Urteilskopf

80 IV 62

15. Urteil des Kassationshofes vom 12. März 1954 i.S. Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau gegen F.
Regeste (de):
Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 5 StGB.

Begriff des Dienstboten.

Regeste (fr):
Art. 191 ch. 1 al. 2 et ch. 2 al. 5 CP.

Notion du domestique.

Regesto (it):
Art. 191 cifra 1 cp. 2 e cifra 2 cp. 5 CP.

Nozione del servo.

Sachverhalt ab Seite 62

A.- F. nahm im Herbst 1951 während eines Spitalaufenthaltes seiner Ehefrau in der ehelichen Wohnung mit M. F., geb. 26. Juli 1936, eine dem Beischlaf ähnliche und andere unzüchtige Handlungen vor. M. F. hatte vom Frühling 1950 bis Frühling 1952 bei F. als "Gaumermeitschi" einen Wochenplatz inne. Täglich holte sie am Abend für Familie F. die Milch. Ausserdem half sie in der Regel im Winter am Samstagnachmittag und im Sommer wöchentlich an drei Nachmittagen in dieser Familie aus. Während der Schulferien, insbesondere auch zur Zeit, da F. seine Verbrechen beging, begab sie sich manchmal schon am Vormittag in den Wochenplatz und blieb bis etwa 17.30 Uhr dort. Sie erschien jedoch unregelmässig; wenn sie aus irgend einem Grunde verhindert war, blieb sie weg. Ihre Verrichtungen bestanden hauptsächlich in der Überwachung der zwei Kinder. Daneben half sie putzen,

Geschirr waschen und stricken. In der Zeit, da F. sie missbrauchte, bereitete sie wegen der Abwesenheit seiner Gattin auch das Mittagessen zu. Wenn M. F. den ganzen Tag im Hause F. arbeitete, erhielt sie dort das Mittagessen und einen Imbiss, erschien sie nur am Nachmittag, so wurde ihr nur letzterer verabfolgt. Das Nachtessen nahm sie immer im elterlichen Hause ein. Während der ganzen zwei Jahre übernachtete sie zwei- bis dreimal in der Wohnung F.s' um in Abwesenheit der Eheleute F. die Kinder zu betreuen. Die Höhe des Lohnes hatten die Eltern des Mädchens in das Ermessen des Arbeitgebers gestellt. An Barlohn erhielt M. F. im Winter monatlich

Fr. 5.- bis 6.- und im Sommer monatlich Fr. 8.- bis 10.-. Ausserdem machte ihr Frau F. kleine Gelegenheitsgeschenke. Die Auflösung des Verhältnisses stand dem Mädchen jederzeit frei.

B.- Am 27. Oktober 1953 verurteilte die Kriminalkammer des Kantons Bern F. wegen Unzucht mit einem Kinde gemäss Art. 191 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 2 Abs. 1 StGB zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von zehn Monaten. Die vom Bezirksprokurator beantragte Anwendung von Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 5 StGB lehnte die Kammer ab, weil M. F. nicht Dienstbote gewesen sei. Ein ausgeprägtes Unterordnungsverhältnis, d.h. eine bestimmte Autorität auf der einen und eine besondere Abhängigkeit auf der anderen Seite seien nicht in genügender Intensität erwiesen. M. F. habe eine sehr geringe Entlöhnung bezogen, die neben anderen Umständen glaubhaft erscheinen lasse, dass der Beweggrund, in der Familie F. gewisse Dienstleistungen zu verrichten, hauptsächlich die Freude am Kinderhüten gewesen sei. Das Mädchen habe mit seinem Dienstherrn auch nicht in Hausgemeinschaft gelebt. Die Bindung sei auch insofern nur lose gewesen, als es unregelmässig erschienen sei und seinen Platz jederzeit hätte aufgeben können. Die unregelmässige Arbeitszeit sei von Frau F. durchaus in Kauf genommen worden. Bei zivilrechtlicher Betrachtung habe ein Dienstvertrag,

besonders ein Dienstbotenverhältnis, wohl bestanden, doch könne von einem Subordinationsverhältnis und damit von einem Dienstbotenverhältnis im Sinne des Strafgesetzbuches nicht die Rede sein.

C.- Der Prokurator des III. Bezirks des Kantons Bern führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil sei aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Kriminalkammer zurückzuweisen. Er macht geltend, Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 5 StGB seien anzuwenden, da M. F. Dienstbote des Angeklagten gewesen sei.

D.- F. beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

Erwägungen

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Wer sich der Unzucht mit einem Kinde unter sechzehn Jahren schuldig macht, wird gemäss Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 5 StGB schärfer bestraft, wenn das Kind der Schüler, Zögling, Lehrling, Dienstbote oder das Kind, Grosskind, Adoptivkind, Stiefkind, Mündel oder Pflegekind des Täters ist. In BGE 71 IV 192 hat der Kassationshof ein Kennzeichen des Dienstbotenverhältnisses im Sinne dieser Bestimmungen darin gesehen, dass es auf der einen Seite eine besondere Autorität und auf der anderen Seite eine besondere Abhängigkeit begründe, und in BGE 78 IV 159 hat er diese Umschreibung dahin erläutert, dass er mit "besonderer" Autorität bzw. Abhängigkeit nicht habe sagen wollen, beide müssten einen besonders hohen Grad erreicht haben, sondern bloss, dass Autorität und Abhängigkeit allein ein Verhältnis nicht zum Dienstbotenverhältnis machten, sondern dass hiezu eine besonders geartete Autorität bzw. Abhängigkeit gehöre, wie sie zwischen Dienstherr und Dienstbote bestehe. Damit ist nicht entschieden worden, dass die besondere Autorität bzw. Abhängigkeit das einzige Kennzeichen des Dienstbotenverhältnisses sei. Die Frage, welche weiteren Merkmale dazu gehörten, stellte sich in BGE 71 IV 190 ff. nicht, weil dort das Dienstbotenverhältnis schon mangels

der besonderen Autorität und Abhängigkeit verneint wurde, und in BGE 78 IV 156 ff. wurde wiederum bloss geprüft, ob das Verhältnis zwischen Täter und Opfer als Dienstverhältnis mit der ihm eigenen Autorität und Abhängigkeit gewürdigt werden könne, da nicht streitig war, dass, falls ein Dienstverhältnis überhaupt bestanden habe, das Kind Dienstbote, nicht Dienstpflichtiger anderer Art gewesen sei. Da Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 5 StGB nicht allen Dienstpflichtigen, sondern nur dem Lehrling und dem Dienstboten den erhöhten strafrechtlichen Schutz bieten, ist klar, dass die dienstherrliche Autorität und die Abhängigkeit des Dienstpflichtigen allein das Dienstbotenverhältnis nicht ausmachen. Vielmehr ist nötig, dass das missbrauchte Kind die besonderen Merkmale aufweise, die den Dienstboten (domestique, servo) von anderen Dienstpflichtigen unterscheiden. Sie bestehen darin, dass es wegen der ihm obliegenden Verrichtungen im Haushalte des Dienstherrn ähnlich einem zur Familie gehörenden Kinde ein- und auszugehen hat. Die enge persönliche Berührung mit dem Dienstherrn, in die es dabei kommt, in Verbindung mit der dem Dienstpflichtigen eigenen Abhängigkeit vom Dienstherrn, bildet den gesetzgeberischen Grund des verstärkten strafrechtlichen Schutzes, den Art. 191 in Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 5 dem Dienstboten bietet. Unerheblich ist, ob das Kind mit dem Dienstherrn in gemeinsamem Haushalte lebt, d.h. (vgl. BGE 72 IV 4) mit ihm unter gemeinsamem Dache schläft. Die erwähnten Bestimmungen sprechen von den Dienstboten schlechthin, nicht etwa bloss von denen, die zugleich Familiengenossen im Sinne von Art. 110 Ziff. 3 StGB sind, oder von den "in gemeinsamem Haushalte lebenden" Dienstboten. Dass das Schlafen unter gemeinsamem Dache nicht schon zum Begriff des Dienstbotenverhältnisses gehört, zeigt Art. 333 OR, der auch Dienstboten kennt, die nicht in Hausgemeinschaft leben. Auch der allgemeine Sprachgebrauch verbindet mit dem Worte "Dienstbote"

nicht notwendigerweise die Vorstellung des gemeinsamen Wohnens.

2. Als der Beschwerdegegner M. F. zur Unzucht missbrauchte, stand sie zu ihm in einem Dienstverhältnis und damit in einer Abhängigkeit, wie sie einem solchen Verhältnis eigen ist. Sie hatte sich seiner als Inhaberin der Schlüsselgewalt handelnden Ehefrau und damit auch ihm selber gegenüber auf Zeit verpflichtet, gegen Lohn Dienste zu leisten. Daran ändert der Umstand nichts, dass sie das Verhältnis jederzeit hätte auflösen können. Entlöhnt wurde sie nichtsdestoweniger nicht für die einzelne Verrichtung, sondern dafür, dass sie überhaupt im Haushalt des Beschwerdegegners nach Massgabe ihrer verfügbaren Zeit arbeitete. Weder dem Dienstvertrag im allgemeinen, noch dem Dienstbotenverhältnis im besonderen ist es eigen, dass der Vertrag auf eine feste Dauer abgeschlossen worden sei oder nur unter Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist aufgelöst werden könne. Die Abhängigkeit, wie sie in BGE 71 IV 192 und BGE 78 IV 158 verstanden wurde, besteht nicht in einer vorübergehenden Unmöglichkeit, die vertragliche Bindung zum Dienstherrn zu lösen, sondern darin, dass der Dienstpflichtige, solange er tatsächlich im Dienste des andern steht, von ihm Weisungen anzunehmen und sie zu befolgen hat. Dienstvertragliche Abhängigkeit setzt auch nicht voraus, dass der Dienstpflichtige täglich oder wöchentlich eine bestimmte Mindestzahl von Stunden für den Dienstherrn arbeite und dass die Arbeit jeden Tag zur gleichen Stunde verrichtet werde. Übrigens hatte M. F. gerade um die Zeit, da der Beschwerdegegner sie missbrauchte, bedeutende und regelmässige Tagesarbeit in seinem Dienste zu verrichten, da seine Ehefrau im Spital war und das Mädchen Schulferien hatte. Nach den Verhältnissen zur Zeit der Tat beurteilt sich, ob es Dienstbote des Beschwerdegegners war, nicht darnach, ob es auch zu anderen Zeiten, z.B. im Winter, diese Eigenschaft hatte. Unerheblich ist sodann auch, dass M. F. einen verhältnismässig geringen Lohn bezog; käme darauf etwas an, so

bestände der verstärkte Schutz von Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 5 StGB meistens nicht, da Kinder unter sechzehn Jahren als Dienstboten in der Regel nicht erheblich entlöhnt werden. Diese Bestimmungen fragen auch nicht nach dem Beweggrund, der bei der Begründung des Dienstbotenverhältnisses leitend war. Die Feststellung der Vorinstanz und der Einwand des Beschwerdegegners, M. F. habe sich aus Freude an der Betreuung von Kindern verdingt, ist daher ohne Belang. M. F. war nicht nur Dienstpflichtige des Beschwerdegegners, sondern auch dessen Dienstbote. Sie hatte ihre vertraglichen Verrichtungen zur Zeit, da der Beschwerdegegner sie zur Unzucht missbrauchte, in seinem Haushalte zu verrichten und kam dadurch in jene enge persönliche Berührung mit dem Dienstherrn, die den Dienstboten in erhöhtem Masse schutzbedürftig macht. Die Kriminalkammer hat daher den Beschwerdegegner nach Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 5 StGB zu bestrafen.

Dispositiv

Demnach erkennt der Kassationshof:
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil der Kriminalkammer des Kantons Bern vom 27. Oktober 1953 aufgehoben und die Sache zur Bestrafung des Beschwerdegegners nach Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 5 StGB an die Vorinstanz zurückgewiesen.