

S. 190 / Nr. 43 Strafgesetzbuch (d)

BGE 71 IV 190

43. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 5. Oktober 1945 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Uri.

Regeste:

1. Immissio inter femora, begangen gegenüber einem Mädchen oder einem Knaben, stellt eine beischlafsähnliche Handlung im Sinne von Art. 191 Ziff. 1 StGB dar.
2. Auslegung von Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 5 StGB (Dienstbote).
3. Verminderte Zurechnungsfähigkeit eines homosexuell veranlagten Sittlichkeitsverbrechers? Begutachtung durch Sachverständige? (Art. 11 und 13 StGB).
1. L'immissio inter femora, accomplie sur une fillette ou un garçon, constitue un acte analogue à l'acte sexuel, au sens de l'art. 191 ch. 1 CP.
2. Interprétation de l'art. 191 ch. 1 al. 2 et 191 ch. 2 al. 5 CP (domestique).
3. Responsabilité restreinte d'un auteur de délits de mœurs de constitution homosexuelle? Examen par un expert? (art. 11 et 13 CP).
1. L'immissione inter femora compiuta su una ragazza o un ragazzo è un atto analogo all'atto sessuale ai sensi dell'art. 191 cifra 1 CP.

Seite: 191

2. Interpretazione dell'art. 191, cifra 1, cp. 2 e 191, cifra 2, cp. 5 CP (servo).
3. Responsabilità scemata d'un delinquente contro i buoni costumi, la costituzione del quale è omosessuale. Esame ad opera d'un perito? (art. 11 e 13 CP).

3. ... Nach der Rechtsprechung des Kassationshofes liegt eine beischlafsähnliche Handlung im Sinne von Art. 191 Ziff. 1 StGB nicht nur dann vor, wenn das Glied zur Ausübung des Beischlafs an die Scheide eines Mädchens geführt wird, aber wegen ungenügender Entwicklung des Mädchens nicht eindringen kann (BGE 70 IV 159), sondern auch dann, wenn der Täter sein Glied in der Richtung auf die Scheide zwischen die Oberschenkel eines Mädchens stösst, ohne zu versuchen, mit dem Glied in die Scheide einzudringen (Urteil vom 14. Juli 1944 i.S. Peter). Gerade so verhielt es sich nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz im Falle des Mädchens Y. Mit Recht ist also dieser Fall unter Art. 191 Ziff. 1 StGB gezogen worden.

Der Vorinstanz ist aber auch in der rechtlichen Beurteilung des Falles des Knaben Z. beizupflichten. Kind ist im Sinne von Art. 191 Ziff. 1 und 2 StGB nicht nur das Mädchen, sondern auch der Knabe. Bei der Gesetzesberatung wurde ausdrücklich hervorgehoben, dass diese Bestimmung (Vorentwurf 1908 Art. 122, Entwurf 1918 Art. 166) für Kinder beider Geschlechter in gleicher Weise gelte (ZÜRCHER und GAUTIER in der 2. Exp. komm., Prot. 3 154 /155; SEILER im Nationalrat und BAUMANN im Ständerat, StenBull Sonderausgabe NatR 377, StR 186). Für die Annahme, dass Art. 191 Ziff. 1 StGB im Gegensatz zu Ziff. 2 die Knaben und Mädchen unter 16 Jahren nur gegen Angriffe des andern Geschlechts schützen wolle, bestehen keine Anhaltspunkte. Im Gegenteil: Zürcher dachte bei der Bestimmung über die beischlafsähnlichen Handlungen in erster Linie an den Schutz des Knaben (Prot. 3 154), und Gautier bezog diese Bestimmung vor allem auf «des actes contre nature» (Prot. 4 43). Dazu kommt die Erwägung, dass gleichgeschlechtliche Angriffe für das Kind in sittlicher Beziehung keine geringere

Seite: 192

Gefahr bedeuten als andersgeschlechtliche. Demnach umfasst der Begriff der beischlafsähnlichen Handlung im Sinne von Art. 191 Ziff. 1 StGB auch dem natürlichen Beischlaf gleichende Handlungen zwischen einem männlichen Täter und einem Knaben. Hieher gehört aber namentlich die immissio inter femora, wie der Beschwerdeführer sie jeweilen gegenüber dem Knaben Z. vollzogen hat. Ob darüber hinaus entsprechend der Auffassung Gautiers überhaupt jede Befriedigung am Körper eines Kindes (tout assouvissement sur le corps de la victime, Prot. 3 155 unten) als beischlafsähnliche Handlung zu gelten habe, kann vorliegend dahingestellt bleiben.

4. Die Vorinstanz nimmt an, der Knabe Z sei im Sinne von Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 StGB der Dienstbote des Beschwerdeführers gewesen, sodass die Verfehlungen ihm gegenüber mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren zu ahnden seien. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass dieser Erschwerungsgrund zutreffe. Mit Recht. Die Höhe der Mindeststrafe und der Umstand, dass ein Antrag Langs, die kasuistische Aufzählung der Erschwerungsgründe durch eine auf die «Verletzung besonderer Pflichten der Erziehung oder Pflege» abstellende Generalklausel zu ersetzen (Prot. 3 152 und 160), von der zweiten Expertenkommission abgelehnt worden ist (Prot. 3 170), verbieten eine

ausdehnende Auslegung von Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Für das Dienstbotenverhältnis (das übrigens erst im Laufe der Beratungen der zweiten Expertenkommission unter die Erschwerungsgründe aufgenommen wurde, Prot. 3 152, 170) ist nun kennzeichnend, dass es auf der einen Seite eine besondere Autorität, auf der andern Seite eine besondere Abhängigkeit begründet. Dem Missbrauch dieser Autorität bzw. Abhängigkeit zu verbrecherischen Zwecken will Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (wie auch Ziff. 2 Abs. 5) durch eine Verschärfung der Strafdrohung entgegenreten. Ein solches Unterordnungsverhältnis besonderer Art bestand zwischen dem Beschwerdeführer und dem Ferienknaben Z. schon deswegen nicht, weil es diesem jederzeit

Seite: 193

freistand, zu seinen Eltern heimzukehren. Z. war im Hinblick auf die nur ganz lose Bindung an den Beschwerdeführer auch nicht etwa dessen Pflegekind oder Zögling. Die Vorinstanz hat daher den zweiten Absatz von Art. 191 Ziff. 1 StGB zu Unrecht angewendet. Der Fall Z. fällt nur unter die Strafdrohung von Art. 191 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, die auf Zuchthaus schlechthin (d.h. auf Zuchthaus von einem Jahre bis zu zwanzig Jahren, Art. 35 Ziff. 1 StGB) lautet.

7. Mit Grund wird in der Beschwerdeschrift die Frage der verminderten Zurechnungsfähigkeit aufgeworfen. Der gutachtliche Bericht, den die Staatsanwaltschaft beim kantonalen Amtsarzte eingeholt hat, erklärt den Beschwerdeführer trotz der festgestellten Abweichung des Geschlechtstriebes von der normalen Richtung als zurechnungsfähig. Die kantonalen Instanzen sind dieser Auffassung gefolgt und haben die Abnormität des Beschwerdeführers nur bei der Strafzumessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens zu seinen Gunsten berücksichtigt. Aus der homosexuellen Veranlagung eines Täters ergibt sich denn auch nicht ohne weiteres, dass er vermindert zurechnungsfähig sei. Im vorliegenden Falle stellt sich aber angesichts der besondern Intensität der verbrecherischen Tätigkeit des Beschwerdeführers doch die Frage, ob sein abnormer Geschlechtstrieb so stark sei, dass es einer ungewöhnlichen Willensanstrengung bedurft hätte, um ihn zu meistern, und ob er deswegen in der Fähigkeit zur Selbstbestimmung beeinträchtigt gewesen sei. Auf diese Frage ist der vorliegende Arztbericht nicht eingegangen. Insofern ist der Vorschrift von Art. 13 StGB, wonach den durch die Umstände normalerweise geweckten Zweifeln an der Zurechnungsfähigkeit durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens Rechnung zu tragen ist (BGE 69 IV 53 E. 3), nicht Genüge geschehen