

I. STRAFGESETZBUCH

CODE PÉNAL

1. Urteil des Kassationshofes vom 31. Januar 1947
i. S. Senn gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn.

Art. 15, 17 Ziff. 2 StGB.

Ob die gegen einen vermindert Zurechnungsfähigen ausgesprochene Strafe bedingt zu vollziehen sei, hat der Richter bei der Verurteilung, nicht erst nach Beendigung der gemäss Art. 15 StGB angeordneten Behandlung oder Versorgung zu entscheiden.

Art. 15, 17 ch. 2 CP.

S'agissant de la peine encourue par un délinquant à responsabilité restreinte, c'est au moment de la condamnation, non pas seulement après cessation du traitement ou de l'hospitalisation ordonnés en vertu de l'art. 15, que le juge doit se prononcer sur l'octroi du sursis.

Art. 15, 17 cifra 2 CP.

Trattandosi della pena incorsa da una persona di responsabilità scemata, il giudice deve pronunciarsi sulla sospensione condizionale della pena all'atto della condanna e non soltanto alla fine della cura o del ricovero ordinati in virtù dell'art. 15 CP.

A. — Das Obergericht des Kantons Solothurn verurteilte den vermindert zurechnungsfähigen Senn am 29. Juni 1944 wegen vollendeter und versuchter Unzucht mit Kindern im Sinne von Art. 191 Ziff. 2 Abs. 1 und 3 StGB zu acht Monaten Gefängnis. Den bedingten Strafvollzug verweigerte es mit der Begründung, Vorleben und Charakter liessen nicht mit genügender Sicherheit erwarten, dass Senn durch ein bedingtes Urteil von weiteren Verfehlungen abgehalten werde, denn das psychiatrische Gutachten erkläre, er habe wohl die Einsicht in die Strafbarkeit seiner Handlungen, hingegen sei sein Selbstbestimmungsrecht eingeschränkt. Gestützt auf Art. 15 StGB stellte das Gericht den Strafvollzug für zwei Jahre ein und befahl dem Verurteilten, sich während

dieser Zeit durch den Nervenarzt Dr. Binswanger ambulant psychiatrisch behandeln zu lassen und dessen Anordnungen genau zu befolgen. Das geschah. Am 2. Juli 1946 berichtete Dr. Binswanger dem Obergericht, die Behandlung habe den vorausgesagten Erfolg gehabt, Senn habe nun genügend Widerstandskraft, um Versuchungen zu widerstehen. Die Gefahr eines Rückfalles in kriminelle Verfehlungen bestehe nicht mehr. Vom psychiatrischen Standpunkt aus könne erklärt werden, dass der Grund für die im Urteil getroffenen Massnahmen nach Art. 17 StGB nicht mehr bestehe, und aus psychologisch-therapeutischen Erwägungen müsse dringend empfohlen werden, von der Vollstreckung der Strafe abzusehen.

B. — Gestützt auf diesen Bericht erklärte das Obergericht am 29. August 1946, « der staatliche Strafanspruch habe definitiv zurückzutreten vor dem Gesichtspunkt der Heilung des Beklagten ». Es sei deshalb grundsätzlich vom Vollzug der Gefängnisstrafe abzusehen. Diese sei aber nicht aufzuheben, sondern nur bedingt aufzuschieben. Nach Art. 17 Ziff. 2 Abs. 2 StGB habe der Richter nicht nur zu entscheiden, ob die Strafe noch zu vollstrecken sei, sondern auch, *inwieweit* dies geschehen solle. Die Auslegung dieses Wortes lasse es zu, den Strafvollzug bedingt aufzuschieben, um den Verurteilten innert der Bewährungsfrist nachhaltiger vor einem Rückfall abzuschrecken. Es seien denn auch vor allem praktische Erwägungen, welche dies zuliessen. Der nach Art. 17 Ziff. 2 Abs. 2 entscheidende Richter könne die Voraussetzungen des Art. 41 StGB besser beurteilen und die Widerstandskraft des Verurteilten sei grösser, wenn er wisse, dass er bei Rückfall die Strafe verbüssen müsse. Aus diesen Erwägungen erklärte das Obergericht die Strafe als bedingt aufgeschoben und setzte die Bewährungsfrist auf drei Jahre fest.

C. — Senn führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, dieser Entscheid sei wegen unrichtiger Anwendung von Art. 17 Ziff. 2 Abs. 2 und Art. 41 StGB aufzu-

heben und die Sache an das Obergericht zurückzuweisen, damit es die Strafvollstreckung endgültig ausschliesse. Unter Berufung auf BGE 69 IV 194 macht er geltend, der bedingte Strafvollzug könne im Verfahren nach Art. 17 Ziff. 2 Abs. 2 StGB nicht mehr angeordnet werden.

D. — Der Staatsanwalt des Kantons Solothurn beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen. Er beruft sich auf die Erwägungen des angefochtenen Urteils und auf einen in SJZ 42 340 veröffentlichten Entscheid des zürcherischen Obergerichts.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Wenn der Zustand des vermindert zurechnungsfähigen Täters dessen Behandlung oder Versorgung in einer Heil- oder Pflegeanstalt erfordert, ordnet der Richter sie an und stellt den Strafvollzug ein (Art. 15 StGB). Sobald der Grund der Massnahme weggefallen ist, entscheidet er, « ob und inwieweit die Strafe noch zu vollstrecken sei » (Art. 17 Ziff. 2 StGB).

Schon nach der grammatikalischen Auslegung darf der Richter in diesem Zeitpunkt nur entweder die Strafe ganz oder teilweise vollstrecken lassen oder den Vollzug endgültig ausschliessen. Nur der zweiten dieser drei Möglichkeiten (teilweiser Vollzug) wird durch das Wort « inwieweit » der Weg geöffnet. Der Richter soll sagen, *wie weit* (in welchem Umfange, « dans quelle mesure », « in quale misura ») vollstreckt werden soll. Das ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Art. 17. Die Bestimmung geht zurück auf Art. 18 des Vorentwurfes von 1908, der dem Gericht ebenfalls auftrag, zu entscheiden, « ob und inwieweit die Strafe noch zu vollziehen sei ». Diesen Worten folgte ein Hinweis auf Art. 57 Abs. 2, der lautete : « Dem Verurteilten, der in eine Heil- und Pflegeanstalt eingewiesen ist, wird der Aufenthalt in der Anstalt auf die Strafe angerechnet. » An diese Anrechnung dachte der Verfasser des Vorentwurfes, als er in Art. 18 das Wort « inwieweit » einsetzte.

Nach Beendigung der Versorgung oder Behandlung des Verurteilten ist der Richter nicht mehr Sachrichter, der das ausgefallte Urteil umzugestalten hätte, sondern nur noch Vollstreckungsrichter. Sowenig er die ausgesprochene Strafe z. B. durch eine andere ersetzen darf, steht ihm zu, das Urteil durch Gewährung des bedingten Vollzuges abzuändern. Ob die Strafe bedingt zu vollziehen sei oder nicht, hat er im Augenblick der Verurteilung zu entscheiden (vgl. für den analogen Fall der Verwahrung gemäss Art. 14 StGB BGE 69 IV 194). Daran ändert es nichts, dass in diesem Zeitpunkt der bedingte Vollzug in der Regel wegen schlechter Voraussage (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB), wie sie sich aus der verminderten Zurechnungsfähigkeit und der Notwendigkeit einer Versorgung oder Behandlung ergibt, nicht gewährt werden kann. Der vermindert zurechnungsfähige Verurteilte muss sich sogut wie der zurechnungsfähige gefallen lassen, dass ihm der bedingte Vollzug versagt werde, wenn die Prognose im Zeitpunkt des Urteils schlecht ist. Sowenig der Richter den Entscheid hierüber bei Verurteilung eines Zurechnungsfähigen auf später verschieben darf, um über das weitere Verhalten und die Entwicklung des Charakters des Verurteilten Erfahrungen zu sammeln, sowenig darf er dies bei Verurteilung eines vermindert Zurechnungsfähigen tun, mit der Begründung, die Prognose lasse sich nach Beendigung der Behandlung oder Versorgung besser stellen. Dem vermindert Zurechnungsfähigen wird damit nicht Unrecht angetan. Er kommt im Gegenteil besser weg, da der Vollzug, obschon er unter dem Gesichtspunkt von Art. 41 Ziff. 1 stattfinden müsste, vorläufig gemäss Art. 15 Abs. 2 eingestellt wird und unter Umständen nachher gemäss Art. 17 Ziff. 2 Abs. 2 endgültig unterbleibt. Diese Besserstellung wird im Entscheid des zürcherischen Obergerichtes, auf den sich der Staatsanwalt beruft, beanstandet (SJZ 42 341). Allein sie ergibt sich aus dem Gesetze, über das der Richter nicht hinweggehen darf. Sie ist die Folge davon, dass Art. 17 Ziff. 2 Abs. 2 den Richter

ermächtigt, nach Beendigung der Versorgung oder Behandlung vom Vollzug der Strafe abzusehen. Für den Gesetzgeber kam dabei nicht nur in Betracht, dass schon die Versorgung sich unter Umständen für den Täter praktisch wie eine Strafe auswirken kann, sondern auch, dass der nachträgliche Vollzug der Strafe den Erfolg der Behandlung wieder hinfällig machen könnte. Damit würde aber der Zweck der Massnahme nach Art. 15 StGB vereitelt. Es wäre widerspruchsvoll, ihn wegen der Schuld des Verurteilten einem « staatlichen Strafanspruch » (vgl. SJZ 42 342) zu opfern. Darauf liefe es hinaus, wenn man in einem solchen Fall die Strafe auch nur bedingt als noch vollziehbar erklären wollte. Sie müsste ja nachher nicht bloss vollzogen werden, wenn die Nichtbewährung auf einen (bisher nicht erkannten) Misserfolg der Behandlung zurückzuführen wäre, sondern auch dann, wenn der erfolgreich Behandelte ein Vergehen oder Verbrechen beginge, das mit seinem früheren Geisteszustand nichts zu tun hätte, so wenn z. B. der geheilte Sexualverbrecher sich vorsätzlich gegen Devisenvorschriften verginge. Die dargelegte Ordnung von Art. 15 und 17 StGB ist durchdacht und weist keine Lücke auf, die der Richter auszufüllen hätte.

2. — Die Vorinstanz hat richtigerweise über die Frage des bedingten Strafvollzuges am 29. Juni 1944 geurteilt, und zwar durch Ablehnung dieser Massnahme. Nach dem Gesagten stand es ihr nicht zu, im Entscheid vom 29. August 1946 das Urteil in diesem Punkte abzuändern. Sie hatte nur noch zu befinden, ob die Strafe (ganz oder teilweise) zu vollziehen sei oder nicht. Den Vollzug hat sie abgelehnt, weil er den Erfolg der durchgeführten Behandlung wieder in Frage stellen würde. Mit dieser Überlegung setzt sich die Vorinstanz durch Anordnung des bedingten Strafvollzuges, der die Vollstreckung der Strafe nur bedingt ausschliesst, selber in Widerspruch. Würde der Erfolg der Behandlung durch die Strafverbüsung wieder in Frage gestellt, so muss endgültig vom

Vollzug abgesehen werden, der vom Kassationshof übrigens auch wegen des Verbots der *reformatio in pejus* (BGE 70 IV 222) nicht mehr angeordnet werden könnte.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, der Entscheid des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 29. August 1946 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit sie die Strafe als nicht vollstreckbar erkläre.

**2. Urteil des Kassationshofes vom 7. März 1947
i. S. Schmid gegen Funk.**

Art. 29 StGB, Frist zur Stellung des Strafantrages.
Der Tag, mit dem die Frist beginnt, wird nicht mitgezählt.

Art. 29 CP, délai pour porter plainte.
Le jour duquel le délai court n'est pas compté.

Art. 29 CP, termine per sporgere querela.
Il giorno da cui il termine decorre non è contato.

A. — Jacques Schmid verlangte mit einer an das Bezirksgericht Zürich gerichteten, am 16. Juni 1945 der Post übergebenen Anklageschrift unter Beilegung der friedensrichterlichen Weisung die Bestrafung des Albert Funk wegen Ehrverletzung, der sich der Beklagte am 16. März 1945 in einer Verhandlung vor dem Friedensrichter in Anwesenheit des Klägers schuldig gemacht haben soll. Das Bezirksgericht verurteilte Funk wegen übler Nachrede, das Obergericht des Kantons Zürich sprach ihn dagegen am 7. November 1946 frei, weil der Kläger den Strafantrag zu spät gestellt habe. Prozessvoraussetzung sei die Einleitung der Klage beim Bezirksgericht innert der von Art. 29 StGB auf drei Monate bemessenen Antragsfrist (BGE 71 IV 65 ff.). Der Monat werde im Sprachgebrauch des Strafgesetzbuches nach der Kalenderzeit berechnet (Art. 110 Ziff. 6). Eine am 16. März beginnende Frist von drei Monaten laufe also am

15. Juni ab. Dass aber im vorliegenden Falle die Frist am 16. März zu laufen begonnen habe, ergebe sich aus Art. 29, der die Antragsfrist ausdrücklich mit dem Tage beginnen lasse, an welchem dem Antragsberechtigten der Täter bekannt wird.

B. — Schmid führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er macht geltend, die Frist zur Stellung des Strafantrages sei erst am 16. Juni abgelaufen. Selbst wenn das nicht zuträfe, wäre sie im vorliegenden Falle eingehalten worden, weil der Kläger am 30. Mai 1945 von seinem Antragsrecht durch Einreichung der Anklageschrift beim Friedensrichter Gebrauch gemacht habe; die Rechtsprechung des Bundesgerichts, die darin keinen Strafantrag erblicke, sei in der Literatur mit zutreffender Begründung widerlegt worden.

C. — Funk beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

Das Recht zur Stellung des Strafantrages erlischt nach Ablauf von drei Monaten (Art. 29 Satz 1 StGB), die nach der Kalenderzeit berechnet werden (Art. 110 Ziff. 6 StGB). Die Frist beginnt mit dem Tag, an welchem dem Antragsberechtigten der Täter bekannt wird (Art. 29 Satz 2 StGB). Das Obergericht ist der Meinung, dass dieser Tag auf die Frist anzurechnen sei, da das Strafgesetzbuch nicht wie andere Gesetze ausdrücklich bestimme, dass erst vom folgenden Tag an zu zählen sei. Allein wenn auch der Bundesgesetzgeber sich veranlasst gesehen hat, in einigen Gesetzen ausdrücklich zu bestimmen, dass der Tag, an dem die Frist zu laufen beginnt, nicht mitgerechnet werde (Art. 31 Abs. 1 SchKG, Art. 77 OR, Art. 32 Abs. 1 OG), ist doch die gegenteilige Lösung in den Fällen, wo eine solche Vorschrift im Gesetze fehlt, nicht selbstverständlich. Denn es leuchtet nicht ohne weiteres ein, dass ein Tag, der bereits teilweise abgelaufen war, als das die