

22. Urteil des Kassationshofes vom 15. Oktober 1942 i. S. Bundesanwaltschaft gegen Herzig.

Art. 49 Ziff. 3 StGB. Mehrere Bussen sind *einzel*n in Haft umzuwandeln, wobei *jede einzelne* Umwandlungsstrafe die Höchstdauer von drei Monaten erreichen darf.

Art. 49 ch. 3 CPS. Lorsque plusieurs amendes ont été prononcées, chacune d'entre elles doit être convertie en une peine d'arrêts distincte ; chacune des peines ainsi fixées par conversion peut atteindre le maximum de trois mois.

Art. 49 cifra 3 CPS. Quando sono state pronunciate più multe, ciascuna di esse dev'essere commutata in una pena d'arresto distinta e ciascuna pena così commutata non può eccedere i tre mesi.

A. — Alfred Herzig wurde am 19. März 1940 von der Oberzolldirektion in Anwendung von Art. 74 Ziff. 1 und 2 des Zollgesetzes mit Fr. 1108.80 und am 16. April 1940 von der Alkoholverwaltung in Anwendung des Art. 53 des Alkoholgesetzes mit Fr. 2498.43 gebüsst, weil er Cognac in die Schweiz geschmuggelt hatte. Die letztgenannte Busse ist vollständig ungedeckt, und von der Zollbusse sind noch Fr. 706.25 ausstehend.

Am 29. April 1942 wandelte das Polizeigericht von Basel-Stadt beide in zusammen drei Monate Haft um.

Auf Appellation der Zollkreisdirektion Schaffhausen bestätigte das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt dieses Urteil am 22. Juli 1942.

B. — Mit der vorliegenden rechtzeitigen Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Bundesanwalt, das Urteil des Appellationsgerichts sei aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er ist der Auffassung, jede der beiden Bussen hätte in eine besondere Haftstrafe umgewandelt werden sollen, die Zollbusse in 71 Tage und die Busse wegen Widerhandlung gegen das Alkoholgesetz in drei Monate Haft.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

Das Appellationsgericht nahm an, der Beschwerdegegner sei zwar zu Recht mit zwei Bussen belegt worden und

könnte auch unter neuem Recht nicht zu einer Gesamtbusse verurteilt werden, weil Art. 333 StGB die von Art. 68 StGB abweichende Sonderregelung der Art. 85 Abs. 2 Zollgesetz und Art. 57 Abs. 2 Alkoholgesetz vorbehalte, doch gelte gemäss Art. 398 lit. d StGB für die Umwandlung der Bussen neues Recht, und dieses wolle, dass der Gebüsste infolge der Umwandlung nicht schlechter gestellt sei, als wenn ihm von Anfang an statt der Busse eine Freiheitsstrafe auferlegt worden wäre. Die in Umwandlung der Bussen auszusprechende Haft müsse daher Gesamtstrafe im Sinne des Art. 68 StGB sein.

Diese Überlegung würde voraussetzen, dass der Beschwerdegegner wenn er von Anfang an Freiheitsstrafen verwirkt hätte, zu einer Gesamtstrafe hätte verurteilt werden müssen. Dies wäre indessen nicht zulässig gewesen und wäre es auch heute nicht. Art. 85 Abs. 2 des Zollgesetzes und Art. 57 Abs. 2 des Alkoholgesetzes, welche gemäss Art. 333 Abs. 1 StGB als Sondervorschriften noch heute gelten, schliessen in Abweichung von Art. 68 StGB (früher Art. 33 BStrR) die Verurteilung zu einer Gesamtstrafe nicht nur bei Verwirkung von Bussen, sondern auch bei Verwirkung von Freiheitsstrafen aus. Der Beschwerdegegner wird daher durch die getrennte Umwandlung jeder Busse in Haft nicht schlechter gestellt, als wenn er von Anfang an zu Haft verurteilt worden wäre.

Richtig ist, dass für die Umwandlung der Geldbussen seit 1. Januar 1942 neues Recht gilt (Art. 398 Abs. 2 lit. d StGB). Nun bestimmt aber weder Art. 49 noch sonst eine Vorschrift des StGB, anlässlich der Umwandlung sei Art. 68 StGB anzuwenden. Auch eine bloss analoge Anwendung dieser Bestimmung kommt nicht in Frage. Andernfalls müsste nicht nur bei Umwandlung mehrerer Einzelbussen, sondern auch bei Umwandlung einer von Anfang an als Gesamtbusse ausgefallten, aber — wie Art. 68 Ziff. 1 Abs. 2 StGB es will — nach dem Zusammenrechnungsprinzip berechneten Geldbusse nachträglich das bei Bemessung von Freiheitsstrafen geltende Schärfungs-

prinzip (Art. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) angewendet werden. Dies würde eine Neuüberprüfung der Schwere der begangenen Verfehlungen voraussetzen und mit Art. 49 Ziff. 3 Abs. 3 StGB, wonach die Umwandlung der Busse in Haft rein rechnerisch erfolgen soll, im Widerspruch stehen. Selbst wenn aber um des Schärfungsprinzips willen Art. 68 StGB bei Umwandlung von Geldbussen grundsätzlich analog angewendet werden müsste, dürfte dies doch im vorliegenden Sonderfall nicht geschehen, weil das Schärfungsprinzip vom Gesetz überhaupt nicht gewollt ist, wenn sich jemand sowohl gegen das Zoll- als auch gegen das Alkoholvergesetz vergeht.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 22. Juli 1942 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

23. Urteil des Kassationshofes vom 30. Oktober 1942 i. S. Lienert gegen Schwyz Staatsanwaltschaft.

Art. 335 Ziff. 1 Abs. 1 StGB: Die Kantone sind nicht befugt, die einfache Unzucht mit Strafe zu bedrohen; § 11 der schwyzerischen Verordnung über das Verfahren im Vaterschaftsprozess ist bundesrechtswidrig.

Art. 335, ch. 1, al. 1 CP: Les cantons n'ont pas le droit de frapper d'une peine la simple débauche; le § 11 de l'ordonnance schwyzoise sur la procédure en matière de recherche de paternité est contraire au droit fédéral.

Art. 335, cifra 1, cp. 1 CPS: I cantoni non hanno la facoltà di colpire con una pena gli atti di semplice libidine; il § 11 dell'ordinanza svizzera sulla procedura nelle cause di paternità è contrario al diritto federale.

4 — Auf Grund ihres Geständnisses steht fest, dass Fräulein O. und der Beschwerdeführer, im November oder Dezember 1941, geschlechtlich miteinander verkehrt haben. Deswegen wurden sie durch Urteil des Bezirksgerichtes Einsiedeln vom 24. März 1942 gestützt auf § 11 der Ver-

ordnung über das Verfahren in Vaterschaftssachen und § 1 EG zum StGB der einfachen Unzucht schuldig erklärt und mit je 20 Fr. gebüsst. Die Berufung des Beschwerdeführers gegen dieses Urteil hat das Kantonsgericht Schwyz mit Urteil vom 28. Mai 1942 abgewiesen. Dem Einwand des Angeklagten, dass das StGB die einfache Unzucht nicht mehr unter Strafe stelle, infolgedessen als das mildere im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StGB anwendbar sei, hält das Urteil entgegen, dass gemäss Art. 335 Abs. 1 StGB den Kantonen die Gesetzgebung über das Übertretungsstrafrecht insoweit vorbehalten sei, als es nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung bilde. Nach dieser klaren und eindeutigen Bestimmung seien die Kantone befugt, alle diejenigen Tatbestände, welche nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung sind, als Übertretungen zu qualifizieren und unter Strafe zu stellen. Die einfache Unzucht sei nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung, denn sie sei im Bundesrecht gar nicht erwähnt. Die Regelung der Übertretungen gegen die Sittlichkeit im StGB sei nicht erschöpfend.

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beschwerdeführer rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts erklärt, in der er geltend macht, dass der Tatbestand der einfachen Unzucht Gegenstand der Bundesgesetzgebung sei, und zwar in dem Sinne, dass er straffrei bleibe. Diese Meinung des Gesetzgebers ergebe sich auch zweifelsfrei aus den Materialien.

Die Staatsanwaltschaft beantragt Abweisung der Beschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

Im Urteil vom 15. Mai 1942 i. S. Marie X hat der Kassationshof ausgesprochen, dass die Kantone nicht schon dann befugt sind, einen bestimmten Tatbestand als Übertretung zu erklären, wenn er nicht vom eidgenössischen Recht unter Strafe gestellt ist. Die Nichtaufnahme eines Tatbestandes kann bedeuten, dass er überhaupt straflos bleiben muss, also auch nicht als kantonale Übertretung