

Vgl. auch Nr. 21. — Voir aussi n° 21.

I. STRAFGESETZBUCH

CODE PÉNAL

28. Urteil des Kassationshofes vom 15. Oktober 1942 i. S. Stübi gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau.

1. Art. 2 Abs. 2 StGB. Auf eine vor dem Inkrafttreten des StGB begangene, aber erst nach diesem Zeitpunkt beurteilte Tat darf nicht teilweise altes und teilweise neues Recht angewendet werden.
2. Ist die Tat nach neuem Recht unter einem andern Gesichtspunkt strafbar als nach altem Recht, so wirkt das neue Recht trotzdem zurück, wenn es für den Täter milder ist.
3. Art. 213 Abs. 1, Art. 191 Ziff. 1 StGB. Blutschande und Unzucht mit Kindern können in Idealkonkurrenz begangen werden.

1. Art. 2 al. 2 CPS. On ne peut appliquer pour partie le droit ancien, pour partie le droit nouveau à l'acte commis avant l'entrée en vigueur du CPS, mais soumis à jugement après cette date.
2. Lorsque l'acte est punissable d'après le nouveau droit sous un autre aspect que d'après l'ancien, le droit nouveau a cependant effet rétroactif s'il est plus favorable à l'inculpé.
3. Art. 213 al. 1, 191 ch. 1 CPS. Il peut y avoir concours idéal entre l'inceste et l'attentat à la pudeur des mineurs.

1. Art. 2 cp. 2 CPS. Ad un reato commesso prima che entrasse in vigore il CPS, ma giudicato dopo questa data, non si può applicare in parte il vecchio diritto e in parte il nuovo diritto.
2. Se il reato è punibile giusta il nuovo diritto sotto un altro aspetto che secondo il vecchio diritto, il nuovo diritto ha tuttavia effetto retroattivo quando sia più favorevole all'imputato.
3. Art. 213 cp. 1, 191 cifra 1 CPS. Può esistere concorso ideale tra l'incesto e gli atti di libidine su fanciulli.

A. — Das Kriminalgericht des Kantons Aargau erklärte Fridolin Stübi am 24. Juli 1942 der vorsätzlichen Tötung (Art. 111 StGB), der Anstiftung zu Kindstötung (Art. 26, 111 StGB), der versuchten Abtreibung (Art. 21, 22, 119 StGB) und der Blutschande im Sinne der §§ 94 und 95 aarg. PStG schuldig und verurteilte ihn gemäss Art. 111 und 68 StGB zu zehn Jahren Zuchthaus. Die Schuldigerklärung wegen Blutschande erfolgte, weil der Angeklagte

am 30. August 1937 mit seiner noch nicht sechzehn Jahre alten aber geschlechtsreifen Schwester den Beischlaf vollzogen hatte. Das Gericht nahm an, die Strafverfolgung hierfür sei trotz Art. 213 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 337 StGB nicht verjährt, weil diese Tat nach neuem Recht ausser den Merkmalen der Blutschande (Art. 213 StGB) auch jene der Unzucht mit Kindern (Art. 191 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) aufweise. §§ 94 und 95 aarg. PStG seien für den Angeklagten milder als Art. 191 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.

B. — Mit rechtzeitiger Nichtigkeitsbeschwerde beantragt Fridolin Stübi, das Urteil sei aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, mit der Auflage, Art. 213 StGB anzuwenden und die Strafe um drei Jahre herabzusetzen. Er macht geltend, da im Beischlaf mit der Schwester nach altem Recht nur das Verbrechen der Blutschande, nicht auch das der Unzucht mit Kindern liege, sei die Bestrafung nach neuem Recht wegen Unzucht mit Kindern zum vornherein unzulässig. Die Frage, ob das neue Recht für ihn milder sei, dürfe daher nur auf Grund des Art. 213 StGB über Blutschande entschieden werden. Diese Frage sei zu bejahen, nicht nur weil Art. 213 StGB die zweijährige Verjährungsfrist vorsehe, sondern auch weil diese Bestimmung mildere Strafen androhe als §§ 94 und 95 aarg. PStG.

C. — Der Staatsanwalt des Kantons Aargau beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde. Seine Auffassung deckt sich mit derjenigen der Vorinstanz.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Wer vor dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches ein Verbrechen oder Vergehen verübt hat, wird grundsätzlich nach altem Recht beurteilt. Eine Ausnahme gilt, wenn die Beurteilung nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts erfolgt und dieses für den Täter das mildere ist (Art. 2 StGB).

Die Frage, ob dies der Fall sei, ist so zu entscheiden, dass auf die Tat sowohl das alte als auch das neue Recht angewendet und durch Vergleichung der Ergebnisse fest-

gestellt wird, nach welchem Recht der Täter besser wegkommt (BGE 68 IV 34). Der Beschwerdeführer geht anders vor. Die Frage, welches Verbrechen er begangen habe, möchte er nach altem Recht entscheiden, die Frage, ob und wie er hierfür bestraft werden müsse, dagegen nach neuem Recht. So käme man zu einem Ergebnis, welches nur durch eine kombinierte Anwendung alten *und* neuen Rechts möglich wäre, während Art. 2 StGB die Anwendung entweder des alten *oder* des neuen Rechts will. Ist die Tat nach neuem Recht unter einem Gesichtspunkt strafbar, unter dem sie es nach altem Recht nicht wäre, so wirkt das neue Recht trotzdem zurück, wenn es für den Täter milder ist als das alte. Es liegt im Begriff der Rückwirkung, dass sich der Täter nach einem Recht beurteilen lassen muss, das zur Zeit der Tat noch nicht galt.

2. — Der Beschwerdeführer hat durch den Beischlaf mit seiner Schwester eine einzige Tat begangen, aber bei Anwendung des neuen Rechts zwei Gesetzesbestimmungen, jene über Blutschande und jene über Unzucht mit Kindern, verletzt. Diese Verbrechen stehen miteinander nicht im Verhältnis der Gesetzes-, sondern der Idealkonkurrenz. Art. 213 StGB erfasst die Tat nur als Beischlaf zwischen Geschwistern, Art. 191 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nur als Beischlaf mit einem Kinde unter sechzehn Jahren. Dass nicht Gesetzeskonkurrenz vorliegt, geht aus Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 hervor, wonach Unzucht mit dem eigenen Kind oder Grosskind unter sechzehn Jahren schärfer bestraft wird als Unzucht mit einem anderen Kinde dieser Altersstufe. Diese Vorschrift hätte keinen Sinn, wenn Beischlaf mit Blutsverwandten unter sechzehn Jahren nur als Blutschande zu bestrafen wäre. Auch Art. 213 Abs. 2 StGB spricht gegen eine Gesetzeskonkurrenz. Diese Bestimmung sieht eine Strafschärfung lediglich vor für Blutschande mit einem unmündigen aber mehr als sechzehn Jahre alten Verwandten gerader Linie. Wollte man nur auf Art. 213 StGB abstellen, so stünde der Beischlaf mit einem nicht über sechzehn Jahre alten Verwandten gerader Linie unter

milderer Strafdrohung als der Beischlaf mit einem Verwandten gerader Linie im Alter von über sechzehn aber noch nicht zwanzig Jahren. Die Strafschärfung des Art. 213 Abs. 2 wurde auf den Beischlaf mit Verwandten dieser Altersstufe beschränkt, weil Beischlaf mit Verwandten unter sechzehn Jahren ausser als Blutschande auch als Unzucht mit Kindern bestraft werden muss.

Nach neuem Recht müsste der Beschwerdeführer daher, auch nachdem die Strafverfolgung wegen Blutschande verjährt ist, wegen Unzucht mit einem Kinde bestraft werden. Dass er in diesem Falle milder bestraft würde, als es in Anwendung der kantonalen Vorschriften über Blutschande geschehen ist, behauptet er mit Recht selber nicht.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

29. Urteil des Kassationshofes vom 20. November 1942

i. S. Schmid gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

Entwendung; Art. 138 Abs. 1 StGB.

1. Entwendung setzt nicht voraus, dass die Tat *spontan* begangen werde.
2. Ob der Wert der Sache gering genug sei, um die Tat als Entwendung zu behandeln, entscheidet sich nach den objektiven und subjektiven Umständen des einzelnen Falles.
3. Bei wiederholter Tat ist der Wert der entwendeten Sachen nicht zusammenzuzählen. Aus der Wiederholung dürfen aber Rückschlüsse auf die Absicht des Täters gezogen werden.

Larcins, art. 138 al. 1 CPS.

1. Le larcin ne présuppose pas que l'auteur ait agi d'une manière *spontanée*.
2. Ce sont les circonstances objectives et subjectives du cas particulier qui décident si la chose est d'assez peu de valeur pour que l'acte soit traité comme larcin.
3. Il n'y a pas lieu, si l'acte est réitéré, d'additionner la valeur des choses soustraites. La réitération autorise en revanche le juge à tirer des conclusions quant à l'intention de l'auteur.

Sottrazioni di piccola entità, art. 138 cp. 1 CPS.

1. Questo reato non presuppone che l'autore abbia agito *spontaneamente*.

2. Determinanti per decidere se la cosa è di valore tale da far ammettere una sottrazione di poca entità sono le circostanze oggettive e soggettive del caso particolare.
3. In caso di atti ripetuti, il valore delle cose sottratte non dev'essere sommato. La ripetizione autorizza però il giudice a trarre conclusioni relative all'intenzione dell'autore.

A. — Der Schauspieler Edwin Schmid, welcher wegen Krankheit und zeitweiliger Arbeitslosigkeit von der Armenbehörde periodisch unterstützt wurde und unterernährt war, entwendete am 19. Juni 1942 in einer Badanstalt in Zürich aus abgelegten Kleidern einen Geldbeutel im Werte von etwa Fr. 10.— mit Fr. 3.— Bargeld, einem Lotterielos im Werte von Fr. 5.— und verschiedenen Rationierungscoupons und am 1. Juli 1942 in einer anderen Badanstalt in Zürich aus abgelegten Kleidern zweier Badegäste zwei Geldbeutel, den einen im Werte von Fr. 2.— mit Fr. 5.20 Bargeld, den andern im Werte von Fr. 3.— mit Fr. 23.78 Bargeld und verschiedenen Rationierungscoupons.

B. — In Bestätigung des Urteils des Einzelrichters des Bezirksgerichts Zürich erklärte die Kammer III A des Obergerichts des Kantons Zürich Edwin Schmid am 3. September 1942 des Diebstahls schuldig und verurteilte ihn in Anwendung von Art. 137 Ziff. 1 StGB zu acht Tagen Gefängnis. Die Voraussetzungen des Art. 138 StGB, dessen Anwendung mangels Strafantrags der Verletzten zum Freispruch des Angeklagten geführt hätte, hielt sie nicht für erfüllt, weil der Angeklagte, obschon er in einer Notlage gewesen sei, nicht spontan aus Not gehandelt habe, sondern planmässig vorgegangen sei. Es gehe dies daraus hervor, dass er in zwei verschiedenen Badanstalten insgesamt drei Personen bestohlen und, wie zugegeben, schon öfters den Gedanken gehabt habe, in Badanstalten zu stehlen. Ferner sei er schon am 1. Juni 1938 vom Amtsgericht Bern wegen Diebstahls zu einer bedingt erlassenen Korrekthausstrafe von sechs Monaten verurteilt worden, unter Auferlegung einer vierjährigen Probezeit, weil er dem Leiter einer Schauspielergruppe den Geldbeutel samt Inhalt