

34. Urteil des Kassationshofes vom 29. November 1949
i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Land gegen L.

1. *Art. 18 StGB.* Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehört nicht zum Vorsatz.
2. *Art. 20 StGB.* Begriff der « zureichenden Gründe ».
 1. *Art. 18 CP.* La conscience d'agir contrairement au droit n'est pas un élément de l'intention.
 2. *Art. 20 CP.* « Raisons suffisantes ».
1. *Art. 18 CP.* La consapevolezza di agire illegalmente non è un elemento dell'intenzione.
2. *Art. 20 CP.* « Ragioni sufficienti ».

A. — Am 19. August 1949 verurteilte das Obergericht des Kantons Basel-Land L., Gemeindesekretär, zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von zehn Monaten, weil er vom März bis Mai 1947 mit der am 28. April 1932 geborenen N. B. wiederholt den Beischlaf vollzogen und bei einem vorausgegangenen Anlass andere unzüchtige Handlungen mit ihr vorgenommen hatte. Es führte aus, er habe in der Voruntersuchung zugegeben, zur Zeit des Geschlechtsverkehrs gewusst zu haben, dass das Mädchen noch nicht sechzehn Jahre alt war. Er sei mit N. B. Pate gestanden und habe sie noch zur Zeit des ersten intimen Verkehrs mit der Schultasche an seiner Arbeitsstätte vorbeigehen sehen. Er habe jedoch angenommen, zur Tat berechtigt zu sein, weil ihm N. B. nach ihrer körperlichen Entwicklung als erwachsen vorgekommen sei. Er habe mindestens empfindungsgemäss um das Verbot des Geschlechtsverkehrs mit Kindern gewusst, doch sei dieses Wissen durch die Überlegung verdrängt worden, er habe ja kein Kind, sondern eine erwachsene Person vor sich. Er habe gar nicht daran gedacht, seine Tat könnte rechtswidrig sein. Somit sei einer der Fälle gegeben, in denen sich der Täter hätte bewusst sein sollen, seine Tat (Geschlechtsverkehr mit einem Kinde) sei in der Regel rechtswidrig oder könnte es jedenfalls sein, wenn nicht besondere ihn hiezu berechtigende Umstände (körperliche und geistige Reife der N. B.) vorlägen. Art. 20 StGB treffe zu. Auch

sei das Verhalten des Angeklagten moralisch verständlich. Strenge Folge der Annahme eines Rechtsirrtums wäre, von einer Bestrafung Umgang zu nehmen. Doch sei der Irrtum nicht völlig entschuldbar. L. hätte sich z. B. — im Wissen um ein mögliches Verbot des Geschlechtsverkehrs mit Schulkinder — spätestens im Zusammenhang mit dem ersten Rendez-vous (unzüchtige Handlungen) geschäftsweise mit Drittpersonen vergewissern können, ob nicht etwa eine bestimmte Altersgrenze bestehe oder ob nicht auch der Verkehr mit körperlich reifen, aber dem Alter nach noch jugendlichen weiblichen Personen strafbar sei.

B. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Land führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, Art. 20 StGB sei nicht anzuwenden, die Strafe demnach nicht unter das von Art. 191 Ziff. 1 StGB angedrohte Mindestmass zu mildern.

C. — Der Verurteilte beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Der Beschwerdegegner versucht das Urteil so zu deuten, als ob das Obergericht nicht als bewiesen erachte, dass er bei Begehung der Tat das Alter der N. B. kannte. Die Ausführungen des Obergerichts über das Geständnis, das der Beschwerdegegner in der Voruntersuchung abgelegt hat, sowie darüber, dass er mit dem Mädchen Pate gestanden habe und es noch zur Zeit des ersten intimen Verkehrs mit der Schultasche an seiner Arbeitsstätte vorbeigehen sehen, können jedoch nicht anders verstanden werden, als dass das Gericht als feststehend annimmt, dass der Beschwerdegegner in N. B. ein noch nicht sechzehn Jahre altes Kind erkannt hat. Sonst wäre der anschließende Satz, dagegen bestreite er, die Schutzaltersgrenze von sechzehn Jahren gekannt zu haben, er berufe sich somit auf Art. 20 StGB, nicht verständlich, wie auch die

nachfolgenden Ausführungen darüber, dass diese Bestimmung zutreffe, sinnlos wären.

Ob der Beschwerdegegner das Alter des Kindes gekannt hat, ist eine Tatfrage. Die dahingehende Feststellung des Obergerichts bindet daher den Kassationshof (Art. 277bis Abs. 1 BStP). Die Einwendung des Beschwerdegegners, der Beweis sei nicht unzweideutig, kann nicht gehört werden (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP).

2. — Das Obergericht meint, zum Vorsatze gehöre ausser dem Wissen und dem Willen (Art. 18 StGB) das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit. Es irrt sich. Indem der Beschwerdegegner die bewusst und gewollt begangene Unzucht in Kenntnis der Tatsache, dass das Mädchen noch nicht sechzehn Jahre alt war, verübt hat, hat er das Verbrechen vorsätzlich begangen. Das Bewusstsein, dass eine solche Tat rechtswidrig sei, gehört nicht zum Vorsatz. Fehlt es, so greift Art. 20 StGB ein, der dem Richter gestattet, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern oder von Bestrafung abzusehen, wenn der Täter aus zureichenden Gründen angenommen hat, er sei zur Tat berechtigt (BGE 70 IV 98 ; 75 IV 29, 43, 82).

3. — Das Obergericht nimmt an, dass der Beschwerdegegner mindestens empfindungsgemäss um das Verbot des Geschlechtsverkehrs mit Kindern gewusst habe, hält ihm jedoch zugute, dass er wegen der körperlichen und geistigen Reife der N. B. geglaubt habe, er habe ein zwar noch nicht sechzehn Jahre altes, aber dennoch erwachsenes Mädchen vor sich und sei daher berechtigt, an ihm die Tat zu begehen. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur und bindet daher den Kassationshof.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners ist dagegen Rechtsfrage, ob dieser Irrtum im Sinne von Art. 20 StGB auf « zureichenden Gründen » beruht habe. Mit dieser Wendung will das Gesetz nicht sagen, der Täter müsse seine Behauptung, er habe sich zur Tat berechtigt gehalten, einleuchtend begründen können, sodass sie Glauben verdiene. Das verkennt auch das Obergericht, indem es in dem der

Frage der « zureichenden Gründe » gewidmeten Abschnitt des Urteils lediglich Erwägungen darüber anstellt, was sich der Beschwerdegegner und warum er sich das vorgestellt habe, in diesem Zusammenhange dagegen unerörtert lässt, ob sein Irrtum gerechtfertigt sei, vor dem Gesetz entschuldigt werden könne. Darauf aber kommt es an. Zureichend ist ein Grund dann, wenn dem Täter aus seinem Rechtsirrtum kein Vorwurf gemacht werden kann, weil er auf Tatsachen beruht, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen.

Der Grund, auf dem der Irrtum des Beschwerdegegners beruht hat, ist nicht zureichend. Das nimmt letzten Endes auch das Obergericht an, wenn es dem Beschwerdegegner zur Begründung, weshalb es ihn nicht von Strafe befreie, vorhält, er hätte sich — im Wissen um ein mögliches Verbot des Geschlechtsverkehrs mit Schulmädchen — bei Dritten gesprächsweise erkundigen sollen, ob der Geschlechtsverkehr mit körperlich reifen, aber noch jugendlichen weiblichen Personen strafbar sei. In der Tat hätte ein gewissenhafter Mann von der Bildung des Beschwerdegegners aus der blossen Tatsache, dass ein Mädchen, von dem er wusste, dass es noch nicht sechzehn Jahre alt war und noch in die Schule ging, als zum Geschlechtsverkehr körperlich und geistig reif schien, nicht ohne weiteres den Schluss gezogen, er sei berechtigt, mit ihm Unzucht zu treiben. Das Obergericht stellt fest, dass der Beschwerdegegner mindestens empfindungsgemäss um das Verbot des Geschlechtsverkehrs mit Kindern wusste. Elementare Überlegungen hätten ihm sagen sollen, dass wenn schon der Geschlechtsverkehr mit Kindern verboten sei, das Gesetz möglicherweise jedes Kind vom Alter der N. B., gleichgültig ob geschlechtsreif oder nicht, vor solchen Handlungen schützen wolle. Ein Gemeindesekretär sollte auch erkennen können, dass solche Handlungen mit einem Schulkinde schon um der Erziehungsaufgabe der Schule willen nicht recht sind.

Das angefochtene Urteil verletzt Art. 20 StGB und ist daher aufzuheben. Das Obergericht hat die Strafe ohne

Anwendung dieser Bestimmung nach Art. 191 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziffer 2, Art. 63 und Art. 68 Ziff. 1 StGB auszufallen, womit auch Art. 41 StGB unanwendbar wird.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Land vom 19. August 1949 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

35. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 14 octobre 1949 dans la cause S. contre Ministère public du canton de Vaud.

Art. 1^{er} CP et 277bis PPF. Appréciation des preuves.

Art. 41 ch. 1 CP.

1. Les dénégations de l'accusé ne justifient pas dans tous les cas le refus du sursis.
2. Le tribunal qui émet une appréciation sur le prévenu doit indiquer les faits à l'appui.

Art. 1 StGB, Art. 277bis BStP. Beweiswürdigung.

Art. 41 Ziff. 1 StGB.

1. Das Leugnen des Angeklagten rechtfertigt die Nichtgewährung des bedingten Strafvollzugs nicht in allen Fällen.
2. Das Gericht, das den Charakter des Angeklagten bewertet, muss die Tatsachen angeben, auf die es sich stützt.

Art. 1 CP e 277bis PPF. Valutazione delle prove.

Art. 41, cifra 1, CP.

1. I dinieghi dell'accusato non giustificano in tutti i casi il rifiuto della sospensione condizionale della pena.
2. Il tribunale che esprime un apprezzamento sul carattere dell'accusato deve indicare i fatti su cui si basa.

Par jugement du 11 février 1949, le Tribunal de police correctionnelle du district de Vevey a infligé à S. six mois d'emprisonnement sans sursis pour avoir, à cinq reprises, touché les organes génitaux d'une fillette de 5 ans et demi, en passant la main sous ses culottes (art. 191 ch. 2 CP). Le prévenu niant les faits, il s'est fondé, en l'absence de témoins, sur les dires de l'enfant, qui n'ont pas varié, et sur un rapport de l'Office médico-pédagogique vaudois, qui est arrivé à la conclusion que la fillette n'était pas

suggestionnable et que ses affirmations étaient vraisemblables.

La Cour de cassation vaudoise ayant maintenu ce jugement, S. s'est pourvu en nullité au Tribunal fédéral.

Considérant en droit :

1. — Prétendant avoir été condamné sans preuve, le recourant se plaint d'une violation de l'art. 1^{er} CP. Cette disposition interdit de punir un acte qui ne présente pas les caractères juridiques d'une infraction réprimée par la loi. Or les faits imputés à S. constituent manifestement le crime d'attentat à la pudeur des enfants au sens de l'art. 191 ch. 2 al. 1 CP. Quant à leur constatation, elle est étrangère à l'art. 1^{er}. Elle dépend de l'appréciation des preuves, à laquelle les premiers juges procèdent souverainement, sans que la Cour de céans ait à vérifier où ils ont puisé les éléments de leur conviction (art. 277bis et 273 al. 1 litt. b PPF). C'est dès lors en vain que le recourant invoque le principe *in dubio pro reo*. Outre que ce principe ne ressortit pas au droit fédéral (RO 74 IV 145), le jugement du 11 février 1949 ne trahit aucun doute.

2. — Les conditions objectives du sursis étant remplies, il s'agit de savoir si les antécédents et le caractère de S. font prévoir que cette mesure le détournera de commettre de nouveaux crimes ou délits. Adoptant le pronostic émis par le Tribunal de police, la Cour vaudoise a estimé que les dénégations du recourant et son caractère sournois dictaient une réponse négative.

La conscience de sa faute étant la première condition de l'amendement, le Tribunal fédéral a toujours approuvé le refus du sursis à un accusé qui s'obstine à nier ses torts (RO 73 IV 87 consid. 3 ; arrêts Borgeaud et Moser du 4 juin 1948, Trachsel du 30 mai 1949, Finger du 27 juin 1949). Mais cette jurisprudence vise uniquement le cas d'un accusé qui, reconnaissant son acte, n'en conçoit aucun repentir et laisse entendre qu'il serait prêt à recommencer. En l'espèce, la situation est différente, car S. a contesté