

Migros Meilen früher schon gewisse andere Spezialbrote, namentlich Birnbrot, verkauft habe, nicht vor.

Demnach erkennt der Kassationshof:

1. — Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

III. ORGANISATION DER BUNDESRECHTSPFLEGE

ORGANISATION JUDICIAIRE FÉDÉRALE

52. Urteil des Kassationshofs vom 25. Oktober 1937

i. S. Walder gegen Aargau, Staatsanwaltschaft.

Bedingter Strafvollzug: Verweigerung desselben wegen Fehlens der Voraussetzung des Art. 335 Abs. 3 BStrP (Vorleben und Charakter) ist nicht zulässig ohne sachliche Substantiierung jener Annahme.

Das Obergericht des Kantons Aargau verurteilte Walder wegen Führens eines Autos in angetrunkenem Zustande mit Unfallfolge (Art. 17 Abs. 2, 25, 26 MFG) zu einer Gefängnisstrafe von 4 Tagen und einer Busse von Fr. 40.— und verweigerte den nachgesuchten bedingten Strafvollzug mit folgender Begründung: « Der Beklagte hat so wenig Einsicht in die Strafbarkeit seiner Handlungsweise bekundet, dass ihn voraussichtlich eine bloss bedingt ausgesprochene Strafe von künftigen ähnlichen Verfehlungen kaum abzuhalten vermöchte ».

Gegen dieses Urteil hat der Verurteilte fristgemäss Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Freisprechung, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung; eventuell sei ihm nur eine Geldbusse aufzuerlegen oder bei Ausfällung einer Freiheitsstrafe der bedingte Straferlass zu gewähren. Die Begründung besteht in einer Kritik der vorinstanzlichen Beweiswürdigung bezüglich der Frage der Angetrunkenheit und der Geschwindigkeit.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. — Ob der Beschwerdeführer beim Unfall angetrunken war und welche Geschwindigkeit er hatte, sind Fragen tatsächlicher Natur und daher die Feststellungen der Vorinstanzen hierüber gemäss Art. 275 BStrP für den Kassationshof verbindlich, denn Aktenwidrigkeiten in dem in BGE 62 I 61 umschriebenen Sinne liegen nicht vor; die Kritik des Beschwerdeführers betrifft ausschliesslich die Zeugenwürdigung, deren Überprüfung eben dem Bundesgericht entzogen ist. Auf Grund dieser Feststellungen aber besteht die Verurteilung des Angeklagten wegen Widerhandlung gegen die Vorschriften der Art. 17 Abs. 2, 25 und 26 MFG zu Recht.

2. — Dagegen ist die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges durch die Vorinstanz vor Art. 335 BStrP nicht haltbar. Diese Bestimmung knüpft den bedingten Strafvollzug an bestimmte Voraussetzungen. Sind diese gegeben, so ist nach deutlicher Fassung des Gesetzes (« der Richter kann den Vollzug einer Gefängnisstrafe aufschieben ») die Bewilligung des Strafaufschubs weiterhin in sein Ermessen gestellt. Dieses Ermessen ist jedoch kein völlig freies; Ermessen bedeutet nicht Willkür. Es kann nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, eine kriminalpolitisch so bedeutungsvolle und einschneidende Massnahme bei Vorhandensein der von ihm aufgestellten Voraussetzungen immer noch dem freien Befinden des Richters anheimzugeben, so etwa wie die Begnadigung zur freien Ausübung übertragen ist. Wenn er nicht überhaupt die Verpflichtung des Richters ausgesprochen hat, unter den angegebenen Voraussetzungen den Strafaufschub zu gewähren, so ist das im Bewusstsein geschehen, dass diese Voraussetzungen zwar im grossen und ganzen, aber bei der Vielgestaltigkeit der Erscheinungen nicht ausnahmslos genügen, um die Gewährung nur dort zu garantieren, wo sie nach Sinn und Geist der Institution angezeigt erscheint. Daraus folgt, dass bei Vor-

liegen der im Gesetz erwähnten Voraussetzungen der Richter den Strafaufschub nur noch verweigern darf, wenn im gerade gegebenen Fall besondere Umstände vorliegen, welche die Anwendung des Strafaufschiebs als zweckwidrig erscheinen lassen. Fehlen solche Umstände, so überschreitet der Richter sein Ermessen, wenn er den Strafaufschub verweigert. Eine Ermessensüberschreitung stellt eine Gesetzesverletzung im Sinne des Art. 269 BStrP dar (BGE 61 I 446 f.).

Vorliegend nun will die Vorinstanz mit ihrer Bemerkung zwar offenbar sagen, dass die Voraussetzung von Art. 335 Abs. 3 nicht erfüllt sei, indem der Charakter des Verurteilten nicht erwarten lasse, er werde durch den bedingten Strafvollzug von weiteren Widerhandlungen gegen das MFG abgehalten. Ob Vorleben und Charakter ein bestimmtes Verhalten erwarten lassen, ist wiederum in weitgehendem Masse eine Frage des Ermessens. Hier aber nennt die Vorinstanz keinerlei Anhaltspunkte, aus welchen sie auf besondere Einsichtslosigkeit des Angeklagten schliesst. Sie scheint diese Schlussfolgerung aus der blossen Tatsache zu ziehen, dass er bedenkenlos genug war, im Zustande der Angetrunkenheit zu fahren. Das läuft aber auf die Auffassung hinaus, dass die Gewährung des bedingten Strafvollzugs für Fahren in angetrunkenem Zustande grundsätzlich nicht in Frage komme. Von einem solchen Grundsatz weiss aber das Gesetz nichts. So strenge Ahndung diese Verfehlung wegen der damit verbundenen starken Verkehrsgefährdung verdient, so gilt doch hinsichtlich der Gewährung des bedingten Strafvollzugs dafür keine Ausnahme von den gewöhnlichen Regeln. Gewiss können in den besondern Umständen des gerade zu ahnenden Deliktsfalls selbst Indizien für einen Charakter im Sinne des Abs. 3 liegen. Das Gericht muss aber sagen, ob und worin es solche erblickt. Die blosser Anführung der Worte des Gesetzes ohne sachliche Substantiierung genügt nicht, weil sie nicht erkennen lässt, ob eine Ermessensüberschreitung vorliege.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise gutgeheissen in dem Sinne, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Motive an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

53. Arrêt de la Chambre d'accusation du 11 novembre 1937
dans la cause **Stadtgemeinde Zürich**
contre **Tribunal de première instance de Genève et Lenoir.**

Art. 252 PPF, 81 LP. — Le pourvoi à la Chambre d'accusation est recevable, sans épuisement préalable des instances cantonales, contre le refus d'accorder la mainlevée de l'opposition formée contre la poursuite en perception de l'amende infligée au débiteur par une condamnation définitive prononcée en vertu d'une loi pénale fédérale.

A. — L'intimé Jean Lenoir a été condamné le 6 juillet 1936 par le « Polizeirichteramt » de la Ville de Zurich à 3 fr. d'amende et 3 fr. 70 de frais pour contravention à l'art. 12, lettre f du Règlement d'exécution de la loi fédérale du 25 novembre 1932 sur la circulation des véhicules automobiles (utilisation d'un appareil avertisseur interdit). Cette condamnation de police est devenue définitive le 23 juillet 1936, car Lenoir n'a pas demandé que l'affaire fût jugée par un tribunal pénal.

Le 20 août 1936, le recourant fut sommé de payer l'amende et les frais. Il ne s'exécuta pas et se vit en conséquence notifier le 28 septembre un commandement de payer (poursuite n° 171110) pour la somme de 7 fr. 20 plus 1 fr. 50 de frais de poursuite. Le débiteur forma opposition. La « Stadtgemeinde Zürich » requit alors du Tribunal de 1^{re} instance de Genève la mainlevée définitive en vertu de l'art. 150 OJF (devenu art. 252 PPF).

Par jugement du 16 mars 1937, le Tribunal a débouté la requérante et mis à sa charge un émolument de justice de 3 fr., « attendu que la loi genevoise du 14 mars 1925 rendant exécutoire à Genève le concordat intercantonal du 18 février 1911 prévoit expressément que les disposi-