

besonders betont, insbesondere wenn es ihn einschränkend bezeichnet, dann bedeutet dies, dass die Tat straflos zu bleiben hat, wenn sich ihre Ausführung nicht gegen einen Gegenstand in diesen Schranken richtet, und darum kann sie nicht dennoch als Versuch am untauglichen Objekt strafbar sein. So liegt, wenn der Beischlaf mit dem Kinde unter sechzehn Jahren strafbar erklärt ist (Art. 191), darin die negative Entscheidung, dass der Beischlaf mit der Sechzehnjährigen nicht als untauglicher Versuch bestraft werden darf, der Beischläfer mag noch so fest der Überzeugung und willens gewesen sein, es mit einem Kinde unter sechzehn Jahren zu tun zu haben. Oder würde der Gesetzgeber die Tötung am *lebenden* Kind als Kindestötung (Art. 116) unter Strafe gestellt haben, so hätte er damit betont, dass der Tötungsversuch am totgeborenen nicht als Versuch am untauglichen Objekt bestraft werden dürfe. Genau so liegt eine negative Entscheidung gegen die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs der Abtreibung darin, dass die Schwangerschaft als Tatbestandsmerkmal hervorgehoben ist (ebenso THORMANN-OVERBECK, Komm. StGB Art. 119 N. 7). Es wäre übrigens ein erstaunlicher Widerspruch, die Selbstabtreiberin gemäss dem eindeutigen Text von Art. 118 bei bloss vermeintlicher Schwangerschaft straflos zu lassen, aber den Dritten, dessen sie sich zur Abtreibung bedient, z. B. den Arzt, der nach den Regeln der Kunst vorgeht, zu bestrafen.

In gleicher Weise folgerte die obzitierte französische Gerichtspraxis aus gleichem Gesetzestext (*femme enceinte*) die Straflosigkeit des Abtreibungsversuchs bei fehlender Schwangerschaft und bedurfte es in Frankreich einer Gesetzesänderung (*décret du 29 juillet 1939, art. 82 : femme enceinte ou supposée enceinte*), um seine Strafbarkeit herzustellen. Andererseits kann die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, welche den Abtreibungsversuch an der Nichtschwangern schon immer bestrafte, obschon die frühere Fassung des § 218 RStGB ebenfalls die « Schwangere » nannte (heute bezeichnenderweise abgeändert in

« Frau »), nicht zum Vergleiche herangezogen werden, denn sie geht gerade von der für das StGB oben abgelehnten Auffassung aus, dass der Ausdruck « Schwangere » im Text des deutschen Gesetzes keine andere Bedeutung als « Frauensperson » habe (RGE 47 66). Wohl huldigt im übrigen das deutsche Reichsgericht einem Begriff des Versuchs, der nicht einmal vor einem eigens betonten gesetzlichen Tatbestandsmerkmal Halt macht, sondern auch hier genügen lässt, dass es in der Vorstellung des Täters vorhanden ist, so dass sogar der Beischläfer im obigen Beispiel des untauglichen Versuchs schuldig wird (RGE 39 316). Allein diese logisch bis ins Extrem befolgte subjektive Auffassung des Versuchs widerspricht allzusehr dem Rechtsgefühl, um sie Art. 23 StGB zugrunde zu legen. Sie ist auch von der I. Expertenkommission anlässlich der Beratung des Art. 14 VE 1893 = 19 StGB unmissverständlich abgelehnt worden (Prot. I 82/88, 98, 2 385/6).

Nicht entscheidend ist, dass der Kassationshof heute an der Auffassung nicht festhält, dass es ohne Gegenstand, an dem die Ausführung versucht wird, einen strafbaren untauglichen Versuch überhaupt nicht gebe. Es gibt Fälle des Angriffs auf einen fehlenden Gegenstand, die allgemein als untaugliche Versuche bezeichnet werden und von denen mit Gewissheit feststeht, dass der Gesetzgeber sie erfassen wollte, wenn er einmal den objektiven Versuchsbegriff aufgab. Das verbietet, die gesetzliche Definition des Versuchs am untauglichen Gegenstande in Art. 23 wörtlich zu nehmen.

41. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes
vom 14. Juli 1944 i. S. Bachmann gegen Staatsanwaltschaft
des Kantons Solothurn.

Art. 191 Ziff. 1 Abs. 1.

Wer das Glied an die Scheide des Kindes führt, um den Beischlaf auszuüben, jedoch wegen ungenügender Entwicklung des Kindes nicht eindringen kann, ist der beischlafsähnlichen Handlung, nicht des Beischlafsversuchs, schuldig.

Eine Handlung ist nicht beischlafsähnlich, wenn der Geschlechtsteil des männlichen Täters das Kind nicht berührt.

Art. 191 ch. al. 1 CP.

Celui qui approche son membre du vagin de la fillette, mais ne peut accomplir l'acte sexuel à cause du développement insuffisant de l'enfant, se rend coupable d'un acte analogue à l'acte sexuel, et non pas d'une tentative d'acte sexuel.

On n'est pas en présence d'un acte analogue à l'acte sexuel lorsque les parties de l'auteur mâle n'ont pas touché l'enfant.

Art. 191, cifra 1, cp. 1 CP.

Chi avvicina il suo membro alla vagina d'una fanciulla, ma non può compiere l'atto sessuale per l'insufficiente sviluppo della fanciulla, commette un atto analogo a quello sessuale e non un tentativo d'atto sessuale.

Non si è in presenza d'un atto analogo a quello sessuale se il membro non ha toccato la fanciulla.

Aus den Erwägungen :

1. — Art. 191 Ziff. 1 StGB stellt die beischlafsähnlichen Handlungen mit einem Kinde dem Beischlaf gleich. Welche Handlungen als beischlafsähnlich aufzufassen sind, sagt das Gesetz nicht. Dass der Gesetzgeber den Begriff im weitesten Sinne verstanden habe, so dass als beischlafsähnlich jede Handlung gelten müsste, die sich mit Beischlaf auch nur entfernt vergleichen lässt, etwa wegen der Bewegungen, welche der Täter dabei ausführt, oder wegen der Befriedigung, die er in seiner Tat findet, kann schon deshalb nicht angenommen werden, weil Art. 191 StGB unter Ziffer 2 eine Bestimmung gegen « andere unzüchtige Handlungen » enthält, also sämtliche Abarten und Entartungen des geschlechtlichen Genusses an einem Kinde auch bei einschränkender Auslegung des Begriffs der beischlafsähnlichen Handlung strafrechtlich zu erfassen erlaubt. Zurückhaltung ist am Platze, weil die beischlafsähnliche Handlung mit einem Kinde auch den unbescholtensten Täter mindestens für ein Jahr ins Zuchthaus bringt, während andere unzüchtige Handlungen eine wesentlich mildere Bestrafung (Gefängnis) und die Gewährung des bedingten Strafvollzuges gestatten, ohne in schweren Fällen Zuchthaus überhaupt auszuschliessen. Trotz dieser Zurückhaltung, welche den Kassationshof

veranlasst hat, eine Handlung mit einem Kinde jedenfalls dann nicht als beischlafsähnlich zu betrachten, wenn sie der natürlichen Vereinigung von Mann und Frau im Zeugungsakte nicht wenigstens dadurch gleicht, dass der männliche Täter das Kind mit dem Geschlechtsteil berührt (Urteil vom 26. Mai 1944 i. S. Nägeli), ist im vorliegenden Falle die Beischlafsähnlichkeit zu bejahen. Der Beschwerdeführer, der den Beischlaf ausüben wollte, hat versucht, mit seinem Gliede in die Scheide des Mädchens einzudringen. Dies gelang ihm lediglich deshalb nicht, weil das Mädchen nicht genügend entwickelt war. Gerade solche Fälle weisen selbst bei weitester Einschränkung des Begriffs der beischlafsähnlichen Handlung alle Merkmale einer solchen auf, denn der Täter macht alles, was bei normaler Beschaffenheit des Opfers zum Beischlaf führen müsste (vgl. Protokoll der II. Expertenkommission 4 S. 41 Votum ROHR). Hier in erster Linie hat jener Begriff und die Gleichstellung der beischlafsähnlichen Handlung mit dem Beischlaf einen Sinn, weil sonst die Anwendbarkeit des Art. 191 Ziff. 1 von der Entwicklung des Opfers abhinge und der Täter gerade in den Fällen, wo das Kind wegen unvollendeter Entwicklung am wirksamsten geschützt werden muss, am günstigsten wegkäme.

Wo im übrigen die Grenze zwischen den beischlafsähnlichen und den anderen unzüchtigen Handlungen zu ziehen ist, kann für heute dahingestellt bleiben. Insbesondere braucht nicht entschieden zu werden, ob auch die Einführung des Gliedes des Täters in den After oder den Mund des Opfers beischlafsähnlich ist, wie in der zweiten Expertenkommission gesagt wurde (Protokoll 4 41) und auch das Militärkassationsgericht bei der Auslegung des Art. 156 Ziff. 1 MStG annimmt (MKGE 3 Nr. 70).

2. — Die Gleichstellung der beischlafsähnlichen Handlung mit dem Beischlaf schliesst in Fällen wie dem vorliegenden die Anwendung der Bestimmungen über den Versuch aus. Der versuchte Beischlaf weist hier alle

Merkmale der vollendeten beischlafsähnlichen Handlung auf. Die Anwendung der Bestimmung über den Versuch hätte zur Folge, dass der Täter, der es auf den Beischlaf abgesehen hat, milder bestraft werden könnte als einer, dessen Absicht nur auf Vornahme einer beischlafsähnlichen Handlung geht.

42. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale du 15 septembre 1944 en la cause Ischer c. Procureur général du Canton de Fribourg.

Attentat à la pudeur de mineurs âgés de plus de seize ans (art. 192 CP). *Erreur de droit* (art. 20 CP).

1. L'acte demeure punissable lorsque l'auteur a promis le mariage à la personne mineure.
2. L'opinion régnant dans certains milieux et dans certaines régions du pays d'après laquelle les relations intimes entre fiancés sont permises peut, le cas échéant, induire en erreur celui qui commet l'acte sexuel, dans les conditions de l'art. 192 CP, avec une mineure de plus de seize ans qui est sa fiancée.

Unzucht mit unmündigen Pflegebefohlenen von mehr als sechzehn Jahren (Art. 192 StGB). *Rechtsirrtum* (Art. 20 StGB).

1. Die Tat ist auch strafbar, wenn der Täter der Pflegebefohlenen die Ehe versprochen hat.
2. Die in gewissen Kreisen und Landesgegenden herrschende Auffassung, der Beischlaf unter Verlobten sei erlaubt, kann gegebenenfalls den, der unter den Voraussetzungen des Art. 192 StGB seiner minderjährigen Braut beiwohnt, in Irrtum versetzen.

Atti di libidine su minori d'oltre sedici anni (art. 192 CP). *Errore di diritto* (art. 20 CP).

1. L'atto è punibile anche se l'autore ha promesso il matrimonio alla minorenne.
2. L'opinione professata in certi ambienti e in certe regioni del paese, secondo la quale le relazioni intime tra fidanzati sono permesse, può eventualmente indurre in errore chi commette l'atto sessuale, nelle condizioni dell'art. 192 CP, con una minorenne di oltre sedici anni che sia la sua fidanzata.

A. — Le 4 avril 1937, Frieda Scheurer, née le 9 juillet 1921, est entrée comme apprentie chez le coiffeur Hans Ischer, à Morat, sur la base d'un contrat d'apprentissage conclu pour trois ans.

Une liaison se noua entre Ischer et son apprentie et, dès le début de l'année 1939, Ischer eut avec Frieda

Scheurer, alors âgée de 17 ans et demi, des relations sexuelles. Après les premières relations, il lui promit le mariage, mais celui-ci n'eut pas lieu.

Au cours de l'année 1939, puis une seconde fois en 1940, Frieda Scheurer, enceinte des œuvres de Ischer, se fit avorter à l'instigation de ce dernier. Les relations de Ischer et de Frieda Scheurer cessèrent en automne 1940. Mais ils se retrouvèrent en mars 1941 à Berne, où ils étaient tous deux en place. Les relations intimes reprurent. En juin 1941, Frieda Scheurer se sentit de nouveau enceinte. Elle se fit avorter par Ischer lui-même.

B. — Au début de l'année 1943, une instruction pénale fut ouverte à Berne du chef de ce dernier avortement (l'action pénale étant prescrite en ce qui concerne les avortements pratiqués en 1939 et en 1940). L'affaire fut ensuite transmise aux autorités judiciaires fribourgeoises, compétentes pour connaître des faits de cohabitation de Ischer avec son apprentie mineure.

Par jugement du 14 avril 1944, le Tribunal du district du Lac a condamné Hans Ischer, pour attentat à la pudeur d'une mineure de plus de seize ans (art. 192 CP) et pour avortement (art. 119 CP), à huit mois d'emprisonnement sans sursis.

Ischer a recouru à la Cour de cassation pénale du canton de Fribourg. Statuant le 7 juin 1944, celle-ci a rejeté le recours.

C. — Contre cet arrêt, Ischer se pourvoit en nullité auprès de la Cour de cassation pénale fédérale.

Il conteste que l'art. 192 CP lui soit applicable, car c'est avec une fiancée qu'il a eu des rapports intimes, non avec une apprentie.

Il prétend en outre s'être trouvé dans une erreur de droit (art. 20 CP).

Considérant en droit :

1. — Le premier moyen invoqué par le recourant doit être rejeté pour cette raison déjà que, lorsqu'il eut des