

chens ohne diese Absicht erfolgt, hiesse letztere Bestimmung praktisch gegenstandslos machen, denn es wird kaum Fälle geben, in denen die Verwendung ohne die in Art. 251 genannte Absicht erfolgt.

Von der Anwendung des Art. 251 kann umsoeher abgesehen werden, als der Gebrauch des unberechtigterweise mit einem echten (oder falschen oder verfälschten) amtlichen Zeichen versehenen Gegenstandes zur Täuschung Dritter in der Regel den Tatbestand des Betruges erfüllt. Art. 246 schliesst nicht aus, dass auf einen solchen Fall Art. 148 angewendet werde.

9. Urteil des Kassationshofes vom 24. Februar 1950 i. S. B. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern.

Art. 11, 13, 15, 397 StGB.

1. Wann ist auf Grund eines neuen Gutachtens ein Strafverfahren wieder aufzunehmen? (Erw. 1).
2. Neue Tatsachen, die nicht zu einer Milderung des Urteils führen würden, sind nicht erheblich (Erw. 2).
3. Wer als vermindert zurechnungsfähig zu Strafe verurteilt worden ist, kann nicht mit der Begründung, Art. 15 StGB hätte angewendet werden sollen, Wiederaufnahme des Verfahrens verlangen (Erw. 3).

Art. 11, 13, 15 et 397 CP.

1. Quand une nouvelle expertise donne-t-elle lieu à revision? (consid. 1).
2. Ne sont pas sérieux les faits nouveaux qui n'entraîneraient pas un jugement plus favorable (consid. 2).
3. Le condamné à responsabilité restreinte ne peut pas demander la revision en soutenant que l'art. 15 CP aurait dû être appliqué (consid. 3).

Art. 11, 13, 15 e 397 CP.

1. Quando una nuova perizia dà luogo a una revisione del procedimento penale? (consid. 1).
2. Nuovi fatti che non condurrebbero a una sentenza più mite sono irrilevanti (consid. 2).
3. Il condannato con scemata responsabilità non può domandare la revisione sostenendo che si sarebbe dovuto applicare l'art. 15 CP. (consid. 3).

A. — Im Strafverfahren gegen B. wegen Blutschande und Unzucht mit seiner noch nicht sechzehn Jahre alten

Schwester kamen der Amtsarzt Dr. Meyer und ein weiterer Sachverständiger, Dr. Naef, zum Schlusse, die geistige und moralische Entwicklung des Angeschuldigten sei derart mangelhaft, dass seine Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen und dieser Einsicht gemäss zu handeln, um 30 % herabgesetzt gewesen sei. Das Kriminalgericht des Kantons Luzern hielt daher B. mit Urteil vom 24. Juni 1949 eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit zugute und milderte die Strafe erheblich; es sprach zwei Jahre Gefängnis aus.

Im Appellationsverfahren berief sich B. auf ein Privatgutachten Dr. Blankarts, wonach die Zurechnungsfähigkeit des Angeschuldigten « in einem etwas höheren Grade » vermindert sei, und beantragte eine nochmalige psychiatrische Begutachtung. Das Obergericht lehnte eine solche ab, weil von ihr kein für den Angeschuldigten günstigeres Ergebnis zu erwarten wäre. Es verurteilte B. am 5. Oktober 1949 in Anwendung von Art. 11, 66, 68, 191 Ziff. 1 und 2 und Art. 213 StGB zu anderthalb Jahren Gefängnis.

B. — Auf das hin beschaffte sich B. ein privates Gutachten des Dr. Plattner. Dieser kam zum Schluss, das Charakteristische an der Persönlichkeit des Verurteilten sei nicht eine Psychopathie in der Richtung des moralischen Defektes, sondern eine ausgesprochene schizoide Psychopathie; den wirklichen Verhältnissen sei mit der Annahme einer nur dreissigprozentigen Verminderung der Zurechnungsfähigkeit nicht voll Rechnung getragen; nach seiner Schätzung « würde eine 50%ige Verminderung der Zurechnungsfähigkeit viel eher gerechtfertigt sein ». Unter Berufung auf dieses Gutachten stellte B. am 29. Dezember 1949 beim Obergericht das Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens. Er machte geltend, die Schuldfrage im Sinne des Art. 11 StGB müsse neu überprüft werden, eventuell sei auch die Anwendung des Art. 15 StGB in Erwägung zu ziehen, eventuell ein gerichtliches Obergutachten einzuholen.

Das Obergericht wies das Gesuch am 5. Januar 1950 ab.

Zur Begründung führte es im wesentlichen aus: Dass abnorme Triebhandlungen in Frage stünden, sei schon aus dem früheren amtlichen Gutachten ersichtlich, namentlich aus der Feststellung, dass B. eine neurotische Entwicklung durchgemacht habe. Die stärkere Betonung anderer Faktoren habe sich bereits im Gutachten Dr. Blankarts gefunden. Neu sei im Gutachten Dr. Plattners die Feststellung, dass bei B. eine schizoide Psychopathie vorliege. Diese Feststellung vermöge aber nicht zu überzeugen. Es sei nicht anzunehmen, dass Dr. Plattner über eine höhere Sachkenntnis verfüge als die früheren amtlichen Experten und Dr. Blankart. Die Beweislage habe sich also nicht wesentlich verändert, und es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass ein neues amtliches Gutachten zu einem andern Ergebnis führen würde. Das Obergericht habe übrigens die Strafe so stark gemildert, dass auch eine noch mehr als 30 % betragende Verminderung der Zurechnungsfähigkeit berücksichtigt wäre.

C. — B. führt gegen den Entscheid vom 5. Januar 1950 Nichtigkeitsbeschwerde mit den Anträgen, er sei aufzuheben und die Wiederaufnahme des Verfahrens zu gestatten. Er macht geltend, das Obergericht habe Art. 397, eventuell auch Art. 11, 13 und 15 StGB verletzt.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. — Nach Art. 397 StGB ist gegenüber Urteilen, die auf Grund eines Bundesgesetzes ergangen sind, wegen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, die dem Gerichte zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt waren, die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten der Verurteilten zu gestatten.

Nach dieser Bestimmung ist gestützt auf ein neues Gutachten die Wiederaufnahme des Verfahrens dann zu bewilligen, wenn es im früheren Verfahren nicht bekannt gewesene Tatsachen glaubhaft macht, die den Tatbestand des beurteilten Falles so verändern, dass das neue Urteil,

das der Verurteilte anstrebt, für diesen günstiger ausfallen kann (BGE 73 IV 44). Der Wiederaufnahmegrund liegt hier in der neuen Tatsache und nur mittelbar im Gutachten selbst, das sie glaubhaft macht.

Kein Wiederaufnahmegrund liegt dagegen vor, wenn das neue Gutachten lediglich als angeblich neues Beweismittel zu einer bereits im früheren Verfahren geltend gemachten erheblichen Tatsache, die der Richter nicht als bewiesen erachtet hat, angerufen wird. Dabei ist gleichgültig, ob der Richter im früheren Verfahren auf Grund eigener Fachkenntnis geurteilt, ob er Lehrbücher oder dergleichen zu Rate gezogen oder ob er Gutachten von Sachverständigen eingeholt hat. Das mit dem Revisionsgesuch eingereichte oder angerufene Gutachten soll den Richter lediglich überzeugen, dass ihm im früheren Verfahren die zur Feststellung oder zum Verständnis des Sachverhaltes nötigen Fachkenntnisse mangelhaft vermittelt worden seien. Aufdeckung von Lücken in der Fachkenntnis des Richters ist aber im allgemeinen nicht Revisionsgrund, gleichgültig ob die Erleuchtung z. B. auf der Beiziehung neuer literarischer Werke, der Entdeckung neuer wissenschaftlicher Methoden (BGE 61 II 362) oder der Beibringung eines neuen Gutachtens (BGE 61 II 267) beruht. Das neue Gutachten ist kein « dem Gerichte zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt gewesenes Beweismittel » im Sinne des Art. 397 StGB. Der Sachrichter weiss, dass er weitere Sachverständige zu Rate ziehen kann, wenn ihm ein Gutachten nicht schlüssig zu sein scheint, um ihn vom Bestand einer geltend gemachten Tatsache zu überzeugen (vgl. auch BGE 39 II 442).

Ebensowenig ist das Verfahren von Bundesrechts wegen wieder aufzunehmen, wenn das neue Gutachten sich bloss anheischig macht, bereits bekannte Tatsachen des beurteilten Falles rechtlich neu zu würdigen, z. B. rechtliche Schlüsse, die der Richter aus seiner Lebenserfahrung gezogen hat, zu widerlegen durch die Behauptung, die Erfahrung des Fachmannes decke sich nicht mit jener des

Richters (nicht veröffentlichtes Urteil des Kassationshofes vom 17. Februar 1950 i. S. Graber), oder den Richter zu überzeugen, dass ein schon im früheren Verfahren bekannt gewesener biologisch-psychologischer Zustand des Verurteilten diesen nicht im Sinne des Art. 11 StGB vermindert zurechnungsfähig, sondern im Sinne des Art. 10 StGB unzurechnungsfähig gemacht habe.

2. — Es kann dahingestellt bleiben, ob Dr. Plattner mit der Auffassung, der Beschwerdeführer habe als schizoider (statt moralisch defekter) Psychopath im Zustande einer zu 50 % (statt 30 %) verminderten Zurechnungsfähigkeit gehandelt, im früheren Verfahren nicht bekannt gewesene Tatsachen namhaft macht, ob er das Gericht von einem schon früher erörterten, heute nur anders benannten Sachverhalt zu überzeugen versucht, oder endlich ob er mit seiner den Grad der Zurechnungsfähigkeit betreffenden Auffassung bloss eine neue rechtliche Würdigung bereits im früheren Verfahren bewiesener Tatsachen anstrebt. Selbst angenommen, das Gutachten enthalte im früheren Verfahren nicht bekannt gewesene Tatsachen, wäre dem Beschwerdeführer nicht geholfen. Das Obergericht erklärt, dass es die Strafe so sehr gemildert habe, dass auch eine mehr als 30 % betragende Verminderung der Zurechnungsfähigkeit berücksichtigt wäre. Das heisst, dass es den Beschwerdeführer selbst dann nicht milder bestrafen würde, wenn er seine Verbrechen im Zustande einer um mehr als 30 % verminderten Zurechnungsfähigkeit begangen hätte. Das leuchtet ein, ist es doch offensichtlich verfehlt, den Grad der Zurechnungsfähigkeit in Prozenten oder Brüchen auszudrücken, als ob Einsichtsfähigkeit und Willensfreiheit des Menschen mit Hilfsmitteln der Technik und Mathematik gemessen und ausgedrückt werden könnten. Würde die Strafe nicht weiter gemildert, wenn sich herausstellen sollte, dass der Beschwerdeführer sich mehr hätte anstrengen müssen, um das Unrecht seiner Taten einzusehen und seinen Trieb zu meistern, als das Gericht im früheren Verfahren angenommen hat, so ist die angeblich neue Tatsache

nicht erheblich im Sinne des Art. 397 StGB. Denn eine Verpflichtung, weiter zu mildern, lässt sich aus Art. 11 StGB nicht ableiten; diese Bestimmung schreibt bloss vor, dass zu mildern sei — das ist bereits geschehen —, überlässt es dagegen dem Ermessen des Richters, wie weit die Milderung zu gehen habe. Durch Vorschriften über den Grad der Milderung in dieses Ermessen einzugreifen, steht dem Kassationshof nicht zu.

3. — Auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 15 StGB ist die erwähnte angeblich neue Tatsache nicht erheblich. Art. 397 StGB schreibt die Wiederaufnahme des Verfahrens nur « zugunsten » des Verurteilten vor; sie muss zu einem für diesen günstigeren, milderem Urteil führen können. Nur wenn dieser Ausgang auf Grund der neuen Tatsache möglich ist, ist die Tatsache erheblich (BGE 69 IV 140). Die Anwendung des Art. 15 StGB würde jedoch für den Beschwerdeführer keine Milderung bedeuten. Die Strafe, zu der er verurteilt worden ist, bliebe unverändert. Sie würde bloss durch eine Massnahme (Behandlung, Versorgung in einer Heil- und Pflegeanstalt) ergänzt. Selbst wenn der Richter später die Strafe als nicht oder nur teilweise vollstreckbar erklären würde (Art. 17 Ziff. 2 Abs. 2 StGB), bliebe die Verurteilung als solche bestehen. Art. 15 StGB will dem Täter nicht zu einem milderem Urteil verhelfen, sondern die Besserung durch Behandlung oder Versorgung fördern, wenn der Täter wegen seines Geisteszustandes mit Strafe allein nicht oder nur unvollkommen gebessert werden kann.

4. — Der Beschwerdeführer sieht Art. 13 StGB als verletzt an, weil diese Bestimmung ihm das Recht auf eine gründliche und einwandfreie Begutachtung einräume. Wie immer Art. 13, was Mass und Gründlichkeit der anzuordnenden Begutachtungen betrifft, auszulegen sei, hat er aber jedenfalls nicht den Sinn, dass der Verurteilte mit der Rüge, er sei ungenügend begutachtet worden, ein abgeschlossenes Verfahren wieder aufnehmen lassen könne. Wann die Wiederaufnahme von Bundesrechts wegen ge-

boten ist, sagt Art. 397. Darnach ist das Begehren um neue Begutachtung im vorliegenden Falle unerheblich.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

II. HANDELSREISENDE VOYAGEURS DE COMMERCE

10. Urteil des Kassationshofes vom 15. Februar 1950

i. S. Spillmann gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn.

Art. 2 Abs. 2 lit. c HRG. Der Anstoss geht nicht vom Kunden aus, wenn dieser sich mit dem Willen, ein anderes Geschäft abzuschliessen, als es ihm dann vom Reisenden angetragen wird, an den Geschäftsherrn oder den Reisenden wendet.

Art. 2 al. 2 litt. c LVC. L'initiative n'est pas prise par le client, lorsqu'il s'adresse au voyageur ou à son employeur avec la volonté de conclure une autre affaire que celle que lui propose alors le voyageur.

Art. 2, cp. 2, lett. c LVC. L'iniziativa non è presa dal cliente, quando egli si rivolge al viaggiatore o al padrone con la volontà di concludere un negozio diverso da quello che gli propone poi il viaggiatore.

A. — Die Mobilia A.G., deren Geschäftsführer Spillmann ist, liess in der Zeitung folgende Inserate erscheinen:

« KREDIT (nur für Möbeleinkäufe, ohne Bürgschaften). Schriftl. und ausführliche Gesuche seriöser Interessenten für Teil- und Vollkredite richten Sie an H. W. Kohler, Pappelweg 3, Bern. »

« KREDIT nur für Möbelkauf absolut diskret o. Inform. mit günst. monatl. Rückzahlung erhalten alle Gesuchsteller. Anfr. an J.F.O. Postfach 68 Olten. »

Wer sich auf eines dieser Inserate hin in der Absicht meldete, ein Darlehen zum Ankauf von Möbeln zu erhalten, wurde auf Veranlassung Spillmanns von den Reisenden Kohler und Walter aufgesucht zwecks Anbietung von

Möbeln, welche die Mobilia A.G. zu liefern wünschte. Kohler und Walter besaßen keine Ausweiskarte für Kleinreisende.

B. — Der Gerichtsstatthalter von Olten-Gösigen verurteilte Spillmann am 29. Juni 1949 wegen Übertretung von Art. 14 Abs. 1 lit. a HRG zu Fr. 100.— Busse.

Das Obergericht des Kantons Solothurn wies die Kassationsbeschwerde, die der Verurteilte gegen dieses Urteil führte, am 29. Oktober 1949 ab. Den Einwand Spillmanns, der Anstoss zu den Bestellaufnahmen sei von den Kunden ausgegangen, sodass gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. c HRG das Gesetz nicht anzuwenden sei, wies das Obergericht mit der Begründung zurück, die Interessenten hätten sich auf die Inserate hin nicht in der Absicht gemeldet, dem Inserenten Möbel abzukaufen, sondern in der Absicht, von ihm Kredit zum Ankauf von Möbeln zu erhalten; die Reisenden hätten also etwas anderes angeboten, als was der Interessent gesucht habe.

C. — Spillmann ficht das Urteil des Obergerichts mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde an. Er beantragt, es sei aufzuheben und die Sache zu seiner Freisprechung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er macht geltend, ob der Nachdruck in einem Inserat auf dem Wort « Kredit » oder auf dem Wort « Möbelkauf » liege, bleibe sich nach dem Handelsreisendengesetz rechtlich gleich, wenn nur im Inserat Kredit und Möbel zugleich angeboten worden seien. Es sei nicht so, dass die Mobilia A.G. in den Inseraten nur Kredit angeboten habe, sondern in den Inseraten selbst sei der Kredit für oder sogar nur für Möbelankäufe zugesichert worden. Es stimme nicht, dass der Leser die Auffassung bekommen habe, er erhalte Kredit, um bei einer beliebigen Firma Möbel zu kaufen; das gehe aus den Inseraten nicht hervor. Wenn dem aber doch so wäre, müsste die Mobilia A.G. auch zu den beliebigen Möbelfirmen gezahlt werden und habe deshalb ihre Vertreter zur Entgegennahme von Bestellungen zu den Lesern schicken dürfen, ohne das Handelsreisendengesetz