

le cas échéant, le juge pénal se prononce préalablement sur la question civile. Il arrivera plus souvent que le dommage soit fixé avant le jugement par accord avec le lésé ; le juge pourra même surseoir à statuer pour donner aux intéressés la faculté de parvenir à une entente. La loi permet d'ailleurs de lier d'une autre manière la question du sursis à la réparation du dommage ; selon le ch. 2 de l'art. 41, le juge peut imposer au condamné qui a obtenu le sursis l'obligation de réparer dans un délai donné.

Au surplus, lorsque le dommage n'est pas fixé avant la condamnation pénale, le juge peut éventuellement tenir compte, dans sa décision sur le sursis, de l'attitude adoptée par le condamné eu égard au tort qu'il a causé. L'art. 41 al. 4 ne régit pas cette hypothèse. Or, la mauvaise volonté manifeste mise par l'auteur à réparer, dans la mesure de ses ressources, un préjudice d'emblée certain, l'indifférence ou l'insouciance dont il fait preuve pour les conséquences de son acte, peuvent justifier le refus du sursis en vertu de l'alinéa 2 de l'art. 41 ; pareille attitude peut en effet jeter un jour défavorable sur le caractère du condamné et permet, le cas échéant, de conclure qu'une mesure de faveur ne le détournerait pas de commettre de nouveaux crimes ou délits.

En l'espèce, les tribunaux neuchâtelois ont refusé le sursis par application de l'art. 41 al. 4. Motivée de la sorte, cette décision ne peut être maintenue. Quant à savoir si elle pourrait se justifier en vertu de l'al. 2 du même article, la juridiction cantonale ne s'est pas prononcée sur ce point. Il convient donc de lui renvoyer la cause à cet effet, en relevant ce qui suit :

La plaignante a subi un préjudice évident du fait des sévices dont elle a été victime, ne s'agirait-il que des frais de consultation d'un médecin et de constitution d'un mandataire. Le recourant ne pouvait donc raisonnablement décliner toute responsabilité quant aux conséquences de son acte, même s'il pouvait se croire fondé à imputer à l'état de santé de dame Guyot les troubles physiques et

psychiques dont elle se plaignait. Or l'arrêt attaqué constate à la suite du jugement de première instance que le condamné « ne s'est pas offert à réparer le dommage ». Le recourant critique cette constatation, mais en l'état elle lie le Tribunal fédéral, car, si elle est peu conciliable avec l'existence avérée de pourparlers transactionnels, elle n'est pas manifestement erronée (art. 275 al. 1 PPF). Il appartiendra toutefois à la juridiction cantonale, appelée à statuer à nouveau sur le sursis, de revoir ce point de fait, si le droit de procédure l'y autorise. Il lui sera loisible également de tenir compte à ce sujet de la déclaration de la Caisse nationale du 11 janvier 1944 et de la lettre du conseil du prévenu du 25 septembre 1943, pièces que le recourant a produites pour la première fois devant le Tribunal fédéral et qu'à ce titre celui-ci n'aurait pu prendre en considération dans la présente instance (art. 272 bis litt. b PPF).

29. Urteil des Kassationshofes vom 30. Juni 1944 i. S. Gammenthaler gegen Generalprokurator des Kantons Bern.

Art. 41 Ziff. 3 StGB. Die Strafe ist auch dann vollziehen zu lassen, wenn dem Verurteilten für das während der Probezeit begangene neue Verbrechen oder Vergehen wiederum der bedingte Strafvollzug zugebilligt worden ist.

Art. 41 ch. 3 CP. Le juge doit ordonner l'exécution de la peine même lorsque le condamné qui encourt durant le délai d'épreuve une nouvelle peine pour un crime ou un délit est mis à nouveau au bénéfice du sursis.

Art. 41, cifra 3 CP. Il giudice deve ordinare l'esecuzione della pena anche se il condannato che incorre in una nuova pena per un crimine o un delitto durante il periodo di prova è messo nuovamente al beneficio della sospensione condizionale.

A. — Am 30. März 1944 hat das Obergericht des Kantons Bern den bedingten Strafvollzug, welchen das Amtsgericht von Bern Wilhelm Gammenthaler am 27. Mai 1942 für eine in Anwendung eidgenössischen Rechts ausgesprochene Gefängnisstrafe von fünfunddreissig Tagen

gewährt hatte, gestützt auf Art. 41 Ziff. 3 StGB widerrufen, weil Gammenthaler am 8. Dezember 1943 vom Gerichtspräsidenten IV von Bern wegen einer während der zweijährigen Probezeit begangenen Veruntreuung zu vierzehn Tagen Gefängnis, wiederum bedingt vollziehbar, verurteilt worden war.

B. — Gammenthaler ficht den Entscheid des Obergerichtes mit der Nichtigkeitsbeschwerde an. Er beantragt dessen Aufhebung und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, damit sie die Strafe vom 27. Mai 1942 nicht vollziehen lasse. Der Beschwerdeführer macht geltend, Art. 41 Ziff. 3 StGB sei nicht nach seinem Wortlaut anzuwenden, denn das würde zu grossen Härten führen, was kaum die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein könne. Es wäre geradezu unlogisch, im vorliegenden Falle, wo für die während der Probezeit begangene strafbare Handlung wiederum nur eine bedingt vollziehbare Strafe ausgesprochen wurde, den Vollzug der ersten Strafe anzuordnen.

C. — Der Generalprokurator des Kantons Bern beantragt die Abweisung der Beschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

Gemäss Art. 41 Ziff. 3 StGB hat der Richter die Strafe, welche als bedingt vollziehbar ausgefällt worden ist, unter anderem dann vollziehen zu lassen, wenn der Verurteilte während der Probezeit vorsätzlich ein Verbrechen oder Vergehen begeht. Diese Bestimmung macht keine Ausnahme. Sie stellt es insbesondere nicht dem Ermessen des Richters anheim, von der Anordnung des Vollzugs dann abzusehen, wenn das während der Probezeit begangene Verbrechen oder Vergehen geringfügig ist. Diese Abweichung von der Ordnung, die vor dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches in gewissen Kantonen (z. B. Basel und Bern) galt und auch in der Literatur befürwortet wurde (vgl. u. a. MANTEL, Die Ergebnisse des bedingten Straferlasses in Deutschland, Belgien, Frankreich und der

Schweiz S. 104 ; PFENNINGER in Festgabe zum schweiz. Juristentag 1928 S. 166), ist gewollt. Ein in der zweiten Expertenkommission gestellter Antrag, welcher dem Richter die Anordnung des Strafvollzugs bei Nichtbewährung des Verurteilten nicht zwingend vorschreiben, sondern bloss erlauben wollte, wurde abgelehnt (Protokoll I 418, 426, 431), ebenso ein im Nationalrat anlässlich der Bereinigung der Differenzen gestellter Antrag, wonach der Richter ausnahmsweise befugt sein sollte, die Vollziehung der erkannten Strafe nicht zu verfügen, wenn das letzte beurteilte Verbrechen oder Vergehen geringfügiger Art ist (AStenBull NatR, Sonderausgabe 635 ff.). Der klare Wortlaut des Gesetzes deckt sich also mit dem aus den Materialien ersichtlichen Willen des Gesetzgebers, dahingehend, dass *jedes* während der Probezeit begangene Verbrechen oder Vergehen den Vollzug der Strafe nach sich ziehen soll (vgl. Votum GAUTIER, Protokolle der zweiten Expertenkommission I 420).

Dieser Strenge des Art. 41 Ziff. 3 StGB steht die Nachsicht gegenüber, welche Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 zu üben gestattet. Diese Bestimmung schliesst den bedingten Strafvollzug nicht schon aus, wenn der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre wegen eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens zu einer Freiheitsstrafe *verurteilt* worden ist, sondern nur, wenn er innerhalb dieses Zeitraumes eine solche Strafe *verbüsst* hat. War die Strafe bedingt vollziehbar, so hindert Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 den Richter nicht, diese Massnahme auch für die zweite Strafe zu gewähren. Tut er dies, so verträgt sich damit schlecht, dass die selbst nur bedingt sühnbare Tat den Vollzug der früheren Strafe nach sich ziehen soll. Man kann sich fragen, ob diese Ordnung darauf zurückzuführen ist, dass Art. 39 Ziff. 1 Abs. 2 des Entwurfes (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 des Gesetzes) nach dem von den eidgenössischen Räten unwidersprochen durchgelassenen Wortlaut in der Vorstrafe ein Hindernis des bedingten Strafvollzuges dann erblickte, wenn der Verurteilte sie « erlitten », nicht wenn

er sie « verbüsst » hat. « Erlitten » brauchte nicht unbedingt im Sinne von « erstanden » — ein Ausdruck, den der Entwurf in der Bestimmung über den Rückfall (Art. 64) kannte und der mit « verbüsst » gleichbedeutend ist — aufgefasst zu werden. Die Meinung konnte dahin gehen, die *Verurteilung* zur Vorstrafe genüge, um den bedingten Vollzug für die spätere Strafe auszuschliessen. Die vom Beschwerdeführer als unlogisch gerügte Ordnung wäre dann erst durch die im Redaktionsverfahren erfolgte Ersetzung des Wortes « erlitten » durch « verbüsst » heraufbeschwoeren worden. Allein es sind auch andere Erklärungen möglich. Der Gesetzgeber kann sich z. B. vorgestellt haben, der Richter werde dem Verurteilten den bedingten Strafvollzug bei der zweiten Verurteilung nicht oder nur ganz ausnahmsweise gewähren, nämlich höchstens dann, wenn ernsthaft angenommen werden kann, der Verurteilte werde die zweite Bewährungsprobe besser bestehen als die erste.

Sei dem wie ihm wolle, der Kassationshof ist nicht befugt, sich über den unmissverständlichen Text des Art. 41 Ziff. 3, welcher den vom Gesetzgeber gewollten Sinn hat, hinwegzusetzen, um eine Ordnung, welche als zu wenig durchdacht erscheinen mag, zu verbessern.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

30. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 14. Juli 1944 i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft gegen Schmid.

Art. 43 StGB. Verminderte Zurechnungsfähigkeit des Verurteilten steht der Einweisung in eine Arbeitserziehungsanstalt nicht im Wege, wenn nicht die Anwendung von Art. 14 oder 15 StGB geboten ist.

Art. 43 CP. Lorsqu'il n'y a pas lieu d'appliquer au condamné à responsabilité restreinte l'art. 14 ou l'art. 15 CP, rien ne

s'oppose à ce qu'il soit renvoyé dans une maison d'éducation au travail.

Art. 43 CP. Quando non si deve applicare al condannato, che ha una responsabilità limitata, l'art. 14 o l'art. 15 CP, nulla si oppone al suo collocamento in una casa d'educazione al lavoro.

Aus den Erwägungen :

Der Sachverständige hat nicht für notwendig gehalten, dass der leicht vermindert zurechnungsfähige Beschwerdegegner wegen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nach Art. 14 StGB in einer Heil- oder Pflegeanstalt verwahrt werde ; er hat bloss die Anwendung des Art. 15 StGB empfohlen. Das Strafgericht indessen hat Art. 43 StGB angewendet. Das war zulässig. Art. 15 trifft zu, wenn der Zustand des vermindert zurechnungsfähigen Täters dessen « Behandlung oder Versorgung in einer Heil- oder Pflegeanstalt » verlangt, also, abgesehen vom Falle der Versorgung, insbesondere dann, wenn der Täter gepflegt oder psychiatrisch behandelt werden muss. Wenn dies, wie im vorliegenden Falle, nicht nötig ist und, wie die kantonalen Gerichte angenommen haben, die Voraussetzungen zur Anwendung des Art. 43 StGB erfüllt sind, darf der Richter diese Bestimmung selbst auf einen vermindert zurechnungsfähigen Täter anwenden. Es kommt vor, dass gerade eine der Voraussetzungen der Einweisung in eine Arbeitserziehungsanstalt, die Liederlichkeit oder Arbeitsscheu, mit welcher das Verbrechen oder Vergehen im Zusammenhang steht (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB), auf verminderte Zurechnungsfähigkeit zurückgeht. Ein Grund, warum diese die Anwendung des Art. 43 ausschliessen sollte, lässt sich nicht finden. Die Massnahme des Art. 43 gleicht übrigens derjenigen des Art. 15 z. B. insofern, als in beiden Fällen der Strafvollzug aufgeschoben und unter Umständen später nachgeholt wird (vgl. Art. 17 Ziff. 2 Abs. 2 und Art. 43 Ziff. 6 StGB).