

— c'est-à-dire sous le ch. 2 qui traite du patronage — est que les motifs de l'octroi du sursis déterminent la conduite à imposer au délinquant pendant le délai d'épreuve. En revanche l'obligation de motiver le refus du sursis résulte des principes généraux de la procédure pénale fédérale. Dès le moment qu'une telle décision peut être attaquée pour violation du droit fédéral, il faut que l'autorité chargée d'assurer l'application uniforme de ce droit puisse remplir sa mission. Elle ne pourra le faire que si le refus est suffisamment motivé pour qu'elle puisse se rendre compte comment la loi a été appliquée. S'il n'est pas motivé du tout ou ne l'est pas à satisfaction, la Cour de cassation doit appliquer l'art. 277 PPF (RO 50 I 353 ; 37 I 108). En règle générale, le refus du sursis fera l'objet d'un considérant topique : le tribunal de répression ne pourra s'en dispenser que si les raisons du refus ressortent à l'évidence des autres motifs du jugement.

5. — En l'espèce, le Tribunal de la Gruyère a refusé le sursis « vu la gravité des faits retenus à la charge d'Ida Tornare ». La Cour de cassation cantonale interprète ce considérant en ce sens que le Tribunal n'aurait pas fait allusion à la gravité de l'infraction prise théoriquement, mais à la gravité du cas particulier, tirée de l'ensemble des circonstances de la cause. Mais l'une et l'autre de ces interprétations sont incompatibles avec la raison d'être du sursis.

La gravité d'une infraction, prise d'une manière abstraite et telle que la définit la partie spéciale du code, est un élément dont le législateur a tenu compte pour fixer les conditions objectives du sursis. S'il n'a exclu ce bénéfice que pour les infractions punies de la réclusion, le juge ne saurait le faire de son côté pour telle catégorie d'infractions frappées simplement d'emprisonnement ou d'arrêts. Quant à la gravité de l'infraction *in casu*, elle est mesurée par la peine prononcée. Or le législateur a aussi réglé l'influence de la gravité particulière de l'infraction sur le sursis, en fixant à un an le maximum de l'emprisonnement

qui permette encore l'octroi de cette faveur. Le juge ne peut abaisser cette limite.

La Cour de cassation cantonale laisse entendre que sous les mots de « gravité des faits », le Tribunal de la Gruyère a voulu faire état de circonstances particulières et individuelles du cas qui justifieraient le refus du sursis. Cela serait en soi légitime. Mais rien dans le jugement ni même dans le dossier ne permet à la Cour de céans de voir quels seraient ces motifs particuliers et de dire que les juges du fait n'ont pas refusé le sursis à tort et en se fondant uniquement sur les considérants erronés ci-dessus. Les conditions objectives du sursis étaient remplies. Nulle part le jugement ne s'exprime sur l'effet préventif du sursis eu égard aux antécédents et au caractère de la condamnée. Le recours doit en conséquence être admis et la cause renvoyée à la juridiction cantonale qui — en s'inspirant des considérants du présent arrêt — statuera à nouveau sur l'octroi ou le refus du sursis.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

admet le pourvoi, annule l'arrêt attaqué et renvoie la cause à la juridiction cantonale pour nouveau jugement.

15. Urteil des Kassationshofes vom 15. Juli 1942 i. S. Högger gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

Art. 41 Ziff. 1 StGB. Der bedingte Strafvollzug darf nicht aus bestimmten im Gesetz nicht genannten Gründen *allgemein* verweigert werden.

Art. 41 ch. 1 CP. Le sursis ne doit pas être refusé d'une manière *générale* pour des motifs déterminés non énoncés dans la loi.

Art. 41 cifra 1 CPS. La sospensione condizionale non può essere rifiutata in modo *generale* per motivi determinati non previsti nella legge.

