

Vgl. auch Nr. 24 und 27. — Voir aussi nos 24 et 27.

I. STRAFGESETZBUCH

CODE PÉNAL

32. Urteil des Kassationshofes vom 29. Oktober 1943 i. S. Lieberherr gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

1. Art. 2 Abs. 2 StGB. Ist die Tat nach neuem Recht unter einem anderen Gesichtspunkt strafbar als nach altem, so wirkt das neue Recht trotzdem zurück, wenn es für den Täter milder ist (Erw. 1).
 2. Art. 2, 68 StGB, Art. 250 BStrP. Rechtsanwendung beim Zusammentreffen strafbarer Handlungen, von denen die einen vor und die anderen nach dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches begangen worden sind (Erw. 2).
 3. Art. 269 Abs. 1 BStrP. Eidgenössisches Recht ist nicht schon dann verletzt, wenn das angefochtene Urteil in den Erwägungen, sondern nur, wenn es im Ergebnis falsch ist (Erw. 3).
1. Art. 2 al. 2 CP. Lorsque, d'après le nouveau droit, l'infraction est punissable à un autre titre que d'après l'ancien, le droit nouveau a cependant effet rétroactif s'il est plus favorable à l'inculpé (cons. 1).
 2. Art. 2, 68 CP, 250 PPF. Application du droit en cas de concours d'infractions dont les unes ont été commises avant, les autres après l'entrée en vigueur du Code pénal suisse (cons. 2).
 3. Art. 269 al. 1 PPF. Il n'y a pas violation du droit fédéral si le jugement attaqué n'est erroné que dans ses motifs, sans que le résultat en soit faussé (cons. 3).
1. Art. 2 cp. 2 CP. Se, giusta il nuovo diritto, il reato è punibile per un altro titolo che quello previsto dal vecchio diritto, il nuovo diritto ha tuttavia effetto retroattivo, se è più favorevole all' accusato (consid. 1).
 2. Art. 2, 68 CP, 250 PPF. Applicazione del diritto in caso di concorso di reati, alcuni commessi prima, altri dopo l'entrata in vigore del codice penale svizzero (consid. 2).
 3. Art. 269 cp. 1 PPF. Il diritto federale non è violato, se la sentenza impugnata è erronea soltanto nei considerandi, senza che il risultato ne sia falsato (consid. 3).

A. — Anna Lieberherr verging sich in den Jahren 1938 bis 1940 gegen die Pflicht zur ordnungsmässigen Führung der Geschäftsbücher, machte sich im Jahre 1939 eines Betrugsversuchs schuldig, verursachte in den Jahren 1935 bis 1940 durch zahlreiche Fälle von Betrug einen Schaden

von über Fr. 50,000.— und beging im Februar 1943 einen weiteren Betrug.

Das Obergericht des Kantons Zürich, welches am 24. Juni 1943 diese Taten zu beurteilen hatte, wandte auf alle neues Recht an. Es ist der Auffassung, eine Mehrheit von strafbaren Handlungen, von denen die einen vor, die anderen nach dem 1. Januar 1942 begangen worden sind, unterstünden immer dem neuen Recht. Zur Begründung verwies es auf seinen in *BlZür* 41 Nr. 109 veröffentlichten Entscheid. Die Fälle von Betrug aus den Jahren 1935 bis 1940 erachtete das Gericht als « fortgesetzt und gewerbmässig » verübt. Darin, dass das zürcherische Strafgesetzbuch den Begriff des gewerbmässigen Betrages nicht gekannt hat, erblickte es kein Hindernis, auf diese Fälle Art. 148 Abs. 2 StGB anzuwenden, denn diese Norm umschreibe keinen selbständigen Tatbestand, sondern enthalte nur eine Regel für die Strafzumessung. Auf die Tat vom Februar 1943 wandte das Gericht dagegen Art. 148 Abs. 1 StGB an, weil sie auf einem neuen Willensentschluss beruht habe und nicht gewerbmässig begangen worden sei. Den Betrugsversuch unterstellte es den Art. 22 und 148 Abs. 1 StGB und die Unterlassung der Buchführung dem Art. 166 StGB. Es erklärte Anna Lieberherr in diesem Sinne schuldig und verurteilte sie zu 1 $\frac{3}{4}$ Jahren Zuchthaus, wovon 107 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft getilgt, und zu Fr. 100.— Busse und stellte sie auf drei Jahre in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ein.

B. — Mit rechtzeitiger Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Verurteilte die Aufhebung dieses Urteils. Sie macht geltend, die Verurteilung wegen gewerbmässigen Betrages verletze den Grundsatz « keine Strafe ohne Gesetz » (Art. 1 StGB), denn das zürcherische Recht habe im Gegensatz zum schweizerischen Strafgesetzbuch weder den selbständigen Straftatbestand des gewerbmässigen Betrages gekannt, noch die Gewerbmässigkeit beim Betrug als Strafschärfungsgrund behandelt.

C. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich beantragt die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Das angefochtene Urteil verletzt Art 1 StGB nicht. Wie das Bundesgericht wiederholt erkannt hat, ist die Frage, ob das neue Recht für den Täter milder sei (Art. 2 Abs. 2 StGB), so zu entscheiden, dass auf die Tat sowohl das alte als auch das neue Recht angewendet und durch Vergleichung der Ergebnisse festgestellt wird, nach welchem Recht der Täter besser wegkommt. Wenn sich so das neue Recht als das mildere erweist, wirkt es zurück, selbst wenn die Tat dadurch unter einem Gesichtspunkt bestraft wird, unter dem sie nach altem Recht nicht hätte bestraft werden können (BGE 68 IV 130, 69 IV 69, 71). Nichts hängt deshalb davon ab, ob man im vorliegenden Falle Art. 148 Abs 2 StGB als Regel für die Strafzumessung oder den gewerbmässigen Betrug als selbständiges, qualifiziertes Verbrechen bezeichnet.

2. — Die Vorinstanz hat auf die fortgesetzten Fälle von Betrug aus den Jahren 1935 bis 1940 neues Recht nicht deshalb angewendet, weil sie es als das für die Angeklagte mildere betrachtet hätte, sondern weil eine Tat aus dem Jahre 1943 mitbeurteilt worden ist. Sie ist der Meinung, von mehreren gleichzeitig zu beurteilenden strafbaren Handlungen dürften nicht die einen nach altem und die anderen nach neuem Recht beurteilt werden; entweder müsse auf alle das eine oder auf alle das andere angewendet werden. Welches von beiden, könne nicht Art. 2 StGB entnommen werden, denn diese Bestimmung regle nur die Fälle, in denen die strafbaren Handlungen entweder alle vor oder alle nach dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches begangen worden sind. Es sei auf Art. 401 Abs. 1 und 400 Abs. 1 StGB abzustellen, wonach vom 1. Januar 1942 an das Strafgesetzbuch gilt und die kantonalen strafrechtlichen Bestimmungen aufgehoben sind. Die Anwendung kantonalen Rechts auf alle Tat-

bestände wäre sowieso ausgeschlossen, weil das alte Recht keine Nachwirkungen habe. Da die Strafbestimmungen der Kantone aufgehoben seien, liege auch nicht der von Art. 250 BStrP behandelte Fall vor, dass der Richter gleichzeitig Bundesstrafrecht und kantonales Strafrecht anzuwenden habe; diese Bestimmung gelte nur, wo kantonales Recht neben dem Bundesrecht in Kraft ist (vgl. BlZüR 41 Nr. 109).

Diese Auffassung ist unzutreffend, selbst dann, wenn sie mit dem Vorbehalt verbunden wird (vgl. Anmerkung zum zitierten Entscheid), dass neues Recht nur auf Handlungen anwendbar sei, die auch nach altem Recht strafbar wären. Sie hätte zur Folge, dass der Täter für eine unter altem Recht begangene strafbare Handlung selbst dann nach neuem Recht beurteilt würde, wenn es für ihn, was oft zutrifft, das strengere ist. Art. 2 StGB, der eine unter altem Recht begangene strafbare Handlung nur dann nach neuem Recht gesühnt wissen will, wenn es für den Täter milder ist, würde dadurch missachtet. Ein Grund hiezu lässt sich nicht finden. Warum auf mehrere gleichzeitig zu beurteilende strafbare Handlungen durchwegs entweder nur altes oder nur neues Recht sollte angewendet werden müssen, ist nicht ersichtlich. Die Notwendigkeit der Ausfällung einer Gesamtstrafe zwingt nicht dazu. Für Handlungen, von denen die einen dem kantonalen, die anderen dem eidgenössischen Recht unterstehen, ist die Gesamtstrafe in Art. 250 BStrP vorgesehen. Diese Bestimmung gilt nach ihrem Wortlaut immer dann, wenn beim Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen gleichzeitig Bundesstrafrecht und kantonales Strafrecht anzuwenden ist. Ob das wegen des *sachlichen* oder ob es wegen des *zeitlichen* Geltungsbereichs der beiden Rechtsordnungen der Fall ist, macht keinen Unterschied aus.

Für die Bemessung der Gesamtstrafe verweist Art. 250 auf Art. 21 BStrP. Diese Bestimmung ist durch Art. 68 StGB ersetzt (Art. 398 Abs. 2 lit. o StGB). Der Richter hat daher, wie immer bei der Anwendung des Art. 68 StGB,

zu erwägen, mit welcher Einzelstrafe er jede Tat belegen würde. Bei dieser Überlegung hat er Art. 2 StGB zu berücksichtigen. Für die Ermittlung der Einzelstrafen der unter neuem Recht begangenen Taten ist neues Recht anwendbar (Art. 2 Abs. 1 StGB). Für jede der unter altem Recht begangenen Taten ist dagegen sowohl die Einzelstrafe zu ermitteln, welche der Richter nach altem, als auch die, welche er nach neuem Recht aussprechen würde. Ist die des neuen Rechts die mildere, so ist auf sie, andernfalls auf die des alten Rechts abzustellen (Art. 2 Abs. 2 StGB).

Wenn so die massgebenden Einzelstrafen gefunden sind, müssen sie miteinander verglichen werden. Die schwerste von ihnen ist im Sinne des Art. 68 StGB « die Strafe der schwersten Tat ». Sie ist angemessen zu erhöhen, höchstens um die Hälfte des angedrohten Masses. Dabei ist der Richter an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden.

Da indessen das für die schwerste Tat angedrohte Strafmass, wie auch das gesetzliche Höchstmass der Strafart nach eidgenössischem Recht höher oder niedriger sein können als nach kantonalem Recht, hat der Richter, falls die schwerste Tat vor dem 1. Januar 1942 begangen worden ist, weiter zu prüfen, welches das zulässige Höchstmass der Gesamtstrafe ist, wenn die schwerste Tat dem einen und wenn sie dem anderen Recht unterstellt wird, und ob wegen der Verschiedenheit dieser oberen Grenzen im konkreten Fall die Gesamtstrafe anders ausfällt, je nachdem auf die schwerste Tat altes oder neues Recht angewendet wird. Wenn ja, gibt Art. 2 Abs. 2 StGB für die Anwendung des einen oder des anderen Rechts den Ausschlag.

Ferner ist im Sinne dieser Bestimmung zu prüfen, ob die Vorschriften über den bedingten Strafvollzug und über die Anrechnung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft nach dem einen oder nach dem anderen Recht zu einem mildereren Urteil führen. Denn diese Vorschriften sind dem gleichen

Rechte zu entziehen, dem die schwerste Tat untersteht, sind also mitbestimmend dafür, ob auf diese Tat, wenn sie vor dem 1. Januar 1942 begangen worden ist, altes oder neues Recht angewendet werden muss.

3. — Im vorliegenden Fall hat die Missachtung dieser Regeln das Urteil nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin beeinflusst. Nach der für den Kassationshof verbindlichen Auffassung der Vorinstanz wären die Handlungen, welche die Verurteilte vor dem 1. Januar 1942 begangen hat, auch nach kantonalem Recht strafbar. Der gewerbmässige Betrug aus den Jahren 1935 bis 1940 wäre nach altem Recht fortgesetzter einfacher Betrug und könnte gemäss § 194 zürch. StGB bis zu fünf Jahren Zuchthaus nach sich ziehen. Die in Anwendung neuen Rechts ausgesprochene Strafe überschreitet somit den Rahmen nicht, der sich ergeben hätte, wenn die vor dem 1. Januar 1942 begangenen Taten nach altem Recht beurteilt worden wären. Sie wäre auch nicht innerhalb dieses Rahmens niedriger ausgefallen. Das angefochtene Urteil erklärt insbesondere nicht, dass die Strafe gerade mit Rücksicht auf das (bloss dem eidgenössischen Recht bekannte) Merkmal der Gewerbmässigkeit so und nicht anders bemessen werde. Durch die Anwendung kantonalen Rechts würde an den objektiven und subjektiven Umständen der begangenen Taten, so wie sie für die Bemessung der Strafe ins Gewicht gefallen sind, nichts geändert. Bloss zur Korrektur der Erwägungen ist das angefochtene Urteil nicht aufzuheben; eidgenössisches Recht ist nur verletzt, wenn die angefochtene Entscheidung im *Ergebnis* falsch ist.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

**33. Urteil des Kassationshofes vom 1. Oktober 1943
i. S. Gunzinger gegen Statthalteramt Luzern-Stadt.**

1. Art. 269 Abs. 1 BStrP. Die Verletzung des Grundsatzes « *in dubio pro reo* » kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht geltend gemacht werden.
2. Art. 41 StGB. Wenn die Strafe durch Anrechnung der Untersuchungshaft getilgt ist, stellt sich die Frage des bedingten Strafvollzuges nicht.
1. Art. 269 al. 1 PPF. La violation du principe « *in dubio pro reo* » ne donne pas ouverture au pourvoi en nullité.
2. Art. 41 CP. Lorsque la peine est éteinte par l'imputation de la détention préventive, la question du sursis à l'exécution ne se pose plus.
1. Art. 269 cp. 1 PPF. La violazione del principio « *in dubio pro reo* » non può essere impugnata mediante ricorso per cassazione.
2. Art. 41 CP. Se la pena è estinta col computo del carcere preventivo, la questione della sospensione condizionale della pena non ha più motivo d'essere.

A. — Durch Urteil des Amtsgerichts Luzern-Stadt vom 13. Mai 1943 ist Bertha Gunzinger des Diebstahls schuldig befunden und zu einer Gefängnisstrafe von acht Tagen, getilgt durch die ausgestandene Untersuchungshaft, verurteilt worden. Der bedingte Strafvollzug wurde ihr versagt, weil die Strafe durch die Untersuchungshaft getilgt und gegenüber dem Antrage des Statthalters weitgehend gemildert sei, und aus Gründen der Prävention.

B. — Die Verurteilte hat die Nichtigkeitsbeschwerde erklärt. Sie bestreitet, die Täterin zu sein; die gegenteilige Feststellung der Vorinstanz sei unter Verweigerung des rechtlichen Gehörs und in Verletzung des Grundsatzes « *in dubio pro reo* » zustande gekommen. Ferner wendet sie sich gegen die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges. Die hiefür angegebenen Gründe seien unstichhaltig. Insbesondere sei die Tilgung der Strafe durch die Untersuchungshaft kein tauglicher Ersatz des bedingten Strafvollzuges, weil die unbedingte Freiheitsstrafe im allgemeinen Urteil schwerer wiege als die bedingte, und weil bei letzterer eine Bewährungsfrist auferlegt werde und damit die Möglichkeit bestehe, dass die Strafe schon nach zwei Jahren im Strafregister gelöscht werde.