Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.148/2004 /kra

Urteil vom 28. Juli 2004
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Wiprächtiger, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Zünd, Ersatzrichterin Brahier,
Gerichtsschreiber Borner.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Althaus,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen, Herrenacker 26, Postfach, 8201 Schaffhausen.

Gegenstand
Mehrfache sexuelle Handlungen mit Kindern, Strafzumessung (Art. 63 StGB), Massnahmen (Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 27. Februar 2004.

Sachverhalt:
A.
X._____ (geboren 1971) ist Primarlehrer und erteilte unter anderem an der Oberstufe in Y._____ Musikunterricht. Mit der Schülerin A._____ (geb. 1987) tauschte er ab dem 6. Dezember 2001 über vier Monate SMS mit zum Teil erotisch-anzüglichem Inhalt aus. Bei einem ersten Treffen am 6. März 2002 in seiner Wohnung kam es zu Zungenküssen, und er streichelte sie über den Kleidern an den Genitalien und an den Brüsten. Bei einem zweiten Treffen am 3. April 2002 legten sich beide nackt auf das Bett, er streichelte sie am ganzen Körper, insbesondere auch an Genitalien und Brüsten. Den Geschlechtsverkehr lehnte A._____ ab.

Mit einer weiteren Schülerin, B._____ (geb. 1988), mit der X._____ ebenfalls SMS erotisch-anzüglichen Inhalts austauschte, kam es am 20. März und am 10. April 2002 in seiner Wohnung zum Austausch von Zungenküssen und zu Berührungen über und unter den Kleidern an Genitalien und Brüsten. X._____ liess sich von der Schülerin überdies oral befriedigen und vollzog den Analverkehr unter Verwendung eines Kondoms; den Geschlechtsverkehr lehnte das Mädchen ab.
B.
B.a Das Kantonsgericht Schaffhausen sprach X._____ am 15. Januar 2003 der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern schuldig, verurteilte ihn zu einer Gefängnisstrafe von 24 Monaten und auferlegte ihm ein Berufsverbot von drei Jahren.
B.b Gegen dieses Urteil erhob X._____ Berufung an das Obergericht. Er reichte ein psychiatrisches Privatgutachten ein, welches ihm eine verminderte Zurechnungsfähigkeit in mittlerem Grade bescheinigte. Ein vom Obergericht angeordnetes psychiatrisches Gutachten stellte eine verminderte Zurechnungsfähigkeit in leichtem bis mittlerem Grad fest.

An der Berufungsverhandlung beantragte X._____ eine Bestrafung mit 15 bis 18 Monaten, die Gewährung

des bedingten Strafvollzugs verbunden mit der Weisung, die begonnene ambulante psychiatrische Behandlung fortzusetzen, oder den Aufschub der Strafe zugunsten einer ambulanten Massnahme.

Die Staatsanwaltschaft stellte Antrag auf Bestrafung mit 20 Monaten Gefängnis, wobei die Strafe zugunsten einer ambulanten Massnahme aufzuschieben sei.
B.c Das Obergericht des Kantons Schaffhausen bestätigte am 27. Februar 2004 den erstinstanzlichen Schuldspruch, das Strafmass von 24 Monaten Gefängnis sowie das Berufsverbot und ordnete strafbegleitend eine ambulante psychotherapeutische Massnahme an.
C.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache bezüglich des Strafmasses und des verweigerten Aufschubs des Strafvollzugs zugunsten der ambulanten Massnahme.

Das Obergericht reichte am 29. April 2004 Gegenbemerkungen ein, ohne ausdrücklich einen Antrag zu stellen (act. 6).

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen erachtet in ihrer Stellungnahme vom 7. Juli 2004 die ausgesprochene Freiheitsstrafe von 24 Monaten als noch im richterlichen Ermessen liegend, wenngleich sie im angefochtenen Urteil keine überzeugenden Gründe zu erkennen vermag, weshalb der in zwei psychiatrischen Gutachten festgestellten verminderten Zurechnungsfähigkeit nicht stärker Rechnung getragen wird. Den Aufschub des Strafvollzugs zugunsten der ambulanten Massnahme erachtet die Staatsanwaltschaft als bundesrechtlich geboten (act. 9).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Gemäss Art. 63 StGB misst der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.

Nach der Praxis des Bundesgerichtes bezieht sich der Begriff des Verschuldens im Sinne von Art. 63 StGB auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat. Im Rahmen der Tatkomponente sind insbesondere zu beachten: Das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe des Schuldigen. Die Täterkomponente umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren.

Einerseits hat sich der Strafrichter an diese gesetzlichen Vorgaben zu halten. Anderseits steht ihm bei der Gewichtung der einzelnen Strafzumessungskomponenten innerhalb des jeweiligen Strafrahmens ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Der Kassationshof kann daher auf Nichtigkeitsbeschwerde hin in das Ermessen des Sachrichters nur eingreifen, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wenn sie wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. (in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens) falsch gewichtet hat (BGE 129 IV 6 E. 6.1 S. 20 mit Hinweisen).
1.2 Die Vorinstanz erachtet im Unterschied zum Kantonsgericht, welches eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten aussprach, ohne Berücksichtigung der verminderten Zurechnungsfähigkeit (dazu nachfolgend E. 2) eine solche von 28 Monaten für schuldangemessen. Sie geht hierbei zunächst vom Strafrahmen von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe aus (Art. 187 Ziff. 1 StGB) und berücksichtigt strafschärfend die mehrfache Tatbegehung (Art. 68 Ziff. 1 StGB).

Zutreffend hält die Vorinstanz fest, dass dem Beschwerdeführer als Lehrer und Erzieher in Bezug auf die Entwicklung der Schülerinnen eine erhöhte Verantwortung zugekommen wäre und er als solcher vollständig versagt hat. Sie berücksichtigt sodann straferhöhend den Umstand, dass sich der Beschwerdeführer vom eingeleiteten Disziplinarverfahren wegen im Raum stehender Vorwürfe sexueller Belästigung nicht beeindrucken liess und er ausgerechnet am Nachmittag desselben Tages, an dem ihm sein Fehlverhalten vorgehalten wurde,

an einer seiner Schülerinnen sexuelle Handlungen vornahm. Die Kritik des Beschwerdeführers an der straferhöhenden Berücksichtigung dieses Umstands ist nicht stichhaltig. Die bei ihm diagnostizierte Persönlichkeitsstörung mochte ihm erschwert haben, gemäss der Einsicht in das Unrecht der Tat zu handeln, was unter dem Gesichtspunkt der verminderten Zurechnungsfähigkeit ins Gewicht fällt, aber am straferhöhenden Umstand der Tatbegehung unmittelbar nach erfolgter Warnung nichts ändert.

Als strafmindernde Umstände führt die Vorinstanz an, dass der Beschwerdeführer keinerlei Vorstrafen und auch sonst kein getrübtes Vorleben aufweist, ferner seine Geständigkeit, die Reue und Einsicht in das begangene Unrecht und seine Bemühungen um Wiedergutmachung (die zu einer umfassenden Einigung mit einer der Zivilklägerinnen geführt hat, bei der anderen allerdings bisher aus Gründen nicht möglich war, die nicht er zu vertreten hat).
1.3 Weitere straferhöhende oder strafmindernde Faktoren führt die Vorinstanz nicht an. Sie hält lediglich noch fest, den Beschwerdeführer entlaste es nicht, dass ihm die Schülerinnen ihrerseits provokative SMS gesendet hätten. Auch der Umstand, dass er keinerlei Gewalt oder Zwang angewendet habe, vermöge ihn nicht zu entlasten, und als Lehrer hätte er wissen müssen, dass Schülerinnen dieses Alters sehr oft für ihre Lehrer schwärmten. Im Zusammenhang mit der Würdigung des psychiatrischen Gutachtens hält die Vorinstanz dem Gutachter vor, er rede den Beschwerdeführer aus der Verantwortung heraus, wenn er erwähne, die Schülerinnen seien ihrerseits auch initiativ gewesen, weil sie den Einladungen gefolgt seien. Pubertierende seien nämlich aufgrund ihrer erwachenden sexuellen Neugierde, aber auch wegen ihrer sexuellen Unerfahrenheit als äusserst verletzlich einzustufen, weshalb ausschliesslich der Beschwerdeführer für die zu beurteilenden sexuellen Handlungen verantwortlich sei.

