S. 259 / Nr. 55 Verfahren (d)

BGE 76 IV 259

55. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 1. Dezember 1950 i. S. Schmucki gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau.

Regeste:

Art. 2 Abs. 2 StGB, Art. 269 Abs. 1 BStP. Wenn das kantonale Urteil unter altem Recht gefällt worden ist, kann der Kassationshof auf Nichtigkeitsbeschwerde hin nicht milderes neues Recht anwenden.

Seite: 260

Art. 2 al. 2 CP et 269 al. 1 PPF. Lorsque le jugement cantonal a été rendu sous l'empire de l'ancien droit, la Cour de cassation saisie d'un pourvoi en nullité ne peut appliquer le droit nouveau plus favorable au condamné.

Art. 2 cp. 2 CP e art. 269 cp. 1 PPF. Quando la sentenza cantonale è stata prolata in base al vecchio diritto, la Corte di cassazione non può applicare, 5,1 ricorso del condannato, il nuovo diritto che gli è più favorevole.

A. - Das Obergericht des Kantons Thurgau verurteilte Schmucki am 11. September 1947 wegen fahrlässiger Tötung und Übertretung des Motorfahrzeuggesetzes zu drei Monaten Gefängnis, schob den Vollzug bedingt auf und setzte dem Verurteilten fünf Jahre Probezeit. Am 25. September 1947 liess Schmucki an der Bezirksviehschau in Gommiswald ein Rind prämiieren, das unberechtigterweise eine Ohrmarke trug, die ihm Frau Schmucki eingesetzt hatte, und erschwandte dadurch einen Gutschein für eine Barprämie von Fr. 4.-. Am 13. April 1950 büsste ihn daher das Kantonsgericht von St. Gallen wegen Betrug von Fr. 100.-. Gestützt auf diese Verurteilung erklärte das Obergericht des Kantons Thurgau am 19. Oktober 1950 die am 11. September 1947 ausgesprochene Gefängnisstrafe als vollziehbar. Es führte aus, der Richter sei nach Art. 41 Ziff. 3 StGB zur Anordnung des Vollzuges verpflichtet, wenn der Verurteilte, wie das hier zutrefte, während der Probezeit vorsätzlich ein Verbrechen oder ein Vergehen begangen habe.

B. - Schmucki führt Nichtigkeitsbeschwerde mit den Anträgen, der Entscheid vom 19. Oktober 1950 sei aufzuheben, eventuell seien die Akten zu neuer Beurteilung an das thurgauische Obergericht zurückzuweisen, subeventuell sei das Urteil bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1950 betreffend Abänderung des schweizerischen Strafgesetzbuches aufzuschieben. Er vertritt die Auffassung, dass der Kassationshof mit Rücksicht auf das bevorstehende Inkrafttreten dieses Gesetzes auf die strenge Rechtsprechung zu Art. 41 Ziff. 3 zurückkommen sollte. Das würde zur Aufhebung des angefochtenen

Seite: 261

Entscheides führen, weil der Betrug vom 25. September 1947 ein besonders leichter Fall im Sinne des neuen Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB sei. Die subsidiär beantragte Verschiebung der Beurteilung würde erlauben, nach dem Inkrafttreten dieser Bestimmung das mildere neue Recht anzuwenden.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1.- Nach Art. 41 Ziff. 3 StGB lässt der Richter die Strafe vollziehen, wenn der Verurteilte während der Probezeit vorsätzlich ein Verbrechen oder Vergehen begeht. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist diese Voraussetzung auch erfüllt, wenn das während der Probezeit begangene Verbrechen oder Vergehen bloss mit Haft oder Busse gesühnt wird (BGE 72 IV 51; 74 IV 15). Die neue Fassung der Bestimmung durch Bundesgesetz vom 5. Oktober 1950 kann, solange sie nicht in Kraft getreten ist, nicht angewendet werden, noch vermag sie an der nach dem alten Wortlaut einzig möglichen Auslegung etwas zu ändern. Der angefochtene Entscheid verletzt das zur Zeit geltende Gesetz nicht der Beschwerdeführer hat während der ihm auferlegten Probezeit vorsätzlich ein Verbrechen begangen, hat also die bedingt aufgeschobene Strafe vom 11. September 1947 zu verbüssen.

2.- Nichtigkeitsbeschwerden, die nach geltendem Recht unbegründet sind, hat der Kassationshof abzuweisen. Es fehlt eine rechtliche Grundlage, mit der Beurteilung bis nach Inkrafttreten eines neuen Gesetzes zuzuwarten.

Die Verschiebung würde zudem dem Beschwerdeführer nichts nützen, weil auch dann das Bundesgericht nicht nach neuem Recht urteilen dürfte. Der Kassationshof ist nicht Sachrichter, sondern hat bloss zu prüfen, ob die kantonale Behörde auf den von ihr festgestellten Tatbestand das damals geltende Recht richtig angewendet hat. Dem entspricht, dass die Nichtigkeitsbeschwerde nicht von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung hat. Trotz Einlegung des Rechtsmittels bleibt der

kantonale Entscheid

Seite: 262

vollstreckbar, wenn nicht der Kassationshof oder dessen Präsident die Vollstreckung aufschiebt (Art. 272 letzter Absatz BStP). Eine Vollstreckung, die danach zulässig war, kann aber nicht nachträglich dadurch ungerechtfertigt werden, dass zur Zeit der Beurteilung der Nichtigkeitsbeschwerde anderes Recht gilt als bei der Beurteilung durch den Sachrichter. Die Rechtslage ist in dieser Beziehung ähnlich wie bei der Verfolgungsverjährung, die mit der Fällung des kantonalen Urteils aufhört (BGE 72 IV 106, 164; 73 IV 13). Anders wäre es nur, wenn das neue Gesetz rückwirkende Kraft auch gegenüber Entscheiden beanspruchen würde, die unter der Herrschaft des alten Rechts gefällt wurden. Das trifft nicht zu.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen