

S. 106 / Nr. 26 Strafgesetzbuch (d)

BGE 79 IV 106

26. Urteil des Kassationshofes vom 2. Oktober i. S. Nüssli gegen Staatsanwaltschaft des Kantons St.Gallen

Regeste:

Art. 41 Ziff. 3 Abs. 1 und 2 StGB.

- a) Recht und Pflicht des Richters, den Vollzug einer bedingt aufgeschobenen Strafe anzuordnen oder eine Ersatzmassnahme zu treffen, sind nicht befristet (Erw. 2).
- b) Voraussetzungen von Ersatzmassnahmen, insbesondere bei Nichtbefolgung einer Weisung (Erw. 1 und 3).
- c) Im Verfahren auf Anordnung des Vollzugs oder einer Ersatzmassnahme hat der Richter einem vorsätzlichen Verbrechen oder Vergehen, das der Verurteilte während der Probezeit begangen hat, selbst dann Rechnung zu tragen, wenn deswegen kein Strafverfahren eröffnet worden ist (Erw. 3).
- d) Die zusätzliche Probezeit braucht nicht an die ursprüngliche anzuschliessen (Erw. 4).

Seite: 107

Art. 41, ch. 3, al. 1 et 2 CP.

- a) Le droit et le devoir du juge d'ordonner l'exécution d'une peine avec sursis ou de remplacer cette exécution par certaines mesures ne sont soumis à aucun délai (consid. 2).
 - b) Conditions des mesures remplaçant l'exécution, en particulier en cas d'infraction à une règle de conduite (consid. 1 et 3).
 - c) En ordonnant l'exécution de la peine ou en remplaçant cette exécution par d'autres mesures, le juge doit tenir compte d'un crime ou d'un délit commis intentionnellement par le condamné pendant le délai d'épreuve, même lors qu'aucune procédure pénale n'a été ouverte à raison de cette infraction (consid. 3).
 - d) Lorsque le juge prolonge le délai d'épreuve, il n'a pas besoin de faire partir ce nouveau délai du jour où l'ancien expirait (consid. 4).
- Art. 41 cifra 3 cp. 1 e 2 CP.
- a) Il diritto e il dovere del giudice di ordinare l'esecuzione della pena sospesa condizionatamente o di sostituire quest'esecuzione con altri provvedimenti non soggiaciono ad un termine (consid. 2).
 - b) Condizioni alle quali possono essere presi dei provvedimenti che sostituiscono l'esecuzione della pena, in modo particolare nel caso in cui il condannato trasgredisce una norma di condotta (consid. 1 e 3).
 - c) Ordinando l'esecuzione della pena o la sua sostituzione con altri provvedimenti il giudice deve tener conto d'un crimine o delitto commesso dal condannato durante il periodo di prova, anche se per questo reato non sia ancora stato aperto il procedimento penale (consid. 3).
 - d) Se il giudice prolunga il periodo di prova, il periodo supplementare non deve necessariamente cominciare il giorno in cui prese fine il periodo anteriore (consid. 4).

A. - Der selbständig erwerbende Schreiner Josef Nüssli, der monatlich etwa Fr. 300.- verdient, wurde in seinem im April 1945 angehobenen Ehescheidungsprozess vorsorglich verpflichtet, seiner Ehefrau an den Unterhalt seiner Kinder Rutli, geb. 1942, und Heidy, geb. 1944, monatlich Fr. 90.- zu bezahlen. Im Scheidungsurteil vom 16. April 1946, in dem die Kinder der Mutter zugesprochen wurden, setzte das Bezirksgericht Hinwil die Beitragspflicht auf monatlich Fr. 40.- für jedes Kind herab. Da Nüssli nur einmal, im Jahre 1945, Fr. 45. und dann böswillig nichts mehr leistete und da er sich auch der ihn nach Verdienstersatzordnung treffenden Beitragspflicht entzog sowie Beiträge seines Arbeiters der Erwerbenausgleichskasse nicht ablieferte, verurteilte ihn das Kantonsgericht von

Seite: 108

St. Gallen am 4. Mai 1948 in Anwendung der Art. 217 StGB, Art. 34 Abs. 1 al. 2 und 3 der Verdienstersatzordnung und Art. 18 Abs. 1 al. 2 und 3 der Ausführungsverordnung zur Lohnersatzordnung zu einem Monat Gefängnis. Es schob den Vollzug der Strafe bedingt auf, stellte den Verurteilten für drei Jahre unter Probe und wies ihn gemäss Art. 41 Ziff. 2 StGB an, «die rückständigen Unterhaltsbeiträge im Rahmen seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit abzuführen».

B. - Im August 1951 teilte das schweizerische Zentralpolizeibüro der Strafregisterbehörde des Kantons St. Gallen mit, dass Nüssli zu keiner weiteren Strafe verurteilt worden sei, und ersuchte sie, durch die zuständige Behörde prüfen zu lassen, ob er sich bewährt habe und der Eintrag im Strafregister zu löschen sei. Das Bezirksgericht Neutoggenburg traf die nötigen Erhebungen, worauf am 29. April 1953 die Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen dem Kantonsgericht beantragte,

das Urteil löschen zu lassen.

Am 4. Mai 1953 verlängerte indessen das Kantonsgericht die Probezeit «um eineinhalb Jahr, ab Datum des heutigen Entscheides» und wies Nüssli an, «an die ihm mit Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 16. April 1946 überbundenen Unterhaltsrenten monatliche Mindestbeträge von Fr. 30. zu entrichten».

Zur Begründung führte es aus: Während der am:3. Mai 1951 abgelaufenen Probezeit sei der Verurteilte nicht mehr straffällig geworden, und sein Verhalten sei zufriedenstellend gewesen. An Zahlungen habe er während der Probezeit nichts geleistet, weder die Untersuchungs- und Gerichtskosten, noch den bei der Erwerbsausgleichskasse ausstehenden Betrag von Fr. 77.90, noch die rückständigen oder laufenden Unterhaltsbeiträge an die Kinder. Im Urteil vom 4. Mai 1948 sei ihm auf Grund der von ihm selber genannten Zahlen betreffend die Höhe seines durchschnittlichen Einkommens und seine täglich für das Essen aufgewendeten Beträge zugemutet worden, sich einzuschränken, um seinen Verpflichtungen wenigstens zum

Seite: 109

Teil nachkommen zu können. Mindestens teilweise sei die Nichterfüllung der Unterhaltspflichten als böswillig erschienen. Während der Probezeit hätten keine wesentlich veränderten Verhältnisse vorgelegen. Der Verurteilte habe trotzdem nichts getan, um die Erwartung des Richters zu erfüllen. Bei wirklich gutem Willen wäre es ihm möglich gewesen, wenigstens einen kleinen Beitrag für seine Kinder zu erübrigen. Aus seinem Verhalten sei nun aber nicht ein Minimum von gutem Willen und nicht der bescheidenste Ansatz zu einem Versuch, etwas zu leisten, zu ersehen. Damit habe er das in ihn gesetzte Vertrauen getäuscht. Die Tatsache, dass er finanziell beschränkte Möglichkeiten habe und ihm keine förmliche Mahnung erteilt wurde, rechtfertige es immerhin, zur Zeit von der Anordnung des Strafvollzuges noch abzusehen und gemäss Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB die Probezeit um die Hälfte ihrer Dauer zu verlängern. Dass sie schon im Mai 1951 abgelaufen sei, hindere die Verlängerung nicht, da es verfahrensmässig unmöglich wäre, nach Ablauf der Probezeit die notwendigen Erhebungen durchzuführen und trotzdem noch während der Probezeit die Verlängerung anzuordnen. Ebenso leuchte ein, dass die neue Probezeit mit dem Tage des Entscheides, nicht mit dem Ende der abgelaufenen Probezeit zu laufen beginne, da der Verurteilte in der Zwischenzeit nicht unter der Drohung der allenfalls zu vollziehenden Strafe gestanden habe.

C. - Nüssli führt gegen den Entscheid vom 4. Mai 1953 Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, er sei aufzuheben und das Urteil vom 4. Mai 1948 im Strafregister zu löschen.

In der nach Art. 273 Abs. 2 BStP verbesserten Beschwerdeschrift macht er geltend, da gemäss Art. 73 Ziff. 1 StGB am:3. Mai 1953 Vollstreckungsverjährung eingetreten sei, dürfe Art. 41 Ziff. 3 StGB nicht mehr angewendet werden. Das dürfte selbst dann nicht mehr geschehen, wenn man annehmen wollte, die Vollstreckungsverjährung sei durch die Amtshandlungen im Verfahren auf Löschung des Strafregistereintrages unterbrochen worden. Es könne

Seite: 110

nicht der Sinn des Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB sein, dass die Probezeit Jahre nach ihrem Ablauf noch verlängert werden dürfe. Man hätte Gelegenheit gehabt, die nötigen Erhebungen alsbald nach Eingang der Meldung des Zentralpolizeibüros vom August 1951 zu treffen. Aus BGE 76 IV 11 sei zu schliessen, dass die Untersuchung unmittelbar anschliessend zu erfolgen habe. Könnte der Strafvollzug ohne zeitliche Grenze angeordnet werden, so wäre sein bedingter Aufschub nicht mehr eine Rechtswohltat oder ein Erziehungsmittel.

D. - Die Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen hat innert der ihr gesetzten Frist keine Gegenbemerkungen eingereicht.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1.- Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB sieht die Verwarnung des Verurteilten, die Auferlegung weiterer Bedingungen und die Verlängerung der Probezeit nur vor als Ersatzmassnahmen für die Anordnung des bedingt aufgeschobenen Strafvollzuges; sie sind nur zulässig, wenn an sich die Voraussetzungen des Vollzuges erfüllt sind, der Richter diesen aber, weil ein besonders leichter Fall vorliegt, für unangemessen hält. Wäre die Anordnung des Strafvollzuges infolge Zeitablaufs oder aus anderen Gründen nicht zulässig, so hätte das Kantonsgericht daher weder die Probezeit verlängern noch dem Beschwerdeführer eine neue Weisung erteilen dürfen.

2.- Der Beschwerdeführer irrt sich, wenn er meint, die Vollstreckungsverjährung stände dem Vollzug der Strafe im Wege. Gemäss Art. 74 StGB beginnt in Fällen, in denen der Vollzug der Strafe bedingt aufgeschoben ist, die Verjährungsfrist nicht mit der Rechtskraft des Urteils, sondern erst mit dem Tage zu laufen, an dem die Vollstreckung angeordnet wird.

Wie das Bundesgericht auf Grund der Entstehungsgeschichte des Art. 74 StGB entschieden hat, sind Recht und Pflicht des Richters, wegen Täuschung des Vertrauens den

Seite: 111

Vollzug der bedingt aufgeschobenen Strafe anzuordnen, auch nicht durch eine der Vollstreckungsverjährung analoge, aber mit der Rechtskraft des Urteils beginnende Frist begrenzt (BGE 78 IV 8, 225).

Dass in dem in BGE 76 IV 11 ff. veröffentlichten Urteil des Kassationshofes vom 16. März 1950 i. S. Rudolf, in welchem diese Frage noch offen gelassen worden war, eine Befristung wenigstens in dem Sinne anerkannt worden sei, dass jedenfalls die Erhebungen über die Täuschung des Vertrauens unmittelbar anschliessend an die Probezeit stattzufinden hätten, ist ebenfalls nicht richtig. In diesem Urteil ist lediglich ausgeführt worden, den Behörden müsse vernünftigerweise gestattet werden, wenigstens die Probezeit ablaufen zu lassen, ehe sie wegen Täuschung des Vertrauens das Verfahren auf Anordnung des Strafvollzuges einleiten, und auch nach Ablauf der Probezeit sei im beurteilten Falle nicht ungebührlich lange Zeit verstrichen, sodass es als stossend empfunden werden könnte, dass der Verurteilte die Strafe verbüssen müsse. Dass die Strafe nicht mehr vollzogen werden dürfte, wenn der Richter auf stossende Weise mit der Anordnung des Vollzuges zugewartet hätte, ist damit nicht gesagt worden; diese Frage hat sich nicht gestellt. In dem in BGE 78 IV 8 veröffentlichten Urteil sodann, in dem das Bundesgericht verneint hat, dass das Gesetz dem Richter für die Anordnung des Strafvollzuges eine zeitliche Grenze setze, hat durch die abschliessende Erwägung, dass die abgelaufene Zeit die Vollstreckung nicht als stossend erscheinen lasse, lediglich zusätzlich gesagt werden wollen, dass die gegenteilige Ansicht des Verurteilten nicht standhalte und daher darauf selbst dann nichts ankäme, wenn der Richter im Verfahren nach Art. 41 Ziff. 3 StGB zu prüfen hätte, ob Zeitablauf den Strafvollzug stossend oder nicht stossend mache.

Es besteht auch heute kein Grund, dieser Frage für den Richter irgendwelche Bedeutung zuzuerkennen. Ob die Billigkeit verlange, dass er eine bedingt aufgeschobene

Seite: 112

Strafe nicht mehr jederzeit nach Ablauf der Probezeit vollstreckbar erkläre, war eine Frage, die die gesetzgebenden Behörden zu entscheiden hatten. Nachdem sie eine Befristung abgelehnt haben (vgl. BGE 78 IV 8), kann nicht der Richter eine solche dadurch einführen, dass er je nach Umständen die Anordnung des Vollzugs oder die Verlängerung der Probezeit wegen Zeitablaufs als stossend erklärt.

3.- Wegen Nichtbefolgung einer richterlichen Weisung darf der Strafvollzug nur angeordnet werden, wenn der Verurteilte der Weisung trotz förmlicher Mahnung des Richters zuwidergehandelt hat (Art. 41 Ziff. 3 Abs. 1 StGB). Folglich setzen auch die für leichte Fälle vorgesehenen Ersatzmassnahmen des Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 eine solche Mahnung voraus, wenn sie wegen Nichtbefolgung einer Weisung angeordnet werden sollen. Da der Beschwerdeführer nicht gemahnt worden ist, lässt sich der angefochtene Entscheid nicht damit begründen, dass er entgegen der Weisung die rückständigen Unterhaltsbeiträge nicht bezahlt habe.

Die Vorinstanz hat indessen festgestellt, dass der Beschwerdeführer auch die laufenden Unterhaltsbeiträge nicht bezahlt hat, obschon seine finanziellen Verhältnisse gleich geblieben sind, wie in der dem Urteil vom 4. Mai 1948 vorausgegangenen Zeit. Damit steht fest, dass er unabhängig von der Weisung das auf ihn gesetzte Vertrauen, dass er durch den bedingten Aufschub des Strafvollzuges zu Wohlverhalten bewogen werde, insbesondere keine weiteren strafbaren Handlungen begehe, getäuscht hat. Denn die laufenden Beiträge hatte er auch ohne richterliche Weisung zu bezahlen. Dass er es nicht getan hat, kann, wie er übrigens nicht bestreitet, nur auf bösem Willen beruhen, da er überhaupt nichts geleistet hat, auch nicht rückständige Beiträge. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kann sich der Unterhaltspflichtige im Strafverfahren sowenig wie in der Betreibung darauf berufen, dass sein Einkommen seinen Notbedarf nicht übersteige; es

Seite: 113

ist ihm unter dem Gesichtspunkt des Art. 217 StGB zuzumuten, dass er von seinem Einkommen dem Unterhaltsberechtigten soviel zukommen lasse, als dieser davon in der Betreibung für die Unterhaltsforderung pfänden lassen könnte (BGE 74 IV 156). Der Beschwerdeführer hätte sich daher einschränken und seinen Kindern von seinem Einkommen, wenn nicht den ganzen Unterhaltsbeitrag, regelmässig einen Teil zukommen lassen sollen. Durch die Nichtleistung hat er sich weiterhin fortgesetzt der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten im Sinne des Art. 217 StGB schuldig gemacht. Dass deswegen kein neues Strafverfahren gegen ihn eröffnet worden ist, hindert nicht, dass der Richter, der über den Vollzug der bedingt aufgeschobenen Strafe zu erkennen hat, das begangene Vergehen selber feststelle, es vorfrageweise strafrechtlich würdige und ihm als Täuschung des richterlichen Vertrauens Rechnung trage.

Der Verlängerung der Probezeit und der Auferlegung neuer Bedingungen hat daher nichts im Wege gestanden, nachdem die Vorinstanz - ob zu Recht oder zu Unrecht, muss mangels einer Beschwerde der Staatsanwaltschaft dahingestellt bleiben - das Verhalten des Beschwerdeführers als «besonders leichten Fall» gewürdigt hat.

4.- Die Vorinstanz lässt die anderthalbjährige Frist, um die sie die ursprüngliche Probezeit verlängert hat, von der Ausfällung des die Verlängerung verfügenden Entscheides an laufen. Das widerspricht Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB nicht. Von einer Verlängerung (prolongation, prolungamento) im engsten Sinne kann zwar nicht gesprochen werden, wenn die zugesetzte Frist nicht an die alte sich unmittelbar anschliesst. Es ginge jedoch gegen den Sinn der Bestimmung, dem Begriff nicht einen weiteren Inhalt zu geben. Da das Verfahren, in dem entschieden wird, ob der Verurteilte das richterliche Vertrauen getäuscht hat, oft erst nach Ablauf der Probezeit eingeleitet werden kann und eine Weile dauert, könnte eine an die frühere Probezeit unmittelbar anschliessende Verlängerung leicht dazu führen,

Seite: 114

dass der Verurteilte nach Eröffnung des Entscheides nur noch kurze Zeit oder, wie im vorliegenden Falle, überhaupt nicht mehr unter Bewährungsprobe stände. Die Verlängerung würde dann jeden vernünftigen Sinns entbehren.

Denn sie könnte aus subjektiven Gründen unmöglich dazu führen, dass der Verurteilte für sein Verhalten vor Erlass des Verlängerungsentscheides in einem neuen Verfahren nach Art. 41 Ziff. 3 Rede und Antwort zu stehen hätte. «Verlängert» im Sinne von Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB ist die Probezeit, wenn der Verurteilte länger unter Probe gestellt wird, als es im Urteil über den bedingten Strafaufschub geschehen ist; dass die zusätzliche Bewährungsfrist unmittelbar an die ursprüngliche anschliesse, ist nicht nötig.

Demnach erkennt der Kassationshof

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen