

retirée : Par sa déclaration faite devant le juge de première instance, dame Maret s'est bornée à se désister de ses conclusions civiles. Ce désistement n'impliquait nullement une renonciation à la poursuite pénale.

4. — L'affaire doit être renvoyée au juge cantonal pour qu'il condamne le recourant, non pas pour vol, mais pour larcin. S'agissant d'une pluralité de délits, il y aura lieu d'aggraver la peine selon l'art. 68 ch. 1 CPS.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

Admet le recours, annule l'arrêt attaqué et renvoie l'affaire au juge cantonal pour que celui-ci se prononce à nouveau dans le sens des motifs.

**20. Urteil des Kassationshofes vom 30. Oktober 1942 i. S. Dr. H. gegen Bern, Staatsanwaltschaft.**

Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB : Massgebend ist, ob die ausgesprochene Gefängnisstrafe nicht mehr als ein Jahr beträgt.

Art. 41, ch. 1, al. 1 CP : Le sursis ne peut être accordé que si la peine d'emprisonnement prononcée n'excède pas un an.

Art. 41, cifra 1, ep. 1 CPS : La sospensione condizionale può essere accordata soltanto se la pena della detenzione inflitta non è superiore ad un anno.

1. — Durch Urteil der ersten Strafkammer des bernischen Obergerichts vom 14. August 1942 ist der Beschwerdeführer wegen gewerbsmässiger Beihilfe zur Abtreibung und fahrlässiger Tötung, begangen vor dem 1. Januar 1942, gestützt auf das bernische Strafgesetz zu 13 Monaten Korrektionshaus abzüglich 2 Monate Untersuchungshaft verurteilt worden, unter Verweigerung des bedingten Strafvollzuges. Bei Anwendung des neuen Rechtes hätte die Vorinstanz, wie sie ausführt, keine mildere Strafe ausgesprochen. Der Beschwerdeführer rügt, dass das Urteil die Frage des bedingten Strafvollzuges nach neuem Recht nicht untersucht habe. Nach dessen Vorschriften hätte er gewährt werden müssen, und mit Rücksicht darauf wäre

gemäss BE 68<sup>IV</sup> 34 das neue Recht als das mildere im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StGB anwendbar gewesen.

2. — Es ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz bei Anwendung des neuen Rechtes keine mildere Strafe ausgesprochen hätte als 13 Monate Korrektionshaus, abzüglich 2 Monate Untersuchungshaft, also auf keinen Fall eine Gefängnisstrafe von weniger als 13 Monaten unter Anrechnung von 2 Monaten Untersuchungshaft. Für eine solche Strafe aber wäre der bedingte Straferlass nach neuem Recht schlechtweg ausgeschlossen gewesen. Denn gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB kann der Richter nur den Vollzug einer Gefängnisstrafe von nicht mehr als einem Jahr aufschieben. Der Beschwerdeführer legt diese Bestimmung offenbar dahin aus, dass die Gefängnisstrafe immer dann aufgeschoben werden könne, wenn deren Vollzug nicht mehr als ein Jahr erfordere, sodass auch eine Gefängnisstrafe von mehr als einem Jahr aufgeschoben werden könne, wenn sie, wie hier, infolge Anrechnung der Untersuchungshaft nicht mehr als 1 Jahr dauere. Eine solche Ordnung liefe auf eine Privilegierung des Verurteilten, der Untersuchungshaft erstanden, vor demjenigen, der hierzu keinen Grund gegeben hat, hinaus und kann vernünftigerweise schon darum nicht der Sinn der Bestimmung sein. Vielmehr ist massgebend, ob die ausgesprochene Gefängnisstrafe nicht mehr als ein Jahr beträgt, wie es der französische und der italienische Text deutlich sagen : En cas de condamnation à une peine d'emprisonnement n'excédant pas un an, le juge pourra..., Il giudice può sospendere l'esecuzione di una condanna alla pena della detenzione non superiore a un anno... Der Gesetzgeber wollte für Taten von nicht übermässiger Schwere den bedingten Strafvollzug gewähren. Und weil die Schwere der Tat in der ausgesprochenen Strafe zum Ausdruck kommt, unterscheidet das Gesetz nach dieser.

*Demnach erkennt der Kassationshof :*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.