

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 Jugendrechtspflegengesetzes 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 Jugendrechtspflegengesetz 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

nicht der Sühne, sondern ausschliesslich der Erziehung und Fürsorge. Die Einweisung in eine Erziehungsanstalt ist daher keine Strafe. Sie wird nicht nach der Schwere der Tat und der Schuld des Täters bemessen, sondern seiner Erziehungsbedürftigkeit angepasst. Ihre Dauer wird auch nicht zum voraus festgesetzt, sondern richtet sich nach der Entwicklung des Zöglings während des Vollzugs (Art. 91 Ziff. 1 StGB). Die Massnahme kann auch jederzeit durch eine andere ersetzt werden (Art. 93 StGB). Dies gilt nicht nur für die Einweisung in eine Erziehungsanstalt, sondern auch für die anderen gegenüber Minderjährigen vorgesehenen Massnahmen. Wenn eine solche anzuordnen ist, fragt es sich daher nicht, welches Gesetz das mildere sei, sondern, wenn überhaupt ein Vergleich gezogen werden müsste, könnte die Frage nur lauten, welches von beiden Gesetzen die zweckmässigere Massnahme ermögliche. Art. 2 Abs. 2 StGB ist daher im vorliegenden Falle nicht anwendbar.

Dass diese Bestimmung nur für die Verhängung von Strafen gilt, haben auch die Berichterstatter in den eidgenössischen Räten hervorgehoben, wobei sie allerdings an den Gegensatz zwischen Strafe und sichernden Massnahmen im Sinne der Art. 42 ff. StGB gedacht zu haben scheinen (AStenBull NatR 1928 73, StR 1931 132). Wenn indessen die Auffassung, dass Art. 2 StGB für die Verhängung sichernder Massnahmen gegenüber Erwachsenen nicht gelte, richtig ist, so trifft sie umso mehr in bezug auf die Massnahmen gegenüber Minderjährigen zu. Im Gegensatz zu diesen Massnahmen setzen die sichernden Massnahmen gegenüber Erwachsenen eine Verurteilung zu einer Strafe voraus und treten an Stelle oder neben die ausgesprochene Strafe. An der letzteren lässt sich eher ermessen, ob das Urteil gegenüber einem Erwachsenen milder oder härter sei. Bei Verhängung einer Massnahme gegen einen Minderjährigen ist eine solche Abwägung nicht möglich.

b) Versagt in diesen Fällen die Regel des Art. 2 Abs. 2

StGB, so fragt es sich, ob nicht, wie der Jugendanwalt des Oberlandes es für richtig hält, Art. 2 Abs. 1 StGB gelte, das neue Recht somit nur zur Anwendung komme, wenn der Minderjährige seine Tat nach dem Inkrafttreten des StGB begangen hat. Diese Auffassung übersieht indessen, dass der Grundsatz der Nichtanwendbarkeit des Gesetzes auf Verbrechen und Vergehen, die vor seinem Inkrafttreten verübt worden sind, selber nur eine Ausnahme von der allgemeinen Regel der Art. 401 Abs. 1 und Art. 400 Abs. 1 StGB ist, wonach das Gesetz am 1. Januar 1942 in Kraft getreten ist und seit diesem Zeitpunkt die strafrechtlichen Bestimmungen der Kantone aufgehoben sind. Diese allgemeine Regel heisst, dass nach dem 1. Januar 1942 grundsätzlich nur noch das neue Recht angewendet werden soll. Die Ausnahme des Art. 2 Abs. 1 besteht nur deshalb, weil es unbillig wäre, ein Verbrechen oder Vergehen nach einem Gesetz zu sühnen, welches zur Zeit der Tat noch nicht galt. Daher wurde diese Ausnahme in Abs. 2 eingeschränkt auf die Fälle, in denen das neue Gesetz für den Täter nicht das mildere ist. Art. 2 Abs. 2 ist bei der Auslegung des Art. 2 Abs. 1 mitzuberücksichtigen. Der ganze Art. 2 kommt nur dann zur Anwendung, wenn jemand *bestraft* werden soll, denn nur in diesem Falle trifft der Gedanke des Gesetzes, dass eine unter altem Recht begangene Tat nicht zum Nachteil des Täters nach neuem Recht gesühnt werden soll, zu. Eine entsprechende Rücksichtnahme auf den Täter ist nicht am Platze, wenn gegen ihn eine sichernde Massnahme im Sinne der Art. 42 ff. oder wegen Minderjährigkeit eine Massnahme nach Art. 89 ff. StGB verhängt werden soll. Solche Massnahmen sieht das Gesetz vor, weil es sie für zweckmässig hält, die Massnahmen gegen Minderjährige ausserdem deshalb, weil sie diesen zum Wohle reichen sollen. Es besteht daher kein Grund, den Täter, welcher vor dem 1. Januar 1942 gefehlt hat, durch ausdehnende Auslegung des Art. 2 Abs. 1 StGB von diesen Massnahmen auszuschliessen.