

S. 107 / Nr. 29 Strafgesetzbuch (d)

BGE 70 IV 107

29. Urteil des Kassationshofes vom 30. Juni 1944 i.S. Gammenthaler gegen Generalprokurator des Kantons Bern.

Regeste:

Art. 41 Ziff. 3 StGB. Die Strafe ist auch dann vollziehen zu lassen, wenn dem Verurteilten für das während der Probezeit begangene neue Verbrechen oder Vergehen wiederum der bedingte Strafvollzug zugebilligt worden ist.

Art. 41 ch. 3 CP. Le juge doit ordonner l'exécution de la peine même lorsque le condamné qui encourt durant le délai d'épreuve une nouvelle peine pour un crime ou un délit est mis à nouveau au bénéfice du sursis.

Art. 41, cifra 3 CP. Il giudice deve ordinare l'esecuzione della pena anche se il condannato che incorre in una nuova pena per un crimine o un delitto durante il periodo di prova è messo nuovamente al beneficio della sospensione condizionale.

A. - Am 30. März 1944 hat das Obergericht des Kantons Bern den bedingten Strafvollzug, welchen das Amtsgericht von Bern Wilhelm Gammenthaler am 27. Mai 1942 für eine in Anwendung eidgenössischen Rechts ausgesprochene Gefängnisstrafe von fünfunddreissig Tagen

Seite: 108

gewährt hatte, gestützt auf Art. 41 Ziff. 3 StGB widerrufen, weil Gammenthaler am 8. Dezember 1943 vom Gerichtspräsidenten IV von Bern wegen einer während der zweijährigen Probezeit begangenen Veruntreuung zu vierzehn Tagen Gefängnis, wiederum bedingt vollziehbar, verurteilt worden war.

B. - Gammenthaler ficht den Entscheid des Obergerichtes mit der Nichtigkeitsbeschwerde an. Er beantragt dessen Aufhebung und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, damit sie die Strafe vom 27. Mai 1942 nicht vollziehen lasse. Der Beschwerdeführer macht geltend, Art. 41 Ziff. 3 StGB sei nicht nach seinem Wortlaut anzuwenden, denn das würde zu grossen Härten führen, was kaum die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein könne. Es wäre geradezu unlogisch, im vorliegenden Falle, wo für die während der Probezeit begangene strafbare Handlung wiederum nur eine bedingt vollziehbare Strafe ausgesprochen wurde, den Vollzug der ersten Strafe anzuordnen.

C. - Der Generalprokurator des Kantons Bern beantragt die Abweisung der Beschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

Gemäss Art. 41 Ziff. 3 StGB hat der Richter die Strafe, welche als bedingt vollziehbar ausgefällt worden ist, unter anderem dann vollziehen zu lassen, wenn der Verurteilte während der Probezeit vorsätzlich ein Verbrechen oder Vergehen begeht. Diese Bestimmung macht keine Ausnahme. Sie stellt es insbesondere nicht dem Ermessen des Richters anheim, von der Anordnung des Vollzugs dann abzusehen, wenn das während der Probezeit begangene Verbrechen oder Vergehen geringfügig ist. Diese Abweichung von der Ordnung, die vor dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches in gewissen Kantonen (z. B. Basel und Bern) galt und auch in der Literatur befürwortet wurde (vgl. u. a. MANTEL, Die Ergebnisse des bedingten Straferlasses in Deutschland, Belgien, Frankreich und der

Seite: 109

Schweiz S. 104; PFENNINGER in Festgabe zum schweiz. Juristentag 1928 S. 166), ist gewollt. Ein in der zweiten Expertenkommission gestellter Antrag, welcher dem Richter die Anordnung des Strafvollzugs bei Nichtbewährung des Verurteilten nicht zwingend vorschreiben, sondern bloss erlauben wollte, wurde abgelehnt (Protokoll 1 418, 426, 431), ebenso ein im Nationalrat anlässlich der Bereinigung der Differenzen gestellter Antrag, wonach der Richter ausnahmsweise befugt sein sollte, die Vollziehung der erkannten Strafe nicht zu verfügen, wenn das letzte beurteilte Verbrechen oder Vergehen geringfügiger Art ist (AStenBull NatR, Sonderausgabe 635 ff.). Der klare Wortlaut des Gesetzes deckt sich also mit dem aus den Materialien ersichtlichen Willen des Gesetzgebers, dahingehend, dass jedes während der Probezeit begangene Verbrechen oder Vergehen den Vollzug der Strafe nach sich ziehen soll (vgl. Votum GAUTIER, Protokolle der zweiten Expertenkommission 1 420).

Dieser Strenge des Art. 41 Ziff. 3 StGB steht die Nachsicht gegenüber, welche Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 zu üben gestattet. Diese Bestimmung schliesst den bedingten Strafvollzug nicht schon aus, wenn der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre wegen eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, sondern nur, wenn er innerhalb dieses Zeitraumes eine solche Strafe verbüsst hat. War die Strafe bedingt vollziehbar, so hindert Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 den Richter nicht, diese Massnahme auch für die zweite Strafe zu gewähren. Tut er dies, so verträgt sich

damit schlecht, dass die selbst nur bedingt sühnbare Tat den Vollzug der früheren Strafe nach sich ziehen soll. Man kann sich fragen, ob diese Ordnung darauf zurückzuführen ist, dass Art. 39 Ziff. 1 Abs. 2 des Entwurfes (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 des Gesetzes) nach dem von den eidgenössischen Räten unwidersprochen durchgelassenen Wortlaut in der Vorstrafe ein Hindernis des bedingten Strafvollzuges dann erblickte, wenn der Verurteilte sie «erlitten», nicht wenn

Seite: 110

er sie «verbüsst» hat. «Erlitten» brauchte nicht unbedingt im Sinne von «erstanden» - ein Ausdruck, den der Entwurf in der Bestimmung über den Rückfall (Art. 64) kannte und der mit «verbüsst» gleichbedeutend ist - aufgefasst zu werden. Die Meinung konnte dahin gehen, die Verurteilung zur Vorstrafe genüge, um den bedingten Vollzug für die spätere Strafe auszuschliessen. Die vom Beschwerdeführer als unlogisch gerügte Ordnung wäre dann erst durch die im Redaktionsverfahren erfolgte Ersetzung des Wortes «erlitten» durch «verbüsst» heraufbeschworen worden. Allein es sind auch andere Erklärungen möglich. Der Gesetzgeber kann sich z. B. vorgestellt haben, der Richter werde dem Verurteilten den bedingten Strafvollzug bei der zweiten Verurteilung nicht oder nur ganz ausnahmsweise gewähren, nämlich höchstens dann, wenn ernsthaft angenommen werden kann, der Verurteilte werde die zweite Bewährungsprobe besser bestehen als die erste.

Sei dem wie ihm wolle, der Kassationshof ist nicht befugt, sich über den unmissverständlichen Text des Art. 41 Ziff. 3, welcher den vom Gesetzgeber gewollten Sinn hat, hinwegzusetzen, um eine Ordnung, welche als zu wenig durchdacht erscheinen mag, zu verbessern.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen