

S. 33 / Nr. 5 Strafgesetzbuch (d)

BGE 68 IV 33

5. Urteil vom 25. März 1942 i.S. Ruch gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau.

Seite: 32

Regeste:

Art. 2 Abs. 2 und Art. 41 Ziff. 1 StGB;

das mildere Recht ist nicht durch abstrakte Vergleichung der in Betracht fallenden Strafandrohungen zu bestimmen, sondern durch Beurteilung der Tat sowohl nach dem alten als nach dem neuen Recht und Vergleichung der Resultate

Überprüfbarkeit des Entscheides über die Ablehnung des bedingten Strafvollzuges nur auf Ermessensüberschreitung.

Art. 2 al. 2 et 41 ch. 1 CP:

Le droit le plus favorable au prévenu doit être déterminé non par la comparaison abstraite des pénalités en présence mais par la comparaison des résultats auxquels conduit l'application de l'ancien et du nouveau droit.

En cas de refus du sursis, la cour de cassation peut seulement examiner si la juridiction inférieure a excédé son pouvoir d'appréciation.

Art. 2 cp. 2 e art. 41 cifra 1 CPS.

Il diritto più favorevole all'imputato non dev'essere determinato mediante il confronto astratto delle penalità che entrano in linea di conto, ma comparando i risultati cui conduce l'applicazione del vecchio e del nuovo diritto.

In caso di rifiuto della sospensione condizionale della pena, la corte di cassazione può esaminare soltanto se la giurisdizione inferiore ha ecceduto i limiti della sua facoltà di apprezzamento.

Das Obergericht des Kantons Thurgau verurteilte den Beschwerdeführer am 15. Januar 1942 wegen eines im Jahre 1941 begangenen Fahrraddiebstahls zu 5 Wochen Gefängnis. Es wendete kantonales Recht an, da das neue Recht nicht milder sei. Die formellen Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB bzw. § 1 lit. c des thurg. Gesetzes betr. den bedingten Straferlass) erklärte es nach beiden Rechten als gegeben, lehnte ihn aber wegen Unwürdigkeit des Beschwerdeführers ab.

Seite: 34

Mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde beantragt Ruch, die Sache sei unter Aufhebung des Urteils zurückzuweisen und die Vorinstanz zu verhalten, der Entscheidung neues Recht zugrunde zu legen, die Strafe zu ermässigen, dem Beschwerdeführer den bedingten Strafvollzug zu bewilligen und die Kosten neu zu verlegen. Es wird die Verletzung der Art. 2 Abs. 2 und 41 StGB geltend gemacht.

Die thurgauische Staatsanwaltschaft hat auf Abweisung der Beschwerde geschlossen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

Gemäss Art. 2 StGB findet auf die vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes verübte Tat das bisherige Recht Anwendung, es sei denn, dass das neue für den Täter das mildere Recht darstelle. Das behauptet der Beschwerdeführer, indem er nach dem alten Recht einen Strafraum errechnet, dessen Maximum erheblich über demjenigen des Art. 137 Ziff. 1 StGB liegt. Abgesehen davon, dass nach der für den Kassationshof verbindlichen Auslegung des alten Rechtes dessen Strafraum weniger weit ist als der neue, ist solche abstrakte Vergleichung der in Betracht fallenden Strafandrohungen für die Bestimmung des milderen Rechts abzulehnen. Sie widerspricht dem richtig verstandenen Sinn der Vorschrift des Art. 2 Abs. 2 StGB, die nur darnach zu fragen erlaubt, nach welchem der beiden Rechte der Täter für die gerade zu beurteilende Tat besser wegkommt, wobei nicht bloss die auszusprechende Strafe, sondern auch die Wohltat des bedingten Strafvollzuges in Berücksichtigung zu ziehen ist. Die Antwort hierauf kann nur die Beurteilung der Tat sowohl nach dem alten als auch nach dem neuen Recht und die Vergleichung der Resultate ergeben (vgl. dazu Kirchhofer, Fragen des neuen Militärstrafrechtes in ZStR 1929 S. 1 ff.). Diese Methode ist auch einfach und allenthalben durchführbar, während bei abstrakter Vergleichung sich nicht selten Unvergleichbares gegenüber

Seite: 35

steht. Der weitere Strafraum ist also nicht unbedingt entscheidend für die Wahl des anzuwendenden Rechtes, denn die grössere Freiheit in der Strafzumessung, die damit dem Richter eingeräumt ist, soll lediglich ermöglichen, den besonders Umständen des Einzelfalls vermehrte

Rücksicht zu tragen, und braucht sich nur in extremen Fällen praktisch auszuwirken; jener bedeutet darum noch nicht, dass der Richter die konkrete Tat milder bzw. strenger beurteile, als dem engem Rahmen des andern Rechts entspricht. Ebenso wenig ist massgebend, dass das neue Recht den bedingten Strafvollzug unter leichtere oder strengere Voraussetzungen stellt als das andere, wenn die Voraussetzungen nach beiden entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind.

Die Vorinstanz hat die Vergleichung der beiden Rechte in dieser Weise angestellt und ist zum Schluss gelangt, dass das Vergehen des Angeklagten, nach bisherigem oder neuem Recht beurteilt, zur gleichen Strafe führen müsste und der bedingte Strafvollzug zu verweigern sei. Die Beurteilung nach dem ersteren entzieht sich der Überprüfung des Kassationshofes und diejenige nach dem letztem ist mit Recht nicht gerügt, abgesehen von der Frage des bedingten Strafvollzuges, deren richtige Entscheidung nach Auffassung des Beschwerdeführers zur Anwendung des neuen Rechts hätte führen müssen, welche Auffassung jedoch nicht geteilt werden kann.

Wohl gewährt das kantonale Recht den bedingten Strafvollzug nur, wenn bei Beurteilung seit dem Vollzug einer früheren wegen eines vorsätzlichen Vergehens ausgefallten Freiheitsstrafe mehr als 10 Jahre zurückliegen. Da der Beschwerdeführer diese Voraussetzung aber erfüllt, wirkt sich das alte Recht für ihn auch in dieser Beziehung nicht strenger aus als das neue, dessen Frist zwischen Verbüssung der Strafe für ein früheres und Verübung des neuen Deliktes nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 nur 5 Jahre beträgt. Es ist lediglich zu prüfen, ob die Vorinstanz dem Beschwerdeführer den bedingten Strafvollzug auch nach

Seite: 36

dem neuen Recht im Hinblick auf die Prognose hätte verweigern dürfen, die sich aus Vorleben und Charakter ergibt. Dabei ist der Kassationshof nicht frei; denn es handelt sich um eine Ermessensfrage, die von ihm nur daraufhin überprüft werden kann, ob der Richter das ihm zustehende Ermessen überschritten habe. Das träfe etwa dann zu, wenn er den Strafaufschub für die Verbrechenskategorie des Fahrraddiebstahls aus generalpräventiven Gründen schlechtweg ausgeschlossen hätte (BGE 61 I 446, 63 I 265). Dem ist nicht so. Der Beschwerdeführer behauptet selbst nur, die Verweigerung sei «nicht ohne jeglichen Anklang an generalpräventive Überlegungen» geschehen. Damit gibt er zu, dass die Generalprävention nicht das Motiv der Verweigerung darstellt. Die Entscheidung ist tatsächlich mit der Unwürdigkeit des Täters begründet, und diese ist daraus abgeleitet, dass er bei der Tatbegehung ohne jedes Bedenken gehandelt habe, wegen Diebstahls vorbestraft sei und von der Wiederholung des Deliktes abgeschreckt werden müsse. Fiel darnach der bedingte Strafvollzug auch nach dem neuen Recht weg, so blieb es dabei, dass der Angeklagte nach dem bisherigen Gesetz zu beurteilen war.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen