

2. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale du 28 janvier 1944 en la cause Glauser c. Vaud, Cour de cassation pénale.

Renvoi dans une maison d'éducation au travail.

Le juge du fond ne peut prendre cette mesure sans qu'un expert médical ait été consulté ; il doit s'entourer en outre de tous les renseignements désirables sur les aptitudes au travail, l'éducation et les antécédents du condamné.

Erziehung Liederlicher und Arbeitsscheuer zur Arbeit.

Der Richter darf diese Massnahme nicht ohne Anhörung eines medizinischen Sachverständigen verhängen ; er muss sich ausserdem alle wünschbaren Auskünfte über die Arbeitsfähigkeit, die Erziehung und das Leben des Verurteilten verschaffen.

Collocamento in una casa di educazione al lavoro.

Il giudice non può prendere questa misura senza aver consultato un perito medico ; egli deve inoltre procurarsi tutte le informazioni desiderabili sulle attitudini al lavoro, sull'educazione e sulla vita del condannato.

Extrait des motifs :

1. et 2. —

3. — Cependant, il faut rechercher encore si, en constatant que les conditions légales pour l'application de l'art. 43 CP étaient remplies en l'espèce, le juge cantonal a respecté les règles de procédure établies par cette disposition légale et si notamment il a pris les mesures d'instruction prescrites. A cet égard, l'art. 43 ch. 1 al. 2 CP dispose : « Le juge fera préalablement examiner l'état physique et mental du prévenu, ainsi que ses aptitudes au travail, et prendra des informations précises sur son éducation et ses antécédents ». La forme impérative de cette règle ne permet pas au juge de ne pas l'appliquer. Sans doute le magistrat chargé de l'instruction pénale aura-t-il, dans la plupart des cas, pris lui-même les mesures ainsi prescrites. Mais lorsqu'il ne l'a pas fait, le juge du fond est tenu de combler cette lacune. Les questions de l'inconduite et de la fainéantise, puis, surtout, celle de savoir si l'éducation au travail a des chances de succès, ne pourront être résolues que si le juge connaît avec précision les antécédents et l'éducation du condamné ; le juge doit en outre être exactement renseigné sur l'état physique et

mental du condamné, notamment pour savoir quelles sont les causes de l'inconduite ou de la fainéantise constatées. Il ne pourra donc se passer de l'avis d'un expert médical. En particulier, l'art. 43 ne lui permet pas de s'en remettre à l'impression personnelle que le prévenu lui a faite pendant l'audience. Le juge doit ordonner les mesures ici prévues par la loi et il a négligé de le faire en l'espèce. En tout cas, le dossier cantonal ne comporte ni rapport médical sur l'état physique et mental de la recourante, ainsi que sur son aptitude au travail, ni renseignements précis et complets sur l'éducation qu'elle a reçue et sur ses antécédents. Sans doute, les lettres qu'elle a adressées à l'autorité contiennent-elles quelques indications sur ce point ; mais ces indications sont insuffisantes et d'ailleurs peu sûres. Enfin, le juge cantonal ne dit nullement sur quels faits il fonde sa conclusion que la recourante « paraît pouvoir être formée au travail ». Martha Glauser a déjà 30 ans et n'est donc plus toute jeune ; dès lors, il n'est pas évident que, dans son cas, des mesures éducatives aient des chances de succès suffisantes, d'autant moins que, selon le juge de première instance, elle est diminuée en tout cas dans son sens moral.

4. —

3. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 11. Februar 1944 i. S. Abrecht gegen Staatsanwalt des Berner Seelandes.

Art. 2 Abs. 2 und Art. 112 StGB.

Milderes Recht bei Mord ; Begriff des Mordes nach neuem Recht.

Art. 2 al. 2 et art. 112 CP.

Droit transitoire en matière d'assassinat ; notion de l'assassinat d'après le nouveau droit.

Art. 2 cp. 2 e art. 112 CP.

Lex mitior in materia di assassinio ; concetto dell'assassinio secondo il nuovo diritto.

A. — Der 1915 geborene Paul Abrecht und sein Schwager Oskar Gygax obligen am 4. November 1941 der Schleich-

jagd. Gygax wurde von Hans Schlup entdeckt und verfolgt. Abrecht schoss aus dem Hinterhalt auf Schlup und tötete ihn.

B. — Das Geschworenengericht des IV. Bezirks des Kantons Bern verurteilte Abrecht am 10. September 1943 wegen Mordes zu lebenslänglichem Zuchthaus und zu Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit auf die Dauer von 10 Jahren. Das Gericht wandte bernisches Recht an.

C. — In einer Nichtigkeitsbeschwerde brachte Abrecht u. a. vor, er hätte nach dem schweizerischen Strafgesetzbuch beurteilt werden sollen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. —

2. — Der Beschwerdeführer will nach dem schweizerischen Strafgesetzbuch beurteilt werden. Er beging jedoch seine strafbaren Handlungen vor dessen Inkrafttreten. Gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB ist daher das neue Recht nur dann auf ihn anwendbar, wenn es für ihn milder ist als das bernische Strafgesetzbuch, das zur Zeit der Tat galt.

Das bernische wie das schweizerische Strafgesetzbuch sehen für Mord lebenslängliches Zuchthaus vor, also die gleiche, absolut bestimmte Strafe. Die beiden Gesetze umschreiben jedoch den Tatbestand des Mordes verschieden.

Das bernische Recht stimmt überein mit der Mehrzahl der kantonalen Strafgesetzbücher, welche die Tötungsverbrechen in Mord und Totschlag einteilten und die mit « Vorbedacht » oder mit « Überlegung » begangene Tötung als Mord bezeichneten. Demgemäss ist nach Art. 123 des bernischen Strafgesetzbuches des Mordes schuldig, « wer vorsätzlich und mit Vorbedacht einen Menschen tötet ».

Das schweizerische Strafgesetzbuch hat mit der Zerteilung der Tötungsverbrechen auch die herkömmliche, als unzulänglich kritisierte Kennzeichnung des Mordes

fallen gelassen. Der Entwurf von 1918 ersetzte sie, den Vorentwürfen folgend, durch eine Aufzählung von Beweggründen und Begehungsarten, durch welche die vorsätzliche Tötung zu einem besonders schweren Verbrechen wird (Art. 99). Die eidgenössischen Räte zogen dieser Aufzählung eine allgemeine Begriffsbestimmung des Mordes vor und nahmen in diese gemäss dem Antrag der nationalrätlichen Kommission den eingelebten Ausdruck « Überlegung » (préméditation) auf. Dieser Ausdruck erscheint somit auch im Mordtatbestand des neuen Rechtes (Art. 112). Allein seine Bedeutung ist eine andere. Denn das Kennzeichen des Mordes ist nach dem neuen Recht, wie schon nach dem Grundgedanken des Entwurfs, die Gefährlichkeit oder die besonders verwerfliche Gesinnung des Täters, die durch die Tat zum Ausdruck kommt. Die vom Täter angestellte Überlegung fällt nur insofern in Betracht, als sie diese Gefährlichkeit und Gesinnung offenbart. Sie ist zudem nicht notwendiges Tatbestandsmerkmal, da sich Gefährlichkeit und verwerfliche Gesinnung auch aus den Umständen der Tat ergeben können.

Die vom bernischen und schweizerischen Strafgesetzbuch als Mord bezeichneten Tatbestände überschneiden sich also, und zwar auch dann, wenn « Überlegung » im Sinne von « Vorbedacht » zu verstehen ist, worauf der französische Text des Art. 112 StGB hinweist. Nach dem neuen Recht kann demnach trotz fehlendem Vorbedacht Mord vorliegen, sofern nämlich aus den Umständen der Tat eine besonders verwerfliche Gesinnung oder die Gefährlichkeit des Täters hervorgeht. Umgekehrt ist eine vorsätzliche, mit Vorbedacht begangene Tötung nicht ohne weiteres Mord, sondern nur dann, wenn der Vorbedacht jene Gesinnung oder die Gefährlichkeit des Täters offenbart.

3. — Um das anwendbare Recht festzustellen, hatte das Geschworenengericht somit zu prüfen, ob Abrecht auch nach dem schweizerischen Strafgesetzbuch des Mordes schuldig sei. Das Gericht hat dies getan und die Frage

bejaht. Eidgenössisches Recht hat es damit nicht verletzt. Denn nach den Umständen der Tat durfte es die Voraussetzungen des Art. 112 als erfüllt erachten.

Zunächst ist festzuhalten, dass Abrecht im Augenblick der Tat selbst nicht entdeckt, geschweige denn verfolgt war. Auch sein Schwager Gygax war nicht in seiner Gesundheit bedroht. Denn Schlup war unbewaffnet. Er war zufällig durch die Schüsse der Wilderer aufmerksam geworden, hatte Gygax entdeckt und wollte diesen einfach stellen. Abrecht schoss Schlup nieder, um das gemeinsame Jagdvergehen zu verdecken.

Die Tatsache, dass es Abrecht aus diesem Beweggrund über sich brachte, den ahnungslosen Schlup durch einen wohlgezielten Kopfschuss heimtückisch zu töten, führt für sich schon zur Annahme der Vorinstanz, es handle sich bei ihm um eine « kalte, verbrecherische Natur ». Für diese Würdigung der Tat konnte sich die Vorinstanz zudem auf weitere Anhaltspunkte stützen. Abrecht hatte zwei Tage vorher im Gespräch mit unbeteiligten Arbeitskameraden durchblicken lassen, dass er sich auf die Schleichjagd verstehe. Auf die warnende Frage « und wenn si di de verwütsche ? » hatte er geantwortet : « De schiesst me die Cheibe-n-eifach abe ». Dieser Ausspruch war nicht Prahlerei, sondern Ernst, wie die nachfolgende Tat bewies. Er zeigt, dass Abrecht, ein gewohnheitsmässiger Wilderer, zum vorneherein entschlossen war, jeden, der ihn auf der Schleichjagd erwischen konnte, kurzerhand niederzuknallen. Dazu kommt, dass Abrecht im Besitz mehrerer Schusswaffen war, die er sich zum Teil durch einen Einbruch verschafft hatte. Seine Vorliebe für Waffen zeigte sich auch in der Gewohnheit, zu einem bestimmten, bei der Arbeit getragenen Kleid stets einen Revolver mit sich zu führen. Abrecht hatte überdies seinen verbrecherischen Willen schon mehrfach betätigt. Wegen Einbruchdiebstahl und Hehlerei hatte er schon zwei längere Freiheitsstrafen verbüsst. Trotzdem hatte er in den Jahren 1940 und 1941 zwei weitere Einbrüche verübt.

Bei dieser Sachlage hatte die Vorinstanz zureichenden Grund, die Tat des Beschwerdeführers nicht als einmaligen, aussergewöhnlichen Fehltritt eines Wilderers aufzufassen, sondern als Handlung eines zur Gewaltanwendung geneigten, sittlich hemmungslosen und daher gefährlichen Menschen.

Abrecht müsste somit auch nach dem neuen Recht wegen Mordes zu lebenslänglichem Zuchthaus verurteilt werden. Das schweizerische Strafgesetzbuch ist für ihn nicht milder, sodass die Vorinstanz mit Recht das bernische Gesetz anwandte.

4. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 11. Februar 1944 i. S. Baumeler und Konsorten gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern.

Art. 23, 118 und 119 StGB.

Die Abtreibungshandlung an einer nicht Schwangern ist nicht als untauglicher Versuch der Abtreibung strafbar.

Art. 23, 118 et 119 CP.

Les manœuvres d'avortement pratiquées sur une personne qui n'est pas enceinte ne sont pas punissables au titre de délit impossible.

Art. 23, 118 e 119 CP.

Le operazioni d'aborto praticate su una donna non incinta non sono punibili a titolo di delitto impossibile.

Aus den Erwägungen :

1. — Die Vorinstanz sieht in der Abtreibungshandlung an einer nicht schwangern Frauensperson einen untauglichen Versuch der Abtreibung im Sinne des Art. 23 StGB. Diese an sich naheliegende, weil von der Idee des Willensstrafrechts aus zu rechtfertigende Betrachtung, entspricht nachweisbar nicht der Absicht des Gesetzgebers und stösst sich am Wortlaut des Gesetzes. Art. 118 StGB stellt unter Strafe die Abtreibung durch die *Schwangere* und Art. 119 die Abtreibung an einer *Schwangeren*. Wie die Entstehungsgeschichte ergibt, war für die Wahl des Ausdrucks « Schwangere » (« personne en-