

**Strafgesetzbuch. Art. 187, Art. 191 StGB. Schändung, sexuelle Handlungen mit Kindern. Zwischen dem Tatbestand der Schändung und der sexuellen Handlung mit Kindern besteht stets Idealkonkurrenz.**

**Jugendstrafgesetz. Art. 3 Abs. 2 JStG. Persönlicher Geltungsbereich. Für Übergangstäter richtet sich die Verfolgungsverjährung der nach der Vollendung des 18. Altersjahrs begangenen Straftaten nach dem Strafgesetzbuch, der vor der Vollendung des 18. Altersjahres gegangenen Straftaten nach dem Jugendstrafgesetz.**

**Strafzumessung. Art. 42 Abs. 1, Art. 43 Abs. 1 StGB. Bedingte und unbedingte Strafe, Prognose. Eine Verurteilung zu einer bedingten oder teilbedingten Strafe verlangt das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Wird eine stationäre oder ambulante Massnahme angeordnet, so ist diese Voraussetzung zum Vornherein nicht gegeben. Die Anordnung einer Massnahme bedeutet eine ungünstige Prognose und schliesst demnach den bedingten oder teilbedingten Aufschub einer Strafe aus. Abweisung der Berufung.**

Obergericht, 7. Dezember 2020, OG S 20 1

#### **Aus den Erwägungen:**

6.4.1 Zum Tatbestand der Schändung (Art. 191 StGB): Dieser verlangt, dass eine urteilsunfähige oder zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustands zum Beischlaf, zu einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht wird.

6.4.1.1 Zunächst ist somit das Vorliegen eines Beischlafs, einer beischlafsähnlichen oder anderen sexuellen Handlung verlangt. Vorliegend liegt weder ein Beischlaf noch eine beischlafsähnliche Handlung vor. Hingegen ist unbestritten, dass eine sexuelle Handlung erfolgte. Denn der Schuldspruch wegen sexueller Handlungen mit Kindern (Ziff. 1.1.4.2 des Dispositivs) wurde nicht angefochten. Die Vorinstanz nahm dann auch zu Recht an, dass das Anfassen des Penis' über der Hose mit der flachen Hand eine sexuelle Handlung mit Kindern darstellt. Hierbei ist auf die Ausführungen in E. 4.2.3.3 des angefochtenen Urteils zu verweisen. Der Berufungskläger widerspricht sich selber, wenn er ausführt, dass der objektive Tatbestand der Schändung nicht erfüllt sei, da das Berühren des Penis' mit der Hand keine beischlafsähnliche Handlung darstelle. Denn im gleichen Abschnitt führt er korrekterweise aus, dass der objektive Tatbestand das Vorliegen eines Beischlafs, einer beischlafsähnlichen Handlung oder einer anderen sexuellen Handlung verlangt. Und Letztgenanntes liegt hier vor.

6.4.1.2 Ferner ist verlangt, dass das Opfer zum Tatzeitpunkt urteilsunfähig oder zum Widerstand unfähig war. Das Bundesgericht verzichtet in seiner Rechtsprechung auf die Festlegung einer fixen Altersgrenze. Allerdings erscheine die im Basler Kommentar vertretene Altersgrenze von 4 Jahren eindeutig zu tief (BGer 68\_1265/2019 E. 3.5.3). Vorliegend war das Opfer zum Tatzeitpunkt nicht einmal xx Jahre alt. Es galt somit allein altersbedingt als urteilsunfähig. Auch dem Obergericht erscheint es schleierhaft, wie der Vertreter des Berufungsklägers darauf kommt, dass ein xx-jähriges Kind tatsächlich die sexuelle Bedeutung solcher Handlungen einordnen kann (s. act. 2.2, S. 5). Der Berufungsbeklagten ist zuzustimmen, dass ein Kind in diesem Alter eine solche Handlung bestenfalls als Spiel einordnen wird. Den sexuellen Aspekt dieser Handlung kann es aber sicher nicht einordnen.

6.4.1.3 Die Formulierung „missbrauchen“ schliesslich soll zum Ausdruck bringen, dass ein vor dem Eintritt der Urteils- und Widerstandsunfähigkeit gegebenes Einverständnis unter Umständen die Anwendung des Tatbestands ausschliesst. Vorliegend handelt es sich beim Opfer indessen um ein Kleinkind, und ein Kleinkind kann zu keinem Zeitpunkt eine tatbestandaufhebende Einwilligung erteilen (Philipp Maier, in Basler Kommentar Strafrecht, 4. Aufl., 2018 N 14 zu Art. 191 StGB).

6.4.1.4 Auf der subjektiven Seite ist vorsätzliches Handeln verlangt, wobei Eventualvorsatz genügt. Sodann muss die Tat „in Kenntnis“ des Zustandes des Opfers erfolgen. Der Beschuldigte kannte das Alter des Opfers und handelte mit Wissen und Willen.

6.4.1.5 Somit ist der objektive und subjektive Tatbestand der Schändung (Art. 191 StGB) erfüllt.

6.4.2 Zur Konkurrenzfrage: Gemäss früherer bundesgerichtlicher Rechtsprechung musste die Urteilsunfähigkeit des Kindes offenkundig missbraucht werden, um den Tatbestand der Schändung neben den sexuellen Handlungen mit Kindern anzuwenden (BGE 120 IV 194, E. 2c). Mittlerweile geht das Bundesgericht davon aus, dass zwischen Art. 187 und 191 StGB stets Idealkonkurrenz besteht (vergleiche BGer 6B\_17/2016 E. 1.3.1). Dem ist zuzustimmen. So schützen die beiden Tatbestände wesentlich verschiedene Rechtsgüter: Art. 187 StGB die ungestörte Entwicklung des Kindes (Philipp Maier, a.a.O., N 1 zu Art. 187 StGB), Art. 191 StGB die sexuelle Freiheit (Philipp Maier, a.a.O., N 1 zu Art. 191 StGB). Sodann erfasst keiner der Straftatbestände den Unrechtsgehalt der Tat vollständig. Aus diesen Gründen stehen die Tatbestände der sexuellen Handlungen mit Kindern und der Schändung in echter Konkurrenz zueinander.

7. Zur sexuellen Handlungen mit Kindern zum Nachteil von F (Ziff. 1.1.4.7 des vorinstanzlichen Urteils):

7.3 Das Obergericht erwägt dazu Folgendes: Es ist zunächst die Frage der Verjährung zu klären. Unumstritten ist, dass der Berufungskläger zur Zeit dieser Tat minderjährig war. Da diese Tat zusammen mit solchen, die er als Erwachsener begangen hat, zu beurteilen ist, gilt der Berufungskläger als sogenannter Übergangstäter. Folglich ist hinsichtlich der Strafen das StGB und hinsichtlich des Verfahrens die StPO anwendbar (Art. 3 Abs. 2 JStG). Unklar ist hingegen, ob für Übergangstäter die Verjährungsbestimmungen des JStG oder StGB anwendbar sind. Das Bundesgericht hat diese Frage offengelassen (BGE 143 IV 49 E. 1.10). Gemäss Riesen-Kupper richtet sich bei Übergangstätern die Verfolgungsverjährung der nach der Vollendung des 18. Altersjahres begangenen Straftaten nach Art. 97 ff. StGB (Marcel Riesen-Kupper, in StGB/JStG Kommentar, 20. Auflage, Zürich 2018, N 5 zu Art. 39 JStG). E contrario richtet sich die Verfolgungsverjährung der vor der Vollendung des 18. Altersjahres begangenen Straftaten nach Art. 36 JStG. Dies erscheint eine sachgerechte Lösung. Denn ein Übergangstäter soll für Taten, die er als Jugendlicher begangen hat, nicht schlechter gestellt sein, als ein Täter, bei dem lediglich Taten vor Vollendung des 18. Altersjahrs zu beurteilen sind. Umgekehrt soll der Übergangstäter für Taten, die er als Erwachsener begangen hat, nicht besser gestellt werden als ein Täter, bei welchem lediglich Taten nach Vollendung des 18. Altersjahrs zu beurteilen sind. Gemäss Ziff. 1.1.4.7 des vorinstanzlichen Urteils war der Tatzeitpunkt August 2011 oder 2012. Dies macht auch die Berufungsbeklagte in Act. 3.3, S. 6 f. geltend. Die Verfolgungsverjährung gemäss Art. 36 JStG bemisst sich nach dem Strafraumen. Der Strafraumen der sexuellen Handlungen mit Kindern gemäss Art. 187 Abs. 1 StGB ist Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahre oder Geldstrafe. Gemäss Art. 36 Abs. 1 lit. a JStG verjährt die Strafverfolgung daher in fünf Jahren. Die Strafverfolgung verjäherte folglich im August 2016 oder 2017. Das Verfahren ist somit in Bezug auf Ziffer 1.1.4.7 des vorinstanzlichen Urteils einzustellen. Der Beschluss gemäss dem vorab zugestellten Entscheid im Dispositiv ist insofern zu berichtigen (Art. 83 Abs. 1 StPO), als Artikel 36 Abs. 1 lit. a JStG und nicht Art. 26 Abs. 1 lit. a JStG der für die Verfolgungsverjährung relevante Artikel darstellt.