

des Entwurfes von 1918 sah vor, dass die Schutzaufsichtsbehörde zu mahnen habe. An ihrer Stelle erklärte das Parlament den « Richter » zuständig, weil es im Gegensatz zum Entwurf die Schutzaufsicht während der Probezeit nicht als Regel vorschreiben wollte (StenBull NR, Sonderausgabe S. 148) ; dass es dabei an einen *bestimmten* Richter gedacht habe, ist nicht ersichtlich. Müsste die Mahnung von Bundesrechts wegen vom urteilenden Richter ausgehen, dann auch die Anordnung des Strafvollzuges ; zu diesem Schluss zwänge der identische Wortlaut des Gesetzes, das die Behörde, welche die Strafe vollziehen lässt, in Art. 41 Ziff. 3 ebenfalls nur als « Richter » bezeichnet. In allen Fällen, wo appelliert wurde, wäre das der Appellationsrichter. Diese Ordnung wäre aber kaum zweckmässig, weil die Anordnung des Strafvollzuges eine Untersuchung voraussetzt, die grundsätzlich nicht Sache der oberen kantonalen Instanz ist. Hätte der Bundesgesetzgeber den *urteilenden* Richter zuständig erklären wollen, so hätte er es deshalb *deutlich* sagen müssen. Zudem kann es dem Verurteilten gleichgültig sein, von welchem Richter er gemahnt wird ; wesentlich ist, *dass* er gemahnt wird und die formelle und materielle Gültigkeit der Mahnung vor der Anordnung des Strafvollzuges geprüft werden muss.

Der thurgauische Bezirksstatthalter ist in der Hauptsache Untersuchungsbeamter, hat aber daneben nach § 4 des EG zum StGB eine Reihe von Übertretungen richterlich zu beurteilen. Somit stand bundesrechtlich nichts entgegen, ihm die Mahnung gemäss Art. 41 Ziff. 3 StGB zu übertragen.

3. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 10. April 1946 i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau gegen Keller.

Art. 110 Ziff. 3, 137 Ziff. 3 StGB. Familiengenossen essen nicht nur zusammen, sondern schlafen auch unter gemeinsamem Dache.

Art. 110 ch. 3, 137 ch. 3 CP. Pour être des familiers, il nè suffit pas de manger ensemble, il faut coucher sous le même toit.

Art. 110, cifra 3, 137 cifra 3 CP. Sono membri della comunione domestica quelle persone che non soltanto mangiano insieme, ma dormono sotto il medesimo tetto.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Der Diebstahl zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt (Art. 137 Ziff. 3 StGB). Unter Familiengenossen versteht das Gesetz Personen, die in gemeinsamem Haushalte leben (Art. 110 Ziff. 3 StGB).

Damit geht es über die Ordnung hinaus, die nach den kantonalen Rechten galt. Die meisten Kantone liessen den Diebstahl unter Ehegatten, Verwandten oder Verschwägerten bestimmter Grade, namentlich wenn sie in Hausgemeinschaft lebten, entweder überhaupt nicht bestrafen (Tessin Art. 367 § 1, Genf Art. 317, Neuenburg Art. 353, Waadt Art. 210) oder nur auf Antrag verfolgen (z. B. Zürich § 176, Bern Art. 214, Thurgau § 143). Nur vereinzelte Kantone erblickten im Diebstahl auch dann ein Antragsdelikt, wenn er von einem Angestellten gegenüber dem Dienstherrn, insbesondere von einem mit diesem im gleichen Haushalte lebenden Dienstboten begangen wurde (Solothurn § 152, Neuenburg Art. 355). Den letzten Schritt tat der waadtländische Gesetzgeber im Jahre 1931, indem er in Anlehnung an den schweizerischen Entwurf von 1918 (Art. 120 Ziff. 2, Art. 97 Ziff. 3) in der Hausgemeinschaft zwischen dem Dieb und dem Bestohlenen schlechthin einen Grund sah, bloss auf Antrag verfolgen zu lassen (Waadt Art. 212), so dass beispielsweise auch der Dienstherr straflos ausging, wenn der bestohlene Dienstbote nicht Strafantrag stellte. Die meisten Kantone übten solche Nachsicht weder gegenüber dem Dienstherrn noch gegenüber dem Dienstboten. Sie erblickten im Dienstverhältnis oder in der Hausgemeinschaft im Gegenteil einen Grund, die Strafe zu erhöhen oder zu verschärfen (z. B. Aargäu § 150 lit. n und r, St. Gallen Art. 59 lit. b, Wallis Art. 290 Ziff. 2, Genf Art. 322 Ziff. 1, ferner Waadt, StG von 1843 Art. 272 Ziff. 1). Der eidgenössische Gesetzgeber

hat daher den Kreis der nach Art. 137 Ziff. 3 StGB privilegierten Personen nicht allzuweit ziehen wollen; eine einschränkende Auslegung des Begriffs der Familiengenossen, wie er in Art. 110 Ziff. 3 StGB umschrieben ist, drängt sich auf.

Das Privileg hat seinen Ursprung und Grund in den verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen dem Dieb und dem Bestohlenen. Zunächst sollen einem Vater oder einer Mutter ein Familienskandal und der Schmerz, ihren Sohn der sie bestohlen hat, gegen ihren Willen vor dem Strafgericht zu sehen, erspart bleiben. Sodann sollen die Behörden nicht wider den Willen des Bestohlenen bloss um vermögensrechtlicher Interessen willen, die zu wahren in erster Linie seine eigene Sache ist, die Geschehnisse in seinem Haushalte untersuchen, denn solche Einmischung trägt Unfrieden unter die Familiengenossen, erschwert ihre gütliche Auseinandersetzung und das weitere Zusammenleben. Die erste Überlegung, welche es rechtfertigt, nur auf Antrag des Geschädigten zu verfolgen, lässt sich nicht machen, wenn der Dieb mit dem Bestohlenen nicht nahe verwandt oder verschwägert ist, und die zweite liegt weniger nahe, wenn nicht Verwandtschaft, sondern bloss ein obligationenrechtliches Band Grund des Zusammenlebens ist. Ein solches Band steht der Auflösung der Hausgemeinschaft nach Verübung eines Diebstahls in der Regel nicht im Wege. Es hält die Familiengenossen um so schwächer zusammen, je weniger weit ihr gemeinsames Haushalten geht. Auch das ist ein Grund, das öffentliche Interesse an der Verfolgung des Täters der Wahrung des Hausfriedens dann nicht hintanzustellen, wenn der gemeinsame Haushalt nicht ein so vollständiger war, dass er den Dieb und den Bestohlenen wie Glieder ein und derselben Familie zusammenhielt.

Das Wort «Familiengenossen» tönt denn auch die Ähnlichkeit des Verhältnisses mit der Familie an. In gemeinsamem Haushalte im Sinne des Art. 110 Ziff. 3 StGB lebt nur, wer nicht nur zusammen isst, sondern auch unter

gemeinsamem Dache schläft, wie es unter Mitgliedern ein und derselben Familie üblich ist.

Durch diese Auslegung des Begriffs der Familiengenossen wird auch verhütet, dass die Grenzen zwischen den Fällen, die auf Antrag, und jenen, die von Amtes wegen zu verfolgen sind, zu sehr verwischt werden. Würde vom Erfordernis des Wohnens unter gemeinsamem Dache abgesehen, so böte die Abgrenzung zahlreiche Schwierigkeiten, da die bloss teilweise Teilnahme an ein und demselben Haushalte in mannigfaltigen Formen vorkommt. Wenn die Vorinstanz ihre Auslegung vorwiegend auf die Kommentare zum Zivilrecht stützt, so übersieht sie, dass die Gründe der strafrechtlichen Privilegierung der Familiengenossen andere sind als jene, die zum Erlass von Art. 331 ZGB und Art. 344 OR geführt haben. Das Strafrecht hat seinen eigenen Begriff des Familiengenossen. Nicht darauf kommt es an, ob der Dieb der Hausgewalt des Bestohlenen untersteht, wie sie das Zivilgesetzbuch regelt, oder ob er auf Grund der Hausgemeinschaft nach den Vorschriften des Obligationenrechts einen Teil der Löhnung in der Form von Nahrung und Wohnung erhält und im Falle der Erkrankung Anspruch auf Pflege und ärztliche Behandlung hat. Diese Verhältnisse können schon deshalb nicht massgebend sein, weil das strafrechtliche Privileg zum Beispiel auch dem Dienstherrn, der einen Mitangestellten, oder dem Dienstherrn, der den Dienstherrn bestiehlt, zugute kommt, obschon in solchen Fällen der Dieb weder der Hausgewalt des Bestohlenen unterworfen ist, noch gegen ihn Ansprüche aus Art. 344 OR hat. Nicht die Arbeitsleistung des Diebes im Haushalte des Bestohlenen ist der Grund der Privilegierung, sonst würde das Gesetz das Privileg ausdrücklich nur für die (mit dem Dienstherrn in gemeinsamem Haushalte lebenden) Dienstherrn vorsehen.

2. — Die Beschwerdegegnerin nahm am Haushalte des Bestohlenen nur insofern teil, als sie in diesem Haushalte arbeitete und dort gepflegt wurde. Dagegen wohnte sie nicht mit dem Bestohlenen unter dem gleichen Dache,

sondern hatte im benachbarten Elternhause Unterkunft. Dass sie dafür einen umso höheren Lohn erhielt, ist unerheblich. Sie war nicht Familiengenossin des Bestohlenen. Das Kriminalgericht hat sie daher von Amtes wegen zu verfolgen.

4. Urteil des Kassationshofes vom 22. März 1946 i. S. Alder gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt.

Art. 137, 148 StGB. Die Strafe wegen Diebstahls gilt den Betrug, dessen sich der Dieb beim Verkauf der gestohlenen Sache durch Verschweigung ihrer Herkunft schuldig macht, nicht ab.

Art. 137, 148 CP. La peine infligée pour le vol ne réprime pas l'escroquerie dont le voleur se rend coupable lorsqu'il vend la chose volée en taisant sa provenance.

Art. 137, 148 CP. La pena inflitta pel furto non reprime la truffa, di cui il ladro si rende colpevole, quando vende la cosa rubata sottacendone la provenienza.

A. — Alder stahl am 2. und am 9. August 1944 je ein Fahrrad. Vom einen verkaufte er die Räder samt Bereifung, vom andern bloss die Bereifung, indem er beiden Käufern gegenüber falsche Angaben machte, die ihn als Eigentümer der Kaufsache erscheinen lassen sollten. Die Käufer liessen sich täuschen. In der Meinung, sie erwürben Eigentum, leistete der eine eine Anzahlung und bezahlte der andere den Kaufpreis ganz. Im Strafverfahren gegen Alder wurden die gestohlenen Räder und Bereifungen bei den Käufern beschlagnahmt.

B. — Während das Strafgericht des Kantons Basel-Stadt Alder bloss wegen Diebstahls bestrafte, verurteilte ihn das Appellationsgericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft am 16. Oktober 1945 gestützt auf Art. 137 Ziff. 1, Art. 148 Abs. 1 und Art. 68 Ziff. 1 StGB wegen Diebstahls und Betruges zu vier Monaten Gefängnis.

C. — Alder hat gegen das Urteil des Appellationsgerichts Nichtigkeitsbeschwerde erklärt mit dem Antrag, es sei aufzuheben und er sei bloss wegen Diebstahls, und zwar milder, zu bestrafen. Er macht geltend, die Ver-

wertung des Diebsgutes sei straflose Nachtat. Der Dieb sei strafrechtlich als Eigentümer der gestohlenen Sache zu betrachten. Würde man auf den zivilrechtlichen Begriff des Eigentums abstellen, so könnte der Täter sich durch den Diebstahl nie bereichern, weil er zivilrechtlich nie Eigentümer des Diebsgutes werde. Die Bestrafung wegen Betruges sei auch deshalb ungerechtfertigt, weil nur entweder der Bestohlene oder der Käufer der gestohlenen Sache, nie beide gleichzeitig geschädigt würden, denn wenn ersterer die Sache zurückerhalte, erleide er keinen Schaden, wenn sie dagegen dem Käufer verbleibe, sei dieser nicht geschädigt. Zudem sei die Bereicherungsabsicht des Diebes bei der Wegnahme der Sache und bei deren Verkauf auf ein und dasselbe Objekt, den Wert der gestohlenen Sache, gerichtet; auch deshalb dürfe nicht sowohl wegen Diebstahls als auch wegen Betruges bestraft werden. Die Bestrafung wegen Betruges würde auch zu ungleicher Behandlung führen; der Dieb, der mit Hehlern zusammen arbeitet, würde nicht wegen Betruges bestraft, wohl aber der harmlosere Dieb, der das Diebsgut irgend einem Dritten verkauft.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. — Der Beschwerdeführer bestreitet mit Recht nicht, dass er durch die Wegnahme der beiden Fahrräder in der Absicht, sich damit unrechtmässig zu bereichern, den Tatbestand des Diebstahls (Art. 137 Ziff. 1 StGB) erfüllt hat. Er bestreitet auch nicht, die Käufer der Bestandteile arglistig über die Herkunft der Kaufsache irregeführt und sie so zum Abschluss des Kaufes und zur teilweisen beziehungsweise ganzen Bezahlung des Kaufpreises bewogen zu haben. Den Tatbestand des Betruges (Art. 148 Abs. 1 StGB) sieht er nicht verwirklicht, weil er nicht die Absicht gehabt habe, sich durch den Verkauf der Bestandteile von den gestohlenen Fahrrädern unrechtmässig zu bereichern, und weil die Schädigung der Bestohlenen die Schädigung der Käufer ausschliesse.