

danger pour Mireille Roth d'être pervertie et laissant à l'autorité civile le soin d'aviser aux mesures qu'elle jugera opportunes apparaît ainsi contraire à la loi. Les mesures nécessaires pour parer au danger de perversion qui subsiste sont à prendre par l'autorité pénale. Et il convient de relever que la mère, même si sa conduite personnelle ne prête plus à la critique, n'est pas fondée à demander l'attribution de sa fille aussi longtemps que, d'après l'avis motivé de l'autorité, l'établissement d'éducation offre plus de garantie pour la guérison morale de l'enfant.

Il y aura lieu de tenir compte de ces considérations dans la nouvelle décision à prendre.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

Admet le pourvoi, annule l'arrêt attaqué et renvoie la cause au Tribunal cantonal vaudois pour qu'il statue à nouveau.

**32. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 19. Mai 1944 i. S. Spitzmesser gegen Jugendanwaltschaft des Kantons Thurgau.**

**1. Art. 268, 270 Abs. 1 BStrP.**

Gegen Erkenntnisse über Massnahmen gegen Kinder (Art. 82 ff. StGB) ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig. Dem Inhaber der elterlichen Gewalt steht sie zu, nicht aber dem Stiefvater (Erw. 1).

**2. Art. 83 StGB.**

Diese Bestimmung ist nur verletzt bei offensichtlich ungenügender Abklärung des Sachverhalts; sie verleih dem Kassationshof nicht das Recht zur Überprüfung der Beweiswürdigung (Erw. 3).

**3. Art. 84 Abs. 1 und 2 StGB.**

a) Begriff der sittlichen Verwahrlosung und der sittlichen Gefährdung (Erw. 4).

b) Die Frage, durch welche in Art. 84 StGB vorgesehene Massnahme die Erziehung zu verbessern sei, liegt im Ermessen der zuständigen Behörde. Diese hat sich vom Wohl des Kindes leiten zu lassen (Erw. 5).

**1. Art. 268, 270 al. 1 PPF.**

Le pourvoi en nullité est recevable contre un prononcé ordonnant des mesures à l'égard d'un enfant (art. 82 ss CP). Il peut

être exercé par le détenteur de la puissance paternelle, non pas par le beau-père (consid. 1).

**2. Art. 83 CP.**

Cette disposition n'est violée que si l'élucidation des faits est manifestement insuffisante; elle ne confère pas à la Cour de cassation le droit de revoir l'appréciation des preuves (consid. 3).

**3. Art. 84 al. 1 et 2 CP.**

a) Notion de l'abandon moral et du danger de perversion (consid. 4).

b) L'autorité compétente choisit selon son appréciation celle des mesures prévues à l'art. 84 CP qui doit redresser l'éducation de l'enfant. Elle se laissera guider par le souci du bien de ce dernier.

**1. Art. 268, 270 cp. 1 PPF.**

Il ricorso per cassazione è ricevibile contro un decreto di misure nei confronti d'un fanciullo (art. 82 e seg. CP) e può essere inoltrato dal detentore della patria potestà, ma non dal patrigno (consid. 1).

**2. Art. 83 CP.**

Questo disposto è violato soltanto se l'accertamento dei fatti è manifestamente insufficiente; non conferisce alla Corte di cassazione il diritto di sindacare l'apprezzamento delle prove (consid. 3).

**3. Art. 84 cp. 1 e 2 CP.**

a) Nozione dell'abbandono morale e del pericolo di pervertimento (consid. 4).

b) L'autorità competente sceglierà la misura prevista dall'art. 84 CP che sia, secondo il suo prudente criterio discrezionale, idonea a migliorare l'educazione del fanciullo. Determinante per lei sarà il bene del fanciullo (consid. 5).

A. — Roman Giger, geboren 1932, ist das Kind eines Schizophrenen, der seit 1934 in einer Irrenanstalt weilte. Im Jahre 1937 wurde die Ehe der Eltern geschieden, und in der Folge ging die Mutter des Knaben mit Dionys Spitzmesser eine neue Ehe ein. Vom Februar bis im Mai 1939 war Roman Giger wegen erzieherischer Schwierigkeiten, die er zu Hause wie in der Schule bereitete, im kantonalen Kinderhaus Stephansburg in Zürich. Die Mutter und der Pflegevater erklärten damals, dass er periodisch eine Sucht zum Lügen und Stehlen zeige. Wenn der Knabe unbeaufsichtigt sei, was ziemlich oft vorkomme, da die Mutter sich häufig als Reisende auswärts befinde, suche er in allen Schubladen nach Geld. Er habe schon mehr als fünfzig Franken auf einmal genommen und für Süßigkeiten usw. verwendet. Er habe auch ein Fahrrad

und verschiedene Male Reparaturwerkzeug gestohlen. Der damalige Lehrer berichtete auf Anfrage, dass die Charaktereigenschaften des Knaben stets etwas verworren gewesen seien; Anhänglichkeit, Prahlucht, Lügenhaftigkeit und Stehlsucht hätten in ihm immer gekämpft. Der Lehrer hielt die erzieherischen Verhältnisse für ungünstig, weil der Knabe zu viel sich selbst überlassen sei. Der Arzt des Kinderhauses, Dr. Lutz, kam am 4. Mai 1939 auf Grund dieser Auskünfte und eigener Beobachtungen zum Schluss, Roman Giger sei verwahrlost. Die Verwahrlosung habe infolge ungenügender Erziehung und Beaufsichtigung deshalb so früh und so hochgradig eintreten können, weil dem Knaben anlagemässig von seiten des Vaters eine psychopathische Störung der Gemeinschafts- und der ethischen Gefühle zugekommen sein dürfte. Ein so gearteter Knabe könne in einer Familie nicht genügend beaufsichtigt und beeinflusst werden. Dr. Lutz empfahl dessen Unterbringung in einer Anstalt. Die Mutter verbrachte Roman Giger am 20. Juni 1939 in das Kinderheim « Gott hilft » in Wiesenherisau, wo er bis am 22. Dezember 1940 blieb. Der Leiter des Kinderheims berichtet, der Knabe habe eine feste und sichere Führung nötig. Anlässlich eines Besuches im Februar oder März 1942 habe er sich unverabschiedet davongemacht und ein Paar Ski eines Kameraden mitlaufen lassen. Bei der Schneeschmelze habe sich dann herausgestellt, dass er die Ski auf halbem Wege nach Herisau vergraben habe. Am 15. Juni 1943 berichtete der Amtsvormund von Kreuzlingen, Roman Giger halte sich bei seiner Mutter auf. Der Lehrer habe ihn schon früher als schwer erziehbar geschildert. Aus der Nachbarschaft liefen auch immer Klagen über freches Benehmen auf der Strasse ein. Anfangs 1942 habe der Knabe seiner Mutter Fr. 25.— gestohlen. Dem Antrag des Amtsvormundes vom 18. März 1942 an das Waisenamt, den Knaben wieder in einer Anstalt zu versorgen, sei nicht entsprochen worden. Die Verhältnisse schienen sich indessen nicht gebessert zu haben.

Im Mai 1943 stahl Roman Giger ab der Wiese eines Landwirtes einen elektrischen Viehhüteapparat, den er im Walde versteckte und etwa vierzehn Tage später mit Hilfe zweier Kameraden nach Kreuzlingen schaffte und auseinandernahm, um die Batterien für Versuchszwecke zu gebrauchen.

Im Verfahren, welches wegen dieser Tat eröffnet wurde, ordnete der Jugendanwalt des Kantons Thurgau die psychiatrische Begutachtung des Knaben an. Der Sachverständige kam zum Schluss, Roman Giger, der erblich schwer belastet sei, habe einen abnormen Charakter und sei durch Erziehungsfehler verwahrlost. Der schwererziehbare Knabe sollte aus dem Kreise, in welchem er sich zur Zeit befinde, herausgenommen werden, da seine Mutter und sein Stiefvater offensichtlich nicht in der Lage seien, den Anforderungen, die seine Erziehung stelle, zu genügen.

B. — Die Rekurskommission des Obergerichts des Kantons Thurgau als oberste kantonale Instanz wies Roman Giger am 30. März 1944 gestützt auf Art. 84 StGB wegen Diebstahls auf unbestimmte Zeit in eine Erziehungsanstalt ein.

C. — Die Eheleute Spitzmesser greifen dieses Urteil mit der Nichtigkeitsbeschwerde an. Sie beantragen, es sei aufzuheben und die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie Roman Giger einen Verweis erteile und von einer Massnahme absehe, eventuell den Knaben unter Aufsicht der zuständigen Behörde der eigenen Familie belasse, eventuell die Akten vervollständige und hierauf neu entscheide.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung:*

1. — Der Kassationshof ist im Urteil in Sachen Hungerbühler und Schmidhauser gegen Jugendanwaltschaft des Kantons Thurgau (BGE 68 IV 158), durch welches er die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Erkenntnisse über Massnahmen gegen Jugendliche zulässig erklärt hat, von der Betrachtung ausgegangen, dass Urteile im Sinne von

Art. 268 BStrP Erkenntnisse seien, die über die Strafe befinden, im Unterschied zu solchen, die bloss Erziehungs- oder Fürsorgemassnahmen anordnen. Er hat aber die Massnahmen gegenüber Jugendlichen im Hinblick hauptsächlich auf ihre Eintragung im Strafregister (Art. 361 StGB) der Strafe genügend angenähert gesehen, um die Erkenntnisse, die sie anordnen, ebenfalls der Nichtigkeitsbeschwerde zu unterstellen. Nichts hindert jedoch, als Urteil im Sinne jener Bestimmung jedes in einer Bundesstrafsache ergangene Erkenntnis zu verstehen, gleichgültig, ob es Strafe verhängt oder Massnahmen anordnet. Diese weitere Auffassung trägt dem Umstande Rechnung, dass auch die Massnahme Schuldigerklärung wegen einer strafbaren Handlung voraussetzt. Vor allem aber entspricht sie besser dem gesetzgeberischen Zweck der Nichtigkeitsbeschwerde, welche die richtige Auslegung des eidgenössischen Rechts und seine einheitliche Anwendung wahren soll. Das ist auch auf dem Gebiete der Massnahmen des Strafgesetzbuches wichtig, die des Kinderstrafrechts nicht ausgenommen. Insbesondere stellen sich auch hier Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, obschon die Ermessensentscheidung besonders grossen Raum einnimmt. Die Begrenzung des Ermessens gilt übrigens wiederum als Rechtsfrage. Diese zu kontrollieren, ist eher Aufgabe des Kassationshofes als der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts im Verfahren der subsidiären Willkürbeschwerde.

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher einzutreten. Immerhin nur soweit sie von Waldburga Spitzmesser als der alleinigen Inhaberin der elterlichen Gewalt erhoben worden ist. Dionys Spitzmesser als Stiefvater steht zu Roman Giger in bloss tatsächlichen Beziehungen, hat weder elterliche noch vormundschaftliche Gewalt, und ist daher zur Nichtigkeitsbeschwerde nicht legitimiert.

2. — .....

3. — Art. 83 StGB weist die zuständige Behörde an, im Verfahren gegen Kinder den Sachverhalt festzustellen.

Soweit die Beurteilung des Kindes es erfordert, hat sie Erhebungen über das Verhalten, die Erziehung und die Lebensverhältnisse des Kindes zu machen und Berichte und Gutachten über dessen körperlichen und geistigen Zustand einzuziehen. Das haben die thurgauischen Behörden getan. Ob sie die getroffenen Erhebungen und die eingezogenen Berichte und Gutachten als genügend erachten wollten, war Sache der Beweiswürdigung. Art. 83 StGB hat nicht den Sinn, dass der Kassationshof, der auf Nichtigkeitsbeschwerde hin für die einheitliche Anwendung eidgenössischen Rechts zu sorgen hat, sich mit der Würdigung der Beweise zu befassen hätte, etwa so, dass er die abgehörten Zeugen und die eingeholten Berichte auf ihre Glaubwürdigkeit und die erhobenen Gutachten auf ihre Schlüssigkeit hin überprüfen und gegebenenfalls die Zulassung von Gegenbeweisen anordnen müsste. Nur eine offensichtlich ungenügende Abklärung des Sachverhaltes, die Unterlassung von Erhebungen, die sich für die Beurteilung des Kindes aufdrängen, würde die erwähnte Bestimmung verletzen. Solches Ungenügen weist die Untersuchung im vorliegenden Falle nicht auf; die Gründe, aus denen die Vorinstanz die Aktenergänzung abgelehnt hat, lassen sich hören.

4. — Die Vorinstanz hat die Einweisung in eine Erziehungsanstalt gestützt auf Art. 84 StGB für angezeigt erachtet, weil Roman Giger sowohl sittlich verwahrlost als auch sittlich gefährdet sei. Sie geht von der Annahme aus, dass die Erziehungsmöglichkeiten, welche die Familie Spitzmesser biete, schon bisher nicht genügten und ätch in Zukunft nicht genügen würden, um den abnormen erzieherischen Schwierigkeiten Herr zu werden. Das will sagen, dass die Verfehlungen des Knaben und dessen ungehörige Aufführung auf eine Erziehung zurückgeführt werden müssen, die seiner abnormen Charakterveranlagung nicht gewachsen war und auch in Zukunft nicht gewachsen wäre. Die Vorinstanz übernimmt insbesondere die Feststellung des Arztes des Kinderhauses Stephansburg, wo-

nach der Gemeinschaftssinn und die ethischen Gefühle des Knaben anlagemässig gestört seien, sowie die Auffassung des psychiatrischen Gutachters, dass der Knabe schwererziehbar sei.

Geht man von diesen Tatsachen aus, so erscheint das Kind als sittlich verwahrlost und sittlich gefährdet. Verwahrlosung ist von ZÜRCHER in den Erläuterungen zum Vorentwurf 1908, Seite 30, umschrieben worden als ein Zustand, der durch den Mangel an leiblicher und geistiger Fürsorge und Erziehung eingetreten ist und daher ein Fürsorge- und Erziehungsbedürfnis weckt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes braucht sie bloss auf sittlichem Gebiete zu liegen, also nicht auch auf einem Mangel an *leiblicher* Fürsorge zu beruhen. Ein Zustand der *moralischen* aufgelöstheit genügt. Ob dem Kinde auf Grund seiner Entwicklung das Verständnis für seine sittlichen Verpflichtungen zugemutet werden kann, ist unerheblich, weil sonst gerade in Fällen einer Fehlentwicklung, verursacht durch mangelhafte Erziehung, nicht eingeschritten werden könnte. Ferner kommt nichts darauf an, ob die bisherige Erziehung dem Durchschnitt entsprochen habe. Auch auf Fälle, in denen die sittliche Verwahrlosung darauf zurückzuführen ist, dass überdurchschnittliche Anforderungen an die Erziehung nicht erfüllt worden sind, trifft Art. 84 StGB zu. Entsprechendes gilt für die sittliche Gefährdung, mit dem Unterschiede, dass bei dieser die Fehlentwicklung nicht schon eingetreten oder abgeschlossen ist, sondern erst einzutreten oder fortzuschreiten droht.

5. — Die Frage, durch welche in Art. 84 StGB vorgesehene Massnahme die Erziehung zu verbessern sei, liegt im Ermessen der zuständigen Behörde. Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Knabe nach dem Ergebnis der Begutachtung dauernd gefährdet wäre, wenn er in der Familie der Beschwerdeführerin belassen würde; seine Versetzung in andere Erziehungsverhältnisse sei daher die einzige und zwingende Folge. Die Verbringung in eine Anstalt sei der Einweisung in eine Familie vorzuziehen;

das entspreche der Auffassung des Sachverständigen und der Personen, welche Einblick in die Verhältnisse haben, und rechtfertige sich wegen der Eigenart des Knaben und der Schwierigkeiten, die seine Erziehung biete. Gegen diese Auffassung lässt sich im Kassationsverfahren, das nur der richtigen Anwendung eidgenössischen Rechts und nicht der Kontrolle des Ermessens dient, nichts einwenden. Die Vorinstanz hat sich mit Recht vom Wohl des Kindes und nicht von den Interessen der Beschwerdeführerin und ihres Ehemannes leiten lassen. Für das Wohl des Kindes aber drängte sich die Einweisung in eine Erziehungsanstalt auf. Das Gesetz sieht die Überlassung des Kindes an die eigene Familie mit guten Gründen erst in letzter Linie vor (Art. 84 Abs. 2 StGB), denn in der Regel ist eine Besserung in der Erziehung nur zu erwarten durch einen Wechsel der Verhältnisse und der Erzieher.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

**33. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 7. Juli 1944  
i. S. Bühler gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern.**

*Art. 26, 119 Ziff. 3 StGB.* Auf den Gehülfen ist Art. 119 Ziff. 3 Abs. 2 StGB nur anwendbar, wenn er die Gehülfenschaft gewerbmässig leistet, nicht schon, wenn der Täter gewerbmässig handelt.

*Art. 26, 119 ch. 3 CP.* L'art. 119 ch. 3 al. 2 CP ne s'applique au complice que lorsqu'il prête son concours par métier, et non pas du simple fait que l'auteur fait métier de l'infraction.

*Art. 26, 119 cifra 3 CP.* L'art. 119, cifra 3, cp. 2 CP si applica al complice soltanto s'egli presta professionalmente il suo aiuto, e non già pel semplice fatto che l'autore del reato è un delinquente professionale.

*Aus den Erwägungen:*

Nach Art. 26 StGB werden besondere persönliche Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände, welche die