

SK 2011 131

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Obergerichtssuppleantin Krieger (Präsidentin i.V.), Oberrichter Aebi, und Oberrichter Kiener sowie Gerichtsschreiberin Brodbeck

vom 4. November 2011

in der Strafsache gegen

A.

vertreten durch Fürsprecher X.

Beschuldigter

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, Postfach 6250, 3001 Bern

Berufungsführerin

und

B.

vertreten durch Fürsprecherin Y.

Privatklägerin

wegen Vergewaltigung, versuchte sexuelle Nötigung u.a.

Regeste:

Es reicht aus, dass der Täter das Opfer mit der Waffe oder dem gefährlichen Gegenstand bedroht, solange dieses Widerstand leistet. Hat der Täter den Widerstand des Opfers mithilfe der Waffe bzw. des gefährlichen Gegenstands gebrochen, reicht dies zur Erfüllung von Art. 189 Abs. 3 bzw. Art. 190 Abs. 3 StGB aus, selbst wenn der Täter das Opfer während der eigentlichen Vergewaltigung bzw. sexuellen Nötigung nicht mehr lebensgefährlich bedroht. Auch auf die subjektiv vom Opfer empfundene Angst kommt es nicht drauf an; im Unterschied zum Tatbestand der Drohung handelt es sich dabei bei den Sexualdelikten um kein objektives Tatbestandsmerkmal.

Aufgrund der engen räumlichen und zeitlichen Nähe sowie der Tatsache, dass die Handlungen des Beschuldigten nach Ansicht der Kammer auf ein und demselben Willensentschluss beruhten, handelte es sich um eine Handlungseinheit und keine Handlungsmehrheit. Demnach lag unechte Konkurrenz vor und der Tatbestand der versuchten sexuellen Nötigung wurde vom Tatbestand der Vergewaltigung konsumiert.

Redaktionelle Vorbemerkungen

Der Beschuldigte und die Privatklägerin waren zum Zeitpunkt des sexuellen Vorfalls noch verheiratet, lebten aber bereits getrennt. Trotzdem besuchte der Beschuldigte die Privatklägerin und den gemeinsamen kleinen Sohn regelmässig am Samstag. Bei diesen samstäglich Besuchen kam es zwischen den Parteien regelmässig zu Geschlechtsverkehr, wobei die Initiative dazu jeweils vom Beschuldigten ausging: Er bettelte, lief der Privatklägerin von Zimmer zu Zimmer nach oder verliess einfach ihre Wohnung nicht, bis sie schliesslich in den Geschlechtsverkehr einwilligte. Anlässlich so eines samstäglichen Besuches blieb die Privatklägerin bei ihrer Weigerung, mit dem Beschuldigten Sex zu haben. Daraufhin sagte er, man könne es auch anders machen, ging in die Küche, holte ein grosses Küchenmesser und hielt es der Privatklägerin mit der geschliffenen Seite der Klinge an den Hals. Gleichzeitig riss er sie an den Haaren und führte ihren Kopf zu seinem Penis und forderte sie auf, ihm eines zu blasen. Die Privatklägerin bot ihm in dieser Situation schliesslich den „normalen“ Geschlechtsverkehr an, wenn er das Messer weglegen würde. Der Beschuldigte ging auf dieses Angebot ein und vollzog an der rücklings auf dem Boden liegenden Privatklägerin den Geschlechtsverkehr, während das Messer in ca. einem Meter Entfernung am Boden lag.

Die Vorinstanz ging von zwei verschiedenen Delikten (versuchte sexuelle Nötigung und vollendete Vergewaltigung) und echter Realkonkurrenz aus. Sie verneinte bei beiden Delikten die qualifizierte Begehung hauptsächlich mit der Begründung, die Verwendung des Messers sei zur Bejahung des qualifizierten Tatbestandes nicht (genügend) gefährlich gewesen, weil die Bedrohung mit dem Messer nur kurz gedauert (keine fortdauernde Bedrohung) und die Privatklägerin keine Todesangst ausgestanden habe.

[...]

III. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

III.1 Sexuelle Nötigung und versuchte Vergewaltigung – Art. 189 und 190 StGB

III.1.1 Ausführungen der Vorinstanz

Hinsichtlich der rechtlichen Würdigung führte die Vorinstanz aus, entgegen der Meinung der Verteidigung gehe das Gericht im vorliegenden Fall klar davon aus, dass es sich beim überwiesenen Sachverhalt um zwei eigenständige Delikte handle. Der Beschuldigte habe in einem ersten Schritt klar die Absicht verfolgt, die Privatklägerin zum aktiven Oralsex zu zwingen. Erst als er gemerkt habe, dass dieses Ansinnen, auf Grund des Widerstandes der Privatklägerin, nicht in die Tat habe umgesetzt werden können, habe er den neuen Entschluss gefasst, mit ihr den normalen Geschlechtsverkehr zu vollziehen. Es handle sich damit klareweise um zwei eigenständige Tatentschlüsse. Diese seien zwar in einem fliessenden Geschehen erfolgt, was jedoch nichts daran ändere, dass vorliegend zuerst der versuchte Oralverkehr und dann der vollzogene Geschlechtsverkehr rechtlich zu würdigen seien. Im Falle eines Schuldspruches für beide Sachverhalte würde echte Realkonkurrenz bestehen. In der Folge erörterte die Vorinstanz zuerst die Grundtatbestände und handelte danach die Frage der qualifizierten Tatbegehung für beide Delikte gemeinsam ab. In Bezug auf die Grundtatbestände kam die Vorinstanz zum Schluss, dass der Beschuldigte den Tatbestand der versuchten sexuellen Nötigung und den Tatbestand der Vergewaltigung erfüllt habe (vgl. pag.

368 f.). Hinsichtlich der Ausführungen der Vorinstanz zu der Frage, ob der Beschuldigte auch den qualifizierten Tatbestand der versuchten sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung erfüllte, wird auf ihre diesbezüglichen Ausführungen in der erstinstanzlichen Urteilsbegründung verwiesen (pag. 369 ff.).

III.1.2 Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft

Einleitend erklärte der a.o. Generalstaatsanwalt Z., er werde die Qualifikationsmerkmale der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung gemeinsam abhandeln. Anschliessend führte er aus, der vorliegende Sachverhalt lasse sich in zwei Phasen unterteilen; diejenige des versuchten Oralverkehrs und diejenige der Vergewaltigung. In der ersten Phase seien die Nötigungshandlungen klar gegeben. Da sich der Angeschuldigte von seinem Vorhaben hinsichtlich des geforderten Oralverkehrs habe abbringen lassen, sei diesbezüglich nur das Versuchsstadium erreicht, die letzte entscheidende Stufe sei aber klar überschritten worden. In der zweiten Phase sei es zum Beischlaf unter Anwendung von Brachialgewalt gekommen. Der Angeschuldigte habe die Privatklägerin an den Haaren gezogen. Als zusätzliches Nötigungsmittel habe er das Messer gehabt, welches er ihr schliesslich an den Hals gehalten habe. Für die Privatklägerin habe eine objektive Lebensgefahr bestanden und sie sei in Angst und Schrecken versetzt worden. Der Tatbestand der Vergewaltigung sei ebenfalls klar erfüllt. Die Tatsache, dass die Privatklägerin den Geschlechtsverkehr selbst vorgeschlagen habe, ändere daran nichts.

Im Weiteren machte der a.o. Generalstaatsanwalt Z. einige theoretische Ausführungen im Zusammenhang mit der Frage der Qualifikation. Er führte aus, im Zentrum stehe die Benützung einer gefährlichen Waffe bzw. eines gefährlichen Gegenstands. Dies sei von Gesetzes wegen ein eigenständiger Qualifikationsgrund, und zwar unabhängig davon, ob der Täter im eigentlichen Sinn grausam handle oder nicht. Ein Messer mit einer Klingenlänge von ca. 20 cm sei eine Waffe; der Kassationshof des bernischen Obergerichts habe dies bereits bei einer halb so langen Klinge bejaht (SK 08 37). Die Vorinstanz habe teilweise von einer gefährlichen Waffe und teilweise von einem gefährlichen Gegenstand gesprochen. Es sei zu verdeutlichen, dass es sich hier um eine Waffe handle. Das Messer sei so eingesetzt worden, dass die Qualifikation von Abs. 3 erfüllt sei. Wenn die Waffe zur Verübung des Delikts verwendet werde, sei der qualifizierte Tatbestand erfüllt, währenddessen der blosser Hinweis auf die Waffe nicht ausreiche. Der Beschuldigte habe zuerst implizit mit dem Messer in der Hand gedroht. Dann habe er der Privatklägerin das Messer konkret an den Hals gehalten; dies gehe über einen reinen Hinweis auf dessen Vorhandensein und Einsetzbarkeit hinaus. Er habe eine objektive Gefahr geschaffen, indem er ihr das Messer mit der schneidenden Seite der Klinge an den Hals gehalten habe und sie gleichzeitig in die Knie gezwungen habe. Die Beteiligten seien aufgeregt gewesen und bereits eine kleine Bewegung hätte gereicht, um eine akute Lebensgefahr zu verursachen. Am Hals führe bereits ein kleiner Schnitt zu einer lebensbedrohlichen Situation. Die Privatklägerin habe sich in einer objektiv gefährlichen Situation befunden. Der Einsatz des Messers sei intensiv genug gewesen, um die Voraussetzungen von Abs. 3 zu erfüllen.

Weiter führte der a.o. Generalstaatsanwalt Z. aus, die Argumentation der Vorinstanz gehe ins Leere. Es sei irrelevant, dass der Beschuldigte der Privatklägerin das Messer nur wenige Sekunden mit geringem Druck auf die Haut an den Hals gehalten habe und die Privatklägerin keine Verletzungen davon getragen habe. Die Vorinstanz leite Tatbestandselemente ab, die gar keine seien. Eine fortdauernde Bedrohung und Todesangst seien keine eigentlichen Kriterien; auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur nicht. Das sub-

jektive Empfinden des Opfers sei nicht relevant. Auch die aussergewöhnliche Tapferkeit der Privatklägerin entlaste den Beschuldigten nicht. Überlegungen auf der subjektiven Ebene seien nicht relevant. Die Argumente der Vorinstanz bezüglich des Vorliegens eines Beziehungsdelikts seien dürftig und nicht relevant. Die Beteiligten seien zudem bereits seit einem Jahr getrennt gewesen und die Privatklägerin habe genügend Angst gehabt, dass sie sich entgegen ihrem Willen dem Beschuldigten gefügt habe. Die Lebensgefahr habe zwar nur wenige Sekunden betragen. Es sei aber nicht ersichtlich, warum es nicht ausreichen solle, dass die Lebensgefahr nicht ständig vorgelegen habe. Der Beschuldigte habe sodann das Messer nur ca. 1 m entfernt hingelegt; die Gefahr könne daher auch als fortdauernd betrachtet werden, zumal er es locker und jederzeit wieder hätte nehmen können. Sowohl der Versuch der sexuellen Nötigung als auch die Vergewaltigung würden daher die Voraussetzungen der Qualifikation erfüllen.

In der Duplik erklärte der a.o. Generalstaatsanwalt Z., die Grundlage bilde der Sachverhalt gemäss pag. 367. Die subjektive Befindlichkeit des Opfers sei nicht massgebend. Der Beschuldigte habe der Privatklägerin das Messer an den Hals gehalten und sie an den Haaren gezogen. Dies unterscheide sich klar vom Fall SK 2010/149. Es sei ein qualitativer Unterscheid, ob der Täter dem Opfer das Sackmesser, welches er in der Tasche habe, jemandem im Sinne von „ich habe dann noch ein Messer“ zeige, oder ob er ihm dieses an den Hals halte. Massgebend sei die gefährliche Situation.

III.1.3 Ausführungen der Privatklägerin

Fürsprecherin Y. erklärte, die Privatklägerin habe schon vor erster Instanz bewusst auf einen Antrag auf eine qualifizierte Tatbegehung verzichtet, da sie Angst habe vor Racheakten des Beschuldigten. Sie fürchte um ihre Sicherheit, falls eine Verurteilung gestützt auf Art. 189 Abs. 3 und Art. 190 Abs. 3 StGB erfolgen sollte und der Beschuldigte tatsächlich eine Strafe absitzen müsste. Zudem befürchte sie, dass der labile Beschuldigte im Rahmen eines Freiheitsentzuges nichts Positives lernen würde und sie im Falle einer Haftentlassung umso mehr um ihre Sicherheit fürchten müsste (pag. 467).

III.1.4 Ausführungen der Verteidigung

Fürsprecher X. führte aus, die Verteidigung gehe – anders als noch im Verfahren vor der Vorinstanz – neu auch von zwei Sexualdelikten aus. Sie könne den meisten Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft in juristischer Sicht folgen. Trotzdem komme es hier darauf an, auf welche Art das Messer eingesetzt worden sei. Diesbezüglich verwies Fürsprecher X. auf verschiedene Urteile der Strafkammern des bernischen Obergerichts (so z.B. auf SK 2008/484 und SK 2010/149). Im dem Entscheid SK 2010/149 zugrunde liegenden Fall habe der Täter dreimal ein Messer als Drohelement eingesetzt. Einmal auf der Rolltreppe und zweimal auf der Herrentoilette. Die Distanz habe ca. 10 bis 20 cm betragen und das Messer habe die Haut nicht berührt. Das Opfer habe sich gefügt, aber keine Todesangst ausgestanden. Die 2. Strafkammer habe diesen Sachverhalt unter Art. 189 Abs. 1 StGB und nicht Abs. 3 subsumiert. Es frage sich, ob allein die Tatsache, dass im vorliegenden Fall das Messer kurz an den Hals gehalten worden sei, für die Qualifizierung gemäss Abs. 3 ausreiche und somit auf die gleiche Stufe zu stellen sei, wie eine konkrete Gefährdung von einer gewissen Dauer oder wie eine Todesgefahr für das Opfer. Diese bundesgerichtlichen Voraussetzungen zur Bejahung des qualifizierten Tatbestandes seien vorliegend nicht gegeben. Es habe keine Todesgefahr bestanden. Die Privatklägerin habe sofort nachgegeben und habe den Geschlechtsverkehr angeboten. Das Ritual habe stattgefunden und sei ähnlich abgelaufen

wie sonst auch. Die Initiative sei von der Privatklägerin ausgegangen und der Beschuldigte habe das Messer sofort weggelegt. Das zeige, dass nie ein konkretes Risiko einer Tötung oder Körperverletzung vorgelegen habe. Die Privatklägerin habe sich auch nicht vorstellen können, dass er es wirklich machen würde. Der Beschuldigte habe der Privatklägerin keine Qualen zugefügt, welche über eine „normale“ Vergewaltigung hinausgingen. Abs. 3 verlange mehr.

Fürsprecher X. verzichtete auf eine Duplik.

III.1.5 Ausführungen der Kammer

III.1.5.1 Vorbemerkung

Vorab ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu den Sexualdelikten nur spärliche allgemeine rechtliche Ausführungen gemacht hat (siehe dazu insb. Ziff. 1.7.1.1 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Dies ist an dieser Stelle nachzuholen. Nach kurzer Abhandlung und Subsumtion des rechtserheblichen Sachverhalts hinsichtlich der Grundtatbestände von Art. 189 und Art. 190 StGB wird die Frage der qualifizierten Tatbegehung für beide Tatbestände gemeinsam abgehandelt, bevor die Frage der Konkurrenz beurteilt wird.

III.1.5.2 Rechtliche Ausführungen zu den Art. 189 und 190 StGB

- a. Nach Art. 189 Abs. 1 wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer eine Person zur Duldung einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung nötigt, namentlich, indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht. Gemäss Art. 190 Abs. 1 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. Bereits die begriffliche Fassung dieser beiden Normen zeigt, dass es sich bei Art. 190 StGB um einen Spezialtatbestand zur sexuellen Nötigung handelt. Im Folgenden werden die inhaltlich identischen Komponenten von Art. 189 und Art. 190 StGB wie bspw. die Nötigungsmittel gemeinsam abgehandelt.
- b. Die sexuellen Nötigungstatbestände (Art. 189 und Art. 190 StGB) sind als Gewaltdelikte und damit prinzipiell als Akte physischer Aggression zu verstehen. Nicht jeder beliebige Zwang, nicht schon jedes den Handlungserfolg (Beischlaf wider Willen) bewirkende kausale Verhalten, stellt demnach eine sexuelle Nötigung bzw. Vergewaltigung dar. Die Tatbestände schützen vor Angriffen auf die sexuelle Freiheit nur insoweit, als der Täter den zumutbaren Widerstand des Opfers überwindet oder ausschaltet. Das blosses Ausnützen vorbestehender gesellschaftlicher oder privater Machtverhältnisse ist noch keine zurechenbare Nötigungshandlung. Erforderlich ist eine "tatsituative Zwangssituation". Es genügt allerdings, wenn das Opfer zunächst in dem ihm möglichen Rahmen Widerstand leistet und der Täter in der Folge den Zwang aktualisiert (vgl. BGE 126 IV 124, E. 3b; 131 IV 107, E. 2.4; 131 IV 167, E. 3.1; 133 IV 49, E. 4).
- c. In Bezug auf das Nötigungsmittel der Gewalt wird darauf hingewiesen, dass der Gewaltbegriff in der Lehre umstritten ist (vgl. BSK Strafrecht II-MAIER, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 189 N 12). Übereinstimmung herrscht immerhin insoweit, als unter Gewalt eine physische Einwirkung auf die betroffene Person mit dem Ziel, ihren (wirklichen oder erwarteten) Widerstand zu brechen, verstanden wird. Es genügt, dass der Täter mehr Kraft auf-

wendet, als gewöhnlich zum Vollzug des Geschlechtsverkehrs nötig ist, sich z.B. mit seinem ganzen Gewicht auf das Opfer legt, es festhält (STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Auflage, § 8, N 8) oder niederdrückt (BSK Strafrecht II-MAIER, Art. 189, N 14).

Ebenfalls Uneinigkeit besteht in der Lehre bezüglich des Nötigungsmittels der Drohung. Nach einem Teil der Lehre soll nur die Drohung gegen Leib und Leben infrage kommen (STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, a.a.O., § 8, N 9). Die vorherrschende Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Tatbestand der Nötigung stellen jedoch darauf ab, ob die Drohung geeignet ist, eine verständige bzw. besonnene Person in der Lage des Opfers gefügig zu machen (DONATSCH, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, § 60, S. 476; mit Verweis auf TRECHSEL/FINGERHUTH, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar [StGB PK], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 181, N 5, m.w.H.). Auch MAIER führt aus, der Täter müsse dem Opfer Nachteile in Aussicht stellen, die sich dazu eignen, dieses in Angst und Schrecken zu versetzen. Dabei könne es sich um eine Handlung oder Unterlassung handeln. Die Drohung müsse sich nicht auf Leib und Leben des Opfers oder auf das ihm nahestehender Personen beziehen (BSK Strafrecht II-MAIER, Art. 189, N 16).

Hinsichtlich des Nötigungsmittels des „Zum Widerstand unfähig machen“ kann festgehalten werden, dass aufgrund des verfeinerten Gewaltbegriffs kaum noch Anwendungsfälle vorstellbar sind (vgl. BSK Strafrecht II-MAIER, Art. 189, N 24; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, a.a.O., § 8, N 11; DONATSCH, a.a.O., § 60, S. 481). Dementsprechend ist dieses Nötigungsmittel in der Praxis von wenig Bedeutung.

- d. Das Nötigungsmittel des psychischen Unterdrucksetzens wurde in den Gesetzestext eingefügt, um klar zu machen, dass sich Widerstandunfähigkeit des Opfers auch aufgrund der konkreten Situation ergeben kann. Insbesondere sollte auch das Opfer geschützt werden, welches aufgrund einer ausweglosen Situation keinen Widerstand leistet (MAIER, Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht, in: Zürcher Schriften zum Strafrecht, 1994, S. 303). Der psychische Druck, den der Täter durch die Schaffung einer Zwangslage erzeugen muss, hat im Blick auf die gewaltdeliktische Natur der sexuellen Nötigungstatbestände (Art. 189 und Art. 190 StGB) von besonderer Intensität und der Gewaltanwendung oder Bedrohung vergleichbar zu sein (objektiver Massstab). Eine solche Intensität ist zu bejahen, wenn vom Opfer unter den gegebenen Umständen und in Anbetracht seiner persönlichen Verhältnisse verständlicherweise kein Widerstand erwartet werden kann, bzw. ihm ein solcher nicht zuzumuten ist (individueller Massstab), der Täter mithin gegen den Willen des Opfers an sein Ziel gelangt, ohne dafür Gewalt oder Drohungen anwenden zu müssen (BGE 131 IV 167, E. 3.1 m.w.H.; BSK Strafrecht II-MAIER, Art. 189, N 20). Auf weitere Ausführungen hierzu kann verzichtet werden, da es sich im konkreten Fall nicht um diese Tatbestandsvariante handelt.
- e. Es handelt sich bei der sexuellen Nötigung bzw. der Vergewaltigung um ein zweiaktiges Delikt, da der Täter durch den Einsatz eines Nötigungsmittels den vorhandenen oder potentiellen Widerstand des Opfers überwinden und an diesem den Beischlaf bzw. die sexuelle Handlung vollziehen muss. Tatmittel und Taterfolg sind miteinander durch das im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte Tatbestandsmerkmal der Kausalität verknüpft (MAIER, Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht, in: Zürcher Schriften zum Strafrecht, 1994, S. 327).

In Bezug auf den Tatbestand der Vergewaltigung ist im Weiteren darauf hinzuweisen, dass die Frau mit dem Beischlaf auch in der vom Täter beabsichtigten bzw. vollzogenen *Art und Weise* nicht einverstanden sein muss. So umfasst z.B. das Einverständnis der Frau zu geschütztem Geschlechtsverkehr nicht automatisch auch dasjenige zum ungeschützten. Nur das vollumfänglich freiwillige (d.h. nicht erzwungene) Einverständnis der Frau zum Beischlaf wirkt tatbestandsausschliessend. Rechtlich wird der Beischlaf bereits mit dem Eindringen des Penis in den Scheidenvorhof vollendet, da die Scheide den Samen aufnehmen könnte (BSK Strafrecht II-MAIER, Art. 190, N 9; TRECHSEL/BERTOSSA, StGB PK, Art. 190, N 4).

- f. In subjektiver Hinsicht genügt es, dass der Täter den Beischlaf vollzieht, obwohl er es zumindest für möglich hält und in Kauf nimmt, dass das Opfer mit dem Beischlaf nicht einverstanden ist (sog. Eventualvorsatz, vgl. Art. 12 Abs. 2 StGB). Zudem muss es der Täter zumindest für möglich halten und in Kauf nehmen, dass er durch sein Verhalten auf das Opfer psychisch Druck ausübt, d.h. eine ausweglose Zwangssituation schafft (Nötigungsmittel bzw. Nötigungswirkung), in welcher das Opfer keine Selbstschutzmöglichkeiten mehr für möglich hält. Letztlich muss es der Täter mindestens für möglich halten und in Kauf nehmen, dass das Opfer aufgrund seines Verhaltens auf Widerstand verzichtet oder dessen Widerstand durch sein Verhalten überwunden wird.

III.1.5.3 Versuchte sexuelle Nötigung – Art. 189 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB

Vorliegend setzte der Beschuldigte der Privatklägerin ein Küchenmesser an den Hals, zog sie gleichzeitig an den Haaren und verlangte dabei Oralsex. Mit diesen Einwirkungen auf den Körper der Privatklägerin und der impliziten Drohung, das Messer zur Durchsetzung seiner Forderung noch intensiver einzusetzen, brach er den Widerstand, den sie zuvor verbal geleistet hatte. Mit diesem Verhalten erfüllt der Beschuldigte den Grundtatbestand von Art. 189 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB sowohl objektiv als auch subjektiv und er ist dafür schuldig zu sprechen. Es kann im Übrigen auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (pag. 368). Die Frage, ob es sich bei der begangenen versuchten sexuellen Nötigung um eine qualifizierte gehandelt hat, wird nachfolgend unter Ziff. III.1.5.5 behandelt.

III.1.5.4 Vergewaltigung – Art. 190 Abs. 1 StGB

Vorerst kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (pag. 368 f.). Mit Gewalt und Drohung hatte der Beschuldigte versucht, seine Forderung nach Oralsex durchzusetzen. Es gelang ihm zwar nicht, den Widerstand gegen diese Form der Sexualität zu brechen. Unter dem Eindruck dieser Gewalt und Drohung zeigte sich jedoch die Privatklägerin bereit, den Geschlechtsverkehr über sich ergehen zu lassen, mit seinem Verhalten gelang es mithin dem Beschuldigten, den Widerstand der Privatklägerin zu sexuellen Handlungen zu brechen. Indem der Beschuldigte unter diesen Umständen in die Privatklägerin eindrang, erfüllt er den Tatbestand der Vergewaltigung objektiv und subjektiv. Ob es sich um eine qualifizierte Tatbegehung wird in Ziff. III.1.5.5 geprüft.

III.1.5.5 Qualifikation gemäss Art. 189 Abs. 3 bzw. Art. 190 Abs. 3 StGB

- a. Gemäss Art. 189 Abs. 3 bzw. Art. 190 Abs. 3 StGB ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren, wenn der Täter grausam handelt, er namentlich eine gefährliche Waffe oder einen anderen gefährlichen Gegenstand verwendet. Vorab ist daher zu prüfen, ob es sich beim im vorliegenden Fall eingesetzten Messer um eine gefährliche Waffe

oder allenfalls um einen anderen gefährlichen Gegenstand handelt. TRECHSEL/BERTOSSA führen nach Vergleich mit Art. 123 Abs. 2 StGB zum Begriff der „gefährlichen Waffe“ aus, das Adjektiv „gefährlich“ sei wohl irrtümlich dem Begriff „Waffe“ beigefügt worden und müsse bei der Auslegung unbeachtet bleiben. Im Weiteren verweisen sie auf die Ausführungen von TRECHSEL/FINGERHUTH zu Art. 123 StGB (TRECHSEL/BERTOSSA, a.a.O., Art. 189, N 15). TRECHSEL/FINGERHUTH zufolge seien Waffen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Gegenstände, die für Angriff und Verteidigung bestimmt seien. Diese Definition sei aber zu weit. Entscheidend sei nach der ratio legis, dass die Waffe zur Verursachung des Todes oder einer schweren Körperverletzung bestimmt sei. Denn diese Eigenschaft rechtfertige es, den bestimmungsgemässen Gebrauch der Waffe von vorneherein als gefährlich anzusehen (TRECHSEL/FINGERHUTH, a.a.O., Art. 123, N 7).

Im vorliegenden Fall hat der Beschuldigte ein Küchenmesser mit einer Klingenlänge von 20 cm verwendet. Die Bestimmung eines Küchenmessers liegt – wie der Name schon sagt – in der Arbeit in der Küche wie z.B. im Zuschneiden von Gemüse oder Tranchieren von Fleisch. Demzufolge liegt keine Waffe im Sinne von Art. 189 Abs. 3 bzw. Art. 190 Abs. 3 StGB vor. Diese Auffassung entspricht im Übrigen auch der Waffengesetzgebung. Art. 7 Abs. 1 der Waffenverordnung hält unter der Marginalie „Messer und Dolche“ fest, dass Messer als Waffen gelten, wenn sie (a) einen einhändig bedienbaren Spring- oder anderen automatischen Auslösemechanismus aufweisen, (b) geöffnet insgesamt mehr als 12 cm lang sind und (c) eine Klinge haben, die mehr als 5 cm lang sind.

Im Weiteren ist zu prüfen, ob das verwendete Küchenmesser als gefährlicher Gegenstand im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren ist. Nach der herrschenden Lehre ist ein Gegenstand gefährlich, wenn durch dessen Verwendung ein hohes Risiko der Tötung oder schweren Körperverletzung entsteht (TRECHSEL/FINGERHUTH, a.a.O., Art. 123, N 8 ff.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Gegenstand dann gefährlich, wenn er objektiv geeignet ist, eine schwere Gesundheitsschädigung herbeizuführen, wobei es neben der Beschaffenheit auch auf die Art der Verwendung im Einzelfall ankomme (BSK Strafrecht II-MAIER, Art. 189, N 49). Wer ein 26 cm langes Fleischmesser mit 10.5 cm langer Klinge seinem Opfer an den Hals halte und gleichzeitig drohe, benutze einen gefährlichen Gegenstand (BSK Strafrecht II-MAIER, Art. 189, N 49). Gemäss ROTH/BERKEMEIER ist ausschlaggebend, ob der Gegenstand von seiner Beschaffenheit her so eingesetzt werde, dass die Gefahr einer schweren Körperverletzung herbeigeführt werde. Mit Verweis auf BGE 101 IV 287 führen dieselben Autoren zudem aus, praktisch jeder Gegenstand von einiger Robustheit, Festigkeit und Härte könne in einer tätlichen Auseinandersetzung gefährlich werden, wenn er eben in gefährlicher Weise eingesetzt werde. Gefährliche Gegenstände sein könnten Steine als Wurfgeschosse oder Schlaginstrumente, Skistöcke als Wurfgeschosse, Stuhlbeine, eine Mistgabel oder einen Ahle als Stichwaffe, ein Hammer oder ein Meissel, ein 47 cm langes Eisenrohr und geworfene Biergläser oder Flaschen. Ebenfalls in Betracht komme heisses Wasser, das zu Verbrühungen führen kann oder gar ein Auto, wenn damit absichtlich zum körperlichen Einsatz auf einen andern Menschen aufgefahren werde und schliesslich ein Hund, wenn er auf einen anderen Menschen angesetzt resp. aufgehetzt werde (vgl. BSK, Strafrecht I-ROTH/BERKEMEIER, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 123, N 19 ff.; m.w.H.). Aus diesen Ausführungen ergibt sich auch, dass es – anders als bei Art. 140 Ziff. 2 StGB – bei Sexualdelikten zur Qualifikation nicht genügt, dass der Täter die Waffe oder den gefährlichen Gegenstand nur mit sich führt. Der gefährliche Gegenstand muss gemäss Art. 189

Abs. 3 bzw. Art. 190 Abs. 3 StGB verwendet und eingesetzt werden. Dies kann z.B. dadurch geschehen, dass der Täter die Waffe bzw. den Gegenstand zur Verübung von Gewalt verwendet oder zur Drohung gebraucht. Keine qualifizierte Tatbegehung liegt jedoch vor, wenn der Täter, ohne das Opfer direkt zu bedrohen, nur auf die Waffe oder den gefährlichen Gegenstand verweist (BSK Strafrecht II-MAIER, Art. 189, N 47 m.w.H.; ebenso TRECHSEL/BERTOSSA, a.a.O., Art. 189, N 15).

Die Vorinstanz hat zu Recht erkannt, dass das verwendete Messer als gefährlicher Gegenstand zu qualifizieren ist. Es kann auf ihre diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden. Weiter ist festzuhalten, dass das verwendete Messer spitz ist und – wie unter Ziff. II.1.5.b ausgeführt – eine Klingenlänge von 20 cm hat. Trotz des verhältnismässig stumpfen Zustands des Messer erfüllt es bei der gegebenen Verwendungsart zweifellos die nötigen Erfordernisse, um als gefährlicher Gegenstand im Sinne von Art. 189 Abs. 3 bzw. Art. 190 Abs. 3 StGB zu gelten: Der Beschuldigte hat der Privatklägerin das Messer mit der geschliffenen Seite der Klinge an den Hals gehalten. Es kann nicht ernsthaft bestritten werden, dass das in Frage stehende Messer bei dieser Verwendungsart objektiv geeignet ist, eine schwere Gesundheitsschädigung herbeizuführen.

- b. In der Folge kam die Vorinstanz schliesslich zum Schluss, dass im vorliegenden Fall die Verwendung des Messers zur Bejahung des qualifizierten Tatbestandes nicht (genügend) gefährlich gewesen sei, weil die Bedrohung mit dem Messer nur kurz gedauert und die Privatklägerin keine Todesangst ausgestanden habe. Sie verwies dabei auf den Entscheid SK 08/484 der 3. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern und den dazugehörigen Bundesgerichtsentscheid vom 3. November 2009 (6B_678/2009). Die Vorinstanz führte aus, in beiden Erwägungen sei klar zu erkennen, dass nebst dem konkreten und nahen Risiko einer Tötung oder einer schweren Körpverletzung auch eine fortdauernde Bedrohung bzw. gemäss Bundesgericht zusätzlich noch Todesangst gefordert werde, damit die geforderte Intensität für die qualifizierte Begehungsform erfüllt sei. Die Praxis fordere eine insgesamt erhebliche Intensität des Einsatzes der Waffe oder des gefährlichen Gegenstands, um die Qualifikation zu bejahen.

Diesen Ausführungen der Vorinstanz kann in verschiedener Hinsicht nicht beigestimmt werden: Einerseits beurteilte die Vorinstanz die Sequenz, als der Beschuldigte der Privatklägerin nur mit dem Messer in der Hand drohte, getrennt von der Sequenz, als er es ihr an den Hals gehalten hatte. Wie nachfolgend unter Ziff. III.1.5.6 dargelegt wird, handelt es sich vorliegend um ein einheitliches Tatgeschehen, wobei die versuchte sexuelle Nötigung von der Vergewaltigung konsumiert wird. Der Sachverhalt, bzw. der Ablauf des Geschehens darf daher nicht in getrennten Sequenzen auf eine allfällige Qualifikation geprüft werden, wie dies die Vorinstanz getan hat (vgl. pag. 371 ff.). Im Gegenteil ist für die Frage, ob sich der Beschuldigte der qualifizierten Vergewaltigung schuldig gemacht hat, der ganze Sachverhalt in Einem anzuschauen. Eine getrennte Betrachtung der Sequenzen würde das Gesamtbild des Vorfalls verfälschen, zumal sich die Sequenz, während der der Beschuldigte das Messer holte, zeitlich kaum von der Sequenz, als er es ihr an den Hals hielt, abgrenzen lässt. Der Beschuldigte war nach Aussagen der Privatklägerin relativ rasch bei ihr und hielt ihr das Messer gegen den Hals (pag. 95, al. 398 f.). Eine getrennte Betrachtung der Sequenzen würde zudem auch den sich im Verlaufe des Vorfalls steigenden Gefühlen der Privatklägerin nicht gerecht. Während sie zunächst „bloss“ schockiert war, als der Beschuldigte mit dem Messer in der Hand aus

der Küche kam (vgl. pag. 95, al. 396 ff.), hatte sie in der anschliessenden Situation mit dem Messer am Hals Angst und Panik (pag. 95, al. 380 f. und 399).

- c. Andererseits irrt die Vorinstanz auch in ihrem Verständnis der zitierten Entscheide SK 08/484 und 6B_678/2009. Die darin erwähnte „fortdauernde Bedrohung“ ist nicht in dem Sinne zu verstehen, dass der Täter das Opfer „Non-Stop“ während der ganzen Dauer der Vergewaltigung bzw. der sexuellen Nötigung in lebensgefährlicher Art zu bedrohen hätte. Anders ausgedrückt, muss die Gefahr der Herbeiführung einer schweren Gesundheitsschädigung nicht während der ganzen Zeit des Übergriffs bestehen. Es reicht aus, dass der Täter das Opfer mit der Waffe oder dem gefährlichen Gegenstand bedroht, solange es Widerstand leistet. Hat der Täter den Widerstand des Opfers mithilfe der Waffe bzw. des gefährlichen Gegenstands gebrochen, reicht dies zur Erfüllung von Art. 189 Abs. 3 bzw. Art. 190 Abs. 3 StGB aus, selbst wenn der Täter das Opfer während der eigentlichen Vergewaltigung bzw. sexuellen Nötigung nicht mehr lebensgefährlich bedroht. Alles andere wäre Willkür, zumal die Qualifikation schlussendlich von der Frage abhängen würde, zu welchem Zeitpunkt – relativ früh oder evtl. erst gegen Ende des Delikts – der Widerstand des Opfers gebrochen wird und wie lange der Täter dementsprechend auf den Einsatz der Waffe oder des gefährlichen Gegenstandes angewiesen ist. Eine fortwährende Bedrohung im Sinne einer ständigen „Messer-am-Hals-Situation“ lag im Übrigen auch dem Urteil SK 08/484 bzw. 6B.678/2009 nicht zugrunde. So erklärte das damalige Opfer – dessen Aussagen als glaubhaft erachtet wurden – der Täter habe ihr das Messer immer an den Hals gehalten, wenn sie nicht gemacht habe, was er gesagt habe. Wenn sie dagegen gemacht habe, was er gesagt habe, habe er das Messer einfach in der Faust und nicht so nahe an ihren Körper gehalten. Er habe ihr das Messer nie direkt auf die Haut gedrückt (SK 08/484, S. 17 der oberinstanzlichen Urteilsbegründung). Wie lange das Messer mit der geschliffenen Seite an den Hals des Opfers gehalten worden ist, kann folglich für die Qualifikation keine Rolle spielen. Auch ein paar Sekunden können genügen, sofern während dieser Zeit die Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit besteht.

Im vorliegenden Fall hat der Beschuldigte der Privatklägerin das Messer ein paar Sekunden lang mit der geschliffenen Seite gegen den Hals in der Gegend des Kehlkopfs gehalten, wobei er sie gleichzeitig an den Haaren gerissen hat, um ihren Kopf an seinen Penis hinunterzuziehen. In so einer Situation kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Opfer (aus Panik) und/oder der Täter (aus Reaktion auf die panische Abwehrreaktion) eine abrupte oder unkontrollierte Bewegung macht, welche zu einer lebensgefährlichen Verletzung am Hals führen kann. Wer in einer Paniksituation wie reagiert, ist weder steuerbar noch voraussehbar. Es ist als Glücksfall für die Privatklägerin zu bezeichnen, dass sie in ihrer Angst nicht versucht hat, sich dem Beschuldigten körperlich zu entziehen. Hätte sie dies versucht, hätte es nur wenig gebraucht und es wäre trotz der verhältnismässig geringen Schärfe des Messers zu einer lebensgefährlichen Verletzung am Hals gekommen. Die Verwendung des Messers am Hals war objektiv gefährlich, weshalb das Tatbestandselement der Verwendung eines gefährlichen Gegenstandes des qualifizierten Tatbestandes erfüllt ist.

- d. Auf die subjektiv vom Opfer empfundene Angst darf es – entgegen der Argumentation der Vorinstanz – nicht ankommen: Es handelt sich bei den Sexualdelikten um kein objektives Tatbestandsmerkmal, dies im Unterschied zum Tatbestand der Drohung. Die (empfundene) Todesangst als Tatbestandsmerkmal würde zu unhaltbaren Ergebnissen

führen: Man denke dabei z.B. an den Serienvergewaltiger, der bei jeder Vergewaltigung genau gleich vorgeht. Je nach dem, ob sein Opfer mutig, ängstlich oder z.B. suizidal ist, wäre der qualifizierte Tatbestand erfüllt oder eben nicht, obwohl sich jeder Vorfall von aussen betrachtet genau gleich abgespielt hat. Und selbst wenn man mit der Vorinstanz davon ausgehen wollte, dass die empfundene Angst für die Frage der Qualifikation relevant sein müsse, so sind die Schlüsse im vorliegenden Fall falsch gezogen, konnte doch unter Ziff. II.2.5 aufgezeigt werden, dass die Vorinstanz zu Unrecht davon ausging, dass das Opfer keine Angst hatte.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte den objektiven Tatbestand von Art. 189 Abs. 3 i.V.m. Art. 22 bzw. Art. 190 Abs. 3 StGB erfüllt hat, indem er zur Tatbegehung ein Messer als gefährlichen Gegenstand verwendet und die Privatklägerin dadurch einem hohen Risiko der schweren Körperverletzung evtl. Tötung ausgesetzt hat. Bei dieser Schlussfolgerung kann offen gelassen werden, ob der Beschuldigte auch grausam im Sinne von Art. 189 Abs. 3 bzw. 190 Abs. 3 StGB vorgegangen ist, da die Verwendung einer Waffe oder eines andern gefährlichen Gegenstands per se als grausam eingestuft wird (vgl. TRECHSEL/BERTOSSA, a.a.O., Art. 189, al. 15 sowie BSK Strafrecht II-MAIER, Art. 189, al. 45).

- e. In subjektiver Hinsicht ist auch bezüglich der Qualifikationsmerkmale mindestens Eventualvorsatz erforderlich. Das Wissen muss sich jedoch nicht auf deren Auslegung erstrecken. Im vorliegenden Fall genügt das Wissen, dass der Einsatz des grossen Küchenmessers am Hals der Privatklägerin zu schweren Verletzungen hätte führen können.

Es ist allgemein bekannt, dass der Hals ein diffiziler Teil des menschlichen Körpers ist, an dem sowohl scharfe als auch stumpfe Gewalt fatale Folgen haben können. Indem der Beschuldigte das Küchenmesser mit einer Klinge von 20 cm Länge mit der geschliffenen Seite an den Hals der Privatklägerin hielt und ihr gleichzeitig an den Haaren riss, musste er die Möglichkeit einer schweren Verletzung vor Augen haben. Die geringe Schärfe des gewählten Messers kann in diesbezüglich nicht entlasten. Einerseits war das Messer immer noch genügend scharf und spitz, um am Hals eine schwere Verletzung herbeiführen zu können. Andererseits wusste der Beschuldigte aufgrund des Getrenntlebens höchstwahrscheinlich gar nicht, dass das Messer nicht mehr ganz scharf war. Mit seinem Verhalten nahm der Beschuldigte eine solche Verletzung jedenfalls in Kauf, um seine Forderung nach Geschlechtsverkehr bzw. sexuellen Umgang durchzusetzen. Damit ist auch der subjektive Tatbestand der qualifizierten Tatbegehung von Art. 189 Abs. 3 bzw. Art. 190 Abs. 3 erfüllt.

III.1.5.6 Frage der Konkurrenzen

- a. Erfüllt eine Handlung mehrere Tatbestände oder mehrmals denselben Tatbestand, spricht man von Idealkonkurrenz; wenn mehrere Handlungen eines Täters mehrmals denselben oder verschiedene Tatbestände erfüllen, spricht man von Realkonkurrenz. Die Frage, ob eine oder mehrere Handlungen vorliegen, ist eine Rechtsfrage. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird eine juristische Einheit angenommen, wenn die Mehrheit der Einzelakte kraft ihres engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs bei natürlicher Betrachtung als einheitliches Tun erscheinen und auf ein und demselben Willensentschluss beruhen (zitiert nach TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, StGB PK, Art. 49, al. 3). Als Lehrbuchbeispiele gelten unter anderem eine „Tracht“ Prügel, eine

Tötung mit mehreren Messerstichen oder auch unzüchtige Handlungen während einer Nacht mit einem Opfer (TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, a.a.O., Art. 49, N 3).

Unechte Konkurrenz (auch Gesetzeskonkurrenz genannt) liegt vor, wenn eine oder mehrere Handlungen zwar verschiedene Tatbestände des Gesetzes erfüllen, aber jeweils nur ein Tatbestand anzuwenden ist. Wann unechte Konkurrenz vorliegt und welcher Tatbestand anzuwenden ist, ergibt die Auslegung der einzelnen in Frage stehenden Tatbestände (TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, a.a.O., Art. 49, N 1 f.).

Wie bereits erwähnt handelt es sich bei der Vergewaltigung um eine Spezialform der sexuellen Nötigung. Sie unterscheidet sich von der sexuellen Nötigung nur dadurch, dass der Geschlechtsverkehr an einer Frau vollzogen wird und folglich das Geschlechtsteil des Mannes in die Scheide der Frau eindringen muss. Alle anderen sexuellen Handlungen, auch gewaltsames Eindringen in den Anus (bei Frauen oder Männern) fallen unter die sexuelle Nötigung. Dies ist bei der Frage, ob echte Realkonkurrenz oder unechte Konkurrenz vorliegt, zu berücksichtigen.

- b. Die Vorinstanz ging hinsichtlich der versuchten sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung von echter Realkonkurrenz aus. Sie begründete dies damit, der Beschuldigte habe in einem ersten Schritt klar die Absicht verfolgt, die Privatklägerin zum aktiven Oralsex zu zwingen. Erst als er gemerkt habe, dass dieses Ansinnen auf Grund des Widerstandes der Privatklägerin nicht in die Tat habe umgesetzt werden können, habe er den neuen Entschluss gefasst, mit ihr den normalen Geschlechtsverkehr zu vollziehen. Es handle sich damit klarerweise um zwei eigenständige Tatentschlüsse. Diese seien zwar in einem fließenden Geschehen erfolgt, was jedoch nichts daran ändere, dass vorliegend zuerst der versuchte Oralverkehr und dann der vollzogene Geschlechtsverkehr rechtlich zu würdigen seien (pag. 367 f.).
- c. Im vorliegenden Fall ist sowohl der räumliche als auch der zeitliche Zusammenhang sehr eng; beide Vorfälle haben sich im Wohnzimmer der Privatklägerin innerhalb weniger Minuten ohne Unterbruch abgespielt. Den glaubhaften Aussagen der Privatklägerin und dem Beweisergebnis folgend, verlangte der Beschuldigte zunächst einfach Sex, ohne diesen genauer zu umschreiben (vgl. pag. 67, al. 21 und pag. 76, al. 26). Gestützt auf die Aussagen der Privatklägerin (und implizit auch auf diejenigen des Angeschuldigten, vgl. pag. 138, al. 304 ff.) kann ebenfalls als erstellt gelten, dass der Beschuldigte praktisch jedes Mal Sex von der Privatklägerin haben wollte, wenn er zwecks Ausübung des Besuchsrechts am Samstag zu der Privatklägerin kam (siehe z.B. pag. 68, al. 1 ff., pag. 77, al. 11 f.). Aus der Tatsache, dass zuerst allgemein um Sex „gestürmt“ wurde, kann somit nur gefolgert werden, dass seine Forderung nach Sex vorerst allgemein gehalten war und als (vaginaler) Geschlechtsverkehr – wie er an unzähligen Samstagen auch schon stattgefunden hatte – interpretiert wurde und auch so interpretiert werden durfte. Aus der Aussage der Privatklägerin, wonach sie dem Beschuldigten gesagt habe, wenn sie ihm „eins blasen“ müsse, müsse sie erbrechen, kann im Weiteren geschlossen werden, dass der Beschuldigte normalerweise nicht Oralsex verlangt hatte. Es ist daher festzuhalten, dass der Beschuldigte eben nicht nur Oralsex verlangte und dann normalen Geschlechtsverkehr erhielt, sondern einmal in allgemein formulierter Weise Sex und danach spezifisch Oralsex verlangte. In der Situation mit dem Messer am Hals bot ihm die Privatklägerin schliesslich normalen Geschlechtsverkehr an, wenn er das Messer weglege. Dieser „normale“ Geschlechtsverkehr wurde sodann auch vollzogen.

Nach Ansicht der Kammer kann allein aus diesen beiden Forderungen – einmal nach Sex im Allgemeinen und einmal spezifisch nach Oralsex –juristisch nicht abgeleitet werden, es liege eine Handlungsmehrheit vor. Vielmehr lag das eigentliche Ziel des Beschuldigten während der ganzen Zeit darin, seine sexuellen Bedürfnisse befriedigt zu erhalten. Dabei war es ihm eigentlich egal, ob dies nun durch oralen oder vaginalen Sex geschehen würde, solange es geschehen würde. Für diese Interpretation spricht insbesondere die Tatsache, dass der Beschuldigte nicht weiter auf oralem Sex insistierte, sondern sofort damit einverstanden war, als die Privatklägerin ihm vaginalen Geschlechtsverkehr anbot. Wenn man sich in der Rolle der Privatklägerin eine Person männlichen Geschlechts vorstellt und anstelle des vaginalen Geschlechtsverkehrs eine anale Penetration annimmt, wird zudem klar ersichtlich, dass es sich vorliegend um eine Handlungseinheit und keine Handlungsmehrheit handelt. Bei einer solchen Konstellation käme der Tatbestand der Vergewaltigung aufgrund des expliziten Gesetzeswortlauts nicht in Frage und niemand käme auf die Idee, von einer versuchten (der verlangte Oralverkehr) und einer vollendeten (die vollendete anale Penetration) sexuellen Nötigung auszugehen, zumal sich alles in einem fließenden Geschehen abspielte. Die Tatsache, dass es sich beim Opfer um eine Frau gehandelt hat und damit – anders als bei einem männlichen Opfer – zwei Tatbestände anwendbar sein können, rechtfertigt es nicht, auf eine Tatmehrheit zu schliessen, zumal die Tatbestände der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung sehr nahe beieinander liegen.

Nach Ansicht der Kammer beruhen die Handlungen des Beschuldigten folglich auf ein und demselben Willensentschluss; es handelt sich um eine Handlungseinheit und keine Handlungsmehrheit. Demnach liegt unechte Konkurrenz vor und der Tatbestand der sexuellen Nötigung wird vom Tatbestand der Vergewaltigung konsumiert.

III.1.5.7 Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte schuldig zu sprechen ist wegen qualifizierter Vergewaltigung z.N. der Privatklägerin. Der Schuldspruch wegen versuchter (qualifizierter) sexueller Nötigung entfällt, da zwischen der qualifizierten Vergewaltigung und der versuchten, ebenfalls qualifiziert begangenen sexuellen Nötigung unechte Konkurrenz besteht und letztere konsumiert wird.