

1. Allgemeines – Généralités

Nr. 59 Bundesgericht, I. Zivilabteilung Entscheid vom 24. Februar 2004 i. S. A. gegen B.
– 4C.225/2003

Art. 187 Ziff. 1 StGB , Art. 41 Abs. 1 OR , Art. 44 Abs. 1 OR , Art. 49 Abs. 1 OR: **Schadenersatz wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes; Kürzung wegen Selbstverschuldens.** Die Einwilligung des Kindes in sexuelle Handlungen stellt keinen Rechtfertigungsgrund dar und beseitigt deshalb deren Widerrechtlichkeit nicht. Dies schliesst jedoch die Berücksichtigung des Verhaltens des Opfers als Selbstverschulden nicht aus. Schadenersatz und Genugtuung können wegen Selbstverschuldens reduziert werden.

Art. 187 ch. 1 CP , art. 41 al. 1 CO , art. 44 al. 1 CO , art. 49 al. 1 CO: **Domages-intérêts en cas d'abus sexuels sur un enfant; réduction pour faute grave.** Le consentement de l'enfant à des actes sexuels ne constitue pas un motif justificatif et n'a donc pas pour effet d'enlever l'aspect illicite de tels actes. Cela n'exclut pourtant pas de considérer le comportement de la victime comme étant constitutif d'une faute personnelle. En raison de cette faute personnelle, les dommages et intérêts et l'indemnisation découlant des circonstances particulières et du tort moral subi peuvent être réduits.

Art. 187 n. 1 CP , art. 41 cpv. 1 CO , art. 44 cpv. 1 CO , art. 49 cpv. 1 CO: **Risarcimento danni in caso di abuso sessuale su un minore; riduzione per concolpa.** Il consenso del fanciullo ad atti sessuali non costituisce un motivo giustificativo e, di conseguenza, non sopprime il carattere illecito di tali atti. Tuttavia, ciò non esclude di considerare il comportamento della vittima come costitutivo di una colpa personale. In considerazione di tale colpa, il risarcimento e l'indennità risultanti dalle circostanze particolari e dal torto morale subito possono essere ridotte.

Sachverhalt:

A.

Der am 7. Mai 1963 geborene B. war ab Mitte der 80er Jahre bis 1999 Jungcharleiter beim C. Verein. Er wurde am 28. September 2000 wegen des Verdachtes verhaftet, sexuelle Handlungen mit Kindern vorgenommen zu haben, die er im

Rahmen seiner Tätigkeit beim C. Verein kennen gelernt hatte. Die Ermittlungen ergaben, dass B. in seiner Privatwohnung Messungen an den Körpern seiner Opfer vorgenommen hatte, deren Ergebnisse er in von ihm selbst entworfene Tabellen eingetragen hatte. Unter den zur Vermessung vorgesehenen Körperteilen waren auch der Penisumfang, die Penislänge und das

Gewicht des Spermas aufgeführt. Zur Vornahme dieser Messungen zogen sich die Opfer auf die Aufforderung von B. hin nackt aus, worauf dieser ihnen den Penis bis zum Samenerguss rieb.

Mit einzelnen der Kinder oder Jugendlichen kam es zu weiteren sexuellen Handlungen (oralen und analen Sexualverkehr). Dazu gehörten der am 30. November 1976 geborene A. und der am 20. November 1982 geborene D. Mit A. wurden die Handlungen von 1990 bis 1998 und mit D. von 1996 bis Ende Sommer 2000 vorgenommen.

[...]

E.

Mit Entscheid vom 25. März 2003 erklärte das Obergericht des Kantons Thurgau die Berufung für teilweise und die Anschlussberufung für vollumfänglich begründet. Es erkannte, der Angeklagte sei der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern und der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Abhängigen schuldig und werde in Anwendung von Art. 187 Ziff. 1 und 188 Ziff. 1 StGB zu zwölf Monaten Gefängnis unter Anrechnung von neun Tagen Untersuchungshaft und unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs mit einer Probezeit von drei Jahren verurteilt (Dispositivziffer 1). Es erteilte dem Angeklagten zudem die Weisung, sich einer ambulanten psychotherapeutischen Heilbehandlung gemäss den Empfehlungen des Externen Psychiatrischen Dienstes des Kantons Thurgau zu unterziehen (Dispositivziffer 2). Sodann verpflichtete es den Angeklagten, dem Opfer eine Genugtuung von Fr. 6000.– zuzüglich 5% Zins seit 30. November 1991 zu bezahlen, und stellte fest, dass der Angeklagte dem Opfer zu 30% haftpflichtig sei; im Übrigen verwies es die Forderungen des Opfers auf den Zivilweg.

F.

A. (Kläger) hat den Entscheid des Obergerichts mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde angefochten, die vom Bundesgericht als Berufung entgegen genommen wird. [...]

Aus den Erwägungen:

1. – 2. [...]

3. Die vom Kläger angerufenen Haftungsgründe setzen unter anderem die Widerrechtlichkeit der Schadenszufügung bzw. die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung voraus (Art. 41 Abs. 1 und 49 Abs. 1 OR). Widerrechtlich ist das

FamPra.ch-2004-655

Verhalten des Beklagten im vorliegenden Fall, weil es den Straftatbestand von Art. 187 Ziff. 1 StGB erfüllt. Gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft, wer mit einem Kind unter sechzehn Jahren eine sexuelle Handlung vornimmt, es zu einer solchen Handlung verleitet oder es in eine sexuelle Handlung einbezieht. Geschütztes Rechtsgut ist bei dieser Strafbestimmung die ungestörte sexuelle Entwicklung Unmündiger. Diese

Entwicklung erscheint gefährdet, wenn Kinder und Jugendliche zu andern als altersspezifischen Formen sexueller Betätigung veranlasst oder in sie einbezogen werden (BGE 120 IV 6 E. 2c/aa; CORBOZ , Les infractions en droit suisse, Band I, Bern 2002, N. 2 zu Art. 187 StGB; STRATENWERTH/JENNY , Schweizerisches Strafrecht, BT I, 6. Aufl., § 7 N. 2; MAIER , Basler Kommentar, N. 1 zu Art. 187 StGB; STEFANIA SUTER-ZÜRCHER , Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StGB, Diss. Zürich 2003, S. 32). Der Straftatbestand der sexuellen Handlung mit einem Kind wird in der Literatur als abstraktes Gefährdungsdelikt bezeichnet, weil er unabhängig davon erfüllt ist, ob das Kind in seiner sexuellen Entwicklung gefährdet oder gestört wird (CORBOZ , a.a.O., N. 4 zu Art. 187 StGB; SUTER-ZÜRCHER , a.a.O., S. 34).

In Rechtsprechung und Lehre besteht sodann Einigkeit, dass die Einwilligung des Kindes in die sexuellen Handlungen keinen Rechtfertigungsgrund bildet und deshalb deren Widerrechtlichkeit nicht beseitigt (BGE 120 IV 6 E. 2c/aa und 194 E. 2b S. 197; MAIER , a.a.O., N. 6 zu Art. 187 StGB; CORBOZ , a.a.O., N. 17 zu Art. 187 StGB; SUTER-ZÜRCHER , a.a.O., S. 128 f.). In Übereinstimmung mit dieser strafrechtlichen Beurteilung ist das Bundesgericht in einem nicht veröffentlichten Entscheid vom 11. Februar 2003 (6P.92/2002 und 6S.278/2002) zum Ergebnis gelangt, dass Art. 28 Abs. 2 ZGB betreffend Aufhebung der Widerrechtlichkeit durch Einwilligung im Fall von Art. 187 StGB nicht zur Anwendung kommt, weil die Einwilligung der verletzten Person unwirksam ist (E. 5). Die Ungültigkeit der Einwilligung gilt nicht nur für den – in jenem Fall beurteilten – Genugtuungs-, sondern auch für den Schadenersatzanspruch. Dies schliesst jedoch die Berücksichtigung des Verhaltens des Opfers als Selbstverschulden im Sinne von Art. 44 Abs. 1 OR nach zutreffender Lehrmeinung nicht aus (VON TUHR/PETER , Allg. Teil OR,, Band I, S. 419; SCHNYDER , Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 44 OR und N. 19 zu Art. 52 OR; WERRO , Commentaire romand, N. 20 zu Art. 52 OR; REY , Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003, Rz. 763).

4. Für den vorliegenden Fall von Interesse ist zudem ein anderer Aspekt der strafrechtlichen Beurteilung von sexuellen Handlungen im Sinne von Art. 187 StGB. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dieser Straftatbestand unabhängig vom Vorhandensein oder Fehlen der Urteilsfähigkeit des Opfers erfüllt. Der allfällige Mangel an Urteilsfähigkeit und die Gründe dafür spielen lediglich eine Rolle für die Abgrenzung gegenüber dem Straftatbestand von Art. 191 StGB (BGE 120 IV 194 E. 2; 128 IV 97 E. 2b/cc; vgl. zu dieser Abgrenzungsfrage: MAIER , a.a.O.,

FamPra.ch-2004-656

N. 7 ff. zu Art. 191 StGB). Es besteht somit vom Strafrecht her keine Vermutung dafür, dass jedes unter sechzehn Jahre alte Kind altersbedingt in Bezug auf Handlungen im Sinne von Art. 187 StGB urteilsunfähig ist.

5. Gemäss Art. 44 Abs. 1 OR kann das Gericht die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden, falls Umstände, für welche der Geschädigte einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert haben. Nach dem Grundgedanken dieser Vorschrift muss der Geschädigte den

Schaden selbst tragen, soweit er ihn selbstverantwortlich mitverursacht hat. Dabei handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des privaten Haftungsrechts (OFTINGER/STARK , Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Zürich 1995, S. 385 Fn. 28; ALFRED KELLER , Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Aufl., Bern 2002, S. 99, 146 ff.; BGE 130 III Nr. 22 E. 5.5.1).

5.1 Das Selbstverschulden des Geschädigten wird prinzipiell nach den gleichen Regeln beurteilt wie das Verschulden des Schädigers. Im Unterschied dazu ist die Widerrechtlichkeit der Mitverursachung aber nicht Voraussetzung der Erheblichkeit des Selbstverschuldens. Im Allgemeinen wird der Geschädigte durch das Mitwirken an der Schadensverursachung denn auch nicht rechtswidrig handeln und sich sein Verhalten in einer – grundsätzlich erlaubten – Selbstschädigung erschöpfen. Es muss ihm jedoch vorgehalten werden können, dass er die in seinem eigenen Interesse aufzuwendende Sorgfalt nicht beachtet, dass er nicht genügend Sorgfalt und Umsicht zu seinem eigenen Schutz aufgewendet hat. Vorwerfbar ist ihm dieses Verhalten allerdings nur, wenn er die Möglichkeit einer Schädigung voraussehen kann oder könnte und sein Verhalten dieser Voraussicht nicht anpasst (OFTINGER/STARK , a.a.O., § 5 Rz. 140 und 146; ROBERTO , Schadensrecht, S. 304; LARENZ , Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, S. 540).

5.2 Gleich wie das Verschulden wird auch das Selbstverschulden nach einem objektiven Massstab beurteilt (OFTINGER/STARK , a.a.O., § 5 Rz. 146; BGE 102 II 232 E. 3a). Das tatsächliche Verhalten des Geschädigten wird verglichen mit dem hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der Lage des Geschädigten (REY , a.a.O., Rz. 844). Geht es um das Verschulden oder Selbstverschulden von Kindern, wird auf die durchschnittliche Entwicklung abgestellt und deshalb – auch in Bezug auf die Urteilsfähigkeit – nach Altersklassen aufgegliedert. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts werden Vierzehn- bis Sechzehnjährige in Bezug auf einfachere Sachverhalte weitgehend den Erwachsenen gleichgestellt (vgl. die Übersichten bei BREHM , Berner Kommentar, N. 173 ff. und N. 205 ff. zu Art. 41 OR, N. 77 und 77a zu Art. 43 OR, N. 23 ff. zu Art. 44 OR; OFTINGER/STARK , a.a.O., § 7 Rz. 32; REY , a.a.O., Rz. 821 ff.).

Selbstverschulden und Urteilsfähigkeit sind im vorliegenden Fall zu bejahen. Der durchschnittlich intelligente und seinem Alter gemäss normal entwickelte –

FamPra.ch-2004-657

allerdings gemäss der psychiatrischen Begutachtung wenig selbstsichere – Kläger hätte das Gefährdungspotential von homosexuellen Kontakten mit dem damals etwa dreissigjährigen Beklagten erkennen können. Der Kläger hätte sich diesen Kontakten widersetzen müssen, was ohne weiteres möglich gewesen wäre, da der Beklagte bei keinem seiner Opfer physischen Zwang ausübte und nicht insistierte, wenn diese weitere Kontakte ablehnten. Die Vorinstanz hat somit grundsätzlich zu Recht eine Reduktion von Genugtuung und Schadenersatz wegen Selbstverschuldens des Geschädigten vorgenommen. Das Ausmass der Reduktion widerspricht indessen klar der Praxis des Bundesgerichts. Eine Herabsetzung um 70% setzt ein schweres

Selbstverschulden des Geschädigten voraus. Das kann dem Kläger nicht vorgeworfen werden. Verglichen mit dem Verschulden des Beklagten, welcher die homosexuellen Kontakte initiierte und suchte, ist das Selbstverschulden des Klägers, der keinen Widerstand leistete und sich den Angriffen auf seine sexuelle Integrität nicht entzog, als mittelschwer bis leicht einzustufen. Nach der Praxis des Bundesgerichts findet bei einem derartigen Selbstverschulden eine Reduktion um einen Viertel bis zu einem Drittel statt (OFTINGER/STARK, a.a.O., § 7 Rz. 32). Im vorliegenden Fall erscheint eine Herabsetzung um einen Viertel als angemessen. Die Reduktion um 25% gilt sowohl für den Schadenersatz- wie für den Genugtuungsanspruch (vgl. zu Letzterem BGE 116 II 733 E. 4g).

6. – 7. [...]

Bemerkungen:

Man vergegenwärtige sich nochmals den Sachverhalt: Ein Junge wird im Alter zwischen 14 und 16 Jahren sexuell missbraucht, d.h. in der Zeit extremer emotionaler Verunsicherung während der Pubertät, er wird missbraucht von einem Menschen, dem er Vertrauen geschenkt hat, in einer Umgebung, in der er christliche Nächstenliebe erwarten darf. Nach Jahren der Belastung ermöglicht es ihm offenbar eine Psychotherapie, gegen den Täter vorzugehen und Schadenersatz gerade auch für die Therapiekosten und Genugtuung zu verlangen. Und nun werden die Ansprüche des Opfers wegen Selbstverschuldens reduziert. In der Neuen Zürcher Zeitung vom 25.2.2004 wurde der Entscheid mit seltener Deutlichkeit als «ein Urteil wider gesunden Menschenverstand und Logik» bezeichnet.

Allein aus rechtsdogmatischer Sicht erscheint der vorliegende Entscheid nicht haltbar. Es geht hier nicht darum, dass etwa die Interessen eines fahrlässig handelnden Täters gegen jene eines urteilsfähigen Minderjährigen abzuwägen wären. Hier geht es um die Verletzung, die vorsätzliche, eines Straftatbestandes, den der Gesetzgeber zum Schutze der Minderjährigen aufgestellt hat, weil diese noch nicht zu sexueller Selbstbestimmung in der Lage sind und vor Übergriffen Erwachsener geschützt werden müssen. Es ist juristisch unhaltbar, dem Opfer vorzuwerfen, es habe in sexuelle

FamPra.ch-2004-658

Handlungen eingewilligt, die gerade deshalb verboten sind, damit sich seine sexuelle Selbstbestimmungsfähigkeit überhaupt erst ungestört entwickeln kann. Genauso gut könnte man einem Schadenersatz begehrenden Bestohlenen vorwerfen, er habe sein Hab und Gut nicht ausreichend gesichert, oder einem Konsumenten, er habe den Vertrag, der gegen konsumentenschützende Normen verstösst, freiwillig abgeschlossen. Auf derartige Ideen ist freilich bislang kein Obligationenrechtler gekommen. Oder – wie die Neue Zürcher Zeitung vom 25.5.2004 es drastisch formulierte: «So zu denken vermag nur ein Kopf, der tief im Sand steckt...».

Des Weiteren spricht das vorliegende Urteil jeglicher Erkenntnisse der Entwicklungspsychologie sowie der Dynamik menschlicher Beziehungen Hohn, wenn es meint, ein Vierzehnjähriger müsse

sich gegen derartige Übergriffe mit allen Mitteln zur Wehr setzen und ein solcher Widerstand sei auch zumutbar. Auf rein physischer Ebene mag Widerstand allenfalls möglich sein, dies von einem vierzehnjährigen Jungen in einer Situation wie im vorliegenden Sachverhalt zu verlangen, heisst jedoch bestenfalls, die kindliche Psyche gänzlich misszuverstehen.

Für den Kläger bedeutet der Ausgang des Verfahrens zweifellos eine sekundäre Traumatisierung. Nicht nur ist diese Gesellschaft nicht in der Lage, Kinder vor sexuellen Übergriffen Erwachsener wirksam zu schützen, sie fügt ihnen noch zusätzliches Leid zu, indem sie ihnen eine Mitschuld an der Beschädigung ihrer Psyche zuschreibt. Insofern stellt das vorliegende Urteil eine Demütigung aller als Kind sexuell Missbrauchten dar.

Schliesslich kann auch das gesamtgesellschaftliche Signal dieses Entscheids nicht ausser Acht gelassen werden. Das Bundesgericht reiht sich damit in die Phalanx jener ein, für die auch heute noch sexueller Missbrauch von Kindern mehr oder weniger ein Kavaliersdelikt darstellt, dessen Folgen sowohl für die individuelle Entwicklung von Kindern als auch für die Gesamtgesellschaft verharmlost und bagatellisiert werden. Ein Trost mag allenfalls die Tatsache sein, dass nicht alle Richterinnen und Richter der ersten Zivilabteilung im Rahmen der öffentlichen Beratung die Mehrheitsmeinung stützten. Die in der Minderheit gebliebenen Bundesrichter Nyffeler und Rottenberg Liatowitsch hatten zugunsten des Opfers votiert (vgl. NZZ vom 25.2.2004).

Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL...M., Basel