisung an die Vorinstanz beantragt (Beschwerdeschrift 2).
F.
Die Staatsanwaltschaft des Kantons Freiburg verzichtete am 8. April 2002 auf Vernehmlassung.
Mit Eingabe vom 23. April 2002 liess sich D._____ zur Beschwerde vernehmen. Sie beantragt deren Abweisung und die Zusprechung einer Parteientschädigung im Umfang von Fr. 2'500.– oder nach Ermessen des Bundesgerichts.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Soweit ein Geschädigter unter den Opferbegriff von Art. 2 Abs. 1 OHG fällt, stehen ihm im Strafverfahren gegen den Täter Parteirechte zu (Art. 270 lit. e BStP). Er kann die Einstellung des Strafverfahrens gegen den Schädiger anfechten, wenn er sich vorher bereits am Verfahren beteiligt hat und soweit der Entscheid seine Zivilansprüche betrifft (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG). Dem Opfer steht unter diesem Vorbehalt die Legitimation zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt zu. Der Beschwerdeführer behauptet, von der Beschwerdegegnerin schwer verletzt worden zu sein; mithin macht er geltend, im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OHG in seiner körperlichen Integrität beeinträchtigt worden zu sein. Er hat somit als Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes zu gelten. Da er sich am kantonalen Verfahren beteiligt hat und da sich der angefochtene Entscheid auf seine Zivilansprüche auswirken kann, ist unter dem Gesichtspunkt der Legitimation auf die Beschwerde einzutreten.
1.2 Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen ist kassatorischer Natur (Art. 277ter Abs. 1 BStP). Soweit der Beschwerdeführer mehr als die Aufhebung des angefochtenen Urteils verlangt, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.
1.3 Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur damit begründet werden, dass die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze (Art. 269 Abs. 1 BStP). Dabei hat der Beschwerdeführer kurz darzulegen, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Entscheid verletzt sind. Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Entscheides richten, das Vorbringen neuer Tatsachen, neue Einwände, Bestreitungen und Beweismittel sowie Erörterungen über die Verletzung kantonalen Rechts sind unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Der Kassationshof ist an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Behörde gebunden (Art. 277bis Abs. 1 BStP; BGE 126 IV 65 E. 1 mit Hinweisen).
2.
2.1 Die Vorinstanz stellt einleitend fest, dass die der Beschwerdegegnerin vom Beschwerdeführer vorgeworfene Tat nur noch verfolgt werden könnte, wenn sie als Offizialdelikt zu qualifizieren wäre, da der Strafantrag gemäss Art. 29 StGB nicht rechtzeitig eingereicht worden sei. Die in den Artikeln 122, 123 und 125 StGB normierten Tatbestandsvarianten der Körperverletzung seien teils als Antragsdelikte, teils als Offizialdelikte ausgestaltet. Eine vorsätzliche Körperverletzung werde gemäss Art. 122 StGB von Amtes wegen verfolgt, wenn durch die Verletzung eine Lebensgefahr geschaffen worden (Abs. 1) oder wenn die Verletzung selbst schwer sei (Abs. 2: namentlich Verstümmelung oder Unbrauchbarmachen eines wichtigen Organs oder Glieds, Bewirkung dauernder Arbeitsunfähigkeit, Gebrechlichkeit oder Geisteskrankheit, schwere und bleibende Entstellung des Gesichts; Abs. 3: andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen). Eine vorsätzliche einfache Körperverletzung werde gemäss Art. 123 Ziff. 2 StGB von Amtes wegen verfolgt, wenn Gift, eine Waffe oder ein gefährlicher Gegenstand gebraucht würden oder wenn die Tat an einem Wehrlosen oder einer in der Obhut des Täters stehenden Person
begangen werde. Gemäss Art. 125 Abs. 2 StGB werde eine fahrlässige Körperverletzung von Amtes wegen verfolgt, wenn die Schädigung schwer sei.

Die Vorinstanz prüft alle diese Merkmale einzeln und kommt zum Schluss, dass keines erfüllt ist, weshalb die Tat nicht als Offizialdelikt verfolgt werden könne. Weder sei eine Lebensgefahr geschaffen worden, noch

sei der Penis des Beschwerdeführers im Sinne des Gesetzes verstümmelt oder unbrauchbar gemacht worden, noch sei eine andere schwere Schädigung festzustellen, noch sei die Tat an einem Wehrlosen oder mittels eines gefährlichen Gegenstandes verübt worden.
2.2 Dagegen wendet der Beschwerdeführer mit der Beschwerdeschrift 1 ein, die Vorinstanz habe der Beschwerdegegnerin in rechtsungleicher Weise mehr Rechte eingeräumt als ihm selbst, sie sei zu Unrecht nicht auf seine Zivilforderung eingetreten und sie hätte sich zum Verschulden äussern müssen. Durch seinen Anwalt lässt er mit Beschwerdeschrift 2 Folgendes erklären: In der Hauptsache sei festzustellen, dass die Verletzungsfolgen der Tat ohne weiteres unter Art. 122 Abs. 2 StGB fielen. Der Penis des Beschwerdeführers sei als wichtiges Glied offensichtlich verstümmelt worden: Er habe sich wegen der Verletzung die Vorhaut entfernen lassen müssen und sein Harnstrahl sei seither gefächert und zweigeteilt. Die Verletzung falle als schwer auch unter Art. 125 Abs. 2 StGB. Er leide seither an schwerwiegenden psychischen Problemen. Für den Fall, dass die Verletzung als leicht zu qualifizieren wäre, sei subsidiär geltend zu machen, dass auch Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB erfüllt wäre: Zum Zeitpunkt seiner Verletzung sei er offensichtlich wehrlos gewesen; daran ändere nichts, dass er vorher in seine Wehrlosigkeit eingewilligt habe. Er habe nicht darin eingewilligt, dass ihm im Zustand der Wehrlosigkeit eine Verletzung zugefügt werde.
2.3 Die Beschwerdegegnerin lässt sich folgendermassen vernehmen: Da unbestritten sei, dass nie eine Lebensgefahr bestanden habe, sei einzig die Frage zu klären, ob ein wichtiges Organ oder Glied verstümmelt oder unbrauchbar gemacht worden sei. Es bestünden zwar gewisse Beeinträchtigungen, doch sei der Penis des Beschwerdeführers weder verstümmelt noch in seiner Funktion unbrauchbar; er funktioniere sowohl als Harnausscheidungs- wie auch als Sexualorgan einwandfrei. Was die psychischen Probleme des Beschwerdeführers anbelange, sei zu bemerken, dass das Leiden an der andauernden Beeinträchtigung keine schwere Schädigung der geistigen Gesundheit eines Menschen darstelle. Schliesslich sei der Beschwerdeführer auch nicht wehrlos gewesen; vielmehr habe er sich im Rahmen eines von ihm gewünschten sadomasochistischen Arrangements freiwillig fesseln lassen, was ihn nicht zu einem Wehrlosen mache. Ausserdem sei er aus freien Stücken aufgestanden; die Beschwerdegegnerin habe ihn nicht hochgerissen.
3.
3.1 Gemäss Art. 29 StGB ist ein Strafantrag vor Ablauf einer Frist von drei Monaten nach Bekanntwerden der Tat zu stellen. Der Beschwerdeführer liess nach seiner Verletzung mehr als zwei Jahre verstreichen, bis er Strafantrag stellte. Soweit vorliegend Antragsdelikte in Frage kamen, erfolgte der Strafantrag zu spät. Es kann deshalb offen bleiben, wie der Vorfall strafrechtlich zu bewerten wäre, wenn der Strafantrag rechtzeitig gestellt worden wäre.

Die angezeigte Tat könnte deshalb nur noch unter dem Gesichtspunkt eines Offizialdeliktes verfolgt werden. Eine Körperverletzung ist von Amtes wegen zu verfolgen, wenn sie schwer ist; dabei ist unerheblich, ob die Tat vorsätzlich, Art. 122 StGB, oder fahrlässig, Art. 125 Abs. 2 StGB, begangen wurde. Eine einfache vorsätzliche Körperverletzung ist in Anwendung von Art. 123 Ziff. 2 StGB von Amtes wegen zu verfolgen, wenn sie mit Gift, einer Waffe oder einem gefährlichen Gegenstand zugefügt worden ist oder wenn das Opfer wehrlos war beziehungsweise unter der Obhut des Täters stand.
3.2 Der Begriff der schweren Körperverletzung stellt einen auslegungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriff dar. Steht ein Grenzfall zur Diskussion, weicht das Bundesgericht insoweit nur mit einer gewissen Zurückhaltung von der Auffassung der Vorinstanz ab (vgl. BGE 115 IV 17 E. 2b; Analoges gilt für die Abgrenzung von Tätlichkeit und einfacher Körperverletzung und für die Prüfung der Frage, ob ein leichter Fall im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB vorliege, vgl. BGE 127 IV 59 E. 2a/bb).
Die Vorinstanz qualifiziert die erlittene Verletzung als einfach im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB. Zwar könne der Penis als wichtiges Organ im Sinne des Gesetzes gelten, doch sei dessen Verletzung nur dann als schwer zu taxieren, wenn er verstümmelt oder unbrauchbar gemacht worden wäre. Davon könne jedoch nur bei dessen Verlust oder bei dauernder Beeinträchtigung seiner Funktion gesprochen werden, eine geringfügige Einschränkung seiner Funktion genüge den gesetzlichen Anforderungen nicht. Zwar liege eine operativ nicht behebbare und daher bleibende Schädigung insofern vor, als der Harnstrahl des Beschwerdeführers gefächert und zweigeteilt sei, doch seien die urinale und die sexuelle Grundfunktion intakt, den Beschwerdeführer werde "einzig Zeit seines Lebens jeweils beim Wasserlassen und beim Höhepunkt der sexuellen Lust der zweite Strahl begleiten, ohne dass ihm dadurch weitere Unannehmlichkeiten erwachsen würden". Der Entscheid der Vorinstanz, die Verletzung des Beschwerdeführers nicht als schwer zu qualifizieren, ist im Lichte des Gesetzes

und der Rechtsprechung zum Begriff der schweren Körperverletzung auf jeden Fall vertretbar, auch wenn eine dauernde und nicht behebbare Beeinträchtigung vorliegt. Objektiv wiegt die
Verletzungsfolge nicht schwer.
Für die Beurteilung der Verletzungsschwere können auch die psychische Betroffenheit des Geschädigten und insbesondere die Schädigung seiner geistigen Gesundheit von Bedeutung sein. Soweit der Beschwerdeführer den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt diesbezüglich ergänzt, kann auf seine Eingabe im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP): Die Vorinstanz stellt weder fest, der Beschwerdeführer sei von der Verletzung subjektiv in besonderer Weise betroffen, noch stellt sie fest, dass die Verletzung zu einer Schädigung der geistigen Gesundheit des Beschwerdeführers geführt hat. Auf die Beschwerde kann auch insoweit nicht eingetreten werden, als der Beschwerdeführer den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt in anderer Weise ergänzt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz mit der Qualifikation der Verletzungsschwere Bundesrecht nicht verletzt.
3.3 Die qualifizierten Begehungsweisen einfacher Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 2 StGB sind nur von Amtes wegen zu verfolgen, wenn Vorsatz gegeben ist. Der Untersuchungsrichter hat die Vorsatzfrage eingehend geprüft und verneint. Die Vorinstanz weist auf die entsprechenden Erwägungen in der Einstellungsverfügung hin, äussert sich dazu selbst jedoch nicht. Sie lässt - wie der Beschwerdeführer auch - die Frage offen und prüft unter dem hypothetischen Gesichtspunkt, dass der Vorsatz vorliegen würde, die Rechtsfrage nach den Tatbestandsmerkmalen von Art. 123 Ziff. 2 StGB.

Die Vorinstanz verneint zu Recht die Tatbestandsvarianten gemäss Art. 123 Ziff. 2 Abs. 1 StGB. Zu prüfen ist vorliegend allein die Tatbestandsvariante der Wehrlosigkeit gemäss Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB.

Wehrlos im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 StGB ist, wer nicht in der Lage ist, sich gegen eine schädigende Einwirkung zur Wehr zu setzen (”hors d’état de se défendre”). Nach dem Gesetz braucht die Wehrlosigkeit nicht durch körperliche oder seelische Besonderheiten wie Alter, Körperschwäche, Krankheit oder Gebrechlichkeit bedingt zu sein. Das Gesetz verlangt auch nicht, dass das Opfer ausserstande sei, sich jedem beliebigen Angriff zu entziehen, dass die Wehrlosigkeit mithin eine absolute sein müsste, damit das qualifizierende Tatbestandsmerkmal bejaht werden könnte. Es genügt, wenn sich das Opfer gegenüber seinem Angreifer und der Handlung, mit der dieser es bedroht, nicht mit einiger Aussicht auf Erfolg zur Wehr setzen kann (vgl. BGE 85 IV 125 E. 4b = Pra 48/1959 Nr. 186 S. 510).

In einer generellen Überlegung stellt die Vorinstanz zunächst fest, der Sklave eines sadomasochistischen Sexspiels könne nicht als wehrlos im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 StGB gelten, da andernfalls alle entsprechenden Praktiken mit Verletzungsfolge als an einem Wehrlosen begangen betrachtet und von Amtes wegen verfolgt werden müssten. Dies könne nicht die ratio legis sein.

Der Beschwerdeführer kritisiert diese Auffassung zu Recht. Ob eine bestimmte Körperverletzung strafbar ist oder nicht, kann nicht allein davon abhängen, ob sie im Rahmen sadomasochistischer Knebelungspraktiken zugefügt wurde. Auch wer sich freiwillig fesseln lässt, kann unter bestimmten Umständen als wehrlos unter den strafrechtlichen Schutz von Art. 123 Ziff. 2 StGB fallen; entscheidend ist allein, ob der Betreffende in eine ihm vorsätzlich zugefügte einfache Körperverletzung eingewilligt hat. Insofern geht die Vorinstanz fehl, wenn sie in kategorischer Weise feststellt, es sei nicht ratio legis, den Sklaven eines Sadomasochismusspiels als wehrlos dem Schutzbereich von Art. 123 Ziff. 2 StGB zuzuordnen, weil andernfalls alle sadomasochistischen Knebelungspraktiken, welche zu einer Verletzung führen, von Amtes wegen verfolgt werden müssten. Dagegen ist festzuhalten, dass derjenige, welcher eine Person, die sich freiwillig fesseln liess, vorsätzlich in einfacher Weise verletzt, ohne dass der Betroffene eingewilligt hätte, sich nach Art. 123 Ziff. 2 StGB ohne weiteres strafbar machen kann (vgl. dazu auch BGE 114 IV 100, wo allerdings nicht eine einfache Körperverletzung, sondern ein Todesfall zu beurteilen war, der im Rahmen einer
sexuell motivierten freiwilligen Fesselung eintrat).

Die Fehlerhaftigkeit der generellen vorinstanzlichen Erwägung zum Begriff der Wehrlosigkeit ist jedoch für

die vorliegend zu beurteilende konkrete Konstellation nicht von Belang, weil die Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Entscheid und die Akten insgesamt gegen die Annahme tatsächlicher Wehrlosigkeit sprechen.

Die Vorinstanz stellt fest, dass der Beschwerdeführer auf einfache Aufforderung der Beschwerdegegnerin hin freiwillig aufstand; die Bewegung, mit welcher er sich seine Verletzung zuzog, war in seinem Willens- und Herrschaftsbereich. Dass er keine andere Wahl gehabt hätte, als der Aufforderung zu gehorchen, ist weder ersichtlich noch macht der Beschwerdeführer dies geltend. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass er sich aus physischen oder psychischen Gründen so verhalten musste, dass er sich nicht anders hätte verhalten können, als er es faktisch tat. Er hätte sich ohne weiteres widersetzen können. Der Beschwerdeführer selbst gab in der Voruntersuchung an, im entscheidenden Moment davon ausgegangen zu sein, dass die Kette nicht mehr mit dem Piercing-Ring verbunden war. Er legt damit implizit dar, dass er sich anders verhalten hätte, wenn er sich im Klaren darüber gewesen wäre, immer noch angekettet zu sein. Allein der Umstand, dass er fälschlicherweise davon ausging, nicht mehr angekettet zu sein, vermag seine Wehrlosigkeit im Sinne des Gesetzes jedoch nicht zu begründen.
3.4 Da ein gültiger Strafantrag fehlt und keine Variante einer von Amtes wegen zu verfolgenden Körperverletzung vorliegt, hat die Vorinstanz mit der Bestätigung der Einstellungsverfügung kein Bundesrecht verletzt. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.
4.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Kosten zu tragen (Art. 278 Abs. 1 BStP). Die Beschwerdegegnerin ist für ihre Aufwendungen im bundesgerichtlichen Verfahren aus der Bundesgerichtskasse angemessen zu entschädigen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Der Beschwerdegegnerin wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 2'500.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Staatsanwaltschaft des Kantons Freiburg und dem Kantonsgericht Freiburg, Strafkassationshof, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 7. November 2002
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: