

Demnach erkennt die Anklagekammer :

1. — Das Gesuch wird abgewiesen.
2. — Die von der Anklagekammer bestätigte provisorische Verfügung ihres Präsidenten vom 3. Juli 1945 wird aufgehoben.

I. STRAFGESETZBUCH

CODE PÉNAL

39. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 14. September 1945 i. S. Gnehm gegen Generalprokurator des Kantons Bern.

1. *Art. 41 Ziff. 2 StGB.* Mit der Weisung darf der Richter nicht einen dem Institut des bedingten Strafvollzuges fremden Zweck verfolgen, z. B. die Finanzinteressen des Staates wahren wollen. Verfahrenskosten sind nicht « Schaden ».
2. *Art. 41 Ziff. 3 StGB.*
 - a) Wegen Missachtung einer unzulässigen Weisung darf der Vollzug der Strafe nicht angeordnet werden.
 - b) Nur die *schuldhafte* Missachtung der Weisung, den Schaden zu ersetzen, führt zur Anordnung des Strafvollzuges.
1. *Art. 41 ch. 2 CP.* En imposant au condamné des règles de conduite, le juge ne doit pas chercher à atteindre un but étranger à l'institution du sursis, par exemple la sauvegarde des intérêts financiers de l'Etat. Les frais de la procédure ne sont pas un « dommage ».
2. *Art. 41 ch. 3 CP.*
 - a) Le juge ne doit pas ordonner l'exécution de la peine à raison de l'inobservation d'une règle de conduite inadmissible.
 - b) Ce n'est que si elle est *imputable à faute* que l'inexécution de l'obligation de réparer le dommage peut justifier la révocation du sursis.
1. *Art. 41, cifra 2 CP.* Imponendo al condannato norme di condotta, il giudice non deve cercare di raggiungere uno scopo estraneo all'istituto della sospensione condizionale della pena, per es. di salvaguardare gli interessi finanziari dello Stato. Le spese processuali non sono un « danno ».
2. *Art. 41, cifra 3 CP.*
 - a) Il giudice non deve ordinare l'esecuzione della pena a motivo dell'inosservanza d'una inammissibile norma di condotta.
 - b) L'inadempimento dell'obbligo di risarcire il danno può giustificare la revoca della sospensione condizionale della pena solo quando è *imputabile a colpa*.

Aus den Erwägungen :

1. — Nach Art. 41 Ziff. 3 StGB lässt der Richter die Strafe unter anderem vollziehen, wenn der Verurteilte trotz förmlicher Mahnung des Richters einer ihm erteilten

Weisung zuwiderhandelt. Darunter sind die in Art. 41 Ziff. 2 StGB genannten Weisungen verstanden. Nach dieser Vorschrift kann der Richter dem Verurteilten bei Gewährung des bedingten Strafvollzuges « für sein Verhalten während der Probezeit bestimmte Weisungen erteilen, so die Weisung, einen Beruf zu erlernen, sich an einem bestimmten Orte aufzuhalten, sich geistiger Getränke zu enthalten, den Schaden innerhalb bestimmter Frist zu ersetzen ». Als Schaden im Sinne dieser Bestimmung ist der Nachteil zu verstehen, welchen die strafbare Handlung der durch sie betroffenen Person zugefügt hat. Die Kosten des Strafverfahrens gehören nicht dazu. Wohl wird die staatliche Rechtspflege durch die Strafverfolgung mit Arbeit und Auslagen belastet. Das liegt aber in ihrem Wesen; der Staat, der seine Strafhoheit ausübt, wird dadurch ebensowenig geschädigt wie durch die Ausübung anderer Hoheitsrechte. In diesem Sinne hat der Kassationshof den Begriff des Schadens bereits bei der Auslegung des Art. 80 Abs. 1 StGB aufgefasst, unter Hinweis darauf, dass beispielsweise auch Art. 41 Ziff. 1 und Art. 76 StGB darunter nichts anderes verstehen (BGE 69 IV 161). Die Weisung, die Verfahrenskosten zu bezahlen, ist somit nicht unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes zulässig. Sie ist nur statthaft, wenn sie nicht aus dem Rahmen des Ermessens fällt, das die erwähnte Bestimmung, welche die besonders genannten Weisungen nur als Beispiele aufzählt, dem Richter einräumt (BGE 70 IV 165). Die Grenzen dieses Ermessens sind so zu ziehen, wie es der Zweck des bedingten Strafvollzuges erfordert, denn die Weisung wird wegen des Strafaufschubes erteilt; dieser und jene sollen beide den Verurteilten ohne Vollzug der Strafe bessern. Die Weisung dient entweder dazu, die Gefahr der Begehung neuer Verbrechen oder Vergehen zu vermindern (so die Weisung, einen Beruf zu erlernen oder sich geistiger Getränke zu enthalten), oder sie soll, wie die Weisung, den Schaden zu ersetzen, auf den Verurteilten erzieherisch einwirken. Dagegen steht es dem Richter

nicht zu, mit der Weisung einen dem Institut des bedingten Strafvollzuges fremden Zweck zu verfolgen, dem Verurteilten beispielsweise einen bestimmten Aufenthaltsort vorwiegend deshalb anzuweisen, um in das Spiel von Angebot und Nachfrage auf dem Wohnungs- oder Arbeitsmarkt einzugreifen. Einen dem Institut fremden Zweck erfüllt vorwiegend auch die Weisung, die Verfahrenskosten binnen bestimmter Frist zu bezahlen. Diese Weisung, die im Kanton Bern unter der Herrschaft des alten Rechts durch Art. 10 des Gesetzes vom 11. April 1937 über weitere Massnahmen zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts im Staatshaushalt eingeführt wurde, dient weniger der Erziehung des Verurteilten als den Finanzinteressen des Staates. Dass dem auch im vorliegenden Falle so ist, ergibt sich daraus, dass der Verurteilte zur Bezahlung der Verfahrenskosten vor dem Ersatz des veruntreuten Betrages und ohne Rücksichtnahme auf die gegenüber Johanna Reinhard bestehende Schuld verhalten werden will, während ein bloss auf Erziehung bedachter Richter den Verurteilten im Gegenteil anweisen sollte, vor allem den verursachten Schaden zu ersetzen.

Ist die Weisung auf Bezahlung der Verfahrenskosten unzulässig, so darf nicht wegen deren Missachtung der Vollzug der Strafe angeordnet werden. In Frage kommt daher nur die Anordnung des Vollzuges wegen Nichtleistung der ersten Rate des der Johanna Reinhard geschuldeten Schadenersatzes.

2.— Nach dem Wortlaut von Art. 41 Ziff. 3 StGB wäre bei Widerhandlung gegen eine Weisung der Strafvollzug anzuordnen, ohne dass der Richter zu prüfen hätte, aus welchen Gründen der Verurteilte der Weisung zuwider gehandelt hat. Das kann aber jedenfalls bei Nichtbefolgung der Weisung auf Ersatz des Schadens nicht der Sinn des Gesetzes sein. Nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 4 StGB soll die Nichtersetzung des Schadens der Gewährung des bedingten Strafvollzuges dann nicht im Wege stehen, wenn die Ersetzung dem Verurteilten nicht zuzumuten war. Diese

Bestimmung würde illusorisch, wenn in solchen Fällen die Massnahme zwar gewährt, dann aber wegen Nichtersetzung des Schadens widerrufen würde, ohne zu untersuchen, ob das, was dem Verurteilten vor dem Urteil nicht zugemutet werden konnte, nachher zumutbar geworden ist. Die Anordnung des Strafvollzuges darf daher nur erfolgen, wenn der Verurteilte die Weisung, den Schaden innerhalb bestimmter Frist zu ersetzen, *schuldhaft* nicht befolgt hat.

40. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 21. September 1945 i. S. Portmann gegen Statthalteramt Entlebuch.

Art. 133 StGB. Raufhandel erfordert mindestens drei Beteiligte.

Art. 133 CP. Le délit de participation à une rixe suppose la présence d'au moins trois participants.

Art. 133 CP. La partecipazione ad una rissa richiede la presenza di almeno tre partecipanti.

Aus den Erwägungen :

Nach Art. 133 StGB ist strafbar, wer sich an einem Raufhandel beteiligt, der den Tod oder eine Körperverletzung eines Beteiligten zur Folge hat, sofern er nicht bloss abwehrt oder die Streitenden scheidet. Diese Bestimmung, die den Randtitel « Beteiligung an einem Raufhandel » trägt und unter die Vorschriften über « strafbare Handlungen gegen Leib und Leben » eingereiht ist, wo sie unter Ziffer 4 zu den Bestimmungen über die « Gefährdung des Lebens und der Gesundheit » gehört, wurde erlassen, weil es oft schwierig oder unmöglich ist, festzustellen, wer für den Tod oder die Körperverletzungen, welche im Raufhandel verursacht werden, verantwortlich ist. Unbekümmert um diese Verantwortlichkeit soll daher schon bestraft werden, wer sich am Raufhandel beteiligt. Als Raufhandel kommt daher nur eine Schlägerei in Betracht, die ihrer Natur nach die erwähnte Schwierigkeit der Feststellung des Tatbestandes in sich birgt. Das ist nur der Fall, wenn

mindestens drei Personen daran beteiligt sind. Sind bloss zwei beteiligt, so kommt stets nur einer als Urheber der dem anderen zugefügten Verletzungen in Frage und kann auch nur der eine für den Tod des andern verantwortlich sein. In diesen Fällen besteht nicht Anlass, die Bestimmung über Raufhandel anzuwenden; die Vorschriften über Tötung (Art. 111-113, 117 StGB) oder Körperverletzung (Art. 122-125 StGB) genügen für die Bestrafung des Täters.

Dass Art. 133 StGB nur den Sinn einer subsidiären Bestimmung hat, ergibt sich aus seiner Stellung im Gesetz. Raufhandel gilt nicht wie die Verbrechen und Vergehen der Tötung und der Körperverletzung als Verletzungs-, sondern als Gefährdungsdelikt. Wer ein Rechtsgut nicht bloss gefährdet, sondern verletzt, wird nicht nach der Bestimmung über die Gefährdung, sondern nach derjenigen über die Verletzung bestraft. Für Raufhandel ist denn auch geringere Strafe angedroht als für die meisten der in Frage kommenden Verletzungsdelikte. Art. 133 droht im grossen und ganzen gleiche Strafe an wie die mildesten der bei Verletzung von Leib oder Leben zur Anwendung kommenden Bestimmungen: wie jene über leichte Fälle einfacher Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 66) und wie jene über fahrlässige Körperverletzung (Art. 125). Wohl ist die Strafe der Tötlichkeiten (Art. 126) milder. Wenn aber beide Beteiligte bloss Tötlichkeiten verüben, ist die Bestimmung über Raufhandel schon deshalb nicht anwendbar, weil sie voraussetzt, dass jemand getötet oder verletzt worden ist. Und wenn bloss einer der Beteiligten Tötlichkeiten, der andere dagegen eine Körperverletzung erleidet, so dass an sich Art. 133 angewendet werden könnte, kann doch der gerecht denkende Gesetzgeber den; der bloss die Tötlichkeiten verübt hat, unmöglich nach der strengeren Bestimmung über Raufhandel bestrafen wollen, weil er wegen der Schlägerei für die Verletzung seines eigenen Leibes mitverantwortlich sei; sich selber der Gefahr der Ver-