Urteilskopf

120 IV 194

34. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 17. Juni 1994 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau gegen L. (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 187, 191 StGB; Konkurrenz zwischen sexuellen Handlungen mit Kindern und Schändung.

Wird ein Kind zu sexuellen Handlungen missbraucht, bezüglich welcher es altersbedingt nicht urteilsfähig ist, so ist zwischen den Art. 187 und 191 StGB Idealkonkurrenz anzunehmen (E. 2b).

Regeste (fr):
Art. 187, 191 CP; concours entre les actes d'ordre sexuel avec des enfants et les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement.

Lorsque des actes d'ordre sexuel sont commis sur un enfant qui, en raison de son âge, est incapable de discernement, on doit admettre qu'il y a concours idéal entre les art. 187 et 191 CP (consid. 2b).

Regesto (it):
Art. 187, 191 CP; concorso tra atti sessuali su fanciulli e atti sessuali con persone incapaci di discernimento.

Ove siano commessi atti sessuali su di un fanciullo incapace di discernimento a causa della sua età, deve ammettersi il concorso ideale tra gli art. 187 e 190 CP (consid. 2b).

Sachverhalt ab Seite 194

BGE 120 IV 194 S. 194

A.- Am 4. März 1991 legte sich L. (geb. 4.10.1940) zum Sohn seiner Tochter, R. (geb. 29.5.1986), ins Bett, entblösste vor ihm seinen Geschlechtsteil und befriedigte sich selbst. Am 15. März 1991 liess er im Hühnerstall dem Knaben die Hosen herunter, betastete ihn am Geschlechtsteil und masturbierte. Vermutlich am 23. März 1991 führte er R. in die Tenne, wo er seinen eigenen Geschlechtsteil entblösste und das Kind bis zum Samenerguss daran saugen liess. Am 20. April 1991 liess er dem Knaben im Hühnerstall die Hosen herunter, entblösste seinen Geschlechtsteil und stiess damit zwischen den Oberschenkeln des Knaben bis zum Samenerguss hin und her.

B.- Das Bezirksgericht Aarau sprach mit Urteil vom 16. Dezember 1992 L. der

BGE 120 IV 194 S. 195

mehrfachen sexuellen Handlungen mit einem Kind gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB schuldig, verurteilte ihn

zu zweieinhalb Jahren Zuchthaus und ordnete eine ambulante Behandlung nach Art. 44 Ziff. 1 StGB während des Strafvollzuges an.

C.- Mit Urteil vom 26. August 1993 wies das Obergericht des Kantons Aargau die von L. erhobene Berufung und die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft ab.

D.- Dagegen erhebt die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit der sie beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Bestrafung des Angeklagten wegen mehrfacher Schändung im Sinne von Art. 191 StGB, eventuell wegen mehrfacher sexueller Handlungen mit einem Kinde gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB in Idealkonkurrenz mit mehrfacher Schändung nach Art. 191 StGB, an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Das Obergericht verzichtet unter Hinweis auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil auf Gegenbemerkungen. L. führt aus, er bestreite die strafbaren Handlungen, die das Obergericht rechtlich richtig gewürdigt habe, so dass sich eine weitere Vernehmlassung erübrige. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, beide Instanzen hätten eingeräumt, der Gesetzgeber habe das Verhältnis von Art. 187 zu Art. 191 StGB nicht klar durchdacht und Praxis und Lehre müssten diese Konkurrenzfrage lösen. Beide Instanzen gingen auch davon aus, dass das zur Zeit der Tat noch nicht fünfjährige Opfer als urteilsunfähig im Sinne von Art. 191 StGB zu betrachten sei. Die Botschaft über die Änderung des Sexualstrafrechts scheine sich bei solchen Fällen für den Schändungstatbestand auszusprechen. Dass gemäss altem Sexualstrafrecht der Tatbestand der Schändung nicht zur Anwendung habe gelangen können, dürfe keinen Grund bilden, im neuen Recht den Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern vorzuziehen. Wichtig sei auch der höhere Strafrahmen des Art. 191 StGB: Es wäre stossend, wenn sexuelle Handlungen mit einer urteilsunfähigen erwachsenen Person mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, sexuelle Handlungen mit einem urteilsunfähigen Kind unter 16 Jahren hingegen nur mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft werden könnten. Mit

der Bemerkung, dass fünf Jahre Zuchthaus für solche Fälle ohnehin genügen sollten, könnten die unterschiedlichen Strafmaxima nicht einfach übergangen werden. Eventualiter beantragt die Beschwerdeführerin, es seien sowohl Art. 187 als auch Art. 191 StGB in Idealkonkurrenz anzuwenden, da nach der Systematik des neuen Sexualstrafrechts zwei Rechtsgüter tangiert seien, nämlich die ungestörte sexuelle Entwicklung von Unmündigen (Art. 187 und 188 StGB) sowie die sexuelle Freiheit (Art. 189 bis 194 StGB). Wer also unzüchtige Handlungen mit einem Kind begehe, das zusätzlich bezüglich solcher Handlungen als urteilsunfähig zu betrachten sei, müsse wegen sexueller Handlungen mit Kindern und Schändung bestraft werden.
b) Die Vorinstanz ging entsprechend den zu Art. 189 Abs. 2 aStGB vertretenen Lehrmeinungen davon aus, dass der Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB) immer jenem der Schändung vorgehe.

2. a) Art. 191 StGB, der an die Stelle von Art. 189 und 190 aStGB getreten ist, schützt unabhängig vom Alter eine urteilsunfähige oder wehrlose Person männlichen oder weiblichen Geschlechts, die der Täter in Kenntnis ihres Zustandes zu einer geschlechtlichen Handlung missbraucht (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1009, bes. S. 1077). Das

Gesetz spricht sich nicht über die Abgrenzung zu Art. 187 StGB aus, wenn das Opfer ein (infolge seines Alters oder einer Krankheit) urteilsunfähiges Kind unter 16 Jahren ist. In der Botschaft wird zu dieser Abgrenzung ausgeführt: "Handelt es sich beim Opfer um ein irgendwie geistig behindertes Kind, wird es nicht immer leicht sein, zu entscheiden, ob die Tat den Unrechtsgehalt der Schändung erfüllt. Denn je jünger das Kind ist, desto schwerer lässt sich die Einsichtsunfähigkeit infolge seines Alters von der Urteilsunfähigkeit infolge geistiger Behinderung unterscheiden. Die Expertenkommission hatte aus diesen Gründen jegliche Fälle von Urteilsunfähigkeit bis zum Alter von 14 Jahren (Schutzalter gemäss ihrem Vorschlag) in Artikel 187 des Vorentwurfs über geschlechtliche Handlungen mit Kindern verwiesen. Wir sehen von dieser Lösung, die den Absichten des Täters nicht gerecht wird, ab. Beruht die Urteilsunfähigkeit des Opfers vor allem darauf, dass es das 16. Altersjahr noch nicht vollendet hat, soll Art. 187 unseres Entwurfes anwendbar sein; tritt dagegen der eigentliche Missbrauch einer Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit in den Vordergrund, soll die Tat von der Bestimmung über die Schändung erfasst werden. Zu denken ist namentlich an die Fälle des Missbrauchs von Bewusstlosen, z.B. eines unter Drogeneinfluss stehenden Jugendlichen" (Botschaft, a.a.O., S. 1078).

BGE 120 IV 194 S. 197

STRATENWERTH (Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 4. Aufl., Bern 1993, § 8 N. 34 und N. 41) tritt dafür ein, analog zum bisherigen Verhältnis zwischen Art. 189 Abs. 2 aStGB und Art. 191 aStGB den Tatbestand der Unzucht mit Kindern vorrangig anzuwenden, um Art. 187 Ziff. 2 und 3 StGB nicht ganz oder teilweise um ihre Wirkung zu bringen. b) Die Art. 187 und 191 StGB schützen nicht das gleiche Rechtsgut: Art. 187 StGB will die "Gefährdung der Entwicklung von Unmündigen" (1. Untertitel zum Fünften Titel des Strafgesetzbuches) verhindern, das heisst die ungestörte Entwicklung des Kindes gewährleisten, bis es die notwendige Reife erreicht hat, die es zur verantwortlichen Einwilligung in sexuelle Handlungen befähigt (Botschaft, a.a.O., S. 1065), wobei diese Reife vor dem 16. Altersjahr nach dem Willen des Gesetzgebers immer zu verneinen ist. Art. 191 StGB hingegen soll gemäss dem 2. Untertitel vor "Angriffen auf die sexuelle Freiheit und Ehre" bewahren, das heisst Personen schützen, die seelisch oder körperlich nicht in der Lage sind, sich gegen sexuelle Zumutungen zu wehren (Botschaft, a.a.O., S. 1077). Art. 187 StGB ist auch erfüllt, wenn das Opfer im Sinne des Gesetzes urteilsfähig und mit den sexuellen Handlungen voll einverstanden ist. Bei der Schändung kann es eine gültige Einwilligung wegen der Urteilsunfähigkeit des Opfers nicht geben. Der Strafrahmen ist unterschiedlich: Art. 187 StGB droht Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis an; die Widerhandlung gegen Art. 191 StGB kann mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis bestraft werden. Gegen eine alternative Anwendung von Art. 187 und Art. 191 StGB spricht, dass durch die Anwendung bloss einer dieser Strafnormen das deliktische Verhalten nicht vollständig erfasst und abgegolten wäre: In der Ausnützung der durch Urteilsunfähigkeit bedingten Hilflosigkeit eines Kindes liegt eine weitergehende Rechtsgutverletzung, die mit der Bestrafung wegen sexueller Handlungen mit einem Kind nicht berücksichtigt ist. Umgekehrt umfasst der Tatbestand der Schändung nicht den Schaden, welcher der Entwicklung des Kindes zugefügt wird. Weder in der Botschaft noch in den parlamentarischen Debatten wurde die Möglichkeit der Idealkonkurrenz zwischen den beiden Artikeln erörtert. Die Botschaft und die Rechtsprechung nehmen eine solche hingegen zwischen Art. 187 und sexueller Nötigung oder Vergewaltigung (Art. 189 und 190 StGB) sowie zu Inzest (Art. 213 StGB) an (Botschaft, a.a.O., S. 1067; BGE 119 IV 309). Wenn aber zwischen Art. 187 und den Art. 189/190 StGB Idealkonkurrenz

BGE 120 IV 194 S. 198

möglich ist, liegt es nahe, diese auch zwischen Art. 187 und Art. 191 StGB anzunehmen, denn ebenso wie die Art. 189 und 190 StGB schützt der Tatbestand der Schändung das Rechtsgut der sexuellen Freiheit, und es gibt keinen Grund, diese Freiheit bei Kindern und Jugendlichen weniger zu schützen als bei Erwachsenen

(BGE 119 IV 309 E. 7a). Auch vom Ergebnis her wäre es stossend, wenn die Unzucht mit einem kleinen (urteilsunfähigen) Kind nicht gleich streng bestraft werden könnte wie der Beischlaf mit einer (erwachsenen) urteilsunfähigen Person. Deshalb ist in solchen Fällen zwischen den Art. 187 und 191 StGB grundsätzlich echte Konkurrenz (Idealkonkurrenz) anzunehmen. c) Da die Urteilsunfähigkeit im Sinne von Art. 191 StGB relativ ist, hat der Richter konkret abzuklären, ob das Opfer in bezug auf die sexuellen Handlungen seelisch in der Lage war, sich gegen diese zu wehren (Botschaft, a.a.O., S. 1077), und ob es darüber entscheiden konnte, die sexuellen Kontakte haben zu wollen oder nicht (STRATENWERTH, a.a.O., § 8 N. 34). Die notwendige Reife im Sinne von Art. 187 StGB ist vor dem 16. Altersjahr von Gesetzes wegen stets zu verneinen, wobei im übrigen Urteils- und Widerstandsfähigkeit vorausgesetzt ist. Art. 191 StGB bedingt "eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person". Ist also der Tatbestand von Art. 187 StGB bei sexuellen Handlungen mit einer Person unter 16 Jahren wegen ihrer mangelnden Reife erfüllt, so rechtfertigt sich eine zusätzliche Anwendung von Art. 191 StGB nur, wenn zur Ausnützung der mangelnden Reife offenkundig ein Missbrauch der Urteilsunfähigkeit oder anderen Widerstandsunfähigkeit hinzukommt. Deshalb darf eine allein altersbedingte Urteilsunfähigkeit nur zurückhaltend angenommen werden; sexuelle Handlungen berühren denn auch das Kind in seiner körperlichen und intimen Sphäre, in welcher es eher als in anderen Gebieten zum Bewusstsein und zu einer (Abwehr-)Reaktion fähig ist. Unter welchen Voraussetzungen in Fällen, in denen die Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit des jungen Opfers nicht bloss altersbedingt ist, Idealkonkurrenz zwischen Art. 187 und Art. 191 StGB angenommen werden muss, kann hier offenbleiben. d) Nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz ist R. aufgrund seines Alters von 4 Jahren und 11 Monaten zum Tatzeitpunkt als urteilsunfähig zu betrachten. Auch das Urteil der ersten Instanz und die Akten drängen nicht einen anderen Schluss auf. Zwar konnte das Kind die an ihm verübten Handlungen der Polizei gegenüber beschreiben, doch realisierte es

offensichtlich deren Bedeutung nicht; auch hat es sich nicht gegen die gleichgeschlechtlichen und sehr weit gehenden Handlungen gewehrt, sondern erduldete sie. Der Beschwerdegegner macht nicht geltend, die Urteilsunfähigkeit sei zu bezweifeln. Die von ihm verübten Taten erfüllen demnach sowohl Art. 187 als auch Art. 191 StGB, weshalb bei der Strafzumessung gemäss Art. 68 StGB zu verfahren ist.