

Strafe den Schuldigbefund wegen einer strafbaren Handlung voraus und werden wie die Strafe samt dem Schuldigbefund ins Strafregister eingetragen (Art. 361 StGB) und nur unter den gleichen Voraussetzungen wie die Verurteilung zu Strafe gelöscht (Art. 99 StGB). Für die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Erkenntnisse auf Massnahmen gegen Jugendliche spricht zudem der Umstand, dass andernfalls freisprechende Entscheide auch nicht weitergezogen werden könnten, obschon nicht feststünde, ob gegen den Jugendlichen im Falle der Verurteilung eine Massnahme oder eine Strafe am Platze gewesen wäre. Dass die gemäss Art. 95 StGB zu Strafe verurteilten Jugendlichen die Nichtigkeitsbeschwerde ergreifen können, ist klar, weil kein Grund besteht, ihnen in dieser Beziehung geringere Rechte zu geben als den zu Strafe verurteilten Erwachsenen.

2. — Der Inhaber der elterlichen Gewalt über Hungerbühler erklärt durch seinen bevollmächtigten Anwalt ausdrücklich, dass er mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht einverstanden sei, sondern das Urteil der Kriminalkammer billige. Allein die Rechte der Verteidigung stehen dem Angeklagten um seiner Persönlichkeit willen zu. Er wird daher in ihrem Bereich nicht durch den Inhaber der elterlichen Gewalt vertreten, sondern ist als Urteilsfähiger selbständig verhandlungsfähig und zur Wahrung seiner Rechte im Verfahren befugt, wozu die Ergreifung der Rechtsmittel gehört (Art. 19 Abs. 2 ZGB).

Vgl. auch Nr. 34. — Voir aussi n° 34.

## I. STRAFGESETZBUCH

### CODE PÉNAL

**38. Urteil des Kassationshofes vom 15. Oktober 1942 i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft gegen Hutiger.**

Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 StGB. Die Verbüssung einer militärisch vollzogenen Gefängnisstrafe wegen eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens innerhalb der letzten fünf Jahre vor Verübung der Tat schliesst den bedingten Strafvollzug aus.

Art. 41 ch. 1 al. 3 CPS. Ne peut être mis au bénéfice du sursis, celui qui, dans les cinq années qui ont précédé la commission de l'acte punissable, a subi, sous le régime militaire, une peine privative de liberté pour un crime ou un délit intentionnel.

Art. 41, cifra 1, cp. 3 CPS. Non può essere ammesso al beneficio della condizionale chi, nei cinque anni precedenti il reato, ha subito, infittagli dall'autorità militare, una pena privativa della libertà per un crimine o un delitto intenzionale.

4. — Am 15. April 1942 erklärte das Strafgericht des Kantons Basel-Landschaft Walter Hutiger eines am 8. Februar 1942 begangenen Diebstahls schuldig, verurteilte ihn zu vierzehn Tagen Gefängnis und gewährte ihm den bedingten Strafvollzug. Das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft, bei welchem der Staatsanwalt durch Appellation den bedingten Strafvollzug anfocht, bestätigte dieses Urteil am 26. Juni 1942. Es nahm an, die vom Divisionsgericht 4 am 30. Januar 1940 gegen Hutiger wegen unerlaubter Entfernung ausgesprochene und militärisch vollzogene Gefängnisstrafe von sechzig Tagen stehe der Gewährung des bedingten Strafvollzugs nicht im Wege, weil Gefängnisstrafe mit militärischem Vollzug keine im StGB vorgesehene Freiheitsstrafe sei. Zudem sei der militärische Vollzug dem bedingten Vollzug gleichzusetzen, denn wie dieser verfolge er den Zweck, dem Verurteilten die Berührung mit Insassen einer bürgerlichen Strafanstalt

zu ersparen. Da eine unter bedingtem Strafvollzug ausgesprochene und nicht vollzogene Freiheitsstrafe der erneuten Gewährung dieser Rechtswohlthat nicht im Wege stehe, könne es auch eine militärisch vollzogene Gefängnisstrafe nicht.

B. — Gegen dieses Urteil erklärte der Staatsanwalt des Kantons Basel-Landschaft rechtzeitig die Nichtigkeitsbeschwerde. Er ist der Auffassung, dass dem Verurteilten der bedingte Strafvollzug nicht gewährt werden dürfe, weil eine militärisch vollzogene Gefängnisstrafe Freiheitsstrafe im Sinne des Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 StGB sei. Auch die vom Strafgericht vertretene Ansicht, die unerlaubte Entfernung, deren Hutiger vom Divisionsgericht 4 schuldig erklärt wurde, sei blosser Disziplinarfehler und nicht ein Vergehen, finde im Gesetz keine Stütze.

C. — Walter Hutiger schliesst sich der Auffassung der Vorinstanz an.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung :*

1. — Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 StGB schliesst den bedingten Strafvollzug aus, wenn der Verurteilte innerhalb der letzten fünf Jahre vor Verübung der Tat in der Schweiz oder im Auslande wegen eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens eine Freiheitsstrafe verbüsst hat.

Das Gesetz sieht nicht darauf, welches Gericht die Vorstrafe ausgesprochen hat. Es stellt die im Auslande verbüsst und folglich auch von ausländischen Gerichten ausgesprochenen Freiheitsstrafen den inländischen gleich. Umso weniger hat es unterscheiden wollen, ob von den schweizerischen Gerichten ein ordentliches Strafgericht oder ein Spezialgericht, insbesondere ein Militärgericht geurteilt habe. Die Unterscheidung wäre auch sachlich nicht gerechtfertigt, da die Militärgerichte zum Teil über gleiche Verbrechen und Vergehen urteilen wie bürgerliche Gerichte.

2. — Vorstrafen, welche wegen einer fahrlässigen Handlung verbüsst worden sind, stehen dem bedingten Straf-

vollzug nicht im Wege ; ebensowenig Übertretungs- und Disziplinarstrafen. Weitere Unterscheidungen in bezug auf die Natur der begangenen strafbaren Handlung macht das Gesetz nicht. Insbesondere unterscheidet es nicht, ob die Vorstrafe auf Grund des StGB oder eines Spezialgesetzes oder ob sie auf Grund des bürgerlichen oder des militärischen Strafrechts gehandelt worden sei. Ein Antrag, nur die wegen *gemeiner* Verbrechen und Vergehen verbüsst Vorstrafen zu berücksichtigen, drang in der Expertenkommission nicht durch (Protokolle der zweiten Expertenkommission 1 417 ff.). Es dürfen daher von den im Militärstrafgesetz mit Strafe bedrohten Handlungen die rein militärischen Verbrechen und Vergehen nicht anders behandelt werden als die gemeinen. Allerdings gibt es Handlungen, welche bloss deshalb strafbar sind, weil sie der militärischen Disziplin widersprechen. Soweit sie leichter Natur sind, stempelt sie das Militärstrafgesetz selber zu blossen Disziplinarfehlern, und soweit sie schwer sind, betrachtet sie das MStG als Verbrechen und Vergehen. Die Grenze zwischen Disziplinarfehlern einerseits und Verbrechen und Vergehen andererseits wird somit vom MStG selber gezogen, und zwar grenzt es die Verbrechen und Vergehen nach den gleichen Gesichtspunkten ab wie das StGB (Art. 9 bis MStG, Art. 9 StGB). Daher dürfen nicht ungeachtet dieser Unterscheidung bei Anwendung des Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 StGB die Verbrechen und Vergehen gegen die militärische Disziplin den Disziplinarfehlern gleichgesetzt werden, dies umso weniger, als die schweizerische Armee mit dem Volke so verwachsen ist, dass Verstösse gegen ihre Interessen gemeinhin verpönt werden und daher bei den bürgerlichen Gerichten nicht die grössere Rücksicht verdienen als bei den Militärgerichten.

3. — Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 StGB unterscheidet auch nicht, wie die Freiheitsstrafe *vollzogen* worden ist. Verlangt wird bloss, dass sie überhaupt vollzogen worden sei. Der Grund liegt darin, dass ein Verurteilter, welcher trotz Vollzugs der Freiheitsstrafe sich binnen fünf Jahren wieder

vergeht, für weniger besserungsfähig gehalten wird und daher strenger angefasst werden muss als einer, der in den letzten fünf Jahren vor Verübung der Tat keine Freiheitsstrafe verbüsst hat. Es ist daher unerheblich, dass der militärische Vollzug einer Gefängnisstrafe zum Teil aus ähnlichen Gründen zugebilligt wird, wie der bedingte Strafvollzug, nämlich um dem Verurteilten die Berührung mit gemeinen Sträflingen zu ersparen. Wesentlich ist, dass eine militärisch vollzogene Gefängnisstrafe im Gegensatz zu einer mit bedingtem Strafvollzug ausgesprochenen *vollzogen* worden ist und der Verurteilte trotz dieser Sühne sich binnen fünf Jahren wieder vergangen hat. Die Unterscheidung zwischen bürgerlichem und militärischem Vollzug wäre auch unbillig, denn gemäss Art. 1 der Verordnung vom 29. November 1927 betreffend den militärischen Vollzug der Gefängnisstrafe ist die letztgenannte Vollzugsart nur zulässig, wenn der Verurteilte von seiner Strafe noch mindestens vierzehn Tage zu erstehen hat. Einem Verurteilten, dessen Strafe diese Voraussetzung erfüllt, könnte für die spätere Strafe der bedingte Vollzug gewährt werden, nicht aber einem andern, milder bestrafte. Die Meinung der Vorinstanz, die Gleichbehandlung dürfe dadurch hergestellt werden, dass ein Verurteilter, der weniger als vierzehn Tage Gefängnis zu verbüssen und aus diesem Grunde den militärischen Vollzug nicht erhalten hatte, gleich zu behandeln sei, wie wenn er ihn erhalten hätte, findet im Gesetz keine Stütze. Sie könnte praktisch auch nicht angewendet werden, da bei Ausfällung einer Gefängnisstrafe, von der nicht noch mindestens vierzehn Tage zu vollziehen sind, das Gericht nicht zu prüfen hat und in der Regel auch nicht prüft, ob der militärische Vollzug gewährt werden könnte, wenn dem nicht die Kürze der Strafe entgegenstände. Unbillig wäre die Unterscheidung zwischen bürgerlichem und militärischem Strafvollzug ferner deswegen, weil der letztere nur Militär- und Hilfsdienstpflichtigen nicht auch Zivilpersonen, die dem Militärstrafgesetz unterstehen, zugebilligt werden kann.

4. — Von einer militärisch vollzogenen Gefängnisstrafe kann auch nicht gesagt werden, sie sei keine Freiheitsstrafe im Sinne des Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 StGB. Dadurch, dass das Gesetz eine im Ausland verbüsstete Freiheitsstrafe als geeignet erklärt, den bedingten Vollzug für eine spätere Strafe auszuschliessen, bringt es zum Ausdruck, dass nichts darauf ankommen soll, ob die Freiheitsstrafe ihrer Art nach dem StGB bekannt sei. Andernfalls könnten z. B. auch die ihrer Art nach dem StGB nicht bekannten Vorstrafen des alten kantonalen Rechts dem bedingten Strafvollzug nicht entgegenstehen, was mit dem Zweck des Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 StGB nicht in Einklang stünde.

5. — Der bedingte Strafvollzug darf somit Walter Hutiger nicht gewährt werden.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 26. Juni 1942 aufgehoben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

## II. ZOLLGESETZ

### LOI SUR LES DOUANES

#### 39. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 11. Dezember 1942 i. S. Bundesanwaltschaft gegen Suter.

Art. 77 Abs. 4 ZG.

1. Vom Vorwurf der Fahrlässigkeit entlastet ist nicht nur, wer alles getan hat, was das Gesetz objektiv von ihm verlangt, sondern auch, wer in seiner Person liegende Entschuldigungsgründe nachweist.
2. Auch wer bloss als Beauftragter zollmeldepflichtig ist, hat sich zu vergewissern, was er über die Zollgrenze schafft, und darf sich nicht auf die Angaben des Auftraggebers verlassen.