Urteilskopf

115 IV 180

41. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 9. Oktober 1989 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau gegen A. (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 64 letzter Absatz StGB; Strafmilderung.

Art. 64 letzter Absatz StGB setzt kumulativ voraus, dass der Täter 18 bis 20 Jahre alt ist und dass er nicht die volle Einsicht in das Unrecht der Tat besass (E. 2).

Ob der Jugendliche allein wegen seines Alters nicht die volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat besass, stellt eine Tatfrage dar, die der Richter nach pflichtgemässem Ermessen zu beantworten hat; dabei soll er die Annahme mangelnder Einsicht nicht leichthin verneinen (E. 3).

Regeste (fr):
Art. 64 dernier al. CP; atténuation de la peine.

L'art. 64 dernier alinéa CP prévoit deux conditions cumulatives, que l'auteur soit âgé de 18 à 20 ans et qu'il n'ait pas possédé encore pleinement la faculté d'apprécier le caractère illicite de ses actes (consid. 2).

Savoir si un jeune délinquant ne possédait pas pleinement, en raison de son âge, la faculté d'apprécier le caractère illicite de ses actes est une question de fait que le juge doit résoudre en vertu de son pouvoir d'appréciation; ce faisant, il ne doit pas trop facilement nier l'insuffisance de la conscience de l'illicéité (consid. 3).

Regesto (it):
Art. 64 ultimo cpv. CP; attenuazione della pena.

L'art. 64 ultimo cpv. CP prevede due condizioni cumulative, ossia che l'agente abbia compiuto 18 ma ancora 20 anni d'età e che non abbia ancora posseduto la piena capacità di valutare il carattere illecito dell'atto (consid. 2).

Stabilire se un giovane non possedesse ancora pienamente la capacità di valutare il carattere illecito dell'atto da lui commesso costituisce una questione di fatto che il giudice deve risolvere in virtù del suo potere d'apprezzamento; al riguardo, egli non deve negare troppo facilmente un'insufficiente consapevolezza dell'illiceità (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 180

Der am 26. März 1967 geborene A. hat in der Zeit von Ende Januar bis anfangs März 1987 mit der damals noch nicht 16 Jahre

alten Schülerin X. (geboren 1972), in Kenntnis ihres Alters, wiederholt geschlechtlich verkehrt und unzüchtige Handlungen vorgenommen. Das Bezirksgericht Zofingen verurteilte A. am 25. Februar 1988 wegen fortgesetzter Unzucht mit einem Kinde zu 4 Monaten Gefängnis bedingt. Eine Berufung der Staatsanwaltschaft wies das Obergericht des Kantons Aargau am 13. April 1989 ab. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau erhebt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das obergerichtliche Urteil sei aufzuheben und die Sache sei zur Ausfällung einer neuen Strafe an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Der vorinstanzliche Schuldspruch und die Gewährung des bedingten Strafvollzugs sind nicht angefochten. Streitig ist lediglich die Strafzumessung, und auch diesbezüglich nur die Frage, ob die Vorinstanz den Strafmilderungsgrund des Art. 64 letzter Absatz StGB zu Recht oder zu Unrecht angewendet habe. Nach dieser Bestimmung kann der Richter die Strafe mildern, wenn der Täter im Alter von 18 bis 20 Jahren noch nicht die volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat besass.

2. a) Nach der grammatikalischen Auslegung stellen, besonders wenn man den französischen und den italienischen Gesetzestext mitberücksichtigt, das Alter des Täters und die fehlende volle Einsicht in das Unrecht der Tat zwei selbständige Tatbestandselemente dar (”wenn der Täter im Alter von 18 bis 20 Jahren noch nicht die volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat besass”; ”lorsque l’auteur était âgé de 18 à 20 ans et ne possédait pas encore pleinement la faculté d’apprécier le caractère illicite de son acte”; ”se il colpevole aveva compiuto gli anni diciotto ma non ancora i venti e non possedeva ancora la piena capacità di valutare il carattere illecito dell’atto”). b) Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 64 letzter Absatz StGB wird nicht klar, weshalb die fehlende volle Einsicht in das Unrecht der Tat neu in den Gesetzestext aufgenommen wurde. Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 bis 4 StGB in der Fassung vom 21. Dezember 1937 sah für die 18 bis 20 jährigen Täter vor, dass eine angedrohte lebenslängliche Zuchthausstrafe obligatorisch zu mildern und dass der Richter bei Freiheitsstrafen von bestimmter Mindestdauer nicht an diesen Strafsatz gebunden sei und bei

mildernden Umständen statt auf Zuchthaus auf Gefängnis von 6 Monaten bis 5 Jahren und statt auf Gefängnis auf Haft erkennen könne. Durch die Teilrevision vom 5. Oktober 1950 wurde diese Bestimmung in dem Sinne geändert, dass für Täter zwischen dem 18. und 20. Altersjahr ganz allgemein und unabhängig von allfälligen mildernden Umständen eine Strafmilderung gemäss Art. 65 StGB möglich war. Das jugendliche Alter wurde damit ausdrücklich als selbständiger Milderungsgrund anerkannt (BGE 95 IV 63 unten mit Verweisungen). Die spätere Teilrevision schuf dann unter dem Titel ”Junge Erwachsene” eine neue Täterkategorie, nämlich die Angehörigen jener Übergangsstufe, die einerseits in der Regel nicht mehr die Schwierigkeiten der Pubertät oder Nachpubertät aufweisen, anderseits aber noch nicht den gefestigten Charakter der Erwachsenen besitzen, in ihrem Zustand aber noch positiv korrigiert werden können. Der Bundesrat schlug zunächst in den Artikeln 100 ff. StGB für die ”Behandlung der 19 bis 25 jährigen” Sonderregelungen vor; Art. 100bis StGB sah bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Einweisung in eine Arbeitserziehungsanstalt vor, und Art. 100 Ziff. 3 StGB ermächtigte den Richter, eine ausgefällte Strafe nach den Bestimmungen des Art. 65 StGB zu mildern. In seiner Botschaft bemerkte der Bundesrat: Die Strafmilderung stelle kein Obligatorium dar; der Richter ”kann die Stra-

fe mildern und soll es nur tun, wenn der junge Erwachsene seiner ganzen Entwicklung und seinem Charakter nach noch milder bestraft zu werden verdient" (BBl 1965 I S. 598 und 628). Die eidgenössischen Räte änderten jedoch die bundesrätliche Vorlage ab. Der Ständerat zählte unter die jungen Erwachsenen die 18 bis 25 jährigen und legte im revidierten (heute geltenden) Art. 100 StGB nur den Grundsatz nieder, dass die jungen Erwachsenen, vorbehältlich der im Gesetz umschriebenen Ausnahmen, grundsätzlich dem Erwachsenen-Strafrecht unterstehen. Die vom Bundesrat in Art. 100bis StGB vorgesehene Möglichkeit der Einweisung solcher Täter in eine Arbeitserziehungsanstalt wurde beibehalten; die in Art. 100 Ziff. 3 StGB vorgesehene Möglichkeit der Strafmilderung wurde jedoch gestrichen und als neuer letzter Absatz in Art. 64 StGB eingegliedert mit dem neuen Text: (Der Richter kann die Strafe mildern ...) "wenn der Täter wegen Minderjährigkeit noch nicht die volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat besitzt" (Sten.Bull. 1967 SR S. 44, 67, 80 und 81). Der Nationalrat schloss sich dieser Regelung an. Der Berichterstatter Schmid führte unter anderem aus: Der Richter werde damit

verpflichtet, bei der Kategorie der jungen Erwachsenen "die primäre Entscheidung zu treffen", ob eine Arbeitserziehungsmassnahme oder eine Strafe am Platze sei. Auch der französischsprachige Berichterstatter Schmitt betonte die neue Möglichkeit einer Arbeitserziehungsmassnahme, äusserte sich jedoch ebenfalls nicht, weshalb bei der Strafmilderung nebst der Altersvoraussetzung die fehlende volle Einsicht in das Unrecht der Tat neu in den Gesetzestext aufgenommen wurde (Sten.Bull. 1969 NR S. 128 und 172 f.). Die Revision von 1971 brachte also für die 18 bis 20 jährigen nicht eine Bestätigung der bisherigen, sondern eine neue Regelung. Diese Alterskategorie wurde unter die jungen Erwachsenen eingereiht, welche unter gewissen Voraussetzungen in eine Arbeitserziehungsanstalt eingewiesen werden können (Art. 100bis StGB) und gegen die bei Fehlen dieser Voraussetzungen eine Freiheitsstrafe auszufällen ist. Für diesen letztgenannten Fall wurde die Möglichkeit vorgesehen, dass bei den 18 bis 20 jährigen Tätern, die noch nicht die volle Einsicht in das Unrecht der Tat besassen, eine Strafmilderung Platz greifen kann. In der Entstehungsgeschichte des Art. 64 letzter Absatz StGB finden sich somit Anhaltspunkte, wonach diese Bestimmung die Altersschranke und die verminderte Einsichtsfähigkeit kumulativ voraussetzt; es wird jedoch nicht ersichtlich, weshalb die alte Fassung geändert werden sollte. c) Die spärlich vorhandene Judikatur und Literatur zu dieser Frage bestätigen die grammatikalische Auslegung. In einem in der Semaine judiciaire 100/1978 (S. 260) publizierten Entscheid wurde "la condition d'âge" als die eine und "la condition d'immaturité" als "la seconde condition" für die Strafmilderung im Sinne von Art. 64 letzter Absatz StGB bezeichnet. Das Obergericht des Kantons Aargau verweigerte einem 19 1/2 jährigen Kantonsschüler die Strafmilderung mit der Begründung, es hätte von ihm erwartet werden dürfen und müssen, dass er sich über sein Tun und Lassen im Strassenverkehr Rechenschaft ablege; die Einsicht in das Unrecht der Tat wurde also ebenfalls (zumindest sinngemäss) als selbständiges Tatbestandselement behandelt (Aargauische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1975 S. 115 f.). HANS SCHULTZ bemerkt, dass der Strafmilderungsgrund des heutigen Art. 64 letzter Absatz StGB früher in Art. 100 StGB "etwas weiter umschrieben" war (Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts II, 3. Aufl., S. 81), was mit andern Worten besagt, dass der Strafmilderungsgrund heute enger formuliert ist

als früher. ALEX BRINER (Die ordentliche Strafmilderung nach dem schweizerischen Strafgesetzbuch, unter besonderer Berücksichtigung der Strafmilderungsgründe des Art. 64, Diss. Zürich 1977, S. 150 f.) führt das jugendliche Alter und die beschränkte Einsicht in das Unrecht der Tat als zwei selbständige Elemente an

(siehe insbesondere S. 151 lit. b: "Der Täter darf zudem nicht die volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat besessen haben ..."); doch solle "der Richter bei der Annahme mangelnder Einsicht nicht allzu zurückhaltend, sondern eher etwas grosszügig sein" (S. 152). In seiner Kritik geht auch GÜNTER STRATENWERTH von der Kumulation beider Voraussetzungen aus, empfiehlt jedoch der Praxis, sich "nicht allzu eng an den Wortlaut des Gesetzes zu binden" (Schweizerisches Strafrecht, AT II, S. 262 f. N. 97). STEFAN TRECHSEL will die Strafmilderung auch dann gewähren, "wenn zwar die Einsicht vorhanden, die Fähigkeit zu einsichtsgemässem Handeln aber noch nicht voll entwickelt" war (Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Art. 64 N. 26). d) Da aufgrund der grammatikalischen Auslegung sowie der Rechtsprechung und Lehre das Alter des Täters und dessen fehlende volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat als zwei selbständige Tatbestandselemente zu betrachten sind und auch die Entstehungsgeschichte nichts Gegenteiliges aufzeigt, vermag nur das Vorliegen beider Elemente die Strafmilderung nach Art. 64 letzter Absatz StGB zu rechtfertigen. e) Soweit die Vorinstanz aus den Ausführungen des Berichterstatters im Ständerat herauszulesen scheint, die Strafe könne wegen der Minderjährigkeit allein gemildert werden, ist ihr nicht zu folgen. Dieser hatte unter anderem vorgetragen, mit der vorgeschlagenen neuen Regelung könne die Strafe der 18 bis 20 jährigen "wie heute gemäss Art. 100 StGB gemildert werden" (Sten.Bull. 1967 SR S. 44). Die Wendung "wie heute" kann sich nicht auf die Milderung allein wegen des Alters beziehen, denn der Berichterstatter zitierte im übernächsten Satz den Gesetzeswortlaut, wonach der Richter die Strafe nur mildern kann, "wenn der Täter wegen Minderjährigkeit noch nicht die volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat besitzt". Die Wendung "wie heute" bezog sich offenbar darauf, dass sowohl nach dem bisherigen Art. 100 StGB wie auch nach dem neu vorgeschlagenen (und heute geltenden) Art. 64 letzter Absatz StGB die Strafe nach Art. 65 StGB (nicht nach Art. 66 StGB) zu mildern ist (für die frühere Regelung vgl. dazu BGE 95 IV 63 unten).

3. a) Aus den übrigen Erwägungen der Vorinstanz geht jedoch hervor, dass sie zur Anwendung von Art. 64 letzter Absatz StGB nebst dem Alter von 18 bis 20 Jahren beim Täter auch eine verminderte Einsichtsfähigkeit voraussetzt. Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich damit als unbegründet. So führte die Vorinstanz unter Hinweis auf HANS-HEINRICH JESCHECK (Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl., S. 392) aus, bei jugendlichen Tätern zwischen 18 und 20 Jahren dürfe die Schuldfähigkeit im Vergleich mit erwachsenen Tätern oft als vermindert beurteilt werden, weil die Einsichtsfähigkeit nicht nur einen bestimmten intellektuellen Entwicklungsstand, sondern auch einen gewissen sittlichen Reifegrad voraussetze; der hier ins Auge gefasste gesunde Jugendliche begreife im Gegensatz zum geistig beeinträchtigten oder mangelhaft entwickelten Täter in der Regel die verletzte Norm verstandesmässig, nehme sie aber mangels sittlicher Reife nicht genügend ernst; nicht die volle Einsicht in das Unrecht der Tat habe daher z.B. ein Täter im Alter von 18 bis 20 Jahren, wenn er aus jugendlichem Leichtsinn, Sorglosigkeit, infolge mangelnder charakterlicher Festigung, mangelnder Rechenschaftsablage über die Folgen seines Tuns oder auch infolge eines typisch adoleszenzbedingten Konfliktes, aber in grundsätzlicher Kenntnis des Unrechtes der Tat delinquiere. Bei der Abgrenzung zwischen Art. 11 und 64 letzter Absatz StGB ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass letztere Bestimmung nur Anwendung findet, wenn das Alter des Täters die Ursache dafür ist, dass er nicht die volle Einsicht in das Unrecht der Tat besass; diese Ursache darf aber nicht krankhafter ("pathologischer") Natur sein - sonst käme Art. 11 StGB zur Anwendung - und muss demzufolge in der Regel auch nicht von einem psychiatrischen Sachverständigen festgestellt werden. Der Richter darf demnach Art. 64 letzter Absatz StGB ohne Beizug eines Psychiaters anwenden, wenn er die gesetzlich umschriebenen Voraussetzungen als gegeben erachtet. Ob der Jugendliche allein wegen seines Alters nicht die volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat besessen habe, muss der Richter im konkreten Fall nach pflichtgemässem Ermessen entscheiden, wobei er (angesichts der besondern Stellung der Übergangstäter) bei der Annahme der mangelnden Einsicht nicht allzu zurückhaltend, sondern eher etwas grosszügig sein sollte (ALEX BRINER, a.a.O., S. 152). Das Bundesgericht greift nach feststehender Rechtsprechung in solche Entscheide nur ein, wenn die Vorinstanz ihr Ermessen

überschritten hat, d.h. wenn sie von unrichtigen rechtlichen Gesichtspunkten ausging, wesentliche Umstände unberücksichtigt liess oder auf Umstände abstellte, die nicht hätten in Betracht gezogen werden dürfen. b) Die Vorinstanz stellte für den Kassationshof verbindlich fest (Art. 277bis Abs. 1 BStP), der Beschwerdegegner sei zu seinen Eltern in einem Beziehungs- und Ablösungskonflikt gestanden und habe sich in eine feste und ausschliessliche Beziehung mit Abhängigkeitscharakter geflüchtet; nach einiger Zeit habe er den sexuellen Versuchungen, die sich zwangsläufig aus einer so intensiven Freundschaft ergeben, nicht mehr widerstehen können; seine Verfehlungen liessen sich als adoleszenzbedingt erklären und seien Ausdruck einer typischen Konfliktsituation eines heranwachsenden Jugendlichen. Die erste Instanz hat diesbezüglich festgehalten, der Beschwerdegegner habe zur Zeit der Tat offensichtlich noch nicht die nötige Charakterstärke besessen, um der Versuchung zu widerstehen; es habe ihm am Verantwortungsbewusstsein und an der Willensstärke gefehlt, sich trotz der vorhandenen Einsicht in das Unrecht der Tat entsprechend zu verhalten. Daraus den Schluss zu ziehen, der Beschwerdegegner habe wegen seiner Jugendlichkeit (in einem adoleszenzbedingten Konflikt und infolge mangelnder charakterlicher Festigung) nicht die volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat gehabt, ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Jedenfalls kann der Vorinstanz nicht zur Last gelegt werden, sie habe wesentliche Umstände ausser acht gelassen oder auf Umstände abgestellt, die nicht hätten in Betracht gezogen werden dürfen. Die Beschwerdeführerin erhebt denn auch keine diesbezüglichen Rügen. c) Ob jemand die volle Einsicht in das Unrecht der Tat besitze, ist im übrigen eine Tatfrage, die im Rahmen der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur Diskussion gestellt werden darf. Die Beschwerdeführerin bringt im wesentlichen nur vor, der Beschwerdegegner habe gewusst, dass Geschlechtsverkehr mit Kindern unter 16 Jahren strafbar ist; er habe sich auf die Lehrabschlussprüfung vorbereitet, bei seinen Eltern (trotz häufiger Streitigkeiten) in geordneten Verhältnissen gelebt, sei sozial vollständig integriert gewesen und habe damit die volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat besessen. Mit diesen Ausführungen zieht die Beschwerdeführerin jedoch hinsichtlich der Einsicht in das Unrecht der Tat andere Schlüsse aus den Akten als die Vorinstanz. Damit wendet sie sich in Wirklichkeit gegen die vorinstanzliche

Beweiswürdigung, was im Rahmen der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig ist (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Auf die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeschrift ist deshalb nicht einzutreten. e) Muss aufgrund der Ausführungen des angefochtenen Urteils davon ausgegangen werden, dass dem Beschwerdegegner infolge seines jugendliche Alters die volle Einsicht in das Unrecht seiner Taten fehlte, dann durfte die Vorinstanz den Strafmilderungsgrund des Art. 64 letzter Absatz StGB anwenden, ohne dadurch Bundesrecht zu verletzen. Ihr Urteil hält also insofern und im Ergebnis vor dem Bundesrecht stand, so dass die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen ist.