

fassung, nach eidgenössischem Recht (Art. 144 StGB) sei Hehler nur, wer vorsätzlich oder grob fahrlässig handle. Man könne ihm weder das eine noch das andere vorwerfen. Daher hätte das für ihn mildere neue Recht angewendet werden sollen.

D. — Der Staatsanwalt des Kantons Nidwalden beantragt, auf die Nichtigkeitsbeschwerde sei nicht einzutreten. Eventuell sei die Beschwerde abzuweisen, denn der Beschwerdeführer müsse gewusst haben, dass Beutter die Fahrräder nicht auf ehrliche Weise erworben haben konnte.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

3. — Hehler ist, wer eine Sache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine strafbare Handlung erlangt worden ist, erwirbt, sich schenken lässt, zum Pfande nimmt, verheimlicht oder absetzen hilft (Art. 144 Abs. 1 StGB). Dass Hehlerei auch fahrlässig begangen werden könne, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Nach Art. 18 Abs. 1 StGB erfordert sie deshalb Vorsatz. Die Wendung, es sei auch Hehler, wer von der Sache annehmen müsse, dass sie durch strafbare Handlung erworben worden ist, bedeutet nur, es genüge, dass sich der Hehler der verdächtigen Herkunft der Sache bewusst sei. Hehler soll nicht nur sein, wer weiss, dass die Sache durch eine strafbare Handlung erworben worden ist, sondern auch, wer weiss, dass der Besitz des Vortäters *möglicherweise* auf strafbarer Handlung beruht. Wer das weiss, handelt nicht fahrlässig, denn er *kennt* die Verdachtsgründe, derentwegen er nach dem Willen des Gesetzes die Hände von der Sache lassen sollte, und *will* sich über die Bedenken hinwegsetzen. Auch in diesem Falle ist der Hehler bösgläubig. Wer die Verdachtslage verkennt, wenn auch aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit und somit fahrlässig, ist gutgläubig und verdient die strenge Strafe der Hehlerei nach Art. 144 StGB nicht.

4. — Dies heisst nicht, dass der Beschwerdeführer hätte freigesprochen werden sollen, weil ihm die Vorinstanz bloss Fahrlässigkeit vorwirft. Damit gesagt werden kann, ob das neue Recht für ihn milder sei, muss der Tatbestand ohne Rücksicht auf die Qualifikation, welche er nach altem Recht verdient, unter den Gesichtspunkten des neuen Rechts beurteilt werden (BGE 68 IV 130).

So gesehen, ist die Tat vorsätzlich begangen. Der Verdacht, dass sich Beutter die Fahrräder durch strafbare Handlung verschafft haben könnte, ergab sich daraus, dass er sie in einem Zeitpunkt zunehmender Verknappung in grosser Zahl und immer zu stark untersetztem Preise abgab, und dies, ohne von Berufes wegen mit Fahrradhandel zu tun zu haben. Diese Tatsachen waren dem Beschwerdeführer bekannt und folglich auch die Verdachtslage, in welcher er erwarb.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

15. Urteil des Kassationshofes vom 9. April 1943

i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau gegen Scherer.

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. 144 Abs. 1 StGB, Hehlerei (Erw. 4).
 3. Der Strafantrag ist Prozessvoraussetzung (Erw. 5).
 4. Rückzug des Strafantrags gegen den Vortäter hindert die Bestrafung des Hehlers nicht (Erw. 6).
1. Art. 2 al. 2 CP. Lorsque l'infraction est punissable d'après le nouveau droit sous un autre aspect que d'après l'ancien, le nouveau droit a cependant effet rétroactif s'il est plus favorable à l'inculpé (consid. 1).
 2. Art. 144 al. 1 CP, recel (consid. 4).
 3. La plainte pénale est une condition d'exercice de l'action publique (consid. 5).
 4. Le retrait de la plainte contre l'auteur de l'infraction principale n'empêche pas la condamnation du receleur (consid. 6).
1. Art. 2, cp. 2, CP. Se il reato è punibile secondo il nuovo diritto sotto un altro aspetto che secondo il vecchio diritto, il nuovo

diritto ha tuttavia effetto retroattivo, se è più favorevole all'imputato (consid. 1).

2. Art. 144 cp. 1 CP, ricettazione (consid. 4).

3. La querela penale è presupposto processuale (consid. 5).

4. Il ritiro della querela penale contro l'autore del reato principale non impedisce la condanna del ricettatore (consid. 6).

A. — Im September und Oktober 1941 stahl Arnold Egloff seiner Tante in Nieder-Rohrdorf, mit welcher er im gemeinsamen Haushalt lebte, unter drei Malen insgesamt Fr. 900.—. Dieses Geld verbrauchte er im Herbst 1941, indem er mit Josef Scherer Wirtschaften besuchte und mit ihm eine Vergnügungsreise unternahm, wobei er jeweilen für die gemeinsamen Kosten aufkam. Scherer wusste, dass Egloff das so ausgegebene Geld gestohlen hatte.

B. — Egloff wurde für die erwähnten Diebstähle nicht bestraft, da seine Tante den Strafantrag zurückzog und das Bezirksgericht Baden annahm, er sei im Sinne des Art. 137 Ziff. 3 StGB ihr Familiengenosse gewesen. Dagegen erklärte das gleiche Gericht Scherer am 14. Juli 1942 der Hehlerei schuldig.

Das Obergericht des Kantons Aargau hiess am 29. Januar 1943 die Beschwerde des Verurteilten gut und sprach ihn von der Anschuldigung der Hehlerei frei. Es nahm an, der Strafantrag sei gemäss Art. 28 StGB nicht Prozessvoraussetzung, sondern Strafbarkeitsbedingung. Egloff habe daher für seine Handlungen nach dem Rückzug des Strafantrages nicht bloss nicht mehr verfolgt werden dürfen, sondern sie seien überhaupt nicht strafbar. Das komme auch Scherer zugute, weil Hehlerei gemäss Art. 144 StGB eine strafbare Vortat voraussetze.

C. — Mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau, das Urteil des Obergerichtes sei aufzuheben. Die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie Scherer gemäss Art. 144 StGB bestrafe. Zur Begründung wird ausgeführt, der Strafantrag sei bloss Prozessvoraussetzung; sein Rückzug habe der Tat des Egloff die Straf-

barkeit nicht genommen und komme gemäss Art. 26 StGB nur dem Dieb, nicht auch dem Hehler zugute.

D. — Der Beschwerdegegner macht geltend, er habe Egloff das Diebsgut nicht absetzen helfen; wenigstens habe er nicht gewusst, dass Egloff das Geld gestohlen habe. Er dürfe ferner schon deswegen nicht der Hehlerei im Sinne des Art. 144 StGB schuldig erklärt werden, weil das aargauische Recht, unter dessen Herrschaft er gehandelt habe, die Hehlerei überhaupt nicht gekannt habe, sondern bloss die Begünstigung. Die Bestrafung wegen Hehlerei würde dem Grundsatz « nulla poena sine lege » widersprechen. Zudem sei die Begünstigung, weil akzessorischer Natur, das leichtere Vergehen. Dem Rückzug des Strafantrages gegen Egloff schreibt der Beschwerdegegner die gleiche Wirkung zu wie das Obergericht.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. — Der Beschwerdegegner darf nicht schon deswegen nicht nach neuem Recht bestraft werden, weil das alte Recht den Begriff der Hehlerei nicht kennt. Die Tat ist nach beiden Rechtsordnungen zu würdigen. Ist das neue Recht für den Täter milder, so wirkt es zurück, auch wenn die Tat nach altem Recht eine andere Qualifikation verdient hätte (BGE 68 IV 129).

2. — Der Kassationshof urteilt nur nach neuem Recht. Ergibt sich daraus nicht, dass der Beschwerdegegner zu Recht freigesprochen worden ist, so wird die Vorinstanz die Tat auch noch nach altem Recht würdigen und die Ergebnisse miteinander vergleichen müssen. Ist das Ergebnis nach altem Recht nicht strenger als nach neuem, so wird altes Recht anzuwenden sein (Art. 2 StGB).

3. — Die Vorinstanz erklärt, der Beschwerdegegner habe gewusst, dass Egloff das gemeinsam verbrauchte Geld gestohlen habe. Diese tatsächliche Feststellung ist für den Kassationshof verbindlich.

4. — Hehlerei ist nur an der durch strafbare Handlung erlangten Sache selbst möglich, nicht auch an der durch

Veräusserung dieser Sache erzielten Gegenleistung (BGE 68 IV 136). Der Beschwerdegegner hat indessen nicht Sachen angenommen, welche Egloff mit gestohlenem Gelde erworben hatte. Vielmehr begab er sich mit ihm und auf seine, des Egloff, Kosten in Wirtschaften und auf die Reise und half dadurch das Diebsgut *absetzen*. Es kommt nicht darauf an, ob dabei das verausgabte Geld durch die Hände des Beschwerdegegners floss. Es genügt, dass er sich als Mitzecher und Reisebegleiter von Egloff aushalten liess und so bewusst dazu beitrug, dass dieser das gestohlene Geld rascher los wurde. Der Beschwerdegegner machte sich dadurch zum Hehler (Art. 144 Abs. 1 StGB).

5. — Art. 28 Abs. 1 StGB bestimmt: « Ist eine Tat nur auf Antrag strafbar, so kann jeder, der durch sie verletzt worden ist, die Bestrafung des Täters beantragen. » Aus den Worten « nur auf Antrag *strafbar* » leitet die Vorinstanz ab, das Gesetz betrachte den Antrag als Strafbarkeitsbedingung, nicht als Prozessvoraussetzung. Dies wäre richtig, wenn Art. 28 Abs. 1 StGB den Zweck hätte, diese Frage zu entscheiden. Das ist nicht der Fall, denn die erwähnte Bestimmung will bloss die Legitimation zur Stellung des Strafantrages regeln. Zur Entscheidung der Frage, ob der Strafantrag Strafbarkeitsbedingung oder Prozessvoraussetzung sei, sind die besonderen Bestimmungen des Strafgesetzbuches herbeizuziehen. Sie lassen sich in zwei Gruppen einteilen. Die einen erwähnen den Strafantrag im Zusammenhang mit der Strafdrohung durch die Wendung: « wird, auf Antrag, mit bestraft » (z. B. Art. 123). Hier kann man aus dem Wort « bestrafen » nichts ableiten, denn es wird wegen der Strafdrohung, nicht wegen des Hinweises auf das Erfordernis des Strafantrages verwendet. Der Gesetzgeber hatte bei dieser Fassung nicht die Wahl zwischen den Worten « bestrafen » und « verfolgen ». Anders in der zweiten Gruppe von Bestimmungen (Art. 137 Ziff. 3, 140 Ziff. 3, 148 Abs. 3, 159 Abs. 3, 165 Ziff. 2, 254 Abs. 2). Sie nennen alle den Antrag als Voraussetzung der Verfolgung, nicht der Straf-

barkeit. Dies wenigstens im deutschen und im französischen Text, während der italienische bloss in Art. 165 Ziff. 2 das Wort « *perseguito* » (verfolgt) verwendet. Eine analoge Regelung findet sich in Art. 302 StGB, welcher von den Ermächtigungsdelikten handelt und die Ermächtigung (des Bundesrates) in allen drei Texten als Voraussetzung der *Strafverfolgung* erklärt. Des weitern spricht das Gesetz überall dort von « verfolgen », nicht von « bestrafen », wo es durch die Wendung « von Amtes wegen » hervorhebt, dass ein Antrag nicht erforderlich ist (Art. 123, 125 Abs. 2, 145 Abs. 2, 183 Abs. 3).

Auch bei Betrachtung des Werdeganges lässt sich dem Gesetz der Wille, den Strafantrag zur Strafbarkeitsbedingung zu machen, nicht entnehmen. Die Expertenkommissionen legten zwar dem Strafantrag diese Bedeutung bei (Verhandlungen der ersten Expertenkommission I 20 f.; Protokoll der zweiten Expertenkommission I 174). Die damaligen Vorentwürfe — und zwar nicht nur in der allgemeinen, sondern auch in den besondern Bestimmungen — lauteten denn auch dahin, dass beim Vorliegen eines Strafantrages *bestraft* (nicht verfolgt) werde. In der Fassung vom August 1915 wurde dann im besonderen Teil der Strafantrag durch jene Bestimmungen, welche ihn nicht im Zusammenhang mit der Strafdrohung erwähnen, als Voraussetzung der Strafverfolgung hingestellt, während er in der allgemeinen Bestimmung (Art. 29) immer noch als Voraussetzung der Strafbarkeit galt. Im Vorentwurf 1916 (Art. 29) und im Entwurf des Bundesrates von 1918 (Art. 27) verwendete dann auch die allgemeine Bestimmung das Wort « verfolgen ». In den parlamentarischen Beratungen nahm man zu der Frage nicht Stellung; der Wortlaut des Entwurfes wurde gutgeheissen. Erst die Redaktionskommission ersetzte in der allgemeinen Bestimmung (Art. 27 = Art. 28 des Gesetzes) die Wendung « auf Antrag zu verfolgen » durch die Worte « auf Antrag strafbar ». Den Sinn zu ändern, war nicht ihre Aufgabe. In den besondern Bestimmungen liess sie das Wort

« verfolgen » stehen. Anlässlich der Schlussabstimmung äusserten sich die eidgenössischen Räte zu der erwähnten Änderung nicht.

Das Gesetz sieht somit im Strafantrag eher eine Prozessvoraussetzung. Das einzige Argument, welches in der Beratung der ersten Expertenkommission für die gegen- teilige Auffassung angeführt wurde, wird von der Lehre heute nicht mehr anerkannt. Damals sagte man, es sei nicht wünschenswert, dass die Polizei vorsorgliche Massnahmen treffe, solange ein Antrag nicht gestellt sei, und dem beuge man nur vor, wenn man den Antrag zur Strafbarkeitsbedingung mache. Heute gelten solche Massnahmen als zulässig und unter Umständen wünschenswert, auch wenn ein Strafantrag noch fehlt.

Wäre der Antrag Strafbarkeitsbedingung, so könnte die Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnen, bevor er gestellt ist. Diese Folge wäre stossend. Auch ist es natürlicher, beim Fehlen des Strafantrags die Verfolgung einzustellen, nicht den Täter freizusprechen; denn der Richter hat sich über die Schuld dessen, der bloss mangels Strafantrags nicht bestraft wird, nicht auszusprechen.

6. — Ist der Strafantrag daher bloss als Prozessvoraussetzung zu betrachten, so hindert sein Rückzug nur die Verfolgung des Vortäters, nicht auch die Bestrafung des Hehlers, denn dieser ist nicht Teilnehmer an der Vortat. Auch setzt die Bestrafung des Hehlers nicht voraus, dass der Vortäter bestraft werde. Im vorliegenden Fall hat sich der Vortäter strafbar gemacht und kann bloss nicht verfolgt werden. Das genügt, den Hehler zu betrafen. Ob Hehlerei auch dann vorläge, wenn die Vortat eine bloss objektiv strafbare Handlung und der Vortäter aus subjektiven Gründen nicht strafbar wäre, braucht nicht entschieden zu werden.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargäu vom 29.

Januar 1943 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

16. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 21. Mai 1943 i. S. Elsasser gegen Generalprokurator des Kantons Bern.

1. *Art. 148 Abs. 1 StGB.* Betrug, begangen dadurch, dass der Irrende zum Abschluss eines widerrechtlichen Geschäftes und zur Vorleistung bestimmt wird (Erw. 3).
 2. *Art. 18 Abs. 2 StGB.* Eventualvorsatz (Erw. 4 und 5).
 3. Eventuelle Bereicherungsabsicht beim Betrug (Erw. 8).
1. *Art. 148 al. 1^{er} CP.* *Escroquerie* consistant à amener la personne induite en erreur à conclure un marché illicite et à exécuter d'avance la prestation (consid. 3).
 2. *Art. 18 al. 2 CP.* *Dol éventuel* (consid. 4 et 5).
 3. Intention éventuelle de s'enrichir en cas d'escroquerie (consid. 8).
1. *Art. 148 cp. 1 CP.* *Truffa* consistente nell'indurre la persona ingannata a concludere un negozio giuridico illecito e ad eseguire in anticipo la sua prestazione (consid. 3).
 2. *Art. 18 cp. 2 CP.* *Dolo eventuale* (consid. 4 e 5).
 3. Intenzione eventuale di arricchirsi in caso di truffa (consid. 8).

A. — Das eidgenössische Kriegsernährungsamt teilte Ernst Hertig vom Juli 1941 bis Februar 1942 zur Herstellung chemischer Produkte 10,294 kg. Zucker zu, der auf Böden von Lagerhäusern und Bahnwagen zusammengewischt wurde. Hertig verkaufte einen Teil des Zuckers in Verletzung der Zuteilungsbedingungen an Bäcker weiter. Er suchte in der Folge Käufer für wesentlich mehr Ware, als er besass oder an weiteren Zuteilungen durch das Kriegsernährungsamt erwarten konnte. Werner Elsasser war ihm dabei behilflich. Im November oder Dezember 1941 bot Elsasser dem A. und dem B. fünf Tonnen Zucker an und verlangte Vorauszahlung des Preises von Fr. 11,500.—. Beide Interessenten lehnten das Angebot ab. Im März 1942 führte Elsasser die Bäckermeister C. und D. mit Hertig zusammen. Dem erstgenannten offerierten Elsasser und Hertig gegen Vorauszahlung eine Tonne Zucker für Fr. 2500.—. C. lehnte ab. D. kaufte