

S. 445 / Nr. 69 Organisation der Bundesrechtspflege (d)

BGE 61 I 445

69. Urteil des Kassationshofs vom 23. Dezember 1935 i. S. Rüttimann gegen Staatsanwaltschaft Zürich.

Seite: 445

Regeste:

Bedingter Strafvollzug, Art. 335 BStrP. Bei Vorliegen der in Art. 335 Abs. 2-4 genannten Voraussetzungen darf der Richter den Strafaufschub nur verweigern, wenn im konkreten Falle besondere Umstände vorliegen, welche dessen Anwendung als zweckwidrig erscheinen lassen. - Gegen die Verweigerung ist die Nichtigkeitsbeschwerde nur gegeben, wenn der Richter das ihm in Art. 335 gelassene Ermessen überschritten hat.

A. - Jakob Rüttimann in Arni ist vom Obergericht des Kantons Zürich durch Urteil vom 24. Oktober 1935 wegen fortgesetzter Milchfälschung (Zusatz zentrifugierter Magermilch) gestützt auf Art. 36 und 37 LMG zu 3 Wochen Gefängnis und 500 Fr. Geldbusse verurteilt worden unter Ablehnung des bedingten Strafvollzugs des Art. 335 BStrP. Die Ablehnung ist damit begründet, dass der Angeklagte bereits früher einmal neben seinem Bruder in ein Strafverfahren wegen Milchfälschung verwickelt war, wo er freigesprochen wurde. Trotz Freisprechung sei ihm dieses Verfahren natürlich eine deutliche Warnung gewesen, die aber, wie der vorliegende Fall zeige, nicht genügend gewirkt habe. Das lasse seinen Charakter nicht in günstigem Licht erscheinen. Dazu komme noch, dass er einen erheblichen deliktischen Willen und eine Beharrlichkeit an den Tag legte, die kaum erwarten lassen, dass er sich ohne Vollzug der Freiheitsstrafe künftig an die Schranken der Rechtsordnung halten werde. Damit sei nicht gesagt, dass er etwa auch in anderer Beziehung zu Delikten neige; inbezug auf sein Gewinnstreben habe er aber zweifellos nicht genügenden innern Halt, der Versuchung zu widerstehen, es mit unredlichen Mitteln zu befriedigen.

B. - Die Verweigerung des bedingten Strafvollzugs greift der Verurteilte mit rechtzeitig eingereichter Kassationsbeschwerde an. Er bezeichnet die hierfür gegebene Begründung als willkürlich. Es sei nicht einzusehen, wieso

Seite: 446

der in der frühern Strafuntersuchung völlig unschuldig befundene Angeschuldigte diese zu Unrecht angehobene Strafuntersuchung als eine «deutliche Warnung» zu empfinden hatte und warum der Vorinstanz der Charakter dieser Person, die nach Jahren zum ersten Mal straffällig wurde, auf Grund dieser «deutlichen Warnung» in einem ungünstigen Licht erscheine. Auch der zweite von der Vorinstanz angeführte Grund des erheblichen deliktischen Willens, gefolgert aus der Tatsache, dass Rüttimann seine Tat fortgesetzt verübte, erscheine in einem andern Licht auf Grund der Feststellung des Obergerichts, dass er erhebliche Verluste aus Bürgschaften erlitten hatte und aus dieser prekären Situation heraus das Delikt begangen habe. Er wollte sich nicht bereichern, sondern nur seine grossen finanziellen Verluste einigermaßen ausgleichen; von einem Gewinnstreben im Sinne des obergerichtlichen Urteils könne nicht die Rede sein. Die fortgesetzte Verübung des Delikts könne nach seiner Natur nicht als Ausfluss eines intensiven verbrecherischen Willens gewertet werden, es liege ihm ein einmaliger auf den gewünschten Erfolg gerichteter Entschluss zugrunde. Da somit die im Gesetz aufgezählten Voraussetzungen für den bedingten Strafvollzug gegeben seien, müsse der Richter ihn gewähren, es stehe trotz der Ausdrucksweise des Gesetzes nicht mehr in seiner Hand, ihn zu verweigern.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

Der bedingte Strafvollzug ist durch Art. 335 BStrP an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Sind diese gegeben, so ist nach deutlicher Fassung des Gesetzes («der Richter kann den Vollzug einer Gefängnisstrafe... aufschieben») die Bewilligung des Strafaufschubes weiterhin in sein Ermessen gestellt. Dieses Ermessen ist jedoch kein völlig freies; Ermessen bedeutet nicht Willkür. Es kann nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, eine kriminalpolitisch so bedeutungsvolle und einschneidende Massnahme bei Vorhandensein der von ihm aufgestellten

Seite: 447

Voraussetzungen immer noch dem freien Befinden des Richters anheim zu geben, so etwa wie die Begnadigung zur freien Ausübung übertragen ist. Wenn er nicht überhaupt die Verpflichtung des Richters ausgesprochen hat, unter den angegebenen Voraussetzungen den Strafaufschub zu gewähren, so ist das im Bewusstsein geschehen, dass diese Voraussetzungen zwar im grossen und

ganzen, aber bei der Vielgestaltigkeit der Erscheinungen nicht ausnahmslos genügen, um die Gewährung nur dort zu garantieren, wo sie nach Sinn und Geist der Institution angezeigt erscheint. Daraus folgt, dass bei Vorliegen der im Gesetz erwähnten Voraussetzungen der Richter den Strafaufschub nur noch verweigern darf, wenn im gerade gegebenen Fall besondere Umstände vorliegen, welche die Anwendung des Strafaufschubes als zweckwidrig erscheinen lassen. Fehlen solche Umstände, so überschreitet der Richter sein Ermessen, wenn er den Strafaufschub verweigert (vgl. KIRCHHOFER, zu Art. 32 MStrG in SchwZStrR 42 S. 15 ff.).

Ein Entscheid, der sich in den Grenzen des Ermessens hält, unterliegt der Überprüfung des Kassationshofes nicht. Wohl aber liegt eine Rechtsverletzung im Sinne von Art. 269 BStrP vor, wenn der Richter sein Ermessen überschreitet.

Im vorliegenden Fall ist das nicht geschehen. Hier hat der urteilende Richter schon das Vorhandensein einer der im Gesetz genannten Voraussetzungen verneint, nämlich dass der Charakter des Verurteilten erwarten lasse, er werde durch diese Massnahme von weiteren Verbrechen und Vergehen abgehalten. Dies wird geschlossen aus der Intensität des verbrecherischen Willens, der in der fortgesetzten Ausübung der Milchfälschung zum Ausdruck gekommen ist und der nicht zur Annahme berechtigt, dass der Täter ohne Vollzug der Strafe genügend innern Halt besitze, um der Versuchung zu widerstehen, sein Gewinnstreben weiterhin mit unredlichen Mitteln zu befriedigen. Zur Verdeutlichung des ungenügenden Halts wird noch

Seite: 448

darauf hingewiesen, dass der Verurteilte sich eine frühere Strafuntersuchung wegen Milchfälschung, in der er dann allerdings freigesprochen worden ist, nicht hat zur Warnung dienen lassen. Ob Vorleben und Charakter ein bestimmtes Verhalten erwarten lassen, ist wiederum in weitgehendem Masse eine Frage des Ermessens, das nur dann überschritten wäre, wenn die angestellten Überlegungen schlechterdings unhaltbar wären. Das kann keineswegs gesagt werden. Insbesondere war es nicht unzulässig, die frühere Strafuntersuchung, obschon sie zu einem Freispruch geführt hat, in der geschehenen Weise zu berücksichtigen. Denn wenn zwar Art. 335 al. 2 das Fehlen näher umschriebener Vorstrafen zu einer Bedingung des Strafaufschubes macht, so ist damit nicht zugleich gesagt, dass ein Strafverfahren, das zu keiner Bestrafung führte, keinerlei Bedeutung für die Entscheidung über den bedingten Strafaufschub haben könne. Es ist eine höchst natürliche, unmöglich zu verkennende Wirkung, dass das Erstehen einer Strafuntersuchung zur Warnung wird, und es ist daher durchaus gegeben, aus der Fruchtlosigkeit dieser Warnung auf mangelnden Halt zu schliessen, wie die Vorinstanz es getan.

In Wirklichkeit richtet sich die Rüge des Beschwerdeführers nicht gegen eine Überschreitung des Ermessens durch die Vorinstanz, sondern läuft sie darauf hinaus, dass die Vorinstanz von dem ihr zustehenden Ermessen unrichtigen Gebrauch gemacht habe und dass der Kassationshof sein eigenes Ermessen walten lasse.

Demnach erkennt der Kassationshof: Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten