

S. 174 / Nr. 40 Strafgesetzbuch (d)

BGE 69 IV 174

40. Urteil des Kassationshofes vom 1. Oktober 1943 i.S. S. gegen Jugendanwaltschaft des Kantons Luzern.

Seite: 174

Regeste:

1. Art. 191 StGB. Auf unzüchtige Handlungen, welche das noch nicht sechzehn Jahre alte Kind mit einem ebenfalls im Schutzalter stehenden Kinde vornimmt, ist das Strafgesetzbuch nur anwendbar, wenn sie eine rechtsbrecherische Gesinnung des Täters verraten.

2. Auslegung des Strafgesetzes.

1. Art. 191 CP. Les actes contraires à la pudeur qu'un enfant de moins de seize ans commet sur la personne d'un enfant du même âge ne tombent sous le coup du Code pénal que s'ils dénotent une mentalité criminelle.

2. Interpretation de la loi pénale.

1. Art. 191 CP. Gli atti di libidine, che un fanciullo minore degli anni sedici commette sopra un fanciullo della stessa età, sono punibili a norma del codice penale soltanto se denotano una mentalità criminale.

2. Interpretazione della legge penale.

A. - In Bestätigung des Urteils des kantonalen Jugendgerichts hat das Obergericht des Kantons Luzern am 14. Juli 1943 A. S. im Sinne des Art. 191 Ziff. 2 StGB der Unzucht mit Kindern schuldig erklärt und ihn in Anwendung von Art. 91 Ziff. 1 StGB in eine Erziehungsanstalt eingewiesen. A. S., geb. 29. Oktober 1926, und seine Schwester, geb. 15. September 1927, hatten sich im Herbst 1941 oder im folgenden Winter gegenseitig die Geschlechtsteile gezeigt und berührt. Ausserdem hatte sich der Knabe zum Mädchen ins Bett gelegt und ihm das Glied zwischen die Oberschenkel gestossen. Das Mädchen hatte sich um die Jahreswende 1941/ 42 auf ähnliche Weise auch noch mit zwei anderen Knaben eingelassen.

B. - A. S. ficht das Urteil des Obergerichts mit der Nichtigkeitsbeschwerde an. Er beantragt die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu seiner Freisprechung; eventuell sei die Anstaltserziehung durch Erziehung in einer Familie im Sinne des Art. 91 Ziff. 2 StGB zu ersetzen; subeventuell sei der Entscheid gemäss Art. 97 StGB aufzuschieben und der Beschwerdeführer unter Ansetzung einer Probefrist von sechs Monaten unter Schutzaufsicht

Seite: 175

zu stellen. Den Hauptantrag begründet der Beschwerdeführer damit, dass ein Kind unter sechzehn Jahren das Verbrechen des Art. 191 Ziff. 2 StGB nicht begehen könne, denn diese Bestimmung bezwecke den Kinderschutz gegenüber Angriffen von Erwachsenen. Ferner ginge es gegen den Sinn des Gesetzes, das gleiche Kind wegen ein und derselben Handlung sowohl als Täter wie als Opfer zu behandeln.

C. - Die Jugendanwaltschaft des Kantons Luzern verweist auf die Akten und die Urteile, ohne einen Antrag zu stellen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1.- Nach dem Wortlaut der Bestimmung über Unzucht mit Kindern (Art. 191 StGB) ist der Kreis der Personen, welche Täter dieses Verbrechens sein können, nicht begrenzt. Demnach müssten uneingeschränkt die allgemeinen Vorschriften gelten, wonach auch Kinder von mindestens sechs Jahren (Art. 82 Abs. 2 StGB) und Jugendliche (Art. 89 StGB) sich schuldig machen können. Gegen diesen Schluss vermag der Einwand des Beschwerdeführers, dass niemand für ein und dieselbe Handlung Opfer und Täter zugleich sein könne, nicht aufzukommen. Denn wenn Kinder unter sechzehn Jahren wegen gegenseitiger unzüchtiger Handlungen verfolgt werden, so werden sie es nicht wegen des Angriffs, dessen Opfer sie geworden sind, sondern wegen des Angriffs, den jedes auf das andere ausgeübt hat.

So logisch es nach dem Wortlaut des Gesetzes daher wäre, für Handlungen im Sinne des Art. 191 StGB auch Täter unter sechzehn Jahren zur Verantwortung zu ziehen, so stossend wäre jedoch diese Lösung, wenn sie uneingeschränkt gälte. Art. 191 StGB will Kinder unter sechzehn Jahren vor Angriffen auf ihre geschlechtliche Unversehrtheit schützen. Sie sind dabei gedacht als Opfer derer, die ihnen, weil selbst dem Schutzalter entwachsen, geschlechtlich überlegen sind. Solchen Einflüssen soll das

Seite: 176

Kind im Schutzalter entzogen werden. Sie fehlen in der Regel dann, wenn die unzüchtigen Handlungen von einem Kinde begangen werden, das selber noch nicht sechzehn Jahre alt ist. Hier lässt sich oft nicht sagen, dass eines der Kinder dem Einfluss des anderen erlegen sei. Auch reimt sich schlecht, das Kind unter sechzehn Jahren einerseits als geschlechtlich unversehrt zu schützen und andererseits seinen eigenen Handlungen unbesehen die gleiche Bedeutung beizumessen wie denen der Geschlechterfahrenen. Die Massnahmen der Erzieher und Vormundschaftsbehörden sind auf diesem Gebiete geeigneter, das Kind zu bessern und vor Schaden zu bewahren, als der Zugriff des Jugendrichters mit der Folge der Eintragung im Strafregister. Dem vernünftigen Sinne des Gesetzes entspricht es, diesen nur einschreiten zu lassen, wenn die unzüchtige Handlung des noch nicht sechzehnjährigen Täters eine rechtsbrecherische Gesinnung verrät. Diese ist nicht zu finden, wenn ungefähr gleichaltrige oder gleich entwickelte junge Leute sich im gegenseitigen Einverständnis geschlechtlichen Ausschweifungen hingeben. Dagegen muss Art. 191 StGB auf nötige Angriffe ohne Rücksicht auf das jugendliche Alter des Täters angewendet werden, wie auch auf Verleitung Jüngerer noch völlig Einsichtsloser zur Unzucht. Ob der subjektive Tatbestand der Unzucht beim jugendlichen Täter verwirklicht sei, bleibt dabei jedesmal eine Frage für sich.

Mit dieser Einschränkung erscheint die Auffassung des Beschwerdeführers, dass Art. 191 StGB den Kinderschutz gegenüber Angriffen Erwachsener bezweckt, als richtig. So eingeschränkt, steht sie auch mit den Gesetzesmaterialien in Einklang. In der zweiten Expertenkommission wurde beantragt, wegen Unzucht mit Kindern nur zu verfolgen, wer das sechzehnte Altersjahr zurückgelegt hat, weil man bei unzüchtigen Handlungen unter Jüngeren nicht von einem Täter und einem Opfer sprechen könne (Protokoll 3 S. 161, 168). Dieser Antrag wurde zuerst angenommen, dann aber in Wiedererwägung

Seite: 177

gezogen und mit der Begründung abgelehnt, dass bei dieser Lösung auch der ganz verdorbene jugendliche Täter nicht zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden könnte, was einer Privilegierung der sexuellen Verfehlungen im jugendlichen Alter gleichkomme (Protokoll 3 174 f.). Die Auffassung ging somit letzten Endes dahin, dass es zwar stossend sei, mit den Mitteln der Jugendrechtspflege einzuschreiten, wenn nach natürlichem Empfinden bei den weniger als sechzehn Jahre alten Beteiligten nicht von einem Opfer und einem Täter gesprochen werden kann, dass aber jugendliche Sexualverbrecher für ihre Taten an Kindern unter sechzehn Jahren nicht privilegiert werden sollen.

Wenn auch diese Auffassung im Wortlaut des Gesetzes nicht zum Ausdruck gekommen ist, so ist der Richter doch nicht gehindert, das Gesetz entsprechend seinem tieferen Sinne auszulegen. Die Regeln der Gesetzesauslegung sind im Strafrecht nicht andere als in anderen Gebieten der Rechtsordnung, soweit dem nicht gesetzliche Vorschriften entgegenstehen. Eine solche Bestimmung enthält Art. 1 StGB, wonach strafbar nur ist, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht. Daher darf niemand bestraft werden für eine Tat, deren Strafbarkeit sich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt. Das Gegenteil jedoch ist zulässig: einen Täter von Strafe auszunehmen, der nach dem Buchstaben des Gesetzes bestraft werden müsste.

2.- Hier haben sich die Vorfälle zwischen zwei fast gleich alten Geschwistern abgespielt, die als solche in gleichen Verhältnissen erzogen wurden. Der Knabe hat das Mädchen nicht zu den unzüchtigen Handlungen genötigt, vielmehr erscheinen diese als sittliche Entgleisung zweier gleich verantwortlicher Kinder, von denen keines das Opfer des anderen geworden ist. Daher ist Art. 191 StGB nicht anzuwenden.

Seite: 178

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 14. Juli 1943 aufgehoben und die Sache zur Freisprechung des Beschwerdeführers an die Vorinstanz zurückgewiesen