

S. 110 / Nr. 23 Strafgesetzbuch (d)

BGE 68 IV 110

23. Urteil des Kassationshofes vom 30. Oktober 1942 i.S. Lienert gegen Schwyz Staatsanwaltschaft.

Regeste:

Art. 335 Ziff. I Abs. I StGB: Die Kantone sind nicht befugt die einfache Unzucht mit Strafe zu bedrohen; § 11 der schwyzerischen Verordnung über das Verfahren im Vaterschaftsprozess ist bundesrechtswidrig.

Art. 335, ch. 1, al. I CP: Les cantons n'ont pas le droit de frapper d'une peine la simple débauche; le § 11 de l'ordonnance schwyzoise sur la procédure en matière de recherche de paternité est contraire au droit fédéral.

Art. 335, cifra 1, cp. 1 CPS: I cantoni non hanno la facoltà di colpire con una pena gli atti di semplice libidine; il § 11 dell'ordinanza svittese sulla procedura nelle cause di paternità e contrario al diritto federale.

A - Auf Grund ihres Geständnisses steht fest, dass Fräulein O. und der Beschwerdeführer, im November oder Dezember 1941, geschlechtlich miteinander verkehrt haben. Deswegen wurden sie durch Urteil des Bezirksgerichtes Einsiedeln vom 24. März 1942 gestützt auf § 11 der

Seite: 111

Verordnung über das Verfahren in Vaterschaftssachen und § 1 EG zum StGB der einfachen Unzucht schuldig erklärt und mit je 20 Fr. gebüsst. Die Berufung des Beschwerdeführers gegen dieses Urteil hat das Kantonsgericht Schwyz mit Urteil vom 28. Mai 1942 abgewiesen. Dem Einwand des Angeklagten, dass das StGB die einfache Unzucht nicht mehr unter Strafe stelle, infolgedessen als das mildere im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StGB anwendbar sei, hält das Urteil entgegen, dass gemäss Art. 335 Abs. 1 StGB den Kantonen die Gesetzgebung über das Übertretungsstrafrecht insoweit vorbehalten sei, als es nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung bilde. Nach dieser klaren und eindeutigen Bestimmung seien die Kantone befugt, alle diejenigen Tatbestände, welche nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung sind, als Übertretungen zu qualifizieren und unter Strafe zu stellen. Die einfache Unzucht sei nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung, denn sie sei im Bundesrecht gar nicht erwähnt. Die Regelung der Übertretungen gegen die Sittlichkeit im StGB sei nicht erschöpfend.

B. - Gegen dieses Urteil hat der Beschwerdeführer rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts erklärt, in der er geltend macht, dass der Tatbestand der einfachen Unzucht Gegenstand der Bundesgesetzgebung sei, und zwar in dem Sinne, dass er straffrei bleibe. Diese Meinung des Gesetzgebers ergebe sich auch zweifelsfrei aus den Materialien. Die Staatsanwaltschaft beantragt Abweisung der Beschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

Im Urteil vom 15. Mai 1942 i.S. Marie X hat der Kassationshof ausgesprochen, dass die Kantone nicht schon dann befugt sind, einen bestimmten Tatbestand als Übertretung zu erklären, wenn er nicht vom eidgenössischen Recht unter Strafe gestellt ist. Die Nichtaufnahme eines Tatbestandes kann bedeuten, dass er überhaupt straflos bleiben muss, also auch nicht als kantonale Übertretung

Seite: 112

geahndet werden darf. Ob ein solches qualifiziertes Schweigen vorliegt, hängt im einzelnen Falle davon ab, was vernünftigerweise als Wille des Gesetzgebers angesehen werden muss. Dabei ist von Bedeutung, ob der Bundesgesetzgeber ein bestimmtes strafrechtliches Gebiet überhaupt nicht behandelt, ob er bloss einige wenige Tatbestände daraus unter Strafe gestellt, oder ob er die Materie durch ein geschlossenes System von Normen geregelt hat. In den beiden ersten Fällen bleibt Raum für kantonale Übertretungen, nicht dagegen im letzten, es sei denn, dass der Gesetzgeber ausnahmsweise im geschlossenen System eidgenössischer Strafnormen absichtlich Lücken gelassen habe, um den von Kanton zu Kanton wechselnden Ansichten über die Strafwürdigkeit eines bestimmten Tatbestandes Rechnung zu tragen. Der Kassationshof hat hinsichtlich der gewerbsmässigen Unzucht solche Lücke im Titel des StGB über die strafbaren Handlungen gegen die Sittlichkeit verneint und die Zuständigkeit der Kantone, sie als Übertretung unter Strafe zu stellen, ausgeschlossen (BGE 68 IV 40). Das hat natürlich a fortiori von der einfachen Unzucht zu gelten; es ist nicht denkbar, dass der eidgenössische Gesetzgeber zwar die gewerbsmässige Unzucht straffrei lassen, dagegen die Bestrafung der einfachen Unzucht den Kantonen vorbehalten wollte.

Entfällt aber die Strafbarkeit der einfachen Unzucht nach dem neuen Recht, dann hat dieses als das mildere gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB auf die Beurteilung der vor seinem Inkrafttreten begangenen

Unzucht zurückzuwirken.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 28. Mai 1942 aufgehoben und die Sache zur Freisprechung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Vgl. auch Nr. 25. - Voir aussi no 25