

conception, seul peut être tenu pour coauteur d'un délit celui qui a lui-même accompli un acte d'exécution.

Cependant, c'est sur un autre terrain que l'on doit se placer pour l'application du CP. Le CP ne définit pas le coauteur, mais il s'inspire d'une conception subjective — et non objective — de la participation (cf. ZÜRCHER, rapporteur de la 2<sup>e</sup> commission d'experts de l'avant-projet de CP, procès-verbal, p. 167 ; cf. aussi, notamment, STOSS, Grundzüge I 226, 236 et GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, pp. 79 s.). D'après cette conception, dans laquelle on prend avant tout en considération l'intensité de la volonté coupable, on doit considérer comme un coauteur celui qui, sans accomplir nécessairement des actes d'exécution, participe et s'associe à la décision dont est issu le délit, ou à la réalisation de celui-ci, dans des conditions et dans une mesure qui le font apparaître comme un participant non pas secondaire, mais principal. A la différence du complice, qui veut seulement prêter assistance à l'infraction d'autrui, le coauteur accepte de jouer un rôle de premier plan. Il est pour ainsi dire prêt à tout faire pour que l'infraction soit consommée.

Or, comme l'a rappelé la Cour de cassation vaudoise, tous les accusés s'étaient mis d'accord pour dépouiller la victime de son argent. « Il fut entendu entre les cinq accusés que cet argent serait prélevé et gardé », c'est-à-dire volé. Les cinq accusés ont tous voulu prendre son argent à la victime. Dès lors, ils sont coauteurs du vol, qu'ils aient ou non pris part à l'exécution proprement dite. Peu importe que, comme l'a retenu le jugement de première instance, il ne soit « pas établi que l'appât d'un gain possible ait eu une influence décisive chez Vallotton » et que celui-ci n'ait « envisagé qu'accessoirement la possibilité de recueillir de l'argent » pour lui-même.

**22. Urteil des Kassationshofes vom 25. Juni 1943  
i. S. Horvath gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.**

*Art. 42 Ziff. 1 StGB.*

Nicht schon, wer zahlreiche Verbrechen oder Vergehen begangen, sondern nur, wer zahlreiche Freiheitsstrafen verbüsst hat, darf verwahrt werden. Drei solcher Strafen genügen nicht.

*Art. 42 ch. 1 CP.*

Pour motiver le renvoi dans une maison d'internement, il ne faut pas seulement avoir commis de nombreux crimes ou délits, mais avoir déjà subi de nombreuses peines privatives de liberté. Trois peines de cette nature ne suffisent pas.

*Art. 42 cifra 1 CP.*

Per essere collocato in una casa d'internamento non basta aver commesso numerosi crimini o delitti, ma occorre aver subito numerose pene privative della libertà personale. Tre siffatte pene non sono sufficienti.

A. — Josef Horvath hat bisher folgende vom Obergericht des Kantons Zürich ausgefallte Freiheitsstrafen erstanden :

a) gemäss Urteil vom 29. März 1928 ein Jahr und drei Monate Arbeitshaus wegen wiederholten einfachen Betruges und Versuchs zu einfachem Betrug ;

b) gemäss Urteil vom 21. Februar 1935 zwei Jahre Arbeitshaus wegen wiederholten einfachen Betruges und Unterschlagung ;

c) gemäss Urteil vom 27. Mai 1938 sechs Monate Arbeitshaus wegen einfachen Betruges.

B. — Am 18. März 1943 verurteilte das Obergericht des Kantons Zürich Josef Horvath wegen wiederholten Betruges und wiederholter Veruntreuung zu zwei Jahren und sechs Monaten Zuchthaus und ordnete an, dass er gestützt auf Art. 42 StGB auf unbestimmte Zeit zu verwahren sei ; die Verwahrung trete an Stelle der Strafe. Ferner stellte es den Verurteilten gemäss Art. 52 Ziff. 1 Abs. 3 StGB für die Dauer von zehn Jahren in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ein.

Das Gericht begründete die Verwahrung damit, dass der Verurteilte zwar erst drei Freiheitsstrafen erlitten habe, dass aber jede dieser Vorstrafen für eine ganze Reihe straf-

barer Handlungen ausgesprochen worden sei. Es könne deshalb davon ausgegangen werden, es lägen im Sinne des Art. 42 StGB zahlreiche Freiheitsstrafen vor. Die bisherigen Arbeitshausstrafen hätten den Verurteilten nicht gebessert. Die Verwahrung habe den Sinn, dann angewendet zu werden, wenn bisher verbüsste Freiheitsstrafen wirkungslos geblieben seien. Horvath sei ein Berufsverbrecher. Er benütze den Handel mit Bildern, Schmuck und Wechseln zur Verübung strafbarer Handlungen. Er habe einen Hang zu Verbrechen und Vergehen. Überdies sei er liederlich; er halte sich meistens in Wirtschaften auf.

C. — Mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde ficht Horvath dieses Urteil insoweit an, als es den Vollzug der Zuchthausstrafe durch die Verwahrung ersetzt hat. Er macht geltend, die drei verbüssten Freiheitsstrafen seien nicht « zahlreiche » im Sinne des Art. 42 StGB. Auf die Vielheit der begangenen Handlungen komme es nicht an. Allenfalls werde bestritten, dass die materiellen Voraussetzungen der Verwahrung vorhanden seien er, der Beschwerdeführer, sei weder Gewohnheitsverbrecher noch liederlich und arbeitsscheu.

D. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich beantragt Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung der Verwahrung. Horvath habe nicht zahlreiche Freiheitsstrafen im Sinne des Art. 42 StGB verbüsst. Werde die Verwahrung aufgehoben, so sei auch die Dauer der Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit neu festzusetzen.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung :*

1. — Nach Art. 42 StGB setzt die Verwahrung unter anderem voraus, dass der Verurteilte wegen Verbrechen oder Vergehen schon zahlreiche Freiheitsstrafen (de nombreuses peines privatives de liberté, molte pene private della libertà personale) verbüsst hat.

Die deutsche Fassung des Entwurfes von 1918 (Art. 40) hatte in Anlehnung an die Vorentwürfe von « vielen »

erstandenen Freiheitsstrafen gesprochen, während die französische Fassung schon damals auf « nombreuses » lautete. In der nationalrätlichen Kommission (Protokoll der II. Session, 4. Sitzung, S. 5) wurde beantragt, « mehrere » für « viele » zu setzen, desgleichen in der ständerätlichen Kommission (Protokoll der II. Session, 1. Sitzung, S. 23). Der Antrag wurde abgelehnt. Die ständerätliche Kommission ersetzte bei diesem Anlass « viele » durch « zahlreiche », um die Übereinstimmung mit dem französischen Text herzustellen. Diese Fassung wurde auch vom Nationalrat angenommen. Im Ständerat wurde dann die Frage wieder aufgeworfen, ob nicht doch besser « mehrere » gesagt würde, da schon mehrere, nicht erst zahlreiche Freiheitsstrafen genügen könnten, um den Hang zum Verbrechen nachzuweisen (Sten. Bull. StR 1931 S.291). Die Frage wurde an die Kommission zurückgewiesen. Weder diese noch der Rat haben sich jedoch ausdrücklich wieder damit befasst, und so blieb es beim Worte « zahlreiche », das damit in das Gesetz eingegangen ist.

Wo die untere Grenze der erforderlichen zahlreichen Freiheitsstrafen liegt, kann hier dahingestellt bleiben, denn zweifellos sind drei Vorstrafen an sich nicht « zahlreiche » im Sinne des Gesetzes. Sie sind es auch dann nicht, wenn sie, wie im vorliegenden Fall die beiden ersten, als Gesamtstrafen ausgesprochen worden sind. Auch eine solche zählt nur als eine einzige Strafe; die mehreren strafbaren Handlungen, welche sie sühnt, machen sie nicht zu einer Mehrheit von Strafen. Der Sinn der Gesamtstrafe ist gerade der, die Sühne für die einzelnen Handlungen in einer einzigen, wenn auch mit Rücksicht auf die Mehrheit der Delikte verschärften Strafe zusammenzufassen. Folglich bleibt es dabei, dass der Beschwerdeführer nur drei Freiheitsstrafen verbüsst hat.

2. — Das Erfordernis der Verbüsung zahlreicher Freiheitsstrafen kann nicht durch das Erfordernis der Begehung zahlreicher Verbrechen und Vergehen ersetzt werden. Grund der Verwahrung ist die Unverbesserlichkeit des

Täters. Wann solche angenommen werden kann, sagt das Gesetz abschliessend selber. In der Verbüssung einer Freiheitsstrafe erblickt es eine Mahnung und Warnung an den Verurteilten. Damit zur Verwahrung geschritten werden kann, müssen zahlreiche solcher Mahnungen und Warnungen ergangen und wirkungslos geblieben sein. In diesem Sinne umschreibt die Botschaft zum Entwurf von 1918 die zu Verwährenden als « Leute schwachen Charakters, die jeder Tatkraft ernstestrebens bar, keiner Versuchung zu widerstehen vermögen und dadurch, dass sie immer und immer wieder vor den Strafrichter kommen, ein Spiel mit der Strafrechtspflege spielen, das sie ihres ernstestrebens Charakters zu entkleiden droht ». Dass das Gesetz nur den verwahrt wissen will, an welchem zahlreiche Strafen wirkungslos geblieben sind, nicht auch den, der bloss zahlreiche Verbrechen oder Vergehen begangen hat, ergibt sich auch daraus, dass es die *Verbüssung* der Strafen voraussetzt. Die Zahl der strafbaren Handlungen könnte zu Gunsten der Verwahrung höchstens dann ins Gewicht fallen, wenn die dafür erstandenen Strafen auf der Grenze zwischen « mehreren » und « zahlreichen » lägen. Das ist aber bei bloss drei verbüssten Freiheitsstrafen nicht der Fall. Die von der Vorinstanz angeordnete Verwahrung ist daher aufzuheben, was dazu führt, dass die Zuchthausstrafe vollzogen werden muss.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, die im Urteil der Kammer III A des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 18. März 1943 ausgesprochene Verwahrung und die auf zehn Jahre verfügte Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit werden aufgehoben, und die Sache wird zu neuer Festsetzung der Dauer der Einstellung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**23. Urteil des Kassationshofes vom 16. Juli 1943**  
i. S. Bieri gegen Baudirektion II der Stadt Bern.

1. Art. 72 Ziff. 1 StGB sagt abschliessend, wann die Verfolgungsverjährung ruht.
  2. Die Verfolgungsverjährung läuft nach Einlegung eines suspensiv wirkenden Rechtsmittels weiter.
1. Il n'y a suspension de la prescription que dans le cas prévu par l'art. 72 ch. 1 CP.
  2. Le délai de prescription de la poursuite pénale ne cesse pas de courir après le dépôt d'un recours doté d'effet suspensif.
1. L'art. 72, cifra 1 CP, stabilisce in modo completo quando la prescrizione è sospesa.
  2. Il termine di prescrizione dell'azione penale continua a correre dopo l'inoltro di un gravame avente effetto sospensivo.

A. — Alfred Bieri, Miteigentümer einer Liegenschaft in Bern, wurde am 1. März 1940 von der Baudirektion II der Stadt Bern aufgefordert, bis zum 30. April 1940 im Hause einen Luftschutzraum einzurichten. Da er dieser Aufforderung nur in ungenügender Weise nachkam, setzte ihm die Baudirektion am 10. Juli 1941 zur Behebung der Mängel Frist bis zum 26. Juli 1941, die sie in der Folge bis 13. August 1941 verlängerte. Bieri kehrte jedoch nichts vor. Erst am 13. Januar 1942 setzte er sich mit seinem Architekten in Verbindung und gab dann Auftrag zur Ausführung der Ergänzungsarbeiten. Diese wurden wegen Materialmangels und wegen Beanstandung durch die Baudirektion erst anfangs Juni 1942 abgeschlossen.

B. — Auf Anzeige der Baudirektion II als Vertreterin der Einwohnergemeinde Bern wurde Bieri durch den Gerichtspräsidenten IV von Bern am 17. Juni 1942 wegen fahrlässiger Widerhandlung gegen die Vorschriften betreffend bauliche Massnahmen für den Luftschutz mit hundert Franken gebüsst.

Gegen dieses Urteil appellierte die Baudirektion II an die Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Bern. In der oberinstanzlichen Verhandlung vom 19. August 1942 bestritt der Generalprokurator des Kantons Bern die Legitimation der Baudirektion zur Appellation. Am 19. Ok-