

Nach der Rechtsprechung des Kassationshofes (BGE 69 IV 60) dürfte der Richter dabei die vor der früheren Verurteilung verübten Taten nicht strenger sühnen, als wenn sie schon bei der Fällung des früheren Urteils mitbeurteilt worden wären, sei es, dass er, wenn die schwerste noch zu beurteilende Tat vor der früheren Verurteilung begangen worden ist, die Einsatzstrafe (Strafe der schwersten Tat im Sinne von Art. 68 Ziff. 1 Abs. 1) als Zusatzstrafe bemessen und sie mit Rücksicht auf die übrigen Taten angemessen erhöhen würde, sei es, dass er, wenn die schwerste Tat erst nach der früheren Verurteilung begangen worden ist, die für sie verwirkte Einsatzstrafe nur um soviel erhöhen würde, dass die vor der früheren Verurteilung begangenen Taten im Verhältnis zu den im früheren Urteil geahndeten wiederum im Sinne des Art. 68 Ziff. 2 nur « zusätzlich gesühnt » wären. Diese Rechtsprechung, die sowohl Ziffer 1 Abs. 1 als auch Ziffer 2 des Art. 68 gleichzeitig Rechnung tragen will, ist folgerichtig, befriedigt aber nicht, weil sie die Aufgabe des Richters bis zur praktischen Undurchführbarkeit erschwert, ohne dass der Kassationshof überprüfen könnte, ob der kantonale Richter seine Aufgabe auch richtig erfüllt hat. Wollte der Kassationshof dem erwähnten Grundsatz Geltung verschaffen, so müsste er verlangen, dass der kantonale Richter mit eingehender Begründung zahlenmässig genau ausscheide, wieviel er als Einsatzstrafe für die schwerste Tat in Rechnung stelle und wieviel für die übrigen Taten, wobei die vor und die nach der früheren Verurteilung begangenen auseinander zu halten wären. Der Richter pflegt indes bei Bestimmung der Gesamtstrafe nicht so kompliziert zu überlegen und zu rechnen, sondern wägt das Verschulden des Täters ab, wie es in den noch nicht beurteilten Taten insgesamt zum Ausdruck kommt. 68 StGB regelt denn auch bloss einerseits den Fall, wo jemand durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Freiheitsstrafen verwirkt hat (Ziff. 1 Abs. 1), andererseits den Fall, wo der Richter eine mit Freiheits-

strafe bedrohte Tat beurteilt, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat zu Freiheitsstrafe verurteilt worden ist (Ziff. 2). Eine Regel für den Fall, wo mit der vor einem früheren Urteil verübten Tat eine später begangene zusammentrifft, enthält das Gesetz nicht. Wenn der Richter hier lediglich Art. 68 Ziff. 1 anwendet, ohne Art. 68 Ziff. 2 damit zu kombinieren, verletzt er deshalb das Gesetz nicht.

Der Vorinstanz kann daher kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass sich ihrem Urteil nicht entnehmen lässt, ob sie bei Bemessung der Gesamtstrafe für die von ihr beurteilten Taten die beiden Veruntreuungen, die der Beschwerdeführer vor den Urteilen des Amtsgerichtes von Bern vom 2. Juli und 5. Oktober 1947 begangen hat, bloss « zusätzlich » hat sühnen wollen.

Ein praktisches Interesse an der Herabsetzung der Strafe hätte der Beschwerdeführer übrigens nur dann, wenn sie die dreijährige Mindestdauer der Verwahrung überstiege, sodass er mindestens bis zum Ablauf der Strafzeit in Verwahrung bleiben müsste (Art. 42 Ziff. 5 StGB), oder wenn die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Verwahrung begründet wäre, sodass es bei der Bestrafung des Beschwerdeführers sein Bewenden hätte.

38. Urteil des Kassationshofes vom 12. September 1949
i. S. K. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

Art. 191 Ziff. 1 StGB. Die *immissio inter femora* stellt eine beischlafsähnliche Handlung auch dann dar, wenn sie von hinten ausgeführt wird.

Art. 191 ch. 1 CP. L'*immissio inter femora* constitue aussi un acte analogue à l'acte sexuel lorsqu'elle est accomplie par derrière.

Art. 191, cifra 1 CP. L'*immissio inter femora* è un atto analogo all'atto sessuale anche quando è compiuto di dietro.

A. — Am 9. Oktober 1948 nachmittags schloss sich K. mit seinem Kinde Jeanette, geb. 1940, im Garten-

häuschen ein, welches sich in seiner Gemüsepflanzung in O. befindet. Er stellte das Töchterchen auf die zweite oder dritte Sprosse einer an die Wand gelehnten Leiter, zog dem gegen die Wand gekehrten Kinde die Höschen herunter und liess selbst seine Hosen fallen. Dann stiess er sein erregtes Glied von hinten zwischen die obern Teile der Oberschenkel des Mädchens und rieb es bis zum Samenerguss.

B. — Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte K. am 17. Juni 1949 wegen beischlafsähnlicher Handlung im Sinne von Art. 191 Ziff. 1 StGB, unter Annahme einer leichten Verminderung der Zurechnungsfähigkeit, zu zweieinhalb Jahren Zuchthaus, stellte ihn für fünf Jahre in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ein und entzog ihm die elterliche Gewalt. Die erste Instanz hatte bloss eine « andere unzüchtige Handlung » (Art. 191 Ziff. 2 StGB) angenommen und eine bedingt vollziehbare Gefängnisstrafe von einem Jahre ausgesprochen.

C. — K. führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und den Fall zur Beurteilung nach Art. 191 Ziff. 2 StGB an die kantonale Instanz zurückzuweisen. Er bestreitet, dass die *immissio inter femora* überhaupt eine beischlafsähnliche Handlung im Sinne von Art. 191 Ziff. 1 sei, und macht weiter geltend, jedenfalls sei sie es hier nicht, weil er sein Glied nicht « in der Richtung auf die Scheide » (BGE 71 IV 191) zwischen die Oberschenkel des Mädchens gestossen habe.

D. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich beantragt Abweisung der Beschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

Der Begriff der dem Beischlaf ähnlichen Handlung im Sinne von Art. 191 Ziff. 1 StGB ist in der Rechtsprechung des Kassationshofes noch nicht abschliessend umschrieben worden. Der Gerichtshof hat aber erkannt, dass darunter jedenfalls nicht nur der an der ungenügenden Entwicklung

des Mädchens scheiternde Beischlafsversuch fällt, sondern auch die *immissio inter femora*, gleichgültig ob das Opfer ein Mädchen oder ein Knabe ist (BGE 71 IV 191 und dort zitiertes Urteil vom 14. Juli 1944 i. S. Peter ; Urteile vom 13. November 1945 i. S. Willemin, vom 7. Juni 1946 i. S. Clementi und vom 23. Dezember 1946 i. S. Clément). Ein Grund, von dieser Praxis abzugehen, besteht nicht. Das angefochtene Urteil entspricht ihr und ist daher nicht zu beanstanden.

Der Beschwerdeführer wendet ein, er habe sein Glied nicht « in der Richtung auf die Scheide » eingeführt. Darauf kann aber nichts ankommen. Freilich wurde diese Wendung in BGE 71 IV 191 und im Urteil i. S. Peter gebraucht. Sie hat aber nicht den Sinn einer Einschränkung, den ihr der Beschwerdeführer beilegen will. Vielmehr wollte der Kassationshof einfach feststellen, dass jedenfalls auch dann eine beischlafsähnliche Handlung vorliegt, wenn der Täter, wie es in den damals zu beurteilenden Fällen zutraf, eine *immissio inter femora* von vorne ausführt, auf diese Weise mit seinem Glied in die Nähe der Scheide gelangt. Diesem Sachverhalt ist indes der hier gegebene gleichzustellen. In der Tat läuft es auf dasselbe hinaus, ob das Glied von vorne oder, wie es hier geschah, von hinten zwischen die Oberschenkel des Opfers gestossen wird. Auch im zweiten Falle wird es in die Nähe der Scheide (oder des Geschlechtsteils des Knaben) gebracht. Beide Ausführungsarten kommen dem natürlichen Beiwohnungsakte so nahe, dass sie unter Art. 191 Ziff. 1 gezogen werden müssen, auch dann, wenn das Glied nicht geradezu auf die Scheide (oder den Geschlechtsteil des Knaben) gerichtet wird.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.