Urteilskopf

132 IV 120

17. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Freiburg gegen X. (Nichtigkeitsbeschwerde) 6S.253/2006 vom 30. August 2006

Regeste (de):
Sexuelle Nötigung (Art. 189 Abs. 1 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 1 StGB); Strafzumessung (Art. 63 StGB) bei Nötigung zur Duldung einer beischlafsähnlichen Handlung.

Die Strafe für eine Nötigung zur Duldung einer beischlafsähnlichen Handlung darf nicht wesentlich niedriger sein als die Strafe, welche der Richter unter im Übrigen vergleichbaren Umständen für eine Vergewaltigung ausgesprochen hätte, für welche das Gesetz Zuchthaus von einem Jahr bis zu zehn Jahren androht (E. 2).

Regeste (fr):
Contrainte sexuelle (art. 189 al. 1 CP), viol (art. 190 al. 1 CP); fixation de la peine (art. 63 CP) en cas d'acte contraignant la victime à subir un acte analogue à l'acte sexuel.

La peine réprimant un comportement consistant à contraindre la victime à subir un acte analogue à l'acte sexuel ne peut pas être considérablement inférieure à celle que le juge aurait fixée pour un viol commis dans des circonstances comparables, pour lequel la loi prévoit un an à dix ans de réclusion (consid. 2).

Regesto (it):
Coazione sessuale (art. 189 cpv. 1 CP), violenza carnale (art. 190 cpv. 1 CP); commisurazione della pena (art. 63 CP) nel caso in cui la vittima è costretta a subire un atto analogo alla congiunzione carnale.

La pena inflitta a colui che costringe una persona a subire un atto analogo alla congiunzione carnale non può essere considerevolmente inferiore a quella che il giudice avrebbe pronunciato per una violenza carnale commessa in analoghe circostanze, reato per il quale la legge commina la pena della reclusione da uno fino a dieci anni (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 120

A. X. (geb. 1970) und A. (geb. 1969) lernten sich im Jahre 1994 kennen. Seit 1996 unterhielten sie regelmässig sexuelle Kontakte. Ende August 2002 fand ein intensiver Mail-Verkehr zwischen ihnen statt, wobei X. vorschlug, verschiedene neue Sexualpraktiken auszuprobieren, in seinen Worten unter anderem "Titten abbinden", "Klammern an Brüste und Fotze", "Faustfick". A. willigte darin ein, ausser in "Faustfick". Sie war auch damit einverstanden, dass X. die sexuellen Handlungen mit einer Webcam aufnahm. Am 3. September 2002 begab sich A. in X.s Wohnung. Sie konsumierte mit ihm zunächst eine grössere Menge alkoholischer Getränke, obschon sie Alkohol generell nicht gut vertrug. In der Folge kam es zu sexuellen Handlungen, die X. mit einer Webcam aufnahm. X. schlug A. auf die Brüste und auf den Hintern, band ihr die Brüste mit einem Seil ab und befestigte Klammern an ihr Geschlechtsorgan. Es kam

auch zum Geschlechtsverkehr. All dem widersetzte sich A. nicht. X. urinierte in ihr Gesicht und forderte hierauf A. auf, ihm "einen zu blasen", worauf A. mit "nein" antwortete. X. zog gleichwohl ihren Kopf zu seinem Penis und drang damit in ihren Mund ein, um sich dergestalt zu befriedigen. Er ejakulierte auf das Gesicht von A. Hierauf begab er sich mit ihr ins Badezimmer, wobei er sie stützen musste, da sie allein nicht dorthin gekommen wäre. Im Badezimmer musste A. sich übergeben. X. wusch sie und brachte sie anschliessend ins Bett. Alle diese Szenen wurden mit der Webcam aufgenommen. X. und A. hatten nach diesem Vorfall weiterhin bis ins Jahr 2004 regelmässig sexuelle Kontakte. Im Rahmen von polizeilichen Ermittlungen wegen Kinderpornographie wurde festgestellt, dass X. in den Jahren 1998 und 1999 Kunde eines Unternehmens war, welches auf seiner Internetseite unter anderem auch kinderpornographische Aufnahmen anbot. Anlässlich einer Hausdurchsuchung bei X. im Oktober 2002 wurde allerdings keine Kinderpornographie gefunden. Hingegen wurde festgestellt, dass X. auf seinem beschlagnahmten Laptop Bildaufnahmen gespeichert hatte, die sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten und mit menschlichen Ausscheidungen zum Inhalt hatten, unter anderem die Bildaufnahmen betreffend die sexuellen Handlungen vom 3. September 2002 mit A. Diese Aufnahmen hatte X. über das Internet auch Drittpersonen zukommen lassen.

