

sucht sich vergangen habe, sondern vor seiner Ehefrau nicht als untätig und arbeitslos habe dastehen wollen; die Absicht, sich durch das Verbrechen Einnahmen zu verschaffen, braucht nicht der einzige oder vorherrschende Beweggrund zu sein; gewerbmässig handelt schon, wer sich von ihr bloss teilweise bestimmen lässt (BGE 72 IV 110).

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird dahin teilweise gutgeheissen, dass das Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. Juni 1952 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

**37. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 3. Oktober 1952 i. S. B. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau.**

*Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 StGB.* Begriff des Dienstboten.

*Art. 191 ch. 1 al. 2 CP.* Notion du domestique.

*Art. 191 cifra 1 cp. 2 CP.* Nozione del servo.

A. — B., Verwalter einer alkoholfreien Wirtschaft in Steckborn, fragte anfangs Juni 1948 die am 5. Februar 1933 geborene S. W., ob sie geneigt wäre, bei ihm für etwa zwei Wochen als Kindermädchen einzutreten, da seine Ehefrau vor der Geburt des dritten Kindes stehe. S. W. sagte nach Rücksprache mit ihren Eltern zu und trat die Stelle am 15. Juni 1948 an. Ein schriftlicher Vertrag wurde nicht abgefasst und die Höhe des Lohnes nicht genau vereinbart. S. W. leistete aber die Dienste gegen Lohn. Ausserdem wurde sie, wie Familie B., aus der Wirtschaftsküche verpflegt und hatte freie Unterkunft im Hause; sie schlief in dem an das Schlafzimmer der Eheleute B. anstossenden Kinderzimmer. Anfänglich oblag ihr lediglich die Betreuung der beiden Kinder und die Besorgung der Privat-

wohnung. Später musste sie auch etwas im Geschäft mithelfen, und gegen das Ende ihrer Anstellung, die bis Ende August 1948 verlängert wurde, da sich die Niederkunft der Frau B. bis 25. Juli 1948 verzögerte, oblag ihr hauptsächlich die Bedienung in der Wirtschaft und nur noch in der Freizeit auch die Betreuung der Kinder.

Am 26. Juli 1948 zwischen 3 und 4 Uhr morgens begab sich B. in das Schlafzimmer der S. W. und vollzog mit ihr im Bewusstsein, dass sie noch nicht sechzehn Jahre alt war, den Beischlaf. Frau B. befand sich damals im Kantonsspital Münsterlingen.

B. — B. wurde unter der Anklage der Unzucht mit einem Dienstboten unter sechzehn Jahren (Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) dem Geschwornengericht des Kantons Thurgau überwiesen und am 30. Juni 1952 in Anwendung der erwähnten Gesetzesbestimmung zu zwei Jahren Zuchthaus verurteilt und für drei Jahre über die Strafzeit hinaus in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit eingestellt.

C. — B. führt Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 268 ff. BStP mit den Anträgen, das Urteil der Kriminalkammer sei aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie ihn von der Anklage der Unzucht mit einem Dienstboten unter sechzehn Jahren freispreche.

Der Beschwerdeführer macht geltend, S. W. sei nicht sein Dienstbote gewesen. Es hätten seine *besondere* Autorität und die *besondere* Abhängigkeit gefehlt, die nach BGE 71 IV 192 zum Dienstbotenverhältnis gehörten. Sein Verhältnis zu S. W. sei absolut lose und locker gewesen. Es habe nur ganz kurze Zeit gedauert, wobei von Lohn überhaupt nicht die Rede gewesen sei, entgegen der Annahme der Kriminalkammer. S. W. habe lediglich zweimal von Frau B. ein Trinkgeld bekommen. Sie sei lediglich aus Güte zu den Kindern gekommen. Sie habe nicht im Sinne gehabt, in ein Dienstbotenverhältnis zu treten, sondern habe lediglich einige Tage die Kinder betreuen wollen. Solange Frau B. abwesend war, also auch zur Zeit der Tat, sei das S. W.s Aufgabe gewesen. Erst später habe sie auch

im Geschäft etwas mitgeholfen. Inbezug auf die Gestaltung des Verhältnisses sei sie vollständig frei gewesen; sie hätte jederzeit weggehen können. Die Schriften habe sie bei ihren Eltern in Schlatt-Basadingen gehabt. Die Weisungen inbezug auf die Kindererziehung habe ihr nicht der Beschwerdeführer, sondern Frau B. erteilt. Ein Dienstverhältnis im Sinne des Obligationenrechts habe nicht vorgelegen. Man habe S. W. immer wieder um einige Tage längeren Bleibens gebeten, ohne mit ihr in einem Vertragsverhältnis zu stehen. Wenn man noch von einem bescheidenen Abhängigkeitsverhältnis sprechen könnte, so sicher nicht von einer besonderen Abhängigkeit, wie das Bundesgericht sie verlange. Sollte etwas darauf ankommen, dass die Kriminalkammer anführt, S. W. habe im Geschäft und im Haushalt mitgeholfen, während der Beschwerdeführer behaupte, sie habe bis zur Rückkehr seiner Ehefrau nur die Kinder betreut, so müsste das vorerst durch die Zeugen nochmals abgeklärt werden. Nochmals abzuklären und protokollarisch festzuhalten, wie die bundesgerichtliche Rechtsprechung es verlange, wäre auch die Lohnfrage, wenn sie von Bedeutung wäre, denn es entspreche nicht den tatsächlichen Verhältnissen, dass S. W. gegen Lohn Dienste geleistet habe.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung:*

1. — Wer ein Kind unter sechzehn Jahren zum Beischlaf missbraucht, wird unter anderem dann mit der in Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 StGB vorgesehenen schärferen Strafe von mindestens zwei Jahren Zuchthaus bestraft, wenn das Kind sein « Dienstbote » ist.

In BGE 71 IV 192 hat der Kassationshof ausgeführt, für das Dienstbotenverhältnis im Sinne dieser Bestimmung sei kennzeichnend, dass es auf der einen Seite eine besondere Autorität, auf der anderen Seite eine besondere Abhängigkeit begründe; dem Missbrauch dieser Autorität bzw. Abhängigkeit zu verbrecherischen Zwecken wolle Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 StGB durch eine Verschärfung der

Strafdrohung entgegneten. Der Beschwerdeführer verkennt den Sinn dieser Ausführungen, wenn er glaubt, von « besonderer Autorität » und « besonderer Abhängigkeit » könne nur gesprochen werden, wenn beide einen besonders hohen Grad erreichten. « Besondere » hat in jenem Satze bloss den Sinn, dass Autorität und Abhängigkeit allein ein Verhältnis nicht zum Dienstbotenverhältnis machten, so insbesondere nicht in dem dort beurteilten Falle, wo der Täter sich an einem Ferienknaben vergangen hatte, sondern dass es sich um die besonders geartete Autorität bzw. Abhängigkeit handeln müsse, die zwischen Dienstherr und Dienstbote bestehen.

2. — Ein solches Unterordnungsverhältnis besonderer Art, eben ein Dienstbotenverhältnis, lag zwischen dem Beschwerdeführer und dem missbrauchten Mädchen zur Zeit der Tat vor. S. W. stand zum Beschwerdeführer in einem Dienstverhältnis im Sinne der Art. 319 ff. OR. Sie hatte sich ihm zur Leistung von Diensten auf Zeit verpflichtet und bezog dafür nach der verbindlichen tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, die mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht angefochten werden kann (Art. 277bis Abs. 1, Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP), einen Lohn. Dass dessen Höhe nicht zum voraus abgemacht war, ändert nichts; ein Dienstvertrag läge sogar dann vor, wenn über den Lohn überhaupt nicht gesprochen worden sein sollte, denn nach den Umständen war die Leistung der Dienste nur gegen Lohn zu erwarten (Art. 320 Abs. 2 OR). Auch kommt nichts darauf an, dass das Verhältnis ursprünglich nur für etwa vierzehn Tage vorgesehen war; ein Dienstvertrag besteht nicht bloss bei Abschluss für längere Zeit oder für unbestimmte Zeit, sondern überhaupt wenn der Dienstnehmer sich auf Zeit verpflichtet, mag diese auch nur kurz und zum voraus bestimmt sein (Art. 319 Abs. 1 OR). Im vorliegenden Falle ergab sich die Beschränkung auf etwa vierzehn Tage aus der Natur der Sache, da der Beschwerdeführer die Hilfe nur für die Dauer der durch die Niederkunft notwendig werdenden Schonung seiner

Ehefrau benötigte. Ob das Mädchen jederzeit kündigen konnte, nachdem sich herausgestellt hatte, dass sich die Niederkunft verzögerte, ist unerheblich. Wenn in BGE 71 IV 192 ausgeführt wurde, ein Dienstbotenverhältnis zwischen dem Täter und dem missbrauchten Ferienknaben habe schon deshalb nicht bestanden, weil der Knabe jederzeit zu seinen Eltern heimkehren durfte, so wollte damit nur gesagt werden, dass der Knabe sich überhaupt nicht vertraglich gebunden habe, dem Täter zu dienen. Für S. W. dagegen bestand eine solche Bindung, mag es ihr auch freigestanden haben, sie ohne Beachtung einer langen Kündigungsfrist wieder zu lösen. Dem Dienstbotenverhältnis steht auch nicht im Wege, dass sie sich angeblich nur aus Güte bereit erklärte, die Stelle anzutreten. Ob sie zur Zeit der Tat nur die Kinder betreute oder auch schon in der Wirtschaft aushalf, ist ebenfalls belanglos. Es kommt auch nichts darauf an, wer ihr den Lohn bezahlte; als Inhaberin der Schlüsselgewalt konnte Frau B. das sogut tun wie der Beschwerdeführer. Sie konnte S. W. auch Weisungen erteilen, ohne dass das einem Dienstbotenverhältnis zwischen dem Mädchen und dem Beschwerdeführer im Wege stünde. Selbst wenn Frau B. Partei des Dienstvertrages gewesen wäre, hätte S. W. gegenüber dem Beschwerdeführer die Stellung eines Dienstboten gehabt. Wie z.B. das Verbot der Unzucht mit dem Lehrling (Art. 192 Ziff. 2 StGB) nicht nur den Lehrmeister im zivilrechtlichen Sinne trifft, in dessen Namen der Lehrvertrag abgeschlossen ist, sondern jeden, der im Betrieb dem Lehrling vorsteht (BGE 78 IV 39), kommt auch einem Dienstboten die Stellung als Dienstbote nicht nur gegenüber seinem Vertragsgegner, sondern gegenüber jedem zu, dem er auf Grund des Dienstbotenverhältnisses unterstellt ist. In einem solchen Unterordnungsverhältnis stand S. W. nicht nur gegenüber Frau B., sondern auch gegenüber dem Beschwerdeführer, der als Vertreter der ehelichen Gemeinschaft (Art. 162 Abs. 1 ZGB) und als Inhaber der elterlichen Gewalt über die zu betreuenden Kinder (Art. 273, 274 ZGB)

ihr sogut Befehle erteilen durfte wie Frau B., die sich übrigens zur Zeit der Tat im Spital befand und daher in der Ausübung ihrer Befugnisse als Hausfrau und Mutter behindert war. Der Beschwerdeführer hat die ihm zustehende Autorität über S. W. zur Erlangung des Beischlafes missbraucht und ist daher mit Recht nach Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 StGB bestraft worden.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

**38. Urteil des Kassationshofes vom 12. September 1952**

i.S. Widmer gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau.

*Art. 191 Ziff. 2, 203 StGB.*

a) Begriff der unzüchtigen Handlung (Erw. 1-3).

b) Wann wird die unzüchtige Handlung *öffentlich* begangen? (Erw. 4, 5).

*Art. 191 ch. 2 et 203 CP.*

a) Notion de l'acte contraire à la pudeur (consid. 1 à 3).

b) Quand un tel acte est-il commis *en public*? (consid. 4 et 5).

*Art. 191 cifra 2 e art. 203 CP.*

a) Nozione dell'atto di libidine (consid. 1 a 3).

b) Quando l'atto di libidine è commesso *in pubblico*? (consid. 4 e 5).

A. — Widmer, Lehrer in Laufenburg, berührte in den Jahren 1947 bis 1950 im Schulzimmer mit der Hand die blossen Oberschenkel von neun in den Jahren 1936 bis 1938 geborenen Schülerinnen. Teilweise fuhr er den Mädchen mit der Hand unter die Hosen bis gegen den Geschlechtsteil. An einer der Schülerinnen beging er die Tat nur einmal, an den anderen wiederholt. Einer weiteren Schülerin unter sechzehn Jahren versuchte er in den Jahren 1949 und 1950 mehrmals die Oberschenkel zu berühren. Im Herbst 1950 trat er während einer Unterrichtsstunde in den Gang des Schulhauses, weil eine Schülerin an die Türe geklopft hatte, um im Auftrage des Pfarrers bei ihm