

S. 40 / Nr. 7 Strafgesetzbuch (d)

BGE 68 IV 40

7. Urteil des Kassationshofes vom 15. Mai 1942 i.S. Mario X gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern.

Seite: 40

Regeste:

1. Art. 335 Ziff. 1 Abs. I StGB. Die Kantone sind nicht befugt die gewerbsmässige Unzucht als Übertretung mit Strafe zu bedrohen; § 42 des luzernischen EG StGB verstösst gegen Bundesrecht.

2. Art. 206 StGB. Gewerbsmässiges Anlocken zur Unzucht.

1. Art. 335 ch. I al. I CP. Il n'appartient pas aux cantons de frapper d'une peine la prostitution considérée comme une contravention; le § 42 de la loi lucernoise d'introduction du CP viole le droit fédéral.

2. Art. 206 CP. Incitation professionnelle à la débauche.

1. Art. 335, cifra 1, cp. I CPS. I cantoni non sono competenti per colpire di una pena la prostituzione considerata come contravvenzione; il § 42 della legge lucernese d'introduzione del CPS viola il diritto federale.

2. Art. 206 CPS. Incitamento professionale alla libidine.

A. - Am 3. oder 4. September 1941 gab sich die wegen gewerbsmässiger Unzucht zweimal vorbestrafte Marie X in der Wohnung einer Freundin einem unbekanntem Manne gegen Geld zum Geschlechtsverkehr hin.

Am 6. September 1941 begab sie sich in der Absicht, Gelegenheit zu gewerbsmässiger Unzucht zu finden, auf die Strasse. Ein Offizier, welcher sie vor einem Schaufenster sah, erhielt den Eindruck, dass sie sich zum Geschlechtsverkehr hingeben würde. Als er sie grüsste, lachte sie ihn an und liess sich mit ihm in ein Gespräch ein. Auf seine Frage, wo man sich unterhalten könne, lud sie ihn in die Wohnung ihrer Freundin ein. Er folgte ihr nach kurzer Zeit dorthin nach, verliess jedoch das Haus bald wieder, weil sie ihm erklärte, die Gelegenheit sei nicht günstig, die Polizei sei ihr auf den Fersen.

B. - Am 28. Februar 1942 erklärte das Obergericht des Kantons Luzern Marie X wegen des Vorfalles vom 3./ 4. September der gewerbsmässigen Unzucht im Sinne des § 42 des luzernischen EG StGB und wegen des Vorfalles vom 6. September des Anlockens zur Unzucht im Sinne des Art. 206 StGB schuldig und verurteilte sie zu vierzehn Tagen Haft.

Seite: 41

C. - Mit rechtzeitig erhobener Nichtigkeitsbeschwerde beantragt Marie X Aufhebung des erwähnten Urteils und Freisprechung von Schuld und Strafe. Sie macht geltend, die Kantone hätten nicht das Recht, die gewerbsmässige Unzucht mit Strafe zu bedrohen, und der Tatbestand des Anlockens zur Unzucht sei im vorliegenden Falle nicht erfüllt. Für den Fall, dass die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig wäre, will sie ihre Eingabe unter Berufung auf Art. 2 der Übergangsbestimmungen zur BV und Art. 4 und 64bis BV als staatsrechtliche Beschwerde behandelt wissen.

D. - Die Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern hat von der Einreichung von Gegenbemerkungen abgesehen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1.- Nach § 42 des luzernischen EG StGB wird «die gewerbsmässige Verübung unzüchtiger Handlungen, sofern nicht schon gestützt auf Art. 194, Abs. 3, oder Art. 205-207 StGB Bestrafung einzutreten hat, mit Haft oder Busse geahndet». Diese Bestimmung stützt sich auf Art. 335 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, wonach den Kantonen die Gesetzgebung über das Übertretungsstrafrecht insoweit vorbehalten bleibt, als es nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung ist.

a) Das StGB bedroht die gewerbsmässige Unzucht als solche weder als Verbrechen oder Vergehen, noch als Übertretung mit Strafe. Dagegen kennt es als Übertretungen die Tatbestände des gewerbsmässigen und öffentlichen Anlockens zur Unzucht (Art. 206) und der Belästigung durch gewerbsmässige Unzucht (Art. 207). Damit ist jedoch die Frage, ob gewerbsmässige Unzucht Gegenstand der Bundesgesetzgebung sei, nicht im Sinne der Auffassung der Vorinstanz entschieden. Die Kantone sind nicht schon dann befugt, einen bestimmten Tatbestand als Übertretung zu erklären, wenn er nicht vom eidgenössischen Recht unter Strafe gestellt ist. Die Nichtaufnahme eines Tatbestandes in das StGB kann bedeuten,

Seite: 42

dass er überhaupt straflos bleiben müsse, also auch nicht als kantonale Übertretung geahndet werden

dürfe. Ob ein solches qualifiziertes Schweigen des Gesetzes vorliegt, hängt im einzelnen Falle davon ab, was vernünftigerweise als Wille des Gesetzes angesehen werden muss. Dabei ist von Bedeutung, ob der Bundesgesetzgeber ein bestimmtes strafrechtliches Gebiet überhaupt nicht behandelt, ob er bloss einige wenige Tatbestände daraus unter Strafe gestellt oder ob er die Materie durch ein geschlossenes System von Normen geregelt hat. In den beiden ersteren Fällen bleibt Raum für kantonale Übertretungen, nicht dagegen im letzteren Falle, es sei denn, dass der Gesetzgeber ausnahmsweise im geschlossenen System eidgenössischer Strafnormen absichtlich Lücken gelassen habe, um den von Kanton zu Kanton wechselnden Ansichten über die Strafwürdigkeit eines bestimmten Tatbestandes Rechnung zu tragen.

b) Die Regelung, welche das StGB über die gewerbsmässige Unzucht enthält, ist eingehend. Einerseits behandelt es das gewerbsmässige und öffentliche Anlocken zur Unzucht als ein häufiges Vorstadium der gewerbsmässigen Unzucht und andererseits die Belästigung der Hausbewohner oder Nachbarn als eine ihrer Begleiterscheinungen. Auch Handlungen, welche von Drittpersonen im Zusammenhang mit der Prostitution begangen werden, kennt das StGB als Übertretungstatbestände, nämlich das Dulden gewerbsmässiger Kuppelei in den Mietsräumen (Art. 209) und die Veröffentlichung von Gelegenheiten zur Unzucht (Art. 210). Dass der Bundesgesetzgeber die nicht mit Belästigung der Hausbewohner oder Nachbarn verbundene gewerbsmässige Unzucht nicht mit Strafe bedrohte, heisst, dass er sie überhaupt nicht bestraft wissen wollte. Die Ansichten über ihre Strafwürdigkeit sind allerdings nicht überall die gleichen. Dies allein genügt jedoch nicht zur Annahme, das Gesetz habe den Kantonen Raum lassen wollen, ihre besonderen Auffassungen auf diesem Gebiete in den Einführungsgesetzen durchzusetzen. Andernfalls wäre die

Seite: 43

erstrebte Vereinheitlichung des Strafrechtes leichthin preisgegeben. Den von Ort zu Ort wechselnden Bedürfnissen, gegen die gewerbsmässige Unzucht mehr oder weniger streng mit Strafe einzuschreiten, lässt sich auf dem Boden des StGB auf andere Weise als durch kantonale Übertretungstatbestände genügend Rechnung tragen, und zwar dadurch, dass der Richter, welcher bei Anwendung des Art. 207 StGB prüft, ob Hausbewohner oder Nachbarn durch die Ausübung gewerbsmässiger Unzucht belästigt worden seien, die örtlichen Verhältnisse, die Sitten der Bevölkerung und allfällige weitere Umstände des einzelnen Falles berücksichtigt.

Dass die Kantone befugt seien, die gewerbsmässige Unzucht als Übertretung zu erklären, ist auch deshalb nicht anzunehmen, weil erfahrungsgemäss mit Strafen gegen die gewerbsmässige Unzucht als solche wenig auszurichten wäre; dem Übel wird wirksamer mit administrativen Massnahmen begegnet. Das StGB beschränkt sich auf den Kampf gegen gewisse die Öffentlichkeit interessierende Begleiterscheinungen der gewerbsmässigen Unzucht. Seine Entstehungsgeschichte bestätigt, dass über die gewerbsmässige Unzucht nur deshalb keine Bestimmungen aufgestellt worden sind, weil die Auffassung vorherrschte, dass sie überhaupt nicht bestraft werden solle. In der ersten Expertenkommission war die Aufnahme einer Strafbestimmung gegen gewerbsmässige Unzucht abgelehnt worden (Verhandlungen der ersten Expertenkommission Bd. 2 193). Der zweiten Expertenkommission lag der Antrag vor, die gewerbsmässige Unzucht mit Haft zu bedrohen, eventuell den Kantonen das Recht vorzubehalten, sie unter Strafe zu stellen (Protokoll der zweiten Expertenkommission 7 76). Nach eingehenden Erörterungen lehnte die Kommission sowohl den Hauptantrag als auch den Eventualantrag ab (Protokoll 7 100 f.).

§ 42 des luzernischen EG zum StGB verstösst somit gegen Bundesrecht und ist von der Vorinstanz zu Unrecht angewendet worden. Insoweit ist das angefochtene Urteil

Seite: 44

aufzuheben und sind die Akten zur Freisprechung der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2.- Gemäss Art. 206 StGB ist strafbar, wer gewerbsmässig und öffentlich jemanden durch Zumutungen oder Anträge zur Unzucht anlockt.

Ob die Beschwerdeführerin sich auf der Strasse so benahm, dass der Offizier ihre Absicht erkennen musste, oder ob er bloss auf gut Glück hin in ihr eine Dirne suchte, ist im vorliegenden Falle unerheblich, wie es auch nicht darauf ankommt, ob die Initiative zum Gespräch von ihr oder vom Offizier ausgegangen sei. Die Aufforderung der Beschwerdeführerin im Verlaufe des Gesprächs, er solle ihr zur Ausübung der Unzucht in ein bestimmtes Haus folgen, erfüllt objektiv und subjektiv die Merkmale des Anlockens durch einen Antrag.

Dabei handelte die Beschwerdeführerin gewerbsmässig. Dieses Merkmal erfüllt, wer bei Verübung der Tat beabsichtigt, sich durch wiederholte Begehung Einnahmen zu verschaffen; dass der Wille darauf gerichtet sei, die Einnahmen zum einzigen oder doch hauptsächlichsten oder regelmässigen Erwerb zu machen, ist nicht nötig. Die Feststellung der Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin sich am 6. September auf die Strasse begab, um Gelegenheit zur Unzucht aufzusuchen, die Art und Weise, wie

sie sich mit dem Offizier einliess, zu dem sie keinerlei persönliche Beziehungen hatte, ihre Vorstrafen wegen gewerbsmässiger Unzucht und, der Vorfall vom 3./ 4. September tun das Handeln in gewinnsüchtiger Absicht dar. Dass sie mit dem Offizier nicht ausdrücklich ein Entgelt vereinbarte, ist unerheblich, ebenso, dass er ihr kein solches ausbezahlte. Da die Übertretung mit dem Anlocken durch Zumutungen oder Anträge vollendet und die nachfolgende Unzucht nicht Tatbestandsmerkmal ist, kommt es nur darauf an, ob das Anlocken zur Unzucht in der Absicht, ein Gewerbe auszuüben, erfolgt. Hier war dies der Fall.

Soweit sich die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Verurteilung wegen Anlockens zur Unzucht richtet, ist sie daher unbegründet.

Seite: 45

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben, soweit es sich auf Schuldigerklärung und Verurteilung wegen gewerbsmässiger Unzucht (§ 42 EG StGB) bezieht, und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen