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

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. Interprétation 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

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

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 Geschlechts-erfahrenen. Die Massnahmen der Erzieher und Vormund-schaftsbehörden 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 Ein-verständnis geschlechtlichen Ausschweifungen hingeben. Dagegen muss Art. 191 StGB auf nötigende 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 ver-wirklicht 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 Gesetzesmateria-lien 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 Jünge-ren nicht von einem Täter und einem Opfer sprechen könne (Protokoll 3 S. 161, 168). Dieser Antrag wurde zuerst angenommen, dann aber in Wiedererwägung gezo-

gen 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 privile-giert 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 Gesetzesausle-gung 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 Geset-zes 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 Entglei-sung zweier gleich verantwortlicher Kinder, von denen keines das Opfer des anderen geworden ist. Daher ist Art. 191 StGB nicht anzuwenden.

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.

41. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 1^{er} octobre 1943 dans la cause Procureur général du Canton de Neuchâtel contre Strautmann.

L'époux divorcé peut, en principe, être condamné pour violation d'une obligation d'entretien lorsqu'il ne satisfait pas aux obligations alimentaires qui lui ont été imposées en vertu de l'art. 151 ou 152 CC.

Der geschiedene Ehegatte kann grundsätzlich wegen Vernachlässigung von Unterstützungsspflichten verurteilt werden, wenn er den Unterhaltsverpflichtungen nicht nachkommt, die ihm auf Grund von Art. 151 oder 152 ZGB auferlegt worden sind.

Il coniuge divorziato può essere condannato, in linea di massima, per violazione dei doveri di assistenza familiare (art. 217 CP) quando non adempia le obbligazioni alimentari impostegli dall'art. 151 o dall'art. 152 CC.

A. — Le 28 mai 1942, le Tribunal civil I de Neuchâtel a prononcé le divorce des époux Strautmann-Hauser et a condamné Strautmann, en vertu de l'art. 151 al. 1 CC, à verser à sa femme divorcée une pension de 30 fr. par mois. Accusé de violation d'une obligation d'entretien pour n'avoir pas payé cette pension, Strautmann a été acquitté par le Tribunal de police de Neuchâtel, le 20 avril 1943. Le 26 mai suivant, la Cour de cassation pénale du Canton de Neuchâtel a confirmé ce jugement par le motif que, selon l'art. 217 CP, la violation d'une obligation d'entretien est seulement punissable dans le cas où le bénéficiaire de cette obligation est un « proche » du débiteur et que, selon la définition donnée par l'art. 110 ch. 2 CP, le conjoint divorcé ne rentre pas dans le cercle des « proches ».

B. — Contre l'arrêt de la Cour de cassation pénale du Canton de Neuchâtel, le Ministère public de ce canton

s'est, en temps utile, pourvu en nullité devant le Tribunal fédéral. Il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause au juge cantonal pour nouveau jugement.

C. — L'intimé Strautmann conclut au rejet du pourvoi.

Considérant en droit :

I. — Le juge cantonal a prononcé l'acquiescement de Strautmann, parce que l'art. 217 CP ne permettrait pas de punir pour violation d'une obligation d'entretien celui qui ne satisfait pas à son obligation de fournir des aliments ou des subsides à son conjoint divorcé.

Selon le texte français de l'art. 217 CP, qui concorde avec le texte allemand, seul peut être condamné pour violation d'une obligation d'entretien celui qui ne fournit pas les aliments ou les subsides qu'il doit à ses « proches » en vertu du droit de famille. Les proches étant, d'après la définition que l'art. 110 ch. 2 CP donne de ce terme, le conjoint, les parents en ligne directe, les frères et sœurs germains et consanguins ou utérins, les enfants et les parents adoptifs, il s'ensuit que, selon les textes français et allemand, le conjoint divorcé n'est pas au nombre des personnes que protège l'art. 217 CP.

Cependant, le texte italien de cet article punit celui qui ne fournit pas les aliments ou les subsides « *che gli sono imposti dal diritto di famiglia* ». Il ne parle donc pas de prestations dues à des « proches », mais seulement des prestations dues en vertu du droit de famille. Il est donc plus large que les textes français et allemand. D'après le texte italien, la protection de l'époux divorcé n'est, en principe, pas exclue.

En cas de divergence entre les textes français, allemand ou italien de lois pénales fédérales, des arrêts antérieurs de la Cour de cassation du Tribunal fédéral (RO 48 I 443 ; 51 I 161) ont fait application du texte le plus favorable à l'accusé « parce que, d'une part, un citoyen ne saurait être puni pour un acte que la loi rédigée dans sa langue maternelle ne lui fait pas apparaître comme défendu et parce que,