Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.474/2002 /kra

Sitzung vom 10. April 2003
Kassationshof

Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Kolly, Karlen,
Ersatzrichterin Pont Veuthey,
Gerichtsschreiber Boog.

X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter F. Siegen, Postfach 7337, 8023 Zürich,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau, Frey-Herosé-Strasse 12, 5001 Aarau.

Sexuelle Handlungen mit Kindern, Exhibitionismus (Art. 187 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, 2. Strafkammer, vom 24. Oktober 2002.

Sachverhalt:
A.
X._____ begab sich am 23. September 2000, um 21.30 Uhr, in die Nähe des B._____-Schulhauses in A._____. Dort näherte er sich den anwesenden vier 15-jährigen Kindern, beobachtete sie über eine Stunde lang vom angrenzenden Waldrand aus, zog seine Hosen herunter und onanierte. Die Jugendlichen hatten ihn bemerkt und jeweils anhand der Glut der von ihm gerauchten Zigaretten lokalisiert. Den eigentlichen Akt der Selbstbefriedigung konnten sie nicht beobachten; sie realisierten aber, dass er am Unterkörper nackt oder allenfalls nur leicht bekleidet war.
B.
Das Bezirksgericht Brugg sprach X._____ mit Urteil vom 9. Oktober 2001 von der Anklage der sexuellen Handlung mit Kindern und des Exhibitionismus frei, auferlegte ihm indes die Verfahrenskosten. Auf Berufung der Staatsanwaltschaft und des Beurteilten hin erklärte das Obergericht des Kantons Aargau X._____ der sexuellen Handlungen mit Kindern (Art. 187 Ziff. 1 StGB) schuldig und verurteilte ihn zu zwei Monaten Gefängnis unbedingt. Eine hiegegen geführte eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde hiess das Bundesgericht mit Urteil vom 20. September 2002 gut und hob das angefochtene Urteil auf.
C.
Mit Urteil vom 24. Oktober 2002 erklärte das Obergericht des Kantons Aargau X._____ erneut der sexuellen Handlung mit Kindern (Art. 187 Ziff. 1 StGB) schuldig und verurteilte ihn zu zwei Monaten Gefängnis unbedingt.
D.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
E.
Das Obergericht des Kantons Aargau beantragt in seiner Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau schliesst unter Verzicht auf Vernehmlassung ebenfalls auf Abweisung der Beschwerde.
Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Die kantonale Behörde muss bei einer Rückweisung ihrer neuen Entscheidung die Begründung der Kassation zugrunde legen (Art. 277ter BStP). Das gilt im Entscheidpunkt und für weitere Fragen insoweit, als sich die bundesgerichtliche Kassation auf andere Punkte auswirkt und es der Sachzusammenhang erfordert. In diesem Umfang ist die neue Entscheidung vor Bundesgericht anfechtbar (BGE 123 IV 1 E. 1 mit Hinweisen).

Bei der Rückweisung kann die kantonale Instanz auf ihre im ersten Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen, sofern sie nicht oder erfolglos angefochten wurden, nicht mehr zurückkommen (BGE 104 IV 276 E. 2b und d). Im Falle eines Weiterzuges des neuen Entscheides der unteren Instanz ist das Bundesgericht an die Erwägungen gebunden, mit denen es die Rückweisung begründet hat.
1.2 Die Vorinstanz nahm in ihrem ersten Urteil vom 22. April 2002 an, der Beschwerdeführer habe eine Wahrnehmung seiner sexuellen Handlung durch die Kinder gewollt, respektive mindestens in Kauf genommen, wobei letzteres ausreiche (E. 3b/bb in fine).

Das Bundesgericht erwog in seinem Rückweisungsentscheid vom 20. September 2002, beim Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kinden gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB genüge Eventualvorsatz bei der Tatvariante des Einbeziehens von Kindern in eine sexuelle Handlung nicht. Der Täter müsse die Wahrnehmung seiner sexuellen Handlungen durch die Kinder als eigentliches Handlungsziel verfolgen (Urteil des Kassationshofs 6S.241/2002 vom 20.9.2002 E. 1.2). Das Obergericht habe nicht ausdrücklich festgestellt, dass die Wahrnehmung seiner Handlungen durch die Kinder das eigentliche Handlungsziel des Beschwerdeführers gewesen sei. Das Bundesgericht hob daher das angefochtene Urteil schon aus diesem Grund auf und prüfte die Rügen hinsichtlich des objektiven Tatbestandes nicht.
1.3 Ob die Vorinstanz in ihrem neuen Urteil den von den verbindlichen Erwägungen im Rückweisungsentscheid als Gegenstand der neuen Entscheidung vorgegebenen Rahmen überschreitet, indem sie die tatsächlichen Voraussetzungen für den direkten Vorsatz abklärt, kann offen bleiben. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist die Beschwerde schon aus objektiven Gründen gutzuheissen.
1.4 Nach der Rechtsprechung kann der neue Entscheid der kantonalen Instanz vor Bundesgericht nicht mehr angefochten werden, wenn die Anfechtung bereits in Bezug auf das erste Urteil möglich gewesen wäre und nach Treu und Glauben für die betreffende Partei die Anfechtung zumutbar war (BGE 117 IV 97 E. 4a S. 104). Der Beschwerdeführer wendet sich in erster Linie gegen die Bejahung des objektiven Tatbestandes der sexuellen Handlungen mit Kindern gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB. Er bringt aber insofern nichts vor, was er nicht schon in seiner ersten Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil der Vorinstanz vom 22. April 2002 vorgebracht hatte. Da die Rügen im Rückweisungsentscheid nicht geprüft wurden, weil das angefochtene Urteil aus anderen Gründen aufgehoben werden musste, ist auf diese nunmehr in diesem Verfahren einzutreten.
2.
2.1 Die Vorinstanz stellt für den Kassationshof verbindlich fest (Art. 277bis Abs. 1 BStP), der Beschwerdeführer habe sich am fraglichen Abend den sich beim Schulhaus befindenden Jugendlichen genähert, habe sich die Hosen heruntergezogen und onaniert. Die 15-jährigen Kinder hätten ihn wahrgenommen und realisiert, dass er am Unterkörper nackt oder allenfalls nur leicht bekleidet gewesen sei. Sie hätten auch realisiert, dass der Beschwerdeführer bei seinem Tun sexuelle Absichten verfolgt habe, was sich insbesondere aus den Strafanträgen der betroffenen Mädchen ergebe. Die Jugendlichen hätten zwar den eigentlichen Vorgang der Selbstbefriedigung des Beschwerdeführers nicht beobachten können, hätten die gesamten Umstände jedoch richtig eingeordnet und realisiert, dass dieser sexuelle Absichten verfolge. Sie hätten dementsprechend den Vorgang als sexuelle Handlung interpretiert.
2.2 In objektiver Hinsicht gelangt die Vorinstanz zum Schluss, der Beschwerdeführer habe die Kinder, indem er in ihrer Anwesenheit onaniert habe, in eine sexuelle Handlung einbezogen. Der Tatbestand erfordere nicht, dass die eigentliche sexuelle Handlung oder gar das Geschlechtsteil vom Kind visuell wahrgenommen werde.
2.3 Das Bezirksgericht Brugg hatte demgegenüber den Beschwerdeführer in seinem Urteil vom 9. Oktober 2001 vollumfänglich freigesprochen, weil die Jugendlichen weder das Geschlechtsteil des Beschwerdeführers noch irgendwelche Manipulationen daran wahrnehmen konnten.
3.
3.1 Gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB macht sich der sexuellen Handlungen mit Kindern u.a. schuldig, wer ein

Kind unter 16 Jahren in eine sexuelle Handlung einbezieht (aura mêlé ... à un acte d'ordre sexuel; coinvolge ... in un atto sessuale). Das frühere Recht hatte noch die blosse Vornahme einer solchen Handlung vor einem Kind mit Strafe bedroht (Art. 191 Ziff. 2 aStGB). Die neue Fassung des Gesetzes verdeutlicht, dass der Täter die geschlechtliche Handlung bewusst vor dem Kinde ausführen und beabsichtigen muss, dass dieses die Handlung wahrnimmt (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie]vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1009, S. 1067). Das Einbeziehen des Kindes in eine sexuelle Handlung bedeutet, dass der Täter das Kind gezielt zum Zuschauer seiner sexuellen Handlungen, und dadurch zum Sexualobjekt macht (Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 187 StGB N. 9; Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, 6. Aufl., Bern 2003, § 7 N. 16; Rehberg/Schmid, Strafrecht III, 7. Aufl., Zürich 1997, S. 382; Corboz, Les infractions en droit
suisse, Bd. I, Bern 2002, S. 723 N. 24; vgl. auch Philipp Maier, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 187 StGB N. 14; ders., Umschreibung von sexuellen Verhaltensweisen im Strafrecht, AJP 1999 S. 1398 f.). Das ist etwa der Fall, wenn der Täter vor dem Kind mit allen Zeichen sexueller Erregung onaniert (Jenny, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, 4. Bd.: Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Art. 187 StGB N. 21; Stratenwerth/Jenny, a.a.O., § 7 N. 16). Nicht erforderlich ist, dass das Kind den Vorgang als sexuelle Handlung begreift; was der Täter mit seiner Handlung bezweckt, muss es nicht verstehen (Jenny, a.a.O., Art. 187 StGB N. 15; Trechsel, a.a.O., Art. 187 StGB N. 5).
3.2 Nach den Feststellungen der Vorinstanz haben die Jugendlichen hier lediglich wahrgenommen, dass der Beschwerdeführer "am Unterkörper nackt oder allenfalls nur leicht bekleidet war". Seinen Penis oder die eigentliche Selbstbefriedigung haben sie nicht gesehen. Nach Auffassung der Vorinstanz haben sie "den Vorgang aber gestützt auf die gesamten Umstände als sexuelle Handlung interpretiert" bzw. haben sie "die gesamten Umstände richtig eingeordnet und realisiert, dass der Beschwerdeführer sexuelle Absichten verfolgte".

