

## **BGE 148 IV 57**

Bundesgericht (BGE), 2021-12-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_148\\_IV\\_57](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_148_IV_57)

FR: ATF 148 IV 57

IT: DTF 148 IV 57

### **Regeste**

Regeste Art. 192 Abs. 1 StGB; Ausnützung der Abhängigkeit eines Anstaltspfleglings durch einen Betreuer. Die Ausnützung findet auf der subjektiven Ebene bei der abhängigen Person statt, indem sie annimmt, sich dem Täter fügen zu müssen. Das faktische Einverständnis liegt in der Natur der Ausnützung eines Abhängigkeitsverhältnisses. Nur das freiverantwortliche, vom Abhängigkeitsverhältnis unbeeinflusste Einverständnis schliesst den Tatbestand aus (E. 3.5.3). Die Schwelle zur Bejahung des Tatbestandselements der Ausnützung ist auch bei einem in seiner Intelligenz eingeschränkten Opfer gleich anzusetzen (E. 3.5.5). Im vorliegenden Fall wurde die Ausnützung bejaht (E. 3.5.6).

Regeste Art. 192 al. 1 CP; exploitation de la dépendance d'une personne en institution par un soignant. Au plan subjectif, l'exploitation de la personne dépendante est réalisée lorsque celle-ci admet devoir se soumettre à l'auteur. Obtenir un consentement de facto est dans la nature même de l'exploitation d'un rapport de dépendance. L'infraction n'est exclue que si le consentement est libre et non influencé par le rapport de dépendance (consid. 3.5.3). Que la victime soit intellectuellement limitée demeure sans influence sur le seuil à partir duquel l'élément constitutif de l'exploitation doit être considéré comme réalisé (consid. 3.5.5). Exploitation admise en l'espèce (consid. 3.5.6).

Regesto Art. 192 cpv. 1 CP; sfruttamento, a opera di un accudente, di un rapporto di dipendenza di una persona ricoverata in uno stabilimento. Lo sfruttamento avviene a livello soggettivo della persona dipendente, ritenendo essa di dovere sottostare all'autore. Il consenso di fatto è intrinseco allo sfruttamento di un rapporto di dipendenza. Solo un consenso libero e non condizionato dal rapporto di dipendenza esclude il reato (consid. 3.5.3). La soglia per ritenere realizzato l'elemento costitutivo dello sfruttamento è sempre la stessa anche in presenza di una vittima con disabilità intellettiva (consid. 3.5.5). Sfruttamento ritenuto nella fattispecie (consid. 3.5.6).

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

(...)

#### **E. 3.5.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz verletze Art. 192 Abs. 1 StGB, weil sie zu Unrecht die Ausnützung der Abhängigkeit als nicht gegeben erachte. Sie ziehe aus ihrer Feststellung, dass die Beschwerdegegnerin in ihr angenehme körperliche Annäherungen einwilligen und unangenehme körperliche Annäherungen ablehnen könne, willkürlich den Schluss, dass die Beschwerdegegnerin frei sowie eigenverantwortlich in die fraglichen sexuellen Handlungen habe einwilligen können.

### **E. 3.5.2**

Es ist unbestritten, dass das Gutachten vom 29. September 2017 über die Aussagetüchtigkeit bzw. Urteilsfähigkeit der Beschwerdegegnerin bezüglich Sexualität festhält, das allgemeine Wissen der Beschwerdegegnerin über Sexualität sei sehr minim und mit demjenigen eines vier bis sieben Jahre alten Kindes vergleichbar. Zugleich habe die Beschwerdegegnerin aber den Körper einer über 40 Jahre alten Frau und könne zwischen körperlichen Annäherungen und sexuellen Berührungen, die ihr angenehm seien, und solchen, die sie als unangenehm empfinde, unterscheiden und darauf basierend in angenehme Situationen einwilligen. Ausserdem sei sie in der Lage, auszudrücken, wenn ihr eine Annäherung unangenehm sei, und sie könne sich dagegen wehren (Aussagepsychologisches Gutachten vom 29. September 2017). Gemäss ihren eigenen Aussagen fühlte sich die Beschwerdegegnerin vom Beschwerdegegner weder bedrängt, noch war sie nicht mit den Handlungen einverstanden. Sie würde wieder mit ihm ins Betreuerzimmer gehen, wenn er sie wieder abhole. Die Beschwerdegegnerin habe die sexuellen Handlungen als für sie angenehm bzw. gut beschrieben. Sie habe in einem an ihre aktuelle Betreuerin gerichteten Brief betont, dass sie die Handlungen des Beschwerdegegners gewollt habe und diese ihr gefallen hätten.

### **E. 3.5.3**

Der objektive Tatbestand von Art. 192 Abs. 1 StGB (vgl. auch derjenige von Art. 188 Ziff. 1 StGB und von Art. 193 Abs. 1 StGB ) setzt unter anderem voraus, dass der Täter das Abhängigkeitsverhältnis (bzw. die Notlage) ausnützt. Im Gegensatz zum früheren Recht wird nicht mehr von Gesetzes wegen vermutet, dass das vorausgesetzte Abhängigkeitsverhältnis derart intensiv ist, dass eine gültige BGE 148 IV 57 S. 61 Einwilligung in jedem Fall ausgeschlossen ist. Vielmehr muss das Ausnutzen der Abhängigkeit durch den Täter separat geprüft und begründet werden (vgl. NORA SCHEIDEGGER, Das Sexualstrafrecht der Schweiz [nachfolgend: Sexualstrafrecht], 2018, Rz. 507 mit Hinweis; gl.M. DUPUIS UND ANDERE, CP, Code pénal, 2. Aufl. 2017, N. 17 zu Art. 188 StGB ). Die Ausnutzung der Abhängigkeit ist ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal ( BGE 125 IV 129 E. 2a mit Hinweisen). Bei der Ausnutzung von Abhängigkeitsverhältnissen macht sich der Täter eine erheblich eingeschränkte Entscheidungsfreiheit oder Abwehrfähigkeit der abhängigen Person und ihre dadurch gegebene Gefügigkeit bewusst im Hinblick auf ein sexuelles Entgegenkommen zunutze ( BGE 133 IV 49 E. 4 mit Hinweis; BGE 131 IV 114 E. 1 S. 118; Urteil 6B\_858/2010 vom 10. Februar 2011 E. 6.1.1). Wie intensiv das Abhängigkeitsverhältnis ist, bleibt unerheblich. Um das erforderliche Mass zur Annahme eines Ausnutzens bestimmen zu können, muss das Abhängigkeitsverhältnis gleichwohl näher betrachtet werden (ESTHER OMLIN, Intersubjektiver Zwang & Willensfreiheit, 2002, S. 83). Das Ausnutzen erfordert, dass die abhängige Person die sexuelle Handlung(en) "eigentlich nicht will" und sie sich, entgegen ihrer inneren Widerstände, nur unter dem Eindruck der Autorität des andern fügt. Dies ist der Fall, wenn die überlegene Person (offen oder versteckt) Druck ausübt, ohne dass die Intensität einer Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB erreicht wird (Urteil 6S.219/2004 vom 1. September 2004 E. 5.1.2 mit Hinweisen). Nicht im Widerspruch hierzu steht, dass ein Ausnutzen vorliegen kann, ohne dass der Täter die abhängige Person mit Drohungen oder auf andere Weise unter Druck setzt ( BGE 125 IV 129 E. 2a S. 131 mit Hinweisen). Namentlich ist ein Ausnutzen gegeben, wenn die abhängige Person aufgrund ihrer unterlegenen Stellung ernstliche Nachteile befürchtet und sich deswegen nicht zu

widersetzen wagt. Die blosser Verführung durch den überlegenen Teil ist demgegenüber noch kein Ausnützen (Urteil 6S.219/2004 vom 1. September 2004 E. 5.1.2 mit Hinweisen; PHILIPP MAIER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2019, N. 12 zu Art. 188 StGB ; TRECHSEL/BERTOSSA, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Trechsel/Pieth [Hrsg.], 4. Aufl. 2021, N. 9 zu Art. 188 StGB ). Jedenfalls findet die Ausnützung auf der subjektiven Ebene beim Abhängigen statt, indem er annimmt, sich dem Täter fügen zu müssen (TOM FREYTAG, Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil 6S.865/1998 vom 4. Mai 1999, BGE 148 IV 57 S. 62 AJP 2000 S. 124). Die Schwierigkeit besteht darin, dass sich objektiv nur das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses feststellen lässt, während sich dessen Ausnützung auf der subjektiven Seite abspielt. Sie kommt darin zum Ausdruck, dass das Opfer annimmt, sich zur Vermeidung von Nachteilen oder auch nur schon im Hinblick auf die übergeordnete Stellung des Täters dessen Wünschen unterziehen zu müssen (JÖRG REHBERG, Das revidierte Sexualstrafrecht, AJP 1993 S. 25; ANDREAS DONATSCH, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl. 2018, S. 554 f.). Dass das Opfer die Ausnützung der Abhängigkeit in jedem Fall erkennt, ist nicht erforderlich (NORA SCHEIDEGGER, in: StGB, Annotierter Kommentar [nachfolgend: Annotierter Kommentar], Damian K. Graf [Hrsg.], 2020, N. 5 zu Art. 188 StGB mit Hinweis auf Urteil 6B\_858/2010 vom 10. Februar 2011 E. 6.4.2). Die Tatsache, dass der Täter die Initiative für das Zustandekommen des Sexualkontakts ergriffen hat, kann eher als zusätzliches Indiz für ein Ausnützen und damit gegen eine gesetzlich wirksame Einwilligung gewertet werden (Urteil 6B\_1010/2013 vom 17. Februar 2014 E. 3.2.1; SCHEIDEGGER, Sexualstrafrecht, a.a.O., Rz. 508). Das faktische Einverständnis liegt in der Natur der Ausnützung eines Abhängigkeitsverhältnisses und genügt deshalb nicht, die Straflosigkeit des Täters zu begründen (ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI, Strafrecht-Individualinteressen, 2019, S. 393). Ist die betroffene Person vom Täter abhängig, so ist sie in ihrer Entscheidung, in sexuelle Handlungen einzuwilligen oder sie zu verweigern, nicht mehr völlig frei. Duldet sie in dieser Lage sexuelle Handlungen, ja gibt sie dazu ihre ausdrückliche Zustimmung und Mitwirkung, so ist der Täter doch strafbar, wenn die Abhängigkeit der Person sie gefügig gemacht hat. Entscheidend ist daher, ob die betroffene Person durch die Abhängigkeit zur Duldung der sexuellen Handlungen bestimmt wurde, oder ob sie unabhängig davon aus eigenem Antrieb eingewilligt hat ( BGE 131 IV 114 E. 1 S. 118 mit Hinweisen; Urteil 6B\_1010/2013 vom 17. Februar 2014 E. 3.1). Die Abhängigkeit muss also kausal dafür sein, dass sich das Opfer auf eine sexuelle Beziehung mit dem Täter eingelassen hat ( BGE 131 IV 114 E. 1; BGE 124 IV 13 E. 2c/cc; BGE 99 IV 161 E. 2; je mit Hinweisen). Nur das freiverantwortliche, vom Abhängigkeitsverhältnis unbeeinflusste Einverständnis schliesst den Tatbestand aus (SCHEIDEGGER, Annotierter Kommentar, a.a.O., N. 4 zu Art. 192 StGB mit Hinweisen; dieselbe, Sexualstrafrecht, a.a.O., Rz. 530). So liegt kein BGE 148 IV 57 S. 63 Ausnützen vor, wenn die Beteiligten freiwillig sexuelle Kontakte miteinander unterhalten oder eine Liebesbeziehung eingegangen sind, ohne dass der nicht-abhängige Partner seine Überlegenheit missbraucht hat (Urteile 6B\_211/2020 vom 19. Mai 2020 E. 4.2.1; 6B\_858/2010 vom 10. Februar 2011 E. 6.1.1; gl.M. REHBERG, a.a.O., S. 25; PETER HANGARTNER, Selbstbestimmung im Sexualbereich - Art. 188 bis 193 StGB, 1998, S. 231). Denn es lässt sich nicht von der Ausnützung einer Abhängigkeit sprechen, wenn das dem Täter von seiner Stellung her unterlegene Opfer aus Zuneigung geschlechtlichen Umgang gewährt oder dies aus anderen Gründen auch unabhängig vom Bestehen des Subordinationsverhältnisses getan hätte (DONATSCH, a.a.O., S. 555;

CHRISTOPH HOFFMANN, Das Abhängigkeitsverhältnis als strafbegründendes und strafschärfendes Merkmal der Sittlichkeitsdelikte, 1968, S. 128). Ob angesichts der konkreten tatsächlichen Umstände ein Abhängigkeitsverhältnis bestand und ob dieses ausgenützt wurde, ist eine Rechtsfrage ( BGE 125 IV 129 E. 2a S. 131; Urteil 6B\_858/2010 vom 10. Februar 2011 E. 6.1.1).

#### **E. 3.5.4**

Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt. Der Täter muss zumindest in Kauf nehmen, dass er sich über den inneren Widerstand der abhängigen Person hinwegsetzt (Urteile 6B\_211/2020 vom 19. Mai 2020 E. 4.2.2; 6B\_858/2010 vom 10. Februar 2011 E. 6.1.2; je mit Hinweis; MAIER, a.a.O., N. 14 zu Art. 192 StGB ). Es ist die übergeordnete Person in einem Abhängigkeitsverhältnis, die sich darüber versichern muss, dass allfällige sexuelle Handlungen ausschliesslich im gegenseitigen Einverständnis vorgenommen werden und nicht auf einer vorbestehenden Drucksituation gründen (Urteil 6B\_211/2020 vom 19. Mai 2020 E. 4.5.1).

#### **E. 3.5.5**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, in Anlehnung an Art. 187 Ziff. 1 StGB sei bei Art. 192 Abs. 1 StGB die Schwelle zur Bejahung des Tatbestandselements der Ausnutzung bei in ihrer Intelligenz eingeschränkten Opfern immer tief anzusetzen. Andernfalls würde ein 15-jähriges Kind, das Opfer einer sexuellen Handlung werde, strafrechtlich umfassender geschützt, als ein minderintelligentes erwachsenes Opfer mit einem kindlichen, intellektuellen Entwicklungsstand wie die Beschwerdegegnerin. Obwohl der Wunsch der Beschwerdeführerin, Menschen mit geistiger Behinderung besser vor sexuellen Übergriffen zu schützen, BGE 148 IV 57 S. 64 durchaus geteilt werden kann, ist ihre Rüge unbegründet. Die Beschwerdeführerin scheint die Meinung zu vertreten, dass für die Beschwerdegegnerin - insbesondere aufgrund ihrer Behinderung - ein anderer Massstab für die "Bewertung" des Tatbestandselements des Ausnutzens angewendet werden müsste. Diesem Ansatz kann nicht gefolgt werden, denn er führt zu einer unerwünschten Beschränkung der Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung, mithin zu einer in sexuellen Belangen vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen Bevormundung von Menschen mit einer geistigen Behinderung. Art. 187 und 192 StGB schützen nicht das gleiche Rechtsgut: Art. 187 StGB will die "Gefährdung der Entwicklung von Unmündigen" verhindern, das heisst die ungestörte Entwicklung des Kindes gewährleisten, bis es die notwendige Reife erreicht hat, die es zur verantwortlichen Einwilligung in sexuelle Handlungen befähigt, wobei diese Reife vor dem 16. Altersjahr nach dem Willen des Gesetzgebers immer zu verneinen ist ( BGE 120 IV 194 E. 2b). Geschütztes Rechtsgut von Art. 192 Abs. 1 StGB ist hingegen die Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung (vgl. nicht publ. E. 3.3). Anders als Art. 192 Abs. 1 StGB ist Art. 187 StGB auch erfüllt, wenn das Opfer im Sinne des Gesetzes urteilsfähig und mit den sexuellen Handlungen voll einverstanden ist (siehe BGE 120 IV 194 E. 2b). Bei Menschen mit geistiger Behinderung ist eine generelle Urteilsunfähigkeit nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Für die Kenntnis der Tragweite der sexuellen Handlungen genügt es, wenn das Opfer in der Lage ist, die ungefähre Bedeutung der sexuellen Handlung und ihrer Folgen zu erfassen, und es einen Willen bezüglich des fraglichen sexuellen Kontakts bilden und äussern kann (Urteil 6S.359/2002 vom 7. August 2003 E. 2 mit Hinweis; vgl. auch BGE 82 IV 153 ). Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz konnte die Beschwerdegegnerin darüber entscheiden, die sexuellen Handlungen haben zu wollen oder nicht.

### E. 3.5.6

Gleichwohl verletzt die Vorinstanz Bundesrecht, wenn sie den Beschwerdegegner mangels Ausnützens i.S.v. Art. 192 Abs. 1 StGB vom Vorwurf der mehrfachen sexuellen Handlungen mit einem Anstaltspflegling freispricht. Das vorliegende Abhängigkeitsverhältnis und das bestehende Machtgefälle ist hier als ausgesprochen ausgeprägt sowie intensiv zu qualifizieren (vgl. auch nicht publ. E. 3.4.4): Durch ihre Beeinträchtigungen ist die stationär im Heim wohnende Beschwerdegegnerin erheblich eingeschränkt und von Betreuung sowie Pflege des Betreuungspersonals abhängig (strukturelle BGE 148 IV 57 S. 65 Abhängigkeit). Sie ist dem Beschwerdegegner auch in kognitiver Hinsicht massiv unterlegen. Als dieser den Anstoss zum ersten sexuellen Kontakt gab, war er zuvor ca. 16 Jahre lang ihr Betreuer gewesen. Ab dem Jahr 2010 bezeichnete die Beschwerdegegnerin ihn gar als ihren Lieblingsbetreuer, was für ein besonderes Vertrauensverhältnis und eine gewisse emotionale Abhängigkeit sowie Zuneigung spricht. In Anbetracht dieser Umstände kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie festhält, die Beschwerdegegnerin sei nicht leicht beeinflussbar gewesen. Dass sie gemäss Gutachten grundsätzlich in der Lage ist, in von ihr als angenehm empfundene körperliche Annäherungen einzuwilligen oder diese zu erwidern und nicht gewünschte Annäherungen abzuweisen, vermag nichts an ihrer vor allem durch diese Abhängigkeit bedingten, leichten Beeinflussbarkeit durch den Beschwerdegegner zu ändern. Um das erforderliche Mass zur Annahme eines Ausnützens zu bestimmen, ist das Abhängigkeitsverhältnis näher zu betrachten. Je grösser die Unterlegenheit der abhängigen Person ist, umso eher ist ein Ausnutzen zu bejahen, denn umso stärker ist die Entscheidungsfreiheit oder Abwehrfähigkeit der abhängigen Person eingeschränkt und umso grösser ist ihre dadurch gegebene Gefügigkeit. Angesichts des hier ausgesprochen ausgeprägten Abhängigkeitsverhältnisses bzw. des Machtgefälles, der massiven kognitiven Unterlegenheit der Beschwerdegegnerin und dem besonderen Vertrauen, welches sie dem Beschwerdegegner entgegen brachte, bedeutet die Tatsache, dass sie die von ihm initiierten sexuellen Handlungen duldet oder vornahm und, dass sie diese als angenehm empfand, nicht, dass sie ihnen frei und eigenverantwortlich zugestimmt hat. In der vorliegenden Konstellation liegt trotz der "Einwilligung" der Beschwerdegegnerin ein Ausnutzen vor. Nicht nur war dem Beschwerdegegner bekannt, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund der stationären Pflegesituation von ihm als Betreuer abhängig war, sondern, dass sie ihm auch in kognitiver Hinsicht massiv unterlegen war, und zudem aufgrund der in den Jahren aufgebauten besonderen Vertrauensbeziehung auch in emotionaler Hinsicht völlig unterlegen und damit entsprechend vulnerabel sowie beeinflussbar war. Der Anstoss zum ersten Treffen und den sexuellen Handlungen ging vom Beschwerdegegner aus. Auch bei den späteren sexuellen Kontakten ergriff jeweils er die Initiative. Sodann erfolgten die sexuellen Kontakte im Rahmen dieses institutionalisierten Abhängigkeitsverhältnisses und fanden heimlich in der Nacht im Pikettzimmer der BGE 148 IV 57 S. 66 Anstalt statt. Dass der Beschwerdegegner der Beschwerdegegnerin ausserdem ein Schweigegebot auferlegte, verstärkte ihre isolierte Situation zusätzlich und schränkte ihre Entscheidungsfreiheit weiter ein. Unter diesen Umständen war die Einwilligung der Beschwerdegegnerin zu den sexuellen Handlungen durch das starke Abhängigkeitsverhältnis zum Beschwerdegegner beeinflusst. Die Beschwerdegegnerin befand sich in einer derartigen Abhängigkeit vom Beschwerdegegner, dass sie nicht mehr völlig frei war, in der ihr grundsätzlich zustehenden Entscheidung in allfällige sexuelle Handlungen einzuwilligen. Dass sie sich dieser Abhängigkeit und dem starken Machtgefälle nicht bewusst war bzw. ist, ist vorliegend nicht

massgebend. Für den Beschwerdegegner war die Abhängigkeit und deren Ausmass sowie die dadurch eingeschränkte Entscheidungsfreiheit der Beschwerdegegnerin erkennbar. Der Freispruch des Beschwerdegegners von der Anklage der mehrfachen sexuellen Handlungen mit einem Anstaltspfegling verletzt Bundesrecht. Die Beschwerde erweist sich somit auch insofern als begründet.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.