

S. 132 / Nr. 39 Strafgesetzbuch (d)

BGE 72 IV 132

39. Urteil des Kassationshofes vom 27. September 1946 i.S. J. gegen Staatsanwaltschaft des III. Bezirks des Kantons Bern.

Seite: 132

Regeste:

1. Art. 2 StGB. Welches Recht ist anzuwenden, wenn ein fortgesetztes Verbrechen unter altem Recht beginnt und unter neuem weiterverübt wird? (Erw. 1).
2. Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2, Art. 213 Abs. 1 StGB. Beischlaf mit dem eigenen noch nicht sechzehn Jahre alten Kinde ist nur nach Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2, nicht ausserdem nach Art. 213 Abs. 1 zu bestrafen. (Erw. 2).
3. Art. 191 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Realkonkurrenz zwischen Beischlaf und beischlafsähnlichen Handlungen. (Erw. 3).
4. Art. 213 Abs. 4 StGB. Die zweijährige Verjährungsfrist gilt auch für Blutschande mit einem mehr als sechzehn Jahre alten Unmündigen (Art. 213 Abs. 2). (Erw. 4).
1. Art. 2 CP. Quel droit faut-il appliquer lorsqu'un délit successif commence à être commis sous l'ancien droit et qu'il continue à l'être sous le nouveau? (consid. 1).
2. Art. 191 ch. 1 al. 2, art. 213 al. 1 CP. Celui qui fait subir l'acte sexuel à son propre enfant âgé de moins de seize ans ne doit être condamné qu'en vertu de l'art. 191 ch. 1 al. 2, non pas en outre en vertu de l'art. 213 al. 1 (consid. 2).
3. Art. 191 ch. 1 al. 1 CP. Concours réel entre l'acte sexuel et les actes analogues à l'acte sexuel (consid. 3).
4. Art. 213 al. 4 CP. Le délai de prescription de deux ans s'applique aussi à l'inceste commis avec un descendant mineur de plus de seize ans (art. 213 al. 2) (consid. 4).
1. Art. 2 CP. Quale diritto è applicabile ad un reato continuato che comincia sotto il vecchio diritto e prosegue sotto il nuovo diritto (consid. 1)?
2. Art. 191, cifra 1, cp. 2, art. 213 cp. 1 CP. Chi fa subire l'atto sessuale a sua figlia non ancora sedicenne dev'essere punito secondo l'art. 191, cifra 1, cp. 2 e non anche giusta l'art. 213 cp. 1 (consid. 2).
3. Art. 191, cifra 1, cp. 1 CP. Concorso reale tra l'atto sessuale e gli atti analoghi all'atto sessuale (consid. 3).
4. Art. 213, cp. 4 CP. Il termine di prescrizione di due anni si applica anche all'incesto commesso sulla persona d'un minorenne che ha più di sedici anni (art. 213 cp. 2) (consid. 4).

A. J. betastete seinem am 10. Oktober 1926 geborenen Töchterchen vom Jahre 1939 an wiederholt den Geschlechtsteil. Später, und zwar auch noch nach dem 1. Januar 1942, presste er ihm bisweilen sein Glied zwischen die Oberschenkel an die Scheide, ohne in diese einzudringen. Von anfangs 1942 an bis Ende Juli 1945 vollzog er mit dem Mädchen auch wiederholt den Geschlechtsakt, was zur Folge hatte, dass es am 3. Oktober 1945 gebar.

Seite: 133

B. Die Handlungen des J. wurden am 28. Mai 1946 von der Kriminalkammer des Kantons Bern beurteilt. Das Gericht würdigte die bis 31. Dezember 1941 verübten Handlungen als Unsittlichkeit mit jungen Leuten im Sinne des Art. 166 bern.StGB und wandte diese Bestimmung an, weil das neue Recht schwerere Strafe androhe und daher für den Angeklagten nicht milder sei. Für die vom 1. Januar bis 10. Oktober 1942 ausgeführten Handlungen, soweit sie als beischlafsähnliche oder als Beischlaf zu würdigen waren, bestrafte es J. nach Art. 191 Ziff. 1 StGB wegen Unzucht mit Kindern und, soweit Beischlaf vorlag, ausserdem nach Art. 213 Abs. 1 StGB wegen Blutschande. In dem nach Vollendung des sechzehnten Altersjahres des Mädchens verübten Beischlaf erblickte es ausgezeichnete Blutschande im Sinne des Art. 213 Abs. 2 StGB. Es verurteilte J. zu vier Jahren Zuchthaus, stellte ihn für fünf Jahre in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ein, entzog ihm die elterliche Gewalt und erklärte ihn unfähig, diese auszuüben oder Vormund oder Beistand zu sein.

C. J. führt gegen dieses Urteil Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, es sei wegen Verletzung von Art. 2, 68, 191 und 213 StGB aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Kriminalkammer zurückzuweisen. Er macht geltend, er habe schon unter der Herrschaft des alten Rechts den verbrecherischen Vorsatz gefasst und unter neuem Recht keinen neuen Willen gebildet. Seine Handlungen seien daher als fortgesetztes Verbrechen ausschliesslich nach altem Recht zu bestrafen, und zwar als Unsittlichkeit mit jungen Leuten in Idealkonkurrenz mit Blutschande. Den zwischen dem

1. Januar und dem 10. Oktober 1942 vollzogenen Beischlaf habe sodann das Gericht zu Unrecht sowohl nach Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 als auch nach Art. 213 Abs. 1 StGB geahndet; erstere Bestimmung schliesse die Anwendung der letzteren aus. Unrichtig sei auch, innerhalb von Art. 191 Ziff. 1 StGB zwischen Beischlaf und beischlafsähnlichen Handlungen zu unterscheiden; der Tatbestand der beischlafsähnlichen Handlung

Seite: 134

werde von dem des Beischlafs «konsumiert». Die Verfolgung für die nach dem 10. Oktober 1942 begangene Blutschande endlich sei gemäss Art. 213 Abs. 4 StGB verjährt.

D. Der Staatsanwalt des III. Bezirks des Kantons Bern stellt es dem Kassationshof anheim, zu entscheiden, ob Idealkonkurrenz zwischen Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 und Art. 213 Abs. 1 StGB vorliegt. In den übrigen Punkten nimmt er gegen die Auffassung des Beschwerdeführers Stellung.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Die Behauptung des Beschwerdeführers, er habe sich schon unter altem Recht ein für allemal entschlossen, seine Tochter zu missbrauchen, stösst sich an der tatsächlichen und daher für den Kassationshof verbindlichen Feststellung der Kriminalkammer, dass das nicht der Fall war, dass sich der Beschwerdeführer vielmehr wiederholt entschlossen hat, aufzuhören, dann aber doch der Versuchung jeweilen wieder erlegen ist. Die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens, das unter altem Recht begonnen hätte und unter neuem weitergeführt worden wäre, ist daher nicht möglich.

Die in der Literatur (WAIBLINGER in ZBJV 80 160) vertretene Auffassung, dass ein solches Verbrechen grundsätzlich ganz nach altem Recht zu beurteilen sei und das neue nur allenfalls als milderer angewendet werden dürfe, ist zudem abzulehnen. Es wäre befremdlich, ein unter neuem Recht ausgeführtes Verhalten nach altem Recht, das unter Umständen sehr milde ist oder die Handlung sogar straflos lässt, zu beurteilen, bloss weil der Täter den Entschluss schon unter altem Recht gefasst hat. Das neue Recht ist am 1. Januar 1942 in Kraft getreten (Art. 401 Abs. 1 StGB) und will auf alle strafbaren Handlungen angewendet werden, die nach diesem Zeitpunkt verübt werden (Art. 2 Abs. 1 StGB). Verübt aber ist die Tat erst, wenn sie ausgeführt, nicht schon, wenn sie beschlossen ist. Handlungen, die der Täter unter neuem Recht verübt, sind daher stets nach neuem Recht zu beurteilen, auch wenn

Seite: 135

sie auf einen schon unter altem Recht gefassten Willensentschluss zurückgehen und lediglich als Fortsetzung eines unter altem Recht begonnenen strafbaren Verhaltens erscheinen. Der Richter hat den unter altem Recht verübten Teil des fortgesetzten Verbrechens nach altem, eventuell gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB nach neuem Recht zu beurteilen, wenn dieses für den Täter milder ist, den unter neuem Recht verübten Teil dagegen ausschliesslich nach neuem Recht. Hierauf hat er nach den durch Art. 250 BStP und Art. 2 Abs. 2 StGB vorgeschriebenen und in BGE 69 IV 148 f. näher dargelegten Grundsätzen die Gesamtstrafe zu finden. Bei deren Zumessung hindert ihn nichts, dem Umstande Rechnung zu tragen, dass alle Handlungen des Täters auf einen einzigen Willensentschluss zurückgehen.

2. Die Kriminalkammer hält dafür, der Beschwerdeführer habe sich durch den Beischlaf, den er mit seinem Kinde vollzog, bevor es sechzehn Jahre alt war, sowohl nach Art. 191 Ziff. 1 als auch nach Art. 213 Abs. 1 StGB vergangen. Sie verweist auf BGE 68 IV 131. Allein in diesem Entscheide, der Art. 191 Ziff. 1 Abs. 1 neben Art. 213 StGB anwandte, war der Beischlaf zwischen Geschwistern zu beurteilen. Im heutigen Falle hat sich der Beschwerdeführer an seinem Kinde vergangen. Beischlaf mit dem eigenen noch nicht sechzehn Jahre alten Kinde wird durch Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 mit schwererer Strafe bedroht als Beischlaf mit einem fremden Kinde dieser Altersstufe. Damit wird dem Umstande, dass der Täter sein Blut schändet, bereits Rechnung getragen. Die Tat wird nach allen Seiten durch Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 erfasst und ist nicht ausserdem nach Art. 213 Abs. 1 zu bestrafen. Das ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Art. 122 des Vorentwurfes (Art. 191 StGB), wie ihn die zweite Expertenkommission auf Grund ihrer ersten Beratung fasste, zählte das Kind und das Grosskind des Täters nicht unter den Opfern auf, deren Missbrauch gemäss Ziff. 1 Abs. 2 schärfer bestraft werden sollte (Protokoll 3 400). Damals sah Art. 137 Ziff. 2 des Vorentwurfes

Seite: 136

(Art. 213 Abs. 2 StGB) noch ausdrücklich den Beischlaf mit einem noch nicht sechzehn Jahre alten Blutsverwandten gerader Linie als ausgezeichneten Fall der Blutschande vor (Protokoll 3 408). Als dann die Redaktionskommission in Art. 122 Ziff. 1 Abs. 2 auch das Kind und das Grosskind des Täters unter den durch erhöhte Strafdrohung geschützten Opfern erwähnte (Protokoll 4 6), beschloss die zweite Expertenkommission, in Art. 137 Ziff. 2 den Satz, der sich auf den Beischlaf mit einem noch nicht sechzehn Jahre alten Blutsverwandten gerader Linie bezog, zu streichen, weil sie der

Auffassung war, Art. 122 erfasse nun auch diese Fälle vollständig (Protokoll 4 41 ff.).

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben. Die Kriminalkammer hat den Beschwerdeführer für den Beischlaf, den er vom 1. Januar bis 10. Oktober 1942 mit seinem Kinde vollzogen hat, nur gestützt auf Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 StGB zu bestrafen.

3. Der Beschwerdeführer hat mit seinem Kinde in der Zeit vom 1. Januar bis 10. Oktober 1942 nach den Feststellungen der Kriminalkammer sowohl den Beischlaf vollzogen als auch bloss beischlafsähnliche Handlungen vorgenommen, und zwar je durch verschiedene Taten. Es war daher richtig, ihn sowohl der einen wie der anderen Art von Unzucht mit seinem Kinde schuldig zu erklären. Der Beschwerdeführer geht fehl, wenn er glaubt, die Fälle von Beischlaf «konsumierten» die anderen, in denen es nur zu beischlafsähnlichen Handlungen kam. Es liegt Realkonkurrenz vor.

4. Vom 10. Oktober 1942 an hat sich der Beschwerdeführer durch den Beischlaf mit seinem Kinde der ausgezeichneten Blutschande im Sinne des Art. 213 Abs. 2 StGB schuldig gemacht. Soweit dieses Verbrechen mehr als drei Jahre zurückliegt, ist jedoch die Strafverfolgung verjährt, denn Art. 213 Abs. 4 StGB setzt die Frist auf zwei Jahre fest, und gemäss Art. 72 Ziff. 2 Abs. 2 StGB ist die Verjährung ungeachtet aller Unterbrechungen in jedem Fall eingetreten, wenn die ordentliche Frist um die Hälfte

Seite: 137

überschritten ist. Dass die zweijährige Verjährungsfrist nicht, wie die Vorinstanz annimmt, bloss für die Blutschande mit Mündigen (Art. 213 Abs. 1), sondern auch für die ausgezeichnete Blutschande mit mehr als sechzehn Jahre alten Unmündigen (Art. 213 Abs. 2) gilt, ergibt sich aus der Stellung der Vorschrift am Ende des Art. 213. Wohl ist so die Strafverfolgung wegen Beischlafs mit dem mehr als sechzehn Jahre alten unmündigen Kinde oder Grosskinde des Täters eher verjährt als die Strafverfolgung wegen einer anderen unzüchtigen Handlung mit einem solchen Kinde oder Grosskinde (Art. 192 Ziff. 2 StGB) und auch eher als die Strafverfolgung wegen Beischlafs mit einem mehr als sechzehn Jahre alten unmündigen Adoptiv-, Stief- oder Pflegekinde (Art. 192 Ziff. 1 StGB). Allein mag auch der klare Wortlaut des Gesetzes noch so sehr auf ein Versehen zurückgeführt werden, so steht es doch dem Strafrichter nicht zu, sich darüber hinwegzusetzen, umso weniger, als nicht feststeht, ob der Gesetzgeber, wenn er sich der Ungereimtheit seiner Lösung bewusst geworden wäre, die Verjährungsfrist für ausgezeichnete Blutschande auf zehn Jahre hinaufgesetzt oder vielmehr jene für die erwähnten von Art. 192 erfassten Fälle von Unzucht mit unmündigen Pflegebefohlenen auf zwei Jahre herabgesetzt hätte. Die Festsetzung einer zehnjährigen Verjährungsfrist für ausgezeichnete Blutschande hätte jedenfalls der Überlegung, auf welche Art. 213 Abs. 4 zurückzuführen ist, widersprochen. Mit dieser Vorschrift wollte man die Unzukömmlichkeiten verringern, die damit verbunden sind, dass Vorgänge des engsten Familienlebens, wie sie in der Blutschande liegen, durch ein gerichtliches Verfahren an die Öffentlichkeit gebracht werden (ZÜRCHER, Erläuterungen zum Vorentwurf 254).

Der Beschwerdeführer darf somit für die qualifizierte Blutschande insoweit nicht mehr verfolgt werden, als sie, vom neuen Urteile der Kriminalkammer an zu rechnen, mehr als drei Jahre zurückliegt.

Seite: 138

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil der Kriminalkammer des Kantons Bern vom 28. Mai 1946 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen