

10. Strafrecht – Droit pénal

FamPra.ch-2000-727

**Nr. 64 Bundesgericht, Kassationshof, Entscheid vom 9. Mai 2000 i. S. X c.
Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau – 6S. 885/1999**

Art. 217 StGB: Vernachlässigung von Unterhaltspflichten, Zumutbarkeit eines Berufswechsels. Ein Unterhaltsschuldner ist gegebenenfalls verpflichtet, seine Stelle oder seinen Beruf zu wechseln um seine Unterhaltspflicht erfüllen zu können. Diese Pflicht ist jedoch durch den generellen Gesichtspunkt der Zumutbarkeit begrenzt. Einem Selbständigerwerbenden (so in casu) ist es jedenfalls zumutbar, einen Wechsel von der selbständigen zur unselbständigen Erwerbstätigkeit vorzunehmen, sofern er weiter in seinem erlernten Beruf tätig sein können und er als Arbeitnehmer ein erheblich höheres Einkommen wird erzielen können.

Art. 217 CPS: Violation d'une obligation d'entretien, exigibilité d'un changement de profession. Le débiteur d'une obligation d'entretien peut être tenu de changer d'emploi ou de profession pour qu'il puisse remplir son obligation d'entretien, quoique dans les limites de ce qui est généralement exigible. En tout cas, on peut raisonnablement exiger d'un indépendant (comme en l'espèce) qu'il entreprenne une activité lucrative dépendante, pour autant qu'il puisse continuer à travailler dans sa profession initiale et qu'il puisse en retirer un revenu considérablement plus élevé.

Art. 217 CPS: Trascuranza degli obblighi di mantenimento, esigibilità di un cambiamento di professione. Il debitore degli alimenti può essere tenuto a cambiare impiego o professione per essere in grado di adempire al suo obbligo di mantenimento. Tale obbligo è tuttavia limitato in modo generale dall'esigibilità. In tutti i casi, si può esigere da un indipendente (come in casu) che passi ad un'attività lucrativa dipendente se questo gli permette di continuare ad operare nella professione appresa e se, come dipendente, può conseguire un reddito di molto superiore.

Aus den Erwägungen:

2. [...]

3. a) Die Bestrafung nach Art. 217 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter über die Mittel zur Erfüllung der Unterhaltspflicht verfügt oder verfügen könnte. Damit wird auch erfasst, wer zwar einerseits nicht über ausreichende Mittel zur Pflichterfüllung verfügt, es andererseits aber unterlässt, ihm offen stehende und zumutbare Möglichkeiten zum Geldverdienen zu ergreifen (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 26. Juni 1985, BB1 1985 II S. 1055).

aa) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss der Unterhaltspflichtige in einem Umfang einer entgeltlichen Tätigkeit nachgehen, dass er seine Unter-

FamPra.ch-2000-728

haltspflichten erfüllen kann. Gegebenenfalls muss er sogar seine Stelle oder seinen Beruf wechseln, wobei diese Pflicht durch den generellen Gesichtspunkt der Zumutbarkeit begrenzt ist. So wird man etwa bei einem Feinmechaniker oder einem Pianisten kaum verlangen können, dass er eine berufsfremde Tätigkeit mit schwerer körperlicher Belastung übernimmt, wenn dadurch etwa das Feingefühl seiner Hände und damit die Möglichkeit, später wieder im angestammten Beruf zu arbeiten, beeinträchtigt würde. Das Recht auf freie berufliche Tätigkeit wird beschränkt durch die Pflicht des Unterhaltspflichtigen, für seine Familie aufzukommen. Die Betätigungsfreiheit entbindet einen Künstler nicht von der Pflicht, neben einer künstlerischen Tätigkeit, die seinen eigenen Notbedarf nur ungenügend deckt, in dem Umfang einer ihm zumutbaren entgeltlichen Tätigkeit nachzugehen, dass er seine familienrechtlichen Verpflichtungen erfüllen kann (BGE 114 IV 124).

bb) In der kantonalen Rechtsprechung ist die Strafbarkeit nach Art. 217 StGB bejaht worden bei Tätern, die einer uneinträglichen selbständigen Tätigkeit nachgegangen sind und es unterlassen haben, durch eine anderweitige, gegebenenfalls unselbständige Tätigkeit ein hinreichendes Einkommen zu erzielen (BJM 1983 S. 86 ff. [Appellationsgericht Basel-Stadt]; SJZ 82/1986 S. 212 f. [Kantonsgericht Schwyz]).

