

sif a le droit de fonder sa conviction sur des éléments étrangers aux débats ; cette question relève du droit cantonal (art. 269 al. 1 PPF). En revanche, il n'est pas admissible que les juges du fond se bornent à énoncer un jugement de valeur sur la personne du prévenu, sans mentionner les faits sur lesquels il repose. Seule la connaissance de ces faits permet à la Cour de cassation de vérifier le pronostic émis sur l'efficacité du sursis. En relevant simplement que l'inculpé est « décrit comme querelleur, vindicatif et de moralité douteuse », le Tribunal de police ne l'a pas mise en mesure d'exercer ce contrôle.

L'arrêt attaqué relève que les premiers juges ont apprécié le caractère du prévenu en toute connaissance de cause, car ils ont pu l'observer durant une journée presque entière. Mais cette circonstance ne supplée pas à l'insuffisance constatée. Même s'ils n'ont puisé que dans les débats les éléments de leur appréciation, les premiers juges n'étaient pas dispensés de les indiquer.

Cette appréciation supposée fondée, il resterait à savoir si elle autorise à en inférer qu'une suspension de l'exécution de la peine ne préviendra pas une rechute du condamné. La nature vindicative et querelleuse d'un délinquant primaire ne signifie pas nécessairement qu'il demeurera réfractaire à l'effet éducatif du sursis. Une telle prévision ne se justifie pas s'agissant d'un délit de mœurs sans rapport avec ces traits de caractère. Quant à sa « moralité douteuse », cette notion est trop vague pour servir de base à un pronostic.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

admet le pourvoi, annule l'arrêt attaqué et renvoie la cause à la juridiction cantonale pour statuer à nouveau sur l'octroi ou le refus du sursis.

40. Urteil des Kassationshofes vom 2. September 1947
i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen gegen Krüsi.

Art. 64 StGB. Kann ein Kind unter sechzehn Jahren einen Erwachsenen « ernstlich in Versuchung führen », es zur Unzucht zu missbrauchen ?

Art. 64 CP. Un enfant âgé de moins de seize ans peut-il, par son attitude, « induire en tentation grave » un adulte à attenter à sa pudeur ?

Art. 64 CP. Un'adolescente che ha meno di sedici anni d'età può con la sua condotta indurre « in grave tentazione » un adulto a compiere atti di libidine su di lei ?

A. — Gegen Abend des 8. Januar 1947 kehrte der damals einundzwanzigeinhalb Jahre alte Krüsi mit dem vier Jahre jüngeren Höhn von Siblingen nach Gächlingen zurück. Unterwegs begegneten die beiden der am 3. Juli 1932 geborenen Berta H. Höhn hatte schon am Vortage ohne Wissen Krüsis mit ihr abgemacht, sie würden zur Ausübung des Geschlechtsverkehrs mit ihr spazieren gehen. Er schlug nun Krüsi vor, diesen Gedanken zu verwirklichen. Krüsi hatte schon verschiedene Male gehört, Berta H. sei leicht zu haben. Er erkundigte sich nach ihrem Alter. Auf die Bemerkung, dass sie noch in die Schule gehe, hatte er vorerst Bedenken. Da jedoch das Mädchen die Einladung des Höhn sofort annahm, ging auch er mit. In einer Feldhütte ersuchte Höhn das Mädchen, die Hosen herunterzulassen. Krüsi half dem Kinde, die Skihose zu öffnen. Auch dem weiteren Ansinnen Höhns, sich auf die Bank zu legen, kam das Mädchen willig nach. Auf Geheiss Höhns, den Anfang zu machen, versuchte Krüsi hierauf, mit dem Glied in die Scheide einzudringen. Das gleiche tat nachher Höhn.

B. — Am 13. Juni 1947 erklärte das Obergericht des Kantons Schaffhausen Krüsi der Unzucht mit einem Kinde (Art. 191 Ziff. 1 Satz 1 StGB) schuldig. Es billigte dem Angeklagten zu, dass er durch das Verhalten des Mädchens ernstlich in Versuchung geführt worden sei, und milderte daher die Strafe in Anwendung von Art. 64 StGB

auf sechs Monate Gefängnis, die es bedingt vollziehbar erklärte. Es führte aus, der Angeklagte sei in seiner Entwicklung zurückgeblieben. Ob eine eigentliche auf pathologischer Grundlage beruhende Debität vorliege, könne dahingestellt bleiben. Wesentlich sei nur die Feststellung, dass der Angeklagte seinem körperlichen und geistigen Habitus nach nicht den Eindruck eines zweiundzwanzigjährigen Mannes mache. Dies gehe auch daraus hervor, dass der noch minderjährige Höhn es war, der ihm die Möglichkeit eines Abenteurers eröffnete und ihm schliesslich sagte, was er zu tun habe. Aus dieser geistigen Zurückgebliebenheit des Angeklagten einerseits und dem Verhalten des Mädchens andererseits schliesse das Gericht auf die ernste Versuchung. Es dürfe nämlich nicht ausser acht gelassen werden, dass das Mädchen auf sexuellem Gebiete schon die verschiedensten Abenteuer hinter sich hatte. Auf den fraglichen Abend habe es sich ohne Wissen des Angeklagten mit Höhn verabredet, und die beiden seien übereingekommen, dass der Geschlechtsverkehr mit Höhn und mit dem Angeklagten vollzogen werde. In der Folge habe das Mädchen auf Geheiss des Höhn die Hosen ausgezogen, sich auf die Bank gelegt und die Beine gespreizt. Dieses Verhalten habe den infantilen Angeklagten ernstlich in Versuchung führen müssen. Die viel zu harte Mindeststrafe von einem Jahr Zuchthaus spreche für eine extensive Auslegung des Strafmilderungsgrundes von Art. 64 Abs. 5 StGB.

C. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen führt gegen dieses Urteil Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung und Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung. Sie sieht die Verletzung des Gesetzes in der Annahme eines Strafmilderungsgrundes.

Krüsi beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

Nach Art. 64 StGB kann der Richter die Strafe unter anderem mildern, wenn der Täter durch das Verhalten des

Verletzten ernstlich in Versuchung geführt worden ist. Der Grund, weshalb in einem solchen Falle Nachsicht geübt werden kann, liegt darin, dass der Verletzte den Anstoss zur strafbaren Handlung gegeben hat, und zwar derart ernstlich, dass der Täter für seinen Entschluss, sie zu begehen, nicht als voll verantwortlich erscheint, sondern den Verletzten einen Teil dieser Verantwortung trifft. Der Verletzte muss durch sein Verhalten den Täter förmlich reizen und verlocken, bis er der Versuchung erliegt. Ein bloss passives Verhalten gegenüber dem Ansinnen des Täters, die strafbare Handlung zu dulden, ja sogar die Äusserung einer gewissen Bereitschaft, auf seinen Wunsch einzugehen, genügt nicht. In einem solchen Falle die Strafe mildern zu lassen, ist namentlich dann nicht der Sinn des Gesetzes, wenn es den Verletzten auch gegen seinen Willen schützen will, so z. B. den Bewucherten gegenüber dem Wucherer (Urteil des Kassationshofes vom 17. November 1944 i. S. Weber) oder wegen seiner nicht abgeschlossenen Entwicklung das Kind unter sechzehn Jahren gegenüber den geschlechtlichen Gelüsten Erwachsener (Urteile des Kassationshofes vom 7. Juni 1946 i. S. Clementi und vom 16. Juli 1946 i. S. Thöni). Der Zweck des Art. 191 StGB geht dahin, die Verantwortung für die geschlechtliche Unberührtheit des Kindes voll und ganz dem Erwachsenen aufzuerlegen und das Kind auch gegen seine eigene Schwäche zu schützen. Das Verhalten des Kindes gegenüber dem Erwachsenen, der sich an ihm der Unzucht schuldig macht, dürfte daher schwerlich jemals Strafmilderungsgrund sein können. Sicher stellt es einen solchen nicht dar, wenn dem Kinde nicht mehr vorgeworfen werden kann, als dass es sich auf das Ansinnen des Täters bereitwillig eingelassen hat.

Einen anderen Vorwurf aber trifft das Mädchen im vorliegenden Falle nicht. Weder die Tatsachen, dass es geschlechtlich schon berührt war und das Zusammenreffen zwecks Ausübung des Beischlafs am Vortage mit Höhn vereinbart hatte, noch die Tatsachen, dass es in

Gegenwart des Beschwerdeführers bei seinem Entschlusse blieb und nachher in der Feldhütte den Weisungen Höhns ohne weiteres Folge leistete, zeigen mehr als seine Bereitschaft, sich leichten Herzens hinzugeben. Dieses Verhalten stimmt überein mit der von der Mutter geschilderten Veranlagung des Kindes, wonach es keinen eigenen Willen habe und niemandem nein sagen könne. Der Beschwerdeführer selber hat vor dem Verhörrichter erklärt, wenn er das Mädchen jeweilen gesehen habe, habe er gedacht, es sei geistig nicht ganz normal. Pflicht des Beschwerdeführers war es, der Versuchung zu widerstehen, die an ihn herangetreten ist, in die ihn aber nicht im Sinne des Art. 64 StGB das Kind geführt hat. Er erscheint umso weniger als von diesem verleitet, als er anfänglich mit Rücksicht auf das Alter des Kindes von der Tat absehen wollte, dann aber ohne weiteres Zutun des Mädchens sich doch dazu entschloss und ihm in der Feldhütte die Skihose ausziehen half. Dass er in seiner Entwicklung zurückgeblieben ist, erlaubt nicht, das Verhalten des Mädchens unter dem Gesichtspunkt des Art. 64 anders zu beurteilen. Nur unter den Voraussetzungen des Art. 11 StGB, welche die Vorinstanz nicht als gegeben annimmt, hätte der Geisteszustand des Täters zur Strafmilderung führen können.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 13. Juni 1947 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

41. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 12. September 1947 i. S. Gehrig gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau.

Art. 64 StGB.

Wann ist seit der Tat « verhältnismässig lange Zeit » verstrichen ?
Wann hat der Täter « aufrichtige Reue betätigt » ?

Art. 64 CP.

Quand peut-on dire que, depuis l'infraction, un temps « relativement long » s'est écoulé ?

Quand le coupable a-t-il « manifesté par des actes un repentir sincère » ?

Art. 64 CP.

Quando si può dire che « è trascorso un tempo relativamente lungo dal reato » ?

Quando il colpevole « ha dimostrato con fatti sincero pentimento » ?

Aus den Erwägungen :

1. — Das Kriminalgericht stellt fest, dass sich Kaspar Gehrig nach der Begehung seiner Taten von Mitte März 1945 an während zwei Jahren aus eigener besserer Einsicht wohl verhalten hat. Daraus leitet Kaspar Gehrig ab, dass die Strafe in Anwendung von Art. 64 letzter Abs. StGB zu mildern sei. Allein « verhältnismässig lange Zeit » im Sinne dieser Bestimmung ist nur verstrichen, wenn die Strafverfolgung der Verjährung nahe ist. Das hat der Kassationshof schon wiederholt ausgesprochen, und es ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ; die Strafmilderung wegen Zeitablaufs wurde vorgesehen zur Ergänzung der Bestimmungen über die Verjährung (vgl. VE 1908 Art. 50 ; ZÜRCHER, Erläuterungen zum VE 101 ; Protokoll 2. Exp. K. 1 364). Im gleichen Sinne legt das Militärkassationsgericht den dem Art. 64 letzter Abs. StGB entsprechenden Art. 45 letzter Abs. MStG aus (MKGE 4 Nr. 67). Nun verjährt aber die Strafverfolgung wegen Unzucht mit einem Kinde in zehn Jahren. Die zwei Jahre, während derer sich Kaspar Gehrig aus eigener Einsicht wohl verhalten hat, stellen nur einen verhältnismässig kleinen Teil dieser Frist dar. Die Vorinstanz hat daher durch Verneinung des Strafmilderungsgrundes das Gesetz nicht verletzt. Sie hat die Einsicht des