

# I. STRAFGESETZBUCH

## CODE PÉNAL

### 1. Urteil des Kassationshofes vom 16. Februar 1945 i. S. Glas gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

*Art. 41 StGB.* Der bedingte Strafvollzug darf nicht verweigert werden, weil der Verurteilte nicht für dauernd in der Schweiz niedergelassen ist, es sei denn, dass der Charakter des Verurteilten befürchten lässt, dieser würde sich ohne Kontrolle nicht bessern.

*Art. 41 CP.* Le sursis ne peut pas être refusé par le motif que le condamné n'est pas établi en Suisse de façon durable, à moins que son caractère ne fasse craindre qu'à défaut de contrôle, il ne s'amende pas.

*Art. 41 CP.* La sospensione condizionale della pena non può essere negata per la ragione che il condannato non è durevolmente stabilito in Svizzera, salvo che vi sia motivo di ritenere che, in difetto di un controllo durante il periodo di prova, egli non sappia emendarsi.

A. — Am 30. November 1944 verurteilte das Obergericht des Kantons Zürich den staatenlosen Emigranten Heinrich Glas, der seit 1938 in der Schweiz lebt, wegen Abtreibung im Sinne von Art. 119 Ziff. 1 StGB zu acht Monaten Gefängnis. Den bedingten Strafvollzug verweigerte das Gericht dem Verurteilten, indem es sich auf die schon in einem früheren Urteil ausgedrückte Auffassung berief, dass Ausländern ohne festen Aufenthalt in der Schweiz diese Massnahme nicht gewährt werden könne. Ob Glas während der Probezeit in der Schweiz bleiben würde, sei ungewiss. Wegen der Unmöglichkeit der Kontrolle müsste damit gerechnet werden, dass der Richter von der Nichtbewährung des Verurteilten nicht Kenntnis erhalte und so der Staat um seinen « Strafanspruch » käme. Wenn auch im vorliegenden Falle von Weisungen oder Schutzaufsicht abgesehen werden könnte, so würden sich doch in anderen Fällen, wo sie am Platze wären, Schwierigkeiten in der Durchführung und Ausgestaltung des bedingten Straf-

vollzuges ergeben. Das Institut des bedingten Strafvollzuges müsse als Ganzes ins Auge gefasst werden, wenn über seine grundsätzliche Anwendungsmöglichkeit befunden werde. Den Ausländern den bedingten Strafvollzug nur soweit zu gewähren, als es im Einzelfalle möglich wäre, hiesse sie gegenüber den Schweizern schlechter stellen; das gehe nicht an. Nur vom Vorleben und Charakter, nicht auch von der Nationalität und dem Aufenthalt des Verurteilten spreche Art. 41 StGB deshalb, weil Vorleben und Charakter auf das künftige Verhalten des Verurteilten schliessen liessen, die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Institutes des bedingten Strafvollzuges als solchen aber andere seien. Die Frage, ob der Gesetzgeber den Strafaufschub dem Richter auch dann habe anheimstellen wollen, wenn dieser weder die Bewährung prüfen, noch das Institut in seiner Gesamtheit handhaben könne, sei zu verneinen.

B. — Mit rechtzeitigiger Nichtigkeitsbeschwerde beantragt Glas, das Urteil sei aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die Frage des bedingten Strafvollzuges neu prüfe.

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

*Der Kassationshof zieht in Erwägung :*

Ob die im Gesetz genannten objektiven Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1, 3 und 4 StGB) erfüllt sind und Vorleben und Charakter des Beschwerdeführers erwarten lassen, er werde sich durch diese Massnahme von weiteren Verbrechen oder Vergehen abhalten lassen (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB), hat die Vorinstanz nicht geprüft. Sie verweigert dem Beschwerdeführer den bedingten Strafvollzug, weil sie nicht überzeugt ist, dass er während der Probezeit in der Schweiz bleiben werde und der Richter darüber wachen könne, ob der Beschwerdeführer sich bewähre. Sie verlangt damit über die im Gesetz genannten Voraussetzungen hinaus, dass der Verurteilte für dauernd in der Schweiz niedergelassen sei. Solche

zusätzliche *allgemeine* Voraussetzungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes unzulässig (BGE 68 IV 74, 81). Sie vertragen sich mit dem spezialpräventiven Zweck des bedingten Strafvollzuges nicht. Die erwähnte Rechtswohltat will den Verurteilten ohne Vollzug der Strafe bleibend bessern. Dieser Zweck ist nicht bloss erreichbar, wenn kontrolliert werden kann, ob sich der Verurteilte während der Probezeit bewährt. Die Verurteilung mit bedingtem Vollzug kann dem Verurteilten auch ohne die Überwachung durch die schweizerischen Behörden eine genügende Warnung sein. Lässt im einzelnen Falle sein Charakter nicht befürchten, dass er sich ohne Kontrolle nicht bessern werde, so darf das Fehlen einer solchen dem bedingten Strafvollzug nicht im Wege stehen. Die Überwachung des Verurteilten ist nicht Voraussetzung, sondern Folge dieser Massnahme. Wäre die Auffassung der Vorinstanz richtig, so müsste der bedingte Vollzug jedem, dessen Verbleiben in der Schweiz nicht sicher ist, also nicht bloss Ausländern und Staatenlosen, verweigert werden, und folgerichtig wäre er stets zu widerrufen, wenn der Verurteilte während der Probezeit die Schweiz verlässt. Das sieht das Gesetz nicht vor.

Das angefochtene Urteil ist daher insoweit aufzuheben, als es dem Beschwerdeführer den bedingten Strafvollzug verweigert (Ziffer 2 Satz 1 des Urteilsspruchs). Die Vorinstanz hat zu prüfen, ob die in Art. 41 Ziff. 1 StGB genannten objektiven und subjektiven Voraussetzungen erfüllt sind. Wenn ja, hat sie die Strafe als bedingt vollziehbar zu erklären.

*Demnach erkennt der Kassationshof :*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, Spruch 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. November 1944 aufgehoben, soweit er den Beschwerdeführer betrifft, und die Sache zur neuen Entscheidung über den bedingten Strafvollzug im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.