

dass erst die Aufforderung durch die Beschwerdeführer sie dazu bewogen hat, sind die Beschwerdeführer nicht wegen versuchter, sondern wegen vollendeter Anstiftung zu verurteilen.

Falls dagegen festgestellt wird, dass Anna Eschler wegen ihres Verhältnisses zu Walter Dubi schon vor der Aufforderung durch die Beschwerdeführer zu falscher Aussage entschlossen war, liegt wiederum nicht Anstiftungsversuch vor. Ein solcher erfordert begrifflich, dass sich der Täter an eine Person wendet, die noch nicht entschlossen ist, das Verbrechen zu verüben. Der Versuch der Anstiftung besteht darin, dass der Täter im andern den Willen, das Verbrechen zu begehen, hervorzurufen versucht, und das kann er nur, wenn dieser Wille nicht schon vorhanden ist (BGE 69 IV 203). Bestraft wird er dann wegen Versuchs des Verbrechens, zu dem er anstiften wollte (Art. 24 Abs. 2 StGB). Ein untauglicher Versuch der Anstiftung im Sinne des Art. 23 StGB wegen absoluter Untauglichkeit des Gegenstandes ist daher nur denkbar, wenn der Gegenstand des Verbrechens, zu welchem angestiftet werden will, untauglich ist, nicht auch dann, wenn zwar dieser Gegenstand taugt, aber die zum Verbrechen aufgeforderte Person schon ohne Rücksicht auf die Aufforderung zur Tat entschlossen ist. Hier ist nicht das Objekt des erstrebten Verbrechens, sondern das Objekt der Anstiftung untauglich. Dieser Fall kann nicht unter dem Gesichtspunkt des Art. 23 StGB beurteilt werden, wie das Obergericht es tut, sondern der Anstiftungsversuch entfällt mangels der gesetzlichen Voraussetzungen.

2. — Wenn die Würdigung des Beweises ergibt, dass Anna Eschler schon vor der Aufforderung durch die Beschwerdeführer zu falschem Zeugnis entschlossen war, so dass weder Anstiftung noch Anstiftungsversuch vorliegt, fragt sich weiter, ob die Aufforderung durch die Beschwerdeführer für sie nicht mindestens eine psychische Unterstützung bildete, die ihr half, den gefassten Ent-

schluss im entscheidenden Augenblick zu verwirklichen. Das Obergericht hat diese Tatfrage zu entscheiden, falls es nicht schon wegen Anstiftung zu falschem Zeugnis verurteilt. Wenn es sie bejaht, liegt nach der Rechtsprechung des Kassationshofes (vgl. BGE 70 IV 19) Gehülfenschaft zu falschem Zeugnis vor, sind die Beschwerdeführer also in Anwendung von Art. 25 StGB zu bestrafen.

Andernfalls müssen sie freigesprochen werden.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 17. Mai 1946 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

31. Urteil des Kassationshofes vom 13. September 1946
i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt gegen Fischer.

1. *Art. 1 StGB.* Ausdehnende Auslegung des Strafgesetzes ist zulässig.
2. *Art. 59 Abs. 1 StGB.* Diese Bestimmung ist auch anwendbar, wenn die Annahme der Zuwendung Tatbestandsmerkmal der strafbaren Handlung ist oder auf eine zum Tatbestand gehörende Absicht (Gewinnsucht) zurückgeht.
1. *Art. 1 CP.* L'interprétation extensive de la loi pénale est permise.
2. *Art. 59 al. 1 CP.* Cette disposition est aussi applicable lorsque l'acceptation de l'avantage est un élément constitutif de l'infraction ou l'objet d'un dessein requis par la loi (dessein de lucre).
1. *Art. 1 CP.* L'interpretazione estensiva della legge penale è lecita.
2. *Art. 59 cp. 1 CP.* Questo disposto è anche applicabile quando l'accettazione del profitto è un elemento costitutivo del reato o l'oggetto d'un'intenzione richiesta dalla legge (intenzione di lucre).

A. — Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt bestrafte Clara Fischer am 19. Juli 1946 wegen gewerbsmässiger Kuppelei (Art. 199 Abs. 1 StGB), lehnte es aber entgegen dem Antrage der Staatsanwaltschaft ab, einen beschlagnahmten Betrag von Fr. 699.30, den Clara

Fischer aus Kupplerlohn zurückgelegt hatte, sowie ein der Verurteilten gehörendes Sparguthaben von Fr. 5023.60 dem Staate verfallen zu erklären. Es führte aus, Art. 59 Abs. 1 StGB treffe seinem Wortlaute nach dann nicht zu, wenn wie im vorliegenden Falle die Entgegennahme des Entgeltes oder die Erwartung eines solchen zum Tatbestand des Deliktes selbst gehöre. Abgesehen davon, dass im Strafrecht eine ausdehnende Auslegung nur ganz ausnahmsweise, in geradezu zwingenden Fällen vorgenommen werden dürfe, sei es beim Schweigen der Materialien zu wenig sicher, dass der Gesetzgeber Art. 59 über seinen Wortlaut hinaus aus den in BGE 71 IV 148 dargelegten ethischen Erwägungen auch auf Fälle der vorliegenden Art angewandt wissen wollte. Würde dem Strafgesetzbuch der allgemeine Grundsatz zugrunde liegen, dass dem Täter von Staates wegen unter keinen Umständen die Früchte des Verbrechens belassen werden dürfen, so wäre nicht verständlich, weshalb Art. 59 Abs. 2 den Verfall an den Staat auf « Gegenstände » beschränke und beispielsweise nicht dafür Sorge, dass die Forderung auf Rückzahlung erzogener, erpresster, veruntreuter Geldbeträge, die vom Geschädigten nicht geltend gemacht wird, auf den Staat übergehe.

B. — Die Staatsanwaltschaft führt gegen dieses Urteil Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, es sei aufzuheben und die Sache zur Anwendung des Art. 59 an das Appellationsgericht zurückzuweisen.

Clara Fischer beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. — Geschenke und andere Zuwendungen verfallen dem Staate, wenn sie « dazu bestimmt waren, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen », und unter den gleichen Voraussetzungen schuldet der Empfänger dem Staate den Wert solcher Zuwendungen, wenn diese nicht mehr vorhanden sind (Art. 59 Abs. 1 StGB). Gehört die Annahme der Zuwendung zum gesetzmässigen Tat-

bestand der strafbaren Handlung, so veranlasst der Geber den Empfänger notwendigerweise zur Begehung der strafbaren Handlung, weil ohne die Zuwendung das, was der Empfänger tut, nicht strafbar wäre. Daher hat das Bundesgericht den Verfall der von einem Beamten angenommenen Geschenke (Art. 316 StGB) geschützt. Er sei — so führt es aus — durch den Wortlaut des Art. 59 Abs. 1 gedeckt, wenn auch nur bei ausdehnender Auslegung. Diese Auslegung dränge sich aber auf, weil sie dem Zweck der Bestimmung entspreche. Art. 59 wolle vermeiden, dass dem Täter der Vorteil, den er aus der strafbaren Handlung gezogen hat, erhalten bleibe, denn es wäre unvernünftig, einerseits den Täter für sein Verhalten zu bestrafen, die Folgen desselben jedoch zu seinem Vorteil fortbestehen zu lassen (BGE 71 IV 148).

Wenn das Appellationsgericht dieser Rechtsprechung zunächst entgegenhält, das Gesetz dürfe nur ganz ausnahmsweise, in geradezu zwingenden Fällen ausdehnend ausgelegt werden, so verkennt es, dass jede Auslegung, die dem Sinn des Gesetzes gerecht wird, zulässig ist. Der Richter darf und muss jedesmal dann ausdehnend auslegen, d. h. dem Gesetz eine auf den ersten Blick durch den Buchstaben scheinbar nicht gedeckte Bedeutung geben, wenn sein wahrer Sinn dies erfordert. Nur der Grundsatz « keine Strafe ohne Gesetz » (Art. 1 StGB) zieht eine Grenze, indem er verbietet, einen nicht mit Strafe bedrohten Tatbestand durch Analogieschluss strafbar zu erklären. Diese Grenze wird hier, wo es einzig um die Ermittlung des Sinnes des Art. 59 Abs. 1 StGB geht, nicht berührt.

Auch braucht die ausdehnende Auslegung sich nicht auf die Gesetzesmaterialien zu stützen. Schon deshalb hilft der Hinweis des Appellationsgerichts auf deren vermeintliches Schweigen nicht. Dazu kommt, dass die erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichts in Wirklichkeit mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes durchaus im Einklang steht. Zu Art. 316 StGB war in

Art. 280 des Entwurfes ein zweiter Absatz vorgesehen, der die vom Täter empfangene Zuwendung oder deren Wert ausdrücklich dem Staate verfallen erklärte. Dieser Absatz wurde in der Bundesversammlung im Hinblick auf die allgemeine Bestimmung des Art. 59 StGB (Art. 56 des Entwurfes) als überflüssig gestrichen (StenBull, Sonderausgabe NR 501, StR 232), wie denn auch schon in der Botschaft zum Entwurf (S. 23) und bei der Beratung von Art. 56 E (StenBull, Sonderausgabe StR 115) die Bestechungsgelder und die den Beamten gemachten Geschenke als Beispiele von Zuwendungen im Sinne der genannten Bestimmungen erwähnt worden sind.

Endlich sieht das Appellationsgericht ein Argument gegen die Richtigkeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darin, dass dem Strafgesetzbuch nicht der Satz zugrunde liege, dem Täter dürften die Früchte des Verbrechens von Staates wegen unter keinen Umständen belassen werden. Wäre dieser Grundsatz anerkannt — sagt es —, so müsste Art. 59 Abs. 2 StGB dafür sorgen, dass die Schadenersatzforderung gegen den Betrüger, Erpresser und Veruntreuer auf den Staat übergehe, wenn der Geschädigte sie nicht geltend macht. Allein wenn auch das Gesetz diese letzte Folgerung aus einem ethischen Grundsätze nicht zieht, so hindert das den Richter nicht, sich wenigstens dort von diesem Grundsätze leiten zu lassen, wo sich das mit dem Wortlaut des Gesetzes verträgt.

2. — Muss somit Art. 59 Abs. 1 StGB nach wie vor auch dann angewendet werden, wenn die Annahme der Zuwendung Tatbestandsmerkmal der strafbaren Handlung ist, dann umso mehr, wenn wie im Falle der Kuppelei schon die blosser *Absicht*, sich für die Tat bezahlen zu lassen (vgl. Art. 198 Abs. 1: « dessein de lucre », « Gewinn-sucht »); strafbar macht, die tatsächliche Annahme der Zuwendung, obwohl sie Ausfluss dieser Absicht ist, also nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehört.

Daher muss das Appellationsgericht den Kupplerlohn,

den Clara Fischer bezogen hat, und, soweit er nicht mehr vorhanden ist, dessen Wert dem Staate verfallen erklären. Das gilt zunächst für den beschlagnahmten Betrag von Fr. 699.30, der, wie feststeht, durch Kuppelei verdient worden ist. Ob und inwieweit es auch für das beschlagnahmte Sparguthaben von Fr. 5023.60 zutrifft, wird dagegen das Appellationsgericht feststellen müssen, da Clara Fischer in der Zeit, als sie auf das Sparheft Einzahlungen machte, nicht bloss aus Kuppelei Verdienst hatte.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen und die Sache an das Appellationsgericht zurückgewiesen mit der Auflage, im Sinne der Erwägungen über die Anwendung von Art. 59 Abs. 1 StGB neu zu urteilen.

32. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale du 20 septembre 1946 dans la cause Michaud contre Procureur général du canton de Vaud.

Prescription de l'action pénale (art. 70 sv. CP).
Influence d'un pourvoi en nullité au Tribunal fédéral sur le cours du délai (art. 272 dern. al. PPF, art. 73 sv. CP).

Verjährung der Strafverfolgung (Art. 70 ff. StGB).
Einfluss der Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht auf den Lauf der Frist (Art. 272 letzter Abs. BStP, Art. 73 ff. StGB).

Prescrizione dell'azione penale (art. 70 e seg. CP).
Influsso d'un gravame per cassazione al Tribunale federale sul decorso del termine (art. 272, cp. 7 PPF, art. 73 e seg. CPF).

Par jugement du Tribunal de police de Lausanne du 18 mars 1946, maintenu par arrêt de la Cour de cassation pénale vaudoise du 20 mai 1946, Michaud a été condamné pour complicité d'avortement commis par la mère (art 118 CP). Les faits retenus à sa charge dataient des 1^{er} et 7 juillet 1943.

Dans son pourvoi en nullité du 31 mai 1946, Michaud soutient que ces faits sont couverts par la prescription,