

wenn allein der Privatstrafkläger die Sache, die der Amtsstatthalter hat fallen lassen, an das Amtsgericht weitergezogen hat. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung ist daher auch in solchen Fällen der Privatstrafkläger zur Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht nicht befugt.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.

Vgl. auch Nr. 20. — Voir aussi n° 20.

I. STRAFGESETZBUCH

CODE PÉNAL

29. Urteil des Kassationshofes vom 28. September 1951
i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen Frey.

Art. 15 StGB erlaubt nicht « ambulante Behandlung ».

L'art. 15 CP ne permet pas un traitement ambulatoire.

L'art. 15 CP non consente una cura ambulatoria.

A. — Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte Karl Frey am 25. Mai 1951 in Anwendung von Art. 191 Ziff. 1 und 2 StGB zu fünfzehn Monaten Gefängnis, weil er im Jahre 1949 im Zustande verminderter Zurechnungsfähigkeit zwei noch nicht sechzehn Jahre alte Knaben zu beischlafsähnlichen und anderen unzüchtigen Handlungen missbraucht hatte. Ziff. 2 des Urteilspruchs lautet : « Der Strafvollzug wird eingestellt, und es wird der Angeklagte im Sinne von Art. 15 StGB in eine Heil- und Pflegeanstalt zur Behandlung eingewiesen. » In den Erwägungen führte das Gericht aus, die Anwendung dieser Bestimmung setze voraus, dass nicht erwartet werden könne, die Bewahrung des Angeklagten vor einem Rückfall lasse sich auch durch den Strafvollzug erreichen, mit andern Worten, die psychiatrische Behandlung viel eher angezeigt erscheine als der Strafvollzug. Wenn auch dieser eine notwendige Sühnefunktion erfülle, sei doch unverkennbar, dass der überwiegende Zweck der Strafe in der Verhinderung des Rückfalles bestehe, was die Art. 15 und 41 StGB zeigten. Mehrere Fachärzte hätten erklärt, der Angeklagte sei einer psychiatrischen Behandlung zugänglich. So habe der aargauische Kantonsarzt eine geeignete spezialärztliche Behandlung, die sich über eine lange Dauer zu erstrecken habe, als notwendig und erfolgversprechend bezeichnet.

Dieser Prognose scheine allerdings unter anderem zu widersprechen, dass der Angeklagte trotz der seit September 1948 regelmässig durchgeführten psychiatrischen Behandlung durch Dr. Riklin erneut sich noch schwerere homosexuelle Verfehlungen gegenüber Kindern habe zu Schulden kommen lassen als zuvor. Der Angeklagte sei jedoch ein infantiler Psychopath mit schwerer neurotischer Entwicklung. Diese psychische Abwegigkeit sei zum Teil der Grund seiner sexuellen Entgleisungen. Bei infantiler Psychopathie könne erfahrungsgemäss durch geeignete Behandlung eine Nachreifung der Persönlichkeit mit Bezug auf die Infantilität erreicht werden ; auch könne eine Neurose oft abgebaut werden, während sich andererseits die psychische Abwegigkeit des Angeklagten durch den Vollzug der Strafe kaum günstig beeinflussen lasse. Dr. Riklin bestätige Fortschritte in der Behandlung des Angeklagten. Diese Aussage erscheine dadurch als bestätigt, dass der Angeklagte Beziehungen zu einer Frau unterhalten habe, die er zu heiraten beabsichtigt habe ; dieses Verhältnis habe sich jedoch zerschlagen. Dass er durch diese Enttäuschung nicht erneut seinen homosexuellen Neigungen verfallen sei, spreche ebenfalls für den Erfolg der psychiatrischen Behandlung. Auch im Gutachten der psychiatrischen Universitäts-Poliklinik werde eine Fortsetzung dieser Behandlung vorgeschlagen und ausgeführt, der Angeklagte mache seit Monaten leichte Fortschritte ; es seien Anzeichen vorhanden, dass seine Neurose sich allmählich zu lösen beginne. Es sei anzunehmen, dass der Vollzug der Strafe die bis jetzt erreichten Fortschritte wieder zunichte machen würde und der Angeklagte wieder in seine infantile Sexualität zurückfiele. Daher erscheine eine Behandlung im Sinne des Art. 15 StGB als angezeigt. Der Strafvollzug sei demgemäss einzustellen und der Angeklagte zur Behandlung in eine Heil- und Pflegeanstalt einzuweisen, wobei das Gericht entsprechend der Empfehlung im Gutachten eine Fortsetzung der ambulanten Behandlung als am geeignetsten erachte.

B. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrage, Spruch 2 des Urteils sei aufzuheben.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Urteil verletze Art. 15 StGB, weil es Behandlung in einer Heil- oder Pflegeanstalt anordne, obschon es in der Begründung selber feststelle, dass eine Behandlung in einer solchen Anstalt nicht notwendig, sogar nicht angebracht sei. Wenn das Obergericht mit dem Psychiater der Auffassung sei, dass « die Behandlung in einer Heilanstalt » ambulant, d.h. ohne Einweisung erfolgen solle, habe es Art. 15 zu Unrecht angewendet. Diese Bestimmung treffe nur zu, wenn der Zustand des Täters die Behandlung *in* einer Anstalt *erfordere*. Vom Grundsatz, dass auch der vermindert zurechnungsfähige Täter Strafe verdiene, solle nicht leichtthin abgewichen werden. Dem Verurteilten, dessen Zustand nicht die Behandlung in einer Anstalt *erfordere*, könne zugemutet werden, dass er sich nach Verbüssung der Strafe wenn nötig selber von einem Arzt ambulant behandeln lasse.

C. — Frey beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen. Er verweist im wesentlichen auf die Zweckmässigkeit ambulanter Behandlung vermindert Zurechnungsfähiger im allgemeinen und auf die Wünschbarkeit dieser Behandlung für ihn im besonderen. Der Beschwerdegegner sei schon während längerer Zeit psychiatrisch behandelt worden, und nachdem das Gutachten die Fortsetzung dieser privatärztlichen Behandlung vorschlage, wäre es bestimmt falsch und für den Beschwerdegegner nachteilig, wenn sie unterbrochen und durch Behandlung in einer Heil- und Pflegeanstalt ersetzt werden müsste. Art. 15 StGB sei kaum so zu verstehen, dass der Zustand des Täters so sein müsse, dass nur eine « geschlossene Behandlung » in Frage komme. Sinn und Geist der Bestimmung lägen darin, dass eine psychiatrische Behandlung an Stelle des Strafvollzuges zu treten habe. Daraus ergebe sich, dass für die Art der Behandlung der Arzt zu Rate zu ziehen sei. Gebe er der

ambulanten Behandlung den Vorzug, so dürfe daraus nicht geschlossen werden, dass die Voraussetzungen des Art. 15 nicht erfüllt seien. Da der überwiegende Zweck der Strafe in der Verhinderung des Rückfalles zu suchen sei, die Strafe also eine heilende Wirkung ausüben solle, müsse auf die Empfehlung des Arztes abgestellt werden. Die ambulante Behandlung bringe ganz abgesehen von der grossen finanziellen Belastung so viele Umtriebe mit sich, dass auch sie den Sühnezweck zu erfüllen vermöge. Dazu stehe noch gar nicht fest, ob nicht die Strafe später zu vollziehen sei; hierüber werde erst entschieden, wenn der Grund der Massnahme weggefallen sein werde (Art. 17 Ziff. 3 StGB).

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. — « Erfordert der Zustand des unzurechnungsfähigen oder vermindert zurechnungsfähigen Täters seine Behandlung oder Versorgung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, so ordnet der Richter diese Behandlung oder Versorgung an » (Art. 15 Abs. 1 StGB).

Diese Bestimmung lässt nach grammatikalischer Auslegung dem Richter nicht die Wahl, den Täter entweder irgendwo behandeln zu lassen oder seine Behandlung oder Versorgung in einer Heil- oder Pflegeanstalt anzuordnen. Hätte der Gesetzgeber die ärztliche Behandlung ausserhalb einer Anstalt zulassen wollen, so hätte er das Wort « seine » nicht auf die ganze Wendung « Behandlung oder Versorgung in einer Heil- oder Pflegeanstalt » bezogen, sondern es vor « Versorgung » wiederholt. Auch die französische Fassung « ...qu'il soit traité ou placé dans un hôpital ou dans un hospice... » führt zum gleichen Schlusse; das Wort « traité » gehört gleich wie « placé » zu den Worten « dans un hôpital ou dans un hospice ». Entsprechendes ist von der italienischen Wendung « ...che sia curato o ricoverato in una casa di salute o di custodia ... » zu sagen. Die Heilanstalt (hôpital, casa di salute) ist übrigens in

erster Linie wegen der « Behandlung », nicht wegen der « Versorgung » erwähnt; der Richter hat vornehmlich den Behandlungsbedürftigen in eine solche Anstalt einzuweisen. Nach grammatikalischer Auslegung, insbesondere der romanischen Texte, kann die Behandlung auch in einer Pflegeanstalt erfolgen. Unzulässig ist dagegen, dass der Richter (oder die Vollzugsbehörde) sie ausserhalb einer Heil- oder einer Pflegeanstalt vornehmen lasse.

2. — Was die weitere Frage betrifft, ob dem Erfordernis der « Behandlung in einer Heil- oder Pflegeanstalt » schon Genüge geleistet ist, wenn der Verurteilte sich von Zeit zu Zeit zum Arzte in die Anstalt begibt (sog. ambulante Behandlung), oder ob er vom Beginn der Massnahme bis zu ihrem Ende sich dort aufhalten muss, so kann entgegen der Auffassung des Bezirksgerichtes Zürich (SJZ 44 110) aus dem französischen Text nichts zugunsten der ersten Lösung abgeleitet werden. Die Worte « traité ou placé » geben lediglich den Sinn von « Behandlung oder Versorgung » wieder, ohne zu sagen, dass nur die Versorgung, nicht auch die Behandlung, mit Anstaltsaufenthalt verbunden sei. Über das Erfordernis des Anstaltsaufenthaltes sprechen sich die Worte « Behandlung in » (*traité dans*) aus. Sie deuten darauf hin, dass sich der Verurteilte vom Beginn bis zum Ende der Massnahme in der Anstalt aufhalten muss; denn unter der Behandlung ist nicht die einzelne Fühlungnahme mit dem Arzt, die sich auch bei ambulanter Behandlung in der Anstalt abspielt, sondern die Gesamtheit der Vorgänge zu verstehen, mit denen auf die Heilung hingearbeitet wird (Einnahme von Arzneien, psychische Beeinflussung durch Dritte, Gestaltung der Lebensweise usw.).

Auch Art. 17 Ziff. 2 StGB deutet an, dass das Gesetz davon ausgeht, der Verurteilte sei auf Grund des Art. 15 nicht nur im Falle der « Versorgung », sondern auch im Falle der « Behandlung » in eine Anstalt einzuweisen; es spricht hier von der « probeweisen Entlassung » des « Eingewiesenen ». Wer in Freiheit lebt und bloss gehalten ist,

gelegentlich in der Anstalt vorzusprechen, ist nicht « eingewiesen » und kann nicht « entlassen » werden.

Nur der Aufenthalt des Verurteilten in einer Heil- oder Pflegeanstalt kann denn auch der gesetzgeberische Grund für die Einstellung des Strafvollzuges sein (Art. 15 Abs. 2), nicht die Behandlung als solche. Es ist nicht einzusehen, weshalb das Gesetz die Einstellung des Strafvollzuges bloss bei Behandlung in einer Heil- oder Pflegeanstalt vorsieht, wenn es der Auffassung wäre, die Behandlung an sich rechtfertige die Einstellung, nicht der Aufenthalt in der Anstalt. Es müsste, wenn es dieser Meinung wäre, den Aufschub des Strafvollzuges auch vorschreiben, wenn der Verurteilte sich mit Bewilligung des Richters und Aussicht auf Erfolg durch irgend einen Arzt ausserhalb einer Anstalt behandeln liesse. Da der vermindert Zurechnungsfähige nach dem Willen des Gesetzes Strafe verdient, verdient er sie grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, ob er behandelt wird oder nicht. Der Strafvollzug wird im Falle des Art. 15 nur eingestellt, weil der Verurteilte sich nicht gleichzeitig in einer Strafanstalt und in einer Heil- oder Pflegeanstalt aufhalten kann, und die Möglichkeit endgültigen Verzichtes auf den Strafvollzug (Art. 17 Ziff. 3) ist nicht als Belohnung dafür gedacht, dass der Verurteilte sich hat behandeln lassen — und gegebenenfalls geheilt ist —, sondern beruht auf der Überlegung, dass es unbillig sein kann, einen Verurteilten noch in eine Strafanstalt einzuweisen, nachdem er schon in einer Heil- oder Pflegeanstalt seiner Freiheit beraubt gewesen ist. Die ambulante Behandlung dagegen, selbst wenn sie mit Unannehmlichkeiten verbunden ist, erfüllt den Sühnezweck der Strafe nicht. Es ist dem Richter daher nicht gestattet, eine ambulante Behandlung anzuordnen mit der Wirkung, dass der Strafvollzug unterdessen aufgeschoben wird und später gegebenenfalls endgültig unterbleibt.

Daran ändert auch die Überlegung nichts, das Massnahmenrecht müsse « mit der nötigen Beweglichkeit gehandhabt werden » (zürch. ObGer. in SJZ 40 280). Der

Richter darf nur die im Gesetz vorgesehenen Massnahmen treffen und nur an sie die vom Gesetz vorgesehene Wirkung knüpfen, dass der Strafvollzug eingestellt wird und gegebenenfalls endgültig unterbleibt. Andere Massnahmen können vom Verurteilten selber oder von der Verwaltungsbehörde auf Grund des kantonalen Verwaltungsrechts durchgeführt werden. Wesentlich ist, dass die Strafe nicht vor ihnen zurückzutreten hat.

Die ambulante Behandlung eines vermindert Zurechnungsfähigen ist übrigens mit dem Strafvollzug nicht unvereinbar; die Vollzugsbehörde kann dem Arzt den Zutritt in die Strafanstalt gestatten oder den Verurteilten von der Anstalt aus zum Arzt führen. Auch nach endgültiger oder bedingter Entlassung ist ambulante Behandlung möglich, gegebenenfalls gestützt auf eine Weisung im Sinne des Art. 38 Ziff. 3 StGB.

Bildet demnach Art. 15 StGB überhaupt keine Grundlage für eine ambulante Behandlung des Verurteilten, so darf entgegen der vom zürcherischen Obergericht vertretenen Auffassung (SJZ 42 323) auch die Vollzugsbehörde nicht eine vom Richter angeordnete Einweisung in die Heil- oder Pflegeanstalt in Form bloss ambulanter Behandlung « vollziehen »; das wäre nicht Vollzug der angeordneten Massnahme, sondern Ersetzung derselben durch eine andere. Ebenso wenig ist es statthaft, im Urteil den Täter zwar formell in eine Heil- oder Pflegeanstalt « einzuweisen », aber der Vollzugsbehörde den Entscheid vorzubehalten, ob sie den Verurteilten wirklich in die Anstalt aufnehmen oder ihn bloss ambulant behandeln lassen wolle.

3. — Spruch 2 des angefochtenen Urteils ist im wesentlichen dem Wortlaut des Art. 15 angepasst, hat aber im Zusammenhang mit den Erwägungen den Sinn, dass der Beschwerdegegner ambulant zu behandeln sei oder der Vollzugsbehörde diese Art der Behandlung zum mindesten vorbehalten und empfohlen werde. Spruch 2 muss deshalb aufgehoben werden. Da die « Einweisung » nur mit Rück-

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 ricorrano 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.—