

# **BL\_GERICHTE 460 19 68 vom 6. Juni 2019**

BL Gerichte, 2019-06-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_460\\_19\\_68](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_460_19_68)

FR: BL\_GERICHTE 460 19 68 du 6 juin 2019

IT: BL\_GERICHTE 460 19 68 del 6 giugno 2019

## **Regeste**

Schändung etc.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Formalien und Verfahrensgegenstand

#### **E. 1.1**

Die Zuständigkeit der Dreierkammer des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Strafrecht, als Rechtsmittelinstanz zur Beurteilung der vorliegenden Berufung ergibt sich aus Art. 21 Abs. 1 lit. a StPO sowie aus § 15 Abs. 1 lit. a EG StPO. Nach Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist. Gemäss Abs. 3 von Art. 398 StPO können mit der Berufung gerügt werden: Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (lit. a), die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (lit. b) sowie Unangemessenheit (lit. c), wobei das Berufungsgericht das Urteil in allen angefochtenen Punkten umfassend überprüfen kann (Art. 398 Abs. 2 StPO). Nach Art. 399 Abs. 1 und Abs. 3 StPO ist zunächst die Berufung dem erstinstanzlichen Gericht innert zehn Tagen seit Eröffnung des Urteils schriftlich oder mündlich anzumelden und danach dem Berufungsgericht innert 20 Tagen seit der Zustellung des begründeten Urteils eine schriftliche Berufungserklärung einzureichen. Die Legitimation der Staatsanwaltschaft zur Ergreifung des Rechtsmittels wird in Art. 381 Abs. 1 StPO normiert. Nachdem in casu das angefochtene Urteil ein taugliches Anfechtungsobjekt darstellt, die Staatsanwaltschaft berufungslegitimiert ist, zulässige Rügen erhebt und die Rechtsmittelfristen gewahrt hat sowie der Erklärungspflicht nachgekommen ist, ist im Folgenden ohne Weiteres auf die Berufung einzutreten. Gestützt auf Art. 406 StPO ergeht der vorliegende Entscheid im schriftlichen Verfahren.

#### **E. 1.2**

Aufgrund des Umstandes, wonach lediglich die Staatsanwaltschaft ein Rechtsmittel gegen das Urteil des Strafgerichts vom 15. Januar 2019 ergriffen hat und dieses ausschliesslich gegen den Freispruch des Beschuldigten vom Vorwurf der Schändung und damit zusammenhängend das Strafmass, den Widerruf eines früheren Urteils und die Verhängung einer Landesverweisung richtet (Ziff. 1 und 2 des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs), sind in Anwendung von Art. 404 Abs. 1 StPO nur noch diese Punkte Gegenstand des Berufungsverfahrens. Nicht mehr zu beurteilen sind damit namentlich die Verurteilung des Beschuldigten wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Ziff. 1 des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs), dessen Verpflichtung zur Leistung von

Schadenersatz und Genugtuung an die Privatklägerin (Ziff. 4 des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs), die trotz Freispruchs verweigerte Ausrichtung einer Genugtuung an den Beschuldigten (Ziff. 6 des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs) sowie die Erkenntnisse bezüglich beschlagnahmte Gegenstände und Kostentragung (Ziff. 3, 5, 7 und 8 des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs).

## **E. 2**

Ausführungen der Parteien (...)

## **E. 3**

Tatbestand der Schändung, eventualiter der Vergewaltigung 3.1.1 Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 10 Abs. 2 StPO) hat das urteilende Gericht frei von Beweisregeln und nur nach seiner persönlichen Überzeugung aufgrund gewissenhafter Prüfung darüber zu entscheiden, ob es eine Tatsache für bewiesen hält. Das Gericht trifft sein Urteil unabhängig von der Zahl der Beweismittel, welche für eine bestimmte Tatsache sprechen, und ohne Rücksicht auf die Form des Beweismittels ( Robert Hauser/Erhard Schweri/Karl Hartmann , Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel 2005, § 54 N 3 f., mit Hinweisen). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist gemäss der aus Art. 32 Abs. 1 BV (bzw. Art. 4 aBV) fliessenden und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Maxime "in dubio pro reo" bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld zu vermuten, dass der wegen einer strafbaren Handlung Beschuldigte unschuldig ist (Art. 10 Abs. 1 StPO). Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime ausserdem, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (Art. 10 Abs. 3 StPO). Die Beweiswürdigungsregel ist verletzt, wenn der Strafrichter an der Schuld des Beschuldigten hätte zweifeln müssen. Dabei sind bloss abstrakte und theoretische Zweifel nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen (BGE 124 IV 87 E. 2a; mit Verweis auf BGE 120 Ia 31). Insgesamt steht dem Sachgericht im Bereich der Beweiswürdigung praxisgemäss ein erheblicher Ermessensspielraum zu (BGE 134 IV 132 E. 4.2; 129 IV 6 E. 6.1). 3.1.2 Im Hinblick auf die Ermittlung des konkreten, massgeblichen Sachverhalts stehen folgende Indizien und Beweise im Zentrum der Würdigung: Die Depositionen des Beschuldigten anlässlich der Einvernahme durch die Polizei Basel-Landschaft, Allgemeiner Ermittlungsdienst 1, vom 3. August 2017 (act. 375 ff.), anlässlich der Einvernahme zur Person sowie zur Sache durch die Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft vom 12. Oktober 2017 (act. 21 ff., 415 ff., 433 ff.) und anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Strafgericht vom 14. Januar 2019 (act. S 65 ff.), die Ausführungen der Privatklägerin anlässlich der Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft vom 4. August 2017 (act. 397 ff.), diverse einschlägige Escort-Inserate aus dem Internet (act. 267 ff.), der Rapport der Kantonspolizei Aargau, Kriminalpolizei, vom 3. August 2017 (act. 247 ff.) und der Bericht der Polizei Basel-Landschaft, Allgemeiner Ermittlungsdienst 1, vom 3. August 2017 (act. 183 ff.). Gestützt hierauf ist - wie dies bereits die Vorinstanz zu Recht erkannt hat (vgl. E. I.2.1 S. 4 ff.), worauf in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO verwiesen werden kann - der Sachverhalt gemäss Ziffer 1 der Anklageschrift vom 19. März 2018 als erstellt zu erachten. Dies gilt umso mehr, als der Beschuldigte die im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens in sachverhaltmässiger Hinsicht vorgebrachten und vom Strafgericht widerlegten

Einwendungen, wonach erstens nicht klar sei, ob er das Kondom heimlich abgestreift habe oder ob dieses vergessen gegangen sei, er zweitens nicht gewusst habe, dass die Privatklägerin nur geschützten Geschlechtsverkehr vollziehen wolle, und drittens die Privatklägerin allenfalls mit dem Ausziehen des Kondoms konkludent einverstanden gewesen sei, im Berufungsverfahren ausdrücklich nicht mehr aufrecht erhält. Demnach ist unter Hinweis auf die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft von folgendem, zusammengefassten rechtserheblichen Sachverhalt auszugehen: Am 2. August 2017, ca. um 18:30 Uhr, hat der Beschuldigte die Privatklägerin, welche auf dem Erotik-Internet-Portal C.\_\_\_\_.ch ihre Dienste als Escort-Dame angepriesen hat zu seinem Wohnort an der D.\_\_\_\_strasse in E.\_\_\_\_ gebucht. Ca. um 20:00 Uhr ist die Privatklägerin an besagter Adresse eingetroffen. In der Wohnung des Beschuldigten bzw. seiner Eltern hat die Privatklägerin diesem ihre "Spielregeln" erklärt und eine Einigung über die Zahlungsmodalitäten getroffen. Zu diesen "Spielregeln" hat namentlich gehört, dass die Privatklägerin nur geschützten Geschlechtsverkehr anbietet. Nach gegenseitiger oraler Stimulation hat die Privatklägerin im Hinblick auf den Beischlaf ein mitgeführtes Kondom hervorgezogen, worauf der Beschuldigte sich dieses übergezogen hat. In der Folge haben die beiden einvernehmlichen, geschützten vaginalen Geschlechtsverkehr vollzogen, wobei die Privatklägerin zunächst rücklings auf dem Bett gelegen und sich danach auf den Bauch gedreht hat. Im weiteren Verlauf haben die beiden den Schauplatz vom Schlafzimmer der Eltern in dasjenige des Beschuldigten verlagert. Dort angekommen hat sich die Privatklägerin auf dem Bett des Beschuldigten mit dem Rücken zu diesem hingekniet, und die beiden haben den vaginalen Beischlaf von hinten fortgesetzt. Allerdings hat der Beschuldigte vor der wiederholten Penetration in einem unbemerkten Moment das Kondom abgestreift, obwohl er gewusst hat, dass die Privatklägerin nur geschützten Geschlechtsverkehr mit ihm vereinbart hat. Nachdem die Privatklägerin festgestellt hat, dass der Beschuldigte ohne ihr Wissen ungeschützten Geschlechtsverkehr mit ihr vollzogen hat, hat sie die Dienstleistung unmittelbar abgebrochen und dessen Wohnung verlassen. Zu prüfen ist demnach, ob dieser definierte Sachverhalt unter den Tatbestand der Schändung, eventualiter denjenigen der Vergewaltigung, zu subsumieren ist.

3.2.1 a) Gemäss Art. 191 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zum Beischlaf, zu einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht. Urteilsunfähig im Sinne von Art. 191 StGB ist, wer in sexuellen Belangen nicht eigenverantwortlich, d.h. in wirklicher Kenntnis der Bedeutung und Tragweite seines Verhaltens, entscheiden kann. Auf welchen Gründen die Urteilsunfähigkeit beruht, ist ohne Bedeutung; erforderlich ist jedoch stets, dass sie vollständig ist. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Urteilsfähigkeit des Opfers nach relativen Kriterien zu bestimmen (vgl. Stefan Trechsel/Carlo Bertossa, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2018, N 3 zu Art. 191 StGB, mit Hinweisen). Gemäss der Praxis des Bundesgerichts (vgl. BGE 133 IV 49 E. 7.2) ist widerstandsunfähig, wer nicht im Stande ist, sich gegen ungewollte sexuelle Kontakte physisch zu wehren. Die Bestimmung 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 zum Widerstand unfähig ist. Die Gründe für die Widerstandsunfähigkeit können dauernder oder vorübergehender, chronischer oder situationsbedingter Natur sein, also ebenso in schweren psychischen Defekten wie in einer hochgradigen Intoxikation durch Alkohol oder

Drogen, in körperlicher Invalidität wie in einer Fesselung, in der besonderen Lage der Frau in einem gynäkologischen Stuhl (BGE 103 IV 165; 119 IV 230 E. 3a, mit Hinweis) oder auch in einer Summierung von Schläfrigkeit, Alkoholisierung und einem Irrtum über die Identität des für den Ehemann gehaltenen Sexualpartners liegen (BGE 119 IV 230 E. 3a). Erforderlich ist hingegen, dass die Widerstandsfähigkeit gänzlich aufgehoben und nicht nur in irgendeinem Grad beeinträchtigt oder eingeschränkt ist (BGer 6B\_128/2012 vom 21. Juni 2012 E. 1.2.2; BGE 133 IV 49 E. 7.2; Philipp Maier, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Auflage, Basel 2019, N 6 zu Art. 191 StGB, mit Hinweisen). Bei blosser - z.B. alkoholbedingter - Herabsetzung der Hemmschwelle ist keine Widerstandsunfähigkeit gegeben (BGE 119 IV 230 E. 3a). Gewöhnliche Betrunkenheit bewirkt im Gegensatz zum pathologischen Rausch oder zur hochgradigen Intoxikation keine Widerstandsunfähigkeit (Trechsel/Bertossa, a.a.O., N 4 zu Art. 191 StGB, mit Hinweisen; Maier, a.a.O., N 5 f. zu Art. 191 StGB, mit Hinweisen; Günter Stratenwerth/Guido Jenny/Felix Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, 7. Auflage, Bern 2010, § 8 Rz. 38, mit Hinweisen). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist allerdings betont streng und bejaht auch bei Schläfrigkeit des Opfers relativ schnell die Anwendbarkeit des Tatbestandes. So kann gemäss neuerer Praxis des Bundesgerichts eine Widerstandsunfähigkeit namentlich auch dann vorliegen, wenn sich eine Person alkohol- und müdigkeitsbedingt nicht oder nur schwach gegen die an ihr vorgenommenen Handlungen wehren kann (BGer 6B\_17/2016 vom 18. Juli 2017 E. 1.4.2; 6B\_128/2012 vom 21. Juni 2012 E. 1.6.4). Ebenso bleibt nach der Rechtsprechung das zunächst tief schlafende Opfer zum Widerstand unfähig, wenn es nach Beginn des sexuellen Übergriffs zwar erwacht, sich danach aber aus körperlichen Gründen nicht zur Wehr setzen kann (BGer 6S.217/2002 vom 3. April 2003 E. 4). Missbrauch liegt vor, wenn der Täter die Schutzlosigkeit des Opfers ausnützt (BGE 133 IV 49 E. 7.2; 119 IV 230 E. 3a). Verlangt wird vorsätzliches Handeln, wobei Eventualvorsatz genügt. Eventualvorsätzlich handelt, wer zumindest ernsthaft für möglich hält, dass das Opfer aufgrund seines physischen oder psychischen Zustandes nicht in der Lage ist, sich gegen das sexuelle Ansinnen zur Wehr zu setzen, und es trotzdem zu sexuellen Handlungen bestimmt (Maier, a.a.O., N 16 zu Art. 191 StGB, mit Hinweisen). b) Nach Art. 190 StGB wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft, wer eine Person weiblichen Geschlechts zur Duldung des Beischlafs nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht. Praxisgemäss liegt Gewalt dann vor, wenn auf das Opfer mit chemisch oder physikalisch fassbaren Mitteln eingewirkt oder physisch in seine Rechtssphäre eingegriffen wird. Dabei schaltet der Täter entweder den Widerstand des Opfers aus oder verhindert eine allfällige Gegenwehr, bevor das Opfer reagieren kann. Eine gewisse Einwirkung auf den Körper des Opfers ist erforderlich, wobei die notwendige Intensität nach relativen Kriterien zu bestimmen ist. Keine Rolle spielt, ob das Opfer Widerstand leistet und dieser allenfalls gebrochen wird. Die Anwendung von List bzw. das Ausnützen von Verblüffung ist niemals Gewalt. Drohung ist ihrem Wesen nach kompulsive Gewalt, da das Opfer in seiner Willensentschliessung durch den Täter beeinflusst wird. Sie ist kaum vom Tatbestandsmerkmal des psychischen Drucks abgrenzbar. Der Drohende muss tatsächlich oder jedenfalls nach den Befürchtungen des Bedrohten Herr des Geschehens sein und die Herbeiführung oder Verhinderung des angekündigten Übels muss tatsächlich oder scheinbar in seiner Macht stehen. Keine Rolle spielt, ob der Täter die Drohung wahr machen kann oder will, solange das Opfer davon ausgeht, er meine es ernst. Ob eine Drohung vorliegt, ist immer nach den gesamten Umständen zu beurteilen. Die Freiheit des Opfers

muss derart eingeschränkt werden, dass keine andere Möglichkeit auszumachen ist, als dem Willen des Täters zu gehorchen. Inhalt und Tragweite des Begriffs des Unter-psychischen-Druck-Setzens sind umstritten, ein namhafter Teil der Lehre lehnt das Tatbestandsmerkmal als solches ab. Praxisgemäss ist psychischer Druck gegeben, wenn sich die tatbestandsmässige Ausweglosigkeit der Situation ergibt, ohne dass der Täter eigentliche Gewalt anwendet und dem Opfer ein Widersetzen nicht zugemutet werden kann. Die Tatbestandsmässigkeit setzt grundsätzlich voraus, dass das Nachgeben des Opfers unter den konkreten Umständen als verständlich erscheint, wobei die Beurteilung aufgrund einer Würdigung aller relevanten Umstände erfolgen muss. Erwachsenen mit entsprechenden individuellen Fähigkeiten ist eine stärkere Gegenwehr zuzumuten als Kindern. Nicht jeder beliebige Zwang, nicht schon jedes den Handlungserfolg bewirkende kausale Verhalten, auf Grund dessen es zu einem ungewollten Geschlechtsverkehr kommt, ist tatbestandsmässig. So genügt beispielsweise auch das Ausnützen allgemeiner Abhängigkeits- oder Freundschaftsverhältnisse für sich genommen nicht, um einen relevanten psychischen Druck im Sinne von Art. 189 Abs. 1 und Art. 190 Abs. 1 StGB zu begründen. Obschon auch diesbezüglich die Opfer einer seelischen Belastung ausgesetzt werden, wird die für die Sexualgewaltdelikte erforderliche Intensität nicht erreicht. Hinsichtlich des Tatmittels Zum-Widerstand-unfähig-Machen ergibt sich bereits aus den Materialien, dass für deren Anwendung kaum noch Möglichkeiten übrigbleiben. Ein Teil der Lehre sieht hier als einzige Möglichkeit, dass der Täter das Opfer durch Einsatz von Drogen oder Hypnotisieren zum Widerstand unfähig macht. Beischlaf wird definiert als eine Vereinigung des männlichen und weiblichen Geschlechtsteils; das Einführen des Glieds in den Scheidenvorhof reicht aus, es spielt aber keine Rolle, ob es zu einer Ejakulation kommt. Die Tatmittel und der Beischlaf werden durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Kausalität verknüpft. Beim Tatbestand der Vergewaltigung handelt es sich um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt, da der Versuch solange unvollendet bleibt, bis es zur Vereinigung der Geschlechtsteile kommt. Auf der subjektiven Seite ist vorsätzliches Handeln erforderlich, das sich auf die Tatbestandsmerkmale der Nötigung, des Beischlafs und der Kausalität beziehen muss, wobei Eventualvorsatz genügt (Maier, a.a.O., N 19 ff. zu Art. 189 StGB und N 6 ff. zu Art. 190 StGB; mit zahlreichen Hinweisen).

3.2.2 a) Die Vorinstanz hat den Beschuldigten sowohl vom Vorwurf der Vergewaltigung als auch demjenigen der Schändung mangels Vorliegens des objektiven Tatbestandes freigesprochen, wobei sie dies im Hinblick auf letzteren Tatbestand im Wesentlichen wie folgt begründet hat: Die Privatklägerin sei mit der Vornahme des Beischlafs a tergo nicht überrumpelt worden, sondern ausdrücklich damit einverstanden gewesen. Ebenso sei die Privatklägerin zu jedem Zeitpunkt in der Lage gewesen, einen Willen bezüglich des vereinbarten Sexualkontakts zu bilden, diesen Willen zu äussern und sich physisch wirksam zur Wehr zu setzen. Den stossenden Kernpunkt des vorliegenden Sachverhalts bilde nicht eine körperliche Widerstandsunfähigkeit der Privatklägerin, sondern vielmehr der Umstand, dass diese aufgrund der Täuschung des Beschuldigten ihre zustimmende Entscheidung für den vaginalen Geschlechtsverkehr nicht in Kenntnis aller für sie relevanten Informationen habe fällen können, eine gewisse Zeit in diesem durch den Beschuldigten verursachten Irrtum verblieben sei und ihre vorhandene physische Widerstandsfähigkeit deshalb gar nicht erst zum Widerstand genutzt habe. Im Gegensatz zur im Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt (Cour d'appel pénale, PE15.012315-LAE/PBR) vom 8. Mai 2017, E. 4.3, vertretenen Auffassung könne allerdings nach der Praxis des Bundesgerichts eine Täuschung allein, d.h. ohne Hinzutreten weiterer Faktoren, keine Widerstandsunfähigkeit

bewirken. Diese Rechtsprechung sei auch auf vorliegenden Fall anwendbar. Hinzu komme, dass die nach grammatikalischer, historischer, systematischer und teleologischer Methodik erfolgte Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Widerstandsunfähigkeit eine Subsumierung des vorliegenden Sachverhaltes unter den Tatbestand der Schändung ausschliesse. Namentlich sei anhand der Gesetzesmaterialien nirgends ersichtlich, dass der historische Gesetzgeber den Begriff im Sinn des durch Täuschung erwirkten Irrtums verstanden hätte. In systematischer Hinsicht sei zu konstatieren, dass der Gesetzgeber es unterlassen habe, für das Sexualstrafrecht einen eigentlichen Grundtatbestand zu formulieren; pönalisiert würden vielmehr stets einzelne, konkret umschriebene Handlungen gegen das geschützte Rechtsgut. Im Sinne einer Herleitung werde in Bezug auf den in anderen Strafnormen verwendeten Begriff der Widerstandsunfähigkeit jeweils nicht von einem durch Täuschung bewirkten Irrtum ausgegangen, sondern von einer physischen Einschränkung. Unter dem Gesichtspunkt der teleologischen Auslegung würde die Subsumption von Irrtumskonstellationen unter den Schändungstatbestand schliesslich eher den Anschein einer Verlegenheitslösung erwecken, dürfte doch der Unrechtsgehalt von "Stealththing" kaum jenen Fällen entsprechen, für welche der Tatbestand ursprünglich einmal gedacht gewesen sei. Ausserdem verbliebe, wenn der Schändungstatbestand über das Merkmal der Widerstandsunfähigkeit auch Täuschungen des Sexualpartners unter Strafe stellen würde, kein Raum für eine differenzierte rechtliche Behandlung, ohne in Willkür zu verfallen. Spätestens anhand dieses Auslegungselements werde einsichtig, dass die Subsumption von Täuschungshandlungen unter den Schändungstatbestand von einer rein extensiven Auslegung des geltenden Rechts weit entfernt sei. Nur weil das Schweizer Sexualstrafrecht die Strafbarkeit von täuschenden Verhaltensweisen *de lege lata* nicht vorsehe, dürfe das Gericht nicht in Versuchung geraten, diese Lücke in gewissen Fällen angesichts erkannter Strafwürdigkeit mittels einer den Wortsinn derart strapazierenden Auslegung eines Tatbestandsmerkmals zu schliessen (vgl. E. I.2.2.b S. 8 ff.).

b) Dieser überzeugend dargelegten Auffassung des Strafgerichts ist nach Ansicht des Kantonsgerichts gestützt auf folgende Überlegungen beizupflichten: In einem ersten Schritt ist daran zu erinnern, dass nicht jedes allenfalls ethisch und moralisch verpönte Verhalten gleichsam strafrechtlich von Bedeutung ist. Dem Strafrecht inhärent ist, dass eine Strafe oder eine Massnahme nur wegen einer Tat verhängt werden darf, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt (Art. 1 StGB). Der Grundsatz der Legalität nach Art. 1 StGB besagt, dass eine Tat nur dann bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich vorgesehen gewesen ist, bevor die Tat begangen worden ist. Gesetzliche Regelung der Strafbarkeit bedeutet, dass sowohl die Merkmale des strafbaren Verhaltens als auch dessen Folgen im Zeitpunkt der Ausführung des Delikts durch ein Gesetz bestimmt gewesen sind. Es müssen alle gesetzlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit gemäss den anwendbaren Bestimmungen des Besonderen Teils erfüllt sein, aber auch die jeweils erforderlichen allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit gemäss den Normen des Allgemeinen Teils. Ist nur eine dieser Voraussetzungen nicht gegeben, bleibt ein Verhalten zufolge fehlender Tatbestandsmässigkeit straffrei, auch wenn es als strafwürdig erscheint. Es besteht diesfalls die Möglichkeit der Gesetzesänderung, die aber grundsätzlich keine Rückwirkung entfaltet (vgl. Franz Riklin, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, Verbrechenlehre, 3. Auflage, Zürich 2007, § 2 Rz. 2 f., mit Hinweisen). Ein Kern des Legalitätsprinzips ist der Grundsatz "nulla poena sine lege certa". Es wird eine möglichst genaue gesetzliche Umschreibung der Voraussetzungen rechtlicher Sanktionen verlangt, damit klar wird, was verboten ist und was nicht. Ein Rechtssatz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger

sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann. Der Grundsatz der Legalität wird zum toten Buchstaben, wenn der Gesetzgeber die Straftatbestände so weit, unbestimmt und dehnbar fasst, dass es endlich doch wieder vom Gutdünken der rechtsanwendenden Instanzen abhängt, was strafbar ist und was straflos sein soll (vgl. Riklin, a.a.O., § 2 Rz. 10, mit Hinweisen). Ein weiterer Bedeutungsinhalt des Legalitätsprinzips ist das Analogieverbot zu Ungunsten des Beschuldigten, das Verbot der analogen Anwendung von Normen auf Fälle, die nicht unter diese Vorschriften subsumiert werden können. Man darf keine neuen Tatbestände via Analogie begründen, d.h. keine Bestrafung eines Verhaltens anordnen, das ausserhalb des Gesetzeswortlauts einer Bestimmung liegt, auch wenn es wesensgleich zu einem gesetzlich normierten Tatbestand erscheint (vgl. Riklin, a.a.O., § 2 Rz. 12, mit Hinweisen). Der Grundsatz "nullum crimen, nulla poena sine lege" d.h. "keine Strafe ohne Gesetz" als Ausfluss von Art. 4 BV führt dazu, dass im Strafrecht erstens ein Rückwirkungsverbot (Art. 2 Abs. 1 StGB) und zweitens das Verbot unbestimmter Strafvorschriften (Art. 1 StGB) gelten. Unzweifelhaft lässt sich der Bedeutungsgehalt eines Begriffs, zumindest im Grenzbereich, niemals mit völliger Sicherheit bestimmen. Das Gesetz kann immer nur in grösserem oder geringerem Masse exakt sein, und dieses Mass ist seinerseits nicht messbar. Am wenigsten erträglich ist jedoch ein Übermass an Unbestimmtheit bei der Umschreibung des mit Strafe bedrohten Verhaltens (vgl. Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Auflage, Bern 2005, § 4 N 3 ff., mit Hinweisen). Eine gesetzliche Norm, welche das "Stealthing" ausdrücklich unter Strafe stellen würde, existiert in der Schweiz zweifellos nicht. In grundsätzlicher Weise gegen eine Anwendbarkeit von Art. 191 StGB spricht, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des Tatbestandes der Schändung eine solche Fallkonstellation, wie sie in concreto vorliegt, offensichtlich nicht im Auge gehabt hat (vgl. auch aArt. 189 StGB in der bis zum 1. Oktober 1992 gültigen Fassung), was sich sowohl aus dem Gesetzeswortlaut ergibt als sich auch im abstrakten Strafraumen - aufgrund der besonderen Schutzbedürftigkeit des Opfers bis zu zehn Jahre Freiheitsstrafe - widerspiegelt. Dies führt zwar nicht dazu, dass ein Heranziehen besagter Bestimmung von vornherein ausserhalb jeder Möglichkeit steht, wie dies die Staatsanwaltschaft zu Recht darlegt, hat aber doch eine sorgsame Prüfung zur Folge, ob eine Subsumtion unter die betreffende Norm in Frage kommt. Dabei muss zwischen den verschiedenen Rechtsfindungen unterschieden werden. Von freier Rechtsfindung *intra legem* spricht man bei gesetzlichen Generalklauseln, gesetzlich vorgesehenen Analogien und wertausfüllungsbedürftigen Begriffen. Eine solche Rechtsfindung ist zulässig, wobei das Gericht sich an die durch das Gesetz und Rechtsordnung als Ganzes vermittelten Werte halten muss. Unter der freien Rechtsfindung *praeter legem* ist eine Lückenausfüllung gestützt auf eine Analogie oder Gewohnheitsrecht zu verstehen. Hierbei handelt es sich um eine im Strafrecht verbotene rechtsschöpferische Analogie, wenn dies zu Ungunsten des Beschuldigten geschieht. Im Falle der echten Gesetzeslücke, d.h. wenn der Gesetzgeber unabsichtlich seine Aufgabe nicht zu Ende geführt hat, stellt eine Lückenausfüllung zum Nachteil des Beschuldigten einen unzulässigen Verstoss gegen den Grundsatz "nulla poena sine lege" dar (vgl. Riklin, a.a.O., § 3 Rz. 11 ff., mit Hinweisen). In casu geht es nicht um die zulässige Interpretation einer gesetzlichen Generalklausel oder eines wertausfüllungsbedürftigen Begriffes, zumal im Bereich des Sexualstrafrechts weder ein Grund- noch ein Auffangtatbestand existieren. Vielmehr beabsichtigt die Staatsanwaltschaft eine Lückenausfüllung gestützt auf eine Analogie zu Ungunsten des Beschuldigten, was

jedoch ein verbotener rechtsschöpferischer Akt darstellt und infolgedessen von vornherein unzulässig ist. Daraus folgt, dass eine Anwendung von Art. 191 StGB ausser Betracht fällt. In diesem Zusammenhang ist vor Augen zu halten, dass dem Beschuldigten zur Last gelegt wird, im Rahmen eines vereinbarten Geschlechtsverkehrs das aufgesetzte Kondom abredewidrig entfernt und danach den Beischlaf ungeschützt fortgesetzt zu haben. Demgegenüber besteht der Schutzzweck der normierten Bestimmung von Art. 191 StGB darin, Personen, die einen zur Abwehr ausreichenden Willen zum Widerstand gegen sexuelle Übergriffe nicht oder nicht sinnvoll bilden, äussern oder betätigen können, zu schützen. Das Bundesgericht hat bereits in Bezug auf die frühere Fassung des in Frage stehenden Tatbestandes gemäss aArt. 189 StGB die Schändung dahingehend definiert, dass die Norm den Schutz von Personen, die einen sexuellen Widerstandswillen nicht oder nicht sinnvoll fassen bzw. ihn körperlich nicht betätigen können, bezweckt (BGE 119 IV 230 E. 3a). In der Lehre wird die Schändung als das Vornehmen sexueller Handlungen an einer Person, die ohne Zutun des Täters völlig ausserstande ist, darin einzuwilligen oder sich dagegen zu wehren, und die damit zum blossen Objekt sexueller Wünsche degradiert wird, erklärt (vgl. Trechsel/Bertossa, a.a.O., N 1 zu Art. 191 StGB, mit Hinweisen). Davon kann in casu, nachdem die Privatklägerin im Vollbesitz ihrer physischen und psychischen Kräfte ausdrücklich und freiwillig in den Geschlechtsverkehr eingewilligt hat, trotz der vom Beschuldigten missachteten Bedingung, nur geschützten Beischlaf zu praktizieren, offensichtlich keine Rede sein. Von Bedeutung ist ferner, dass das Strafgesetzbuch auf einer Dogmatik fusst, die von der Willensfreiheit ausgeht; es spricht einem jeden daher grundsätzlich die Dispositionsbefugnis über die eigenen Rechtsgüter zu. Diese Individualrechtsgüter können nicht verletzt werden, wenn der Rechtsgutträger einen Eingriff wünscht. Dies bedeutet mit anderen Worten, liegt eine wirksame rechtsgutbezogene Einwilligung vor, so sind die Tatbestände der Sexualdelikte ausgeschlossen. Im Gegensatz zum Zivilrecht ist das Strafrecht unter Berücksichtigung der vorgängig zitierten Legalitätsgrundsätze auf eine klare Differenzierung zwischen dem Vorliegen und dem Fehlen einer Einwilligung angewiesen. Dies ist deshalb bedeutsam, weil von ihr abhängt, ob ein strafrechtlicher Tatbestand im Zeitpunkt der Handlung verwirklicht ist oder nicht. Hat also eine solche Einwilligung - von einer einwilligungsfähigen Person freiwillig abgegeben - vorgelegen, kommt nachträglich eine Schändung (wie auch eine sexuelle Nötigung und eine Vergewaltigung) tatbestandlich nicht mehr in Frage. Auch eine Täuschung dergestalt, dass der Mann vorgibt, während des gesamten Geschlechtsverkehrs ein Kondom zu benutzen, ändert nichts daran, dass dessen Sexualpartnerin bzw. Sexualpartner über das ihr bzw. ihm zustehende Rechtsgut - die sexuelle Integrität - freiwillig verfügt hat. Zu betonen ist diesbezüglich, dass die Sexualdelikte nicht dazu dienen, die Ehrlichkeit im Zusammensein zu schützen. Unanständiges Verhalten bleibt, solange keine Rechtsgutverletzung vorliegt, straffrei. Da sich die Täuschung über die Verwendung eines Kondoms - wie umgekehrt das Vorspiegeln der Einnahme der Pille - nicht auf das geschützte Rechtsgut der sexuellen Integrität bezieht, führt sie nicht zu einem Wegfall der Freiwilligkeit der Einwilligung. Soweit die Sexualpartnerin bzw. der Sexualpartner ein Interesse an der durchgehenden Nutzung eines Kondoms vorbringt, um sich vor Geschlechtskrankheiten zu schützen, ist zu konstatieren, dass nunmehr das Rechtsgut der Gesundheit betroffen ist und nicht mehr dasjenige der sexuellen Integrität. Im Strafrecht kann eine Einwilligung nicht mit einer Bedingung ausgestattet werden, dies würde Tür und Tor für absurde Strafbarkeitskonstellationen öffnen. Entscheidend ist, dass sich die strafrechtliche Einwilligung immer nur auf das "ob" der Vornahme der Handlung

beziehen kann und nicht auf das "wie" (vgl. Carola Göhlich, "Stealthing" als Eingriff in die sexuelle Integrität?, AJP 5/2019, S. 522 ff., mit zahlreichen Hinweisen). Bezogen auf vorliegenden Fall ist noch einmal festzustellen, dass die Privatklägerin freiwillig über das ihr zustehende Rechtsgut der sexuellen Integrität verfügt und in den Geschlechtsverkehr mit dem Beschuldigten eingewilligt hat, weshalb nachträglich trotz der vom Beschuldigten ausgehenden Täuschung über die Verwendung eines Kondoms die Anwendbarkeit des Tatbestandes der Schändung ausgeschlossen ist. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass in einer "Stealthing"-Situation in aller Regel und insbesondere vorliegend eine wirksame rechtsgutbezogene, die Tatbestände der Sexualdelikte ausschliessende Einwilligung vorliegt. Darüber hinaus ist der in casu in Frage stehende Tatbestand der Schändung sowohl im Hinblick auf den ihm zugedachten Anwendungsbereich wie auch unter Berücksichtigung des aus dem Legalitätsprinzip abgeleiteten Verbots der rechtsschöpferischen Analogie nicht geeignet, den Sachverhalt des "Stealthing" einer Strafbarkeit zuzuführen. c) Selbst wenn man ungeachtet der vorstehenden Erwägungen die grundsätzliche Anwendbarkeit des Schändungstatbestandes in Bezug auf den in casu relevanten Sachverhalt bejahen würde, käme man nicht umhin, den erstinstanzlichen Freispruch mangels Vorliegens des Tatbestandsmerkmals der Widerstandsunfähigkeit zu bestätigen. Zu folgen ist dem Strafgericht in diesem Zusammenhang, dass nach der Praxis des Bundesgerichts (vgl. BGE 119 IV 230 E. 3a) die Täuschung allein keine Widerstandsunfähigkeit hervorruft und hierfür vielmehr in ihrer Summierung mehrere Komponenten zusammenwirken müssen wie Schläfrigkeit, Alkoholisierung und Irrtum in Bezug auf die Person des Täters bzw. über die Identität des für den Ehemann gehaltenen Sexualpartners. Von solchen Umständen kann im vorliegenden Fall allerdings mangels weiteren hinzutretenden Faktoren nicht gesprochen werden. Ebenso vermag das Kantonsgericht entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft im Gegensatz zu den beispielhaft vorgebrachten Vergleichsfällen (besondere Lage der Frau in einem gynäkologischen Stuhl [BGE 103 IV 165] bzw. nackt und auf dem Bauch liegende Patientin auf dem Behandlungstisch [BGE 133 IV 49 E. 7.4]) in casu auch aus der Stellung der Privatklägerin (auf allen vieren und den Rücken dem Beschuldigten zugewendet) keine tatbeständliche Widerstandsunfähigkeit abzuleiten. Massgeblich ist hierbei, dass es anders als bei den Beispielfällen in concreto nicht zu einem völlig überraschenden sexuellen Übergriff gekommen, sondern der Beischlaf als eigentlicher Zweck des Besuchs der Privatklägerin beim Beschuldigten ausdrücklich im gegenseitigen Einvernehmen erfolgt ist. Ausserdem hätte sie die Einhaltung der vereinbarten Bedingung nach dem Standort- und dem Stellungswechsel jederzeit durch einen nochmaligen Kontrollgriff überprüfen können, so wie sie dies im Verlaufe des Geschlechtsverkehrs zugestandenermassen zu einem früheren Zeitpunkt getan hat (vgl. act. 403), zumal zwischen den beiden zweifellos kein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden hat. Schliesslich teilt das Kantonsgericht auch die Meinung der Staatsanwaltschaft, wonach die heimliche Entfernung des Kondoms eine Zäsur bilde, mit welcher ein neuer, nicht dem Willen der betroffenen Person entsprechender Geschlechtsverkehr beginne, nicht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die wiederholte vaginale Penetration nach dem Standort- und Stellungswechsel durch das ursprüngliche und in der Zwischenzeit weder widerrufenes noch abgeänderte Einverständnis der Privatklägerin gedeckt gewesen ist, woran auch die Tatsache, dass der Beschuldigte sich inzwischen nicht mehr an die anfängliche Bedingung gehalten hat, ein Kondom zu verwenden, nichts zu ändern vermag. d) In ihrem Eventualantrag in der Anklageschrift sowie anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung hat die Staatsanwaltschaft gestützt auf den gleichen

Sachverhalt wie beim Vorwurf der Schändung eine (alternative) Verurteilung des Beschuldigten wegen Vergewaltigung beantragt. Von diesem Anklagevorwurf scheint die Staatsanwaltschaft nach dem diesbezüglichen erstinstanzlichen Freispruch im Berufungsverfahren abgekommen zu sein, indem sie vor Kantonsgericht ausdrücklich nur einen Schuldspruch wegen Schändung begehrt und dementsprechend konsequenterweise auch keinerlei Ausführungen im Hinblick auf das allfällige Vorliegen des Tatbestandes der Vergewaltigung tätigt. Nachdem allerdings nach der Praxis des Bundesgerichts (vgl. BGer 6B\_17/2016 vom 18. Juli 2017 E. 1.4.3) auch das Kantonsgericht im Berufungsverfahren gestützt auf Art. 350 Abs. 1 StPO - wonach das Gericht an den in der Anklage umschriebenen Sachverhalt, nicht aber an die darin vorgenommene rechtliche Würdigung gebunden ist - zu prüfen hat, ob der festgestellte Sachverhalt unter einen anderen als den angeklagten Tatbestand zu subsumieren ist, und zwar unabhängig davon, ob dies überhaupt im Interesse der Staatsanwaltschaft liegt oder nicht, ist in casu explizit festzuhalten, dass derjenige der Vergewaltigung nach Art. 190 StGB offensichtlich nicht zur Anwendung gelangen kann, was sich wie folgt kurz begründet: Der Tatbestand der Vergewaltigung stellt eine Spezialform der sexuellen Nötigung dar, nämlich die von einer weiblichen Person erzwungene Duldung des Beischlafs. Nur wenn ein psychischer Druck zur tatbestandsmässigen Ausweglosigkeit führt oder ein Akt der körperlichen Kraftentfaltung, der zugleich die sexuelle Handlung beinhaltet, das Mittel dazu ist, einen tatsächlichen oder erwarteten Widerstand für weitere sexuelle Handlungen zu brechen, liegt eine sexuelle Nötigung vor (vgl. Maier, a.a.O., N 43 zu Art. 189 StGB). Hiervon kann in concreto ohne Frage keine Rede sein. Abgesehen davon, dass bereits in der Anklageschrift darauf verzichtet worden ist, darzulegen, welches Nötigungsmittel in casu eingesetzt worden sein soll, um die Duldung des Beischlafs zu erzwingen, ist festzustellen, dass der stattgefundene vaginale Geschlechtsverkehr auf freiwilliger Basis Kern des zwischen dem Beschuldigten und der Privatklägerin abgeschlossenen Geschäfts gebildet hat. Dass der Beschuldigte die Privatklägerin über eine Modalität dieses freiwilligen Beischlafs, nämlich die Verwendung eines Kondoms, getäuscht hat, führt nicht dazu, dass diese in irgendeiner Form genötigt worden wäre und ändert daher nichts an der Freiwilligkeit und Einwilligung zum Geschlechtsverkehr. Im Übrigen ist auch an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass das "Stealthing" bereits aus rechtsdogmatischen Überlegungen nicht unter den Tatbestand der Vergewaltigung subsumiert werden kann. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das sogenannte "Stealthing" nach Auffassung des Kantonsgerichts zweifellos eine moralisch verwerfliche Tat darstellt und darüber hinaus auch einen Unrechtsgehalt zu beinhalten vermag, welcher es verdient, einem strafrechtlichen Schutz unterstellt zu werden; eine Schändung nach Art. 191 StGB stellt es aber nicht dar und noch weniger eine Vergewaltigung gemäss Art. 190 StGB (vgl. zum Ganzen auch Nora Scheidegger, Das Sexualstrafrecht der Schweiz, Grundlagen und Reformbedarf, Diss., Bern 2018). Vielmehr existiert im schweizerischen Strafrecht keine Norm, unter welche eine solche Handlung subsumiert werden könnte. Soll das "Stealthing" als Sexualdelikt (und nicht bloss als allfälliges Körperverletzungsdelikt oder als [allenfalls untauglicher] Versuch der Verbreitung menschlicher Krankheiten) strafrechtlich verboten werden, müsste hierfür - unter Berücksichtigung eines angemessenen Strafrahmens - eine dem aktuellen Zeitgeist entsprechende eigenständige gesetzliche Regelung normiert werden. Es kann nicht darum gehen, für ein gesellschaftlich unerwünschtes Verhalten eine Strafnorm heranzuziehen, die ganz offensichtlich nie dazu gedacht gewesen ist, ein solches Verhalten zu pönalisieren. Gestützt auf diese Erwägungen ist der Beschuldigte in Abweisung der Berufung der Staatsanwaltschaft und

dementsprechender Bestätigung des angefochtenen Urteils des Strafgerichts vom 15. Januar 2019 vom Vorwurf der Schändung, eventualiter der Vergewaltigung, freizusprechen. c) Bei diesem Ergebnis erübrigen sich weitere Ausführungen zum Strafmass, zum Widerruf eines früheren Urteils sowie zu der von der Staatsanwaltschaft begehrten Landesverweisung.

#### **E. 4**

Kostenfolge Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es sich nach Art. 428 Abs. 1 StPO, die ordentlichen Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von CHF 1'600.-- (beinhaltend eine Gebühr von CHF 1'500.-- sowie Auslagen von CHF 100.--) zu Lasten des Staates zu verlegen. (...)

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