Es ist zunächst zutreffend, dass eine allfällige Einwilligung eines Kindes in sexuelle Handlungen diese nicht rechtfertigen kann und für die Erfüllung des Straftatbestandes von Art. 187 StGB ohne Bedeutung ist (BGE 120 IV 6 E. 2c/aa). Für die Strafzumessung kommt es indessen auf die gesamten Umstände der Tatbegehung an, weshalb im Rahmen der Verschuldensprüfung das einwilligende Verhalten jedenfalls von pubertierenden Opfern nicht belanglos ist (Friedemann Pfäfflin, Sexualstraftaten, in: Venzlaff/Foerster [Hrsg.], Psychiatrische Begutachtung, 4. Auflage, S. 289; ähnlich auch Jörg M. Fegert, Kindesmisshandlung und sexueller Missbrauch, in: Eggers/ Fegert/Resch [Hrsg.], Psychiatrie und Psychotherapie des Kindes- und Jugendalters, Berlin u.a. 2004, S. 500 f.). Im umgekehrten Fall muss nämlich auch straferhöhend berücksichtigt werden, wenn der Täter Druck ausübt, seine Stellung ausnützt oder besonders raffiniert vorgeht. Die Vorinstanz hat zutreffend die erhöhte Verantwortung des Beschwerdeführers als Lehrer hervorgehoben und dieser bei der Strafzumessung Rechnung getragen. Sie hätte aber umgekehrt nicht gänzlich das einwilligende Verhalten der Schülerinnen ausblenden dürfen, ebenso wenig den Umstand, dass der Beschwerdeführer
keinerlei Druck ausübte und er es ohne weiteres akzeptierte, wenn die Schülerinnen nicht mehr weiter gehen wollten, beispielsweise den Geschlechtsverkehr ablehnten. Bis zu einem gewissen Grad hätten diese Umstände strafmindernd ins Gewicht fallen müssen.
1.4 Unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Verhältnisse sind besondere Straftatfolgen je nach Intensität bei der Strafzumessung zu berücksichtigen (Urteil 6S.596/2000 vom 22. Februar 2001; Matthias Härri, Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung, ZStrR 116/1998, S. 212 ff., insbesondere S. 216 ff. mit Hinweisen; Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, N 101 zu Art. 63 StGB). In der Lehre werden namentlich erhebliche Einbussen in der sozialen Stellung und berufliche oder familiäre Auswirkungen genannt (Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Bern 1989, S. 242; Härri, a.a.O., S. 218 ff.; Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., N 55 zu § 46 StGB). Vorliegend fällt unter diesem Aspekt in Betracht, dass der Beschwerdeführer als Folge der Straftat seine Anstellung als Lehrer verlor, ihm - zu Recht - die Ausübung dieses Berufes verboten wurde, und seine Ehefrau sich von ihm scheiden liess. Die Vorinstanz hat den Gesichtspunkt der Straftatfolgen vollständig ausser Acht gelassen, was Bundesrecht verletzt.
2.
2.1 Gemäss Art. 11 StGB kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern, wenn der Täter zur Zeit der Tat vermindert zurechnungsfähig war, wobei er weder an die Strafart noch an das Strafmass, wohl aber an das gesetzliche Mindestmass der jeweiligen Strafart gebunden ist (Art. 66 StGB). Dem Strafmilderungsgrund der verminderten Zurechnungsfähigkeit muss der Richter mindestens strafmindernd Rechnung tragen (BGE 118 IV 1 E. 2), ohne dass er gehalten wäre, die Strafe linear nach einem bestimmten Tarif zu reduzieren (BGE

123 IV 49 E. 2c S. 51). Eine leichte, mittelgradige oder schwere Herabsetzung der Zurechnungsfähigkeit führt daher nicht zwingend zu einer rein mathematischen Reduktion der Strafe um 25, 50 oder 75 % (BGE 129 IV 22 E. 6.2 S. 35). Vielmehr geht es darum, der Verminderung der Schuld Rechnung zu tragen, freilich im ganzen Ausmass dieser Verminderung (BGE 118 IV 1 E. 2 S. 5). Der Richter kann daher nicht die Strafe lediglich um die Hälfte reduzieren, wenn er feststellt, die Zurechnungsfähigkeit sei in sehr schwerwiegendem Masse eingeschränkt, und er kann auch nicht ausgehend von einer mittleren Einschränkung der Zurechnungsfähigkeit die Strafe lediglich um 40 % reduzieren, ohne für dieses Vorgehen eine schlüssige
Erklärung zu geben (BGE 129 IV 22 E. 6 S. 35 f.).
2.2 Das von der Vorinstanz eingeholte psychiatrische Gutachten stellt beim Beschwerdeführer eine kombinierte Persönlichkeitsstörung (narzisstische und unreife Züge) gemäss ICD-10: F 61.0 fest. Diese habe dazu geführt, dass der Beschwerdeführer zwar um das Unrecht seiner Taten gewusst habe, es ihm aufgrund seiner krankhaften Wesenszüge aber nur erschwert möglich gewesen sei, sich gemäss dieser Einsicht zu verhalten. Während der Gutachter auf eine verminderte Zurechnungsfähigkeit in leichtem bis mittlerem Grad schliesst, billigt die Vorinstanz dem Beschwerdeführer nur eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit in leichtem Grad zu, was sie in Auseinandersetzung mit dem Gutachten begründet. Unter Berücksichtigung der leicht verminderten Zurechnungsfähigkeit nimmt sie alsdann eine Reduktion des Strafmasses von 28 Monaten, das sie bei voller Zurechnungsfähigkeit verhängt hätte, auf 24 Monate vor. Zum Mass der Reduktion hält sie einzig fest, eine rein mathematische Reduktion der Strafe wäre verfehlt.
2.3 Soweit der Beschwerdeführer die Würdigung des Gutachtens durch die Vorinstanz und namentlich die Schlussfolgerung kritisiert, es liege nur eine leichte Verminderung der Zurechnungsfähigkeit vor, kann darauf nicht eingetreten werden; denn ob und wie weit ein Gericht die im Gutachten enthaltenen Erörterungen über die Einsichts- und Bestimmungsfähigkeit des Täters für überzeugend erachtet oder nicht, ist eine Frage der Beweiswürdigung, die mit staatsrechtlicher Beschwerde zu rügen wäre (BGE 106 IV 236 E. 2a). Hingegen ist zu prüfen, ob die Vorinstanz der von ihr festgestellten leichten Verminderung der Zurechnungsfähigkeit hinreichend Rechnung getragen hat. Dabei ist davon auszugehen, dass sie ausdrücklich festhält, mit ihrer Beurteilung halte sie sich noch im Rahmen der Bandbreite des Gutachtens (angefochtener Entscheid, S. 10 oben sowie S. 11 Mitte), das eine leichte bis mittlere Verminderung der Zurechnungsfähigkeit ergeben hat. Dann aber ist nicht nachvollziehbar, weshalb ausgehend von einem Strafmass von 28 Monaten bei voller Zurechnungsfähigkeit (angefochtener Entscheid, S. 8 E. dd) eine Reduktion von lediglich 4 Monaten vorgenommen wird. Die Vorinstanz begründet denn auch nur, weshalb sie sich im unteren Bereich der
Bandbreite des Gutachtens bewegen will, nicht aber, warum sie der leichten Verminderung der Zurechnungsfähigkeit lediglich noch im Umfang von 14,5 % Rechnung trägt. Auch insoweit verletzt das angefochtene Urteil Bundesrecht.
3.
3.1 Die Vorinstanz wird die Strafe neu zumessen müssen. Dabei wird sie die Rechtsprechung zu beachten haben, dass bei Strafen von nicht erheblich mehr als 18 Monaten zu prüfen ist, ob nicht eine Strafe verhängt werden soll, welche bei gegebenen Voraussetzungen die Gewährung des bedingten Strafvollzugs erlaubt (BGE 127 IV 97 E. 3; 118 IV 337). In diesem Zusammenhang ist ferner zu beachten, dass die Gewährung des bedingten Strafvollzuges - allenfalls unter Auferlegung der maximalen Probezeit - gemäss Art. 41 Ziff. 2 Abs. 1 StGB mit der Weisung verbunden werden kann, die aufgenommene psychotherapeutische Behandlung fortzuführen.
3.2 Unter Umständen wird sich die Vorinstanz auch zur Frage zu äussern haben, ob der Strafvollzug zugunsten der ambulanten Behandlung aufzuschieben ist.

Gemäss Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2 StGB kann der Richter zwecks ambulanter Behandlung den Vollzug der Strafe aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen. Nach der Rechtsprechung ist der Strafaufschub angezeigt, wenn die begründete Aussicht auf eine erfolgreiche Behandlung durch den sofortigen Vollzug der ausgefällten Freiheitsstrafe erheblich beeinträchtigt würde, was nicht erst anzunehmen ist, wenn der Vollzug eine Therapie verunmöglicht oder den Behandlungserfolg völlig in Frage stellt. Vielmehr geht die Therapie vor, sobald eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen bietet, die der Strafvollzug verhindern oder wesentlich vermindern würde (BGE 129 IV 161 E. 4.1 mit Hinweisen). Diesen Massstab verkennt die Vorinstanz, wenn sie als entscheidend erachtet, dass der Gutachter eine Therapie auch im Strafvollzug für durchführbar hält. Aus dem Gutachten geht nämlich hervor, dass ein allfälliger Strafvollzug für den Beschwerdeführer kontraproduktive Auswirkungen hätte. Der Gutachter könnte sich eine Therapie im Vollzug wohl vorstellen,

doch hält er zugleich fest, dass der Erfolg fragwürdig wäre und die durch die bereits aufgenommene Therapie eingesetzte positive Entwicklung durch den Strafvollzug gefährdet würde.
Dass eine Therapie im Vollzug dennoch durchführbar wäre, reicht für die Verweigerung des Aufschubs des Strafvollzugs nicht aus.
4.
Nach dem Gesagten 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). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird damit gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 27. Februar 2004 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Dem Vertreter des Beschwerdeführers 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 Schaffhausen und dem Obergericht des Kantons Schaffhausen schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 28. Juli 2004
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Das präsidierende Mitglied: Der Gerichtsschreiber: