Art. 350 StGB greift in die Gerichtsbarkeit der Kantone ein, weil der Bundesgesetzgeber der Auffassung war, die Verfolgung und Beurteilung eines Täters durch eine Mehrheit von Gerichten sei unzukömmlich und widerspreche oft auch den Interessen des Beschuldigten. Dieser Gedanke erheischt nicht, dass Art. 350 StGB nur auf Fälle angewendet werde, die materiell nach neuem Recht zu beurteilen sind. Im Gegenteil rechtfertigt er, die Gerichtsstandsbestimmungen des StGB vom 1. Januar 1942 an auch auf Fälle anzuwenden, die materiell noch dem alten Rechte unterstehen.

Diese Auslegung hat den Vorteil, dass die Behörden über die Zuständigkeit entscheiden können, ohne vorerst abklären zu müssen, ob eine Tat nach altem oder neuem Rechte zu beurteilen sei. Im Augenblick, in welchem sich die Frage der Zuständigkeit stellt, ist oft noch zweifelhaft, welches materielle Recht auf eine Tat angewendet werden muss. So kann häufig zu Beginn einer Untersuchung nicht gesagt werden, ob Tatsachen vorliegen, die nach neuem Rechte eine mildere Strafe erwarten liessen als nach altem Rechte, und ob daher materiell neues oder altes Recht anwendbar sei. Die Untersuchung hat unter anderem gerade den Zweck, die Frage abzuklären, ob der Beschuldigte nach neuem oder nach altem Rechte bestraft werden müsse. Jeder Untersuchungsbeamte muss daher vom 1. Januar 1942 an, auch wenn sich schliesslich das neue Recht in einem bestimmten Falle nicht als das mildere herausstellt, die Untersuchung auch unter dem Gesichtspunkte des neuen Rechts führen, um das richtige Urteil zu ermöglichen. Die Gerichtsstandsbestimmungen sind vom Bundesgesetzgeber im Interesse der richtigen Anwendung des materiellen eidgenössischen Rechts aufgestellt worden. Dieses Interesse erheischt, dass die eidgenössischen Gerichtsstandsbestimmungen vom 1. Januar 1942 an auch in den Fällen beachtet werden, in welchen sich schliesslich zeigt, dass sie nach altem Rechte beurteilt werden müssen.

I. STRAFGESETZBUCH

CODE PÉNAL

12. Urteil des Kassationshofes vom 5. Juni 1942 i. S. Walter gegen Generalprokurator des Kantons Bern.

1. Art. 2 StGB. Wenn eine unter altem Recht begangene Tat nach altem Recht durch eine *Massnahme* gesühnt werden muss, während nach neuem Recht eine *Strafe* am Platze wäre, ist altes Recht anwendbar.

2. Einweisung eines sich im Alter von über 18 aber noch nicht 20 Jahren verfehlenden Täters in eine Erziehungsanstalt auf Grund des Art. 35 Abs. 2 des bernischen Jugendrechtspflegegesetzes ist *Massnahme*, nicht *Strafe*.

1. Art. 2 CP. Lorsqu'un acte commis sous l'empire de l'ancien droit a pour sanction une « mesure » en vertu de ce droit et une « peine » en vertu du nouveau droit, c'est l'ancien droit qui est applicable.

2. Constitue une mesure, non une peine, le placement d'un délinquant âgé de plus de 18 ans, mais moins de 20 ans, dans une maison d'éducation, en vertu de l'art. 35 al. 2 de la loi bernoise sur le régime applicable aux délinquants mineurs.

1. Art. 2 CPS. Quando un reato commesso allorchè vigeva il vecchio diritto ha come sanzione una « misura » in virtù di questo diritto e una « pena » in virtù del nuovo diritto, torna applicabile il vecchio diritto.

2. È una misura, non una pena il collocamento di un delinquente di oltre 18 ma di meno 20 anni in una casa di educazione, in virtù dell'art. 35 cp. 2 della legge bernese sui reati dei minorenni.

A. — Am 1. April 1942 wies die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern die am 22. Juni 1922 geborene Helena Walter wegen Diebstahls, Betrugs und Widerhandlung gegen die Verordnung über die Fremdenkontrolle in den Gastwirtschaften, alles begangen in den Monaten September bis November 1941, in Anwendung des Art. 35 Abs. 2 des bernischen Gesetzes über die Jugendrechtspflege auf die Dauer von höchstens zwei Jahren in eine Erziehungsanstalt ein.

B. — Gegen dieses Urteil erklärte Helena Walter rechtzeitig die Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, es

sei aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung und Anwendung des neuen Rechts an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie ist der Auffassung, eine in Anwendung des schweizerischen Strafgesetzbuches ausgesprochene Gefängnisstrafe wäre milder als die Einweisung in eine Erziehungsanstalt auf Grund des kantonalen Rechts und müsse daher gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB den Vorrang erhalten.

C. — Der Generalprokurator des Kantons Bern schliesst auf Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Die Beschwerdeführerin hat ihre strafbaren Handlungen unter altem Recht begangen. Gemäss Art. 2 StGB hätte sie daher nach dem 1. Januar 1942 nur dann nach neuem Recht bestraft werden dürfen und müssen, wenn es für sie das mildere wäre.

Wie der Kassationshof am 15. Mai 1942 i. S. Wüthrich gegen Jugendanwalt des Oberlandes erkannt hat, stellt sich die Frage, welches Recht das mildere sei, nur dann, wenn in Anwendung beider Rechtsordnungen eine *Strafe* ausgesprochen werden müsste, so dass *Strafen* miteinander zu vergleichen sind (BGE 68 IV 36). Ein Vergleich unter dem Gesichtspunkt der Härte oder Milde ist dagegen nicht möglich, wenn Massnahmen der Erziehung, Fürsorge oder Sicherung in Frage stehen, z. B. solche gegenüber Kindern und Jugendlichen. Dies ist nicht nur dann so, wenn, wie im Falle Wüthrich, nach beiden Rechtsordnungen, der alten und der neuen, eine Massnahme verhängt werden müsste, sondern auch dann, wenn nach der einen Rechtsordnung eine Massnahme, nach der andern eine Strafe am Platze wäre. Ist es das neue Recht, welches die Strafe verlangt, während das alte Recht sich mit einer Massnahme begnügt, so muss das alte Recht angewendet werden, weil Art. 2 Abs. 1 StGB verbietet, wegen der unter altem Recht begangenen Tat nach neuem Recht zu strafen.

In der vorliegenden Sache kommt es daher darauf an, ob die von der Vorinstanz verfügte Einweisung in eine Erziehungsanstalt Strafe oder Massnahme sei. Dabei ist nicht entscheidend, wie die Vorinstanz jene Einweisung benennt, sondern ob sie, so wie sie vom kantonalen Recht ausgestaltet ist, die Merkmale des bundesrechtlichen Begriffs der Massnahme oder vielmehr die des bundesrechtlichen Begriffs der Strafe habe.

2. — Die Beschwerdeführerin befand sich zur Zeit ihrer Taten im Übergangsalter von über achtzehn, aber noch nicht zwanzig Jahren. Für Täter dieser Altersstufe sieht das bernische Jugendrechtspflegegesetz in erster Linie Strafen und in besonders geeigneten Fällen Einweisung in eine Erziehungsanstalt auf die Dauer von höchstens zwei Jahren vor. Schon der Umstand, dass das Gesetz die Einweisung in eine Erziehungsanstalt nicht von der Schwere oder Geringfügigkeit der Verfehlung, sondern davon abhängig macht, ob der Fall *geeignet* sei, spricht dafür, dass jene Einweisung keine Strafe ist. Wie gegenüber Kindern und Jugendlichen, sind hier Erziehungsbedürftigkeit und Erziehungsfähigkeit des Angeschuldigten entscheidend für die Einweisung. Dies deutet auch der Name *Erziehungsanstalt* an. Die Einweisung in eine solche ist dem bernischen Strafgesetzbuch fremd; sie ist ein Institut des bernischen Jugendrechtspflegegesetzes, welches in erster Linie Fürsorge und Erziehung und nur in besonderen Fällen die Bestrafung des Fehlbaren will. Wie die Dauer der Massnahmen gegenüber Kindern und Jugendlichen, wird auch die Dauer der Einweisung eines sich im Übergangsalter verfehlenden Angeschuldigten in eine Erziehungsanstalt nicht zum voraus festgesetzt, sondern der Entwicklung und dem Verhalten des Zöglings im Verlaufe seiner Internierung angepasst. Der Sinn des Art. 35 Abs. 2 des bernischen Jugendrechtspflegegesetzes ist der, dass dem sich im Übergangsalter verfehlenden Täter in geeigneten Fällen die gleiche erzieherische Behandlung zuteil werden soll, wie sie gegenüber Jugendlichen möglich

ist. Die Einweisung in eine Erziehungsanstalt auf Grund der genannten Bestimmung hat nicht den Charakter einer Strafe, sondern den einer Massnahme.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

13. Urteil des Kassationshofes vom 3. Juli 1942 i. S. Bragagnolo gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn.

1. — Art. 28 Abs. 5 StGB. Auslegung einer Erklärung des Antragsberechtigten als Verzicht auf den Strafantrag.
2. — Der Verletzte, der auf Bestrafung des Schuldigen verzichtet, verhindert die Bestrafung unter allen rechtlichen Gesichtspunkten, die einen Strafantrag erfordern.
1. — Art. 28 al. 5 CP. Interprétation d'une déclaration du lésé dans le sens d'une renonciation à porter plainte.
2. — La renonciation du lésé à la punition du coupable empêche la condamnation à tous les points de vue juridiques qui requièrent une plainte.
1. — Art. 28 cp. 5 CPS. Interpretazione d'una dichiarazione del leso quale rinuncia a sporgere querela.
2. — La rinuncia del leso alla punizione del colpevole impedisce che quest'ultimo sia punito sotto ogni riguardo, in quanto sia necessaria una denuncia penale.

A. — Am 17. Septembre 1941 reichte Julia Hug gegen Eugen Bragagnolo Strafanzeige ein und beantragte dessen Bestrafung wegen Betruges, weil er sie unter Verschweigung, dass er verheiratet war, zur geschlechtlichen Hingabe und zur Anschaffung einer Aussteuer veranlasst hatte. Das Amtsgericht Olten-Gösgen betrachtete den Tatbestand des Betruges im Sinne des § 156 des solothurnischen Strafgesetzbuches als erfüllt und verurteilte den Angeklagten am 20. Oktober 1941 zu Strafe, Schadenersatz und Genugtuung. Der Verurteilte appellierte an das Obergericht des Kantons Solothurn, worauf er am 16. Februar 1942 mit Julia Hug einen Vergleich abschloss, durch welchen er ihr eine Abfindungssumme bezahlte und Satisfaktion erteilte, während sie « hiemit das Desin-

teressement am hängigen Strafprozess wegen Betrugs » erklärte.

B. — Am 18. Februar 1942 erklärte das Obergericht des Kantons Solothurn Eugen Bragagnolo der boshaften Vermögensschädigung im Sinne des Art. 149 StGB schuldig und verurteilte ihn unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges zu zwei Monaten Haft. Es stellte fest, dass Julia Hug im oberinstanzlichen Urteilstermin erklärt habe, sie wünsche die Bestrafung des Angeklagten und sei nie der Meinung gewesen, er solle straflos ausgehen. Es nahm an, in dieser Erklärung liege ein rechtzeitiger Strafantrag, wie ihn die Verurteilung wegen boshafter Vermögensschädigung gemäss Art. 149 und 339 Ziff. 2 StGB voraussetze.

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende rechtzeitige Nichtigkeitsbeschwerde des Verurteilten. Dieser beantragt, es sei aufzuheben und die Sache zu neuer Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er ist unter anderem der Auffassung, dass kein gültiger Strafantrag vorgelegen habe.

D. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn hat darauf verzichtet, Gegenbemerkungen anzubringen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

Der Beschwerdeführer wurde bis zum Inkrafttreten des schweizerischen Strafgesetzbuches von Amtes wegen verfolgt, weil der Betrug nach solothurnischem Strafrecht nicht Antragsdelikt ist. Die Verurteilung wegen boshafter Vermögensschädigung im Sinne des Art. 149 StGB setzt dagegen einen Strafantrag des Verletzten voraus und durfte daher im vorliegenden Falle nur erfolgen, wenn Julia Hug nach dem Inkrafttreten des StGB binnen drei Monaten Strafantrag stellte und stellen konnte (Art. 339 Ziff. 2 StGB).

Ein solcher Antrag war nur solange möglich, als die Antragsberechtigte nicht ausdrücklich darauf verzichtet hatte (Art. 28 Abs. 5 StGB). Mit Recht erblickt der Be-