A. — Am 30. April 1942 verurteilte die III. Kammer A des Obergerichts des Kantons Zürich Paul Högger wegen Widerhandlung gegen Art. 2 Abs. 1 des BRB vom 6. Au-

gust 1940 über Massnahmen gegen die kommunistische und anarchistische Tätigkeit zu drei Wochen Gefängnis, weil er vom März bis Ende Juli 1941 wiederholt kleinere und grössere Mengen kommunistischer Schriften und Zettel zu Propagandazwecken entgegengenommen, aufbewahrt und weiterverbreitet, sechsmal an Sitzungen kommunistischer Zellen teilgenommen und seine Wohnung dreimal zu solchen Sitzungen zur Verfügung gestellt hatte. Den bedingten Strafvollzug versagte sie ihm mit der Begründung, aus seiner ausserordentlich starken Betätigung im Rahmen der kommunistischen Organisationen und Ersatzorganisationen während mehrerer Monate müsse gefolgert werden, dass Högger Anhänger der kommunistischen Weltanschauung sei. Seine Gesinnung sei Beweggrund seiner Verfehlungen, wie die grosse Zahl seiner im Interesse des Kommunismus begangenen Vergehen und seine intensive Beteiligung an der kommunistischen Schulungs- und Bildungsarbeit schliessen liessen. Für eine Gesinnungsänderung lägen bei ihm keine Anhaltspunkte vor. Daher sei es sehr unwahrscheinlich, dass eine bloss bedingt zu vollziehende Strafe genügen würde, ihn von weiteren ähnlichen Vergehen abzuhalten. Immer dann wenn die Gesinnung des Täters der alleinige oder doch überragende Beweggrund einer strafbaren Handlung sei und nichts dafür vorliege, dass der Täter die betreffende Gesinnung aufgegeben oder sich doch so weit von ihr distanziert habe, dass er auf eine aktive Betätigung für ihre Verwirklichung verzichte, könne nach Vorleben und Charakter des Verurteilten nicht erwartet werden, dass er durch den bedingten Strafvollzug von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten würde.

B. — Paul Högger erklärte rechtzeitig die Nichtigkeitsbeschwerde. Er beantragt Aufhebung des erwähnten Urteils, soweit es ihm den bedingten Strafvollzug verweigere, und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung. Er erblickt eine Verletzung der Art. 41 StGB und 335 BStrP darin, dass die Vorinstanz

für alle Gesinnungsdelikte und somit unter anderem allgemein für Widerhandlungen gegen den BRB vom 6. August 1940 über Massnahmen gegen die kommunistische und anarchistische Tätigkeit, welche ja in der Regel auf die Gesinnung des Täters zurückzuführen seien, den bedingten Strafvollzug nicht gewähren wolle.

C. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Nach der Auslegung, welche der Kassationshof Art. 335 BStrP und Art. 41 StGB bisher gegeben hat, ist der bedingte Strafvollzug grundsätzlich zu gewähren, wenn die im Gesetz hiefür genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Die Frage, ob der Richter im einzelnen Falle ausnahmsweise noch weitere Voraussetzungen verlangen dürfe, wurde unter der Herrschaft des Art. 335 BStrP bejaht (BGE 61 I 447, 63 I 266), in bezug auf Art. 41 StGB dagegen bisher offen gelassen. Sie kann auch heute offen bleiben. Selbst wenn nämlich die erwähnte Möglichkeit zu bejahen wäre, würde der Richter das zulässige Ermessen überschreiten, wenn er den bedingten Strafvollzug aus bestimmten im Gesetz nicht genannten Gründen *allgemein* verweigern wollte. In der Annahme der Vorinstanz, dass für strafbare Handlungen, deren Beweggrund ausschliesslich oder überragend in der Gesinnung des Täters liege, der bedingte Strafvollzug ausgeschlossen sei, liegt daher eine unzulässige Verallgemeinerung einer Überlegung, welche im einzelnen Falle zulässig sein kann, verallgemeinert dagegen dem Sinn des Gesetzes widerspricht. Der bedingte Strafvollzug darf nicht wegen einer bestimmten Gesinnung schlechthin, sondern nur wegen der Gesinnung des konkreten Täters verweigert werden, wenn und weil sie ein Indiz dafür sein kann, dass dieser nach seinem Vorleben und Charakter sich durch diese Massnahme nicht von weiteren Verbrechen oder Vergehen würde abhalten lassen. Wenn der Richter die Gesinnung des Verurteilten

in die Erwägungen über die Unzulässigkeit des bedingten Strafvollzuges einbeziehen will, muss er immer individuell prüfen, ob sie im betreffenden Falle auch tatsächlich die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges rechtfertige. Der Kassationshof hat es denn auch unter der Herrschaft des Art. 335 BStrP z. B. als unzulässig bezeichnet, für das Führen eines Motorfahrzeuges in angetrunkenem Zustande allgemein den bedingten Strafvollzug zu versagen (BGE 63 I 264).

2. Im Ergebnis hat nun aber die Vorinstanz dem Beschwerdeführer den bedingten Strafvollzug nicht unbezogen deshalb verweigert, weil sie diese Massnahme für Gesinnungsdelikte allgemein als unangebracht erachtet, sondern sie hat anhand der Umstände des konkreten Falles untersucht, ob nach Vorleben und Charakter des Beschwerdeführers zu erwarten sei, dass er sich durch den bedingten Strafvollzug von weiteren Verbrechen oder Vergehen würde abhalten lassen. Sie zog in Erwägung, dass der Beschwerdeführer sich ausserordentlich stark und während mehreren Monaten in kommunistischen Organisationen und Ersatzorganisationen betätigt, im Interesse des Kommunismus viele Vergehen begangen und sich intensiv an der kommunistischen Schulungs- und Bildungsarbeit beteiligt habe. Zwar machte sie diese Überlegung, um die kommunistische Gesinnung des Beschwerdeführers und den Beweggrund seines Handelns darzutun. Im Ergebnis zieht sie jedoch damit aus Umständen des konkreten Falles Rückschlüsse auf Charaktereigenschaften des Beschwerdeführers, welche einer bessernden Wirkung des bedingten Strafvollzuges nach ihrer Auffassung entgegenstehen. Damit hat sie den Rahmen des zulässigen Ermessens nicht überschritten.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

16. Urteil des Kassationshofes vom 5. Juni 1942 i. S. Pfaff gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

1. Art. 122 Ziff. 1, Art. 125 Abs. 2 StGB. Begriff der schweren Schädigung bei Körperverletzung.
2. Art. 25 Abs. 1 MFG. Wer trotz aufgehobener Sicht (Schneegestöber, Blendung durch entgegenkommendes Fahrzeug) weiterfährt, handelt schuldhaft, unbekümmert darum, ob tatsächlich ein Unfall eintritt und, wenn ja, ob er durch Dritte mitverschuldet sei.
1. Art. 122 ch. 1, 125 al. 2 CP. Notion des lésions corporelles graves.
2. Art. 25 al. 1 LA. Le conducteur d'un véhicule à moteur qui, malgré le manque de visibilité (tempête de neige, éblouissement par les phares d'un autre véhicule), continue de circuler commet une faute; peu importe qu'un accident se produise ou non et, s'il arrive, qu'un tiers y ait contribué par sa faute.
1. Art. 122 cifra 1, art. 125 cifra 2 CPS. Nozione di gravi lesioni corporali.
2. Art. 25 cp. 1 LCAV. Il conducente di un autoveicolo che, nonostante la mancanza di visibilità (tempesta di neve, abbagliamento coi fari di un altro veicolo) continua la sua corsa, commette una colpa, nulla importando se l'infortunio si produca o no e, in caso affermativo, se esso sia dovuto alla colpa concorrente d'un terzo.

A. — Am 29. Oktober 1941 führte René Pfaff nach eingebrochener Dunkelheit im heftigen Schneegestöber einen Motorlastwagen auf der 7 m breiten Fahrbahn der mit Fussgänger- und Radfahrerstreifen versehenen unbeleuchteten Staatsstrasse von Hegenau nach Gfenn. Um 1815 Uhr kreuzte er beim Ödenbühl auf gerader Strecke ein Automobil, dessen Führer er durch wiederholtes Lichtsignal erfolglos aufgefordert hatte, die Scheinwerfer abzublenden. Unmittelbar nachher fuhr er von hinten in den auf der Fahrbahn 1,5 m vom rechten Strassenrand entfernt gegen Gfenn radelnden Ernst Colombarolli, dessen Fahrrad ohne Reflexlinse war und den er zu spät bemerkt hatte. Im Augenblick des Zusammenstosses war die Geschwindigkeit des Lastwagens nur noch gering.

Der Radfahrer erlitt eine Rissquetschwunde am linken Oberlid, einen typischen Bruch der Speiche des linken Vorderarmes mit kleinem Abriss an der Elle, einen Bruch des linken Wadenbeins und einen Bluterguss im rechten