

machte ihn der Warnschuss aufmerksam. Der zweite Schuss sodann schuf keine neue Gefahr und ist daher ebenfalls nicht zu beanstanden.

Der Beschwerdeführer handelte auch nicht pflichtwidrig, die Pistole nach dem zweiten Schuss in der Hand zu behalten. Das Recht zur Abwehr bestand weiter, und die Möglichkeit, dass der Beschwerdeführer zum Schutze seines Lebens oder seiner Gesundheit würde auf Lehmann schiessen müssen, lag nahe, nachdem dieser trotz zweimaliger eindringlicher Warnung sich von der Fortsetzung des Angriffs nicht hatte abhalten lassen. Hätte der Beschwerdeführer die Pistole weggeworfen, so hätte ein Schuss losgehen und jemanden treffen oder hätte Lehmann die Waffe behändigen und gegen den Beschwerdeführer richten können; dieser wäre dem Berauschten wehrlos ausgeliefert gewesen. Es konnte dem Beschwerdeführer, der bereits unter dem psychischen Eindruck des tätlichen Angriffs stand, nicht zugemutet werden, sich in diese gefährliche Lage zu begeben.

Die Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung verletzt daher das Gesetz; das Kantonsgericht hat den Beschwerdeführer freizusprechen.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts von St. Gallen vom 2. Juni 1953 aufgehoben und die Sache zur Freisprechung des Beschwerdeführers von der Anklage der fahrlässigen Tötung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

38. Urteil des Kassationshofes vom 30. Oktober 1953 i. S. Strub gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn.

Art. 41 Ziff. 1 Abs. 5 StGB. Von wann an läuft die Probezeit, wenn ein Verurteilter, der unter Probe gestanden hat, im wiederaufgenommenen Strafverfahren wieder zu einer bedingt aufgehobenen Freiheitsstrafe verurteilt wird?

Art. 41 ch. 1 al. 5 CP. Condamnation avec sursis. Revision du procès obtenue après l'expiration du premier délai d'épreuve et aboutissant à une peine atténuée, avec sursis également. Point de départ du nouveau délai d'épreuve?

Art. 41 cifra 1 cp. 5 CP. Condanna col beneficio della sospensione condizionale della pena. Revisione della sentenza ottenuta dopo che fosse spirato il periodo di prova e che si concluse con la condanna ad una pena attenuata, col beneficio della sospensione condizionale. Quando prende inizio il nuovo periodo di prova?

A. — Das Amtsgericht Solothurn-Lebern verurteilte Strub am 26. März 1947 zu vier Monaten Gefängnis, weil er am 25. März 1947 mit einem siebenjährigen Mädchen eine unzüchtige Handlung vorgenommen hatte. Es schob den Vollzug der Strafe bedingt auf und stellte den Verurteilten für vier Jahre unter Probe.

Auf Gesuch des Verurteilten bewilligte das Obergericht des Kantons Solothurn am 20. Juni 1953 gemäss Art. 397 StGB die Wiederaufnahme des Verfahrens, weil er die Tat in einer dem Amtsgericht nicht bekannt gewesenen die Zurechnungsfähigkeit vermindernenden schweren Sexualneurose begangen habe. Es hob das Urteil des Amtsgerichtes auf, verurteilte Strub zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von zwei Monaten und bestimmte: « Die Probezeit beginnt von heute an zu laufen. »

B. — Strub führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und dahin abzuändern, dass von der Auferlegung einer neuen Probezeit von zwei Jahren, beginnend mit dem 20. Juni 1953, Umgang genommen werde.

Er macht geltend, die neu angesetzte zweijährige Probezeit sollte richtigerweise vom 26. März 1947 an berechnet werden. Die damals angesetzte vierjährige Probezeit habe ihren Zweck erfüllt, der Beschwerdeführer habe sich in dieser Zeit ausgezeichnet bewährt; er habe sich ärztlich behandeln lassen und sei heute von seiner Sexualneurose geheilt. Er habe alle Nachteile eines bedingten Urteils während vier Jahren zu tragen gehabt; er sei in seinem Fortkommen behindert gewesen. Die neue Probezeit stelle

ihn unbegründeterweise schlechter, als wenn er die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht veranlasst hätte. Das Gericht dürfe zwar in solchen Fällen im Wiederaufnahmeverfahren eine Probezeit festsetzen, doch müsse sie vom Tage des ersten Urteils an berechnet werden. Der Beschwerdeführer habe sie somit schon bestanden, und es könne zu keinem neuen Eintrag in das Strafregister kommen.

C. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn beantragt, die Nichtigkeitsbeschwerde sei gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und dahin abzuändern, dass die Probezeit von zwei Jahren, als vom 26. März 1947 an laufend, als bestanden angenommen werde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Das Obergericht ist der Auffassung, die dem Beschwerdeführer angesetzte, auf zwei Jahre verkürzte Probezeit müsse mit der Ausfällung seines Entscheides neu laufen, weil dieser « ein neues, selbständiges Urteil » sei.

Dem ist nicht beizupflichten. Die Aufhebung eines früheren Urteils und die Ausfällung eines neuen nach der Wiederaufnahme eines Strafverfahrens bedeutet nicht, dass der Richter über Rechtsfolgen, die auf Grund des rechtskräftig gewesenen früheren Urteils bereits eingetreten sind, hinwegsehen dürfe, als ob dieses Urteil überhaupt nie ausgefällt worden wäre. Die Selbständigkeit des neuen Urteils kann nur den Sinn haben, dass sich fortan nach diesem entscheidet, ob der Angeklagte die ihm zur Last gelegte Tat begangen habe und, wenn ja, welche Rechtsfolgen bestehen bleiben und welche anderen allenfalls dahinfallen oder wiedergutmachen seien. Das versteht sich von selbst hinsichtlich einer vollzogenen Strafe; den Verurteilten nochmals in die Strafanstalt einzuweisen, ihn nochmals in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit einzustellen usw., weil das frühere Urteil aufgehoben und das neue selbständig sei, vertrüge sich nicht mit dem allgemein anerkannten Grundsatz, dass der Täter nicht für eine und dieselbe Tat zweimal

bestraft werden darf, sowie mit der in verschiedenen Bestimmungen des Strafgesetzbuches zum Ausdruck gekommenen Regel, dass auf Rechtsfolgen, die er wegen seiner Tat vor der Ausfällung des letzten Urteils erlitten hat, Rücksicht zu nehmen ist, so durch Anrechnung einer im Auslande verbüssten Strafe (Art. 4 Abs. 2, Art. 6 Ziff. 2 Abs. 4 StGB), Anrechnung von Untersuchungshaft (Art. 69 StGB; vgl. auch Art. 375 Abs. 1 StGB), Anrechnung bereits verbüsster Strafen auf eine nachträglich ausgefallte Gesamtstrafe (Art. 336 lit. d StGB; analog sind die Fälle der Art. 336 lit. c und 350 Ziff. 2 StGB zu behandeln). Dann kann aber auch nicht zweifelhaft sein, dass ein Verurteilter, der zufolge eines früheren rechtskräftig gewordenen Urteils unter Bewährungsprobe gestanden hat, durch ein nach Wiederaufnahme des Strafverfahrens ausgefalltes neues Urteil nicht neu unter Probe gestellt werden darf. Ist wegen Nichtbewährung während der Probezeit vor Abschluss des wiederaufgenommenen Strafverfahrens der Strafvollzug angeordnet und die Strafe vollzogen worden, so würde die Ansetzung einer neuen Probezeit jeden vernünftigen Sinnes entbehren, weil im Falle erneuter Nichtbewährung die Strafe nicht nochmals vollzogen werden dürfte (vgl. BGE 69 IV 152). Aber auch wenn sich der Verurteilte bewährt hat oder die Nichtbewährung noch nicht festgestellt ist, war es für ihn ein Rechtsnachteil, auf die Probe gestellt zu sein, gleichgültig ob damit Schutzaufsicht oder Weisungen verbunden waren. Dieser Rechtsnachteil darf in einem nach Wiederaufnahme des Strafverfahrens ausgefallten Urteil nicht erneuert werden.

Freilich muss der Richter, wenn er den Angeklagten abermals verurteilt, auch in diesem Urteil zu der Frage des bedingten Strafvollzuges Stellung nehmen. Das hat aber nur den Sinn einer Feststellung darüber, ob diese Massnahme im früheren Urteil zu Recht ausgesprochen und ob sie hinsichtlich Dauer der Probezeit, Weisungen, Schutzaufsicht richtig ausgestaltet worden sei. Wie lange die Probezeit gedauert, ob der Verurteilte zu Recht unter

Schutzaufsicht gestanden und welche Weisungen er zu befolgen gehabt habe, beurteilt sich dann zwar auf Grund des neuen Urteils; für die Frage, ob er sich in der ihm zugemuteten Weise bewährt habe, ist dagegen sein Verhalten in der Zeit nach Eintritt der Rechtskraft des früheren Urteils, nicht das Verhalten im Anschluss an das neue Urteil massgebend.

2. — Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher insoweit gutzuheissen, als sie sich gegen die Ansetzung einer erst mit dem 20. Juni 1953 beginnenden Probezeit richtet. Dagegen kann nicht die Probezeit überhaupt gestrichen oder die Probe als bestanden erklärt werden. Die Verhängung einer Probezeit von zwei Jahren im neuen Urteil hat den Sinn, dass es so zu halten sei, als habe der Beschwerdeführer vom Eintritt der Rechtskraft des am 26. März 1947 ausgefallten Urteils an nur während zwei Jahren unter Probe gestanden. Ob er sich während dieser Zeit bewährt oder nicht bewährt hat, ist aber nicht von Bundesrechts wegen vom Richter im wiederaufgenommenen Verfahren zu beurteilen. Wenn nicht das kantonale Prozessrecht es anders bestimmt, bildet diese Frage, wie immer, Gegenstand eines selbständigen Verfahrens auf Anordnung des Strafvollzuges (Art. 41 Ziff. 3 StGB) oder auf Löschung des Urteils im Strafregister (Art. 41 Ziff. 4 StGB). Die Vorinstanz hat sie nicht beurteilt. Daher hat auch der Kassationshof sich nicht mit ihr zu befassen.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird dahin teilweise gutgeheissen, dass der in Spruch 2 des Urteils des solothurnischen Obergerichtes vom 20. Juni 1953 stehende Satz: « Die Probezeit beginnt von heute an zu laufen » im Sinne der Erwägungen aufgehoben wird.

39. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 18. September 1953 i. S. Schurter gegen Statthalteramt Winterthur.

Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2, Art. 49 Ziff. 4 StGB. Ungünstige Voraussage, weil der Verurteilte einsichtslos ist.

Art. 41 ch. 1 al. 2, art. 49 ch. 4 CP. Pronostic défavorable, du fait que le condamné n'a pas pris conscience du caractère répréhensible de ses actes.

Art. 41 cifra 1 cp. 2, art. 49 cifra 4 CP. Pronostico sfavorevole pel fatto che il condannato non è conscio del carattere riprovevole dei suoi atti.

Ohne das dem Sachrichter bei der Voraussage nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB zustehende freie Ermessen (BGE 77 IV 68 Erw. 1 mit Zitaten) zu überschreiten, durfte das Obergericht aus dem in den Erwägungen über die Strafzumessung betonten Mangel an Einsicht auch eine vorzeitige Löschung des Eintrages im Strafregister nach Art. 49 Ziff. 4 StGB ausschliessen. Wie der Kassationshof schon öfters ausgeführt hat, ist Einsicht in die Verwerflichkeit der verübten Tat erste Voraussetzung einer dauernden Besserung. Wer begangenes Unrecht nicht bereut, verdient das Vertrauen nicht, das nach Art. 49 Ziff. 4, Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB Voraussetzung für die vorzeitige Löschung des Strafregistereintrages ebensogut wie für den bedingten Strafvollzug ist. Unterstützend durfte daneben auch auf die Vorstrafen abgestellt werden, die der Beschwerdeführer erlitten hat. Dass sie teilweise weit zurückliegen und ob sie wegen geringfügigen Verfehlungen ausgesprochen wurden, ist in diesem Zusammenhang nicht entscheidend, sondern allein, dass sie den Beschwerdeführer nicht abgehalten haben, neuerdings straffällig zu werden.