B.

B.a Das Strafgericht des Seebezirks sprach X. am 16. Dezember 2004 der sexuellen Nötigung (Art. 189 Abs. 1 StGB), begangen am 3. September 2002 zum Nachteil von A., und der Pornographie (Art. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3bis StGB), begangen in der Zeit vom 7. Juli 2002 bis zum 18. Dezember 2002, schuldig und bestrafte ihn mit drei Monaten Gefängnis, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von drei Jahren. In teilweiser Gutheissung der Zivilklage von A. verpflichtete es X., der Zivilklägerin Fr. 1'000.- als Genugtuung zu zahlen.

B.b Die Staatsanwaltschaft des Kantons Freiburg reichte Berufung ein mit den Anträgen, X. sei in Bestätigung der erstinstanzlichen Schuldsprüche zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 16 Monaten zu verurteilen. X. beantragte in seiner Stellungnahme die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids.

B.c Der Strafappellationshof des Kantonsgerichts Freiburg wies am 7. April 2006 die Berufung ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil.

C. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Freiburg führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit den Anträgen, das Urteil des Strafappellationshofes vom 7. April 2006 sei aufzuheben und die Sache zur Neufestsetzung der Strafe an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D. X. beantragt, die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Gemäss Art. 189 Abs. 1 StGB wird wegen sexueller Nötigung mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis bestraft, wer eine Person zur Duldung - oder zur Vornahme (siehe BGE 127 IV 198) - einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung nötigt. Die Mindeststrafe beträgt somit drei Tage Gefängnis (vgl. Art. 36 StGB). Nach Art. 190 Abs. 1 StGB wird wegen Vergewaltigung mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft, wer eine Person weiblichen Geschlechts zur Duldung des Beischlafs nötigt. Die Mindeststrafe beträgt somit ein Jahr Zuchthaus (vgl. Art. 35 StGB). Das frühere Recht vor der Revision durch Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 drohte für die Notzucht (im Grundtatbestand) Zuchthaus (von einem Jahr bis zu zwanzig Jahren) an (Art. 187 Abs. 1 aStGB). Die Nötigung zu einer anderen unzüchtigen Handlung wurde nach dem alten Recht mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft (Art. 188 aStGB). Durch das neue Sexualstrafrecht ist mithin zum einen die Höchststrafe für die Vergewaltigung von zwanzig Jahren auf zehn Jahre Zuchthaus herabgesetzt und zum andern die Höchststrafe für die Nötigung zu einer anderen sexuellen Handlung von fünf Jahren auf zehn Jahre heraufgesetzt worden. Im früheren Sexualstrafrecht war der Begriff der "beischlafsähnlichen Handlung" nur im Tatbestand der Unzucht mit Kindern (Art. 191 aStGB) enthalten. Der Missbrauch eines Kindes unter 16 Jahren "zum Beischlaf oder zu einer ähnlichen Handlung" wurde mit Zuchthaus oder mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft; der Missbrauch eines Kindes unter 16 Jahren zu einer anderen unzüchtigen Handlung wurde mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft. Die übrigen Tatbestände des alten Sexualstrafrechts enthielten den Begriff der "beischlafsähnlichen

Handlung" nicht. Sie unterschieden einzig zwischen dem (ausserehelichen) Beischlaf einerseits und den anderen unzüchtigen Handlungen andererseits, wobei im Falle der Letzteren eine deutlich niedrigere Strafe angedroht wurde als im Falle des tatbestandsmässigen Beischlafs (siehe Art. 189, 190, 192, 193 aStGB). Das heute geltende Recht enthält demgegenüber in den meisten Sexualstraftatbeständen einzig den Begriff der "sexuellen Handlung" ohne Differenzierung zwischen Beischlaf und anderen sexuellen Handlungen (siehe Art. 187, 188, 192, 193 StGB). Einzig die Tatbestände der Schändung (Art. 191 StGB) einerseits sowie der Vergewaltigung (Art. 190 StGB) und der sexuellen Nötigung (Art. 189 StGB) andererseits enthalten die Begriffe "Beischlaf", "beischlafsähnliche Handlung" und "andere sexuelle Handlung". Dabei sieht das Gesetz im Falle der Schändung für alle diese Varianten von sexuellen Handlungen denselben Strafrahmen von Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder Gefängnis vor (Art. 191 StGB). Demgegenüber sieht das Gesetz für die Vergewaltigung (Art. 190 StGB) einerseits und für die Nötigung zur Duldung einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung (Art. 189 StGB) andererseits zwar dieselbe Höchststrafe von zehn Jahren, aber wesentlich verschiedene Mindeststrafen vor, nämlich ein Jahr Zuchthaus einerseits und drei Tage Gefängnis andererseits.

2.2 Der Entwurf des Bundesrates drohte für die Vergewaltigung im Grundtatbestand Zuchthaus bis zu zehn Jahren (Art. 189 Abs. 1 E-StGB) und für die Nötigung zu einer andern geschlechtlichen Handlung im Grundtatbestand Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder Gefängnis (Art. 190 Abs. 1 E-StGB) an. Der Entwurf des Bundesrates enthielt wie schon der Entwurf der Expertenkommission im Tatbestand der Nötigung zu einer andern geschlechtlichen Handlung den Begriff der "beischlafsähnlichen Handlung" nicht. In der Botschaft wurde allerdings die Frage aufgeworfen, ob im Gesetzestext zwischen den beischlafsähnlichen und den übrigen geschlechtlichen Handlungen zu differenzieren sei. Darauf wurde jedoch verzichtet, weil diese Begriffe infolge ihrer Unbestimmtheit für die Abstufung der Strafbarkeit ungeeignet seien. Der höheren Strafwürdigkeit von erzwungenen hetero- und homosexuellen Handlungen, die einer Vergewaltigung gleichkommen, werde dadurch Rechnung getragen, dass der Strafrahmen wie für die Vergewaltigung bis zu zehn Jahren Zuchthaus reiche.

Diese Höchststrafe sei gegenüber jener des geltenden Artikels 188 (betreffend Nötigung zu einer andern

BGE 132 IV 120 S. 124

unzüchtigen Handlung) um fünf Jahre höher. Für harmlosere, aber immer noch erhebliche geschlechtliche Handlungen (unter Zwang) bleibe Gefängnis angedroht (Botschaft des Bundesrates, BBl 1985 II 1009 ff., S. 1075). Der Nationalrat, welcher die Gesetzesvorlage als Zweitrat behandelte, beschloss auf Antrag seiner Kommission eine Umstellung der Tatbestände in dem Sinne, dass abweichend vom Entwurf des Bundesrates und vom Beschluss des Ständerates die sexuelle Nötigung in Art. 189 und die Vergewaltigung in Art. 190 geregelt wurde. Der Nationalrat fügte auf Antrag seiner Kommission im Tatbestand der sexuellen Nötigung ergänzend den Begriff der "beischlafsähnlichen Handlung" ein. Somit sollte mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis bestraft werden, wer eine Person zur Duldung einer beischlafsähnlichen oder einer anderen geschlechtlichen Handlung nötigt (siehe AB 1990 N 2300). Einzelnen Voten im Nationalrat kann entnommen werden, dass nach dessen Vorstellungen die Nötigung zur Duldung einer beischlafsähnlichen Handlung wie die Vergewaltigung mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu bestrafen ist und die in Art. 189 alternativ angedrohte Gefängnisstrafe nur für die weniger schwerwiegende Nötigung zu anderen geschlechtlichen Handlungen in Betracht fällt (siehe Voten des Berichterstatters Cotti sowie von Nationalrat Rechsteiner, AB 1990 N 2302, S. 2326). Es wurde indessen darauf verzichtet, die Nötigung zur Duldung beischlafsähnlicher Handlungen einerseits und zur Duldung anderer sexueller Handlungen andererseits in zwei verschiedenen Absätzen zu regeln - was an sich möglich gewesen wäre (siehe Votum Rechsteiner, a.a.O.) - und für Erstere ausdrücklich - wie in Art. 190 - einzig Zuchthaus bis zu zehn Jahren anzudrohen. Die Gesetzesmaterialien enthalten mithin Anhaltspunkte dafür, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Nötigung zur Duldung einer beischlafsähnlichen Handlung grundsätzlich gleich zu bestrafen ist wie die Vergewaltigung, d.h. - bei Fehlen von Strafmilderungsgründen - mit mindestens einem Jahr Zuchthaus. Der Gesetzgeber hat indessen auf eine entsprechende Regelung verzichtet. Er hat zwar die beischlafsähnliche Handlung in Art. 189 StGB - wie in Art. 191 StGB betreffend die Schändung - neben der anderen sexuellen Handlung speziell erwähnt, doch hat er hiefür nicht auch ausdrücklich eine - etwa Art. 190 Abs. 1 StGB entsprechende - spezielle Mindeststrafe vorgesehen. Damit soll für eine Nötigung zu einer beischlafsähnlichen Handlung, im Unterschied zum früheren Recht,

BGE 132 IV 120 S. 125

zwar eine gleich hohe Strafe ausgesprochen werden können wie für eine Vergewaltigung, doch ist es nicht ausgeschlossen, dass, je nach den konkreten Umständen, im Einzelfall - auch bei Fehlen von Strafmilderungsgründen - eine Freiheitsstrafe von weniger als einem Jahr ausgefällt wird.

2.3 Weder die systematische noch die teleologische Auslegung des Gesetzes führen zwingend zum Ergebnis, dass die in Art. 189 Abs. 1 StGB alternativ angedrohte Gefängnisstrafe abweichend vom Wortlaut der Bestimmung nur für die Nötigung zur Duldung einer anderen sexuellen Handlung und nicht auch für die Nötigung zur Duldung einer beischlafsähnlichen Handlung in Betracht fällt. Gegen eine solche Auffassung spricht im Übrigen auch, dass der Begriff der "beischlafsähnlichen Handlung" - im Unterschied zum Begriff des "Beischlafs" - mit Unsicherheiten behaftet und mit Auslegungsschwierigkeiten verbunden ist.

2.4 In der Lehre vertreten einzelne Autoren die Auffassung, dass die Strafe bei Nötigung zur Duldung beischlafsähnlicher Handlungen grundsätzlich nicht niedriger sein sollte als bei der Vergewaltigung, dass mithin bei der Nötigung zur Duldung einer beischlafsähnlichen Handlung die Mindeststrafe grundsätzlich ein Jahr Zuchthaus

betragen sollte, da nur auf diese Weise mit der (berechtigten) Gleichstellung zwischen hetero- und homosexueller Vergewaltigung Ernst gemacht werde (STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl. 1997, Art. 189 StGB N. 9, 13). Die Erzwingung einer beischlafsähnlichen Handlung soll nicht milder bestraft werden als die Vergewaltigung (PHILIPP MAIER, Basler Kommentar, StGB II, 2003, Art. 189 StGB N. 32). Es wird unter Hinweis auf die Beratungen der nationalrätlichen Kommission die Auffassung vertreten, dass die Nötigung zu beischlafsähnlichen Handlungen mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu bestrafen sei und die im Tatbestand der sexuellen Nötigung alternativ angedrohte Gefängnisstrafe einzig für weniger schwerwiegende sexuelle Beeinträchtigungen gelte (PETER HANGARTNER, Selbstbestimmung im Sexualbereich - Art. 188 bis 193 StGB, Diss. St. Gallen 1997, S. 60 ff.). Andere Autoren halten fest, der Gesetzgeber habe durch die besondere Erwähnung der "beischlafsähnlichen Handlung" im Tatbestand der sexuellen Nötigung zum Ausdruck bringen wollen, dass Art und Intensität des abgenötigten sexuellen Verhaltens bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind und die Nötigung zur Duldung gewisser sexueller Handlungen in ihrem Unrechtsgehalt der Nötigung zur Duldung des

Beischlafs gleichkommen kann. Dies sei indessen eine Selbstverständlichkeit, weshalb der ohnehin relativ unbestimmte Begriff gestrichen werden könnte (GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, 6. Aufl. 2003, § 8 N. 29; GUIDO JENNY, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, 4. Bd., 1997, Art. 189 StGB N. 36; JÖRG REHBERG, Das revidierte Sexualstrafrecht, AJP 1993 S. 16 ff., 21; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit Suisse, vol. I, 2002, Art. 189 StGB N. 8).

2.5 Zu den beischlafsähnlichen Handlungen zählen unter anderen der Oralverkehr (BGE 86 IV 177 E. 2d zu Art. 191 aStGB mit Hinweisen auf die Gesetzesmaterialien; STEFAN TRECHSEL, a.a.O., Art. 189 StGB N. 9), insbesondere das Eindringen mit dem Penis in den Mund einer andern Person. Ein solcher Oralverkehr ist in seiner sexuellen Intensität dem Beischlaf ähnlich, und die Nötigung zur Duldung eines derartigen Oralverkehrs ist in ihrem Unrechtsgehalt einer Vergewaltigung ähnlich. Daher hat sich der Richter bei der Strafzumessung für die Nötigung zur Duldung einer solchen beischlafsähnlichen Handlung grundsätzlich am Strafrahmen zu orientieren, welchen das Gesetz für die Vergewaltigung festlegt. Die Strafe darf mithin im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände nicht wesentlich niedriger sein als die Strafe, welche der Richter unter denselben Umständen für eine Vergewaltigung ausgesprochen hätte. Wäre der Beschwerdegegner mit seinem Penis nicht in den Mund, sondern in die Vagina des Opfers eingedrungen, so hätten die kantonalen Instanzen trotz der zahlreichen zu seinen Gunsten strafmindernd berücksichtigten Umstände eine Zuchthausstrafe von mindestens einem Jahr ausfällen müssen. Diese Mindeststrafe hätte mithin nicht unterschritten werden dürfen, obschon das Opfer am fraglichen Abend in sämtliche sexuelle Handlungen, ausser in den inkriminierten Oralverkehr, eingewilligt hatte, der Oralverkehr ansonsten zum normalen Sexualleben der beiden gehörte und die intime Beziehung nach dem inkriminierten Vorfall noch rund zwei Jahre lang fortgesetzt wurde. Die Mindeststrafe von einem Jahr Zuchthaus im Falle einer Vergewaltigung hätte einzig aufgrund und nach Massgabe der dem Beschwerdegegner zugebilligten leichten Verminderung der Zurechnungsfähigkeit geringfügig unterschritten werden dürfen. Die Strafe für die dem Beschwerdegegner zur Last gelegte Erzwingung des Oralverkehrs darf nicht wesentlich niedriger sein. Die Umstände, welche die kantonalen Instanzen - von der Beschwerdeführerin unangefochten - strafmindernd berücksichtigt haben, dürfen mithin

nicht zum Anlass für die Ausfällung einer Freiheitsstrafe genommen werden, die wesentlich unter einem Jahr liegt. Die von der Vorinstanz bestätigte Gefängnisstrafe von drei Monaten ist daher, auch unter Berücksichtigung der leichten Verminderung der Zurechnungsfähigkeit, unhaltbar milde und deshalb bundesrechtswidrig, selbst wenn der Beschwerdegegner sich einzig der Nötigung zur Duldung des Oralverkehrs schuldig gemacht hätte. Hinzu kommt indessen, dass der - insoweit einschlägig vorbestrafte - Beschwerdegegner sich auch noch der Pornographie schuldig gemacht hat, was straferhöhend zu berücksichtigen ist.

2.6 Die Nichtigkeitsbeschwerde ist somit gutzuheissen, das Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom 7. April 2006 aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.