cc) Wie im Schrifttum dargelegt wird, kann sich der Unterhaltspflichtige auch dadurch strafbar machen, dass er aus eigenem Entschluss darauf verzichtet, seine Arbeitskraft im Rahmen des Zumutbaren optimal ökonomisch zu nutzen (Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 217 N 13 mit Hinweisen). Art. 217 StGB verlange vom Schuldner unter Strafdrohung, dass er alles mache, was von ihm vernünftigerweise erwartet werden könne, um sich hinreichende Einnahmen zu verschaffen. Man müsse sich fragen, ob der Schuldner unter anderem eine andere einträglichere Tätigkeit hätte ausüben können (Bernard Corboz, Les principales infractions, Bern 1997, S. 294 f. N 26 ff.). Alimentenschuldner seien generell verpflichtet, sich im Rahmen ihrer Möglichkeiten das notwendige Geld zur Erfüllung der Unterhaltsbeiträge zu beschaffen (sog. «Anspannungspflicht»). Sie müssten die ihnen zumutbaren Bemühungen unternehmen, um ausreichende finanzielle Mittel zu erlangen. Dies bedeute, dass der Unterhaltspflichtige gewisse Einschränkungen seiner Lebensführung auf sich nehmen müsse, wenn er dadurch in die Lage komme, überhaupt oder wesentlich höhere Einkünfte zu erzielen. Insoweit sei das Recht auf eine freie Berufswahl und Selbstverwirklichung beschränkt. Wo die Grenze genau liege, lasse sich angesichts der vielfältigen familiären und sozialen Verhältnisse kaum allgemein formulieren; sie sei fließend und werde in der Praxis von Fall zu Fall bestimmt. Allenfalls sei eine berufsfremde Beschäftigung oder ein Wechsel der bisherigen Tätigkeit erforderlich. Von praktischer Bedeutung sei hier beispielsweise die Pflicht eines Wechsels der Arbeitsstelle. Ebenso sei ein selbständig Erwerbstätiger, dessen Geschäft nicht (mehr) lebensfähig sei, verpflichtet, eine unselbständige Tätigkeit aufzunehmen. Von Bedeutung sei, wie gross die

Chancen eines Mehrverdienstes bei einem Berufswechsel seien. Der Wechsel einer Arbeitsstelle oder gar die Aufnahme einer berufsfremden Beschäftigung sei nur dann zumutbar, wenn ernsthaft mit einem Mehrverdienst zu rechnen sei (Peter Albrecht, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, 4. Band, Bern 1997, Art. 217 N 58 ff. mit Hinweisen).

dd) Auch in Deutschland, wo in §170b dStGB (Verletzung der Unterhaltspflicht) eine mit [Art. 217 StGB](#) vergleichbare Strafbestimmung besteht, entspricht es allgemeiner Auffassung, dass der Unterhalts-Schuldner verpflichtet sein kann, den Arbeitsplatz, gegebenenfalls auch den Wohnort, oder den Beruf zu wechseln. Dem selbständig Erwerbstätigen, dessen Existenz sich als wirtschaftlich unzulänglich erweist, sei unter Umständen zuzumuten, eine Arbeit in abhängiger Stellung anzunehmen (Dippel, Leipziger Kommentar, 10.Aufl., 4. Band, 1988, §170b N45; Schöнке/ Schröder/Lenckner, Kommentar, 25.Aufl., 1997, §170b N21, je mit Hinweisen).

b) Wann vom Schuldner die Aufnahme einer anderen Erwerbstätigkeit verlangt werden kann, kann nicht allgemein gesagt werden; es kommt auf die Umstände des Einzelfalles an.

Im hier zu beurteilenden Fall spielen folgende Gesichtspunkte eine Rolle: Es geht nicht um die Aufnahme einer berufsfremden Tätigkeit. Der Beschwerdeführer hätte weiterhin im erlernten Beruf tätig bleiben können. Verlangt wird lediglich der Wechsel von einer selbständigen zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit. Das geht weniger weit als die Aufnahme einer berufsfremden Tätigkeit und ist eher zumutbar. Der Beschwerdeführer verdiente durch seine selbständige Tätigkeit nach seiner Aussage vom Juli 1997 Fr. 3 000.–, nach seiner Aussage vom September 1998 rund Fr. 1 800.– monatlich. Nach den Darlegungen im angefochtenen Urteil hätte er bei unselbständiger Arbeit ein Einkommen von Fr. 4 500.– bis Fr. 6 000.– pro Monat erzielen können. Dass dies unzutreffend sei, macht der Beschwerdeführer nicht geltend und ist nicht ersichtlich. Dieser erhebliche Einkommensunterschied spricht für die Zumutbarkeit des Wechsels in die unselbständige Erwerbstätigkeit. Je höher die Verdienstmöglichkeiten bei unselbständiger im Vergleich zur selbständigen Erwerbstätigkeit sind, desto eher ist der Wechsel zumutbar. Für die Frage der Zumutbarkeit der Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit ist überdies von Bedeutung, wie sich die Marktlage bei selbständiger Tätigkeit darstellt. Je erfolgsversprechender der Markt ist, in dem der selbständig Erwerbende tätig ist, desto weniger ist es ihm zumutbar, die selbständige Tätigkeit aufzugeben. Das gilt auch umgekehrt. Wie der Beschwerdeführer in der Beschwerde selber darlegt, nahm er seine selbständige Tätigkeit in der «besonders flauen Baubranche» auf. Da die Marktlage somit ungünstig war, war ihm der Wechsel in eine unselbständige Erwerbstätigkeit auch unter diesem Gesichtspunkt zumutbar. Zwar bringt der Beschwerdeführer zutreffend vor, dass dem selbständig Erwerbenden eine gewisse Zeit zum Aufbau sei-

nes Geschäftes einzuräumen ist. Diese Zeit darf aber im Interesse der unterhaltsberechtigten nicht zu lange bemessen werden. Namentlich kann sich der selbständig Erwerbende insoweit nicht – wie der Beschwerdeführer – darauf berufen, dass der Markt, in dem er tätig ist, ungünstig ist. Verhält es sich so, hat der selbständig Erwerbende umso mehr Grund, eine unselbständige Tätigkeit aufzunehmen. Das Geschäft des Beschwerdeführers hat nach zwei Jahren noch keinen hinreichenden Ertrag abgeworfen. Wenn die Vorinstanz annimmt, dass der Beschwerdeführer spätestens nach zwei Jahren eine unselbständige Arbeit hätte annehmen müssen, ist das unter den Umständen des vorliegenden Falles nicht unverhältnismässig und verletzt kein Bundesrecht. Der Beschwerdeführer hat seine Unterhaltspflichten somit seit April 1995 ununterbrochen schuldhaft nicht erfüllt.

**Nr. 65 Bundesgericht, Kassationshof Entscheid vom 5. Juni 2000,
Nichtigkeitsbeschwerde – 6S. 107/2000**

Art. 189 Abs. 2 und 190 Abs. 2 StGB,, Art. 181 StGB: Vergewaltigung in der Ehe, Abgrenzung zu Nötigung. Vergewaltigung in der Ehe bildet gemäss Art. 190 Abs. 2 StGB ein Antragsdelikt. Umfasst der zwar gestellte Strafantrag nicht den gesamten Zeitraum eines deliktischen Verhaltens, ist für die nicht vom Strafantrag umfasste Periode kein Rückgriff auf den allgemeinen Nötigungstatbestand von Art. 181 StGB möglich, da der Gesetzgeber sexuelle Handlungen unter Ehegatten abschliessend und mit Ausnahme der qualifizierten Begehungsweise als Antragsdelikt ausgestaltet hat.

Art. 189 al. 2 et 190 al. 2 CPS, art. 181 CPS: Viol dans le mariage, délimitation entre viol et contrainte. Conformément à l'art. 190 al. 2 CPS, le viol dans le mariage constitue une infraction poursuivie sur plainte. Si la plainte pourtant déposée ne porte pas sur toute la durée du comportement délictueux, la période non couverte par la plainte ne peut pas tomber sous le coup de l'état de fait général de l'article 181 CPS, car le législateur a conçu les actes de contrainte sexuelle entre époux de manière exhaustive et en tant qu'infractions poursuivies sur plainte, sauf en cas d'infraction qualifiée.

Art. 189 cpv. 2 e 190 cpv. 2 CPS, art. 181 CPS: Violenza carnale all'interno del matrimonio, distinzione dalla coazione. La violenza carnale all'interno del matrimonio costituisce, ai sensi dell'art. 190 cpv. 2 CPS, un reato punibile a querela di parte. Se la querela presentata non concerne l'intera durata di un comportamento delittuoso, è escluso il ricorso alla fattispecie generica della coazione di cui all'art. 181 CPS per il periodo non incluso nella querela, giacché il legislatore ha concepito gli atti di coazione sessuale tra coniugi in modo esaustivo e, tranne in caso di commissione aggravata, come reati punibili a querela di parte.

Aus den Erwägungen:

I. Ist der Täter der Ehegatte des Opfers und lebt er mit diesem in einer Lebensgemeinschaft, werden sexuelle Nötigung und Vergewaltigung auf Antrag verfolgt.

Das Antragsrecht erlischt nach sechs Monaten. Art. 28 Abs. 4 ist nicht anwendbar (Art. 189 Abs. 2 und 190 Abs. 2 StGB)).

a) Die Ehegattin hatte am 28. März 1998 die gemeinsame Wohnung verlassen und am 20. Juli 1998 Strafklage unter anderem wegen sexueller Nötigung erhoben. Dieser Strafantrag erfasste somit die sechs Monate vor dem 20. Juli 1998. Für den Zeitraum zwischen dem 20. Januar und dem 28. März 1998 wurde der Beschwerdegegner daher der mehrfachen Vergewaltigung schuldig gesprochen. Für die angeklagten sexuellen Nötigungen zwischen September 1996 und Januar 1998 nahm das Bezirksgericht an, mit dem Strafantrag wegen Vergewaltigung in der Ehe habe das Opfer seinen Willen zur Strafverfolgung geäussert. Anders als im Falle eines fehlenden Strafantrags bestehe hier kein Grund, die Strafverfolgung wegen Nötigung gemäss Art. 181 StGB auszuschliessen. Entsprechend verurteilte es den Beschwerdegegner wegen eines Vorfalls vor dem Frühsommer 1997 wegen Nötigung gemäss Art. 181 StGB.

b) Die Vorinstanz hebt diesen Schuldspruch auf mit der Begründung, Vergewaltigung in der Ehe bilde gemäss Art. 190 Abs. 2 StGB ein Antragsdelikt. Das Strafrecht solle nicht gegen den Willen der verletzten Gattin eingreifen und das Zusammenleben der Ehegatten gefährden. Stelle die Gattin keinen Strafantrag oder nehme sie ihn zurück, so dürfe der Täter daher auch nicht wegen Nötigung nach Art. 181 StGB bestraft werden, obwohl es sich dabei um ein Officialdelikt handle (unter Verweisung auf Rehberg/Schmid, Strafrecht III, 7. Auflage, Zürich 1997, S. 397 f.; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I, 5. Auflage, 1995, § 8 N 19; Jenny, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Bern 1997, Art. 190 N 14 mit Verweisung auf Art. 189 N 47; Philipp Maier, Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht, Diss. Zürich 1994, S. 361 f.; Peter Hangartner, Selbstbestimmung im Sexualbereich – Art. 188 -193 StGB, Diss. St. Gallen 1997, S. 161). Nach dieser Lehre erfassten die Art. 189 und 190 StGB die sexuelle Nötigung abschliessend. Dagegen trete Trechsel (Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 1997, Art. 189 N 14 mit Hinweis auf ZBJV 129/1993 S. 596) bei diesen Strafantragsdelikten für einen Rückgriff auf den allgemeinen Nötigungstatbestand von Art. 181 StGB ein. Sie schliesse sich jedoch der mehrheitlich vertretenen Auffassung an. Vorliegend sei zwar – anders als im Falle des nicht gestellten oder zurückgezogenen Antrags – ein Strafantrag gestellt worden. Dieser umfasse allerdings nicht den gesamten zurückliegenden Zeitraum des strafbaren Verhaltens. Denn nach der ratio legis solle das Antragsrecht verhindern, dass der Strafrichter gegen den Willen der Verletzten eingreife (Rehberg/Schmid, a. a. O., S. 397). Entscheidend sei der Wille der Verletzten zur Zeit des Zusammenlebens und allenfalls noch darüber hinaus. Solange diese keinen Antrag gestellt habe, sei davon auszugehen, dass sie – aus welchen Gründen auch immer – in diesem Zeitraum eine Strafverfolgung zunächst (noch) nicht gewollt habe. Über diesen seinerzeit bekundeten Willen könne sich das Gericht nun nicht nach-

träglich hinwegsetzen. Die in diesen Zeitraum fallenden Taten könnten daher auch nicht unter einem anderen Tatbestand bestraft werden. Der Beschwerdegegner sei folglich von der Anklage der mehrfachen Nötigung freizusprechen.

c) Die Beschwerdeführerin vertritt die Ansicht, bei fehlendem Strafantrag sei ein Rückgriff auf Art. 181 StGB möglich. Die Vorinstanz verkenne den Schutzzweck von Art. 190 Abs. 2 StGB, wonach der Strafrichter nicht gegen den Willen des Opfers eingreifen solle. Vorliegend habe das Opfer mit seinem Strafantrag das Verfahren selber eingeleitet. Es sei deshalb nicht einzusehen, weshalb unter diesen Voraussetzungen eine Bestrafung wegen Nötigung für den gesamten zurückliegenden Zeitraum nicht möglich sein sollte, soweit er nicht gemäss Art. 190 Abs. 2 StGB erfasst werde.

d) Die Auffassung der Vorinstanz überzeugt. Inzwischen vertritt auch die 4. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern die Auffassung, ein Angeschuldigter dürfe nicht subsidiär gemäss Art. 181 StGB schuldig erklärt werden; aufgrund der Materialien und des Wortlauts von Art. 189 Abs. 2 und Art. 190 Abs. 2 StGB sei vielmehr mit der herrschenden Lehre davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sexuelle Handlungen unter Ehegatten abschliessend und mit Ausnahme der qualifizierten Begehungsweise als Antragsdelikte ausgestaltet habe (Entscheid vom 20. April 1999, ZBJV 136/2000 S. 144 f.). Es ist also der vorliegende Fall, in dem ein Strafantrag gestellt wurde, für den Zeitraum vor dem 20. Januar 1998 jenem gleich zu stellen, wo kein Strafantrag gestellt oder dieser zurückgezogen wurde. Dabei stellt die Vorinstanz zu Recht auf den Willen des Opfers ab. Dies bestätigt sich im zu beurteilenden Sachverhalt. Die verletzte Gattin antwortete in der Einvernahme auf die Frage, warum sie nicht früher die Polizei aufgesucht habe: «Ich weiss es nicht. Ich will nicht, dass er bestraft wird. Ich will meine Ruhe. Ich habe meine Ruhe aber nicht bekommen. Er ist eigentlich kein schlechter Mensch. Ich will ihm auch nichts Böses. Ich dachte auch nicht, dass so etwas bestraft wird, ich habe nicht mehr als eine Busse oder eine Verwarnung erwartet». Aus dieser Äusserung ergibt sich unter anderem, dass die Verletzte zunächst zuwartete und noch zu einem weiteren Zusammenleben bereit war. Das heisst aber auch, dass sie für diese Zeitspanne keine Strafverfolgung wünschte.

Dieser Wille der Verletzten ist zu respektieren. Das ist die gesetzliche Konzeption von Art. 189 Abs. 2 und Art. 190 Abs. 2 StGB. Die für die sexuelle Nötigung unter Ehegatten getroffene Sonderregelung verlöre ihren Sinn, wenn sie im Wege der Bestrafung der Tat aus Art. 181 StGB umgangen werden könnte (Jenny, a. a. O.).

Bemerkung: vgl. Entscheid Nr. 66

FamPra.ch-2000-733

**Nr. 66 Bundesgericht, Kassationshof Entscheid vom 5. Juni 2000,
Nichtigkeitsbeschwerde – 6S. 108/2000**

Art. 190 Abs. 1 StGB: Vergewaltigung in der Ehe, psychisches Unterdrücksetzen. Zur Beurteilung des psychischen Unterdrücksetzens im Sinn von Art. 190 Abs. 1 StGB ist eine

individualisierende Beurteilung notwendig. Setzt ein Täter gegen eine junge, anfangs eigentlich hörige und in Liebesbeziehungen verletzte Gattin eine ganze Reihe von Druckmitteln ein, kann dies ein psychisches Unterdrucksetzen im Sinn von Art. 190 Abs. 1 StGB darstellen. Das Opfer muss nicht mehr als eine «mögliche und zumutbare Abwehr» leisten, welche sich an der konkreten Situation orientiert. Ein allfälliges Nachgeben muss – wiederum unter den konkreten Umständen – als verständlich erscheinen.

Art. 190 al. 1 CPS: Viol dans le mariage, pressions d'ordre psychologique. *Les pressions psychologiques au sens de l'art. 190 al. 1 CPS s'apprécient de cas en cas. Lorsque l'auteur exerce toute une série de moyens de pressions sur une épouse jeune, initialement tout à fait soumise et vulnérable, son comportement peut susciter des pressions d'ordre psychologique au sens de l'art. 190 al. 1 CPS. La victime ne doit lui opposer qu'une défense «possible et raisonnablement exigible» selon les circonstances du cas concret. Une éventuelle capitulation doit paraître excusable, toujours d'après la situation concrète.*

Art. 190 cpv. 1 CPS: Violenza carnale all'interno del matrimonio, pressione psicologica. *La pressione psicologica ai sensi dell'art. 190 cpv. 1 CPS dev'essere apprezzata in concreto. Se l'autore esercita tutta una serie di mezzi di pressione su una consorte giovane e inizialmente succube, e vulnerabile negli affetti, ciò può costituire una pressione psicologica ai sensi dell'art. 190 cpv. 1 CPS. La vittima non deve resistere più di quanto «possibile ed esigibile», a dipendenza delle circostanze concrete. Un'eventuale capitolazione deve parere giustificata, sempre secondo le circostanze concrete.*

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Vorinstanz führt aus, nach der Rückkehr des Beschwerdeführers (Jahrgang 1967) in die Schweiz im August 1996 sei die anfänglich schöne Beziehung zu seiner Gattin (Jahrgang 1978) allmählich beengend, bedrückend und bedrohlich geworden und in einem steten Wechsel von Verweigerung des ehelichen Beischlafs, gesteigerter Druckausübung und schliesslichem Erdulden des Beischlafs eskaliert. «Es» habe sich zunächst «mehr in Traurigkeit abgespielt», «dann war es nur noch Streit und Wut». Sie habe nachvollziehbar dargelegt, wie sie keine Lust mehr gehabt habe, wie er zunächst gebeten und gebettelt und dann auf seine Rechte gepocht habe; wie er tagelang nicht mit ihr gesprochen, sie beleidigt und herabgemindert habe; wie er Türen zugeknallt, Gläser und Kerzenständer zerschlagen, ihr lieb gewordene Gegenstände zertrampelt, Filme aus dem Fotoapparat gerissen, ihre Kleider zerschnitten oder zerrissen sowie Fernseher und Video auf den Boden geworfen habe, bis sie psychisch erschöpft und völlig eingeschüchtert nachgegeben habe. Es habe aber auch Tage gegeben, wo sie nicht nachgegeben habe. Sie sei aber stets bei der Aussage geblieben, dass sie nicht mit körperlicher Gewalt gezwungen worden sei, sondern sie

habe sich wegen des Drucks, den sein gesamtes Verhalten bei ihr erzeugt habe, «einfach hingelegt», so dass er sich habe «holen» können, was er dringend gewollt habe. Es sei wöchentlich zu derartigem Geschlechtsverkehr gekommen.

Aus ihren Aussagen gehe aber nicht nur hervor, unter welchem gewaltigen Druck sie gestanden habe, sondern auch, wie wohlwollend sie ihm gegenüber immer noch eingestellt sei. Es sei nachvollziehbar, warum sie ihn nicht früher verlassen habe. Die kaum Achtzehnjährige sei ihm anfänglich sehr hörig gewesen und habe sich in einer zweiten Phase zu einer Trennung oder Scheidung ausser Stande gefühlt, weil sie vermutet habe, er würde dann ausgewiesen. Sie habe zudem ihre Ehe retten wollen. Es hätten sich ihr auch kaum Alternativen geboten. Angesichts vielschichtiger psychischer und sozialer Abhängigkeiten erscheine es nachvollziehbar, dass sie in dieser bedrückenden, zermürbenden, angstbesetzten und gewaltträchtigen Beziehung solange ausgeharrt und nicht früher Anzeige erstattet habe.

Das stets wiederholte Drängen und Fordern, die zermürbenden Streitereien und das tagelange Schweigen, das Wüten und Demolieren, die subtilen psychischen Verletzungen, das gezielte Zerstören von Gegenständen mit Erinnerungs- oder anderweitigem Affektionswert, die Drohungen sowie das provozierende Sich-Betrinken stellten Handlungen dar, die vielleicht einzeln für sich jeweils auszuhalten seien, jedoch, wenn sie in dieser Häufung eingesetzt und überdies stetig gesteigert würden, längerfristig das Opfer in eine unerträgliche Lage versetzten. Zeitlich und qualitativ überschritten diese Verhaltensweisen das Mass bei weitem. Die für die Erfüllung des Tatbestands erforderliche Intensität des Zwangs sei damit erfüllt.

Die Vielfalt der Druckmittel und das wiederkehrende, an Psychoterror grenzende Drangsalieren seien zudem ganz besonders geeignet, einen jungen, unsicheren und gerade in Liebesbeziehungen verletzlichen Menschen ohne tragendes soziales Auffangnetz zu ängstigen und zu zermürben und damit unerträglichem Druck auszusetzen. Angesichts einer gewissen, sich zur Tortur steigernden psychophysischen Dauerbelastung einerseits sowie der vielschichtigen Beziehung zu ihm und in ihrer latenten Sehnsucht nach einer harmonischen und langandauernden Partnerschaft andererseits sei verständlich und nachvollziehbar, dass sie in eine Zwangssituation geraten sei, aus der sie keinen anderen Ausweg mehr gefunden habe, als den ehelichen Beischlaf zu erdulden, zumal nach der jeweiligen Hingabe der Druck kurzfristig etwas nachgelassen habe. Angesichts ihrer Persönlichkeit sowie der aus ihrer sozialen Lage resultierenden Idealvorstellungen sei der Druck auch nach individuellem Massstab von hinreichender Intensität gewesen. Damit sei das Tatbestandsmerkmal des psychischen Drucks objektiv erfüllt.

1.b)–2. [...]

3. 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, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft (Art. 190 Abs. 1 StGB).

a) Die Tatbestandsvariante des psychischen Unterdrucksetzens verlangt nicht eine Widerstandsunfähigkeit. Immer ist aber eine erhebliche Einwirkung erforderlich, wobei sich die Bestimmung der erforderlichen Intensität als heikel erweisen kann (BGE 122 IV 97 E. 2b S.101). Das Bundesgericht berücksichtigte im Falle eines kindlichen, leicht debilen Opfers, das vom 10. bis zum 15. Altersjahr von einem in Lebensgemeinschaft mit der Mutter des Opfers lebenden Täter sexuell missbraucht worden war, im Wesentlichen auf der einen Seite die Persönlichkeit des Opfers, sein Alter, seine ablehnende Haltung und seine prekäre familiäre Stellung sowie auf der anderen Seite die Autoritätsposition, den Charakter und das Schweigegebot des Täters (BGE 124 IV 154 E. 3b betr. BGE 122 IV 97). Im vergleichbaren Falle eines zehnjährigen Mädchens war entscheidend, dass der Täter seine generelle Überlegenheit als Erwachsener, seine vaterähnliche Autorität, die freundschaftlichen Gefühle sowie die Zuneigung des Kindes ausgenützt und es damit in einen lähmenden Gewissenskonflikt getrieben hatte, der es ausser Stand gesetzt hatte, sich zu widersetzen (BGE 124 IV 154 E. 3c). Das Bundesgericht hatte ein psychisches Unterdrucksetzen von Erwachsenen bisher nicht zu beurteilen, jedoch darauf hingewiesen, dass Erwachsenen mit entsprechenden individuellen Fähigkeiten eine stärkere Gegenwehr zuzumuten ist als Kindern (BGE 122 IV 97 E. 2b S.101).

b) Die sexuellen Nötigungstatbestände verbieten den Angriff auf die sexuelle Freiheit und Ehre. Sie gelten als Gewaltdelikte und sind damit prinzipiell als Akte physischer Aggression zu verstehen. Dabei stellt aber die Tatbestandsvariante des psychischen Unterdrucksetzens klar, dass sich die tatbestandsmässige Auswegslosigkeit der Situation auch ergeben kann, ohne dass der Täter eigentliche Gewalt anwendet, dass dem Opfer vielmehr eine Widersetzung unter solchen Umständen nicht zuzumuten ist. Auch eine kognitive Unterlegenheit oder emotionale wie soziale Abhängigkeit können einen ausserordentlichen psychischen Druck erzeugen. Ob die tatsächlichen Verhältnisse die tatbeständlichen Anforderungen eines Nötigungsmittels erfüllen, lässt sich erst auf Grund einer umfassenden Würdigung der relevanten konkreten Umstände entscheiden. Es ist mithin eine individualisierende Beurteilung notwendig, die sich auf hinlänglich typisierbare Merkmale stützen muss (BGE 124 IV 154 E. 3b). Dabei können als Nötigungsmittel eine fortlaufende Drangsalierung und ein anhaltender Psychoterror in einer ehelichen Beziehung in Betracht kommen (vgl. Jenny, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, 4. Band, Bern 1997, Art. 189 N25; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 5. Auflage, Bern 1995, §8 N9; Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 1997, Art. 189 N 6). Das Ausmass der Beeinflussung, das für den psychischen Druck erforderlich ist, bleibt unbestimmbar (Rehberg/Schmid, Strafrecht III,

FamPra.ch-2000-736

7. Auflage, Zürich 1997, S. 393), weshalb diese Bestimmung vorsichtig auszulegen ist (vgl. Trechsel, a. a. O.; kritisch auch Peter Hangartner, Selbstbestimmung im Sexualbereich – Art.188–193 StGB, Diss. St. Gallen 1997, S.144f.; ferner Philipp Maier, Das Tatbestandsmerkmal

des Unter-psychischen-Druck-Setzens im Schweizerischen Strafgesetzbuch, ZStrR 117/1999 S. 402, 417 f.).

c) Die Vorinstanz schildert anschaulich die durch den Beschwerdeführer geschaffene Situation als ein stetes Wechselspiel von noch verweigertem und dann erduldetem Beischlaf. Der Gattin sei eine (weitergehende) Widersetzung nicht zumutbar gewesen. Die vielfältigen Druckmittel und das wiederkehrende, an Psychoterror grenzende Drangsalieren sei besonders geeignet gewesen, die achtzehnjährige, unsichere, anfangs hörige und in Liebesbeziehungen verletzbare Frau ohne tragendes soziales Netz zu ängstigen und zu zermürben. Die Vorinstanz qualifiziert die geschilderte Situation zu Recht als psychisches Unterdrucksetzen.

Die Vorinstanz hat sich dabei entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeschrift mit der Frage des «zumutbaren Widerstands» auseinandergesetzt (vgl. oben E. 1a). Sie weist ausführlich auf die Vielfalt der Druckmittel hin. Sie schildert die psychophysische Dauerbelastung einerseits und die anfängliche Hörigkeit sowie die Sehnsucht nach einer Partnerschaft andererseits, wodurch die Gattin in die Zwangssituation geriet, aus der sie keinen andern Ausweg mehr gefunden habe, als den Beischlaf zu erdulden. Diese befürchtete zudem bei einer Trennung oder Scheidung die Ausweisung des Beschwerdeführers. Schliesslich boten sich ihr «auch zu ihrer Ehe kaum Alternativen». Die Vorinstanz stellt ausserdem fest, der Beschwerdeführer habe gewusst, dass die Beischlafshandlungen gegen ihren Willen erfolgten, seien doch ihr entgegenstehender Wille und ihre sexuelle Verweigerung, was er nicht immer akzeptiert habe, Anlass zu den ständigen Streitereien gewesen und hätten sich die zermürbenden Diskussionen stets um dieses eine Thema gedreht. Es steht damit fest, dass eine unerträgliche Lage bestand, was der Beschwerdeführer letztlich einräumt, und dass sich seine Gattin dem Drängen (hinreichend) energisch widersetze, was der Beschwerdeführer zu Unrecht verneint. Die sexuelle Verweigerung ist klar als Widersetzung zu qualifizieren.

Vom Opfer wird nämlich nicht ein «Widerstand» verlangt, der über eine mögliche und zumutbare Abwehr hinausgehen würde. Erforderlich ist eine ausweglose Situation, so dass dem Opfer eine Widersetzung unter solchen Umständen nicht zuzumuten ist, dass es ausser Stande gesetzt wird, sich zu widersetzen (BGE 124 IV 154 E. 3b bzw. E. 3c). Sein Nachgeben muss unter den konkreten Umständen verständlich erscheinen (BGE 122 IV 97 E. 2b S.101; Rehberg/Schmid, a. a. O., S. 392 f.). Bereits im früheren Recht war Vergewaltigung anzunehmen, wenn die Frau unter dem Druck des ausgeübten Zwangs zum Voraus auf Widerstand verzichtet oder ihn nach anfänglicher Abwehr aufgegeben hat (BGE 118 IV 52 E. 2b). Das neue Recht stellt keine strengeren Anforderungen.

737

Bemerkung zu den Entscheiden Nr. 65 und 66:

In diesen zwei Entscheiden, die den gleichen Fall betreffen, hatte das Bundesgericht die Gelegenheit, sich zu zwei zentralen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Vergewaltigung in der Ehe zu äussern.

Im letzteren Entscheid (6S.108/2000) hatte das Bundesgericht erstmals auf die Tatbestandsvariante des psychischen Unterdrucksetzens im Zusammenhang mit einem erwachsenen Opfers einzugehen (in den Entscheiden 122 IV 97 und 124 IV 154 richtete sich die Gewalt gegen Kinder). Die höchstrichterlichen Ausführungen zu dieser Problematik sind im Grundsatz sehr zu begrüßen. Das Bundesgericht macht nämlich deutlich, dass die Anwendung physischer Gewalt kein zwingendes Element des Tatbestandes der Vergewaltigung ist, vielmehr kann sich die nötigende Situation auch aus den individuellen und strukturellen Umständen ergeben. Somit verabschiedet sich das Gericht endgültig von der realitätsfernen Vorstellung der überfallartigen Vergewaltigung durch einen Fremden, wobei das Opfer sich aktiv wehrt und sichtbare Verletzungen erleidet. Wie auch im vorliegenden Fall finden Verletzungen der sexuellen Integrität vorwiegend in Paarbeziehungen statt, eingebettet in ein Verhältnis struktureller Machtungleichheit, begleitet von vielen nötigenden und missbräuchlichen Handlungen und Äusserungen. Die Zwangssituation – wie dieser Fall exemplarisch verdeutlicht – ist auf dem Hintergrund einer langjährigen Missbrauchsbeziehung auch ohne zusätzliche körperliche Gewaltanwendung durch den Partner gegeben; körperliche Gegenwehr und Widerstand ist unter solchen Umständen aus der Perspektive des Opfers häufig sinnlos oder gefährlich. Eine enge, auf die Nötigungsmittel zentrierte Auslegung der Delikte gegen die sexuelle Integrität ist deshalb kaum geeignet, die vielen Facetten sexueller Gewalt und Nötigung in Paarbeziehungen zu erfassen, dafür bedarf es einer Auslegung, die die Opferperspektive und den Kontext der einzelnen Tathandlung miteinbezieht, wie es in diesem Entscheid geschehen ist. Im Übrigen bestand kein Zweifel daran, dass der Täter die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung der Frau bewusst verletzt hat. In der Beurteilung der Zwangssituation stellt das Bundesgericht individuelle Merkmale in den Vordergrund («unsicher», «anfangs hörig», «in Liebesbeziehungen verletztlich», «ohne tragendes soziales Netz», «sehnsüchtig nach einer Partnerschaft»), strukturelle Faktoren werden nur am Rande erwähnt. Das ist insofern nicht ganz unproblematisch, als dass dadurch ein typisiertes Opferbild vermittelt wird, welches wiederum nicht den Rechtstatsachen entspricht und durch die Sozialwissenschaften längst widerlegt ist.

Der Entscheid 6S.107/2000 hingegen ist weniger erfreulich. Weil das Strafantragsrecht nach sechs Monaten erlischt, kann gemäss Bundesgericht der gewalttätige Ehemann lediglich für sein Verhalten im vergangenen halben Jahr zur Verantwortung gezogen werden. Der Tatbestand der Nötigung kommt nicht zur Anwendung, und dies obwohl die Nötigung ein Officialdelikt ist. Das Gericht argumentiert, dass der Wille des Opfers es verbiete, auf den Tatbestand der Nötigung zurückzugreifen für Taten, die

FamPra.ch-2000-738

nicht in den Zeitraum von sechs Monaten vor dem Strafantrag fallen. Gerade in diesem Fall hat jedoch die gewaltbetroffene Frau den Willen durch den Strafantrag kundgetan und selbst das Verfahren eingeleitet. Hat das Strafantragsrecht den Zweck, die Beziehung respektive die Privatsphäre vor ungewollter staatlicher Einmischung zu schützen, so lässt der Antrag auf Strafverfolgung diesen Schutzzweck allgemein wegfallen. Gefragt ist eine gesamtheitliche Betrachtung, die alle Missbrauchshandlungen miteinbezieht. Die vertretene Ansicht, wonach die strafrechtliche Beurteilung nur den Zeitraum von sechs Monaten vor dem Strafantrag erfassen

soll, zieht aus der Sicht des Opfers eine letztlich willkürliche zeitliche Grenze und operiert mit der Fiktion, wonach die einzelne Handlung für sich alleine zum Strafantrag geführt hat.

Dieser Entscheid zeigt die ganze Tragweite der Problematik, die Vergewaltigung und die sexuelle Nötigung in der Ehe als Antragsdelikte auszugestalten. Die rechtspolitische Begründung, das Strafantragserfordernis diene dem Schutz des ehelichen Zusammenlebens und der Privatsphäre des Opfers, ist aus mehreren Gründen verfehlt. Nicht Versöhnung und wiederhergestellter Familienfriede und schon gar nicht nachhaltige Gewaltfreiheit und Respekt der sexuellen Integrität kennzeichnen Beziehungen, bei denen das Opfer auf den Strafantrag verzichtet hat, zumal der Partner sich in der Regel nicht mit seinem Verhalten auseinandersetzen musste. Der Grund für den Verzicht auf einen Strafantrag liegt meist – wie wohl auch im vorliegenden Fall – in diffusen Hoffnungen, in der Angst vor eskalierender Gewalt, in einer vielschichtigen Abhängigkeit, in der emotionalen, sozialen und wirtschaftlichen Verstrickung, in dem von der Gesellschaft vermittelten Familienideal, in Schuldgefühlen und Isolation. Den Entscheid über die strafrechtliche Intervention der verletzten Person zu überantworten, ist nicht geeignet, die verletzte Person zu schützen, sondern erhöht ihre Erpressbarkeit. Es ist die Gewaltanwendung, die Missachtung und Verletzung der Persönlichkeit der Partnerin, nicht die Strafverfolgung, welche die partnerschaftlichen Strukturen zerstören oder gar nicht erst entstehen lassen. Zudem ist allgemein die gesetzgeberische Lösung, ein als Verbrechen qualifiziertes Delikt zur Disposition der Parteien zu stellen und zwischen der Vergewaltigung durch den Ehegatten und derjenigen durch einen Fremden zu differenzieren ein Vorgehen, das jegliche innere Rechtfertigung vermissen lässt. Die Ehe vermindert in keiner Weise den Unrechtsgehalt der Gewalttat und ist kein sachgerechtes Differenzierungskriterium, denn durch die Ehe wird das geschützte Rechtsgut der sexuellen Autonomie nicht eingeschränkt. Das Bundesgericht hält denn auch in 6S.108/2000 ausdrücklich fest, dass die gleichen Massstäbe für die Vergewaltigung in der Ehe wie für diejenige durch eine fremde Person gelten. Aus diesen Gründen ist eine Revision unabdingbar. Zur Zeit wird eine parlamentarische Initiative, die die Vergewaltigung und sexuelle Nötigung als Officialdelikte auszugestalten will, durch die Rechtskommission des Nationalrates geprüft.

Dr. Andrea Bächler, Basel