

verkauft hat, verletzt das Urteil ihm gegenüber weder Art. 18 noch Art. 19 StGB.

Das gleiche gilt für Hermine Lötscher. Freilich spricht sich das angefochtene Urteil über ihre subjektive Einstellung zur Tat nur in den Erwägungen über das Strafmass aus, indem es ausführt, ihre Sorge um die in finanzieller Bedrängnis sich befindenden Eltern lasse ihr Verhalten und ihre Handlungsweise in etwas milderem Lichte erscheinen. Darin liegt jedoch die Feststellung, dass auch sie es darauf abgesehen hatte, sich mit Rücksicht auf ihre den Eltern geleistete finanzielle Hilfe zum Nachteil der andern Gläubiger Deckung zu verschaffen. Dass dem so war, ergibt sich denn auch aus den Aussagen, die sie in der Untersuchung gemacht hat. Sie hat damals gestanden, das Heu für sich verlangt zu haben, damit sie für ihre Pachtzinszahlungen «etwas in den Händen habe» und das Heu nicht gepfändet und weggenommen werde; ihr Verteidiger habe ihr deswegen nachher einen Rüffel erteilt. Da diese Aussagen im übrigen zeigen, dass sie den Anstoss zu der Tat gegeben hat, befindet sie sich auch in anderer Stellung als ein Gläubiger, der am Vergehen nur durch Annahme des vom Schuldner angebotenen Vorteils teilnimmt und deshalb nach dem Willen des Art. 167, der nur den Schuldner strafbar erklärt, nicht bestraft werden soll. Sie hat durch ihre Haltung das von ihrem Vater begangene Vergehen psychisch gefördert und ist daher zu Recht als Gehülfin im Sinne des Art. 25 StGB verurteilt worden (s. schon BGE 74 IV 48).

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

25. Urteil des Kassationshofes vom 24. Juni 1949 i. S. H. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zug.

Art. 187 Abs. 1 StGB, Notzucht. Diese Bestimmung verlangt nicht, dass der Täter die Frau zum Widerstand unfähig mache.

Art. 187 al. 1 CP, viol. Cette disposition ne suppose pas que l'auteur ait rendu la femme incapable de résister.

Art. 187, cp. 1 CP. Violenza carnale. Questa disposizione non presuppone che il colpevole abbia reso la donna incapace di resistere.

A. — Johann H., der Frau P. kannte, weil er seit 12. August 1946 in ihrem Hause Malerarbeiten ausführte, erschien am 29. August 1946 um 20 Uhr bei ihr, um ein Hemd zurückzuholen, das er ihr zum Plätten übergeben hatte. Frau P. liess ihn im Stübchen warten und plättete unterdessen im gleichen Raume das Hemd. Als sie fertig war und an H. vorbeigehen wollte, stand er auf, packte sie, warf sie zu Boden, stürzte sich wie ein wildes Tier auf sie und hielt ihren linken Arm auf ihrem Rücken fest. Ob schon sie erschrocken weinte und flehte, er solle von ihr ablassen, schwängerte er sie. Ausser ihren drei Kindern, die im Nebenzimmer schliefen und von denen das älteste sechsjährig war, hielten sich keine anderen Personen im Hause auf.

Als Frau P. dem H. nach dem 7. September 1947 mitteilte, die Periode sei ihr ausgeblieben, nahm er an ihr ohne Erfolg Handlungen vor, um ihre Leibesfrucht zu beiseitigen.

B. — Am 19. Oktober 1948 erklärte das Obergericht des Kantons Zug H. in Bestätigung eines Urteils des Strafgerichtes der Notzucht (Art. 187 Abs. 1 StGB) und des fortgesetzten Abtreibungsversuchs (Art. 119, 22 StGB) schuldig, verurteilte ihn zu anderthalb Jahren Zuchthaus, unter Anrechnung von 59 Tagen Untersuchungshaft, und stellte ihn für fünf Jahre in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ein. Zur Begründung der Verurteilung wegen Notzucht führte das Obergericht unter anderem aus, Art. 187 Abs. 1 ver-

lange nicht, dass der Täter einen Widerstand überwinden müsse. Wie beim Tatbestand der Nötigung genüge, dass der Täter seinen Willen ohne das Einverständnis der Geschädigten durchsetze. Die Ausnützung von Verblüffung und Schrecken taue als Mittel der Notzucht. Frau P. sei vom hemmungslosen Vorgehen des Angeklagten völlig überrascht gewesen. Psychologisch sei verständlich, dass sie zufolge des erlittenen Schreckens und in Kenntnis der überlegenen Kraft des Angeklagten an eine physische Abwehr nicht dachte oder diese fürchtete und mit Weinen und Bitten versuchte, den Täter umzustimmen. Gerade dieses Verhalten zeige, dass Frau P., trotz des Schreckens nicht völlig wehrlos, Widerstand geleistet habe, der zwar weniger physischer als moralischer Art gewesen sei. Sie habe H. zu verstehen gegeben, dass sie mit dem Beischlaf nicht einverstanden sei. Er habe diesen erzwungen. Selbst wenn man übrigens aus dem Umstande, dass Frau P. während des Geschlechtsaktes keinen ernsthaften körperlichen Widerstand leistete, auf ihr nachträgliches Einverständnis schliessen wollte, wäre der Tatbestand der Notzucht erfüllt. Nachträgliches Einverständnis sei unerheblich und lediglich Beweis dafür, dass der Täter durch Anwendung von Gewalt zum Erfolg, nämlich zu der eventuellen bewussten Duldung des Beischlafs gekommen sei. Auch subjektiv sei der Tatbestand erfüllt. Der Vorsatz umfasse auch das Bewusstsein, dass die Frau mit dem Beischlaf nicht einverstanden sei und aus diesem Grunde Widerstand leiste. Vorsätzliche Handlung müsse im vorliegenden Falle als erwiesen betrachtet werden.

C. — H. führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Freisprechung des Beschwerdeführers von der Anklage der Notzucht an das Obergericht zurückzuweisen. Er macht geltend, die Frau werde nur dann im Sinne des Art. 187 Abs. 1 mit Gewalt zum Beischlaf gezwungen, wenn sie ernsthaft Widerstand leiste und der Täter ihn durch körperliche Kraft vollständig breche. Anders als bei der Nötigung, die nach

dem Wortlaut von Art. 188 ausser durch Gewalt und schwere Drohung auch dadurch begangen werden könne, dass der Täter das Opfer « auf andere Weise zum Widerstand unfähig macht », genüge zur Notzucht die Ausnützung von Verblüffung und Schrecken nicht. Die Unterlassung des Widerstandes seitens der Frau müsse als Einwilligung in die Tat ausgelegt werden. So auch im vorliegenden Falle. Das Obergericht stelle selber fest, dass Frau P. nicht völlig wehrlos gewesen sei. Wenn es an anderer Stelle erkläre, ihr Widerstand sei ausgeschaltet gewesen, bevor sie sich habe wehren können, so sei das aktenwidrig, denn Frau P. habe zugegeben, dass sie sich physisch hätte wehren können. Der Hinweis des Obergerichts auf BGE 70 IV 207 sei nicht massgebend, da dort der Täter die Frau teils durch Verblüffung und Schrecken, teils durch Gewalt zum Widerstand vollständig unfähig gemacht habe, Frau P. dagegen trotz des Schreckens nicht ganz wehrlos gewesen sei.

D. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zug beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Notzucht begeht, wer eine Frau mit Gewalt oder durch schwere Drohung zur Duldung des ausserehelichen Beischlafs zwingt (Art. 187 Abs. 1 StGB) oder wer mit einer Frau den ausserehelichen Beischlaf vollzieht, nachdem er sie zu diesem Zwecke bewusstlos oder zum Widerstand unfähig gemacht hat (Art. 187 Abs. 2).

Nach dem ersten Absatz dieser Bestimmung ist jeder strafbar, der mit Wissen und Willen Gewalt oder eine schwere Drohung als Zwangsmittel anwendet, um gegen den Willen der Frau mit ihr den ausserehelichen Beischlaf vollziehen zu können. Dass die Frau bis zur Erschöpfung ihrer Kraft Widerstand leiste, ist nicht nötig; der erste Absatz verlangt im Gegensatz zum zweiten nicht, dass der Täter die Frau zu weiterem Widerstand unfähig mache. Unterlassung körperlicher Abwehr bedeutet nicht not-

wendigerweise Einwilligung. Die Frau kann vom Widerstand absehen, weil sie unter dem Einfluss von Verblüffung und Schrecken nicht daran denkt, ihn für aussichtslos hält oder Nachteile damit verbunden sieht, die sie nicht auf sich nehmen will. Und wenn sie einwilligt, tut sie es nicht notwendigerweise aus freiem Entschlusse. Es ist nicht einzusehen, wieso der Täter in Fällen, in denen Gewalt und schwere Drohung, obwohl die Frau nicht Widerstand leistet, für die Hingabe kausal sind, bloss nach Art. 181, dessen Tatbestand auf jeden Fall erfüllt wäre, bestraft werden sollte. Das wäre wenig sinnvoll, nachdem der Gesetzgeber die Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit, auch soweit sie gegen den Willen des Opfers begangen werden, also in dessen Freiheit eingreifen, in einem besonderen Titel geordnet hat.

Freilich hat der Kassationshof in BGE 70 IV 207 angenommen, der der Notzucht gleichende Tatbestand der Nötigung zu einer unzüchtigen Handlung (Art. 188 StGB) sei nur erfüllt, wenn der Täter das Opfer mit Gewalt, schwerer Drohung oder auf andere Weise (oder mit dem einen und dem anderen Mittel zugleich) zum Widerstand vollständig unfähig gemacht hat, denn die Unterlassung eines Widerstandes, dessen die angegriffene Person fähig wäre, müsse als Einwilligung in die Tat ausgelegt werden. Allein an dieser Rechtsprechung wird nicht festgehalten werden können. Wenn Art. 188 mit Strafe bedroht, « wer eine Person mit Gewalt oder durch schwere Drohung, oder nachdem er sie auf andere Weise zum Widerstand unfähig gemacht hat », heisst das nicht, dass das Opfer auch dann zum Widerstand unfähig sein müsse, wenn der Täter mit Gewalt oder schwerer Drohung vorgeht. Gewiss legt der Wortlaut des Art. 188 diese Auslegung nahe. Er verbietet aber die andere nicht, wonach das Opfer nur dann zum Widerstand unfähig gemacht worden sein muss, wenn der Täter andere Mittel als Gewalt oder eine schwere Drohung angewendet hat. Die Bestimmung so auszulegen, gebieten die gleichen Überlegungen, die Art. 187 Abs. 1,

wie er lautet, als vernünftig erscheinen lassen. Es wäre auch nicht gerechtfertigt, zwischen Art. 188 und Art. 187, was die vom Täter angewendeten Mittel betrifft, zu unterscheiden. Dass Art. 187 den Fall, wo der Täter die Frau bewusstlos oder zum Widerstand unfähig macht, in einem besonderen Absatze behandelt, während Art. 188 alle Tatbestände in einem einzigen Absatze umschreibt, geht nur darauf zurück, dass Art. 187 Abs. 2 schärfere Strafe androht als Art. 187 Abs. 1, wogegen Art. 188 auf alle Formen der Nötigung zu einer unzüchtigen Handlung die gleiche Strafe setzt. Die Analogie zwischen den beiden Artikeln war augenfällig im Vorentwurf von 1908. Damals war dem Täter, der eine Person zu unzüchtigen Handlungen missbraucht, nachdem er sie zu diesem Zwecke bewusstlos oder zum Widerstand unfähig gemacht hat, im zweiten Absatze des Art. 119 schwerere Strafe angedroht, während der erste Absatz nur den Fall ordnete, wo er durch Gewalt oder schwere Drohung zum Ziele kommt. Die zweite Expertenkommission strich den zweiten Absatz, weil sie die darin umschriebenen Handlungen straflos lassen wollte (Protokoll 3 137 ff.). Erst der Bundesrat wollte diese Handlungen wieder strafbar erklären lassen, indem er in Art. 163 des Entwurfes von 1918 die Worte einfügte « oder nachdem er sie auf andere Weise zum Widerstand unfähig gemacht hat ». Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass man dadurch am Tatbestand der Fälle, in denen der Täter « mit Gewalt oder durch schwere Drohung » vorgeht, etwas hat ändern wollen.

2. — Nach der verbindlichen Feststellung des Obergerichts hat der Beschwerdeführer Frau P. zu Boden geworfen, sich wie ein wildes Tier auf sie gestürzt und ihr den linken Arm auf dem Rücken festgehalten. Das war Gewalt im Sinne von Art. 187 Abs. 1. Der Beschwerdeführer hat sie als Mittel benutzt, um die Frau zur Duldung des ausserehelichen Beischlafs zu zwingen. Dass Frau P., nachdem sie völlig überrascht in diese Lage gekommen war, keinen Widerstand geleistet hat, ändert nichts. Sie hat die

Abwehr für nutzlos halten können und gute Gründe gehabt, mit Rücksicht auf ihre im Nebenzimmer schlafenden Kinder Lärm zu vermeiden. Dass sie sich nicht hat hingeben wollen, hat sie dem Beschwerdeführer durch Flehen und Bitten, er solle von ihr ablassen, zu verstehen gegeben. Wie das Obergericht verbindlich feststellt, ist er sich bewusst gewesen, dass sie mit dem Beischlaf nicht einverstanden war. Die objektiven und subjektiven Merkmale der Notzucht sind somit erfüllt.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

26. Urteil des Kassationshofes vom 24. Juni 1949 i. S. Generalprokurator des Kantons Bern gegen S.

Art. 201 Abs. 1 StGB. Merkmale der Zuhälterei.

Art. 201 al. 1 CP. Eléments de l'infraction.

Art. 201, cp. 1 CP. Elementi del reato.

A. — S., geb. 1911, hat keinen Beruf gelernt. Er ist als arbeitsscheuer, liederlicher Mann bekannt. Er arbeitete nur unregelmässig, verrichtete oft nur Gelegenheitsarbeiten, insbesondere auch vom Frühjahr 1942 bis Frühjahr 1943. Vom 31. Mai 1943 bis im März 1945 verdiente er als Kohlenträger insgesamt Fr. 4576.40 und erhielt als Wehrmann von der Lohnausgleichskasse Fr. 1812.55. Vom Frühjahr 1945 bis im Februar 1946 hatte er keinen Verdienst. Vom Februar bis 14. Oktober 1946 nahm er als Provisionsreisender Fr. 1532.50 ein. Er hielt sich tagsüber und abends oft in Wirtshäusern oder sonstwo ausserhalb der ehelichen Einzimmerwohnung auf. Seine Ehefrau benutzte diese, um durch gewerbsmässige Unzucht das ungenügende und zeitweise fehlende Einkommen ihres Ehemannes zu ergänzen. Ihr Gewerbe brachte monatlich etwa Fr. 600.— ein. Sie verbrauchte diesen Verdienst und den

ihres Ehemannes zur Bestreitung der Kosten des gemeinsamen Haushaltes, der ehelichen Wohnung und ihres Aufwandes für Schmuck und Kleider. Wenn S. Geld nötig hatte, gab sie es ihm. Er wusste, welches Gewerbe sie ausübte, und liess sie im grossen und ganzen gewähren. Als sie am 19. April 1946 mit einem Kunden, der den bezahlten Preis zurückverlangte, Streit hatte und S. zufällig dazu kam, unterstützte er sie und misshandelte den Kunden, bis das Erscheinen einer Polizeipatrouille S. veranlasste, seinem Gegner das Geld vor die Füsse zu werfen.

B. — Am 22./31. Januar 1948 wurde S. dem Amtsgericht von Bern unter der Anschuldigung, er habe sich seit 1940 der Zuhälterei im Sinne von Art. 201 Abs. 1 StGB schuldig gemacht, zur Beurteilung überwiesen. Das Amtsgericht sprach ihn am 19. Mai 1948 der gewerbsmässigen Kuppelei schuldig, verurteilte ihn zu zehn Monaten Gefängnis und Fr. 200.— Busse und stellte ihn für drei Jahre in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ein.

Das Obergericht des Kantons Bern, vor dem der appellierende Angeschuldigte Freisprechung, die Staatsanwaltschaft dagegen Verurteilung wegen Zuhälterei beantragte, sprach S. am 17. November 1948 frei. Es führte aus, der Tatbestand der Zuhälterei sei nicht erfüllt, weil S. seine Ehefrau nicht ausgebeutet bzw. unter Druck gesetzt oder zur gewerbsmässigen Unzucht angehalten oder ermuntert, noch ihr bei der Ausübung ihres Gewerbes Schutz gewährt habe. Auch Kuppelei liege nicht vor. Es sei nicht nachgewiesen, dass sich S. jeweilen aus der Wohnung entfernt habe, um seiner Frau das Gewerbe zu erleichtern, und ob darin, dass er sie im grossen und ganzen gewähren liess, ein Vorschubleisten zu erblicken sei, möge dahingestellt bleiben, denn es fehle jedenfalls das Merkmal der Gewinnsucht; es sei durchaus möglich, dass S. seine Ehefrau aus Gleichgültigkeit, Liederlichkeit, Faulheit oder Bequemlichkeit habe gewähren lassen.

C. — Der Generalprokurator des Kantons Bern führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des