Dies lässt sich, wie der Beschwerdeführer zu Recht einwendet, nicht als Wahrnehmung einer sexuellen Handlung im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB würdigen. Der Tatbestand des Einbeziehens von Kindern in eine sexuelle Handlung erfordert, dass diese den äusseren Vorgang der sexuellen Handlung als Ganzes unmittelbar sinnlich wahrnehmen (vgl. Trechsel, a.a.O., Art. 187 StGB N. 9). Unmittelbar wahrgenommen haben die Jugendlichen hier, wie ausgeführt, aber nur, dass der Beschwerdeführer etliche Zeit auf dem Schulhausareal herumgeschlichen ist und dass er im Bereich des Unterkörpers - jedenfalls an den Oberschenkeln - nicht bekleidet war. Das fällt nicht unter den Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB.

Keiner der Jugendlichen schildert in seinen Aussagen vor der Kantonspolizei denn auch nur ansatzweise, er hätte beobachtet, wie der Beschwerdeführer sich selbst befriedigt habe, dass er an seinem Körper Manipulationen vorgenommen habe, die auf so etwas hätten schliessen lassen, oder dass sie das Glied des Beschwerdeführers gesehen hätten. Die Vorinstanz stützt sich für ihren Schuldspruch letztlich allein auf den Umstand, dass der Beschwerdeführer anlässlich seiner Einvernahme durch die Kantonspolizei zugestanden hatte, er habe sich am fraglichen Ort - nach seiner Darstellung allerdings vor Eintreffen der Jugendlichen - selbst befriedigt. Aus diesem Zugeständnis lässt sich aber nicht ableiten, die Jugendlichen hätten die Selbstbefriedigung des Beschwerdeführers auch tatsächlich gesehen. Das folgt entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch nicht daraus, dass die betroffenen Mädchen Strafantrag erhoben haben und dass der Beschwerdeführer nach Eintreffen der alarmierten Polizei die Flucht ergriffen hat.
Es mag zutreffen, dass die Jugendlichen die Verhaltensweise des Beschwerdeführers als belästigende sexuelle Handlung eingeordnet haben. Diese Zuweisung eines sexuellen Bedeutungsgehalts kann sich aber nur darauf beziehen, was von ihnen tatsächlich unmittelbar beobachtet werden konnte, nämlich dass der Beschwerdeführer sich ihnen während einiger Zeit in teilweise unbekleidetem Zustand mehrfach genähert hat. Das ist keine sexuelle Handlung im Sinne des Gesetzes (vgl. BGE 125 IV 58 E. 3b). Wie der Beschwerdeführer zu Recht vorbringt, ist der Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern nicht erfüllt, wenn sich die Wahrnehmungen der Kinder lediglich auf die Begleitumstände der sexuellen Handlung beschränken.

Im Übrigen ist zu beachten, dass der Einbezug eines Kindes in eine sexuelle Handlung den Tatvarianten der Vornahme einer sexuellen Handlung mit einem Kinde oder der Verleitung eines Kindes zu einer solchen Hand-

lung gleichsteht und dass für alle Tatvarianten dieselben Strafdrohungen, nämlich Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis, gelten. Der Tatbestand des Einbeziehens erfordert daher eine Verhaltensweise von einiger Erheblichkeit, mithin eine ähnlich intensive Beteiligung des Kindes wie bei den anderen beiden Tatvarianten der Vornahme oder der Verleitung (vgl. Jenny, a.a.O., Art. 187 StGB N. 16).

Der Schluss der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe den objektiven Tatbestand des Art. 187 Ziff. 1 StGB erfüllt, verletzt daher Bundesrecht. Die Beschwerde erweist sich somit als begründet.

4.

Die Vorinstanz hat die Frage, ob sich der Beschwerdeführer auch des Exhibitionismus schuldig gemacht habe, nicht geprüft, da Art. 194 Abs. 1 StGB von Art. 187 Ziff. 1 StGB konsumiert werde. Dass der Schuldspruch der sexuellen Handlungen mit Kindern aufgehoben werden muss, führt indes nicht zu einer Verurteilung wegen exhibitionistischer Handlungen. Denn auch Art. 194 Abs. 1 StGB, der das bewusste Zurschaustellen der Sexualorgane aus sexuellen Beweggründen, bzw. das Entblössen des männlichen Glieds vor einem ahnungslosen Opfer zum Zweck der Erregung oder Befriedigung der Geschlechtslust unter Strafe stellt, erfordert, dass das entblösste Sexualorgan tatsächlich wahrgenommen wird (Stratenwerth/Jenny, a.a.O., § 10 N 20). Dies ist nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, wie ausgeführt, nicht der Fall.

5.

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben und ist dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung auszurichten (Art. 278 Abs. 2 und 3 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 24. Oktober 2002 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Kosten erhoben.

3.

Dem Beschwerdeführer wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau und dem Obergericht des Kantons Aargau, 2. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 10. April 2003

Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: