

Eine gegen das Strafmass, den teilbedingten Strafvollzug und den Aufschub der Freiheitsstrafe zu Gunsten einer ambulanten Massnahme gerichtete Beschwerde in Strafsachen hat das Bundesgericht am 23. Mai 2011 abgewiesen, soweit es darauf eintrat.

3557

Strafrecht. Konkurrenz. Zwischen dem Tatbestand der Schändung gemäss Art. 191 StGB sowie der sexuellen Handlungen mit einem Kind gemäss Art. 187 StGB besteht echte Konkurrenz (Idealkonkurrenz).

Sachverhalt:

Der Angeklagte verging sich von ungefähr 2002 bis im Sommer 2005 mehrfach sexuell an seinen beiden Töchtern B., Jahrgang 1999, und C., Jahrgang 2001.

Aus den Erwägungen:

Der Angeklagte lässt vorbringen, das Bundesgericht begründe die Anwendung der Straftatbestände der Schändung und der sexuellen Handlungen mit einem Kind in Idealkonkurrenz mit dem Umstand, dass die zwei Gesetzesbestimmungen verschiedene Rechtsgüter schützten. Allerdings, auch das Bundesgericht könne sich zuweilen irren. Zudem sei er mit seiner gegenteiligen Auffassung nicht allein. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung werde in der Lehre praktisch einheitlich abgelehnt. Er verweise auf *Stratenwerth, Trechsel, Jenni, Donatsch, Hangartner, Rehberg, Schmid und Schubarth*, wobei er darauf verzichte, die einzelnen Fundstellen hier zu zitieren. Sie würden sich aber alle im Handkommentar von *Trechsel* und im Basler Kommentar finden. Nach deren Auffassung liege Alternativität und nicht Idealkonkurrenz vor. Sie würden ihre Auffassung im Wesentlichen damit begründen, dass es um sehr ähnliche Rechtsgüter gehe. Nur wenn die Urteilsunfähigkeit nicht auf das Alter, sondern auf andere Gründe zurückzuführen seien, z.B. Berauschung mit Drogen oder Fesselung, dann liege Idealkonkurrenz vor. Diese Begründung überzeuge, weshalb entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur entweder Art. 187 oder Art. 191 StGB zur Anwendung kommen könne.

Die Staatsanwaltschaft wirft ein, sie sei der Ansicht, dass der Schuldspruch wegen Schändung auch unter Berücksichtigung der massgeblichen Rechtsprechung und Lehre völlig zu Recht erfolgt sei. Wer sexuelle Handlungen an Kindern im Alter von drei und sechs Jahren begehe, verhindere nicht nur die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern, sondern missbrauche auch Opfer, die aufgrund ihres Alters gar nicht in der Lage seien, die Perversion dieser Handlungen bewusst zu erfassen oder sich dagegen zur Wehr zu setzen.

Die Rechtsvertreterin der Geschädigten weist darauf hin, C. sei im Tatzeitpunkt zwischen ein und vier Jahre, B. zwischen drei und knapp sechs Jahre alt gewesen. Beide Mädchen seien somit in Bezug auf die sexuellen Handlungen altersbedingt urteilsunfähig gewesen (*Ph. Maier*, Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. A., Basel 2007, N 7 und 9 zu Art. 191 StGB). Sie hätten in ihrem Alter nicht erkennen können, ob das, was ihnen geschehen sei, sexuell motiviert, richtig oder falsch gewesen sei – dies umso weniger, als der eigene Vater die Handlungen vorgenommen habe. Sie seien also gar nicht in der Lage gewesen, sich gegen die sexuellen Handlungen zu wehren. Der Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern und der Schändung würden im vorliegenden Fall gestützt auf die bundesgerichtliche Praxis nebeneinander zur Anwendung kommen, da die beiden Kinder bezüglich der sexuellen Handlungen nicht urteilsfähig gewesen seien. Die Vorinstanz verweise diesbezüglich zu Recht auf BGE 128 IV 97 ff. Allerdings befindet sich die entsprechende Aussage unter E. 2 b cc (statt wie zitiert unter E. 2 a bb). Das Bundesgericht habe sich zur Konkurrenz von Art. 187 und 191 StGB bereits im Entscheid BGE 120 IV 194 ff. eingehend geäußert. Es habe sich dabei um den Fall von sexuellen Handlungen eines Mannes mit dem viereinhalb jährigen Sohn seiner Lebenspartnerin gehandelt. Die Anwendbarkeit beider Strafartikel rechtfertige sich, weil – so das Bundesgericht – die Art. 187 und 191 StGB nicht dasselbe Rechtsgut schützen würden (BGE 120 IV 194 ff., E. 2b). Diese Begründung überzeuge. Eine alternative Anwendung der beiden Strafnormen würde das deliktische Verhalten des Täters nicht voll abdecken. Im vorliegenden Fall habe der Angeklagte die durch die Urteilsunfähigkeit bedingte Hilflosigkeit ausgenützt, um sexuelle Handlungen vorzunehmen. Darin liege eine weitergehende Rechtsgutverletzung.

Wer eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zum Beischlaf, zu einer beischlafs-

ähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 191 StGB).

Vorliegend stellt sich die Frage der Konkurrenz zwischen dem Tatbestand der Schändung nach Art. 191 StGB und demjenigen der sexuellen Handlung mit einem Kind i.S.v. Art. 187 Ziff. 1 StGB. Das Bundesgericht hat in BGE 120 IV 194, E. 2 b und c, ausgeführt, gegen eine alternative Anwendung von Art. 187 und Art. 191 StGB spreche, dass durch die Anwendung bloss einer dieser Strafnormen deliktisches Verhalten nicht vollständig erfasst und abgegolten wäre: In der Ausnützung der durch Urteilsunfähigkeit bedingten Hilflosigkeit eines Kindes liege eine weitergehende Rechtsgutverletzung, die mit der Bestrafung wegen sexueller Handlungen mit einem Kind nicht berücksichtigt sei. Umgekehrt erfasse der Tatbestand der Schändung nicht den Schaden, welcher der Entwicklung des Kindes zugefügt werde. Daher sei grundsätzlich echte Konkurrenz (Idealkonkurrenz) anzunehmen. [...]. Art. 191 StGB bedinge „eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person“. Sei also der Tatbestand von Art. 187 StGB bei sexuellen Handlungen mit einer Person unter 16 Jahren wegen ihrer mangelnden Reife erfüllt, so rechtfertige sich eine zusätzliche Anwendung von Art. 191 StGB nur, wenn zur Ausnützung der mangelnden Reife offenkundig ein Missbrauch der Urteilsunfähigkeit oder anderen Widerstandsunfähigkeit hinzukomme. Deshalb dürfe eine allein altersbedingte Urteilsunfähigkeit nur zurückhaltend angenommen werden; sexuelle Handlungen berührten 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 sei. Im zitierten Entscheid BGE 120 IV 194 ff., E. 2 d, wurde bei einem Knaben von vier Jahren und elf Monaten Urteilsunfähigkeit angenommen. An dieser Rechtsauffassung wurde in der Lehre verschiedentlich Kritik geübt, indem die Rechtsprechung des Bundesgerichts gegen das Doppelverwertungsverbot verstosse (u.a. S. *Trechsel et al.*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, St.Gallen 2008, N 23 zu Art 187). In BGE 128 IV 97 ff., E. 2 b bb und cc hat sich das Bundesgericht sorgfältig mit der – am Rande – auch gegen die erwähnte Rechtsprechung in der Doktrin geäusserten Kritik auseinandergesetzt und begründet, weshalb für eine Praxisänderung kein Anlass bestehe. Mitunter hielt es ausdrücklich daran fest, dass für den Fall, dass das Kind bezüglich der sexuellen Handlungen altersbedingt

nicht urteilsfähig sei, neben Art. 187 StGB Art. 191 StGB in Betracht komme (E. 2 b cc). Im Sinne eines „Mittelwegs“ vertritt beispielsweise *Ph. Maier* (a.a.O., N 9 zu Art. 191) die Auffassung, dass Urteils- und Widerstandsunfähigkeit nach Art. 191 StGB bei Kindern unter vier Jahren zu vermuten sei.

Bei B. sind vom Gericht fünf bis sechs Vorfälle, bei C. deren zwei zu beurteilen. Die sexuellen Übergriffe auf B. fanden zwischen ihrem dritten und sechsten Lebensjahr und bei C. zwischen ihrem ersten und vierten Lebensjahr statt.

Das Obergericht erachtet die ausführlich begründete Rechtsprechung des Bundesgerichts als nachvollziehbar, überzeugend und gerecht, weshalb es der dort vertretenen Auffassung, dass die Tatbestände der Schändung und der sexuellen Handlungen mit einem Kind verschiedene Rechtsgüter schützen, folgt. Demnach ist grundsätzlich von Idealkonkurrenz zwischen diesen beiden Tatbeständen auszugehen, sofern bei den missbrauchten Kindern C. und B. eine altersbedingte Urteilsunfähigkeit gegeben ist.

Beim jüngeren Kind C. erachtet das Obergericht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Vorliegen von Urteilsunfähigkeit hinsichtlich der an ihm vorgenommenen sexuellen Handlungen aufgrund dessen geringen Alters im Tatzeitpunkt – beim letzten zugestandenen Übergriff war sie vier Jahre alt – ohne Zweifel als gegeben.

Beim älteren Mädchen B. könnte man argumentieren, dass sie ab dem Alter von vier oder fünf Jahren als urteilsfähig betrachtet werden könnte. Dem kann aber mit gutem Grund entgegengehalten werden, dass B. bei Beginn der Übergriffe drei Jahre alt und damit klar urteilsunfähig war. Es wäre aber unrealistisch und verfehlt, ihr vorzuwerfen, sie hätte sich im Alter von vier oder fünf Jahren plötzlich gegen die Übergriffe ihres Vaters wehren sollen. Als die letzten Vorfälle passierten, war sie erst sechs jähig und somit noch im Vorschulalter. Aus diesen Gründen ist somit auch bei B. bezüglich sämtlicher deliktischer Handlungen von altersbedingter Urteilsunfähigkeit auszugehen.

Zusammenfassend waren beide Mädchen bezüglich sämtlicher Übergriffe aufgrund deren geringen Alters zu einer Abwehrreaktion gegen ihren Vater nicht in der Lage und der Angeklagte ist sowohl der mehrfachen Schändung als auch der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern schuldig zu sprechen. In diesem Punkt ist das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen.

OGer, 06.07.2010