

die Verjährung überwiegend als materiellrechtlicher (Straf-aufhebungsgrund), nicht als prozessualer Natur (Prozess-hindernis) betrachtet. Der Kassationshof überprüft Vorfragen des eidgenössischen Rechts zu kantonalen Prozessfragen nur dann, wenn ohne seine Kontrolle der Zweck der eidgenössischen Vorschrift nicht gesichert wäre (vgl. Bern ca. Wyss 16. Aug. 1944). Das ist hier nicht der Fall, da es vom Standpunkt des eidgenössischen Rechts aus, wie gesagt, gleichgültig ist, ob der Urteilspruch im Falle der Verjährung als Einstellungsbeschluss oder als Freispruch gefasst werde. Übrigens sagt der angefochtene Spruch ausdrücklich, dass *wegen Verjährung* freigesprochen werde, womit deutlich gesagt ist, aus welchem Grunde die Beschwerdegegner nicht bestraft werden. Der Beschwerdeführer streitet bloss um Worte.

I. STRAFGESETZBUCH

CODE PÉNAL

16. Urteil des Kassationshofes vom 16. April 1946 i. S. Läubli gegen Generalprokurator des Kantons Bern.

Art. 41 Ziff. 3 StGB. Die Strafe ist auch dann vollziehen zu lassen :

- a) wenn sie wegen einer bloss fahrlässig begangenen Tat ausgesprochen wurde (Erw. 1) ;
- b) wenn das während der Probezeit begangene Verbrechen oder Vergehen (Art. 9 StGB) bloss mit Haft oder Busse gesühnt wurde (Erw. 2).

Art. 41 ch. 3 CP. La peine doit aussi être mise à exécution :

- a) lorsqu'elle a été prononcée pour une infraction commise simplement par négligence (consid. 1) ;
- b) lorsque le crime ou le délit (art. 9 CP) commis durant le délai d'épreuve n'a été puni que d'arrêts ou d'amende (consid. 2).

Art. 41, cifra 3 CP. La pena dev'essere eseguita anche :

- a) quando sia stata pronunciata a motivo d'un'infrazione commessa soltanto per negligenza (consid. 1) ;
- b) quando il crimine o il delitto (art. 9 CP) commesso durante il periodo di prova è stato punito soltanto con l'arresto o la multa (consid. 2).

A. — Läubli wurde am 22. Mai 1942 vom Gerichtspräsidenten IV von Bern wegen fahrlässiger Tötung im Sinne des Art. 117 StGB und Widerhandlung gegen die Vorschriften über den Fahrradverkehr unter Auferlegung einer dreijährigen Probezeit zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von dreissig Tagen und zu dreissig Franken Busse verurteilt. Am 5. Februar 1946 ordnete das Obergericht des Kantons Bern gestützt auf Art. 41 Ziff. 3 StGB den Vollzug der Gefängnisstrafe an, weil der Verurteilte seinem Bruder am 12. Dezember 1942 vier stehende Fichten hat stehlen helfen und deshalb vom Gerichtspräsidenten von Burgdorf am 5. März 1943 wegen Gehülfen-

schaft zu Diebstahl mit dreissig Franken gebüsst worden ist.

B. — Läubli hat gegen das Urteil des Obergerichts die Nichtigkeitsbeschwerde erklärt mit dem Antrag, es sei aufzuheben und die Gefängnisstrafe nicht vollziehen zu lassen. Er macht geltend, Art. 41 Ziff. 3 StGB sei dahin auszulegen, dass der Vollzug nur angeordnet werden dürfe, wenn die Tat, für welche die bedingt vollziehbare Strafe ausgesprochen wurde, eine vorsätzliche war und die während der Probezeit begangene neue Tat durch die *ausgefällte* Strafe als Verbrechen oder Vergehen charakterisiert sei oder mindestens eine gewisse Schwere habe. Im vorliegenden Falle seien diese Voraussetzungen nicht erfüllt.

C. — Der Generalprokurator des Kantons Bern beantragt, die Beschwerde sei gutzuheissen. Er ist der Meinung, dass nach dem Sinne des Art. 41 Ziff. 3 StGB unter den während der Probezeit vorsätzlich begangenen Verbrechen und Vergehen nur solche zu verstehen seien, die wegen ihrer Schwere zu einer Verurteilung zu Zuchthaus oder Gefängnis Anlass geben. Dagegen lehnt er die Auffassung ab, dass der bedingte Strafvollzug nicht zu widerrufen sei, wenn er für eine bloss fahrlässig begangene Tat gewährt wurde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Art. 41 Ziff. 3 StGB weist den Richter an, die Strafe, die als bedingt vollziehbare ausgefällt wurde, unter anderem dann vollziehen zu lassen, wenn der Verurteilte während der Probezeit vorsätzlich ein Verbrechen oder ein Vergehen begeht. Ob die erste Tat vorsätzlich oder bloss fahrlässig begangen wurde, unterscheidet das Gesetz nicht. Wesentlich ist ihm nur, ob sich der Verurteilte mit Wissen und Willen über die Warnung, die ihm durch Verurteilung zu einer bedingt vollziehbaren Strafe und Auferlegung einer Probezeit erteilt wurde, hinwegsetzt. Das tut er immer, wenn er sich während der Probezeit vorsätzlich vergeht, ob ihm nun die Warnung wegen

eines bloss fahrlässigen oder ob sie ihm wegen eines vorsätzlichen Vergehens oder Verbrechens erteilt wurde. Der Beschwerdeführer sieht sich zu Unrecht als Opfer eines Zufalles, der darin liegen soll, dass er die vorsätzliche Tat nach der fahrlässigen begangen hat statt umgekehrt. Wer wegen einer vorsätzlichen Handlung zu einer bedingt vollziehbaren Strafe verurteilt wird und sich nachher bloss fahrlässig vergeht, schlägt nicht bewusst eine richterliche Warnung in den Wind wie der Beschwerdeführer, der wegen der fahrlässigen Tat unter Bewährungsprobe gestellt worden ist und sich nachher vorsätzlich vergangen hat.

2. — Der Strafvollzug wird angeordnet, wenn die während der Probezeit vorsätzlich begangene Tat ein Verbrechen oder ein Vergehen ist. Ein Verbrechen ist sie dann, wenn sie mit Zuchthaus, ein Vergehen, wenn sie mit Gefängnis als Höchststrafe bedroht ist (Art. 9 StGB). Es genügt also, dass diese Strafen für Handlungen der betreffenden Art *angedroht* sind; dass auch die *ausgesprochene* Strafe auf Zuchthaus oder Gefängnis laute, ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht erforderlich. Wie der Kassationshof bereits in Sachen Gammenthaler ausgeführt hat (BGE 70 IV 108), steht es auch nicht im Ermessen des Richters, von der Anordnung des Vollzugs dann abzuweichen, wenn das während der Probezeit begangene Verbrechen oder Vergehen geringfügig ist. Diese Strenge des Gesetzes, die von der Ordnung abweicht, wie sie z. B. im Kanton Bern galt, ist gewollt. Art. 41 Ziff. 3 StGB war als Art. 39 Ziff. 3 schon im Entwurf von 1918 enthalten, mit dem Unterschiede, dass dort Vergehen und Verbrechen mit dem gemeinsamen Ausdruck Vergehen bezeichnet waren. Auch war schon im Entwurf auf zahlreiche Vergehen neben Gefängnis wahlweise Busse angedroht und allgemein für den Fall der Strafmilderung wegen Versuchs, Gehülfenschaft usw. die Möglichkeit vorgesehen, statt Gefängnis Haft oder Busse auszusprechen. Auf dieser Grundlage hat die parlamentarische Beratung stattge-

funden. Dem Gesetzgeber ist weder entgangen, dass der Richter häufig in die Lage kommen kann, für ein Verbrechen oder Vergehen bloss Haft oder Busse auszusprechen, noch dass in diesem Falle der bedingte Strafvollzug für eine frühere Tat in gleicher Weise widerrufen werden muss, wie wenn für das während der Probezeit begangene Verbrechen oder Vergehen Zuchthaus oder Gefängnis ausgesprochen wurde. Als man im Nationalrat erfolglos beantragte, der Richter solle ermächtigt werden, die Strafe ausnahmsweise nicht vollziehen zu lassen, wenn das neue Verbrechen oder Vergehen geringfügiger Art ist, wies der Antragsteller darauf hin, dass sonst beispielsweise eine achtmonatige Gefängnisstrafe auch vollzogen werden müsste, wenn der Verurteilte wegen einer während der Probezeit begangenen Ehrverletzung bloss mit dreissig oder vierzig Franken gebüsst wird (StenBull, Sonderausgabe 636). Die Auffassung der gesetzgebenden Behörden wird verstanden, wenn man bedenkt, dass der bedingte Strafvollzug auch Gegner hatte und man daher die Gewähr haben wollte, dass die Probezeit zu einer wirklichen Erprobungszeit werde, in welcher der Verurteilte sich muster- gültig hüten soll, vorsätzlich ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, mag es auch bloss ein leichtes sein. Übrigens ist nicht jedes Vergehen, für das bloss Haft oder Busse ausgesprochen wird, so leicht, dass es die Anordnung des Vollzugs einer bedingten Freiheitsstrafe, die ja ihrerseits auch bloss auf Haft gelaftet zu haben braucht, nie rechtfertigen würde, kann doch Haft bis drei Monate dauern und die Busse in der Regel bis zwanzigtausend Franken, beim Handeln aus Gewinnsucht sogar noch mehr betragen. Haft und Busse in dieser Höhe können freilich auch für blosse Übertretungen verhängt werden und führen in solchen Fällen nicht zum Widerruf des bedingten Strafvollzuges. Wenn aber nach der Strafandrohung schon ein Verbrechen oder Vergehen vorliegt und eine so lange Haft oder eine so hohe Busse ausgesprochen wird, lassen sich gegen den Wortlaut des Art. 41 Ziff. 3 keine Billigkeits-

erwägungen mehr anrufen. Nicht folgerichtig ist dann eher, dass bei gleichen Strafen nicht auch die Übertretungen den Widerruf nach sich ziehen.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

17. Urteil des Kassationshofes vom 10. Juli 1946 i. S. Möri gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau und Kappeler.

1. *Art. 137 Ziff. 1 StGB.* Diebstahl ist auch möglich an einer Sache, die beweglich gemacht werden muss, bevor sie weggenommen werden kann.
2. *Art. 335 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.* Die Kantone dürfen die Wegnahme stehenden Holzes und nicht eingesammelter Feld- oder Gartenfrüchte von geringem Wert mit blosser Übertretungsstrafe bedrohen. Tun sie es nicht, so ist die Tat als Diebstahl (Art. 137 StGB) oder Entwendung (Art. 138 StGB) zu bestrafen.
1. *Art. 137 ch. 1 CP.* Le vol peut aussi porter sur une chose qui doit être rendue mobilière avant de pouvoir être soustraite.
2. *Art. 335 ch. 1 al. 1 CP.* Les cantons peuvent frapper d'une simple peine contraventionnelle la soustraction de bois sur pied ou de produits agricoles ou horticoles non récoltés de peu de valeur. Lorsqu'un canton n'a pas fait usage de cette faculté, l'acte doit être réprimé comme vol (art. 137 CP) ou comme larcin (art. 138 CP).
1. *Art. 137, cifra 1 CP.* Il furto può perpetrarsi anche su una cosa che dev'essere resa mobile prima di poter essere sottratta.
2. *Art. 335, cifra 1, cp. 1 CP.* I Cantoni possono punire come una semplice contravvenzione il fatto di portar via legna non ancora tagliata o prodotti agricoli od orticoli non ancora raccolti, purchè di poco valore. Se il Cantone non si è valso di siffatta competenza, l'atto dev'essere punito come un furto (art. 137 CP) o come una sottrazione di poca entità (art. 138 CP).

A. — Landwirt Möri wurde am 28. Februar 1946 vom Bezirksgericht Zurzach wegen Diebstahls zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von zehn Tagen und gegenüber dem Zivilkläger Kappeler zu hundert Franken Schadenersatz verurteilt, weil er im Herbst 1945 absichtlich und unberechtigterweise durch sein Vieh die Wiese Kappeler's vollständig hatte abweiden lassen. Die Beschwerde des Verurteilten wurde vom Obergericht des Kantons Aargau am 31. Mai 1946 abgewiesen.