

sicht auf die Möglichkeit der ambulanten Behandlung angeordnet worden ist, diese aber unzulässig ist, muss das Obergericht im neuen Urteil prüfen, ob es den Beschwerdegegner im Sinne des Art. 15 StGB ohne jeden Vorbehalt in die Heilanstalt einweisen oder von dieser Massnahme absehen, d.h. es bei der Verurteilung zu Strafe bewenden lassen will. Dabei ist zu beachten, dass die Einweisung nur stattzufinden hat, wenn der Zustand des Beschwerdegegners die Behandlung *erfordert*, nicht schon, wenn sie dem Gerichte zweckmässiger zu sein scheint als der Strafvollzug.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Mai 1951 insoweit aufgehoben, als es den Strafvollzug eingestellt und (ambulante) Behandlung des Verurteilten angeordnet hat, und die Sache wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurückgewiesen.

30. Urteil des Kassationshofes vom 18. September 1951 i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau gegen Widmer.

Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 und 4 StGB.

- a) Wann ist der Schaden «gerichtlich oder durch Vergleich festgestellt»?
- b) Der Richter, der die Voraussetzungen des Abs. 2 prüft, soll auch der Haltung Rechnung tragen, die der Verurteilte in Anbetracht des verursachten, aber weder gerichtlich noch durch Vergleich festgestellten Schadens eingenommen hat.

Art. 41 ch. 1 al. 2 et 4 CP.

- a) Quand le dommage est-il «fixé judiciairement ou par accord avec le lésé»?
- b) Le juge qui examine les conditions de l'al. 2 doit aussi tenir compte de l'attitude du condamné envers le dommage causé, mais non fixé judiciairement ou par accord avec le lésé.

Art. 41 cifra 1 cp. 2 e 4 CP.

- a) Quando il danno è «stabilito giudizialmente o mediante transazione»?

- b) Il giudice, esaminando se ricorrono le condizioni del cp. 2, deve anche tener conto del comportamento del condannato per quanto concerne il danno cagionato, ma non stabilito giudizialmente o mediante transazione.

A. — Der taube Wilhelm Widmer, dem am 29. November 1950 auf eigenes Begehren ein Beistand ernannt wurde und der eine trübe Jugendzeit hinter sich hat, wurde vom Kriminalgericht des Kantons Aargau am 13. Juni 1951 wegen wiederholten Betruges zu neun Monaten Gefängnis verurteilt. Das Gericht schob den Vollzug der Strafe bedingt auf, setzte dem Verurteilten vier Jahre Probezeit und verband damit die Weisung, dass er jeden Monat Fr. 60.— an seine Schulden aus Betrug und Fr. 40.— an seine früheren nichtdeliktischen Schulden abbezahle, und zwar im Verhältnis der Forderungsbeträge der einzelnen Gläubiger.

Zur Begründung führte das Gericht aus, es sei zwar richtig, dass Widmer am 22. November 1944 zu einer bedingt aufgeschobenen Gefängnisstrafe von fünf Tagen verurteilt und nach Ablauf der dreijährigen Probezeit wieder straffällig geworden sei, sich also nicht dauernd gebessert habe. Es sei ihm jedoch, wenn auch nicht ohne Bedenken, das Vertrauen zu schenken, dass er die zweite Probe besser bestehen werde als die erste. Zwar habe er sich nach einem Polizeibericht vom 27. Dezember 1950 anfänglich auch in Frauenfeld, wo er als Zeughaus-schneider arbeite, nicht ganz klaglos gehalten, indem er trotz rechten Verdienstes (Fr. 470.80 im Monat) seine Pensionsschulden nicht zu begleichen vermocht habe. Der infolge seines Gehörleidens etwas unbeholfene Angeklagte schein immerhin gewisse Schulden abgetragen zu haben. Auch billige der Polizeibericht ihm zu, dass er solid lebe und nur wenig Alkohol zu sich nehme. Entscheidend sei, dass er als Zeughaus-schneider unter der strengen und wachsamen Obhut von Oberstleutnant Widmer stehe und einen Beistand in der Person eines Amtsvormundes erhalten habe, dem er monatlich Fr. 100.— bis 150.—

seines Lohnes zur Schuldentilgung übergebe. Der Beistand glaube denn auch, wenn der Angeklagte das weiterhin tue, könnten dessen Schulden getilgt werden. Nach dem Zeugnis des Regierungsbeamten Zöllig habe der Angeklagte bei diesem das Zimmer und nehme Frühstück und Nachtessen mit der Familie Zöllig ein, während er in seiner Freizeit in ihrem Garten arbeite. Unter diesen Umständen glaube das Gericht, dass Gewähr dafür geboten sei, dass der Angeklagte sich in Zukunft auch ohne Verbüssung der Strafe halten werde.

B. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrage, das Urteil sei wegen Verletzung von Art. 41 Ziff. 1 StGB aufzuheben und die Akten seien zwecks Verweigerung des bedingten Strafaufschubes an das Kriminalgericht zurückzuweisen.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe sich schon deswegen gegen den bedingten Aufschub des Strafvollzuges ausgesprochen, weil Vorleben und Charakter des Täters kaum eine günstige Prognose für die Zukunft gestatteten. Aus dem Lebenslauf des Angeklagten ergebe sich, dass Widmer bei Tanz, Jassspiel und Wirtshausbesuch sein Geld durchgebracht und über seine Verhältnisse gelebt habe, dass darunter seine Arbeitsleistungen gelitten hätten und er zu spät zur Arbeit erschienen sei, worauf ihm seine Arbeitgeberin schliesslich die Stelle gekündigt habe. Auch später habe Widmer nicht solid gelebt. Er habe nach eigenem Zugeständnis das Vertrauen der Familie Sauter, bei der er Kost und Logis genoss, krass missbraucht. Widmer verstehe mit seinem Gelde nicht haushälterisch umzugehen. Dazu komme die Strafe vom 22. November 1944 wegen Diebstahls. Schon etwa ein halbes Jahr nach Ablauf der Probezeit habe sich Widmer wieder vergangen. Andererseits sei anzuerkennen, dass nun durch den gegenwärtigen Arbeitsort und durch die Beistandschaft eine gewisse vermehrte Gewähr geboten sei, dass er sich künftig besser halten werde. Die Staatsanwaltschaft hätte daher die auf Vorleben und Cha-

rakter gestützte Prognose allein nicht angefochten. Es fehle jedoch auch an der weiteren Voraussetzung der Schadensdeckung. Das Kriminalgericht spreche sich über sie gar nicht aus. Bei sinngemässer Auslegung des Art. 41 Ziff. 1 Abs. 4 sei ein Schaden schon dann « gerichtlich oder durch Vergleich festgestellt », wenn der Geschädigte ihn der Höhe nach beziffert und der Täter ihn in der Strafuntersuchung anerkannt habe oder wenn die Untersuchungsbehörde ihn durch Sachverständige habe schätzen lassen und der Täter mit dem geschätzten Werte einverstanden sei. Im vorliegenden Falle habe Widmer vor dem Untersuchungsrichter die Forderungen aller fünf Betroffenen anerkannt; Thut habe von ihm Fr. 1068,45 zu fordern, Kaufmann Fr. 150.—, Kistler Fr. 181.—, Bolliger Fr. 120.— und Meyer Fr. 290.—. Es sei dem Verurteilten zuzumuten gewesen, einen namhaften Teil dieser Schadensbeträge aus seinem Monatslohn von Fr. 483.—, den er im Zeughaus Frauenfeld beziehe, zu decken, nötigenfalls unter Zurückstellung gewisser anderer Schulden. Es stehe indes fest und sei von ihm nicht bestritten worden, dass er bis zur gerichtlichen Verhandlung vom 22. November 1950 überhaupt keinen Rappen an die durch sein betrügerisches Verhalten Geschädigten bezahlt habe. Vor Gericht habe er geltend gemacht, er habe etwa Fr. 500.— andere Schulden bezahlt. Er habe sich aber darüber nicht ausgewiesen. Einzig aus einem Bericht von Oberstleutnant Widmer vom 14. Dezember 1950 gehe hervor, dass er auf Druck des Zeughausverwalters hin Fr. 252.— geleistet habe.

C. — Widmer beantragt, die Nichtigkeitsbeschwerde sei abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 4 StGB setzt der bedingte Aufschub des Strafvollzuges voraus, dass der Verurteilte « den gerichtlich oder durch Vergleich festgestellten Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat ». Diese

Bestimmung kann nicht analog angewendet werden auf einen Schaden, der weder gerichtlich noch durch Vergleich festgestellt ist (BGE 70 IV 104). Die Beschwerdeführerin verlangt das auch nicht, möchte aber den Begriff der gerichtlichen oder vergleichsweisen Feststellung des Schadens weit ausgelegt sehen, in dem Sinne, dass die Anerkennung des im Untersuchungsverfahren auf Grund von Angaben des Geschädigten oder eines Gutachtens ermittelten Schadens durch den Beschuldigten genüge. Allein das Untersuchungsverfahren dient in der Regel lediglich der Abklärung der Frage, ob genügend Anhaltspunkte vorhanden seien, um gegen den Beschuldigten im Strafpunkte Anklage zu erheben und ihn dem Gerichte zur Beurteilung zu überweisen. Eine Anerkennung des Schadens im Untersuchungsverfahren hat daher gewöhnlich keine andere Bedeutung als die eines Geständnisses, wie der Beschuldigte es auch über andere für die Beurteilung des Straffalles wesentliche Punkte ablegen, aber bis zur gerichtlichen Beurteilung auch jederzeit widerrufen kann. Sie hat weder die Wirkung eines Vergleiches, der die Forderung des Geschädigten gegenüber dem Schädiger endgültig zivilrechtlich festlegt, noch die eines Urteils, durch das der Richter — ebenfalls endgültig — erkennt, wieviel der Beklagte dem Kläger schuldet. Gerade auf diese Wirkung, dass die Forderung endgültig durch Parteivereinbarung oder durch Richterspruch festgelegt ist, kommt es aber dem Art. 41 Ziff. 1 Abs. 4 StGB an, wenn er von dem « gerichtlich oder durch Vergleich festgestellten Schaden » spricht. Der Täter muss wissen oder wissen können, dass er zivilrechtlich schuldet, wieviel er schuldet und dass er an seiner Schuld fortan nicht mehr rütteln kann. Nur wenn die Forderung des Geschädigten gerichtlich beurteilt oder durch Vergleich festgestellt ist, kann er das wissen; nur dann kann er sich mit der von Art. 41 Ziff. 1 Abs. 4 verlangten Deutlichkeit bewusst sein, dass er nunmehr bezahlen muss, nicht auch schon dann, wenn er in dem der Abklärung des

Strafpunktes dienenden Verhör vor dem Untersuchungsrichter den Schaden « anerkennt », d. h. über dessen Höhe Auskunft gibt. Eine Anerkennung vor dem Untersuchungsrichter kann unter dem Gesichtspunkt des Art. 41 Ziff. 1 Abs. 4 nur von Bedeutung sein, wenn sie den Sinn einer zivilrechtlichen Willenserklärung (Schuldanererkennung) hat, die an den beim Verhör mitanwesenden Geschädigten gerichtet ist oder nach dem Willen des Anerkennenden dem Geschädigten durch den Untersuchungsrichter mitgeteilt werden soll und auch tatsächlich mitgeteilt wird. Erklärt sich der Geschädigte gegenüber dem Schädiger mit dem Inhalte einer solchen Willenserklärung einverstanden, so ist über die Forderung ein Vergleich zustande gekommen.

Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, dass die « Anerkennungen » der Schadensbeträge durch den Beschwerdegegner im Untersuchungsverfahren den Sinn zivilrechtlicher Schuldanererkennungen gehabt hätten und den Geschädigten mit Willen des Beschwerdegegners mitgeteilt und von ihnen angenommen worden seien, dass also in diesem Sinne Vergleiche über den Schaden zustande gekommen seien. Auch die Akten bieten dafür keinen Anhaltspunkt. Art. 41 Ziff. 1 Abs. 4 StGB steht mithin dem bedingten Aufschub des Strafvollzuges nicht im Wege.

2. — Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB verbietet den bedingten Aufschub des Strafvollzuges, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten nicht erwarten lassen, er werde durch diese Massnahme von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten. Nach der Rechtsprechung des Kassationshofes darf und soll der Richter, der die Voraussetzungen dieser Bestimmung prüft, auch der Haltung Rechnung tragen, die der Verurteilte in Anbetracht des verursachten, aber weder gerichtlich noch durch Vergleich festgestellten Schadens eingenommen hat. Augenscheinlich schlechter Wille, den zum vornherein sicheren Schaden zu ersetzen, oder auch blosse Gleichgültigkeit gegenüber einem solchen

Schaden können unter Umständen die Erwartung, dass sich der Verurteilte unter dem Einfluss einer bloss bedingt vollziehbaren Strafe dauernd bessern würde, zunichte machen (BGE 70 IV 106). Ob das zutrifft, ist aber immer eine Frage des freien Ermessens, das dem Sachrichter bei der Stellung der Prognose nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 zusteht (BGE 68 IV 77; 69 IV 113, 201; 73 IV 111; 74 IV 158; 77 IV 68). In dieses Ermessen hat der Kassationshof auf Nichtigkeitsbeschwerde hin nicht einzugreifen, sondern er hat nur zu entscheiden, ob der Sachrichter es überschritten, d. h. seine Voraussage auf offensichtlich unhaltbare Überlegungen gestützt habe; nur wenn das zutrifft, verletzt das Urteil eidgenössisches Recht.

Das Kriminalgericht hat sein Ermessen nicht überschritten, selbst wenn man ausser der Tatsache, dass der Beschwerdegegner bis zur gerichtlichen Verhandlung an den durch Betrug verursachten Schaden nichts abbezahlt hat, auch die von der Beschwerdeführerin behaupteten, aber vom Kriminalgericht nicht festgestellten ungünstigen Tatsachen aus dem Vorleben des Beschwerdegegners in die Wagschale wirft. Das Gebahren des Beschwerdegegners in finanziellen Dingen ist vom Kriminalgericht geprüft worden. Dabei hat es berücksichtigt, dass er gewisse Schulden abgetragen hat und seinem Beistand monatlich Fr. 100.— bis 150.— seines Lohnes zur Schuldentilgung übergibt. Der Beschwerdegegner ist augenscheinlich bestrebt, nach und nach alle seine Schulden zu tilgen. Dass er bisher den durch Betrug verursachten nicht den Vorrang gegeben hat, ist angesichts seiner Verhältnisse nicht offensichtlich ein Zeichen schlechten Willens oder auch blosser Gleichgültigkeit, sodass die Erwartung, er lasse sich durch eine bedingt vollziehbare Strafe dauernd bessern, schlechterdings nicht am Platze sein könnte. Die Staatsanwaltschaft behauptet das auch nicht. Der Beschwerdegegner kann die Tilgung der durch Betrug verursachten Schulden auch bloss deshalb zurückgestellt haben, weil andere Verpflichtungen dringender waren,

oder auf Druck des Zeughausverwalters von Frauenfeld (Act. 4 S. 110). Jedenfalls liegt nichts vor, was den Schluss aufdrängen würde, er wolle sich den Verbindlichkeiten aus den strafbaren Handlungen entziehen und seine Fehler nicht ein.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

31. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 1. Juni 1951 i. S. Gloor c. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau.

Art. 41 Ziff. 5 StGB. Zulässigkeit der unbedingten Amtsentsetzung trotz bedingten Aufschubes der Gefängnisstrafe.

Art. 41 ch. 5 CP. Le juge peut refuser le sursis pour la destitution, bien qu'il l'accorde pour la peine principale.

Art. 41 cifra 5 CP. Il giudice può rifiutare la sospensione condizionale per la destituzione anche se l'accorda invece per la pena principale.

A. — Das Kriminalgericht des Kantons Aargau verurteilte Jakob Gloor am 6. September 1950 wegen Amtsmissbrauches und Anstiftung zu Bevorzugung eines Gläubigers zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von acht Monaten, entsetzte ihn seines Amtes als Betriebsbeamter und erklärte ihn für fünf Jahre zu einem Amte nicht wählbar.

Auf Nichtigkeitsbeschwerde des Verurteilten hin hob der Kassationshof des Bundesgerichtes am 22. Dezember 1950 dieses Urteil auf und wies die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Die Erwägungen gingen dahin, dass Gloor von der Anklage des Amtsmissbrauches freizusprechen und — unter Vorbehalt einer allfälligen Verfolgung wegen Betruges statt wegen Amtsmissbrauches — allein wegen Anstiftung zu Bevorzugung eines Gläubigers zu bestrafen sei. Hin-