

I. STRAFGESETZBUCH

CODE PÉNAL

5. Urteil vom 25. März 1942 i. S. Ruch gegen Staatsanwaltschaft
des Kantons Thurgau.

Art. 2 Abs. 2 und Art. 41 Ziff. 1 StGB ;
das mildere Recht ist nicht durch abstrakte Vergleichung der
in Betracht fallenden Strafandrohungen zu bestimmen, sondern
durch Beurteilung der Tat sowohl nach dem alten als nach
dem neuen Recht und Vergleichung der Resultate ;
Überprüfbarkeit des Entscheides über die Ablehnung des beding-
ten Strafvollzuges nur auf Ermessensüberschreitung.

Art. 2 al. 2 et 41 ch. 1 CP :

Le droit le plus favorable au prévenu doit être déterminé non par
la comparaison abstraite des pénalités en présence mais par
la comparaison des résultats auxquels conduit l'application
de l'ancien et du nouveau droit.

En cas de refus du *sursis*, la cour de cassation peut seulement
examiner si la juridiction inférieure a excédé son pouvoir
d'appréciation.

Art. 2 cp. 2 e art. 41 cifra 1 CPS.

Il *diritto più favorevole* all'imputato non dev'essere determinato
mediante il confronto astratto delle penalità che entrano in
linea di conto, ma comparando i risultati cui conduce l'applicazione
del vecchio e del nuovo diritto.

In caso di rifiuto della *sospensione condizionale della pena*, la
corte di cassazione può esaminare soltanto se la giurisdizione
inferiore ha ecceduto i limiti della sua facoltà di apprezzamento.

Das Obergericht des Kantons Thurgau verurteilte den
Beschwerdeführer am 15. Januar 1942 wegen eines im
Jahre 1941 begangenen Fahrraddiebstahls zu 5 Wochen
Gefängnis. Es wendete kantonales Recht an, da das neue
Recht nicht milder sei. Die formellen Voraussetzungen
für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges (Art. 41
Ziff. 1 Abs. 2 StGB bzw. § 1 lit. c des thurg. Gesetzes
betr. den bedingten Straferlass) erklärte es nach beiden
Rechten als gegeben, lehnte ihn aber wegen Unwürdigkeit
des Beschwerdeführers ab.

Mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde beantragt Ruch, die Sache sei unter Aufhebung des Urteils zurückzuweisen und die Vorinstanz zu verhalten, der Entscheidung neues Recht zugrunde zu legen, die Strafe zu ermässigen, dem Beschwerdeführer den bedingten Strafvollzug zu bewilligen und die Kosten neu zu verlegen. Es wird die Verletzung der Art. 2 Abs. 2 und 41 StGB geltend gemacht.

Die thurgauische Staatsanwaltschaft hat auf Abweisung der Beschwerde geschlossen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

Gemäss Art. 2 StGB findet auf die vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes verübte Tat das bisherige Recht Anwendung, es sei denn, dass das neue für den Täter das mildere Recht darstelle. Das behauptet der Beschwerdeführer, indem er nach dem alten Recht einen Strafrahmen errechnet, dessen Maximum erheblich über demjenigen des Art. 137 Ziff. 1 StGB liegt. Abgesehen davon, dass nach der für den Kassationshof verbindlichen Auslegung des alten Rechtes dessen Strafrahmen weniger weit ist als der neue, ist solche abstrakte Vergleichung der in Betracht fallenden Strafandrohungen für die Bestimmung des milderen Rechts abzulehnen. Sie widerspricht dem richtig verstandenen Sinn der Vorschrift des Art. 2 Abs. 2 StGB, die nur darnach zu fragen erlaubt, nach welchem der beiden Rechte der Täter für die gerade zu beurteilende Tat besser wegkommt, wobei nicht bloss die auszusprechende Strafe, sondern auch die Wohltat des bedingten Strafvollzuges in Berücksichtigung zu ziehen ist. Die Antwort hierauf kann nur die Beurteilung der Tat sowohl nach dem alten als auch nach dem neuen Recht und die Vergleichung der Resultate ergeben (vgl. dazu Kirchhofer, Fragen des neuen Militärstrafrechtes in ZStR 1929 S. 1 ff.). Diese Methode ist auch einfach und allenthalben durchführbar, während bei abstrakter Vergleichung sich nicht selten Unvergleichbares gegenüber-

steht. Der weitere Strafrahmen ist also nicht unbedingt entscheidend für die Wahl des anzuwendenden Rechtes, denn die grössere Freiheit in der Strafzumessung, die damit dem Richter eingeräumt ist, soll lediglich ermöglichen, den besondern Umständen des Einzelfalls vermehrte Rücksicht zu tragen, und braucht sich nur in extremen Fällen praktisch auszuwirken; jener bedeutet darum noch nicht, dass der Richter die konkrete Tat milder bzw. strenger beurteile, als dem engern Rahmen des andern Rechts entspricht. Ebensowenig ist massgebend, dass das neue Recht den bedingten Strafvollzug unter leichtere oder strengere Voraussetzungen stellt als das andere, wenn die Voraussetzungen nach *beiden* entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind.

Die Vorinstanz hat die Vergleichung der beiden Rechte in dieser Weise angestellt und ist zum Schluss gelangt, dass das Vergehen des Angeklagten, nach bisherigem oder neuem Recht beurteilt, zur gleichen Strafe führen müsste und der bedingte Strafvollzug zu verweigern sei. Die Beurteilung nach dem ersteren entzieht sich der Überprüfung des Kassationshofes und diejenige nach dem letztern ist mit Recht nicht gerügt, abgesehen von der Frage des bedingten Strafvollzuges, deren richtige Entscheidung nach Auffassung des Beschwerdeführers zur Anwendung des neuen Rechts hätte führen müssen, welche Auffassung jedoch nicht geteilt werden kann.

Wohl gewährt das kantonale Recht den bedingten Strafvollzug nur, wenn bei Beurteilung seit dem Vollzug einer früheren wegen eines vorsätzlichen Vergehens ausgefallten Freiheitsstrafe mehr als 10 Jahre zurückliegen. Da der Beschwerdeführer diese Voraussetzung aber erfüllt, wirkt sich das alte Recht für ihn auch in dieser Beziehung nicht strenger aus als das neue, dessen Frist zwischen Verbüssung der Strafe für ein früheres und Verübung des neuen Deliktes nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 nur 5 Jahre beträgt. Es ist lediglich zu prüfen, ob die Vorinstanz dem Beschwerdeführer den bedingten Strafvollzug auch nach

dem neuen Recht im Hinblick auf die Prognose hätte verweigern dürfen, die sich aus Vorleben und Charakter ergibt. Dabei ist der Kassationshof nicht frei; denn es handelt sich um eine Ermessensfrage, die von ihm nur daraufhin überprüft werden kann, ob der Richter das ihm zustehende Ermessen überschritten habe. Das träfe etwa dann zu, wenn er den Strafaufschub für die Verbrechenkategorie des Fahrraddiebstahls aus generalpräventiven Gründen schlechtweg ausgeschlossen hätte (BGE 61 I 446, 63 I 265). Dem ist nicht so. Der Beschwerdeführer behauptet selbst nur, die Verweigerung sei « nicht ohne jeglichen Anklang an generalpräventive Überlegungen » geschehen. Damit gibt er zu, dass die Generalprävention nicht *das* Motiv der Verweigerung darstellt. Die Entscheidung ist tatsächlich mit der Unwürdigkeit des Täters begründet, und diese ist daraus abgeleitet, dass er bei der Tatbegehung ohne jedes Bedenken gehandelt habe, wegen Diebstahls vorbestraft sei und von der Wiederholung des Deliktes abgeschreckt werden müsse. Fiel darnach der bedingte Strafvollzug auch nach dem neuen Recht weg, so blieb es dabei, dass der Angeklagte nach dem bisherigen Gesetz zu beurteilen war.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

6. Urteil des Kassationshofs vom 15. Mai 1942

i. S. Wüthrich gegen Jugendanwalt des Oberlandes.

Die zeitliche Geltung der Normen des StGB, welche sich auf die Verhängung von Massnahmen gegenüber Jugendlichen beziehen, wird nicht durch Art. 2, sondern durch Art. 401 Abs. 1 StGB bestimmt. Solche Massnahmen sind daher seit 1. Januar 1942 auch dann auf Grund des StGB auszusprechen, wenn die Tat vor diesem Zeitpunkt verübt worden ist.

L'application du CP quant aux mesures prévues à l'égard des enfants et des adolescents n'est pas régie par l'art. 2 mais par l'art. 401, al. 1 CP. Ces mesures sont applicables dès le 1^{er} janvier 1942, même si l'acte a été commis avant cette date.

L'applicazione del CPS in materia di misure previste nei confronti dei fanciulli e degli adolescenti non è disciplinata, per quanto riguarda le condizioni di tempo, dall'art. 2, ma dall'art. 401 cp. 1 CPS. Tali misure debbono essere pronunciate, a partire dal 1 gennaio 1942, in base al CPS anche se l'atto è stato compiuto prima di questa data.

Am 27. April 1938 erklärte der Gerichtspräsident von Thun als Jugendrichter den am 2. Mai 1922 geborenen Beschwerdeführer Hans Wüthrich der Unterschlagung schuldig und wies ihn in Anwendung des Art. 27 des bernischen Gesetzes über die Jugendrechtspflege in eine Familie ein. Am 19. Februar 1941 ersetzte er diese Massnahme durch Einweisung in eine Erziehungsanstalt. Diese wurde auf Appellation des Beschwerdeführers hin von der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern am 4. März 1942 in Anwendung der Art. 2 und 91 StGB bestätigt. Die Nichtigkeitsbeschwerde, durch welche Hans Wüthrich die Aufhebung dieses Urteils und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Anwendung des bernischen Jugendrechtspflegegesetzes beantragte, wurde vom Kassationshof abgewiesen, aus den

Erwägungen:

Das schweizerische Strafgesetzbuch ist gemäss Art. 2 anwendbar auf Personen, die nach seinem Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen verüben. Hat jemand eine solche Tat vorher begangen, wird sie jedoch erst nach dem Inkrafttreten des StGB beurteilt, so ist dieses anzuwenden, wenn es für den Täter das mildere Gesetz ist. Der Beschwerdeführer zieht daraus den Schluss, dass er nach altem Recht beurteilt werden müsse, da die Einweisung in eine Erziehungsanstalt nach dem bernischen Jugendrechtspflegegesetz nur bis zur Vollendung des zwanzigsten, nach dem StGB dagegen bis zur Vollendung des zweiundzwanzigsten Altersjahres des Täters statthaft, das alte Recht also das mildere sei.

Diese Überlegung geht fehl.

a) Die Massnahmen gegenüber Minderjährigen, welche eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen haben, dienen