

prinzip (Art. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) angewendet werden. Dies würde eine Neuüberprüfung der Schwere der begangenen Verfehlungen voraussetzen und mit Art. 49 Ziff. 3 Abs. 3 StGB, wonach die Umwandlung der Busse in Haft rein rechnerisch erfolgen soll, im Widerspruch stehen. Selbst wenn aber um des Schärfungsprinzips willen Art. 68 StGB bei Umwandlung von Geldbussen grundsätzlich analog angewendet werden müsste, dürfte dies doch im vorliegenden Sonderfall nicht geschehen, weil das Schärfungsprinzip vom Gesetz überhaupt nicht gewollt ist, wenn sich jemand sowohl gegen das Zoll- als auch gegen das Alkoholgesetz vergeht.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 22. Juli 1942 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

23. Urteil des Kassationshofes vom 30. Oktober 1942 i. S. Lienert gegen Schwyz Staatsanwaltschaft.

Art. 335 Ziff. 1 Abs. 1 StGB: Die Kantone sind nicht befugt, die einfache Unzucht mit Strafe zu bedrohen; § 11 der schwyzerischen Verordnung über das Verfahren im Vaterschaftsprozess ist bundesrechtswidrig.

Art. 335, ch. 1, al. 1 CP: Les cantons n'ont pas le droit de frapper d'une peine la simple débauche; le § 11 de l'ordonnance schwyzoise sur la procédure en matière de recherche de paternité est contraire au droit fédéral.

Art. 335, cifra 1, ep. 1 CPS: I cantoni non hanno la facoltà di colpire con una pena gli atti di semplice libidine; il § 11 dell'ordinanza svizzera sulla procedura nelle cause di paternità è contrario al diritto federale.

A — Auf Grund ihres Geständnisses steht fest, dass Fräulein O. und der Beschwerdeführer, im November oder Dezember 1941, geschlechtlich miteinander verkehrt haben. Deswegen wurden sie durch Urteil des Bezirksgerichtes Einsiedeln vom 24. März 1942 gestützt auf § 11 der Ver-

ordnung über das Verfahren in Vaterschaftssachen und § 1 EG zum StGB der einfachen Unzucht schuldig erklärt und mit je 20 Fr. gebüsst. Die Berufung des Beschwerdeführers gegen dieses Urteil hat das Kantonsgericht Schwyz mit Urteil vom 28. Mai 1942 abgewiesen. Dem Einwand des Angeklagten, dass das StGB die einfache Unzucht nicht mehr unter Strafe stelle, infolgedessen als das mildere im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StGB anwendbar sei, hält das Urteil entgegen, dass gemäss Art. 335 Abs. 1 StGB den Kantonen die Gesetzgebung über das Übertretungsstrafrecht insoweit vorbehalten sei, als es nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung bilde. Nach dieser klaren und eindeutigen Bestimmung seien die Kantone befugt, alle diejenigen Tatbestände, welche nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung sind, als Übertretungen zu qualifizieren und unter Strafe zu stellen. Die einfache Unzucht sei nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung, denn sie sei im Bundesrecht gar nicht erwähnt. Die Regelung der Übertretungen gegen die Sittlichkeit im StGB sei nicht erschöpfend.

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beschwerdeführer rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts erklärt, in der er geltend macht, dass der Tatbestand der einfachen Unzucht Gegenstand der Bundesgesetzgebung sei, und zwar in dem Sinne, dass er straffrei bleibe. Diese Meinung des Gesetzgebers ergebe sich auch zweifelsfrei aus den Materialien.

Die Staatsanwaltschaft beantragt Abweisung der Beschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

Im Urteil vom 15. Mai 1942 i. S. Marie X hat der Kassationshof ausgesprochen, dass die Kantone nicht schon dann befugt sind, einen bestimmten Tatbestand als Übertretung zu erklären, wenn er nicht vom eidgenössischen Recht unter Strafe gestellt ist. Die Nichtaufnahme eines Tatbestandes kann bedeuten, dass er überhaupt straflos bleiben muss, also auch nicht als kantonale Übertretung

geahndet werden darf. Ob ein solches qualifiziertes Schweigen vorliegt, hängt im einzelnen Falle davon ab, was vernünftigerweise als Wille des Gesetzgebers angesehen werden muss. Dabei ist von Bedeutung, ob der Bundesgesetzgeber ein bestimmtes strafrechtliches Gebiet überhaupt nicht behandelt, ob er bloss einige wenige Tatbestände daraus unter Strafe gestellt, oder ob er die Materie durch ein geschlossenes System von Normen geregelt hat. In den beiden ersten Fällen bleibt Raum für kantonale Übertretungen, nicht dagegen im letzten, es sei denn, dass der Gesetzgeber ausnahmsweise im geschlossenen System eidgenössischer Strafnormen absichtlich Lücken gelassen habe, um den von Kanton zu Kanton wechselnden Ansichten über die Strafwürdigkeit eines bestimmten Tatbestandes Rechnung zu tragen. Der Kassationshof hat hinsichtlich der gewerbmässigen Unzucht solche Lücke im Titel des StGB über die strafbaren Handlungen gegen die Sittlichkeit verneint und die Zuständigkeit der Kantone, sie als Übertretung unter Strafe zu stellen, ausgeschlossen (BGE 68 IV 40). Das hat natürlich *a fortiori* von der einfachen Unzucht zu gelten; es ist nicht denkbar, dass der eidgenössische Gesetzgeber zwar die gewerbmässige Unzucht straffrei lassen, dagegen die Bestrafung der einfachen Unzucht den Kantonen vorbehalten wollte.

Entfällt aber die Strafbarkeit der einfachen Unzucht nach dem neuen Recht, dann hat dieses als das mildere gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB auf die Beurteilung der vor seinem Inkrafttreten begangenen Unzucht zurückzuwirken.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 28. Mai 1942 aufgehoben und die Sache zur Freisprechung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Vgl. auch Nr. 25. — Voir aussi n° 25.

II. VERFAHREN

PROCÉDURE

24. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 10 septembre 1942 dans la cause Kùchlin contre Ministère public du canton de Vaud.

Le pourvoi en nullité est recevable contre tout jugement de dernière instance cantonale tranchant une question de droit fédéral, même si le jugement ne met pas fin à l'action pénale dans le canton (renvoi par la cour de cassation cantonale au juge de répression, décision d'un point préjudiciel). Art. 268 al. 2 PPF.

Il en est de même quant au prononcé du juge pénal sur l'action civile.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist gegen jedes Urteil der letzten kantonalen Instanz zulässig, welches eine Frage des eidgenössischen Rechts entscheidet, selbst wenn es das kantonale Strafverfahren nicht abschliesst (Rückweisung durch den kantonalen Kassationshof an den Sachrichter, Entscheid einer präjudiziellen Frage). Art. 268 Abs. 2 BStrP.

Gleich verhält es sich in bezug auf den Entscheid des Strafrichters im Zivilpunkt.

Il ricorso in cassazione è ricevibile contro ogni sentenza dell'ultima giurisdizione cantonale che decida una questione di diritto federale, anche se la sentenza non pone fine all'azione penale davanti all'autorità cantonale (rinvio da parte della corte cantonale di cassazione al giudice di merito, decisione di un punto pregiudiziale). Art. 268 cp. 2 PPF.

Lo stesso vale per la sentenza del giudice penale sull'azione civile.

Le Tribunal de police correctionnelle de Lausanne a reconnu Kùchlin coupable d'actes contraires à la pudeur sur des enfants, et l'a, en application de l'art. 191 ch. 2 CPS, condamné à un mois d'emprisonnement avec sursis.

Sur recours du Ministère public, la Cour de cassation du Tribunal cantonal vaudois, estimant que les conditions du sursis n'étaient pas réunies, a annulé ce jugement et renvoyé la cause au Tribunal de police pour fixer à nouveau la mesure de la peine.

Kùchlin s'est pourvu en nullité contre cet arrêt à la Cour de cassation du Tribunal fédéral.