

ERNST HAFTER

**SCHWEIZERISCHES
STRAFRECHT**

BESONDERER TEIL

ERSTE HÄLFTE

SCHWEIZERISCHES STRAFRECHT

BESONDERER TEIL

VON

DR. ERNST HAFTER

ORD. PROFESSOR DER RECHTE IN ZÜRICH

ERSTE HÄLFTE:

DELIKTE GEGEN LEIB UND LEBEN, GEGEN DIE FREIHEIT,
GEGEN DAS GESCHLECHTSLEBEN, GEGEN DIE EHRE,
GEGEN DAS VERMÖGEN



1937

VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN

ISBN-13: 978-3-642-98608-6

e-ISBN-13: 978-3-642-99423-4

DOI: 10.1007/978-3-642-99423-4

**ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN**

Softcover reprint of the hardcover 1st 1937

Vorwort.

Im Vorwort zu meinem Allgemeinen Teil des schweizerischen Strafrechts schrieb ich 1926, die Bearbeitung des Besonderen Teils solle für die Zeit der erreichten Rechtseinheit vorbehalten bleiben. Seitdem sind elf Jahre vergangen. Das seit Jahrzehnten erstrebte Ziel, das einheitliche schweizerische Strafgesetzbuch, ist noch nicht erreicht. Aber im Frühling dieses Jahres hat die Bundesversammlung die Gesetzesberatung endlich zum Abschluß bringen können, und die Redaktionskommission hat den endgiltigen Text des Gesetzes festgestellt.

Die Schlußabstimmung in der Bundesversammlung steht noch aus. Textänderungen von irgendwie weittragender Bedeutung werden sich jedoch nicht mehr ergeben. Nach der parlamentarischen Verabschiedung des Gesetzes wird eine Zeit der Unsicherheit einsetzen. Es hat keinen Sinn, zu verschweigen, daß dem Gesetz das Referendum droht, und daß das Ergebnis der Volksabstimmung im Dunkeln liegt.

Trotz dieser Unsicherheit entschieße ich mich, jetzt schon meine Darstellung der ersten Hälfte des Besonderen Teils der Öffentlichkeit zu übergeben. Aber es ist notwendig, den Standpunkt, von dem ich ausgehe, zu erklären und schon im Vorwort kurz auf die Anlage und den Inhalt des Buches hinzuweisen.

Für die dogmatische Erörterung der Tatbestände stelle ich, wenigstens in der Regel, den Text des eidgenössischen Strafgesetzbuches in den Vordergrund. Aber das bisherige eidgenössische Recht und die kantonalen Rechte sind in weitgehendem Ausmaß mitverarbeitet. In jedem Falle wird ja das bisherige Recht noch eine geraume Zeit in Geltung bleiben. Ich habe mich daher bemüht, die umfangreiche schweizerische Literatur und die Rechtsprechung des Bundes und namentlich der Kantone in einer Weise zur Darstellung zu bringen, die zeigen soll, wie sich die alten Rechte in der Anwendung bewährt — oder nicht bewährt haben. Für mich ergibt sich aus solchen Untersuchungen und aus der Vergleichung der bisherigen Rechte mit dem Text des eidgenössischen Strafgesetzbuches die feste Überzeugung, daß das neue Recht fast auf der ganzen Linie die abgeklärteren und besseren Lösungen bringt. Ja ich wage sogar zu hoffen, daß mein Buch dazu beitragen kann, diese Überzeugung, namentlich auch bei unseren Juristen, zu fördern.

Wir Schweizer sind, soweit wir uns unserer Geschichte und unseres eigenartigen staatlichen Lebens bewußt sind, alle Föderalisten. Wir wollen

die reiche Vielgestaltigkeit unseres Landes und die Besonderheiten seiner einzelnen Teile bewahren. Aber ein einheitliches Strafrecht zerbricht sie nicht, bedeutet niemals die Zerstörung oder auch nur eine Schmälerung von Kulturgütern, für deren Bewahrung jeder einzelne Kanton zu sorgen sich bemühen soll. Von einer besonderen zürcherischen oder bernischen oder genferischen Strafrechtskultur zu reden, ist geradezu grotesk. Läßt es sich auch nur mit einiger Vernunft begründen, daß in unserem kleinen Land von Kanton zu Kanton ganz verschiedene Normen darüber bestehen, was strafbar ist, und wie die verschiedenen Missetaten bestraft werden sollen? Muß es in alle Ewigkeit ertragen werden, daß Tötung und Körperverletzung, Diebstahl, Betrug, Wucher, überhaupt alles, was in ein Strafgesetzbuch gehört, ganz verschiedene Folgen nach sich ziehen kann, je nachdem der Täter in Zürich, in Bern, in Basel oder in Lausanne sein Delikt verübt?

Mit einem vermehrten Zentralismus, mit einer Entwicklung zum Einheitsstaat, gegen den wir uns alle wehren, hat das eidgenössische Strafrecht nichts zu tun. Die Gerichtsorganisation, die Rechtsprechung und auch der Strafvollzug bleiben bei den Kantonen. Davon, daß der Bund auch dieser Gebiete sich bemächtigen wollte, ist nicht die Rede.

Im Jahre 1893 hat der unvergeßliche CARL STOOSS seinen ersten Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches geschaffen. Seit dieser Zeit hat sich, im Zusammenhang mit der Arbeit an den Entwürfen, eine geachtete schweizerische Strafrechtswissenschaft entwickeln können. Die Arbeit an den Entwürfen war der Antrieb dazu. Das mag weitere Kreise kühl lassen. Aber auch für sie stelle ich fest, daß seit Jahrzehnten die eidgenössischen Entwürfe die Strafgesetzgebung im Bund und in den Kantonen befruchtet haben. Was die Kantone und der Bund — im Militärstrafgesetz und in der Nebenstrafgesetzgebung — seit dem Anfang dieses Jahrhunderts neu geschaffen haben, ist zum großen Teil nach dem Muster der eidgenössischen Entwürfe gestaltet worden. Mag das künftige Schicksal des eidgenössischen Strafgesetzbuches so oder anders sich entscheiden, unsere Arbeit ist jedenfalls nicht umsonst gewesen. Aber tief zu bedauern wäre es, im Interesse der schweizerischen Rechtsentwicklung, wenn das Werk des eidgenössischen Strafgesetzbuches seine Krönung nicht finden könnte.

Kilchberg-Zürich, im August 1937.

E. Hafer.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

- § 1. Inhalt des Besondern Teils. Systematik S. 1**
I. Inhalt des Besondern Teils. II. Schutzobjekt als Grundlage des Systems. III. Sonderdelikte, Amtsdelikte.
- § 2. Tatbestand und Strafdrohung S. 4**
I. Deliktstypen. II. Einzelfragen der Tatbestandsbildung: Generalisierung, Kasuistik, Exemplifikation. Grundtatbestand, Qualifikation und Privilegierung. Einfache und zusammengesetzte Delikte. III. Strafdrohung (Sanktion). IV. Verbindung oder Trennung von Tatbestand und Strafdrohung (Nebengesetzgebung).

Delikte gegen Interessen des Einzelnen.

Erster Abschnitt.

Delikte gegen Leben, Leib und Gesundheit.

- I. § 3. Tötung S. 10**
I. Grundtatbestand. II. Subsidiärer Charakter des Tötungstatbestandes. III. Fahrlässige Tötung. Keine Kulpakompensation. Fahrlässige Tötung in Konkurrenz mit andern Delikten. IV. Selbsttötung.
- § 4. Mord und Totschlag S. 14**
I. Herkömmliche und neue Umgrenzung. II. Mord qualifizierte Tötung. III. Totschlag privilegierte Affekttötung.
- § 5. Kindestötung S. 18**
I. Kindestötung als privilegierter Totschlagsfall. II. Einzelfragen: Die Mutter als Täterin. Abstellen auf den physiologischen Zustand (Einfluß des Geburtsaktes). Dritte Personen als Täter und Teilnehmer. Fahrlässige Kindestötung. III. Ergänzende Tatbestände.
- § 6. Tötung auf Verlangen. Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord S. 23**
I. Tötung auf Verlangen und Tötung des Einwilligenden. II. Ernstliches und dringendes Verlangen. III. Verleitung und

Beihilfe zum Selbstmord nicht Teilnahme an fremder Straftat. Selbstsüchtige Beweggründe des Täters. Verhältnis zwischen Verleitung und Beihilfe. Ausgeführter oder versuchter Selbstmord als Strafbarkeitsbedingung.

- II. § 7. Körperverletzung** S. 29
- I. Grundtatbestand: Körperverletzung als Gesundheitsschädigung. II. Tötlichkeiten. III. Einzelfragen: Übertragung ansteckender Krankheiten (Geschlechtskrankheiten). Selbstverletzung, Verletzung eines Einwilligenden. IV. Einfache Körperverletzung und Tötlichkeiten Antragsdelikte. V. Fahrlässige Körperverletzung.
- § 8. Schwere Körperverletzungen** S. 36
- I. Methoden der Abgrenzung. II. Gefährliche Körperverletzung. Vergiftung. Verletzung eines Wehrlosen. Lebensgefährliche Verletzung. Verletzung mit tödlichem Ausgang. Verletzung mit erheblichem bleibenden Nachteil.
- § 9. Schuldhaftung bei Körperverletzungen** S. 41
- I. Durchführung der Schuldhaftung. Ausschluß der Erfolgs haftung. II. Schwierigkeiten in der Anwendung.
- III. § 10. Raufhandel** S. 43
- I. Beteiligung am Raufhandel. II. Umgrenzung des Tatbestandes. Strafbarkeitsbedingungen. Strafflosigkeit des Abwehrenden und des Scheidenden. Realkonkurrenz mit Tötung und Körperverletzung.
- IV. § 11. Gefährdungen von Leib und Leben. Der Gefährdungsbegriff** S. 47
- I. Verletzungs- und Gefährdungsdelikte. Gefahrbegriff. Konkrete und abstrakte Gefahr. II. Einzel- und Gemeingefährdung. III. Gefährdungsvorsatz. IV. System der Einzelgefährdungen nach dem G.
- § 12. Aussetzung** S. 51
- I. Weite Ausdehnung des Aussetzungs-Tatbestandes. In Gefahr bringen. Im Stiche lassen. II. Einzelfragen: Gefahr für das Leben oder schwere unmittelbare Gefahr für die Gesundheit. Begriffe: Hilfloser, Obhut, Fürsorgepflichtiger. III. Verhältnis der Aussetzung zu andern Tatbeständen.
- § 13. Zweikampf** S. 56
- I. Gründe für eine besondere Ordnung. II. Grundtatbestand. III. Qualifikationen. Wissentliche Verletzung der Zweikampfregeln. IV. Privilegierung der studentischen Mensur. V. Herausforderung zum Zweikampf und Annahme. Kartellträger. VI. Aufreizung zum Zweikampf.

§ 14. Kindermißhandlung. Überanstrengung von Kindern und Untergebenen	S. 63
<p>I. Mißhandlung, Vernachlässigung, Überanstrengung. II. Die Tatbestandsmomente: Gesundheitsschädigung und -gefährdung, Reichweite des Vorsatzes. III. Kindermißhandlung und -vernachlässigung im Besondern. IV. Der Tatbestand der Überanstrengung. V. Subsidiarität im Verhältnis zu verwaltungs- und privatrechtlichen Schutzbestimmungen. Beziehungen zu andern Straftatbeständen. VI. Verabreichen geistiger Getränke an Kinder.</p>	
§ 15. Gefährdung des Lebens	S. 71
<p>I. Lebensgefährdung mit Einschluß von Gesundheitsgefährdungen. Verhältnis zu den besondern Tatbeständen der Einzelgefährdung. II. Wissentlichkeit und Gewissenlosigkeit. III. G. Art. 129 als allgemeiner Gefährdungstatbestand. IV. Qualifikation bei Todesfolge.</p>	
V. § 16. Abtreibung	S. 76
<p>I. Abtreibung kein Tötungsdelikt. Schutzobjekte das keimende menschliche Leben, die Schwangere. Abtreibungsmittel. II. Selbstabtreibung, passive Abtreibung. Mit Einwilligung der Schwangeren vorgenommene Abtreibung, Beihilfe zur Selbstabtreibung. Ohne den Willen der Schwangeren vorgenommene Abtreibung. Lohn- und gewerbsmäßige Abtreibung. Abtreibung mit Todesfolge. Das Sich-Anerbieten zur Abtreibung. III. Straflöse Unterbrechung der Schwangerschaft. IV. Anpreisung von Gegenständen zur Schwangerschaftsverhütung.</p>	

Zweiter Abschnitt

Delikte gegen die Freiheit.

§ 17. Begriff der Freiheit und strafrechtlicher Freiheitschutz im Allgemeinen	S. 84
<p>I. Abgrenzung der strafrechtlich zu schützenden Freiheit. II. Schutz der Freiheit der menschlichen Willensbildung und -betätigung, Schutz der körperlichen Bewegungsfreiheit. Die gegen diese Rechtsgüter gerichteten Delikte.</p>	
§ 18. Bedrohung	S. 86
<p>I. Drohung als Mittel zur Verübung bestimmter Delikte und als selbständiger Tatbestand. Bedrohung als Freiheitsgefährdung. II. Umgrenzung der strafbaren Bedrohung. Antragsdelikt. III. Bedrohungsstrafe und Friedensbürgschaft.</p>	
§ 19. Nötigung	S. 90
<p>I. Nötigung als Grunddelikt der Freiheitsverbrechen. II. Nötigungsmittel. III. Vollendung. IV. Rechtfertigungsgründe. V. Sondertatbestände. VI. Schutz der Arbeitsfreiheit.</p>	

- § 20. Freiheitsberaubung** S. 96
 I. Freiheitsberaubung als Verhinderung oder Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit. II. Unrechtmäßiges Festnehmen; unrechtmäßiges Gefangenhalten; unrechtmäßiger Freiheitsentzug in anderer Weise. III. Vollendung. Dauerdelikt. IV. Qualifizierte Fälle.
- § 21. Entführung** S. 103
 I. Grundlage der Entführungstatbestände. II. Entführung einer Frau wider ihren Willen. III. Entführung einer willenslosen oder wehrlosen Frau. IV. Kindesentführung.
- § 22. Hausfriedensbruch** S. 108
 I. Hausfriedensbruch als Freiheitsdelikt. II. Angriffsobjekte. III. Unrechtmäßiges Eindringen und Einschleichen. IV. Verbotswidriges Verweilen. V. Das Moment der Unrechtmäßigkeit. Selbsthilferecht des Hausberechtigten. VI. Strafe. Strafantrag.

Dritter Abschnitt.

Delikte gegen das Geschlechtsleben.

- § 23. Rechtsgut. Umgrenzung, Systematik. Allgemeines** . . S. 115
 I. Schutz des Einzelnen und der geschlechtlichen Moral. II. Verletzung und Gefährdung der geschlechtlichen Freiheit. Besondere Art der Kuppeleidelikte. Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit. III. Systematik des G.

I. Angriffe auf die geschlechtliche Freiheit und Ehre.

- § 24. Notzucht und unzüchtige Nötigung** S. 118
 I. Notzucht als Sonderfall der Nötigung. Täter und Opfer. II. Notzucht des Täters, der sein Opfer bewußtlos oder zum Widerstand unfähig gemacht hat. Verhältnis zur Schändung. III. Unzüchtige Nötigung. Begriff der unzüchtigen Handlung. IV. Erschwerende Umstände. V. Verfolgung von Amtes wegen.
- § 25. Schändung und Unzucht mit Schwachsinnigen** S. 123
 I. Grundtatbestand der Schändung. II. Täter und Opfer. III. Grenzziehung zwischen Schändung und Unzucht mit Schwachsinnigen. IV. Schuld. Verfolgung von Amtes wegen. V. Ausdehnung des Schändungstatbestandes.
- § 26. Unzucht mit Kindern und abhängigen Personen** S. 128
 I. Unfreiheit des Opfers. II. Unzucht mit Kindern. Schutzalter. Einzeltatbestände: Mißbrauch zum Beischlaf oder zu einer ähnlichen Handlung. Unzüchtige Handlung mit einem Kinde und Verleitung dazu. Unzüchtige Handlung vor einem Kinde. Erschwerende Fälle. III. Unzucht mit abhängigen Personen. IV. Schärfungen.
- § 27. Verführung** S. 135
 I. Der Verführungsbegriff. II. Verführung durch Mißbrauch der Unerfahrenheit oder des Vertrauens. III. Verführung unter

Mißbrauch der Notlage oder Abhängigkeit. IV. Straflosigkeit bei Eheschließung.

II. Ausbeutung und Begünstigung fremder Unzucht.

§ 28. Kuppelei. Begünstigung der Unzucht mit Jugendlichen S. 138

I. Förderung fremder Unzucht. II. Grundtatbestand der Kuppelei. Veröffentlichung von Gelegenheiten zur Unzucht. III. Schwere Kuppelei: Schutz Unmündiger; Gewerbsmäßigkeit; Halten eines Bordells. Dulden gewerbsmäßiger Kuppelei in Mieträumen. IV. Begünstigung der Unzucht mit Jugendlichen.

§ 29. Zuhälterei S. 146

I. Die Formen: Ausbeutung der Prostitution. Schutzgewährung aus Eigennutz. II. Konkurrenzfragen: Zuhälterei als Kollektivdelikt; Verhältnis zwischen Zuhälterei und Kuppelei.

§ 30. Frauen- und Kinderhandel S. 150

I. Entwicklung der Bekämpfung des Frauenhandels. Internationale Übereinkommen. Bundesgesetz von 1925. II. Tatbestand des Frauen- und Kinderhandels. III. Qualifikationen. IV. Strafdrohungen. V. Weltrechtsprinzip.

III. Sogenannte einfache Unzuchtsdelikte.

Vorbemerkung S. 156

§ 31. Widernatürliche Unzucht S. 157

I. Grundtatbestand. Begriff der gleichgeschlechtlichen unzüchtigen Handlung. II. Einzelfälle: Gewerbsmäßige Unzucht. Verführung Unmündiger. Mißbrauch. Erschwerende Umstände und ergänzende Bestimmungen. III. Unzucht mit Tieren. Leichenschändung.

§ 32. Öffentliche unzüchtige Handlungen S. 162

I. Unzüchtige Handlung. II. Die Varianten. III. Begriff der Öffentlichkeit. IV. Polizeiliche Ordnungsvorschrift.

§ 33. Unzüchtige und unsittliche Veröffentlichungen S. 164

I. Internationale Übereinkommen. Bundesgesetz von 1925. II. Begriff des Unzüchtigen. III. Unzüchtige Gegenstände. Preß-Strafrecht. Formen der Tatbegehung. IV. Gegenstände zur Verhütung der Schwangerschaft. V. Vorbehalt zugunsten kantonaler Rechte. Bekämpfung der Schundliteratur. Bekämpfung der Jugendgefährdung durch unsittliche Schriften und Bilder.

§ 34. Übertretungen gegen die geschlechtliche Sittlichkeit S. 172

I. Einreihung. II. Unzüchtige Belästigung. III. Anlocken zur Unzucht. Belästigung durch gewerbsmäßige Unzucht. Strafen und Maßnahmen.

- § 35. Konkubinat** S. 176
 I. Kantonale Gesetzgebung. II. Verhältnis zwischen Bundes- und kantonalem Recht.

Vierter Abschnitt.

Ehrverletzungen.

- § 36. Ehrbegriff. Gattungsbegriff der Beleidigung** S. 178
 I. Ehre als Menschenwürde und als gesellschaftliche Geltung. II. Ehre im staatsbürgerlichen Sinn. III. Ehre als variable Größe. Beleidigungsfähigkeit. IV. Gattungsbegriff der Beleidigung. V. Verschiedene Auffassung des Ehr- und Beleidigungsbegriffes. VI. Objekt der Ehrverletzung. Kollektivbeleidigung. Beleidigung von organisierten Gemeinschaften. VII. Beleidigung von Toten. VIII. Systematik der Beleidigungsdelikte.

- § 37. Verleumdung. Üble Nachrede** S. 190
 I. Oberbegriff der ehrenrührigen Nachrede. Behauptung und Verbreitung. II. Verleumdung. III. Üble Nachrede. IV. Verleumdung und üble Nachrede mit Bezug auf Verstorbene. Antragsrecht.

- § 38. Beschimpfung** S. 194
 I. Die Arten. II. Die sogenannte Formalbeleidigung. III. Strafandrohungen. Absehen von Strafe: Provokation, Retorsion und Kompensation.

- § 39. Wahrheitsbeweis. Beweis des guten Glaubens. Wahrnehmung berechtigter Interessen** S. 201
 I. Die Möglichkeiten bei den verschiedenen Beleidigungstatbeständen. II. Wahrheitsbeweis. Einschränkungen. III. Beweis des guten Glaubens. IV. Wahre üble Nachrede. Wahrnehmung berechtigter Interessen.

- § 40. Gemeinsames. Nachlese** S. 206
 I. Beleidigung als Vorsatzdelikt. II. Einwilligung des Verletzten. III. Verfolgungsverjährung. IV. Widerruf und Ehrenklärung. V. Privatklageverfahren. VI. Amtsehrverletzung. Beleidigungsähnliche Tatbestände.

- Anhang § 41. Verletzung privater Geheimnisse (Schriftgeheimnis)** S. 211
 I. Zivilrechtlicher Schutz. II. Kantonale Strafrechte. III. Verletzung des Schriftgeheimnisses nach G. IV. Andere Geheimnisverletzungen.

Fünfter Abschnitt.

Delikte gegen das Vermögen.**§ 42. Die Vermögensdelikte und ihr Objekt. Systematik . . . S. 214**

I. Stellung der Vermögensdelikte im System. II. Vermögensbegriff. III. Verhältnis zum Zivilrecht. Zivil- und strafrechtliche Begriffe. IV. Die vier Hauptgruppen der Vermögensdelikte.

I. Delikte gegen das Eigentum und andere dingliche Rechte.**§ 43. Sachbeschädigung S. 217**

I. Beschädigung, Zerstörung, Unbrauchbarmachung. II. Strafdrohung. Strafantrag. Erschwerte Fälle. III. Verhältnis zu andern Tatbeständen der schädigenden Einwirkung auf Sachen.

§ 44. Sachentziehung S. 222

I. Verhältnis zu Sachbeschädigung, Diebstahl, Unterschlagung. Furtum usus. II. Tatbestand nach G. Art. 143. III. Strolchenfahrt; Motorfahrzeuggesetz Art. 62.

§ 45. Rechtsvereitelung S. 225

I. Schutz vertraglich oder gesetzlich begründeter Pfandrechte. II. Die vier Tatbestände nach G. Art. 147.

§ 46. Aneignungsdelikte. Einleitung S. 228

I. Enteignung. Aneignung. Bereicherungsabsicht. II. Sachbegriff. III. Grundtatbestand des Aneignungsdelictes.

§ 47. Unterschlagung und Veruntreuung S. 232

I. Voraussetzung: Sache in der Verfügungsgewalt des Täters. II. Einfache Unterschlagung. III. Fundunterschlagung. Schatzaneignung. Nichtanzeigen eines Fundes. IV. Veruntreuung. Geldunterschlagung. V. Unterschlagung usw. an Sachen von geringem Wert. VI. Amtsunterschlagung. Sonderdelikte.

§ 48. Diebstahl S. 243

I. Aneignung durch Wegnahme. Bereicherungsabsicht. II. Wegnehmen (soustraire). Vollendung. Diebstahl bei Mitgewahrsam. Wert der gestohlenen Sache. III. Ausgezeichneter Diebstahl. IV. Diebstahl zum Nachteil von Angehörigen oder Familienmitgliedern.

§ 49. Ergänzende und diebstahlsähnliche Tatbestände . . . S. 248

I. Entwendung (Mundraub). II. Wald- und Feldfrevel. III. Unrechtmäßige Entziehung von Energie.

- § 50. Raub** S. 253
 I. Verhältnis zum Diebstahl. Die Einzelfälle. II. Die Mittel der gewalttätigen Verübung. III. Ausgezeichneter Raub. IV. Keine Privilegierungen beim Raub.
- II. Delikte gegen das Eigentum und andere Vermögensrechte.**
- § 51. Betrug** S. 258
 I. Grundlinien. II. Täuschendes Verhalten. III. Irrtum. IV. Verhalten des Irrenden. V. Schaden. VI. Begehungsort. VII. Subjektive Tatbestandsmomente. VIII. Ausgezeichneter Betrug. Privilegierungen.
- § 52. Ergänzende und betrugsähnliche Tatbestände** S. 275
 I. Fälle von Versicherungsbetrug. II. Sogenannte Defraude; Steuer-, Zollbetrug usw. III. Handelsregister- und Firmenstrafrecht. IV. Zechprellerei. V. Blinder Passagier. Leistungsererschleichung. VI. Ausbeutung der Leichtgläubigkeit. VII. Boshafte Vermögensschädigung. VIII. Unwahre Angaben über Handelsgesellschaften und Genossenschaften.
- § 53. Erpressung und Chantage** S. 288
 I. Verhältnis zwischen Erpressung und Nötigung. II. Zwischen Erpressung und Raub. III. Zwischen Erpressung und Betrug. IV. Chantage. V. Strafdrohungen. Qualifikationen.
- § 54. Wucher** S. 294
 I. Geschichtliche Entwicklung des Wuchertatbestandes. II. Wucher als generell umschriebenes Ausbeutungsdelikt. Wucherarten. Nachwucher. Zivilrechtliche Behandlung. III. Sozialwucher.
- § 55. Wucherähnliche Tatbestände** S. 306
 I. Ausbeutung Minderjähriger. II. Verleitung zu Spekulation und Börsengeschäften.
- § 56. Glücksspiele. Lotterien. Wetten** S. 310
 I. Glücksspiele als Vermögensgefährdung. Entwicklung des eidgenössischen Rechts. II. Spielbankgesetz von 1929. III. Lotteriegesezt von 1923.
- § 57. Ungetreue Geschäftsführung** S. 318
 I. Bisherige Rechte. II. Ungetreue Geschäftsführung: Grundtatbestand. III. Erschwerung bei Gewinnsucht. IV. Zum Nachteil von Angehörigen oder Familiengenossen.
- § 58. Sachhehlerei** S. 321
 I. Systematische Stellung. Verhältnis zur Begünstigung. II. Kantonale Rechte. Der Hehlereitatbestand nach G. Art. 144.

III. Konkurs- und Betreibungsverbrechen. Übertretungen.

- § 59. Grundlagen** S. 328
 I. Verletzung und Gefährdung von Gläubigerrechten. II. Stellung im System der Vermögensdelikte. III. Die verschiedenen Deliktgruppen. Allgemeine Regeln. Ehrenfolgen.
- § 60. Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug** S. 334
 I. Abgrenzung. Konkursöffnung und Verlustschein als Strafbarkeitsbedingungen. II. Die betrügerischen Handlungen. III. Vollendung und Versuch. IV. Vorsatz. V. Dritte Täter. VI. Strafen.
- § 61. Leichtsinziger Konkurs und Vermögensverfall** S. 345
 I. Abgrenzungen. II. Die leichtsinnigen Handlungen. III. Schuldfrage. IV. Konkurrenz. V. Strafen.
- § 62. Unterlassung der Buchführung** S. 350
 I. Der Vergehenstatbestand. II. Der Übertretungstatbestand.
- § 63. Gläubigerbevorzugung** S. 353
 I. Verhältnis zum betrügerischen Konkurs und zum Pfändungsbetrug und zur betriebsrechtlichen Anfechtungsklage. II. Die Fälle der Gläubigerbevorzugung.
- § 64. Verfügung über betriebsrechtlich beschlagnahmte Sachen (Verstrickungsbruch)** S. 359
 I. Sogenannte Pfandunterschlagung. Kantonale Rechte. II. Verstrickungsbruch nach G. Art. 169. III. Offizialdelikt. Strafdrohung. IV. Verhältnis zu G. Art. 289 (Bruch amtlicher Beschlagnahme).
- § 65. Stimmenkauf. Erschleichung eines Nachlaßvertrages** . S. 366
 I. Schutz der Rechtspflege. II. Stimmenkauf und -verkauf. III. Erschleichung eines gerichtlichen Nachlaßvertrags.
- § 66. Betriebsrechtlicher Ungehorsam** S. 371
 I. Gegen die Staatsgewalt gerichtete Übertretungen. II. Kantonales und eidgenössisches Recht. III. Ungehorsam des Schuldners. IV. Ungehorsam dritter Personen. V. Verhältnis zu G. Art. 292 (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen).

IV. Delikte gegen immaterielle Güterrechte.

- Vorbemerkungen** S. 373
- § 67. Kreditschädigung und -gefährdung** S. 375
 I. Kredit und Kreditfähigkeit. II. Kreditschädigung und Ehrverletzung. III. Der Straftatbestand der Kreditschädigung. Strafen. Strafantrag. IV. Bankengesetz Art. 48.

§ 68. Unlauterer Wettbewerb	S. 380
I. Begriff. Begrenzung des strafrechtlichen Schutzes. II. Zivilrechtliche Hilfen. III. Bisheriges Bundes- und kantonales Strafrecht. IV. Einheitliches Bundesstrafrecht.	
§ 69. Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses	S. 388
I. Geheimnisverletzung und unlauterer Wettbewerb. II. Bisherige Rechte. III. G. Art. 162 und StG.B. von Freiburg Art. 100. IV. Wirtschaftlicher Landesverrat durch Geheimnisverletzung nach dem Bundesbeschuß vom 21. Juni 1935.	
§ 70. Strafrechtlicher Schutz der Urheberrechte	S. 396
I. Urheberrechte als immaterielle Güterrechte. II. Verletzung von gewerblichen Urheberrechten. III. Verletzung von literarischen und künstlerischen Urheberrechten. IV. Verhältnis zum unlauteren Wettbewerb.	
Sachverzeichnis	S. 401

Abkürzungen.

- AargRSpr. = Vierteljahrsschrift für aargauische Rechtsprechung.
Allg. Teil = HARTER: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil (1926).
Berner Z. = Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
BBl. = Bundesblatt.
BE. = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung.
BBschl. = Bundesbeschluß.
BGes. = Bundesgesetz.
BINDING: Lehrbuch = Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Band (2. Aufl., 1902).
BStG. = BGes. vom 4. Februar 1853 über das Bundesstrafrecht.
BV. = Bundesverfassung.
v. CLERIC: Leitfaden = Leitfaden der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtes (1925).
E. = Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches (1918).
EG. = Einführungsgesetz.
G. = Schweizerisches Strafgesetzbuch, endgültiger Text (1937).
GesSlg. = Gesetzessammlung.
JZ. = Schweizerische Juristenzeitung.
MilStG. = Militärstrafgesetz, BGes. vom 13. Juni 1927.
OR. = BGes. vom 30. März 1911 über das Obligationsrecht und BGes. vom 18. Dezember 1936 über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII.
PolStG(B) = Polizeistrafgesetz(buch.)
Prot.ExpKom. = Protokolle der Expertenkommissionen (I und II) für das schweizerische StGB.
Répertoire vaudois = Répertoire des arrêts, rendus en matière pénale, par le tribunal cantonal vaudois, recueillis par A. PASCHOD (1924).
StenBull. = Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung.
NR. = Nationalrat; StR. = Ständerat.
Strooss: Grundzüge = Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts (1892 bis 1893).
StGB. = Strafgesetzbuch. Die Nennung eines Kantons mit nachfolgender Zahlenangabe weist auf das betreffende StGB. hin; z. B. Zürich § 130.
StPrO. = Strafprozeßordnung.
VD. = Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts (1905—1909).
VE. = Vorentwurf.
VO. = Verordnung.
Z. = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; bis zum 8. Jahrgang: Zeitschrift für Schweizer Strafrecht.
ZGB. = Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
ZgesStRW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZschwR. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
Zürcher Bl. = Blätter für zürcherische Rechtsprechung.

Einleitung.

§ 1. Inhalt des Besondern Teils. Systematik.

Literatur. ZÜRCHER: Z. 8, 156ff. — KRONAUER: Z. 26, 125ff. — STOOSS: Z. 40, 309ff. — v. CLERIC: Leitfaden, 85ff. — GÜTHERZ: Z. 20, 346ff.

I. Zum Besondern Teil des Strafrechts gehören die einzelnen Handlungen und Unterlassungen, die der Gesetzgeber als strafbares Unrecht bezeichnet hat. Gleichgültig ist, ob ein Tatbestand im StGB. oder in der Nebengesetzgebung untergebracht ist. Das entscheidet sich nach gesetzgebungspolitischen und gesetzestechnischen Rücksichten. Allgemeingültige Grenzen lassen sich dafür nicht ziehen. Immerhin ist festzustellen, daß im großen gesehen in ein StGB. nur diejenigen Tatbestände eingestellt sind, die das überkommene Strafrechtsgut darstellen und die gleichsam eine gesonderte Existenz führen. Bei strafrechtlichen Geboten und Verboten, die mit verwaltungsrechtlichen und anderen Gesetzen eng zusammenhängen, ist die Verbindung mit diesen Sondergesetzen zweckmäßiger¹.

Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich in der Hauptsache auf die Erörterung der im G. aufgestellten Tatbestände. Sie vor allem zeigen, in welchem Umfang und nach welchen Richtungen der Staat den strafrechtlichen Interessenschutz für notwendig hält. Sie weisen auf die eigentliche Kriminalität hin.

II. Alles Strafrecht ist höchster und schärfster staatlicher Interessenschutz². Im Besondern Teil steht die Frage nach dem schutzbedürftigen

¹ So bei den Delikten gegen das Urheberrecht und andere immaterielle Güterrechte und bei den Delikten gegen die Vorschriften der zahlreichen Bundespolizei- und Fiskalgesetze. Die Übernahme solcher Tatbestände in das G. ist erwogen, aber — von Ausnahmen abgesehen — abgelehnt worden; vgl. LOGOZ: StenBull. NR. 1929, 2. — KRONAUER: Z. 26, 125ff., auch schon ZÜRCHER: eod. 8, 156ff. — Einen weitgehenden Versuch, die Nebengesetze in das StGB. einzuarbeiten, stellt der Gegenentwurf 1911 zum deutschen StGE. von KAHL, v. LILIENTHAL, v. LISZT und GOLDSCHMIDT dar. Dazu namentlich die Denkschrift von KRIEGSMANN in der Begründung zum Gegenentwurf, 339ff.

² Über den Interessenbegriff WOLF: Z. f. schweiz. Recht, N.F. 51, 53ff.: Interesse ist alles für den Menschen irgendwie Bedeutsame. Zugleich enthält der Begriff einen Hinweis auf die Richtung, nach welcher die Bedeutsamkeit jeweils orientiert ist (57).

Gut, nach dem Schutzobjekt (Rechtsgut) im Vordergrund¹. Nach diesem Leitgedanken muß sich die Systematik gestalten. Aber von einer einheitlichen Auffassung über die systematische Ordnung des besondern Strafrechtsteiles sind Gesetzgebung und Wissenschaft weit entfernt. Systematik ist Gruppierung des Zusammengehörigen und Trennung vom Andersartigen. Man soll, namentlich im Recht, das systematische Element nicht überschätzen. Es kann zur Starrheit führen. Aber ganz besonders für die Erfassung des besonderen Strafrechtsteils ist eine strenge und klare Systematik ein unübertreffliches Erkenntnismittel. Das G. führt sie durch Gliederung des Besondern Teils in 19 Titel durch.

An das vom Gesetz aufgestellte System, das die Erleichterung der Rechtsanwendung zum Ziel hat, braucht sich die wissenschaftliche Darstellung nicht zu halten. Sie geht ihren eigenen Weg. Sie soll versuchen, den Gedanken des Schutzobjekts so weit als möglich durchzuführen. Gegenstand des Strafschutzes ist letzten Endes bei jedem Delikt die Allgemeinheit. Eine Gliederung läßt sich aber im Hinblick auf die einzelnen Gegenstände, deren Schutz besonders hervortritt, erzielen. Man kann, unter steter Berücksichtigung des Gedankens, daß überall das allgemeine gesellschaftliche Interesse im Hintergrund steht, zu folgender Dreiteilung gelangen:

- Delikte gegen Interessen des Einzelnen,
- Delikte gegen Gemeinschaftsinteressen (Kulturgüter),
- Delikte gegen spezifisch staatliche Interessen².

Ob man die Grundlinien so oder anders zieht, ist nicht Kardinalfrage. Entscheidend ist, ob es gelingt, die Straftatbestände so zusammenzufassen, daß sie, im Hinblick auf den Gegenstand des Strafschutzes, möglichst einheitliche Gruppen bilden.

Die Eingliederung der einzelnen Tatbestände bereitet manche Schwierigkeit — namentlich dann, wenn der Gegenstand des Strafschutzes unsicher ist (z. B. bei den sog. Religionsvergehen), oder wenn bei einem Straftatbestand der Schutz mehrfacher Interessen in Frage steht (z. B.

¹ Dazu die kritischen Betrachtungen über Mängel des heutigen strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes von GERMANN: Z. 49, 291 ff.

² In der Literatur wird diese Dreiteilung häufig verwertet; ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 115. — GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 143. — LOGOZ: StenBull. NR. 1929, 2. — v. CLERIC: Leitfaden, 85 ff. — FRANK: Kommentar Deutsches StGB. § 1, N. II. Oft begnügt man sich mit einer Zweiteilung: Verbrechen gegen Rechtsgüter des einzelnen und gegen Rechtsgüter der Gesamtheit, z. B. v. LISZT-SCHMIDT: Lehrbuch, § 79. — ALLFELD: Lehrbuch, 328 ff. — BINDING: Lehrbuch, 1, 7 scheidet in fünf Gruppen: Verbrechen wider den Einzelnen und die Familie; Verbrechen wider das Vermögen; die sog. gemeingefährlichen Verbrechen (als Ergänzung der beiden ersten Gruppen); Verbrechen wider die Beweismittel und die Beglaubigungszeichen; Verbrechen wider den Staat.

bei den Delikten gegen das Geschlechtsleben, gegen das Völkerrecht, gegen fremde Staaten). In solchen Fällen ist mit besonderer Sorgfalt nach dem vorwiegenden Schutzinteresse Ausschau zu halten¹.

III. Bei der dogmatischen Darstellung des besondern Strafrechtsteils ist heute nur der Leitgedanke des Schutzobjekts verwendbar. Ein Standesstrafrecht, das die Grundlage für eine Einteilung nach dem Verbrechenstäter bilden könnte, gibt es nicht mehr. Immerhin ist hier auf die Sonderdelikte², die eine Person mit bestimmter Eigenschaft als Täter voraussetzen, namentlich auf die Beamten- und die militärischen Verbrechen³, aufmerksam zu machen. Das Militärstrafrecht — Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 — gelangt hier nicht zur Darstellung. Bei den Amtsdelikten, die zum Teil einen selbständigen Charakter haben (Ampflichtverletzung), zum andern Teil jedoch nur Sonderfälle von auch sonst strafbaren Handlungen (Nötigung, Veruntreuung usw.) darstellen, fragt sich, ob man sie als gesonderte Sammelgruppe zusammenfassen soll. Die echten, eigentlichen Amtsdelikte kann man unbedenklich den Staatsverbrechen zuteilen, womit auch hier der systematische Leitgedanke des Schutzobjekts gewahrt bleibt. Die andern Amtsverbrechen, bei denen z. B. die amtliche Eigenschaft des Täters nur ein Qualifikationsmoment bildet, mag man der Gruppe zuweisen, zu der sie ihrem Tatinhalt nach gehören⁴.

Nicht verwertbar für eine Gesamtsystematik des Besondern Teils sind Einteilungen, die unter andern Gesichtspunkten von Bedeutung sind:

Die Dreigliederung Verbrechen, Vergehen, Übertretung;

Die Unterscheidung zwischen Verletzungs- und Gefährdungsdelikten⁵.

Eine Gruppierung der Verbrechen nach den ihnen zugrunde liegenden Motiven und nach der Täterpersönlichkeit ist wissenschaftlich lockend. FERRI⁶ und der italienische VE. 1921⁷ geben der Unterscheidung zwischen gemeinen, durch egoistische Motive bestimmten Verbrechen und politisch-

¹ GUTHERZ: Z. 20, 374 (Zurückgehen auf die „nächsten Objekte der Wertung“).

² Dazu Allg. Teil, 211 ff.

³ Nicht Sonderrecht in diesem Sinne ist das Preß-Strafrecht; abweichend BINDING: Lehrbuch, 1, 7.

⁴ Dazu WACH: VD. Allg. Teil, 6, 20.

⁵ Über diese Einteilungen: Allg. Teil, § 19. Der Unterschied zwischen Verletzung und bloßer Gefährdung tritt allerdings auch im Besondern Teil hervor; unten § 11.

⁶ Z. B. Z. 33, 31 ff. Vgl. auch ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 116: „Die Einteilung nach Motiven oder Trieben wäre nicht nur wissenschaftlicher, sondern hätte auch den Vorteil, den Richter auf eine tiefere Auffassung seiner Aufgabe hinzuleiten.“

⁷ Relazione sul Progetto, 9 ff.

sozialen — altruistisch motivierten — Verbrechen eine besondere Bedeutung. Aber solche Kategorien sind heute noch zu wenig erforscht, um mit ihnen ein System des besondern Strafrechtsteils zu begründen. Es müßte die bisherige, in der Gesetzgebung befolgte Systematik völlig sprengen, würde auch zu einer Aufteilung innerhalb der einzelnen Verbrechenbegriffe (Tötungen, Brandstiftung, Sprengstoffdelikte, Verbrechen gegen den Staat usw.) führen¹.

§ 2. Tatbestand und Strafdrohung.

Literatur. THORMANN: Z. 17, 377 ff. — KRONAUER: Z. 20, 1 ff. — SCHLATTER: Das materielle Strafrecht des aargauischen Zuchtpolizeigesetzes, Berner Diss. (1929). — LANG: Z. 44, 433 ff.

I. Der Gesetzgeber hat die Aufgabe, dasjenige verletzende oder gefährdende menschliche Verhalten, das ihm als strafwürdig erscheint, zu Tatbeständen zu formen, die in möglichst scharfer Umgrenzung die das strafbare Verhalten erfüllenden Momente (Tatumstände) bezeichnen. Er schafft Deliktstypen, in denen das Verbrechenobjekt umschrieben und die Art der Tatbegehung bezeichnet wird². Er begnügt sich nicht damit, wie die gemeinrechtliche Praxis es tat, den Richter anzuweisen, nach seinem Ermessen jedes von ihm als schuldhaft gewertete Unrecht mit Strafe zu belegen³. Er beschränkt sich auch nicht darauf, mit einem bloßen Kennwort den einzelnen Tatbestand — Diebstahl, Betrug, Ehrverletzung usw. — zu bezeichnen⁴. Er umschreibt ihn. Das geschieht zur Sicherung des Satzes: keine Strafe ohne Gesetz um der Rechtssicherheit willen und zugleich, um dem einzelnen Bürger eine Garantie seiner persönlichen Freiheit und Unverletzlichkeit gegenüber dem Staate zu geben (Allg. Teil, § 2 I, § 4). Das schweizerische Strafrecht hält an diesem Grundsatz noch unverbrüchlich fest.

II. Dem Problem des Tatbestandes kommt daher größte Bedeutung zu. Die deutsche Literatur hat es, namentlich früher, besonders

¹ Eigenartig dazu SAUER: Gerichtssaal, 103, 34f., der eine Neugruppierung nach Persönlichkeitstypen, nach den den einzelnen Delikten zugrunde liegenden „kriminalistischen Untugenden (Verstellung, Verschlagenheit, Ausbeutungs-sucht usw.)“ zur Erwägung stellt.

² GUTHERZ (Lit. zu § 1): 374 ff.

³ Nachweise bei v. HIPPEL: Deutsches Strafrecht, 1, 236 ff. „Mehr und mehr strafft die Praxis, was sie für strafwürdig hält und wie sie es für strafwürdig hält“ (238).

⁴ Vgl. den vielerörterten § 1 des aargauischen Zuchtpolizeigesetzes von 1868. Dazu Allg. Teil, 13, N. 5 und namentlich SCHLATTER: Aarg. Zuchtpolizeigesetz mit der instruktiven Darstellung der Geschichte dieses Gesetzes und der aus § 1 entwickelten Rechtsprechung; vgl. auch Z. 44, 112f. und RAUBER: eodem, 475f.

gefördert¹. Hervorzuheben sind hier, im besonderen Hinblick auf das schweizerische G., nur folgende Einzelpunkte der Tatbestandbildung:

1. Methodisch stehen sich Generalisierung und Kasuistik gegenüber. Diese gestaltet den Deliktstypus, indem sie die einzelnen zu berücksichtigenden Fälle der Tatverübung nennt und sie aneinanderreihet, z. B. bei den Tatbeständen des leichtsinnigen Konkurses (Art. 165), der Unterlassung der Buchführung (Art. 166), der unzüchtigen Veröffentlichungen (Art. 204). Gesetzgeberisch höher steht der — praktisch nicht immer durchführbare — Versuch, über eine Einzelaufzählung hinauszukommen, die Fülle der gleichbewerteten Erscheinungen in den gemeinsamen Merkmalen zu erkennen und sie in einen generellen Tatbestand zusammenzufassen. Die Mehrzahl der Deliktstatbestände des G. sind auf diese Art gebildet.

Um die mit einer Generalisierung oft verbundene Gefahr zu großer Unbestimmtheit zu vermeiden, hat das G. in zahlreichen Fällen die Exemplifikation verwendet. Sie verbindet Generalisierung und Kasuistik, indem sie den allgemein gefaßten Tatbestand durch die Nennung von Beispielen ergänzt, die mit den Worten „namentlich“ oder „insbesondere“ eingeführt werden. So sind z. B. die Tatbestände des betrügerischen Konkurses (Art. 163), der Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167), gestaltet. — Gelegentlich ist auch die Methode gewählt, daß der kasuistischen Aufzählung eine Generalklausel folgt. Beispiele: die Tatbestände der schweren Körperverletzung (Art. 122 Ziff. 1), des schweren Diebstahls und des schweren Raubes (Art. 137 Ziff. 2; Art. 139 Ziff. 2), der Freiheitsberaubung (Art. 182 Ziff. 1).

Für die Wahl der Methode ist die Zweckmäßigkeit entscheidend².

2. Häufig geht das G. von einem Grundtatbestand aus, an den es Qualifikationen und Privilegierungen anknüpft. Die schärfende oder mildernde Auszeichnung erfolgt unter ganz verschiedenen Gesichtspunkten: im Hinblick auf die persönlichen Verhältnisse des Täters und auf seine Beziehungen zum Verletzten, im Hinblick auf das Mittel zur Tatbegehung, auf die Größe des (verschuldeten) Verletzungserfolges, auf das Motiv, auf die Art der Tatverübung. So stellt z. B. Art. 111 einen

¹ Namentlich BINDING: Lehrbuch, Bes. Teil, 1, 8ff. („Architektur“ der Verbrechenstatbestände). — WACH: VD. Allg. Teil, 6, 46ff. — BELING: Die Lehre vom Verbrechen (1906); Methodik der Gesetzgebung (1922), insbes. 59ff.; Grundzüge des Strafrechts (11. Aufl.), 21ff. — M. E. MAYER: StR., Allg. Teil, 89ff. (Tatbestandsmäßigkeit). — ERIK WOLF: Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit (1931). — MEZGER: Strafrecht (1933), 168ff., 173ff. (mit Hinweisen auf weitere Literatur). — v. WEDEL: Z. 45, 359ff. — Über die besondere Form des Blankett-Tatbestandes s. Allg. Teil, § 2 II.†

² Zu diesen Fragen der legislativen Technik s. WACH: a. a. O. 37ff.

Grund- und zugleich subsidären Tatbestand der Tötung auf¹. Beim Mord (Art. 112) ergibt sich die Qualifikation unter anderem aus der besonderen Gefährlichkeit des Täters. Privilegierte Tötungstatbestände sind andererseits der Totschlag (Art. 113: Tötung in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung), die Tötung auf Verlangen (Art. 114), die Verleitung und die Beihilfe zum Selbstmord (Art. 115), die Kindestötung (Art. 116). An den Grundtatbestand des Diebstahls (Art. 137 Ziff. 1) schließt sich privilegiert der Diebstahl zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen an (Ziff. 3), während Qualifikation eintritt beim bandenmäßigen, beim gewerbsmäßigen und beim Diebstahl, der auf andere Weise die besondere Gefährlichkeit des Täters offenbart (Ziff. 2). Die Sachbeschädigung ist qualifiziert, wenn der Täter aus gemeiner Gesinnung einen großen Schaden verursacht (Art. 145), die Krankheitsverbreitung, wenn der Täter aus gemeiner Gesinnung handelte (Art. 231—233).

Das G. ergänzt auf diese Weise für einzelne Delikte und Deliktsgruppen die allgemeinen Strafzumessungsgründe (Art. 63) und namentlich die Strafmilderungs- und -schärfungsgründe². Während diese die Schärfung oder Milderung oder wenigstens ihr Ausmaß in die Hand des Richters legen, bindet das Gesetz durch die Schaffung einzelner qualifizierter und privilegierter Tatbestände den Richter strenger. — Wenn im Einzelfall der gleiche Strafzumessungsgrund sowohl nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils wie nach einer Vorschrift des Besondern Teils gegeben ist, z. B. achtungswerte Beweggründe nach Art. 64 und nach Art. 114 (Tötung auf Verlangen), so hat nicht doppelte Berücksichtigung zu erfolgen. Anders, wenn neben einer Privilegierung oder einer Qualifikation des Besondern Teils noch andere, allgemeine Milderungs- oder Schärfungsgründe zutreffen³.

3. Beachtlich ist die Unterscheidung zwischen einfachen und zusammengesetzten Delikten⁴. Der erstere Begriff ergibt sich, als Gegenstück, aus dem letzteren. Nur er bedarf näherer Erklärung. Beim Deliktstypus des zusammengesetzten Verbrechens hat der Gesetzgeber Angriffe auf mehrere selbständig strafrechtlich geschützte Güter zu einer Einheit zusammengefaßt. Das geschieht namentlich in Fällen, in denen das eine Delikt nur als Mittel — Durchgangspunkt — zur Verübung des andern betrachtet wird. So kann der Raub (Art. 139) eine Verbindung von

¹ Über die Tötung und die besondern Tötungsarten unten §§ 3—6.

² Dazu Allg. Teil §§ 77 ff.; WACH: a. a. O. 76 ff.

³ ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 101 i. f. — Allg. Teil, 357, N. 1. — Unten § 5 II 2 (Kindestötung).

⁴ Eindringende Untersuchungen bei BINDING: Lb. 1, 9 ff., 15 ff.; vgl. auch WACH: a. a. O. 67 ff.

Körperverletzung und Diebstahl oder von Drohung (Art. 180) und Diebstahl sein. Die falsche Anschuldigung (Art. 303) ist eine Kombination von Verleumdung und Irreführung der Rechtspflege. Um zusammengesetzte Tatbestände handelt es sich auch dann, wenn bei einem vorsätzlichen Verbrechen der fahrlässig bewirkte schwere Erfolg besonders berücksichtigt wird, so bei der Abtreibung der voraussehbare Tod der Schwangeren als Folge der Abtreibung (Art. 119 Ziff. 3), bei der Körperverletzung der voraussehbare Todeserfolg (Art. 122 Ziff. 2 und Art. 123 Ziff. 3). Weitere Beispiele ergeben sich aus Art. 134 (Kindermißhandlung), aus Art. 135 (Überanstrengung von Kindern und Untergebenen), aus Art. 195 (Delikte gegen die geschlechtliche Freiheit).

Der Unterschied zwischen dem qualifizierten und dem zusammengesetzten Delikt ist darin zu sehen, daß das erstere mit qualifizierender Wirkung ein Moment verwendet, das für sich allein strafrechtlich unerheblich ist — z. B. Gefährlichkeit, gemeine Gesinnung, Gewerbsmäßigkeit —, während beim zusammengesetzten Verbrechen mehrere Deliktstatbestände zu einer Einheit verbunden sind¹. Das weist zur Konkurrenzlehre hinüber (Allg. Teil, § 75 III, § 79). Aber die Vorschriften darüber gelangen nicht zur Anwendung. Der Räuber ist nicht wegen Körperverletzung oder Drohung und wegen Diebstahls zu bestrafen, der Abtreiber, dessen Opfer den Tod erleidet, nicht wegen Abtreibung und fahrlässiger Tötung. Der zusammengesetzte Tatbestand umfaßt das Verhalten des Täters nach allen Seiten. Es liegt sog. unechte Gesetzeskonkurrenz vor (Allg. Teil, 351).

III. Die dem Tatbestand angefügte Strafdrohung (Sanktion) bringt ein Werturteil des Gesetzgebers über die objektive und subjektive Schwere des einzelnen Deliktes zum Ausdruck. Weil die relativ bestimmten Strafmaße (Strafrahmensystem) die Regel bilden, hat auch das in der einzelnen Strafdrohung liegende Werturteil nur relativen Charakter. Da das G. die Rahmen weit spannt, ist für die Wertung der Einzeltat dem Richterermessen ein weiter Spielraum gewährt². Davon soll hier nicht die Rede sein, sondern nur von dem gesetzgeberischen Problem, den einzelnen Deliktstatbestand mit einer zutreffenden Strafdrohung auszustatten und zugleich unter den für die einzelnen Delikte festgesetzten Sanktionen ein gewisses Gleichmaß herzustellen. Regeln, die allgemeiner Anerkennung sicher wären, lassen sich dafür nicht aufstellen. Die Werturteile über die einzelnen Verbrechen sind schwankend und können, je nach der Ein-

¹ Die Auswirkung kann allerdings gleich sein wie beim qualifizierten Delikt. Art. 119 Ziff. 3 z. B. behandelt die Abtreibung mit Todesfolge, wie wenn es sich um eine Qualifikation des Grundtatbestandes handeln würde.

² Über Strafmaß, Straffindung und Strafzumessung s. den Allg. Teil, §§ 73 bis 79.

stellung des Wertenden, sehr verschieden lauten¹. Immerhin sind für die Aufstellung der mit dem einzelnen Delikt zu verknüpfenden Sanktion einige Leitsätze beachtlich. Maßgebend sind die Natur des Schutzobjektes (Leben, körperliche Unversehrtheit, Vermögen, Ehre usw.), die Schuld, die Schwere und Gefährlichkeit des Angriffes, aber auch die Größe der sich aus dem einzelnen Delikt ergebenden Verletzung. Für die Bildung der Strafdrohung kann ferner die Gesinnung des Täters, soweit sie bei einem Deliktstatbestand besonders hervortritt, von Bedeutung sein².

Die Strafdrohungen des G. befriedigen, an diesen Leitsätzen gemessen, im großen ganzen³. Für das Bestreben, bei der Wertung der Delikte auf ein gewisses Gleichmaß bedacht zu sein, ist z. B. auf den Abschnitt der Vermögensverbrechen hinzuweisen. Übereinstimmend lautet die Sanktion: Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis bei den Grundtatbeständen des Diebstahls, der Hehlerei, des Betruges, der Erpressung, des Wuchers, beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug.

In dem Werturteil, das in der dem einzelnen Delikt angefügten Sanktion zum Ausdruck kommt, regt sich der Vergeltungsgedanke. Er zeigt aber auch seine Schwäche, da das einzelne Delikt und die einzelne Strafdrohung letzten Endes nicht aneinander meßbare Größen sind.

IV. Während die Bestimmungen im Besondern Teil des G. ausnahmslos so gebildet sind, daß Tatbestand und Strafdrohung in einem Satz miteinander verbunden sind (klassische Form der *lex perfecta*), werden in der Nebenstrafgesetzgebung häufig Tatbestand und Strafdrohung voneinander getrennt. Das trifft namentlich für viele Nebengesetze zu, die neben der verwaltungsrechtlichen Ordnung bestimmter Verhältnisse auch Deliktstatbestände enthalten. Ganz verschiedene Gestaltungen kommen vor: Das Zollgesetz von 1925 umschreibt z. B. im Art. 74 in 16 Ziffern die Tatbestände der Zollübertretungen und fügt im Art. 75 die gemeinsam für alle Delikte geltende Strafdrohung an. Häufig wird auch eine zusammenfassende Strafsanktion einer Mehrzahl von Tatbeständen vorangestellt, so z. B. in Art. 13 des Coupengesetzes von 1921/1927. Eine noch

¹ Die gesetzgeberischen Schwierigkeiten werden deutlich, wenn man die Frage prüft, welches Schutzobjekt (Rechtsgut) ist wertvoller als ein anderes: Vermögen oder Freiheit oder Geschlechtsleben? Innerhalb der einzelnen Gruppen wiederholen sich die Schwierigkeiten.

² Dazu v. LISZT: VD. Bes. Teil, 5, 8: Art und Maß der Strafdrohung sollen sich einerseits bestimmen nach der Schutzwürdigkeit und der Schutzbedürftigkeit des Rechtsgutes, andererseits nach der antisozialen Bedeutung der gegen das zu schützende Rechtsgut gerichteten Angriffe.

³ Vgl. dazu Prot. II. ExpKom. 2, 142, 145f. und als weitere Vorarbeiten THORMANN: Z. 17, 377ff., ferner die von KRONAUER: Z. 20, 1ff. aufgestellten vergleichenden Strafentabellen, die allerdings durch die spätern Beratungen des Gesetzes zum Teil überholt sind.

weitergehende gesetzestechnische Vereinfachung wird durch die regelmäßig am Schlusse des Erlasses eingestellte Formel: Übertretungen dieses Gesetzes werden — — — — — bestraft oder durch eine ähnliche Formel erreicht. Beispiele: Art. 9 des Epidemiengesetzes von 1886; Art. 88 des BGes. von 1914 betreffend die Arbeit in den Fabriken; Art. 19 des BGes. von 1920 betreffend die Arbeitszeit bei den Eisenbahnen; Art. 11 des BGes. von 1922 über die Beschäftigung der jugendlichen und weiblichen Personen in den Gewerben.

Diese Gestaltungen weisen nicht etwa auf eine besondere Art von Strafgesetzen hin. Sie liegen ganz auf dem Gebiet der gesetzestechnischen Ökonomie¹.

¹ WACH: a. a. O. 49ff.

Delikte gegen Interessen des Einzelnen.

Erster Abschnitt.

Delikte gegen Leben, Leib und Gesundheit.

I. § 3. Tötung.

Literatur. STOOSS: Grundzüge. 2, 3ff. — NADIG: Vorsätzliche Tötung nach schweizer. E., Leipziger Diss. (1902). — MÜLLER: Die Abgrenzung von Mord und Totschlag im schweizer. E., Zürcher Diss. (1920). — v. LISZT: VD. Bes. Teil, 5, 1ff. — HAFTER: Z. 19, 138ff. — v. LILIENTHAL: Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, 2 (1910), 266ff. — E. v. LISZT: Die vorsätzlichen Tötungen (1919), ferner ZgesStRW. 42, 99ff. — Angaben zu §§ 4—6.

I. Das G. hat die in den meisten bisherigen Rechten im Vordergrund stehende abschließende Unterscheidung zwischen der vorsätzlichen, mit Vorbedacht ausgeführten Tötung (Mord, assassinat) und der vorsätzlichen, nicht vorbedachten Tötung (Totschlag, meurtre)¹ stark verändert. Es geht in Art. 111 von einem Grundtatbestand der Tötung aus. Neben ihm stehen der qualifizierte Tatbestand des Mordes (Art. 112) und die privilegierten Tatbestände des Totschlags, der Tötung auf Verlangen, der Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord und der Kindestötung (Art. 113—116).

Tötung ist jede rechtswidrige schuldhaft Verursachung des Todes eines fremden Menschen. Die Menschlichkeit beginnt im Sinne der strafrechtlichen Normen über die Tötung nicht erst mit der vollendeten Geburt, sondern mit dem Geburtsbeginn². Das ergibt sich unzweideutig aus Art. 116, der als Kindestötung auch die während der

¹ Vorbild der französische C. p. von 1791. — Über die bisherigen kantonalen Rechte Stooß: Grundzüge, 2, 3ff. — StenBull. NR. 1929, 11ff.

² Über die vielumstrittene Frage unten § 5 II 2, ferner BRAENDLI (Lit. zu § 5): 63ff. — v. LISZT-SCHMIDT: Lehrbuch, § 80 I. — BINDING: Lb. 1, 37f. — Vgl. dagegen ZGB. Art. 31 I: Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt.

Geburt erfolgte Lebensvernichtung bezeichnet¹. Damit ist eine Abgrenzung gegenüber der Abtreibung gewonnen. Sie ist, nach der Fassung der Art. 118f., kein Tötungsdelikt². — Jedes dem Täter fremde Menschenleben ist strafrechtlich geschützt, auch der lebensunfähige Mensch, auch das Monstrum. Auch die Vernichtung lebensunwerten Lebens (Euthanasie, Sterbehilfe) ist dem Strafrecht nicht entzogen³.

II. Über die Art der Todesverursachung, die frühere Gesetze — z. B. Graubünden § 87 — umschreiben, schweigt das G. Die allgemeinen Lehren über den Kausalzusammenhang (Allg. Teil, § 16) gelten.

Die Anwendung des Art. 111 setzt voraus, daß der Täter mit Wissen und Willen ein fremdes Menschenleben vernichtete oder zu vernichten versuchte, ohne daß schärfende oder mildernde Momente, wie die Art. 112 bis 116 sie vorsehen, gegeben sind⁴. In jedem Tötungsfall ist zunächst zu prüfen, ob nicht einer der besonderen Tötungstatbestände (Art. 112ff.) vorliegt. Nur wenn das nicht festgestellt werden kann, kommt Art. 111 zur Geltung. Er hat deutlich subsididären Charakter. Seinen Bezirk namentlich gegenüber Mord und Totschlag abzugrenzen, sollte nicht allzu schwer fallen⁵. Doch ist der Art. 111 nicht in dem Sinne auszuwerten, daß er bequemer Beweiserleichterung dient. — Die Strafdrohung — Zucht- haus nicht unter 5 Jahren — betont die Schwere der Tat und die Strenge, die das Gesetz der vorsätzlichen Lebensvernichtung gegenüber zur Geltung bringt. Ein gewisses Mißverhältnis zur Strafe des Totschlags (Art. 113) besteht; s. unten § 4 III.

III. 1. Zum Grundtatbestand der einfachen vorsätzlichen Tötung fügt sich zunächst die fahrlässige Tötung (Art. 117). Der Fassung des Art. 125 hätte die Formel: Wer fahrlässig einen Menschen tötet ent- sprochen. Der Text des Gesetzes: Wer den Tod eines Menschen fahrlässig verursacht, hat keine andere Bedeutung. Voraussetzung ist also, daß der

¹ Darüber unten § 5 II 2.

² Unten § 16 I.

³ MÜLLER a. a. O. 51. Über die Sterbehilfe namentlich BINDINGS letzte Schrift (in Verbindung mit dem Psychiater HOCHÉ): Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens (1920). Bemerkenswerte Angaben über die Euthanasie bei SPINNER: Ärztliches Recht (1914), 260ff. Ferner HAFNER (Lit. zu § 6): 73ff. — VELIDEDOGLU (Lit. zu § 6): 30ff. Über die Tötung auf Verlangen unten § 6 I.

⁴ Die allgemeinen mildernden Umstände aus Art. 64 können neben Art. 111 in Betracht kommen: Tötung aus achtungswerten Beweggründen, unter dem Eindruck einer schweren Drohung usw. Nach Art. 65 ist in solchen Fällen die Mindeststrafe 1 Jahr Zucht- haus. Die Möglichkeit, den bedingten Straferlaß zu ge- währen ist, damit ausgeschlossen; vgl. StenBull. NR. 1929, 8, 20.

⁵ Über Tötung im Zweikampf (Art. 131 Ziff. 3) unten § 13 III; im Raufhandel unten § 10 I, II 2 und 5; Körperverletzung mit nachfolgendem Tode unten § 8 II 2.

Täter die Folge seines Verhaltens — die Lebensgefährdung, den Tod eines andern — bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit hätte voraussehen können¹. Da das G. die Fahrlässigkeit als besondere Schuldform neben den Vorsatz stellt, muß in jedem Falle eines fahrlässigen Deliktes die in Art. 18 III aufgestellte Norm zur Geltung gebracht werden. Vermochte z. B. der Täter die tödliche Wirkung seines Verhaltens nicht zu erkennen, sondern nur die Möglichkeit einer Körperverletzung, so ist auch bei Todeseintritt nur wegen fahrlässiger Körperverletzung zu verurteilen².

Die Strafe der fahrlässigen Tötung ist Gefängnis oder Buße³. Zu beachten ist, daß nach Art. 50 II in jedem Falle die beiden Strafen miteinander verbunden werden können. Treffen Milderungsgründe aus Art. 64 zu, z. B. durch Schadensgutmachung betätigte Reue, so kann der Richter auf Haft oder auf Buße oder auf diese beiden Strafen zusammen erkennen.

Dem Täter ist die fahrlässig verursachte Tötung strafrechtlich auch dann voll zuzurechnen, wenn ein fahrlässiges Verhalten des Getöteten oder eines Dritten mitwirksam war. Das kommt namentlich bei den sog. Verkehrsdelikten häufig vor, so wenn der fahrlässig durch einen Automobilfahrer Getötete sich gleichfalls pflichtwidrig oder unvorsichtig verhalten hat. Allein das entlastet den Täter grundsätzlich nicht. Die Fahrlässigkeit, die ihm nachgewiesen werden kann, wird dadurch nicht geringer. Anders als im Zivilrecht gibt es im Strafrecht keine Kulpakompensation⁴.

¹ BE. 31 II, 284f. — JZ. 2, 17. — Entsch. des Mil.Kass.Ger. 1915—1925, Nr. 45. — Fahrlässige Tötung durch Unterlassung: JZ. 28, 205, Nr. 51 (Baselstadt, bemerkenswerter Fall).

² Das ist theoretisch klar. In der Praxis kann die reine Lösung der Tat- und Schuldfrage fast unmöglich werden. Dazu BINDING: Lb. 1, 28. — Zum ganzen Fragenkomplex v. LISZT: VD. a. a. O. 144ff.; vgl. auch unten § 8 II 2.

³ Die Entwürfe sahen neben dem mit Gefängnis bedrohten Grundtatbestand den geschärften Fall vor, da der fahrlässige Täter eine ihm durch sein Amt, seinen Beruf oder sein Gewerbe auferlegte Pflicht verletzt hatte; ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 129f. Über die Gründe der Streichung StenBull. NR. 1929, 7f. Der Strafrahmen des Art. 117 reicht für alle Fälle aus. Auch besteht die Möglichkeit der Amtsentsetzung (Art. 51) und des Berufs- und Gewerbeverbots (Art. 54). Dazu auch v. LISZT: a. a. O. 149f.

⁴ Nach OR. Art. 44 I kann der Richter bei einem „Mitverschulden“ des Geschädigten die Ersatzpflicht ermäßigen oder ganz von ihr entbinden. Das ist billig, bleibt aber für die strafrechtliche Bewertung der Täterschuld ohne Einfluß. Zur zivilrechtlichen Kulpakompensation HÄBERLIN: Das eigene Verschulden des Geschädigten, Berner Diss. (1924). — TOBLER: Fahrlässigkeit im Zivil- und Strafrecht, Zürcher Diss. (1931), 87f. Ferner Art. 37 des BGes. von 1932 über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr (Verkehrsgesetz) und dazu COURVOISIER: JZ. 31, 53ff. — v. THUR: Allgemeiner Teil des OR. § 14. — Zur strafrechtlichen Seite der Lehre v. LISZT-SCHMIDT: Lehrbuch, § 29 III 2. — M. E. MAYER: Strafrecht, Allg. Teil, 152. — ARBENZ: Der Motorfahrzeugführer als

2. Nicht jede fahrlässige Tötung steht unter der Strafnorm des Art. 117. Das G. hat bei einigen zusammengesetzten Verbrechen die fahrlässige Verursachung des Todes als ein den Grundtatbestand erschwerendes Moment verwendet¹. Hier gelangt nur diese besondere Bestimmung zur Anwendung. Es liegt unechte Gesetzeskonkurrenz vor.

Streitig ist dagegen, ob, wenn aus der Verübung eines Deliktes sich als weitere Wirkung die fahrlässig bewirkte Tötung eines Menschen ergibt und das Gesetz diesen Fall nicht hervorhebt, die Bestimmungen über die Idealkonkurrenz anzuwenden sind: X hat vorsätzlich (oder fahrlässig) den Eisenbahnverkehr gehindert oder gestört (Art. 238). Ein Mensch kommt dabei um, und der Täter hätte diesen Erfolg voraussehen können. Nach Art. 68 Ziff. 1 ist hier ein Zusammentreffen mehrerer Strafbestimmungen gegeben, so daß der Richter zu einer Straferhöhung gelangen muß². Diese Lösung ist nicht gleichbedeutend mit Art. 67 des alten BStG. von 1853, der beim Delikt der Eisenbahngefährdung den Fall, da ein Mensch bedeutend verletzt oder getötet worden ist, ausdrücklich mit einer schärferen Strafdrohung ausgestattet hatte³. Hier handelt es sich um reine Erfolgshaftung, während bei dem oben gegebenen Beispiel zu der vorsätzlichen Gefährdung die fahrlässige Tötung hinzukommt, also eine Schuldkonkurrenz gegeben ist.

IV. Vollendete und auch versuchte Selbsttötung sind nach der heute auf dem europäischen Kontinent herrschenden Auffassung straflos⁴. Nur das dem Täter fremde Menschenleben ist geschützt. In der Verfügung über sich selbst ist der einzelne grundsätzlich frei. Die besonderen Delikte der Verleitung und der Beihilfe zum Selbstmord tragen

Delinquent, Zürcher Diss. (1932), 32, 46. — Zürcher Bl. 24, Nr. 111; 31, 145 (bei der Strafzumessung berücksichtigt). — STEINER und RAUBER: Aargauische Entsch. (2. Aufl.), 13. — vgl. auch JZ. 27, 186, Nr. 149 (Tessin).

¹ Art. 119 Ziff. 3 (Abtreibung), Art. 122 Ziff. 2 (Schwere Körperverletzung), Art. 123 Ziff. 3 (Einfache Körperverletzung), Art. 127 IV (Aussetzung), Art. 134 Ziff. 1 III (Mißhandlung und Vernachlässigung eines Kindes), Art. 135 Ziff. 1 III (Überanstrengung von Kindern und Untergebenen); vgl. oben § 2 III 3.

² Abweichend ZÜRCHER: Erläuterungen, 118 und namentlich MITTERMAIER: Z. 14, 401f., 408f., der annimmt, die fahrlässige Verletzung einzelner sei in der Gefährdung der Vielheit enthalten. So auch SCHWENDIMANN: Die Gefahr im schweizer. StR., Berner Diss. (1920), 102; vgl. ferner HILFIKER: Gefährdungshaftung im StR., Zürcher Diss. (1920), 140ff. Da Art. 68 nicht nur bei der Real-, sondern auch bei der Idealkonkurrenz Straferhöhung vorschreibt, kann bei dem im Text gegebenen Beispiel die auch begangene fahrlässige Tötung (Art. 117) nicht durch die Anwendung des Art. 238 allein gedeckt werden. Das G. hat die Idealkonkurrenz nicht nach dem Absorptionsprinzip geordnet. Dazu Allg. Teil, 369 und die dort zit. Literatur.

³ Rechtsprechung dazu Zürcher Bl. 11, Nr. 79; 26, Nr. 53.

⁴ Zur Geschichte VELI DEDEOGLU (Lit. zu § 6): 42ff. — BINDING: Handbuch I, 695ff. — FRANK (Lit. zu § 6): 3ff. — Weitere Literatur: Allg. Teil § 32 und

zur Vernichtung fremden Lebens bei (unten § 6 III). — Das bedeutet nicht, daß die Selbsttötung rechtlich belanglos ist. Nach Art. 14 I des Versicherungsvertragsgesetzes von 1908 (Eidg. GesSlg. N. F. 24, 719ff.) kann z. B. die Haftung des Versicherers entfallen, wenn der Versicherungsnehmer das befürchtete Ereignis — den Tod — absichtlich herbeigeführt hat¹. Insofern kann man die Selbsttötung als rechtswidrig bezeichnen. Aber der Gesetzgeber hat keinen Straftatbestand aus ihr gemacht. Wer selbst sein Leben vernichtet hat oder es zu tun versuchte, verdient Mitleid, nicht Strafe². Auch der Art. 95 des MilStG. kommt gegenüber dem Soldaten, der einen Selbsttötungsversuch unternommen hat, nie zur Anwendung, selbst wenn der Tötungsversuch eine verstümmelnde Verletzung in sich schließt. Der Vorsatz, sich das Leben zu nehmen, schließt den Vorsatz, sich durch Verstümmelung oder auf andere Weise zur Erfüllung der Militärdienstpflicht untauglich zu machen, aus³.

§ 4. Mord und Totschlag.

Literatur. Angaben zu § 3. — E. v. LISZT: Gerichtssaal, 91, 206ff. — GEISER: Die Bedeutung der Provokation im bernischen StR., Berner Diss. (1933).

I. Die Tatbestände des Mordes (Art. 112) und des Totschlags (Art. 113) nehmen im G. eine andere Stellung ein als in den früheren Rechten. Jener ist, gemessen am allgemeinen Tatbestand des Art. 111, qualifizierte, dieser privilegierte Tötung. Das G. hat immerhin beide Bezeichnungen übernommen. Es wahrt die historische Kontinuität und nimmt Rücksicht auf die Volksanschauung, die, wenn es auch nicht in klarer Weise geschieht, an der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag festhält⁴.

unten § 6. — Über die Bestrafung des Selbstmordversuchs in Gesetzen des englisch-amerikanischen Rechtskreises v. LISZT: VD. Bes. Teil, 5, 133f. Französische Literatur bei DAMIAN (Lit. zu § 6): 13ff.

¹ Vgl. z. B. SCHOCH: Der Unfallbegriff in der schweizer. privaten Einzel-Unfall-Versicherung, Zürcher Diss. (1930), 122ff. — BE. 51 II, Nr. 15. — LUTZ: Zur Umschreibung der versicherten Gefahr durch Gesetz und Vereinbarung, Zürcher Diss. (1932), 55f.

² Vgl. KLEINFELLER: Archiv für StR. 64, 220f. Gut die Begründung der Strafunwürdigkeit des Selbstmordes bei FRANK (Lit. zu § 6): 27ff.

³ M. E. MAYER: Deutsches MilStR. 2, 96; DIETZ: Handwörterbuch des (Deutschen) Mil.-Rechts (1912), 700. — ROTHENBERGER (Lit. zu § 6): 37. — SCHWINGE: Deutsches MilStGB., Erläuterungen (1936), 175. — SCHMIDT: (Deutsches) Militärstrafrecht (1936), 77.

⁴ v. LISZT: VD. Bes. Teil, 5, 66ff. hat, namentlich im Hinblick auf die schweiz. Entwürfe, erwogen: Preisgabe der Unterscheidung Mord und Totschlag; Ausgangspunkt ein Tatbestand der gemeinen vorsätzlichen Tötung mit einer Strafdrohung, die von der schwersten Strafe des Strafsystems bis zum gesetz-

Das G. hat die herkömmlichen Unterscheidungsmerkmale nicht völlig aufgegeben, sie aber durch weitere Momente ergänzt. Die bisherige ausschließliche Kennzeichnung des Mordes als einer mit Vorbedacht (préméditation) oder mit Überlegung ausgeführten Tötung ist in vielen Fällen psychologisch falsch und für den Zweck, die schwersten Tötungsfälle zu charakterisieren, ungenügend¹. — In Anknüpfung an den alten, namentlich im germanischen Recht entwickelten Gedanken der „unehrlichen“, schändlichen Tötung² hatten die Entwürfe eine kasuistische Kennzeichnung der schwersten, besonders gefährlichen und besonders schändlichen Tötungsfälle versucht. Gemeine und gefährliche Beweggründe und Arten der Verübung sollten die Tötung zum Mord stempeln³.

II. Nach dem endgültigen Text des Art. 112 liegt Mord vor, wenn der Täter „unter Umständen oder mit einer Überlegung tötet, die seine besonders verwerfliche Gesinnung oder seine Gefährlichkeit offenbaren“. An die Stelle der kasuistischen Aufzählung von Einzelfällen ist eine allgemeine Fassung getreten. Zu deren Erklärung sind die Momente, auf die in den Entwürfen hingewiesen wird, heranzuziehen. Das G. unternimmt es — in nicht sehr klarer Weise —, zweierlei auseinanderzuhalten:

lichen oder einem sonst niedrig anzusetzenden Mindestmaß hinabgeht. Innerhalb dieses allgemeinen Strafrahmens Ausscheidung schwerer zu bestrafender Fälle, wenn die Tat eine besonders gefährliche antisoziale Gesinnung (Gemeingefährlichkeit) des Täters erkennen läßt. Als Gegenstück Berücksichtigung der Provokation als eines mildernden Umstandes und daneben Zulassung allgemeiner mildernder Umstände (S. 100f.). Kritik dazu von HAFER: Z. 19, 139ff.

¹ Die bisherigen Rechte verwenden die Begriffe Vorbedacht und Überlegung vielfach so, als ob sie Gleiches bedeuteten; s. STOSS: Grundzüge, 2, 4ff. Das ist kaum richtig. Der Vorbedacht bezieht sich auf den Entschluß des Täters, die Überlegung wohl eher auf die Ausführung. So zutreffend Aargau § 107: Wenn der Täter „entweder den Entschluß hiezu mit Vorbedacht gefaßt oder das Verbrechen mit Überlegung ausgeführt hat“; vgl. auch MÜLLER (Lit. zu § 3): 45. — Die Kritik gegen die Verwendung der Begriffe Überlegung und Vorbedacht zur Kennzeichnung des Mord-Tatbestandes ist heute fast allgemein; trefflich STOSS: Bericht über den VE. (1901), 3f. — ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 118ff. — v. LISZT: a. a. O. 37f., 72.

² OSENBRÜGGEN: Alamannisches StR. im deutschen Mittelalter, 216ff. — STUTZ: Strafrecht von Stadt und Amt Zug, Berner Diss. (1917), 145ff. — GRAVEN: Evolution du Droit pénal valaisan, Genfer Diss. (1927), 404ff.

³ E. 1918 Art. 99: „Tötet der Täter aus Mordlust, aus Habgier, um die Begehung eines andern Vergehens zu verdecken oder zu erleichtern, mit besonderer Grausamkeit, heimtückisch, durch Feuer, Sprengstoffe oder andere Mittel, die geeignet sind, Leib und Leben vieler Menschen zu gefährden, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.“ Dieser Text ist vom MilStG. Art. 116 übernommen worden. Zu den Entwürfen STOSS: Motive VE. 1894, 147f. — Prot. I. ExpKom. 1, 317ff. — Prot. II. ExpKom. (sehr lehrreich) 2, 146ff.; 3, 41ff.; 8, 218ff. — StenBull. NR. 1929, 3ff. — E. v. LISZT: Gerichtssaal, 91, 206ff. (zum Tatbestandsmoment „mit besonderer Grausamkeit“).

1. Der Täter hat unter Umständen, die seine besonders verwerfliche Gesinnung oder seine Gefährlichkeit offenbaren, gehandelt. Das knüpft im Gedanken an die Kasuistik der Entwürfe: Mordlust, Grausamkeit, Heimtücke usw. an. Ist der Beweis erbracht, daß der Täter unter solchen Umständen und aus einer solchen Geistesverfassung heraus getötet hat, so soll von dem Nachweis, daß er mit „Überlegung“ gehandelt hat, Umgang genommen werden können¹.

2. In die zweite Variante hat das G. wiederum den Begriff der Überlegung eingefügt, wobei fraglich ist, ob der im französischen Text verwendete Ausdruck *préméditation* mit „Überlegung“ gleichbedeutend ist oder nicht vielmehr dem Begriff des Vorbedachtes entspricht. Jedenfalls ist damit wieder den Streitfragen, die um diese Begriffe entstanden sind, das Tor geöffnet². Von entscheidender Bedeutung ist aber, daß nach Art. 112 die Annahme, der Täter habe mit Überlegung getötet, für sich allein nicht genügt. Es muß sich um eine Überlegung handeln, die eine besonders verwerfliche Gesinnung oder die Gefährlichkeit des Täters bekundet. Das soll sich namentlich dahin auswirken, daß der mit Überlegung handelnde Täter, der sich durch eine Tötung aus einer für ihn unglückseligen Lage befreien will, nicht wegen Mordes bestraft wird³.

Die erschwerte Tötung mit der absoluten Strafdrohung lebenslangen Zuchthauses erschöpft sich in den beiden als Mord bezeichneten Varianten des Art. 112. Andere Qualifikationen früherer Rechte sind dem G. fremd⁴.

III. Totschlag ist Affekttötung. Art. 113 bringt das mit den Worten zum Ausdruck, daß der Täter in einer nach den Umständen entschuldlichen heftigen Gemütsbewegung (*en proie à une émotion violente et que les circonstances rendaient excusable*) getötet hat. Das ist der Grund für die Privilegierung gegenüber dem Grundtatbestand der Tötung des Art. 111. Mit ihm, nicht mit dem Tatbestand des Mordes ist Art. 113 zusammenzuhalten. Der Täter tötet mit Wissen und Willen. Aber die heftige Gemütsbewegung hat ihn zur Tat geführt. Das Gesetz bezeichnet

¹ SEILER: StenBull. NR. 1929, 5. Beachtlich die kritischen Bemerkungen von WAGNER: eodem, 12ff.

² Gut dazu LOGOZ: StenBull. NR. 1929, 6. Vgl. namentlich auch STROOSS: Grundzüge, 2, 7ff.

³ Die — überlegte — Verzweiflungstat einer Mutter z. B., die mit ihren Kindern ins Wasser geht und selbst gerettet wird. Nach der Lage des Einzelfalles liegt entweder Tötung gemäß Art. 111 oder Totschlag gemäß Art. 113 vor.

⁴ Als erschwerte Tötungen gelten vielfach Giftmord, Meuchelmord, Verwandtentötung usw. Daten bei v. LISZT: VD. a. a. O. 73ff.; STROOSS: Grundzüge, 2, 10. Neuerdings bezeichnet Waadt Art. 111, ohne den Ausdruck Mord (*assassinat*) zu verwenden, als geschärfte Tötungsfälle (*homicide avec circonstances aggravantes*) die mit Vorbedacht und die unter Verwendung von Gift ausgeführte Tötung, die eine Gemeingefahr für eine große Zahl von Personen verursachende Tötung und endlich die Verwandtentötung.

sie als nach den Umständen „entschuldigbar“. Der Ausdruck darf nicht zu Mißverständnissen führen. Er bedeutet nur, daß die Gemütsbewegung eines sonst rechtlich Gesinnten menschlich begreiflich ist. Die Tötung entschuldigt er nicht. Darauf, ob der Täter bei der Ausführung der Tat mit oder ohne Vorbedacht oder Überlegung gehandelt hat, kommt es nicht an. Im Gegensatz zu den bisherigen Rechten ist auch eine vorbedachte, sorgfältig vorher erwogene Tötung, wenn sie im Zustand einer heftigen Gemütsbewegung erfolgt, Totschlag. Der Mann, der aus seelischer und ökonomischer Not dazu kommt, seine Frau und seine elenden Kinder zu töten und dem nachher die Selbsttötung, die er vorhatte, mißlingt, ist, auch wenn er die Tat vorbedacht und überlegt ausgeführt hatte, nur wegen Totschlags strafbar¹. Unter Art. 113 fällt, wenn sie eine heftige Gemütsbewegung ausgelöst hat, namentlich auch die Tötung nach vorausgegangener schwerer Provokation, die viele bisherige Rechte als privilegierte Tötung hervorgehoben haben².

Nicht die heftige Gemütsbewegung an sich, nur die „entschuldbare“ — im Sinne der vorstehenden Ausführungen — kommt dem Täter zugute. Der Lustmörder, der in höchster sexueller Erregung sein Opfer in Stücke reißt, der Täter, der in leidenschaftlicher Aufwallung seine gesellschaftsfeindliche Einstellung in einer Tötung offenbart — sie sind Mörder, nicht Totschläger. Die heftige Gemütsbewegung schließt bei einem Täter, dessen Tötung seine besondere Gefährlichkeit zeigt, die Anwendung des Art. 112 nicht aus³.

Im übrigen lassen die Worte des Art. 113 „in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung“ der richterlichen Wertung des Einzelfalles einen breiten Spielraum. Zu beachten ist die Beziehung des Art. 113 zu Art. 33 II: Die mit Überschreitung der Notwehrgrenzen in entschuldigbarer Aufregung oder Bestürzung verübte Tötung bleibt straflos. Auch hier handelt es sich um eine nach den Umständen entschuldbare heftige Gemütsbewegung. Das Gesetz zeichnet sie im Hinblick auf die Notwehrlage besonders aus⁴. In Zweifelfällen hat endlich der Richter zu prüfen, ob nicht die bei der Tötung obwaltende Gemütsbewegung von einer solchen Intensität war, daß Unzurechnungs-

¹ Vgl. ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 120. — LANG: Prot. II. ExpKom. 2, 154.

² STOSS: Grundzüge, 2, 12f. — GEISER: 49ff., 61ff., 96ff. — v. LISZT: a. a. O. 95ff., der besonders darauf hinweist, daß die Gemeingefährlichkeit des unter dem Einfluß der Provokation Tötenden geringer ist als bei der gemeinen vorsätzlichen Tötung (97). — Neben Art. 113 ist der allgemeine Milderungsgrund aus Art. 64: wenn Zorn oder großer Schmerz über eine ungerechte Reizung oder Kränkung den Täter zu dem Vergehen hingerissen hat, nicht mehr zur Geltung zu bringen; GEISER: 113f.

³ Vgl. STOSS: Grundzüge, 2, 8f.

⁴ Allg. Teil, § 29 III 2. — v. LISZT: a. a. O. 99.

fähigkeit oder verminderte Zurechnungsfähigkeit des Täters angenommen werden muß (Art. 10/11). Nach richtiger Auffassung schließt Art. 113 die Berücksichtigung des Art. 11 nicht aus¹.

Bei den nahen Beziehungen zwischen den Art. 113 und 111 sind die Strafdrohungen des Totschlags und der gemeinen vorsätzlichen Tötung nicht voll befriedigend gegeneinander abgestimmt. Der Sprung von der Mindeststrafe beim Totschlag (1 Jahr Gefängnis) zum Minimum der Tötungsstrafe (5 Jahre Zuchthaus) ist zu groß². Im übrigen ermöglicht der weitgespannte Strafrahmen des Art. 113 — Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder Gefängnis von 1 bis zu 5 Jahren — eine entsprechende Würdigung sehr verschieden liegender Totschlagsfälle.

§ 5. Kindestötung.

Literatur. Angaben zu § 3. — WEHRLI: Der Kindsmord, Berner Diss. (1889). — POUDET: Essai sur l'infanticide, Lausanner Diss. (1894). — BRAENDLI: Verbrechen der Kindestötung, Berner Diss. (ohne Jahreszahl, etwa 1917, mit reichen Lit.-Angaben). — GAUTIER: Z. 25, 235ff. — MEYER v. SCHAUENSEE: JZ. 10, 318ff. — HÜSSY: Der geburtshilflich-gynäkologische Sachverständige (1931), 99ff.

I. Wo die Momente des Vorbedachts und der Überlegung für die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag maßgebend sind, ist auch die Zweiteilung: Kindesmord und Kindestotschlag zu erwägen³. Nach Art. 116 des G. ist dagegen die Kindestötung als ein privilegierter Fall der gemeinen vorsätzlichen Tötung (Art. 111) aufzufassen. Sie steht aber dem Art. 113 so nahe, daß man die Kindestötung auch als einen privilegierten Totschlagsfall bezeichnen kann⁴ wenigstens dann, wenn man der tötenden Mutter zubilligt, daß sie die Tat in einer „nach den Umständen heftigen Gemütsbewegung“ begangen hat. Auch die Kindestötung ist Affekttötung.

Gegenüber bisherigen Rechten bringt der Art. 116 vor allem die Änderungen, daß er eine viel geringere Strafdrohung — Zuchthaus bis zu 3 Jahren oder Gefängnis nicht unter 6 Monaten — aufstellt als die

¹ Bei einem Totschläger kann der Richter zu dem Schluß gelangen, daß der Täter trotz der Erregung, aus der heraus er die Tötung begangen hat, in seinem Bewußtsein nicht beeinträchtigt war, daß also die Fähigkeit zur Einsicht oder zum Handeln gemäß vorhandener Einsicht nicht herabgesetzt war. Bei einem andern Täter kann sich das Gegenteil ergeben.

² In den Beratungen wurde der Antrag, in Art. 111 Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter 3 Jahren anzudrohen, abgelehnt; StenBull. NR. 1929, 8.

³ v. LISZT: VD. Bes. Teil, 5, 120f. — Der Gedanke zeigt sich auch in bisherigen kantonalen Rechten, z. B. Glarus § 96, Graubünden § 102; Strooss: Grundzüge, 2, 16. — BRAENDLI: 47 (gegen die Bezeichnung „Kindsmord“).

⁴ Dann ergibt sich die Reihe: vorsätzliche Tötung (Art. 111), erste Privilegierung: Totschlag (Art. 113), zweite weitergehende Privilegierung: Kindestötung (Art. 116). In den Strafdrohungen kommt das deutlich zum Ausdruck.

alten Rechte¹, und daß die Beschränkung auf die uneheliche Mutter fallen gelassen wurde². — Wiederum anders als viele kantonale Rechte sieht das G. davon ab, die Kindestötung durch Unterlassung besonders hervorzuheben oder sie gar mit einer geringeren Strafe zu bedrohen als die durch Handlung verübte Tat³. Das ist nicht gerechtfertigt. Beide Arten der Verübung stehen sich grundsätzlich gleich.

II. Im einzelnen gilt:

1. Täterin der Kindestötung ist eine Mutter, die ein lebendes Kind gebiert⁴. Die Rechte, die eine Privilegierung nur der unehelich Gebärenden zugestanden, faßten allein den sog. Ehrennotstand ins Auge⁵. Er ist bei der unehelichen Mutter regelmäßig, wenn auch nicht in allen Fällen vorhanden. Aber eine schwere Notlage kann auch die eheliche Mutter bedrücken — ökonomische Bedrängnis oder die Verhältnisse einer Frau, die vom Ehemann im Stich gelassen wurde. Alles das entschuldigt die Kindestötung niemals. Aber es führt, in Verbindung mit dem durch den Geburtsakt ausgelösten Erregungszustand, zu einer privilegierten Behandlung der Täterin. Art. 116 nimmt freilich auf die Notlage nicht ausdrücklich Bezug⁶. Sie ist nicht Tatbestandsmoment, braucht also nicht bewiesen zu werden. Dem Richter sind damit schwierige Feststellungen, deren Bewertung zudem stark subjektiv erfolgen würde, erspart.

2. Die genannten psychologischen Gründe stehen kriminalpolitisch im Hintergrund des Art. 116. Juristisch ist dagegen nur auf den physio-

¹ S. die hohen Strafminima nach alten Rechten bei STOOS: Grundzüge, 2, 21. Die Auffassungen über Wesen und Strafwürdigkeit der Kindestötung haben sich in stärkstem Maße gewandelt. Geschichtliche Daten z. B. bei BRAENDLI: 3ff.; KRATTER: Lehrbuch der gerichtlichen Medizin (1912), 247ff. und namentlich SCHWARZ: Wechselnde Beurteilung von Straftaten in Kultur und Recht, Band I: Die Kindstötung (1935); dazu RADBRUCH: Z. 49, 368ff.

² Bisherige kantonale Rechte STOOS: Grundzüge, 2, 16ff. Die deutschschweizer. Rechte privilegieren im Gegensatz zu den romanischen nur die uneheliche Mutter. Vgl. ferner GAUTIER: Z. 25, 236; BRAENDLI: 60ff., 113ff. (gegen Ausdehnung auf die eheliche Mutter); Prot. II. ExpKom. 2, 175ff. — Mit der Ausdehnung des Privilegs auf die eheliche Mutter entfallen die Meinungsverschiedenheiten darüber, wer im Sinne des Strafrechts als uneheliches Kind zu gelten hat; vgl. v. LISZT: a. a. O. 118f.; BRAENDLI: 60f.

³ Allg. Teil, § 15 III 4. Über „passive Kindestötung“ s. die gerichtlich-medizinische Literatur, z. B. KRATTER: Lehrbuch der ger. Medizin (1912), 289f., ferner BRAENDLI: 75ff.

⁴ Im Zweifel muß irgendeine Lebensbetätigung des Kindes (Atmung, Herzschlag) nachgewiesen werden. Nicht erforderlich ist, daß das Kind lebensfähig war; HÜSSY: 103ff.; EGGER: Kommentar Personenrecht, Art. 31, Nr. 5f.

⁵ Hervorgehoben besonders in der italienischen Rechtsauffassung, jedoch ohne die Beschränkung auf die uneheliche Mutter; ital. C. P. Art. 369 (per salvare l'onore . . .), Tessin Art. 328 und dazu GABUZZI: Prot. II. ExpKom. 2, 179. Auch ital. StGB. 1930, Art. 578. Über die Konsequenzen unten 3.

⁶ Für die Hervorhebung des Ehrennotstandes im Tatbestand besonders v. LISZT: a. a. O. 116ff. Dazu HAFTER: Z. 19, 146f.

logischen Zustand der Täterin zur Zeit der Tatverübung abgestellt¹. Die Täterin muß „während der Geburt oder solange sie unter dem Einfluß des Geburtsvorganges steht“, die tödliche Handlung begangen haben. Wann der Tod eintritt, ist nicht maßgebend. Daraus ergibt sich eine zeitliche Umgrenzung der Tat. Sie beginnt mit dem Anfang der Geburt, jedoch nicht schon mit dem Eintritt der Wehen, sondern nach vernünftiger Anschauung erst mit dem Austritt eines Körperteils aus dem Mutterleib². Sie endet mit dem Zeitpunkt, da angenommen werden muß, daß die Mutter nicht mehr unter dem Einfluß des Geburtsvorganges steht³. Das kann in streitigen Fällen vielleicht durch ärztliches Gutachten aufgeheilt werden⁴. Der Einfluß des Geburtsaktes wirkt sich psychisch als besondere Erregung (heftige Gemütsbewegung) aus⁵. Physisch bedeutet er einen Zustand körperlichen Krankseins. Kommt noch, was bei Kindestötung regelmäßig zutrifft, der deprimierende Einfluß einer Notlage hinzu, so sind die Voraussetzungen für eine Verminderung der Hemmungsvorstellungen gegeben. Wie lange der pathologische Zustand der Mutter dauert, ist Tatfrage. Ihn im Gesetz zahlenmäßig zu begrenzen, wie es in bisherigen Rechten geschieht — z. B. Schaffhausen § 151: innerhalb der ersten 24 Stunden nach der Geburt —, ist verfehlt. — Der körperlich und seelisch anormale Zustand kann bei der ehelich Gebärenden selbstverständlich ebenso stark sein wie bei der unehelichen Mutter. Da das G. nur auf ihn abstellt, liegt darin ein weiterer Grund für die Gleichstellung unehelicher und ehelicher Mütter⁶.

Die durch den Geburtsvorgang verursachte Erschütterung des seelischen Gleichgewichts kann als ein Zustand verminderter Zurechnungsfähigkeit gelten⁷. Ob der Richter neben Art. 116 auch Art. 11 zur Geltung bringen kann, ob z. B. bei einer Anklage wegen Kindestötung den Geschworenen eine besondere Frage auf verminderte Zurechnungsfähigkeit vorgelegt werden darf, ist zweifelhaft⁸. Art. 11 ist

¹ BRAENDLI: 113 spricht von einer bedenklichen, „wissenschaftlich unhaltbaren“ Überschätzung der physiologischen Geburtswirkungen.

² E. v. LISZT: ZgesStRW. 42, 99. Stark umstritten. Über die verschiedenen Lehrmeinungen BRAENDLI: 64ff. Grenzziehung gegenüber der Abtreibung unten § 16 I.

³ Dazu GAUTIER: Z. 25, 235.

⁴ KRATTER: a. a. O. 251.

⁵ Kasuistik bei HÜSSY: 115ff.

⁶ GAUTIER: Z. 25, 235f. und Prot. II. ExpKom. 2, 176f. — v. LISZT: a. a. O. 110; LOGOZ: StenBull. NR. 1929, 7.

⁷ ASCHAFFENBURG: Verbrechen und seine Bekämpfung (3. Aufl.), 28 spricht von einem eigenartigen Zustand der Ratlosigkeit. Statistische Angaben über die Kindestötung: eodem, 70f., 177.

⁸ Kritik v. LISZTS an den Schweizer Entwürfen (a. a. O. 116f.): Es ist unklar, wie das Tatbestandsmoment „unter dem Einfluß des Geburtsvorganges“ neben der allgemeinen Bestimmung über die verminderte Zurechnungsfähigkeit bestehen kann.

jedenfalls dann auszuschalten, wenn die verminderte Zurechnungsfähigkeit lediglich damit begründet werden kann, daß die Mutter unter dem Einfluß des Geburtsaktes getötet hat. Liegen noch andere Gründe vor, so steht der Berücksichtigung nichts entgegen¹. — Auch Milderungsgründe aus Art. 64 — z. B. schwere Bedrängnis — sind im Einzelfalle zu erwägen².

3. Nur der Mutter, die unter der Einwirkung des Geburtsaktes tötet, wird die Privilegierung zuteil. Nicht einer dritten Person, dem Geliebten, dem Gatten. Auch dann nicht, wenn solche Personen für sich einen Ehrennotstand³ oder eine andere Notlage — auf die der Art. 116 ja gar nicht hinweist — geltend machen können. Bisherige Rechte haben häufig die Kindestötung durch Dritte besonders hervorgehoben, sie als Mord behandelt (z. B. Graubünden § 104) oder die Bestimmungen über Mord und Totschlag für anwendbar erklärt (z. B. Schaffhausen § 153). Gleiches bestimmt Zürich § 138, das jedoch, wenn vorbedachte Tötung (Mord) angenommen werden muß, an Stelle des lebenslangen Zuchthauses eine Zuchthausstrafe nicht unter 10 Jahren vorsieht⁴. Nach dem G., das die Kindestötung durch Dritte nicht nennt und zur Hervorhebung auch keinen Grund hat, ist die Behandlung nicht zweifelhaft. Je nach den Umständen sind die Bestimmungen über Mord, Totschlag oder über die gemeine vorsätzliche Tötung (Art. 111—113) anzuwenden. Die Milderungsgründe aus Art. 64, namentlich der Grund der schweren Bedrängnis, gestatten, auch eine besondere Notlage des dritten Täters zu berücksichtigen.

Für die Teilnahme an einer Kindestötung können sich verschiedene Lagen ergeben: Die Mutter kann Anstifterin oder Gehilfin sein, während die Tötung durch einen Dritten verübt wird. Oder die dritte Person hat zu der von der Mutter ausgeführten Tötung angestiftet oder Beihilfe geleistet. Oder endlich können die Mutter und eine dritte Person bewußt gemeinsam die Tötung begehen. Die Schwierigkeit liegt zunächst darin, daß die Kindestötung gemäß Art. 116 nur von der unter der Einwirkung des Gebäraktes handelnden Mutter begangen werden kann. Der dritte bei der Ausführung der Tat maßgebend Mitwirkende kann daher nie Mitäter sein. Dagegen sind beim Sonderdelikt Anstiftung und Beihilfe durch Dritte grundsätzlich möglich⁵. Andererseits müßte bei einer starren Anwendung des Grundsatzes der Akzessorietät die Mutter, die den das Kind

¹ Anders noch HAFTER: Z. 19, 148.

² Prot. II. ExpKom. 2, 181. Andere Meinung BRAENDLI: 98f.

³ Anders die italienische Auffassung, die Tessin Art. 328 übernommen hat: *Chiunque, a fine di salvare l'onore proprio o della propria famiglia, cagiona volontariamente la morte ad un infante . . .*

⁴ Weitere Daten bei BRAENDLI: 94f.

⁵ Allg. Teil, § 44 I 3; § 45 V 1; § 46 IV 1.

tötenden Dritten zu der Tötung angestiftet oder ihm dabei Hilfe geleistet hat, wegen Teilnahme an gewöhnlicher Tötung bestraft werden. — Allein die auf diesen Wegen sich ergebenden Lösungen befriedigen keineswegs, weil sie die Annahme nicht beachten, daß die Mutter bei jeder Betätigungsform unter dem Einfluß des Geburtsaktes gehandelt haben muß, während für den Dritten diese Voraussetzung nie zutrifft. Das richtige Ergebnis vermittelt Art. 26. Die persönlichen Verhältnisse, unter denen die Mutter tätig geworden ist, sind in jedem Fall zu berücksichtigen. Sie steht grundsätzlich immer unter dem sie privilegierenden Art. 116¹. Andererseits kommt dieses Privileg nie dem in irgendeiner Form mitwirkenden Dritten zu. Auf ihn sind immer die Bestimmungen über die gemeine Tötung anzuwenden².

4. Täter einer fahrlässigen Kindestötung kann die Mutter, aber auch jeder andere sein. Art. 117 ist anzuwenden. Eine Privilegierung der Mutter, die durch Fahrlässigkeit, insbesondere durch Unterlassung der nötigen Pflege, den Tod des Kindes verursacht, kommt keineswegs in Betracht³. Der Beweis der vorsätzlichen Kindestötung ist oft schwierig zu erbringen. In vielen Fällen hat der Richter dann wenigstens fahrlässige Todesverursachung zu erwägen⁴.

III. Ergänzende Tatbestände. Sie sind in den bisherigen Rechten häufig. So stellen zahlreiche kantonale Rechte die Niederkunftsverheimlichung unter Strafe, andere die Beseitigung der Kindesleiche⁵. Der subsidiäre Charakter solcher Bestimmungen ist offenbar. Sie sollen eine Verfolgung der Mutter, gegen die der Verdacht der Kindestötung oder eines andern Deliktes (gemeine Tötung, fahrlässige Tötung, Abtreibung, Aussetzung, Fälschung des Personenstandes) besteht, auch für den Fall ermöglichen, daß keines der schwereren Delikte bewiesen werden kann. Die heutige Rechtsauffassung mißbilligt solche Verdachts-

¹ Dann nicht, wenn sie z. B. schon vor der Geburt den Geliebten zur Tötung des erwarteten Kindes angestiftet hat.

² Vgl. Allg. Teil, § 48 I. Gut BRAENDLI: 93ff.; GAUTIER: Z. 25, 235: Tous participants autres que la mère sont régis par le droit commun. Abweichende Anschauungen bei v. LISZT: a. a. O. 123f.; PFENNINGER: StR. der Schweiz, 804, der die aus der Akzessorietät der Teilnahme sich ergebenden Schlüsse überspannt.

³ Tessin Art. 329 und Waadt Art. 118 heben die fahrlässige Kindestötung besonders hervor. — Vgl. noch BRAENDLI: 90f. — Ein Fall der Verurteilung der Mutter einer Gebärenden wegen fahrlässiger Kindestötung infolge des Außerachtlassens der erforderlichen Pflege: Z. 45, 283ff. und JZ. 28, 205, Nr. 51 (Baselstadt).

⁴ Instrukтив (gerichtsmedizinisch) über fahrlässige Kindestötung UNGAR: ZgesStRW. 34, 1ff.

⁵ Die Daten bei BRAENDLI: 99ff.; STOOS: Grundzüge, 2, 21f. — Noch weitergehend Obwalden PolStG. Art. 58 I, das nach einem alten gemeinrechtlichen Satze die Verheimlichung der Schwangerschaft durch eine uneheliche oder von ihrem Manne getrennt lebende Frau bestraft.

strafen, um die es sich bei der Anwendung dieser Bestimmungen im Grunde handelt¹.

Das G. hat entsprechende Tatbestände nicht aufgenommen². Dagegen versucht es, durch ganz anders gerichtete Strafbestimmungen, den gegen das Kindesleben zu befürchtenden Verbrechen einigermaßen vorzubeugen. Die Strafdrohung gegen den pflichtvergessenen Schwängerer (Art. 218) kann hier eine Hilfe sein. Auch der verglichen mit den alten Rechten verstärkte Schutz der Frau gegen Verführung (unten § 27 II und III) ist zu beachten.

§ 6. Tötung auf Verlangen. Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord.

Literatur. Angaben zu § 3. — HÜNERWADEL: Tötung auf Verlangen, Berner Diss. (1922). — HAFNER: Tötung auf Verlangen, Berner Diss. (1925). — WELLAUER: Der Selbstmord, insbesondere Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord, Berner Diss. (1896). — FRANK: Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord, Zürcher Diss. (1913). — DAMIAN: De l'instigation au suicide, Freiburger Diss. (1925). — ROTHENBERGER: Die Teilnahme am Selbstmord im Schweiz. E., Berner Diss. (1927). — VELI DEDEOGLU: Tötung auf Verlangen, Euthanasie, Selbstmord und Teilnahme am Selbstmord, Neuenburger Diss. (1933). — HAFTER: Monatsschrift für Krim.-Psychologie usw., 8, 397ff. — BADER: JZ. 18, 207ff. — SANDBERG: eodem 23, 279ff. — Vgl. Allg. Teil, Angaben zu § 32.

I. Die Tötung auf Verlangen (G. Art. 114) setzt voraus, daß das entscheidende Begehren vom Getöteten ausgegangen sein muß³. Daraus folgt, daß bloße Einwilligung zu der vom Täter vorgeschlagenen Tötung nicht genügt⁴. Diese erfüllt, je nach den Umständen, die Tatbestände der vorsätzlichen Tötung, des Mordes oder des Totschlags (Art. 111—113)⁵.

¹ Zu Zürich § 139 JZ. 29, 204, wo Kindesbeseitigung als ein Delikt gegen die öffentliche Ordnung, die Rechtspflege, bezeichnet wird. Bemerkenswert zur Geschichte des Tatbestandes Zürcher Bl. 34, Nr. 49. Zu Luzern PolStG. § 85 (Verheimlichung der außerehelichen Niederkunft): JZ. 32, 47, Nr. 35. Zu St. Gallen Art. 135: Entscheid. des Kantongerichtes, 1935, Nr. 17.

² MEYER v. SCHAUSENSEE: JZ. 10, 318ff. schlug, unter Hinweis auf beachtenswerte Fälle aus der luzernischen Praxis, die Schaffung eines „Gefährdungstatbestandes“: Verheimlichung der Niederkunft vor.

³ Nur 6 kantonale Rechte haben für die Tötung auf Verlangen einen besonderen Tatbestand geschaffen: Freiburg Art. 55, Baselstadt § 102 (ungenau als Tötung eines Einwilligenden bezeichnet), Baselland § 102, Appenzell J. Rh. Art. 71, Tessin Art. 302, Neuenburg Art. 298 I. — Ausführlich zur Geschichte des Tatbestandes HÜNERWADEL: 11ff. — VELI DEDEOGLU: 6ff.

⁴ GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 168; HÜNERWADEL: 51, 57ff.; HAFNER: 42ff. — Das „Verlangen“ ist mehr als die Einwilligung, ist ein vom Verletzten ausgehendes aktives Verhalten. Zum Begriff der Einwilligung namentlich HOLER: Die Einwilligung des Verletzten, Zürcher Diss. (1906), 71ff.; zum Begriff „Verlangen“ 109ff.

⁵ Andere Meinung HOLER: 111ff., nach dem auch die Tötung des Einwilligenden unter Art. 114 fallen würde.

Mildernde Umstände, die sich jedoch nicht schon aus der Tatsache der Einwilligung ergeben, sind gemäß Art. 64 zu berücksichtigen. Wenig befriedigende Unterschiede können sich ergeben: Der Arzt, der einem unheilbar Kranken auf dessen dringendes und ernstliches Verlangen ein tötendes Mittel verabreicht, steht unter der Strafdrohung des Art. 114 — Gefängnis von 3 Tagen bis zu 3 Jahren —, an deren Stelle, wenn der Richter achtungswerte Beweggründe annimmt¹, Haft oder sogar bloße Buße treten kann (Art. 64/65)². Geht jedoch, bei gleicher Sachlage, der Vorschlag vom Arzt aus, und der Kranke willigt ein, oder gibt der Arzt vom Mitleid übermannt das tödliche Mittel, ohne sich um eine Zustimmung zu kümmern, so trifft ihn, gestützt auf die Art. 111 oder 113, eine schwerere Strafe³. Es ist vielleicht ein Glück, daß solche Fälle selten zur gerichtlichen Feststellung gelangen⁴.

II. Art. 114 ist an Art. 111 anzuschließen. Tötung auf Verlangen ist ein privilegierter Spezialfall der gemeinen vorsätzlichen Tötung. Zum Tatbestand des Totschlags (Art. 113) besteht keine Beziehung. Ob der auf Verlangen Tötende „in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung“ oder kalten Blutes gehandelt hat, ist für die Erfüllung des Tatbestandes belanglos, kann höchstens bei der Straffindung in Betracht kommen. Bei dem Tatbestandsmoment ernstliches und dringendes Verlangen ergeben sich Zweifelsfragen:

1. Wenn das Verlangen, d. h. das für den Täter entscheidende Begehren, vom Getöteten ausgegangen sein muß, entsteht die Frage nach der Verfügungsfähigkeit des Verlangenden. Auf die zivilrechtliche Handlungsfähigkeit oder auf das Alter der Deliktsfähigkeit kann nicht abgestellt werden. Keine zahlenmäßige Begrenzung befriedigt. Die Prüfung des Einzelfalles muß ergeben, ob der Täter das an ihn gestellte Ver-

¹ Die VE. 1894 und 1896 hatten die „achtungswerten Beweggründe“ in den Tatbestand aufgenommen. Dazu HÜNERWADEL: 49f.

² Die Anwendung der Art. 64/65 neben Art. 114 wird, ohne ausreichende Begründung, von HÜNERWADEL: 74 abgelehnt. Zutreffend v. PLANTA: Prot. II. ExpKom. 2, 169.

³ Sterbehilfe: oben § 3 I. Der an § 235 II des norwegischen StGB. anknüpfende Vorschlag v. LISZT (VD. Bes. Teil, 5, 129, 133) versucht einen Ausgleich: „Wer durch das Verlangen des Getöteten oder durch den hoffnungslosen Gesundheitszustand einer ihm nahestehenden Person zur Tötung bestimmt worden ist, wird . . . bestraft.“ Bedenken gegen eine solche Erweiterung bei HAFTER: Z. 19, 149f. Nicht strafbar sollen dagegen ärztliche Maßnahmen sein, die lediglich auf die Absicht zurückgehen, die Leiden eines Sterbenden und auch seiner Umgebung zu mildern; vgl. STRASSMANN: Medizinische Welt, 4, 1082.

⁴ Aus den Kantonen, die den besonderen Tatbestand der Tötung auf Verlangen kennen, sind wegen dieses Deliktes keine Verurteilungen bekannt geworden. Ganz kleine Zahlen auch nach der deutschen Kriminalstatistik; Daten bei v. LISZT: a. a. O. 131; HÜNERWADEL: 72f.

langen ernst nehmen konnte und durfte. Das wird kaum je beim Verlangen eines Kindes der Fall sein, ist aber beim Begehren eines des Lebens überdrüssigen, seiner Lage bewußten Geisteskranken recht wohl denkbar. Wenn ein solcher auf sein dringendes und ernstliches Verlangen getötet wird, besteht kein Grund, dem Täter die Privilegierung zu versagen¹.

2. Wenn das Gesetz ein ernstliches und dringendes Verlangen fordert, so sollen diese Verstärkungen nur den Richter zu besonders sorgfältiger Prüfung des Sachverhaltes veranlassen². Dem Täter ist die Privilegierung nicht leichthin zu gewähren. — Beruht seine Annahme, daß ein dringendes und ernstliches Verlangen des Getöteten vorlag, auf einem — bewiesenen — Irrtum, so ist nach Art. 19 zugunsten des Täters nach dem Sachverhalt, den er sich vorgestellt hatte, zu entscheiden. Aus Fahrlässigkeit entstandener Irrtum führt zur Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung³.

3. Durch das ernstliche und dringende Verlangen muß der Täter entscheidend bestimmt worden sein. Weitere, den Willen des Täters beeinflussende Momente nennt das Gesetz nicht. Daß die Tat aus Mitleid geschieht, woran der Gesetzgeber bei der Schaffung des privilegierten Tatbestandes in erster Linie gedacht hat⁴, wird nicht gefordert. Der Mann, der seine Geliebte auf ihr Verlangen getötet hat und dem es nachher nicht gelingt, die geplante Selbsttötung durchzuführen, untersteht gleichfalls dem Art. 114. Ob im einzelnen Fall mildernde Umstände, z. B. achtungswerte Beweggründe, angenommen werden können, muß der Richter prüfen.

III. Zwischen Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord und der Tötung auf Verlangen bestehen Zusammenhänge. Die Motive können aus gleichen Quellen stammen. In Einzelfällen berühren sich die Grenzen⁵.

¹ Stark umstritten; namentlich in der deutschen Literatur; vgl. v. LISZT: a. a. O. 130 (abweichend vom Text); BINDING: Lehrbuch, 2, 35; HÜNERWADEL: 55ff. (mit weitem Lit.-Angaben); HAFNER: 45ff. Vgl. auch Allg. Teil, § 32 (die bei der Einwilligung des Verletzten sich ergebenden, zum Teil anders zu lösenden Fragen). — v. HIPPEL: Deutsches StR. 2, 248; HOLER: a. a. O. 121f.

² Es ist müßig, an die theoretische Feststellung der Begriffe „dringend“ und „ernstlich“ viel Interpretationskunst zu verschwenden, wie das z. B. bei HAFNER: 50ff. geschieht.

³ Allg. Teil, § 36 IV.

⁴ ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 122. Vgl. auch HOLER: a. a. O. 109ff.

⁵ A verlangt von B die Tötung. Dieser verweigert sie, bestimmt aber in der Folge den A zum Selbstmord oder leistet ihm dazu Hilfe. Geschieht das aus nicht-selbstsüchtigen Gründen, so bleibt er straflos. Hätte er das Tötungsverlangen des A erhört, so wäre er nach Art. 114 strafbar geworden. Vgl. FRANK: 56, 63 (für die Gleichstellung der Teilnahme am Selbstmord mit der Tötung auf Verlangen).

Für die juristische Betrachtung und die gesetzgeberische Behandlung ist jedoch deutliche Scheidung geboten¹.

1. Die vielfach übliche Bezeichnung Teilnahme am Selbstmord ist mißverständlich. Es handelt sich nie um Teilnahme an fremder Straftat². Das Strafrecht bekümmert sich nicht um den Selbstmord (oben § 3 IV). Der Dritte jedoch, der zur Selbsttötung verleitet oder dabei hilft, setzt Bedingungen für die Vernichtung eines fremden Menschenlebens. Das macht ihn strafwürdig³. Fraglich bleibt nur die juristische Wertung solcher Tat. Die Anwendung der Bestimmungen über gemeine Tötung, Mord und Totschlag (Art. 111—113) wäre unerträglich⁴. Nur dann kommen diese Tatbestände in Betracht, wenn der sich selbst Tötende unzurechnungsfähig oder in einem Irrtum befangen war, während der Dritte in Kenntnis und Ausnützung dieser Sachlage die Selbsttötung veranlaßte (mittelbare Täterschaft; Allg. Teil, § 43 II)⁵. In allen andern Fällen kann die zutreffende Lösung nur durch die Aufstellung eines Sondertatbestandes erfolgen⁶.

2. Nach Art. 115 soll bei Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord Bestrafung nur erfolgen, wenn der Täter aus selbstsüchtigen Beweggründen (*par un mobile égoïste; per motivi egoïstici*) gehandelt hat⁷. Daraus ergibt sich eine starke Einschränkung, ganz besonders dann, wenn man den Begriff: selbstsüchtiges Motiv eng faßt. Aber Selbstsucht bedeutet nicht nur um des eigenen direkten Nutzens — oder gar nur um

¹ Fünf kantonale Rechte enthalten Strafbestimmungen: Bern Art. 125, wonach Hilfe beim Selbstmord bestraft werden kann, Freiburg Art. 56, Schaffhausen § 145, Tessin Art. 301, Neuenburg Art. 298 II (mit der Tötung auf Verlangen zusammengestellt). — ROTHENBERGER: a. a. O. 86f.

² Gut ROTHENBERGER: 44f.

³ BINDING: Lehrbuch, 1, 25f.; HAFTER: Monatsschrift, 398; DAMIAN: a. a. O. 60ff.; VELI DEDEOGLU: 62ff.

⁴ In Ländern ohne einen Sondertatbestand der „Teilnahme am Selbstmord“ wurde das immerhin erwogen: BINDING: a. a. O. 26 (bei Anstiftung zum Selbstmord); KOHLER: Studien aus dem StR. 1, 93ff., 108ff., 144 und Goldammer Archiv, 53, 386. Grundsätzlich auch FRANK: a. a. O. 50ff., 59, 74f. Man konnte sich mit der Straflosigkeit nicht abfinden, die richtigerweise sich ergibt, solange ein besonderer Tatbestand fehlt; vgl. FRANK: Kommentar Deutsches StGB. (17. Aufl.), 441; RITTLER: Z. 13, 239ff.; HAFTER: a. a. O. 400; FRANK: Anstiftung usw. 68ff. (Lit.-Zusammenstellung).

⁵ ROTHENBERGER: 62ff.; FRANK: Anstiftung usw. 63f., 86. — Über das amerikanische Duell unten § 13 II 5.

⁶ So im Ergebnis auch FRANK: a. a. O. 66, 77; ROTHENBERGER: 43f.

⁷ Die VE. 1904 und 1906 enthielten dieses Tatbestandsmoment noch nicht. Es wurde angefochten von v. LISZT: VD. Bes. Teil, 5, 139; THORMANN und GABUZZI: Prot. II. ExpKom. 2, 171ff.; FRANK: 80f.; DAMIAN: 85ff.; ROTHENBERGER: 67ff., 88ff. (Vorschlag: aus verwerflicher Gesinnung); LASSALLY: ZgesStRW. 42, 645f.

materiellen Vorteils — willen. Auch wer den andern in den Tod treibt, um seine Rachsucht, seinen Haß, seine Bosheit zu befriedigen, handelt selbstsüchtig¹. Damit ist die befriedigende Abgrenzung gegenüber den straflos zu lassenden Fällen gewonnen. Straflos soll bleiben, wer aus reiner Gesinnung, aus achtungswerten Beweggründen den andern zum Selbstmord veranlaßt, namentlich ihn vor Schande und Elend bewahren will².

Da Art. 115 die Strafbarkeit auf den Fall beschränkt, da der Täter aus selbstsüchtigen Beweggründen gehandelt hat, kann fahrlässige Verleitung oder Hilfeleistung zum Selbstmord nicht strafbar sein. Art. 117 ist nie anwendbar³.

3. Das Tatbestandsmoment der selbstsüchtigen Beweggründe nuanciert die dem Täter zum Vorwurf gemachte Verleitung und Hilfeleistung⁴. Verleitung ist sprachlich kaum etwas anderes als Anstiftung. Wer verleitet, bestimmt einen andern zu der von ihm verübten Handlung (Allg. Teil, § 45 I). Der Ausdruck wurde nur deshalb gewählt, um den Unterschied gegenüber dem technisch festgelegten Anstiftungsbegriff — Bestimmung zu einer strafbaren Handlung, was hier fehlt — zum Ausdruck zu bringen⁵. Für die Hilfeleistung zum Selbstmord ist auf die allgemeinen Regeln über die Beihilfe (Allg. Teil, § 46) abzustellen. Da das Gesetz den Anstiftungsbegriff vermied, wäre auch die Ersetzung des gleichfalls technisch festgelegten Beihilfebegriffes wünschenswert gewesen: Die Fassung des Art. 115 mag beanstandet werden. Für die Anwendung werden sich kaum Schwierigkeiten ergeben⁶.

¹ Andere Meinung ROTHENBERGER: 72, 89.

² Bei der positiven Ordnung des G. ist die Frage bedeutungslos, ob nicht die Mißachtung fremden Menschenlebens so schwer wiegt, daß selbst dann, wenn der Täter aus edelsten Motiven gehandelt hat, Strafwürdigkeit besteht; dazu v. LISZT: a. a. O. 139; LASSALLY: a. a. O. 645f.; SANDBERG: JZ. 23, 279ff.; VELI DEDEOGLU: 70, 81f.

³ ROTHENBERGER: 58f.

⁴ Gut entwickelt von ROTHENBERGER: 46ff., 78ff.

⁵ WETTSTEIN: Prot. II. ExpKom. 2, 172; v. HIPPEL: Deutsches StR. 2, 487. — Eine bemerkenswerte, aber für die Auslegung des Art. 115 kaum fruchtbare Unterscheidung zwischen Anstiften und Verleiten versucht BADER: JZ. 18, 207ff. Dazu ROTHENBERGER: 47ff.

⁶ Vorschlag ROTHENBERGER: 44, 88, Vorschubleistung zum Selbstmord zu sagen, weil dieser Ausdruck sowohl psychische Beeinflussung wie physische Beihilfe umfaßt; vgl. den Tatbestand der Kuppelei (Art. 198; unten § 28 II 2). — Unter Hinweis auf einen eindrucksvollen Fall stellt SANDBERG: JZ. 23, 279ff. zur Erwägung, auch denjenigen für strafbar zu erklären, der „in schwer-schuldhafter Weise jemanden zum Selbstmord veranlaßt“. Das ist zu unbestimmt. Ist mit dem Ausdruck „schwerschuldhaft“ eine besondere Schuldform gemeint?

Art. 115 ist ein sog. Mischtatbestand, d. h. er stellt zwei grundsätzlich gleich gewertete Arten der Tatbegehung, das Verleiten und das Hilfeleisten, nebeneinander¹. Der Täter, der zunächst zum Selbstmord verleitet und hernach noch Hilfe geleistet hat, ist aber nicht unter zweifachem Gesichtspunkt strafbar. Trotz einer Handlungsmehrheit ist, weil nur ein Erfolg herbeigeführt wurde, nicht Realkonkurrenz anzunehmen². Wenn der Täter statt durch einen Akt durch eine Mehrzahl von Akten den einheitlichen Verbrechenserfolg bewirkt hat, so kann das allerdings ein Symptom für die Stärke seines deliktischen Willens sein. Sie ist bei der Strafzumessung zu berücksichtigen³.

4. Die Strafbarkeit des Verleitenden oder Hilfe Leistenden steht unter der Bedingung, daß der Selbstmord ausgeführt oder versucht wurde⁴. Strafflos ist danach die vollendete, aber erfolglos gebliebene Verleitung. Erst recht müssen Verleitungsversuch und versuchte Beihilfe nach der Fassung des Art. 115 strafflos bleiben⁵.

5. Der Strafraum des Art. 115 ist weit gefaßt: Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis⁶. Da der Täter aus selbstsüchtigen Motiven gehandelt haben muß, wird häufig noch Art. 50 I (Buße) zu berücksichtigen sein. Zweierlei fällt auf: Der große Unterschied gegenüber der Strafdrohung bei Tötung auf Verlangen (Art. 114: Gefängnis). Ferner die Gleichheit der Strafdrohung bei Verleitung und bei Beihilfe zum Selbstmord⁷. Der weite Rahmen ermöglicht es jedoch dem Richter, die unter Umständen verschieden starke Intensität des verbrecherischen Willens beim Verleitenden und beim Gehilfen zu berücksichtigen. Das Mindestmaß bei der Teilnahme am Selbstmord ist gleich dem bei der Tötung auf Verlangen. Das hohe Maximum bei jener kann mit dem Hinweis auf das Tatbestandsmoment der selbstsüchtigen Beweggründe gerechtfertigt werden, das bei der Tötung auf Verlangen kaum je vorhanden sein wird.

¹ WACH: VD. Allg. Teil, 6, 62ff.

² In der Literatur unbestrittene Auffassung; vgl. v. HIPPEL: Deutsches StR. 2, 465f., 501, 531f.

³ DAMIAN: 79.

⁴ Noch nicht im VE. 1894 (Art. 52). Zur Entwicklung des Tatbestandes Prot. I. ExpKom. 1, 324f.; 2, 491ff.; FRANK: 78ff.; ROTHENBERGER: 55ff., v. LISZT: a. a. O. 140 (für Beschränkung der Strafbarkeit auf den Fall des vollendeten Selbstmordes).

⁵ Die von ROTHENBERGER: 88 gestützt auf Art. 24 II gegen die Straflosigkeit des Verleitungsversuches geäußerten Zweifel bestehen nicht. Die besonders gestaltete Norm des Art. 115 geht der Regel des Art. 24 II (Strafbarkeit des Anstiftungsversuches bei mit Zuchthaus bedrohten Verbrechen) vor. Zudem: Art. 115 spricht von Verleitung, nicht von Anstiftung.

⁶ Mehrfache Änderungen der Strafdrohung während der Gesetzesberatung; ROTHENBERGER: 81ff.

⁷ Beanstandet von FRANK: 65 und ROTHENBERGER: 90.

II. § 7. Körperverletzung.

Literatur. SCHEITLIN: Die Ausscheidung des Verbrechens der schweren Körperverletzung (1890). — STOOSS: Grundzüge, 2, 35ff. — GRÜEBLER: Die Körperverletzung im E. eines schweizer. StGB., Zürcher Diss. (1920). — KELLER: Über Körperverletzung, Zürcher (med.) Diss. (1911). — SARAUW: Die Tätlichkeit als Begriff und als strafrechtlicher Tatbestand, Zürcher Diss. (1913). — STADELMANN: Die strafbaren Fälle der Selbstverletzung, Zürcher Diss. (1932). — LÖFFLER: VD. Bes. Teil, 5, 205ff. — MITTERMAIER: eodem, 4, 170f. — KAUFMANN: JZ. 9, 335ff. — BILLETER: Die Strafbarkeit venerischer Infektion, Zürcher Diss. (1924). — WEISS: Z. 19, 56ff. — HAFTER: Z. 19, 153ff. — VEILLARD: Z. 37, 393ff. — PFENNINGER: Z. 40, 209ff. — Über Züchtigung und Körperverletzung, ärztlichen Eingriff und Körperverletzung s. Allg. Teil, Lit. zu § 31. — FELDER: Der strafrechtliche Schutz gegen die Verbreitung übertragbarer menschlicher Krankheiten, Zürcher Diss. (1929).

I. Der Grundtatbestand der Körperverletzung ist nach Art. 123 Ziff. 1 I die vorsätzliche Schädigung eines Menschen an Körper oder Gesundheit. Das bedeutet gegenüber den bisherigen Rechten, die mannigfaltiger von Körper- und Gesundheitsverletzung (z. B. Zürich §144), von körperlicher Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung (z. B. Schaffhausen §161), von *voies de fait, mauvais traitement, actes de nature de nuire à la santé* (Waadt Art. 132), von *coup, blessures, voies de fait ou violences légères* (Genf Art. 258)¹ sprechen, eine sprachliche Konzentration. Die Verschiedenheit in der Begriffsumgrenzung zeigt die Schwierigkeit, den Tatbestand zutreffend zu kennzeichnen². — Im Vordergrund muß der Begriff: Schädigung der Gesundheit stehen, und zwar, da ein Zustand absoluter Gesundheit kaum je bei einem Menschen angenommen werden kann, eine Schädigung (Verminderung) des gesundheitlichen Status eines Menschen in dem Zeitpunkt, da ihn die verletzende Einwirkung trifft. Da Gesundheit den Gegensatz zu Krankheit bedeutet, ist Körperverletzung objektiv zunächst jede Bewirkung eines krankhaften Zustandes, aber auch die Herbeiführung einer Verschlimmerung einer schon bestehenden Krankheit. Darüber, was im Sinne des Strafgesetzes im Einzelfall als Gesundheitsschädigung (Krankheit) anzusprechen ist, gehen die Auffassungen jedoch weit auseinander³.

¹ Weitere Daten bei Stooß: Grundzüge, 2, 35ff.

² Unbrauchbar, weil zu unbestimmt und zu weitgehend, die häufig als Oberbegriff verwendete Bezeichnung der Körperverletzung als „Störung der körperlichen Unversehrtheit“; z. B. GRETENER: Prot. I. ExpKom. 1, 357 (Zopfabschneiden als Körperverletzung); v. LISZT: Lehrbuch (14./15. Aufl.), 314 (nicht mehr in spätern Aufl.); dagegen LÖFFLER: VD. a. a. O. 217. — Lehrreich für die Bestimmung des Begriffs der Gesundheitsschädigung die versicherungsrechtliche Literatur; vgl. z. B. SCHOCH: Der Unfallbegriff in der schweizerischen privaten Einzel-Unfallversicherung, Zürcher Diss. (1930), 74ff.

³ Sind z. B. Körperverletzungen die Versetzung in einen (leichtern) Rausch- oder Betäubungszustand (Narkose, Hypnose usw.), das Versetzen in einen Schreckzustand, das Verabreichen eines Abführmittels? s. die verschiedenen Auf-

Sicher ist immerhin, daß nicht nur die körperliche, sondern auch die geistige Gesundheit gegen Schädigung geschützt werden soll¹. — Daß Art. 123 neben der Gesundheitsschädigung noch besonders die Schädigung des Körpers nennt, ist nicht gerechtfertigt, aber vielleicht mit der Erinnerung an den in den bisherigen Rechten häufig verwendeten Mißhandlungsbegriff zu erklären². Soweit der Tatbestand der Körperverletzung überhaupt in Betracht zu ziehen ist, muß eine Körperschädigung immer auch eine Gesundheitsschädigung sein³. Unzutreffend ist, die Körperschädigung bei äußeren Einwirkungen auf den Körper des anderen anzunehmen und darin den Unterschied gegenüber der Gesundheitsschädigung zu sehen⁴.

Die Schwierigkeiten liegen in anderer Richtung. Sie ergeben sich aus der Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe Gesundheit und Krankheit. Vom medizinischen Standpunkt aus stellt jede pathologische Veränderung am menschlichen Körper — mag sie noch so geringfügig sein — eine Gesundheitsschädigung dar. Eine Verurteilung wegen Körperverletzung hat dagegen eine irgendwie erhebliche Schädigung der Gesundheit zur Voraussetzung. Das Gesetz gibt jedoch für die Bestimmung der Erheblichkeit keine Anhaltspunkte⁵. Die Praxis muß die Wege finden⁶. Sie

fassungen bei LÖFFLER: 216f.; BINDING: Lehrbuch, 1, 42ff.; v. LISZT-SCHMIDT: Lehrbuch, 475f. — Mit allgemeinen, biologisch orientierten Formeln — BINDING: 42 (bestimmtes Maß der Abweichung vom normalen Zustand, welches sich als ein Krankheitsbild darstellt), BELING: ZgesStRW. 18, 286 (Schädigung des Gesamtorganismus) und Grundzüge (11. Aufl.) 77 — ist praktisch nichts anzufangen.

¹ Art. 122 Ziff. 1 III spricht ausdrücklich von „körperlicher oder geistiger Gesundheit“ und Abs. II nennt die Verursachung einer Geisteskrankheit.

² Der VE. 1894 Art. 60ff. wollte, abgesehen vom Fahrlässigkeitsfall, die Bezeichnung Körperverletzung allgemein durch Mißhandlung ersetzen. Dazu Prot. I. ExpKom. 1, 347ff.

³ Den Bart- und Zopfabschneider soll man nicht wegen Körperverletzung bestrafen. — Die Nennung der Körperschädigung in Art. 123 erschwert die Abgrenzung gegenüber den Tätlichkeiten (Art. 126) und gegenüber der tätlichen Beschimpfung (Art. 177); s. unten II und § 38 I 4.

⁴ GRÜEBLER: 29ff. Die Beispiele, an denen diese Unterscheidung durchzuführen versucht wird, zeigen ihre Haltlosigkeit. Vgl. auch SCHOCH: a. a. O. 74f.

⁵ Die Unsicherheit zeigt der Satz bei LÖFFLER: 216f. „Von einer . . . Gesundheitsstörung sprechen wir (im strafrechtlichen Sinne) nur dann, wenn das Allgemeinbefinden in einem höhern Grade gestört ist durch Fieber, Unwohlsein, durch häufig wiederkehrenden oder kontinuierlichen Schmerz u. dergl., und wenn diese Störung uns nicht als etwas Vorübergehendes erscheint.“ Vieles läßt sich hier bestreiten. Die Schwierigkeiten zeigt auch KAUFMANN: JZ. 9, 335ff. (Begriff der Körperverletzung im Unfallversicherungsrecht).

⁶ Bemerkenswert die Entwicklung der Rechtsprechung zu Zürich § 144. Fraglich ist namentlich, ob auch bei leichter Körperverletzung (§ 144 lit. c) Eintritt einer Arbeitsunfähigkeit notwendiges Merkmal ist; verneint Zürcher Bl. 11, Nr. 79; 12, Nr. 49; 27, 253. Über die für Annahme einer Körperverletzung

hat sich vom Mediziner beraten zu lassen und auf die Anschauungen im Volk Rücksicht zu nehmen.

II. Durch den Übertretungstatbestand des Art. 126: Tötlichkeiten zieht das Gesetz nach unten die Grenze gegenüber der Körperverletzung. Rein negativ stellt Art. 126 fest, daß keine Schädigung des Körpers oder der Gesundheit erfolgt sein darf. Da aber die Auslegung des Begriffs der Gesundheitsschädigung in weitem Maße beim Richter liegt (oben I), ist damit nicht viel gewonnen¹, immerhin soviel, daß der Richter ausdrücklich angewiesen wird, Fälle, die ihm besonders leicht erscheinen, als bloße Übertretungen zu behandeln². Art. 126 verhindert überdies, daß der Richter Einwirkungen auf den Körper eines andern, obwohl sie nicht in beleidigender Absicht, sondern z. B. aus Rauflust erfolgen, als Ehrverletzung (Art. 177) bestraft³ (unten § 38 I 4).

Zwei Gruppen von Fällen sollten unter Art. 126 und nicht unter die Normen über die Körperverletzung gestellt werden⁴:

1. Schläge und Stöße, die wohl eine (momentane) Störung des Wohlbefindens, jedoch keine Gesundheitsschädigung zur Folge haben, wobei ferner der Täter nicht mit Beleidigungsabsicht handelte. Auch Haarabschneiden, Beschmieren des Körpers eines andern mit Farbe, mit Unrat usw. können Art. 126 erfüllen⁵.

2. Gesundheitsschädigungen, d. h. Bewirkung pathologischer Veränderungen an einem menschlichen Körper, die aber so geringfügig sind,

erforderliche Intensität Bl. 27, Nr. 129; JZ. 25, 169, Nr. 30 (Züchtigung eines Knaben mit einer Schiffskette mit der Wirkung: 1 cm langer Hautriß am Kopf und Schürfung am Oberschenkel keine Körperverletzung). — Bern Art. 140 bis 142 macht den Eintritt einer Arbeitsunfähigkeit zum Merkmal der Körperverletzung. Mißhandlungen ohne diese Wirkung werden regelmäßig nur polizeilich bestraft (Art. 142 III und 256 Ziff. 5).

¹ GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 6, 200: Le rapport avec l'article 109 (jetzt 126) est trouble et incertain.

² So schon zahlreiche bisherige Rechte; STOOS: Grundzüge, 2, 47. Teilweise wird der Tatbestand genauer beschrieben, z. B. Bern Art. 256 Ziff. 5: Tötlichkeiten, die keine Verletzungen (Wunden, Quetschungen, Beulen) zur Folge hatten; dazu GEISER (Lit. zu § 4): 86f.; vgl. auch Prot. II. ExpKom. 2, 197ff.

³ Gut STOOS: Grundzüge, 2, 295; PFENNINGER: StR. der Schweiz, 811ff., der aber andererseits den Begriff der Körperverletzung überspannt, ihr jede Verletzung der körperlichen Integrität eines andern zurechnet. Zu weit auch SARAUF: 95f.

⁴ Gute allgemeine Umgrenzung LÖFFLER: 363 Keine Körperverletzung „ein bloßes Vergreifen am Körper ohne ernste Folgen, und zwar in ziemlich weitem Ausmaße.“

⁵ Ob wegen „Tötlichkeiten“ oder wegen tätlicher Beschimpfung zu strafen ist, muß im Einzelfall nach dem subjektiven Sachverhalt entschieden werden. Über die Schwierigkeiten der Scheidung namentlich SARAUF: 100ff., 120f.; vgl. auch SCHLATTER (Lit. zu § 2): 111f. Näheres unten § 38 I 4.

daß die Volksanschauung darin keine Krankheit sieht: harmlose Quetschungen, Kratzwunden usw.¹. Festzuhalten ist, daß der strafrechtliche Begriff der Gesundheitsschädigung sich nicht mit einem weiteren medizinischen zu decken braucht.

Die dem Täter zur Last gelegte Handlung wird als „Tätlichkeiten“ (voies de fait) bezeichnet². Das bedeutet hier, daß ein Mensch auf den Körper eines andern unmittelbar einen Angriff gerichtet hat, daß die Einwirkung vollendet ist und die oben bezeichneten Folgen ausgelöst hat³. Blieb der Angriff erfolglos, so liegt Versuch vor. Er ist, da Art. 126 eine bloße Übertretung darstellt, nicht strafbar (Art. 102 und 104 I).

III. Erst aus der die Art. 123 Ziff. 1 I und Art. 126 zusammenfassenden Betrachtung ergibt sich die zutreffende Umgrenzung des Grundtatbestandes der vorsätzlichen Körperverletzung. Ergänzend ist auf Einzelfragen einzugehen:

1. Die Übertragung einer ansteckenden Krankheit auf einen andern ist Körperverletzung (Gesundheitsschädigung). Im Vordergrund des Interesses steht hier, wegen der großen Bedeutung für den einzelnen und die Volksgesundheit, die Ansteckung mit Geschlechtskrankheiten⁴. Vorsätzliche Ansteckung steht unter Art. 123 Ziff. 1 I⁵. Aus leicht erkennbaren Gründen sind Kausalzusammenhang und Vorsatz — der namentlich in der Form des Dolus eventualis vorkommen kann — schwer nachweisbar⁶. Gelingt der Beweis des Kausalzusammen-

¹ Zürcher Bl. 27, 253ff. Zu eng Strooss: Grundzüge, 2, 37: Als Tätlichkeiten erscheinen rechtswidrige Einwirkungen auf den Körper eines andern, die weder Wunden, noch Schmerz, noch Krankheit erzeugen. Dagegen schon LÖFFLER: 237, Anm. 2.

² Dazu die sorgfältigen Untersuchungen von SARAUF: 17ff., 67ff.

³ Abweichend SARAUF: 117, weil nach ihm der Tätlichkeitsbegriff auch die fehlgeschlagene Einwirkung umfaßt. Das läßt den im Tatbestand des Art. 126 enthaltenen Erfolg unberücksichtigt.

⁴ SCHNYDER: Die Geschlechtskrankheiten in der schweizer. Armee während der Mobilmachung, Zürcher med. Diss. (1918). — Zahlen einer vom 1. Oktober 1920 bis 30. September 1921 für die Schweiz durchgeführten privaten Enquete bei JÄGER: Die Geschlechtskrankheiten in der Schweiz (1922); auch BILLETER: 1 f.; PFENNINGER: Z. 40, 209f. — Über die Anpreisung von Gegenständen zur Verhütung von Ansteckung mit einer Geschlechtskrankheit (Art. 211) unten § 16 IV; ZÜRCHER: Z. 38, 43f.

⁵ Zu erwägen ist, ob nicht mindestens bei Ansteckung mit Syphilis Art. 122 Ziff. 1 III (Verursachung einer schweren Gesundheitsschädigung) anzuwenden ist; BILLETER: 10f.; PFENNINGER: 215; LÖFFLER: 375.

⁶ BILLETER: 5ff.; PFENNINGER: 219ff. — Zürcherische Urteile, die vorsätzliche Körperverletzung annehmen: Zürcher Bl. 23, Nr. 174; 31, Nr. 9; JZ. 20, 327, Nr. 66; 28, 150, Nr. 153. — Eine weitere tatsächliche Schwierigkeit ergibt sich aus der häufigen und verständlichen Scheu der Verletzten, erfolgte Ansteckungen anzuzeigen.

hanges, aber nicht des Vorsatzes, so bleibt die Annahme fahrlässiger Körperverletzung offen¹.

Ein wirksamerer strafrechtlicher Schutz gegen die Ansteckung mit Geschlechtskrankheiten ist nur durch die Schaffung eines besonderen Gefährdungstatbestandes erreichbar². Die VE. 1903 (Art. 76) und 1908 (Art. 79 II) sahen eine solche Bestimmung vor. Sie ist in den späteren Beratungen gestrichen worden³. Umstritten ist, ob Art. 231 (Verbreiten gemeingefährlicher Krankheiten) bei der Übertragung einer Geschlechtskrankheit von einem Menschen auf einen andern anwendbar ist⁴. Mit der Bejahung wäre nicht viel gewonnen, weil Art. 231, nicht anders als es bei den Bestimmungen über die Körperverletzung der Fall ist, den Nachweis einer schuldhaft verursachten Ansteckung erfordert⁵.

2. Die im Zusammenhang mit der Lehre von der Körperverletzung besonders bedeutsamen Fragen der ärztlichen Operation, der Selbstver-

¹ Entscheidungen d. Mil. Kassationsgerichtes 1915—1925, Nr. 72; PASCHOUD: Répertoire des Arrêts vaudois (1924), 46, unter Coups et blessures. — Bedenklich weit geht in der Annahme von Fahrlässigkeit ein bei BILETER: 14f. abgedrucktes zürcher. Urteil. — Beachtlich über die Fragen der Kausalität und des Verschuldens ein Kreisschreiben der zürcher. Staatsanwaltschaft von 1922; Z. 36, 136f. Vgl. ferner eine Mitteilung der schweizer. Sanitätsdirektorenkonferenz an die Gerichte: Z. 48, 501f. (Bestrafung wegen Körperverletzung; Erlaß eines Bundes-Spezialgesetzes gefordert).

² Über verwaltungsrechtliche Bekämpfungsmethoden KRAFT: Die Sittenpolizei nach schweizer. Verwaltungsrecht, Zürcher Diss. (1919), namentlich 50ff., 91ff.

³ VE. 1908, Art. 79 II: „Eine geschlechtskranke Person, die jemanden wissentlich, namentlich durch geschlechtlichen Verkehr, in unmittelbare Gefahr bringt, von ihr angesteckt zu werden, wird mit Gefängnis bestraft.“ Dazu aus den Beratungen Prot. II. ExpKom. 2, 253ff.; StenBull. NR. 1929, 85f. Ferner FELDER: 52f., 74ff. — Ansätze zu einem Gefährdungstatbestand in Schaffhausen §§ 184/5 („Unzucht im Zustande der Lustseuche“) und im Tessin Art. 425 I. — Die Literatur zu der Gesetzgebungsfrage: Gefährdung durch Geschlechtskranke ist groß. Außer den in der Literaturübersicht zu diesem Paragraphen erwähnten schweizer. Schriften seien genannt v. LISZT: Strafrechtl. Aufsätze und Vorträge, 2, 471ff.; LÖFFLER: VD. Bes. Teil, 5, 292ff., 373ff.; LAUPHEIMER: Der strafrechtliche Schutz gegen geschlechtliche Infektion (1914); JIMÉNEZ DE ASÚA: La Lucha contra el delito de contagio venéreo (1925); BECKAERT: Le délit de contamination vénérienne, Revue (belge) de Droit pénal, 10, 879ff., 1070ff. Alle rechtsvergleichend (Gesetzgebung der skandinavischen Staaten!). Jetzt namentlich das deutsche Gesetz von 1927 zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, §§ 5ff. Kommentare von SCHNEIDWIN in Stengleins Strafrechtl. Nebengesetzen (5. Aufl. 1928), 1, 966ff.; HELLWIG (1928). Vgl. LINDT: JZ. 23, 306ff. und FELDER: 76ff.

⁴ Dafür WEISS: Z. 19, 69ff.; BILETER: 18; PLANTA: Prot. II. ExpKom. 2, 258. Zutreffend dagegen ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 2, 254 und PFENNINGER: a. a. O. 216.

⁵ Art. 231 ist Verletzungsdelikt mit der weitem Wirkung der Gemeingefährdung; GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 312; PFENNINGER: 216; HILFIKER (Lit. zu § 11): 129f.; FELDER: 57, 64, 72ff.

letzung, der Einwilligung des Verletzten und des Züchtigungsrechtes sind hier nur zu streifen. Die grundsätzliche Erörterung gehört in den Allgemeinen Teil (s. § 31 III, § 32). Hervorzuheben ist:

Wer sich selbst oder einen Einwilligenden an der Gesundheit (oder am Körper) schädigt, begeht grundsätzlich kein Delikt. Diese Auffassung — mag man sie billigen oder nicht¹ — folgt namentlich aus Art. 95 MilStG., wonach strafbar ist, wer sich oder einen andern, mit dessen Einwilligung, zur Erfüllung der Militärdienstpflicht untauglich macht². Strafbarkeit entsteht erst, wenn auch dritte Interessen, namentlich Interessen der Allgemeinheit, getroffen werden³.

Die vom G. getroffene Unterscheidung zwischen Körperverletzung und Tätlichkeiten kann für das Züchtigungsrecht dahin ausgewertet werden, daß es jedenfalls nicht über „Tätlichkeiten“ hinausgehen darf⁴. Ein Mehr ist Mißbrauch und als Körperverletzung zu bestrafen.

3. Nimmt der Richter bei freiwilligem Rücktritt von einem Tötungsversuch von einer Bestrafung wegen des Versuchs Umgang (Art. 21 II), so ist Bestrafung wegen Körperverletzung möglich⁵.

IV. Die einfache Körperverletzung gemäß Art. 123 Ziff. 1 I und die Tätlichkeiten gemäß Art. 126 sind Antragsdelikte⁶. Die Strafe der einfachen Körperverletzung ist Gefängnis mit dem Zusatz, daß der Richter in leichteren Fällen die Strafe nach freiem Ermessen mildern kann (Art. 66). Damit erübrigt sich eine Berücksichtigung mildernder

¹ Die Ansichten bei v. HIPPEL: Deutsches StR. 2, 245ff.; HOLER: Einwilligung des Verletzten (1906), 122ff. Vielfach wird eine verschiedene Lösung für schwere und leichte Körperverletzung befürwortet. LÖFFLER: 366 will zwischen „echter Körperverletzung“ und Tätlichkeiten scheiden. Nur bei diesen soll die Einwilligung die Rechtswidrigkeit ausschließen. Solange das Gesetz schweigt, sind das bloße Wünsche. Vgl. deutsch. StGE. 1927, § 264: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, wird nur bestraft, wenn die Tat trotzdem gegen die guten Sitten verstößt.“ Das ist sehr dunkel.

² Dazu STADELMANN: 25ff.

³ Außer Art. 95 MilStG. Fälle der Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden als Täuschungsmittel beim Versicherungsbetrug; vgl. eidg. Kranken- und Unfallversicherungsgesetz von 1911, Art. 99 II; Militärversicherungsgesetz von 1914, Art. 12, 13 III, auch Versicherungsvertragsgesetz von 1908, Art. 14. Dazu STADELMANN: 71ff., 76ff.; GRAVEN: Z. 44, 133ff. (reiche Kasuistik). Siehe auch unten § 52 I 2 (Versicherungsbetrug). Über die Selbstverletzung von Gefangenen STADELMANN: 81ff.

⁴ LÖFFLER: 366. Vgl. Allg. Teil, § 31 III 1.

⁵ Vgl. BINDING: Lehrbuch, 1, 41; RAUBER und STEINER: Aarg. Entscheidungen (2. Aufl.), 13, Nr. 4. Eventuell trifft auch Art. 129 (Lebensgefährdung) zu; GYR (Lit. zu § 8): 55f.

⁶ Über die Ordnung der bisherigen Rechte STOOS: Grundzüge, 2, 52. — Das Antragserfordernis bei der einfachen Körperverletzung wird mit dem Hinweis auf das öffentliche Interesse an einer Verfolgung bekämpft von LÖFFLER: 379ff. u. a.

Umstände gemäß Art. 64/65. Für Tötlichkeiten gelten die Übertretungsstrafen Haft oder Buße (Art. 126). Im Hinblick auf die Mildermöglichkeit in Art. 123 Ziff. 1 I sind die Strafdrohungen für beide Tatbestände einander sehr nahegebracht. Die sonst schon schwierige Scheidung zwischen beiden Bestimmungen (oben I, II) wird dadurch noch komplizierter.

Art. 177 Ziff. 2 II gibt die Möglichkeit einer Kompensation zwischen einer Beschimpfung und einer Tötlichkeit als unmittelbarer Erwiderng¹.

V. Der Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung (Art. 125) ist — anders als es im Verhältnis der fahrlässigen zur vorsätzlichen Tötung geschehen ist (oben § 3 III 1) — mit der Fassung des Art. 123 Ziff. 1 I in Übereinstimmung gebracht. Das über die erforderliche Intensität der Gesundheitsschädigung bei vorsätzlicher Tat Festgestellte gilt auch beim Fahrlässigkeitsdelikt. Die Grenzen zwischen Körperverletzung und Tötlichkeit sind gleich zu ziehen. Doch bleibt fahrlässige Tötlichkeit straflos (Art. 18 I).

Gleich wie bei der Tötung gibt es auch bei fahrlässiger Körperverletzung keine Kulpakompensation (oben § 3 III 1). — Art. 134 Ziff. 1 II qualifiziert den Tatbestand der Kindermißhandlung, wenn der Täter durch Fahrlässigkeit eine schwere Körperverletzung verursachte. Ähnlich ist in Art. 135 Ziff. 1 II beim Tatbestand der Überanstrengung von Kindern und Untergebenen von der fahrlässig herbeigeführten bleibenden Beeinträchtigung der Gesundheit die Rede. In diesen Fällen sind nur die besonderen Bestimmungen, nicht Art. 125 anzuwenden (Gesetzeskonkurrenz).

Auch die fahrlässige Körperverletzung ist der Regel nach Antragsdelikt. Die Strafe ist wahlweise Gefängnis oder Buße. Nach Art. 50 II ist aber auch die Verbindung beider Strafen zulässig². Damit stehen sich die Strafdrohungen für fahrlässige Tötung, für einfache und fahrlässige Körperverletzung, aber auch für Tötlichkeiten sehr nahe. — Nach Art. 125 II soll, wenn der fahrlässige Täter eine schwere Schädigung verursacht hat, Verfolgung von Amtes wegen erfolgen. Bei der Frage nach der Schwere der Verletzung ist auf Art. 122 abzustellen; dazu unten § 8 II 2 und 3.

¹ Bei dem in Art. 177 Z. 2 II genannten Fall kann es sich nur um eine Tötlichkeit gemäß Art. 126 handeln. Eine Kompensation zwischen gegenseitigen Tötlichkeiten und zwischen einer vorangegangenen Tötlichkeit und einer nachfolgenden Beschimpfung sieht das G. nicht vor. Das ist eine Lücke. Sie kann aber wohl auf dem Wege der Analogie geschlossen werden; Allg. Teil, § 4 II (Analogie bei Strafausschließungsgründen usw.). Vgl. ferner unten § 38 III (Provokation und Retorsion).

² Aus den gleichen Gründen wie bei der fahrlässigen Tötung ist auch in Art. 125 die ursprünglich vorgesehene Schärfung bei der Verletzung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbepflicht fallen gelassen worden; oben S. 12, Anm. 3; Sten-Bull. NR. 1929, 86f. Vgl. GRÜEBLER: 66f.

§ 8. Schwere Körperverletzungen.

Literatur. Angaben zu § 7. — GYR, Vergiftung als Gefährungsdelikt, Leipziger Diss. (1904). — GRETENER: Z. 2, 399 ff.

I. Der Grundtatbestand der Körperverletzung nach Art. 123 I I kommt nur zur Geltung, wenn keine erschwerenden Umstände erfüllt sind. Durch die Worte „in anderer Weise an Körper oder Gesundheit schädigt“ betont das Gesetz die Subsidiarität der Bestimmung. — Die bisherigen Rechte haben die schwere Körperverletzung in der Hauptsache nach drei Richtungen hin orientiert: im Hinblick auf die Schwere des Erfolges, mit Rücksicht auf Personen, die einen besonderen Schutz erhalten sollen und endlich im Hinblick auf gewisse zur Tatverübung verwendete Mittel. Innerhalb dieser Gruppen feiert die Kasuistik Orgien, insbesondere bei den Kategorien der Körperverletzung mit erheblichem bleibenden Nachteil und bei der sog. mittelschweren Körperverletzung, für die häufig auf eine längere Dauer der Arbeitsunfähigkeit abgestellt wird¹. Die Beratungen des eidgenössischen Gesetzes zeigen in fortschreitendem Maße die Tendenz zur Vereinfachung und zur Konzentration. Das G. kennt nur noch die Zweiteilung in einfache (Art. 123) und schwere Körperverletzung (Art. 122)². Für die Darstellung ergibt sich allerdings die Notwendigkeit einer Auflösung.

II. 1. Für sich steht Art. 123 Ziff. 1 II³. Die einfache Körperverletzung ist qualifiziert, wenn der Täter Gift, eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gebraucht, oder wenn er einen Wehrlosen verletzt hat. Die Schärfung besteht darin, daß der Täter von Amtes wegen verfolgt wird, und daß die sonst bei einfacher Körperverletzung freie Strafmilderung unzulässig ist. Offen steht jedoch eine Milderung gemäß Art. 64/65. Art. 123 I II stellt nicht auf einen schweren Erfolg ab, sondern auf die Gefährlichkeit des Angriffs und auf die gemeine Gesinnung des Täters, der mit Gift hantiert oder sich an einem Wehrlosen vergreift^{4, 5}.

¹ Die Zusammenstellungen von STOOS: Grundzüge, 2, 39 ff. zeigen die großen Verschiedenheiten der kantonalen Rechte. Zum Tatbestandsmoment der Arbeitsunfähigkeit gut GRÜEBLER: 47 ff. Über die gleichfalls weitgehend verschiedenen Abstufungen der ausländischen Rechte LÖFFLER: VD. Bes. Teil, 5, 212 ff., der (364) meint, die Vielgestaltigkeit der Körperverletzung spotte jedes Versuches der Kategorisierung.

² Beachtenswert die Entwicklung: VE. 1894, Art. 60—63: Mißhandlung mit tödlichem Ausgang, sehr schwere Mißhandlung, schwere Mißhandlung, Mißhandlung; gleich VE. 1896, Art. 62—65 (Körperverletzung); VE. 1903, Art. 71—73: Sehr schwere, schwere und einfache Körperverletzung; VE. 1908, Art. 74—76: Körperverletzung mit bleibendem Nachteil, schwere Körperverletzung, Körperverletzung. Dazu Prot. II. ExpKom. 2, 225 ff.

³ Dem Erfolg nach handelt es sich um einfache Körperverletzung, der Art der Begehung nach um einen erschwerten Fall.

⁴ Die selben Qualifikationen in einigen kantonalen Rechten; STOOS: 2, 50 f.

⁵ Bei schwerem Erfolg ist Art. 122 gegeben; GRÜEBLER: 62.

Die Auslegung bereitet Schwierigkeiten. Sie haben sich namentlich bei der Anwendung des ähnlichen § 223a des deutschen StGB. gezeigt¹.

Mit den Worten Waffe und gefährliches Werkzeug (instrument dangereux) soll die gesteigerte Gefahr des Angriffs hervorgehoben werden. Was als Waffe zu gelten hat, bleibt unklar². Zutreffend sind darunter nur Gegenstände zu verstehen, die ihrer Bestimmung nach zu Angriff und Verteidigung dienen³. Die Worte „oder ein gefährliches Werkzeug“ dehnen jedoch die zu berücksichtigenden Angriffsmittel viel weiter aus. Der Ausdruck ist verfehlt. Werkzeuge sind an sich weder gefährlich noch ungefährlich. Entscheidend ist hier, daß die Art des Gebrauches eines Gegenstandes die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung (Art. 122) in sich birgt⁴. Auch so bleibt noch Unklarheit genug⁵.

Auch das „Gift“, das Art. 123 I II als gefährliches (und gemeines) Angriffsmittel hervorhebt, bereitet Schwierigkeiten — deshalb, weil der naturwissenschaftliche Giftbegriff sich nicht scharf abgrenzen läßt und sich mit den volkstümlichen Vorstellungen nicht deckt⁶. Für den im Recht zu verwendenden Giftbegriff kommt es nicht auf eine exakte naturwissenschaftliche Bestimmung an, sondern auf die Feststellung, daß der Täter eine Substanz — und zwar in genügender Dosis — verwendet,

¹ BINDING: Lehrbuch, I, 47f.; v. LISZT-SCHMIDT: § 8 II/III; FRANK: Kommentar, § 223a; LÖFFLER: 277ff. und die in diesen Schriften zitierte Lit.

² GREENER: Prot. I. ExpKom. 2, 514: auch Messer und ähnliche Gegenstände. Weitgehend die deutsche Auffassung: nicht nur Waffen im technischen Sinne, sondern auch ein Stock, ein schwerer Schlüssel, ein Bierglas, ein geworfener Stein usw.; FRANK: § 223a, N. II 1 (im Hinblick auf die Fassung des §).

³ STOOS: Prot. I. ExpKom. 2, 515.

⁴ Art. 123 Ziff. I II ist insofern ein Gefährdungstatbestand. — Beispiele FRANKS: a. a. O. eine schwanke Gerte ein gefährliches Werkzeug, wenn sie in das Ohr eingeführt, nicht ein schwerer Knüppel, wenn mit dem dünnen Ende geschlagen wird. Ein Federhalter, wenn mit der Federseite gestochen wird, kann ein gefährliches Werkzeug sein, nicht, wenn er zum Schlagen verwendet wird. Vgl. ferner BINDING: 48; GRÜEBLER: 65.

⁵ Ein auf einen Menschen gehetzter bissiger Hund, ausgegossenes Vitriol, der heiße Ofen, gegen den jemand gestoßen wird, als „gefährliche Werkzeuge“? Die Entscheidungen zum deutschen § 223a lauten ganz verschieden; s. die oben genannte Lit. — Gut Baselstadt, Strafgericht: Im Anhetzen eines Hundes liegt keine Körperverletzung mit gefährlichem Instrument. Instrument ist ein Gegenstand, den menschliche Körperkraft in Bewegung setzt; Z. 45, 264.

⁶ Zur Orientierung REMUND (Lit. zu § 11): 103ff.; DENNSTEDT: Chemie in der Rechtspflege (1910), 68ff. und die Lehrbücher der gerichtl. Medizin. Beachtlich z. B. KRATTER: Lehrbuch, 393: „Der Laie kennt nur unbedingte (absolute) Gifte, wie etwa Arsenik, Phosphor, Blausäure usw. Für die Wissenschaft gibt es solche unbedingt wirkende schädliche Körper überhaupt nicht. Sie kennt nur bedingte (relative) Gifte.“ Vgl. ferner GROSS-HÖPLER: Handbuch für Untersuchungsrichter (7. Aufl.), 792ff.; LÖFFLER: a. a. O. 299ff.; GYR: 13ff.

die infolge chemischer Einwirkung auf den menschlichen Körper die Gesundheit schädigt oder das Leben zerstören kann. Auch die sog. lebenden Gifte, bakterielle Toxine und Kulturen, gehören dazu¹. — Durch die Nennung des Giftes als Mittel zur Tatverübung in Art. 123 I II erübrigt sich die Aufstellung eines besonderen Tatbestandes der Vergiftung, den bisherige Rechte kennen (Luzern § 167, Freiburg Art. 63, St. Gallen Art. 125). Auch der VE. 1894 enthielt eine besondere, als Gefährdungsdelikt gestaltete Bestimmung (Art. 66)². Daß die Beibringung von Gift (in der oben gekennzeichneten Weise) immer eine Gefährdung der Gesundheit und oft des Lebens bedeutet, ist sicher. Sie stellt aber in jedem Fall schon eine Gesundheitsschädigung oder wenigstens einen Versuch im Sinne des Art. 123 dar³, so daß die Einbeziehung der Vergiftung in diesen Tatbestand und der Verzicht auf eine besondere Norm eine befriedigende Lösung bedeuten⁴. Wird durch die Vergiftung vorsätzlich der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht, so gelangen die Art. 111ff. oder Art. 122 zur Anwendung⁵.

Die qualifiziert hervorgehobene Verletzung eines Wehrlosen weist auf besonderes Schutzbedürfnis hin⁶. Wehrlos ist, wer nicht in der Lage ist, sich der schädigenden Einwirkung zu erwehren (franz. Text: *victime hors d'état de se défendre*). Das ist Tatfrage. Der Grund kann in ganz verschiedenen Umständen, im Alter des Opfers, in Schwäche, Gebrechlichkeit, Krankheit liegen⁷.

2. Unter den schweren Körperverletzungen im engen Sinne, die sich von den einfachen nach der Intensität der herbeigeführten Gesundheitsschädigung abstufen, nennt Art. 122 zunächst die lebensgefährliche

¹ Darüber REMUND: 109f.

² „Wer Jemandem vorsätzlich Gift beibringt, wird mit Zuchthaus von 2 bis zu 10 Jahren (!) bestraft.“ Qualifikationen bei Gesundheitszerstörung und bei Tod. Über die Gründe der Streichung Prot. I. ExpKom. 1, 362ff.; SCHWEN-DIMANN (Lit. zu § 11): 38f., 88f.

³ Der Gedanke der Gefährdung in Verbindung mit vollendeter oder versuchter Körperverletzung ist besonders betont bei GYR: 31ff.; vgl. auch Sten-Bull. NR. 1929, 87f.; REMUND: a. a. O. 104.

⁴ Einen besonderen Gefährdungstatbestand der Vergiftung fordert u. a. REMUND: 116ff. (interessante Fälle aus der Praxis). Das ist nicht notwendig, wohl aber ein Ausbau des Polizeistrafrechts zur Bekämpfung der Giftgefahren (abstrakte Gefährdungstatbestände); s. unten § 11 I.

⁵ Neben den Bestimmungen über die Körperverletzung und eventuell über die Tötung ist Art. 129 (Lebensgefährdung) nicht heranzuziehen. Zu den Vorentwürfen GYR: 49ff. Über sogenannte gemeingefährliche Vergiftungen s. die Art. 234ff. des G.

⁶ In besonderer Form und weiterer Verschärfung kehrt der Gedanke in Art. 134/135 wieder; unten § 14.

⁷ Handelt es sich um ein Kind unter 16 Jahren, dessen Pflege oder Obhut dem Täter obliegt, so ist der schärfere Art. 134 anzuwenden; unten § 14.

Verletzung¹. Der Täter hat sein Opfer an den Rand des Grabes gebracht. Er muß diesen Erfolg mit Wissen und Willen herbeigeführt haben. Er hat den andern „halb tot schlagen“ wollen, wie der Volksmund sich ausdrückt. Der lebensgefährliche, todesnahe Zustand des Opfers muß die unmittelbare Folge der Einwirkung durch den Täter sein². — Führt die lebensgefährliche Verletzung nachträglich zum Tode und konnte der Täter diesen Erfolg voraussehen, so ist der erschwerte Fall nach Art. 122 Ziff. 2 — Strafe: Zuchthaus — gegeben. In dieser Form, nicht als eine Erfolgshaftung, hat das G. die Figur der Körperverletzung mit tödlichem Ausgang übernommen. Der Gedanke ist theoretisch richtig, der Unterschied gegenüber vorsätzlicher Tötung aber fast zu fein und im Einzelfall schwer feststellbar³. Kein Gesetz kann hier die Grenzen so sicher ziehen, daß dem Richter keine Zweifel übrig bleiben⁴.

3. Das Hauptstück der schweren Körperverletzung bildet Art. 122 Ziff. 1 II, die Körperverletzung mit erheblichem bleibendem Nachteil. Die kasuistische Aufzählung ist eine Auslese aus bisherigen Rechten⁵. Drei Gruppen sind erkennbar: Die Verstümmelung oder Unbrauchbarmachung eines Körperteils, eines wichtigen Organs oder Gliedes eines Menschen; die Herbeiführung bleibender Arbeitsunfähigkeit, des Siechtums oder bleibender Geisteskrankheit (*une incapacité de travail*, une

¹ Von hier ab ist stets im Auge zu behalten, daß das G. die Schuld-, nicht die Erfolgshaftung durchführen will. Soweit der schwere Erfolg auf Fahrlässigkeit oder Zufall zurückgeht, erfolgt nie Bestrafung aus Art. 122; unten § 9.

² Auf die Unsicherheit des Begriffes der lebensgefährlichen Verletzung weisen MEYER v. SCHAUSENSEE: Prot. I. ExpKom. 1, 354f. und GRÜEBLER: 38ff. hin. Wie, wenn die Lebensgefahr, z. B. bei der Verletzung einer Arterie, durch ärztliche Behandlung rasch behoben werden kann? Entscheidend muß die Vorsatzrichtung des Täters sein.

³ Damit hängt zusammen, daß zahlreiche bisherige Rechte die Körperverletzung mit tödlichem Ausgang zu den Tötungsdelikten rechnen; v. LISZT: VD. Bes. Teil, 5, 20ff.; STROOSS: Grundzüge, 2, 37ff. Es handelt sich in der Tat um schuldhaftes Todesverursachung; oben § 3 I; PFENNINGER: StR. der Schweiz, 826f.

⁴ Ein nicht seltener Fall: A traktiert B mit einem Messer, verletzt ihn lebensgefährlich. B erliegt nach Tagen seinen Verletzungen. A leugnet Tötungsvorsatz. Ist ein Tötungsdelikt trotzdem gegeben? Wenn nicht, so die weitere Beweisschwierigkeit, ob der Täter den Todeserfolg hat voraussehen können. Noch erhöhte Schwierigkeit, wenn der Täter unter Umständen oder mit einer Überlegung gehandelt hat, die seine besondere Gefährlichkeit offenbaren; vgl. Art. 112. Mord oder Mordversuch in Konkurrenz mit fahrlässiger Tötung oder schwere Körperverletzung mit tödlichem Ausgang? Ein Geschworenengericht kommt freilich um alle derartigen Konstruktionen herum. — Totschlag oder Körperverletzung mit tödlichem Ausgang: vgl. Entsch. des MilKassGer. 1915 bis 1925, Nr. 86; Entscheid. des Kantonsger. St. Gallen, 1935, Nr. 16.

⁵ Liste bei STROOSS: Grundzüge, 2, 40ff. Nur vereinzelt (Zürich § 144 lit. a, Schaffhausen § 161 Ziff. 1) hat der Gesetzgeber die generelle Fassung: erhebliche bleibende Nachteile gewählt. Zu Zürich ZELLER: Kommentar, § 144 N. 5.

infirmité ou une maladie mentale permanentes), endlich die arge und bleibende Entstellung des Gesichtes eines Menschen. Die Aufzählung hat den Vorteil der Anschaulichkeit. Sie hat den Nachteil, daß fast jeder einzelne Ausdruck Auslegungsschwierigkeiten schafft¹, und daß sie, wie alle Kasuistik, unvollständig ist. Der letztere Mangel ist dadurch behoben, daß in Abs. III mit einer allgemeinen Formel „andere schwere Schädigungen des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen“ gleichgestellt sind². Abs. II enthält also nur eine beispielsweise Aufzählung.

Kastration und Sterilisierung erfüllen den Tatbestand der schweren Körperverletzung: Verstümmelung oder Unbrauchbarmachung eines Organs. Jedenfalls stellen sie eine schwere körperliche Schädigung dar. Erfolgt der Eingriff mit Einwilligung des Verletzten, so ist grundsätzlich Straflosigkeit anzunehmen (Allg. Teil, § 32 II 3). Bei der großen Bedeutung, die in neuer Zeit namentlich die sog. eugenische Sterilisation gewinnt und bei den Zweifeln über die Indikation, die sich in vielen Fällen ergeben, sind genau umgrenzende erlaubende Vorschriften wünschenswert³. — Eine gesetzliche Ordnung besteht in der Schweiz bisher nur im Kanton Waadt: Loi du 3 septembre 1928 sur le régime des personnes atteintes de maladies mentales etc.⁴. Wo eine gesetzliche Rege-

¹ Die bisherige schweizer. Rechtsprechung ist unausgiebig; vgl. dagegen die Kommentare zum deutschen § 224 (FRANK und besonders ausführlich der Kommentar EBERMAYER-LOBE-ROSENBERG (4. Aufl., 1929), ferner KAISER: Prot. II. ExpKom. 2, 240; GRÜEBLER: 42ff. — Besondere Schwierigkeit: oft ist erst lange nach der Tat festzustellen, ob Arbeitsunfähigkeit, Siechtum oder Geisteskrankheit bleibend (permanent) sind, oder ob ein Organ oder Glied eines Menschen endgültig unbrauchbar geworden ist. Der Richter kann jedoch sein Urteil nicht ins Unbestimmte aufschieben. Der Abs. III — andere schwere Schädigung — öffnet ihm hier einen Ausweg.

² Fraglich, ob die Verursachung einer Geisteskrankheit in jedem Fall schwere Körperverletzung sein soll; vgl. Prot. II. ExpKom. 3, 51. Das hängt vom Umfang des Begriffs der Geisteskrankheit ab.

³ Vgl. schon die Angaben über Nordamerika und die Schweiz: Allg. Teil, § 31 III 2, S. 159f. Ferner reiches Material in ZgesStRW. 52, 383ff. (Aufsätze von KOHLRAUSCH, FETSCHER, GRUHLE, LUXENBURGER, WALTHARD und BURKHARD), 477ff.: Zusammenstellung von Gesetzen und Gesetzentwürfen über Unfruchtbarmachung; eod. 53, 51ff. (LENZ). Neuere Übersicht über die Gesetzgebung bei VERVAECK: Les lois de stérilisation eugénique, Revue (belge) de Droit pénal, 15 (1935), 761ff. Überdies MAYER: Gesetzliche Unfruchtbarmachung Geisteskranker (1927) und dazu JZ. 25, 222f.; AGAPITO MARTIN DE SOBRILO: La procréation et la stérilisation au point de vue du droit naturel, Freiburger Diss. (1932); WOLF: Die Kastration bei sexuellen Perversionen und Sittlichkeitsverbrechen des Mannes (1934), juristisch unausgiebig, dazu Z. 49, 242f.; REUTER: Beiträge zur gerichtlichen Medizin, 10, 5ff.; PFENNINGER: JZ. 29, 195f.; HELLWIG: eodem, 30, 228ff.

⁴ Text: Z. 42, 127f. und JZ. 25, 223f. Über Anwendung und Auswirkung des waadtländischen Ges. v. HENTIG: Eugenik und Kriminalwissenschaft (1933),

lung getroffen ist, müssen Eingriffe, die nicht durch sie gedeckt sind, strafbar sein. Von einer Berufung auf ein übergesetzliches ärztliches Berufsrecht kann dann nicht mehr die Rede sein; vgl. Allg. Teil, 160.

Die Strafe der schweren Körperverletzung ist nach G. Art. 122 Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder Gefängnis von 6 Monaten bis zu 5 Jahren. Der weite Rahmen berücksichtigt die große Verschiedenheit der Fälle. Bei der Straffindung wird der Richter häufig Milderungsgründe gemäß Art. 64/65 in Betracht ziehen müssen, andererseits aber auch zu prüfen haben, ob neben der Freiheitsstrafe zu Buße zu verurteilen ist (Art. 50 I).

§ 9. Schuldhaftung bei Körperverletzungen.

Literatur. Angaben zu §§ 7, 8. — Allg. Teil, Angaben zu § 21.

I. Die schon in bisherigen Rechten sich zeigende Tendenz, bei den Körperverletzungen die strafrechtliche Haftung für einen von der Schuld des Täters nicht umfaßten Erfolg auszuschließen¹, hat das G. konsequent entwickelt. Eine reine Erfolgshaftung soll es nicht mehr geben. Die Durchführung des Gedankens in den Art. 122—124 zeigt folgende Fälle und Lösungen².

1. Der Vorsatz des Täters deckt den Erfolg. Das ist, juristisch gesehen, der Normalfall. Zweifel über die Anwendung der Strafen aus Art. 122, 123, je Ziff. 1, ergeben sich nicht.

2. Der bewirkte Erfolg bleibt hinter dem nachgewiesenen Vorsatz zurück. Hier ist wegen Versuchs zu strafen.

3. Der Erfolg reicht über den Vorsatz hinaus. Dann ergibt sich die Notwendigkeit einer Unterscheidung:

a) Der Täter hat den schwereren Erfolg voraussehen können, ihn also fahrlässig verursacht³. Das G. berücksichtigt diesen Fall an drei Stellen:

46ff.; Revue belge, 15 (1935), 768ff. — Im Kanton Bern besteht seit 1931 eine Verwaltungsverordnung über die Sterilisation von Frauen aus medizinischen und aus gewissen sozialen und eugenischen Gründen; dazu Revue belge, 15 (1935), 771f. — Schweizer. Tatsachenmaterial über Kastrationen bei WOLF: 135ff., 203ff. — Wichtig das deutsche Ges. vom 14. Juli 1933 zur Verhütung erbkranken Nachwuchses (besondere Erbgesundheitsgerichte), ferner die Sicherungsmaßnahme der Entmannung gegenüber gefährlichen Sittlichkeitsverbrechern: deutsches StGB. § 42 K (Novelle vom 24. November 1933). Zur Orientierung GÜTT, RÜDIN und RUTKE: Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses (1934); HÜBNER: Sterilisation im Handwörterbuch der Kriminologie 2 (1935), 676ff.; GRUHLE: ZgesStRW. 55, 492ff.

¹ Allg. Teil, § 21 II 1; GRETENER: Z. 2, 399ff.; STOOS: Grundzüge, 2, 48f.; GRÜEBLER (Lit. zu § 7): 90ff.; LOGOZ: StenBull. NR. 1929, 86.

² Dazu GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 233f.; GRÜEBLER: 100ff.

³ Das Gesetz spricht von Voraussehbarkeit, nicht von Fahrlässigkeit. Sie ist aber gemeint, nicht *dolus eventualis*, wie GAUTIER: 233 annimmt. Besser wäre der deutliche Hinweis auf die Fahrlässigkeit (Art. 18 III) gewesen (Nichtbedenken oder Nichtberücksichtigen des Erfolges aus pflichtwidriger Unvor-

In Art. 122 Ziff. 2, wonach, wenn das Opfer an den Folgen einer schweren Körperverletzung stirbt, Zuchthausstrafe eintreten soll. In Art. 123 Ziff. 2: Hier ist, wenn der Vorsatz auf einfache¹ Körperverletzung ging, der Täter jedoch eine schwere verursachte, eine Strafe von 1 Monat bis zu 5 Jahren Gefängnis ausgesetzt. Art. 123 Ziff. 3 endlich sieht für den im Zusammenhang mit einer vorsätzlichen einfachen Körperverletzung fahrlässig bewirkten Todeserfolg Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis von 1 bis zu 5 Jahren vor². In allen diesen Fällen der erschwerten einfachen Körperverletzung tritt Verfolgung des Täters von Amtes wegen ein.

b) Hat der Täter den von ihm herbeigeführten schweren Erfolg weder verursachen wollen, noch voraussehen können (Fehlen auch einer Fahrlässigkeit), so ist nach Art. 124 die Strafe der von ihm gewollten Körperverletzung anzuwenden³.

II. Die neue Ordnung ist konsequent durchgeführt und theoretisch richtig. Die praktischen Schwierigkeiten, die sie auslöst, darf man sich nicht verhehlen. Dem Richter wird es in Einzelfällen schwer fallen, neben dem festgestellten Körperverletzungserfolg auch den Umfang des Täterwillens mit Sicherheit zu bestimmen. Häufig kann nicht einmal der Täter selbst darüber Auskunft geben. Er hat züchtigen, schlagen, verletzen wollen⁴. Ob, wie behauptet wird, das Volksempfinden dem Täter für den über seinen Vorsatz hinausreichenden Erfolg einer Körperverletzung ein sittliches Verschulden zumißt, womit auch strafrechtlich die

sichtigkeit). So auch EXNER: Z. 24, 175. Gut der deutsche E. 1927, § 21: „Die an eine besondere Folge der Tat geknüpfte höhere Strafe trifft den Täter nur, wenn er die Folge wenigstens fahrlässig herbeigeführt hat.“ Dazu (kritisch) v. HIPPEL: Deutsches StR. 2, 381.

¹ Das Gesetz sagt ungenau „leichte“ Körperverletzung.

² Das gleiche System bei den Tatbeständen der Abtreibung (Art. 119 Ziff. 3), der Aussetzung (Art. 127 Ziff. 2), der Kindermißhandlung und der Überanstrengung von Kindern und Untergebenen (Art. 134/135), den Delikten gegen die geschlechtliche Freiheit (Art. 195). — Kritik der Strafandrohungen bei EXNER: a. a. O. 177ff.: Die Strafe des vorsätzlichen Grunddeliktes sollte beim Hinzutreten eines weitem, fahrlässig bewirkten Erfolges nicht mehr erhöht werden, als dem fahrlässigen Delikt entspricht. Vgl. auch GRÜEBLER: 111ff.; LÖFFLER: VD. Bes. Teil, 5, 272 (dem Gesetzgeber sitzt noch der alte *dolus indirectus* im Nacken.)

³ Damit ist der Kreis geschlossen. Die Vorschrift des Art. 124 wäre wohl auch auf dem Wege der Schlußziehung zu gewinnen; vgl. das Basler Urteil Z. 47, 273; ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 2, 232; SEILER: StenBull. NR. 1929, 85. Doch ist die ausdrückliche Bestätigung des Grundgedankens nützlich; LANG: Prot. eodem, 236.

⁴ CALAME: eod. 236f: „Impossible . . . de doser pour ainsi dire l'intention qui animait le délinquant. . . . Le délinquant ne songe qu'à une chose et ne veut qu'une chose: frapper son adversaire ou sa victime. Toute autre intention est bien loin de son esprit.“ Ähnlich eod. KAISER: 241. Weitere Gegner einer strengen Durchführung der Schuldhaftung s. Allg. Teil, 98, Anm. 2; v. HIPPEL: a. a. O. 380ff. und ZgesStRW. 42, 525; 47, 53.

Zufallshaftung gerechtfertigt werden soll, läßt sich nicht entscheiden. Trotz der nicht zu leugnenden Schwierigkeiten, die das System der Schuldhaftung mit sich bringt, muß das heutige Strafrecht an ihm festhalten. Unmögliches wird dem Richter nicht zugemutet. Zunächst gibt es Fälle, in denen der Nachweis gelingt, daß der Täter den schweren Erfolg vorsätzlich herbeigeführt hat (er wollte verstümmeln, das Gesicht seines Opfers arg und bleibend entstellen). Versagt dieser Beweis, so ist die Feststellung, ob der Täter den von ihm bewirkten schweren Erfolg fahrlässig oder nicht fahrlässig herbeigeführt hat, doch kaum schwieriger als bei andern auf Fahrlässigkeit gehenden Anklagen¹.

III. § 10. Raufhandel.

Literatur. MARTI: Der Raufhandel, Berner Diss. (1891). — STOOS: Grundzüge, 1, 55 ff. — LÖFFLER: VD. Bes. Teil, 5, 311 ff. — FORRER: Der Raufhandel im schweizer. Recht, Zürcher Diss. (1929). — GEISER (Lit. zu § 4): 91 ff.

I. Das G. hat den Tatbestand der Beteiligung am Raufhandel (Art. 133) in die Gruppe: Gefährdung des Lebens und der Gesundheit eingestellt². Um einen Gefährdungstatbestand handelt es sich nicht, namentlich im Hinblick darauf, daß Strafe nur eintritt, wenn beim Raufhandel ein Beteiligter getötet oder verletzt worden ist. Die Tatsache, daß ein Raufhandel für Leib und Leben Beteiligter und Unbeteiligter gefährlich ist oder sein kann, macht ihn juristisch nicht zum Gefährdungsdelikt³.

Art. 133 ist eine Art Hilfstatbestand neben den Bestimmungen über Tötung und Körperverletzung. Beim streitenden Zusammentreffen mehrerer ist die Rolle des einzelnen oft schwer festzustellen. Vielleicht ergibt sich der Erfolg — Tod oder Verletzung eines Menschen — auch erst aus dem für den Richter unentwirrbaren Zusammenwirken der mehreren. So entsteht, wenn nur die Tötungs- und Verletzungsnormen zur Verfügung stehen, entweder die Gefahr, daß auf Schuldvermutungen oder auf Erfolgshaftung abgestellt wird, oder die andere, daß Schuldige straflos entweichen. — Die Schwierigkeit der gesetzgeberischen Aufgabe

¹ Die besondere Gefahr einer unerfreulichen Dehnung des Fahrlässigkeitsbegriffs durch die Praxis — v. HIPPEL: Deutsches StR. 2, 382 — ist nicht einzusehen.

² Anders — richtig im Anschluß an die Körperverletzung — die Entwürfe (1903, Art. 75; 1908, Art. 78). Auch die Bezeichnung des Deliktes wurde geändert: „Schlägerei“ nach den VE. Die französischen Texte sprechen von „rixe“, der italienische von „rissa“, bisherige Rechte zum Teil von „batterie“. Diese Verschiedenheiten sind ein Zeichen für die Unabgeklärtheit des Tatbestandes.

³ Unzutreffend FORRER: 9, 21 f., 50, 69; WILHELMI: Wirkliche und scheinbare Konkurrenz von Verletzungs- und Gefährdungsverbrechen gegen Leib und Leben (1912), 12 f. Über das Wesen des Gefährdungsdeliktes unten § 11.

ist offenbar¹. Eine vom Gedanken der Schuldhaftung geleitete Auffassung muß daran festhalten, daß nur für den schuldhaft verursachten Erfolg bestraft werden darf². Zunächst hat jeder, dem eine tödende oder verletzende Handlung nicht nachgewiesen werden kann, straflos zu bleiben. Die beim Raufhandel sich ergebenden Verhältnisse können jedoch durch die Aufstellung eines besondern, von den Bestimmungen über Tötung und Körperverletzung losgelösten Tatbestandes der Beteiligung am Raufhandel erfaßt werden³. Das geschieht in Art. 133. Bei der geringen Schwere des Deliktes wurde erwogen, es als bloße Übertretung zu gestalten⁴.

II. 1. Das Gesetz sagt nicht, was es unter Raufhandel versteht. Ältere Rechte haben ihn, im Anschluß an § 227 des deutschen StGB., als „Schlägerei oder einen von mehreren gemachten Angriff“ umschrieben (Solithurn § 120, Baselstadt § 114)⁵. Entscheidend ist in jedem Fall, daß sich der Streit zwischen mehr als zwei Personen abspielt, nicht erforderlich dagegen, daß bei beiden streitenden Parteien eine Mehrheit steht. Wenn zwei Menschen sich wechselseitig schlagen, und auch wenn einer eine Mehrzahl angreift, so reichen gegebenen Falles die Bestimmungen über Tötung und Körperverletzung aus⁶.

2. Eine weitere Einengung der Tragweite des Art. 133 liegt darin, daß Bestrafung nur eintritt, wenn der Raufhandel „den Tod oder eine Körper-

¹ Die Mehrzahl der bisherigen Rechte müht sich damit ab, die im Raufhandel verübten Tötungen und Verletzungen durch Sonderbestimmungen zu erfassen. Weitgehende Kasuistik: Tod oder Körperverletzung auf das Zusammenwirken mehrerer zurückführbar, wobei dann wieder unterschieden wird, je nachdem festgestellt wird oder nicht feststeht, welche von mehreren an sich tödlichen Verletzungen den Tod verursachte; ferner besondere Bestimmungen mit deutlicher Erfolgshaftung der Beteiligten für den Fall, daß die tödende oder verletzende Handlung nicht ermittelt werden kann. Einzelne Daten bei StROOSS: Grundzüge, 2, 55 ff.; FORRER: 10 ff.; LÖFFLER: 311 ff. (Dogmengeschichte und ausländisches Recht); KRIEGSMANN: Mittäterschaft und Raufhandel seit FEUERBACH (1907), namentlich 100 ff.; OETKER: Gerichtssaal, 100, 40 ff.

² Beachtenswert die Beratungen I. ExpKom. 1, 358 ff.; GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 248 f.

³ Bisher schon MilStG. Art. 128; Freiburg Art. 70 (mit deutlichem Blick auf die Erfolgshaftung: Schärfungsmöglichkeit, wenn im Raufhandel ein Mensch getötet oder körperlich schwer verletzt wurde); Genf Art. 385 Ziff. 3 (Polizeiübertretung).

⁴ Prot. II. ExpKom. 2, 250 ff.; FORRER: 51 ff. — Die Entstehung des Art. 133 und des entsprechenden Art. 128 des MilStG. stellt FORRER: 21 ff. und 54 ff. dar.

⁵ Ähnlich in andern Kantonen die Praxis; ZÜRCHER: Kommentar zum zürcher. StGB. § 134, N. 1; ZELLER: Kommentar, § 134, N. 3; JZ. 18, 326, Nr. 255; GEISER: 92 ff. (bernisches Recht).

⁶ Gut KRIEGSMANN: a. a. O. 171 ff. Zu weitgehend LOGOZ: StenBull. NR. 1929, 98, der zu allgemein den Raufhandel als „querelle accompagnée de voies de fait“ bezeichnet.

verletzung eines Beteiligten zur Folge hat“. Das sind objektive, außerhalb des Tatbestandes stehende Strafbarkeitsbedingungen (Allg. Teil, § 27). Damit taucht aber auch ein Rest von Erfolgshaftung auf, weil die Strafbarkeit abhängig gemacht ist vom Eintritt einer Schädigung, die dem wegen bloßer Beteiligung an einem Raufhandel Angeklagten in keiner Weise zur Schuld zugerechnet werden kann¹.

Für die Frage, wann die Strafbarkeitsbedingung: Körperverletzung erfüllt ist, sind die Art. 122/123 maßgebend. Kam es bei einer Schlägerei für keinen Beteiligten zu einer „erheblichen Gesundheitsschädigung“, sondern höchstens zu Tätlichkeiten im Sinne des Art. 126, so ist der Art. 133 nicht anwendbar. Die Balgerei und die harmlose Prügelei sind daher kein Raufhandel².

Erfolgt im Zusammenhang mit dem Raufhandel der Tod oder eine Körperverletzung eines Unbeteiligten — eines harmlosen Zuschauers, eines einschreitenden Polizisten — so ist Bestrafung nach Art. 133 nicht möglich³. Das ist um so schlimmer, als gerade in derartigen Fällen die Bestimmungen über vorsätzliche oder fahrlässige Tötung oder Körperverletzung selten mit Erfolg herangezogen werden können.

3. Strafbar ist die Beteiligung — jede, im allerweitesten Sinne. Der Begriff ist nicht technisch, im Sinne der Teilnahmelehre (Mittäterschaft, Anstiftung, Beihilfe), zu verstehen. Beteiligt ist jeder, der bei der Schlägerei zugegen ist und dabei physisch oder psychisch mitwirkt⁴. Der Wille dazu muß vorhanden sein⁵. Wer durch seine Fahrlässigkeit in einen Raufhandel hineingezogen wird, ist nicht strafbar. — Die Beteiligung ist möglich, solange die Schlägerei dauert, vom ersten Angriff an bis zum letzten Schlag. Alles, was an mitwirkendem Handeln in den eine Einheit darstellenden Zeitraum hineinfällt, ist Beteiligung. Bloßen Versuch der Beteiligung am Raufhandel gibt es nicht⁶. Auf den Zeitpunkt,

¹ Prot. II. ExpKom. 2, 250ff. Nur Erfolgshaftung, unter Ablehnung des Gedankens, daß eine Strafbarkeitsbedingung vorliegt, nimmt v. HIPPEL: StR. 2, 380¹ an. Zur ganzen Frage KRIEGSMANN: 207ff.; LÖFFLER: 324ff.; FORRER: 61ff.; RITTLER: Festgabe für Frank (1930), II, 5, 15, 20ff. — Art 133 setzt bloß voraus, daß im Zusammenhang mit einem Raufhandel ein Mensch das Leben verloren oder eine Verletzung erlitten hat. Das ist nicht der Fall, wenn der Sturm einen Dachziegel unter die Streitenden trägt und einen Beteiligten verletzt. Wohl aber, wenn ein Beteiligter aus Versehen sich selbst verletzt.

² Höchstens kommen Übertretungsnormen in Betracht. Vgl. z. B. Appenzell A.-Rh. Art. 93: „Angriffe, Schlägereien . . ., welche keine Verletzung des Körpers nach sich ziehen, sind mit Geldbuße bis auf Fr. 200.— zu belegen“; auch Luzern, PolStG. § 80. — Unrichtig FORRER: 46.

³ Mit Recht kritisiert von FORRER: 70.

⁴ KRIEGSMANN: 181ff.; BINDING: Lehrbuch, I, 75; FORRER: 26ff., 52f. — Zürcher. Urteile: JZ. 18, 326, Nr. 255; Zürcher Bl. 31, Nr. 88.

⁵ Beteiligungsvorsatz. LÖFFLER: 324ff.; FORRER: 32ff.

⁶ Kaum bestritten. Trefflich BINDING: I, 75. Vgl. JZ. 28, 283, Nr. 245.

da der Tötungs- oder Verletzungserfolg, die objektive Strafbarkeitsbedingung, sich erfüllt, kommt nichts an¹.

Wer sich an einem Raufhandel „beteiligt“, ist Täter. Jeder leistet einen Beitrag zur Schlägerei. Bewußt gemeinsames Zusammenwirken der mehreren — z. B. mehrerer Angreifer — im Sinne einer Mittäterschaft mag wohl vorkommen. Aber den Mittäterbegriff braucht man hier nicht. Er geht in der „Beteiligung“ auf². Dagegen ist Teilnahme am Tatbestand des Art. 133 in den Formen der Anstiftung und der Beihilfe möglich: A bestimmt B und C, den X gemeinsam zu überfallen. Er oder ein anderer verschafft den Angestifteten oder sonst zur Tat Entschlossenen Waffen und sagt ihnen seine nach der Tat zu gewährende Unterstützung zu. Eine Beihilfe im technischen Sinne während der Tat kommt jedoch beim Delikt des Art. 133 nicht in Betracht, weil sie „Beteiligung“ wird³.

4. Ausdrücklich erklärt das Gesetz den für straflos, der bloß abwehrt oder die Streitenden scheidet⁴. Das ist im Grunde selbstverständlich. Wer sich so verhält, „beteiligt“ sich nicht. Wer den gegen ihn oder einen andern gerichteten Angriff „bloß abwehrt“, ist zudem unter dem Gesichtspunkt der Notwehr (Art. 33) straflos⁵.

Im übrigen trifft die Strafe alle Beteiligten, auch wenn sie selbst Verletzungen davongetragen haben oder zur Partei eines Getöteten oder Verletzten gehörten⁶. Den Verletzten aus Mitleid straflos zu lassen, deshalb, weil er durch die erlittene Verletzung schon genügend gestraft ist, liegt kein genügender Grund vor⁷. Er hat vielleicht den Streit begonnen, war der schlimmste Raufbold.

¹ FORRER: 62ff. Nicht haltbar BINDING: 78 (nicht „beteiligt“, wer erst nach Eintritt des Todes oder der Körperverletzung am Raufhandel teilnahm oder vor Zufügung der Verletzung davon abgestanden ist).

² So im Resultat auch KRIEGSMANN: 258.

³ KRIEGSMANN: 216f.; FORRER: 39ff. — In Einzelfällen sind Zweifel möglich. So beim Beispiel BINDINGS: 75f. (der Gastwirt, der das Licht auslöscht, damit die Schlägerei in seinem Lokal besser weitergehen kann. Nach B. liegt nicht Beteiligung am Raufhandel, sondern Beihilfe vor. — Faßt man den Beteiligungsbegriff weit genug, so reicht er auch hier aus. Übrigens wird dieser Wirt vor dem Richter wohl behaupten, er habe der Rauferei ein Ende machen wollen).

⁴ „à moins qu'il ne se soit borné à repousser une attaque, à défendre autrui ou à séparer les combattants.“

⁵ Zürcher Bl. 18, 326, Nr. 255: Wer erst im Verlaufe des Streites in Notwehr gerät und in diesem Zustande eine Körperverletzung verübt, kann sich nur wegen der letztern auf den Strafausschließungsgrund berufen, nicht wegen der Teilnahme am Raufhandel als solcher.

⁶ Zutreffend Zürcher Bl. 14, Nr. 114; ZELLER: Kommentar zürcher. StGB. § 134, N. 3d. Unrichtig ZÜRCHER: Kommentar zürcher. StGB. § 134, N. 4 und JZ. 15, 50, Nr. 13 (Glarus).

⁷ So Waadt Art. 148: richterliches Absehen von Strafe bei demjenigen möglich, „qui est suffisamment puni par les mauvais traitements qu'il a éprouvés ou

5. Können die Urheber einer bei einem Raufhandel erfolgten Tötung oder Körperverletzung ermittelt werden, so sind die Täter wegen dieser Delikte zu bestrafen¹. Bestritten ist, ob auf den Beteiligten, der getötet oder verletzt hat, auch noch Art. 133 anzuwenden ist, ob Idealkonkurrenz oder sogar Realkonkurrenz oder aber eine den Art. 133 konsumierende Gesetzeskonkurrenz angenommen werden muß. Die Annahme einer Konkurrenz gemäß Art. 68 ist richtig². Art. 133 bestraft die Beteiligung an sich, ohne Rücksicht darauf, ob der Beteiligte sich im Verlaufe des Handels eines weiteren Deliktes schuldig macht. Die weitere strafbare Handlung kann unmöglich den Art. 133 konsumieren³.

6. Die Strafdrohung — Gefängnis oder Buße — bringt zum Ausdruck, daß ohne Rücksicht auf die Schwere des im Zusammenhang mit einem Raufhandel eingetretenen, dem einzelnen nicht zurechenbaren Erfolges nur die Beteiligung bestraft werden soll⁴.

IV. § 11. Gefährdungen von Leib und Leben. Der Gefährdungsbegriff.

Literatur. BUSCH: Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts, Leipz. Diss. (1897). — COTTIER: Der Begriff der Gemeingefahr, Freiburger Diss. (1918). — HILFKE: Gefährdungshaftung im Strafrecht, Zürcher Diss. (1920) und Z. 33, 107ff. — SCHWENDIMANN: Die Gefahr im schweizer. Strafrecht, Berner Diss. (1920). — ITIN: Die Lebensgefährdung im Strafrecht, Zürcher Diss. (1921). — REMUND: Über die medizinische Bedeutung der Gefährdungsgesetzgebung, Zürcher (med.) Diss. (1916). — ZANGGER: Medizin und Recht (1919) und Z. 28, 260ff.; 381ff. — Angaben zu §§ 12—15.

I. Die herkömmliche Unterscheidung zwischen Verletzungs- oder Erfolgsdelikten und Gefährdungsdelikten geht davon aus, daß die ersteren eine erkennbare Veränderung in der Außenwelt, die letzteren

par les blessures qu'il a reçues". Dazu PASCHOD: Arrêts vaudois, 26. Auch Neuenburg Art. 325; Prot. I. ExpKom. 1, 361. Gut KRIEGSMANN: 213f. (mit weiteren Lit.-Angaben).

¹ Die VE. haben das zum Teil ausdrücklich bestimmt: VE. 1903 Art. 75, VE. 1908 Art. 78 und Prot. II. ExpKom. 2, 248, 252, 538: „Die Bestimmungen über Tötung und Körperverletzung bleiben vorbehalten.“ Der Satz wurde später als überflüssig gestrichen; Prot. 8, 234ff. Der Vorbehalt ergibt sich auch aus dem endgültigen Text („wird wegen dieser Beteiligung mit Gefängnis oder mit Buße bestraft“).

² Die herrschende Auffassung nimmt Idealkonkurrenz an; FORRER: 46; FRANK: Kommentar deutsches StGB. § 227, N. II 2 b und dort Zitierte. Reale Konkurrenz liegt deshalb vor, weil mehrere strafbare Handlungen, nicht nur mehrere Strafbestimmungen zusammentreffen: X beteiligt sich zunächst am Raufhandel, im weiteren Verlaufe tötet er. Übrigens ergibt sich, da Art. 68 die beiden Konkurrenzarten gleich behandelt, praktisch kein Unterschied.

³ Abweichend für das deutsche Recht BINDING: Lehrbuch, 1, 77.

⁴ Gut FORRER: 43, der aber kaum mit Recht die Wahl der Strafart und die Höhe der Drohung kritisiert (51).

nur einen Gefahrzustand bewirken. Da, juristisch gesehen, auch die Herbeiführung bloßer Gefahr einen Erfolg darstellt¹, kommt der Unterscheidung für die allgemeinen strafrechtlichen Lehren keine große Bedeutung zu (Allg. Teil, § 19 III). Im Besondern Teil, bei der Betrachtung der einzelnen Tatbestände, hat die Scheidung zwischen Verletzungs- und Gefährdungsdelikten dagegen größte Bedeutung. Vor allem auch als gesetzgeberisches Problem. Wie weit soll, über die eigentliche Verletzung hinaus, auch bloße Gefährdung, namentlich von Leben und Gesundheit, unter Strafe gestellt werden? Bei der heutigen Lebens- und Verkehrsgestaltung, die Gefährdungsmöglichkeiten in ungeheurer Zahl schafft, tritt die Frage immer wieder neu an den Gesetzgeber heran².

Gefahr ist ein Zustand, der den Eintritt der Verletzung bestimmter rechtlich geschützter Interessen als wahrscheinlich erwarten und besorgen läßt³.

Für die gesetzgeberische Frage, wie weit und in welcher Form Gefährdungstatbestände zu schaffen sind, ist die Unterscheidung zwischen konkreter und abstrakter Gefahr von Wichtigkeit. In ihr liegt eine — freilich unsichere, weil subjektivem Urteil unterworfenen — quantitative Differenzierung. — Bei der abstrakten Gefahr kommt es nicht darauf an, ob ein menschliches Verhalten im Einzelfall einen Gefahrzustand auslöst, sondern nur darauf, daß ein solches Verhalten als regelmäßig gefährlich bewertet wird. Auf Grund einer Abstraktion fordert der Gesetzgeber daher Gehorsam und schafft, um eine vielleicht weit abliegende Gefahrmöglichkeit zu bannen, prophylaktisch wirkende Ungehorsamstatbestände. Ihrem Wesen nach gehören sie in das Polizei- (Übertretungs-) Strafrecht⁴. Anders, wenn der Gesetzgeber in einem bestimmten Verhalten eine konkrete, d. h. eine in drohender Nähe

¹ v. ROHLAND: Die Kausallehre des StR. (1903), 19ff., Logisch betrachtet ist das zu Erwartende nicht etwas Wirkliches, sondern nur etwas Mögliches. Für die psychologische Auffassung hingegen . . . bedeutet das zu Erwartende eine Realität . . ." (21). Derselbe: VD. Allg. Teil, 1, 355; v. ULLMANN: eodem, 9, 32ff.; COTTIER: 5. Abweichende Ansichten — Gefahr nur eine Fiktion, nie eine Wirklichkeit — zusammengestellt bei SCHWENDIMANN: 25ff.

² SCHWENDIMANN: 4ff. (Entwicklung des strafrechtlichen Gefährdungsbegriffes). Über Fortschritte der Gefährdungskenntnis instruktiv ZANGGER: Z. 28, 277ff., 382ff.; REMUND: 9ff., 50ff., 169.

³ Über den häufig erörterten Gefahrbegriff namentlich v. ROHLAND: Die Gefahr im StR. (2. Aufl., 1888). Ferner BINDING: Normen, 1 (2. Aufl.), 119ff., 368ff.; COTTIER: 8ff.; HILFKER: 31ff.; ITIN: 43ff.; REMUND: 24ff.

⁴ BINDING: Normen, 1, 397ff., auch 324, Anm. 10; v. ULLMANN: a. a. O. 37ff.; HILFKER: 110, 124; REMUND: 65ff. (Epidemien-, Lebensmittel-, Kinderschutz-, Fabrikgesetze etc.); SCHWENDIMANN: 29; SCHLATTER (Lit. zu § 2): 163ff. — Der Gesetzgeber kann selbstverständlich auch konkrete Gefährdungen leichter Art als Übertretungen gestalten, z. B. Art. 136 (Verabreichen geistiger Getränke an Kinder).

lauernde Gefahr für ein bestimmtes schutzbedürftiges Interesse erblickt. Das sind die eigentlichen Gefährdungsdelikte, deren Tatbestand einen bestimmten Gefährzustand umschreibt¹. An sie schließt sich, als weitere, obere Stufe, das Verletzungsdelikt an².

II. Auch in der Unterscheidung zwischen Einzel- oder Spezialgefährdung und Gemeingefährdung liegt eine Differenzierung nach dem Maß der Gefahr. Jene bringt einen einzelnen Menschen oder einen ganz kleinen Kreis von Personen in Gefahr, ihr Leben, ihre Gesundheit³. Schwierig und unabgeklärt ist eine sichere Umgrenzung des Begriffes der Gemeingefährdung: Man hat sie gesehen in der Gefährdung einer unbestimmten Zahl von Menschen oder Gütern. In der Regel wird das zutreffend sein. Aber die Gemeingefahr braucht nicht notwendig eine „unbestimmt große Gefahr“ zu sein. Sie kann auch eine bestimmbare Größe haben⁴. Entscheidend ist, daß der Täter seinen gefährdenden Angriff nicht gegen bestimmte einzelne Menschen, sondern gegen eine — zahlenmäßig bestimmbare oder regelmäßig unbestimmbare — Allgemeinheit⁵ richtet, und daß er sich dabei solcher Mittel bedient, die zur Herbeiführung gemeiner Gefahr tauglich sind^{6, 7}.

¹ Dazu namentlich BINDING: a. a. O. 368ff. (mit Hinweisen auf ältere Literatur); Derselbe: Gerichtssaal, 86, 355. Siehe unten IV und ferner § 15 III (allgemeiner Gefährdungstatbestand). — Gut die eine eindringliche Untersuchung des objektiven Gefährdungsbegriffes abschließende Beschreibung ITINS: „Gefährdung ist das Herbeiführen einer Situation, als deren Ergebnis eine Verletzung bestimmter Rechtsgüter darum wahrscheinlich ist, weil weder der Bedrohte noch der Täter mehr imstande ist, sie aus eigener Kraft auszuschließen“ (97). — Über den Unterschied zwischen konkreter und abstrakter Gefährdung vgl. BE. 58 I, Nr. 35.

² BINDING: 364ff. Vgl. auch HILFKE: 119ff.; ITIN: 12ff.

³ Es ist auch Einzelgefährdung, wenn der Bergführer eine Mehrzahl von Personen, die sich ihm anvertraut haben, in hilfloser Lage im Stiche läßt (Art. 127). Vgl. HILFKE: 117f.

⁴ Beispiel: BINDING, Lehrbuch, 2, 4f.: „Der Befehlshaber eines Kriegsschiffes, der aufs Haar genau weiß, wieviel Menschen er an Bord hat, erzeugt zweifellos Gemeingefahr, wenn er die Lunte an die Pulverkammer legt.“ Über die verschiedenen Theorien gut COTTIER: 43ff., auch ITIN: 25f.

⁵ „Délits créant un danger collectif“, französische Überschrift des 7. Titels. Dazu GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 321.

⁶ Das letztere Moment erwähnt BINDING in seiner Untersuchung des Begriffes (Normen, 1, 394ff. und Lb. 2, 4ff.) nicht. Gut SCHWENDIMANN: 95. — Geschichtliche Entwicklung des Begriffes der Gemeingefahr und Rechtsvergleichung bei KITZINGER: VD. Bes. Teil, 9, 1ff. und COTTIER: 40ff. — Bezeichnend für die Schwierigkeit der Bestimmung des Begriffes die Unsicherheit in den Beratungen der I. ExpKom., Prot. 2, 210ff., 235ff., 244f., 663ff.

⁷ Bestimmte Mittel, namentlich die Entfesselung von Naturkräften, treten hier hervor. Sie haben zur Bildung der klassischen Tatbestände der Gemeingefährdung — Brandstiftung, Verursachung einer Überschwemmung — geführt. Mit der Zeit ist der Kreis der gemeingefährlichen Delikte viel weiter geworden.

III. Streit herrscht über das Wesen der Gefährdungsschuld. Man hat den Gefährdungsvorsatz grundsätzlich vom Verletzungsvorsatz abheben wollen¹. Dafür liegt jedoch weder ein dogmatischer noch ein praktischer Grund vor. Die allgemeinen Vorsatzlehren (Allg. Teil, § 24) gelten als Regel auch bei der Gefährdung. Der Täter kann sie mit Absicht, mit Vorsatz schlechthin und mit eventuellem Vorsatz herbeigeführt haben². Sein Wissen und Wollen richtet sich auf eine Gefährdung, nicht auf einen weiteren, verletzenden Erfolg. Trifft hingegen das letztere zu, so kommt je nachdem Vollendung oder Versuch eines Verletzungsdeliktes in Frage³. Entscheidend dafür, ob z. B. Tötungsversuch, vollendete oder versuchte Körperverletzung oder vorsätzliche Lebensgefährdung vorliegt, ist die Abklärung des subjektiven Sachverhaltes. Daß die Entscheidung im Einzelfall besonders schwierig sein kann, berührt die Richtigkeit der vorstehenden Sätze nicht⁴. Gelangt der Richter zur Annahme eines Verletzungsvorsatzes und daher zur Anwendung eines Verletzungstatbestandes, so wird dadurch die gleichzeitige Berücksichtigung eines Gefährdungstatbestandes ausgeschlossen⁵.

IV. Für die hier weiter allein zu berücksichtigenden Einzelgefährdungen läßt sich im Hinblick auf das G. folgendes System gewinnen:

¹ Stooss: Lehrbuch des österr. StR. (2. Aufl.), 92: Wissentlichkeit begründet den Gefährdungsvorsatz. Es genügt das Bewußtsein, daß die Gefährdung mit einer Handlung notwendig verbunden ist. Damit glaubte Stooss, den Begriff des dolus eventualis fallen lassen zu können; ZgesStRW. 15, 199ff. Zustimmung SCHWENDIMANN: 41. Ähnlich LÖFFLER: VD. Bes. Teil, 5, 278 „Der Gefährdungsvorsatz ist nichts als der dolus eventualis, genauer gesprochen die Wissentlichkeit . . . Die vorsätzlichen Gefährdungsverbrechen sind nichts als unvollendete Verletzungsverbrechen mit sog. dolus eventualis.“

² Beim Tatbestand der Lebensgefährdung (Art. 129) und bei einer größeren Zahl gemeingefährlicher Delikte ergeben sich Besonderheiten. Darüber unten § 15 II.

³ So über den Gefährdungsvorsatz BINDING: Normen (2. Aufl.) 1, 121f.; 2, 874ff.; Gerichtssaal, 86, 370ff.; v. HIPPEL: VD. Allg. Teil, 3, 528ff. und Deutsches StR. 2, 326ff. LANG: Prot. II. ExpKom. 5, 35f.: Wer gefährden will, hat nicht immer gleichzeitig den Verletzungsvorsatz; ITIN: 102ff.

⁴ Auf die besonderen Schwierigkeiten der Schuldfeststellung bei Gefährdungen weist ZANGGER: Z. 28, 272ff. und 402ff. hin.

⁵ BINDING: a. a. O. 122: Subsidiarität der Gefährdungstatbestände gegenüber den Verletzungstatbeständen. Abweichend nimmt v. HIPPEL: VD. a. a. O. 531 und StR. 328 Idealkonkurrenz der betreffenden Delikte (z. B. Aussetzung und Tötung) an. In einem solchen Fall wird aber der Richter erklären, der Täter habe durch Aussetzung getötet (und töten wollen) und nur wegen Tötung verurteilen. Anders natürlich der in Art. 127 Ziff. 2 des G. umschriebene Fall: Tod des Ausgesetzten infolge der Aussetzung, wobei der Täter diesen Erfolg voraussehen konnte (Fahrlässigkeit). Anders auch, wenn das Gesetz einem Verletzungstatbestand noch einen Gefährdungstatbestand anschließt, z. B. Art. 231 (Verbreiten gemeingefährlicher Krankheiten); vgl. oben § 7 III 1.

1. Art. 129 (Gefährdung des Lebens) ist eine Art Grundtatbestand, der, allerdings mit starker Verklausulierung, allgemein eine Gefährdung unter Strafe stellt¹.

2. Die Art. 127 und 130—132 handeln von den Gefährdungstatbeständen der Aussetzung und des Zweikampfes. An den Aussetzungstatbestand ist die Norm: Im Stiche lassen eines Verletzten (Art. 128) angeschlossen.

3. Die Art. 134 und 135 (Mißhandlung und Vernachlässigung eines Kindes, Überanstrengung von Kindern und Untergebenen) sind in dem Sinne sog. Mischtatbestände, als sie ein Verletzungsdelikt mit einem Gefährdungsdelikt — Schädigung oder schwere Gefährdung der Gesundheit oder der geistigen Entwicklung (letzteres nur in Art. 134) — miteinander verbinden und unter die gleiche Strafdrohung stellen. Als Übertretungsnorm schließt sich hier Art. 136 (Verabreichen geistiger Getränke an Kinder) an.

Zu Unrecht steht in dieser Gruppe, die das G. mit dem Titel: Gefährdung des Lebens und der Gesundheit zusammenfaßt, der Raufhandel (Art. 133). Er ist Verletzungs-, nicht Gefährdungsdelikt².

§ 12. Aussetzung.

Literatur. Angaben zu § 11. — **STOOS:** Grundzüge, 2, 25ff. — **RADBRUCH:** VD. Bes. Teil, 5, 185ff. — **LIFSCHITZ:** Das Aussetzungsdelikt in geschichtlicher Darstellung, Berner Diss. (1909). — **NEJMARK:** Die geschichtliche Entwicklung des Deliktes der Aussetzung und seine Stellung im schweizer. VE. Zürcher Diss. (1918). — **SCHREIBER:** JZ. 28, 71f. — **HALL:** Z. 46, 328ff.

I. Die Aussetzung ist der Typus einer konkreten Gefährdung. Der Art. 127 des G. setzt nicht den Eintritt eines Schadens voraus, sondern nur die Bewirkung oder die Nichtbehebung einer Gefahr für das Leben oder einer schweren unmittelbaren Gefahr für die Gesundheit eines hilflosen Menschen. Im Gegensatz zu früheren Rechten³ ist die Aussetzung nach Art. 127 ein sehr weit gefaßter Gefährdungstatbestand geworden, bei dem die Momente: räumliche Trennung einer hilfsbedürftigen Person von ihren Helfern und die Absicht des Täters, sich eines unbequemen

¹ Die Einzelheiten und namentlich die Erörterung der Frage, ob es gesetzgeberisch gerechtfertigt ist, einen allgemeinen Gefährdungstatbestand zu schaffen, unten § 15. — In der nachfolgenden Darstellung wird das Delikt der generellen Lebensgefährdung am Schluß behandelt. Die in gewissem Sinn auch subsidiäre Bedeutung des Art. 129 kommt dadurch besser zur Geltung.

² Oben § 10. — Gefährdungsmomente spielen auch bei einzelnen Fällen der Abtreibung eine Rolle; unten § 16 I 2. — Über den Wegfall eines besonderen Gefährdungstatbestandes der Vergiftung, den der VE. 1894 (Art. 66) vorsah, oben § 8 II 1.

³ Geschichtliche und ethnologische Daten — „Sitte“ der Aussetzung im Altertum und bei Naturvölkern — bei **NEJMARK:** 1ff., auch **LIFSCHITZ:** 13ff. — **Kantonale Rechte** **STOOS:** Strafgesetzbücher, 643ff.; Grundzüge, 2, 25ff.; **NEJMARK:** 58ff.

Menschen zu entledigen, ganz in den Hintergrund treten. Es ist nicht mehr die alte Aussetzung im Sinne einer „Weglegung“¹, eines „von sich tun und in hilflosen Zustand versetzen“, sondern das unter bestimmten Voraussetzungen erfolgende einer Gefahr Aussetzen. Die Bezeichnung des Deliktes als „Aussetzung“ ist gar nicht mehr zutreffend².

Der Art. 127 ergibt drei Varianten:

1. Der Täter bringt einen Hilflosen³ in eine Gefahr für das Leben oder in eine schwere unmittelbare Gefahr für die Gesundheit (Abs. 1). Die nahe Verwandtschaft mit Art. 129 — Gefährdung des Lebens — ist augenscheinlich. Soweit es sich um eine Lebensgefährdung handelt, ist Art. 127 I nichts anderes als ein qualifizierter Fall des Art. 129⁴.

2. Ein Hilfloser befindet sich bereits in einem Zustand der Gefahr, die jedoch nicht durch den Täter schuldhaft herbeigeführt worden ist. Der zur Sorge verpflichtete Täter befindet sich bei dem Hilflosen, verläßt ihn, entfernt sich von ihm, läßt ihn „im Stich“ (Abs. 2).

3. Das „Imstichelassen“ umfaßt weitergehend auch Fälle, in denen der Täter überhaupt sich nicht rührt. Vielleicht bleibt er bei dem Hilflosen, bekümmert sich aber nicht um ihn. Oder er ist räumlich von dem Hilflosen entfernt, könnte und sollte ihm zu Hilfe kommen, unterläßt es aber⁵.

Die Schuldfrage kann, namentlich bei der Aussetzung im engeren Sinne (Art. 127 I), Schwierigkeiten bereiten. Sie ist Vorsatzdelikt. Dem Täter muß bewiesen werden, daß er mit Wissen und Willen (Art. 18 II) sein Opfer in Lebens- oder Gesundheitsgefahr gebracht hat⁶. Dann taucht

¹ „Weglegung“: Aussetzung kleiner Kinder; Carolina, Art. 132 und die an sie sich anschließenden Gesetze; NEJMARK: 41ff.; Graubünden § 112f.

² So schon REICHEL: Prot. II. ExpKom. 2, 204 und namentlich NEJMARK: 84ff.

³ Besser würde es heißen „einen Hilfsbedürftigen“. Dazu HALL: a. a. O. 350, 364.

⁴ So auch RADBRUCH: 203; NEJMARK: 66 und 83f.; ITIN (Lit. zu § 11): 152. Vgl. unten § 15 I 2. — Damit ist wiederum gezeigt, wie weit Art. 127 I über den früheren „Aussetzungs“-Tatbestand hinausreicht. Beispiele bei NEJMARK: 73 (A ahmt Wilhelm Tell nach und schießt einen Apfel vom Kopfe seines Kindes ab. Der Krankenwärter führt einen Augenkranken in die Sonne und setzt ihn der Gefahr der Erblindung aus). Vgl. ferner ZÜRCHER und GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 199. Noch weiter wollte GABUZZI: eod. 202 gehen und jedes Verlassen eines Hilflosen, auch ohne Verursachung einer (konkreten) Gefahr unter Strafe stellen.

⁵ RADBRUCH: 198; HALL: 353ff. (mit guten Beispielen). Vgl. den Fall in JZ. 9, 145, Nr. 35 (Obergericht Appenzell a. Rh.): Ein Lehrer, der seine auf einem Schulausflug verunglückte Schülerin in hilfloser Lage im Stiche ließ. — Ausgeschlossen ist, daß sich der Täter gleichzeitig der Aussetzung im Sinne des Abs. 1 und des Imstichelassens gemäß Abs. 2 schuldig macht; NEJMARK: 79.

⁶ Baselstadt: Z. 3, 583; St. Gallen: Entscheidungen des Kantonsgerichtes, Amtsbericht 1930, Nr. 16; JZ. 28, 119, Nr. 125.

aber sofort die Frage auf, ob nicht Tötungs- oder Körperverletzungsvorsatz gegeben ist. Praktisch wird das Anwendungsgebiet des Art. 127, namentlich des Abs. 1, äußerst gering sein. Am ehesten können Fälle eines *dolus eventualis* in Betracht kommen¹.

II. Die Auslegung des Art. 127 führt zu folgenden Einzelfragen:

1. Die Gefahr, die der Täter bewirkt oder zu beheben unterläßt, muß eine „Gefahr für das Leben“ — eine Todesgefahr — oder eine „schwere unmittelbare Gefahr für die Gesundheit“ des Opfers sein. Ob das letztere gleichbedeutend ist mit der unmittelbaren Gefahr einer schweren Körperverletzung, die nach Art. 122 bestimmt werden müßte (NEJMARK: 75f.), ist sehr zweifelhaft. Bei der Tatsachenfeststellung ist übrigens eine scharfe Trennung der beiden Gefährdungen objektiv schwer denkbar. Auch subjektiv, im Hinblick auf Vorsatz und Bewußtsein des Täters, läßt sich die Unterscheidung kaum je durchführen². Sie ist auch nicht notwendig. Der Richter hat sich mit der Feststellung zu begnügen, daß für Leben oder Gesundheit oder für beide eine Gefahr bestanden hat. Er muß dabei sein Ermessen durch die Erfahrungen des Lebens leiten lassen, durch die Überlegung, daß eine Todesgefahr oder eine unmittelbare schwere Gesundheitsgefahr dann gegeben ist, wenn sich die Wahrscheinlichkeit einer Gefahr der Sicherheit, daß ein Schadenserfolg eintritt, nähert³.

2. Opfer der Aussetzung ist ein Hilfloser. Die welschen Texte erklären genauer: *une personne hors d'état de se protéger elle-même* (*una persona incapace di provvedere a sè stessa*). Damit ist die zu enge Beschränkung nach bisherigen Rechten auf Kinder, Gebrechliche, Kranke⁴ aufgegeben. Hilflosigkeit ist fehlende oder verminderte Abwehrfähigkeit gegen drohende Gefahren, die auf den verschiedensten körperlichen und geistigen Mängeln, vorübergehenden⁵ und dauernden, aber auch auf

¹ Vom Standpunkt der Vorstellungstheorie aus, wonach der Vorsatz schon in der die Willensbetätigung begleitenden Vorstellung des Erfolges besteht, wäre der Vorsatzbeweis leichter. Art. 18 II bekennt sich aber zur Willenstheorie; Allg. Teil, 110 — abweichend NEJMARK: 81, 90. Vgl. auch HALL: 343f., 348.

² v. LISZT: VD. Bes. Teil, 5, 151.

³ Vgl. SCHWENDIMANN (Lit. zu § 11): 90ff. mit zutreffender Kritik der in den Ausdrücken: Gefahr — schwere Gefahr — unmittelbare Gefahr liegenden unzulänglichen Versuche einer Abstufung. Ferner SCHREIBER: JZ. 28, 71f.

⁴ Glarus § 99, Appenzell a. Rh. Art. 89: Aussetzung hilfloser Kinder durch die Eltern; Wallis Art. 230ff. und Genf Art. 290ff.: Kinder unter 7 Jahren (im Anschluß an Art. 349ff. des französischen Code pénal); Luzern § 164, Solothurn § 114, St. Gallen Art. 139, Graubünden §§ 112ff., Neuenburg Art. 304: Kinder, Gebrechliche, Kranke. — Gegen diese Beschränkungen RADBRUCH: a. a. O. 195, 201 und die heutige Literatur allgemein.

⁵ Auch ein hoher Grad von Trunkenheit als eine auf einem Krankheitszustand beruhende Hilflosigkeit; so St. Gallen: Entscheidungen des Kantonsgerichtes 1930, Nr. 16; FRANK: Kommentar Deutsches StGB. § 221, N. II; v. LISZT-SCHMIDT (25. Aufl.), § 90 II 1.

äußeren Verhältnissen¹ beruhen kann. Ob Hilflosigkeit vorliegt, ist eine vom Richter zu entscheidende Tatfrage (HALL: 342f.).

3. Der Täter ist entweder eine Person, die den Hilflosen unter ihrer Obhut hat, oder ein Fürsorgepflichtiger. Mit dem ersten Begriff weist das Gesetz auf ein tatsächliches, nicht auf ein juristisches Verhältnis hin. Eine Rechtspflicht zur Obhut kann zwar gegeben sein, ist aber nicht erforderlich. Es genügt, daß Obhut übernommen worden ist — der Alpinist, der einen Knaben oder einen ganz Unerfahrenen mit in die Berge nimmt². — Bei demjenigen dagegen, der für einen Hilflosen „zu sorgen hat“, beim Fürsorgepflichtigen, besteht eine Rechtsbeziehung zu seinem Opfer. Sie kann durch Gesetz begründet sein (Fürsorgepflicht der Eltern, Vormünder, gewisser Beamter usw.). Sie kann auch auf Vertrag, namentlich einem Dienstvertrag, beruhen³.

4. In Ziff. 2 des Art. 127 wird mit geschärfter Strafdrohung (Zuchthaus schlechthin) der Fall herausgehoben, daß der Tod des Ausgesetzten eintritt und der Täter diesen Erfolg voraussehen konnte⁴. — Bei der Strafdrohung des Art. 127 — Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis nicht unter 1 Monat, bei Todesfolge Zuchthaus bis zu 20 Jahren — fällt das Mißverhältnis zu der Strafe der Kindestötung (Zuchthaus bis zu 3 Jahren oder Gefängnis nicht unter 6 Monaten) auf. Die Mutter, die ihr Kind gleich nach der Geburt „aussetzt“, begeht kaum ein schwereres Delikt (Höchstmaß 5 Jahre Zuchthaus), als die Mutter, die es tötet (Höchstmaß 3 Jahre). Andererseits greift wieder das Höchstmaß bei Aussetzung mit Todesfolge (20 Jahre) zu hoch⁵.

III. Um die Tragweite des Tatbestandes der Aussetzung abschließend zu bestimmen, ist das Verhältnis des Art. 127 zu einer Reihe anderer Tatbestände zu beachten.

1. Das Imstichelassen eines Verletzten nach Art. 128 kann als leichter Fall einer „Aussetzung“ gelten. Er schließt sich an Art. 127 II an, ist wie dieser, Unterlassung einer gebotenen Nothilfe.

¹ Einerseits: ein körperlich und geistig voll Leistungsfähiger wird auf einem verlassenen, steuerlosen Schiff ausgesetzt; andererseits: die Mutter legt ihren Säugling auf die Landstraße; ITIN (Lit. zu § 11): 65.

² BINDING: Lehrbuch, 1, 63 (tatsächliche Übernahme der Obhut); HAFTER und LANG: Prot. II. ExpKom. 2, 200, 202; NEJMARK: 67 ff.; SCHWENDIMANN: 94. Abweichend RADBRUCH: a. a. O. 192, Anm. 1.

³ GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 199; NEJMARK: 69 ff.

⁴ Dazu GABUZZI: Prot. II. ExpKom. 2, 202, 204; HALL: 345. — Vgl. oben § 9, S. 42 und Anm. 2 (weitere, entsprechende Fälle).

⁵ Der Richter muß im Einzelfall bei der Strafzumessung diese Verhältnisse berücksichtigen. Die Weite der Strafraumen ermöglicht ihm ein richtig bemessenes Urteil. Vgl. Neuenburg Art. 305: L'exposition d'un enfant nouveau-né, lorsqu'elle a entraîné la mort, est punie comme l'infanticide. Auf die nahe Beziehung zwischen Kindesaussetzung und Kindestötung wird auch sonst hingewiesen; GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 199 f.

Art. 128 ist der kärgliche Überrest einer in den Entwürfen aufgestellten, als bloße Übertretung gedachten Vorschrift¹. Strafbar — mit Gefängnis oder mit Buße — ist nach Art. 128 jedermann, der einen andern verletzt hat oder der ein Fahrzeug, ein Reit- oder ein Zugtier benutzt, durch das der andere verletzt worden ist, wenn er den Verletzten im Stiche läßt. Im Gegensatz zu Art. 127 wird nicht ein Obhuts- oder Fürsorgepflichtverhältnis vorausgesetzt. Es ist auch nicht erforderlich, daß für den Verletzten eine Lebensgefahr oder eine schwere Gefahr für die Gesundheit besteht. Die Bestimmung soll vor allem eine Gewissensschärfung sein, jeden, der, sei es schuldhaft oder nicht schuldhaft, Ursache der Verletzung eines Mitmenschen geworden ist, zu einem anständigen und hilfreichen Verhalten veranlassen. Niedrige Rücksichtslosigkeit soll bestraft werden. Das Imstichelassen besteht hier regelmäßig darin, daß der Automobilfahrer, Reiter usw. unbekümmert das Weite sucht².

2. Das Verhältnis zwischen der Aussetzung nach Art. 127 und dem noch allgemeiner gehaltenen Tatbestand der Gefährdung des Lebens nach Art. 129 ist unten § 15 erörtert.

3. Spezialtatbestände, die dem Art. 127 vorgehen, sind die Gesundheitsgefährdungen von Kindern, untergebenen unmündigen oder weiblichen Angestellten usw. durch Personen, denen Pflege und Obhut gemäß Art. 134 und 135 obliegt³; unten § 14. Ebenso geht die Verletzung der Erziehungspflicht nach Art. 219 grundsätzlich dem Art. 127 vor.

¹ E. 1918 Art. 296: „Unterlassung der Nothilfe. Wer es unterläßt, einem Menschen in Lebensgefahr zu helfen, obwohl es ihm den Umständen nach zugemutet werden konnte; wer jemanden, den er verletzt hat, oder der durch ein Fahrzeug, ein Reittier oder ein Zugtier, das der Täter benutzt, verletzt worden ist, im Stiche läßt; wer einer andern gesetzlichen Pflicht zur Nothilfe nicht nachkommt; wer der Aufforderung eines Polizeibeamten, ihm zur Nothilfe Beistand zu leisten, nicht nachkommt; wer andere davon abhält, Nothilfe zu leisten oder sie daran stört; wird mit Haft oder mit Buße bestraft.“ Dazu PЕДОТТІ: Die Unterlassung der Nothilfe, Zürcher Diss. (1911); Prot. II. ExpKom. 6, 206ff.; 7, 302f.; StenBull. NR. 1929, 90.

² Über die Umgrenzung des Täterkreises können aus den Worten: „ein Fahrzeug . . . benutzt“ Zweifel entstehen. Ist jeder Passagier z. B. eines großen Gesellschaftswagens, durch den jemand verletzt worden ist, strafbar, wenn er die Hilfeleistung unterläßt? Die Lösung liegt im Ausdruck „im Stiche läßt“. Strafbar ist der, dem nach den Umständen Hilfeleistung zuzumuten war. — Zur Entstehungsgeschichte und Auslegung des Art. 128 Prot. II. ExpKom. 2, 200ff.; 3, 52ff. Vgl. jetzt Art. 60 des BGes. vom 15. März 1932 über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr, und dazu ARBENZ: Der Motorfahrzeugführer als Delinquent, Zürcher Diss. (1932), 51 ff. (sog. Führerflucht); ferner § 22 II des deutschen Kraftfahrzeuggesetzes von 1909 und dazu STENGLEINS Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen (5. Aufl.), 1, 562ff.

³ Vgl. ferner den Gefährdungstatbestand in Art. 136 (Verabreichen geistiger Getränke an Kinder); unten § 14 VI.

4. Art. 127 ist nicht anzuwenden, wenn das Aussetzen oder Imstiche-lassen eines Hilflosen mit Tötungs- oder Körperverletzungsvorsatz erfolgt. Nur die Bestimmungen über Tötung und Körperverletzung kommen zur Geltung. Konkurrenz liegt nicht vor¹.

Fehlt dem Täter die Vorstellung, daß er gefährdet, oder daß er in einer Gefahr im Stiche läßt, so kann es sich, wenn ein entsprechender Erfolg eintritt, um fahrlässige Tötung oder Körperverletzung handeln.

§ 13. Zweikampf.

Literatur. STROOS: Grundzüge, 2, 29ff. — FAZY: Le duel, Genfer Diss. (1871). — ROGUIN: Du duel suivant le droit suisse et de la répression pénale à laquelle sont exposés les étrangers qui vont se battre en duel en Suisse, Journal du droit internat. privé, 1891, 787ff. — GRESSLY: Der Zweikampf, Berner Diss. (1896). — GAUTIER: Z. 11, 1ff. — v. OVERBECK: Der Zweikampf in der schweizer. Strafgesetzgebung, Festschrift für Binding (1911), 437ff. — KOHLRAUSCH: VD. Bes. Teil, 3, 125ff., 171f. — HOLER: Die Einwilligung des Verletzten, Zürcher Diss. (1906), 140ff.

I. Die umständliche Ordnung der Zweikampfdelikte in den Art. 130 bis 132 scheint in einem gewissen Widerstreit damit zu stehen, daß in der Schweiz heute die Duellsitte so gut wie ausgespielt hat. Auch die studentische Mensur spielt hierzulande nur mehr eine unbedeutende — und sehr uninteressante — Rolle². Daß der Zweikampf als Gottesurteil oder als staatlich für gewisse Fälle autorisierter Kampf heute bedeutungslos ist, erscheint selbstverständlich³. Aber auch an seine moralische Rechtfertigung oder gar Notwendigkeit glauben heute, wenigstens in der Schweiz, nur noch die wenigsten. Deshalb muß man ihn strafen. Aber ihn in den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten aufgehen zu lassen, ist verfehlt. Wer nach bestimmten Kampfregeln einem Gegner im Duell gegenübertritt, hat zu der gegen ihn gerichteten Gefährdung und, wenigstens eventuell, auch zu den ihm zugefügten Verletzungen seine Ein-

¹ BINDING: Lehrbuch, 1, 64; ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 2, 203; NEJMARK: 78f. — Vgl. oben § 11, S. 50, Anm. 5.

² Köstlich darüber GAUTIER: Z. 11, 32f. Merkwürdig ist, wie viel in der Gesetzesberatung über die studentische Mensur geredet werden mußte: Prot. II. ExpKom. 2, 206ff.; StenBull. NR. 1929, 88ff.; 1934, 388ff.; StR. 1931, 508f. Nach der zürcherischen Kriminalstatistik wurden im Jahrzehnt 1911—1920 wegen Zweikampfes 15 Angeklagte verurteilt. Davon entfallen auf das Jahr 1920 allein 7. In den Jahren 1921, 1923—1925, 1927—1929 erfolgten keine Verurteilungen. Im Jahre 1922 wurden 8, im Jahre 1926 2 Angeklagte verurteilt (Rechenschaftsberichte des zürcher. Obergerichtes). Meines Wissens handelte es sich bei den Verurteilungen ausnahmslos um studentische Messuren. — Die bekanntlich im argen liegende eidgenössische Kriminalstatistik gibt keine Auskunft über den Zweikampf in der Schweiz.

³ Zur geschichtlichen Entwicklung des Zweikampfes und seiner Kriminalisierung namentlich LEVI: Zur Lehre vom Zweikampfverbrechen (1889). Ferner GRESSLY: 5ff., 61ff.; BINDING: Lehrbuch, 1, 64ff. (mit Hinweisen auf die umfangreiche Literatur); KOHLRAUSCH: VD. Bes. Teil, 3, 134ff., 150ff.

willigung gegeben, sie mindestens auf sich genommen¹. Dazu kommt, daß beim Zweikampf der oder die Täter nicht notwendig mit Tötungs- oder mit Verletzungsvorsatz handeln müssen (s. unten II 3). Auch Versuch einer Tötung oder Körperverletzung ist dann nicht gegeben. Bei jedem Zweikampfsfall liegt aber mindestens eine bewußte Gefährdung von Leib und Leben vor. Geht man davon aus, so hätte der Gesetzgeber erwägen können, den Zweikampf — oder wenigstens dessen Grundtatbestand — in eine allgemeine Gefährdungsnorm einzubeziehen. Durch die dem Art. 129 gegebene Fassung (unten § 15) wurde das — kriminalpolitisch richtig — ausgeschlossen. So ergab sich die Gestaltung von besonderen Tatbeständen².

II. Das Gesetz verzichtet auf eine genaue Umschreibung des Grundtatbestandes. Art. 131 Ziff. 1 I beschränkt sich auf die Worte: „Der Zweikampf mit Waffen wird mit Gefängnis bis zu 5 Jahren bestraft“. Bisherige Gesetze umgrenzen dagegen den Tatbestand genauer. Luzern § 173 bestimmt z. B.: „Wenn zwei Personen wegen einer Beleidigung mit gegenseitiger Einwilligung einen geregelten Kampf mit lebensgefährlichen Waffen eingehen, machen sie sich des Verbrechens des Zweikampfes schuldig.“³ Angesichts der mangelhaften Ausgestaltung des Art. 131 I I ist die Tragweite des Grundtatbestandes aus dem Zusammenhang der Art. 130—132, aus der Literatur und — im Anschluß an die bisherige Gesetzgebung — aus der Rechtsprechung zu erschließen.

¹ Zürcher Bl. 8, 12: Die Einwilligung oder Duldung vermag nicht die Rechtswidrigkeit aufzuheben. Sie vermindert aber die Strafwürdigkeit und rechtfertigt die Aufstellung einer milderen Strafdrohung. — Gegen die Einwilligungstheorie HOLER: Die Einwilligung des Verletzten, Zürcher Diss. (1906), 140ff. (nicht überzeugend). Über sie ferner GRESSLY: 77ff.

² Schweigt das Gesetz, wie es in Frankreich — das seit mehr als 100 Jahren um eine besondere Duellgesetzgebung sich erfolglos bemüht — der Fall ist, so besteht Rechtsunsicherheit darüber, wie die Folgen eines Zweikampfes zu beurteilen sind, während der Zweikampf, sofern es bei einer bloßen Gefährdung bleibt, straflos ist. — Die zutreffende und heute in der Gesetzgebung vorherrschende Lösung ist: Bestrafung des Zweikampfes an sich als Gefährdung; mildere Bewertung der Folgen des Zweikampfes seiner Besonderheit wegen; Unterstellung unter das gemeine Recht (Tötung, Körperverletzung) bei wissentlicher Verletzung der Zweikampfsregeln. Für die Rechtsvergleichung wertvoll KOHLRAUSCH: VD. Bes. Teil, 3, 147ff. und neuer in Anlage I zum Deutschen E. 1927, 96ff. — Über die Entwicklung der französischen Praxis GAUTIER: Z. 11, 12ff.

³ So wörtlich auch Aargau § 131. Weiter über die kantonalen Rechte STROOS: Strafgesetzbücher 653ff.; Grundzüge, 2, 29ff.; GRESSLY: 23ff.; GAUTIER: Z. 11, 32ff.; v. OVERBECK: 438ff. — Die beiden Appenzell, Tessin und Genf enthalten keine Duellbestimmungen. Tessin Art. 322 verordnet dagegen ausdrücklich: „La legge non riconosce scusa negli autori e complici di omicidio o di lesione personale, commessi o tentati per causa di duello.“ Also Anwendung des gemeinen Rechtes. Über Genf GAUTIER: 14ff., der auf die aus dem Genfer Gesetz sich ergebende Rechtsunsicherheit hinweist.

1. Voraussetzung ist ein Zweikampf mit Waffen. Das Gesetz verzichtet darauf, ausdrücklich von „lebensgefährlichen“ oder „tödlichen“ Waffen zu sprechen¹. Der Abklärung aber bedarf der Waffenbegriff selbst. Das Gesetz verwendet ihn auch beim Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung in Art. 123 (oben § 8 II 1). Wenn schon dort als Waffen nur Gegenstände zu gelten haben, die ihrer Bestimmung nach zu Angriff und Verteidigung dienen, so muß das für die Zweikampfwaffe erst recht zutreffen. Schuß-, Hieb-, Stichwaffen kommen, im Hinblick auf die Geschichte des Duells und des Zweikampfdeliktcs, allein in Betracht. Andere Gegenstände, die in des Menschen Hand auch gefährlich werden können: Stöcke, Eisenstangen, Schlagringe, aber auch die Menschenfäuste sind keine Zweikampfwaffen. Auch der Boxkampf ist kein Zweikampf im Sinne des Gesetzes². Treten sich zwei Gegner mit solchen „Waffen“ entgegen, so nimmt wohl auch der allgemeine Sprachgebrauch kein Duell an, abgesehen davon, daß bei derartigen Kämpfen regelmäßig auch andere Tatbestandsmomente des Zweikampfes (s. unten) nicht erfüllt sein werden³.

Bestritten ist die Erfordernis der Gleichheit der Waffen. Sie ist aber das Merkmal des loyalen Kampfes, den das Duell nach seiner jahrhundertalten Geschichte darstellt⁴.

2. Von der Tradition ist der Duelltatbestand auch in der Weise beeinflußt, daß es sich um einen vereinbarten und nach bestimmten Regeln geordneten Kampf handeln muß. Der Zweikampf ist nie ein aus dem Augenblick heraus entstandenes Rencontre. Das Gesetz weist zwar nicht im Grundtatbestand des Art. 131 Ziff. 1 I, wohl aber an andern Stellen auf diese Momente hin: In Abs. 2 ist von der besondern „Verabredung“, der

¹ Damit entfallen die — freilich stark tendenziös anmutenden — Streitfragen, die im Anschluß an die Worte „tödliche Waffen“ in § 201 des deutschen StGB. entstanden sind (der studentische Mensurschläger eine tödliche Waffe?). Vgl. BINDING: Lehrbuch, I, 69; FRANK: Kommentar (18. Aufl.), 452f. und dort zitierte Literatur; GAUTIER: 34, 48; GRESSLY: 110ff. — Die studentische Mensur ist nach dem Gesetz selbstverständlich strafbar, auch dann, wenn schützende Vorkehrungen getroffen werden. So schon die bisherige Praxis: Zürcher Bl. 8, Nr. 4; 20, Nr. 76; JZ. 17, 331, Nr. 256. Offen bleibt nur die Frage der Privilegierung (unten IV). Über die neuerliche Freigabe der studentischen Schlägermensur in Deutschland vgl. jetzt LOHMANN: Deutsche JZ. 38, 614f.

² Dazu Prot. II. ExpKom. 2, 212ff. (MÜLLER, LANG, v. PLANTA).

³ Sind die Duellbestimmungen eine Art Klassengesetz, wie in der Gesetzesberatung gesagt worden ist (StenBull. NR. 1929, 92, 96: FARBSTEIN, HUBER)? In einem gewissen Sinne ja. Aber die Art. 130—132 wollen nicht nur in bestimmten Fällen den Täter günstiger stellen als das gemeine Recht. Sie stellen in mehrfacher Hinsicht privilegia odiosa dar.

⁴ GAUTIER: Z. 11, 10. Abweichend v. LISZT-SCHMIDT: Lehrbuch, § 93, I; FRANK: Kommentar (18. Aufl.), 452, die nur (annähernde) Gleichwertigkeit — ein höchst unbestimmter Begriff — fordern.

Zweikampf solle den Tod eines der Kämpfenden herbeiführen, die Rede. In Ziff. 3 wird von den „Regeln“ des Zweikampfes gesprochen. Auf diese Regeln weist auch die besondere Nennung der Sekundanten, Zeugen usw. in Ziff. 4 hin.

Die Zweikampfregele werden durch Verabredung mit Beobachtung der Tradition und der im einzelnen Kreis herrschenden Übung festgelegt. Eine Erörterung von Einzelheiten erübrigt sich¹. Der Richter muß das besondere Zweikampfrecht anwenden, sobald er festgestellt hat, daß überhaupt ein geregelter Kampf stattgefunden hat².

3. Zweikampf im Sinne der Art. 130—132 ist daher der vereinbarte, geregelte Kampf zwischen zwei Personen mit gleichen Waffen. Ob er eine Tötung oder eine Körperverletzung zur Folge hat, ist unwesentlich³. Er ist als Gefährdung von Leib und Leben strafbar. Damit ist seine Einstellung bei den Delikten gegen Leib und Leben gerechtfertigt⁴. Daraus ergibt sich auch der Zeitpunkt der Vollendung. Der Zweikampf ist vollendet, sobald mindestens von einer Seite der Kampf ernsthaft, d. h. mit dem Vorsatz, wenigstens zu gefährden, eröffnet worden ist⁵. Auf einen verletzenden Erfolg kommt es nicht an. Das kampfbereite Gegenüberstehen ist Versuch. Kein „Kampf“ ist

¹ GAUTIER: Z. 11, 33 weist auf die Verschiedenheit der Regeln, nach denen in Frankreich und in Deutschland ein Zweikampf angebahnt und durchgeführt wird, hin. „Le duel allemand mobilise . . . un personnel dont le luxe nous surprend“ (Kartellträger, Unparteiischer, Sekundanten, Zeugen); vgl. auch Zürich §§ 92ff.

² Vgl. auch BE. 9, Nr. 49 (keine Auslieferung auf Grund des deutsch-schweizer. Auslieferungsvertrages, der den Zweikampf nicht erwähnt, unter dem Gesichtspunkt der Tötung und Körperverletzung).

³ Zürich § 92: „Der Zweikampf wird, auch wenn er keine Körperverletzung . . . zur Folge hatte, . . . bestraft.“ Bisherige Gesetze führen dagegen häufig in den Strafdrohungen Abstufungen je nach der Schwere des verursachten Erfolges durch; Daten bei GRESSLY: 31ff. und neuer Freiburg Art. 68 II und Waadt Art. 149 I (fakultative Androhung von Zuchthaus bei tödlichem Ausgang).

⁴ Heute fast allgemein anerkannte Auffassung. Der Zweikampf ist nicht, wie frühere Gesetze und Schriftsteller annahmen, ein Delikt gegen die öffentliche Sicherheit und gegen den Frieden (s. z. B. noch Zürich). Auch die bis heute festgehaltene italienische Auffassung, die den Zweikampf als verbotene Eigenmacht, als Verbrechen gegen die Rechtspflege, kennzeichnet (Cod. pén. 1930, Art. 394ff.), ist nicht zutreffend. Das wäre nur dann richtig, wenn die Duellanten in jedem Falle ein Recht, das ihnen der Richter verschaffen kann, durch den Zweikampf sich selbst nehmen wollten. Dazu gut GAUTIER: Z. 11, 11; Stooss: Grundzüge, 2, 31.

⁵ Der Vorsatz kann sehr verschieden sein. Entscheidend ist, daß der Vorsatz, das Leben oder die körperliche Unversehrtheit des Gegners zu gefährden, für die Erfüllung des Grundtatbestandes genügt. — Einzelne bisherige Gesetze bestimmen den Zeitpunkt der Vollendung ausdrücklich: z. B. Schaffhausen § 118 II „sobald einer der beiden Teile von den zum Kampf bestimmten Waffen gegen den andern Gebrauch gemacht hat“.

gegeben, wenn der eine oder wenn beide Täter sich so verhalten, daß eine Gefährdung als ausgeschlossen gelten kann, wenn sie z. B. bewußt gefahrlos in die Luft schießen. Hier fehlt es objektiv und subjektiv am Tatbestand¹. Im Gegensatz zu früheren Rechten, die, wie z. B. Luzern § 173, im Zweikampf nur die Austragung von Ehrenhändeln sehen („wegen einer Beleidigung“), kommt für die Erfüllung des Tatbestandes auf das Motiv nichts an². Es ist aber gemäß Art. 63ff. bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.

4. Für die Teilnahme am Zweikampf ist von den allgemeinen Regeln der Art. 24ff. auszugehen. Doch ergeben sich folgende Besonderheiten: Sekundanten, Zeugen, Ärzte und andere „Beteiligte“ stehen unter den Teilnahmeregeln nur, wenn sie zum Zweikampf aufgereizt haben. Trifft das nicht zu, so bleiben sie straffrei (Art. 131 Ziff. 4). Das ist namentlich mit den diesen Personen nach den Zweikampffregeln zugewiesenen Funktionen zu erklären: Die Sekundanten und die „Zeugen“ haben auf die Ehrlichkeit des Kampfes, auf die Beobachtung der Kampffregeln zu achten. Auch die im G. nicht ausdrücklich genannten „Unparteiischen“ haben diese Aufgabe. Man kann sie zu den „Zeugen“ zählen³. — Kaum bestritten ist, die zu einem Zweikampf zugezogenen Ärzte straffrei zu lassen. Sie sollen Gefahren beseitigen oder wenigstens mildern⁴. Auch dem mitwirkenden Kandidaten der Medizin gebührt, ob schon er noch nicht patentierter Arzt ist, Straffreiheit. Das ergibt sich aus einer durchaus zulässigen ausdehnenden Auslegung des Arztbegriffes. Die Strafflosigkeit kann auch aus den in Art. 131 Ziff. 4 beigefügten Worten „und andere Beteiligte“ gefolgert werden. Wie weit der Begriff andere Beteiligte reicht, bleibt im übrigen unklar. Der französische Text spricht enger von „auxiliaires“ (Hilfspersonen, Bedienstete). Der Sinn der Bestimmung kann aber nicht sein, eine als Zuschauer geladene oder sonst anwesende Person von der Strafbefreiung auszuschließen. — Die Straffreiheit der in der Ziff. 4 genannten Personen entfällt, wenn sie zum Zweikampf aufgereizt haben. Trifft das zu, so sind die Teilnahmebestimmungen zur Geltung zu bringen, nicht der besondere Tatbestand

¹ GRESSLY: 105ff.; BINDING: Lehrbuch, I, 72; KOHLRAUSCH: VD. a. a. O. 142, 145.

² Das ist, wenn es notwendig wäre, ein weiterer Beweis dafür, daß auch die studentische Bestimmungs- oder Freundschaftsmensur nach dem Gesetz Zweikampf ist.

³ GRESSLY: 148, 151ff. (Auseinandersetzung mit der deutschen Literatur); ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 128. Gegen die Straffreiheit der Sekundanten FARBSTEIN: StenBull. NR. 1929, 92. Bisherige Rechte sind in der Strafbefreiung sehr zurückhaltend; Daten bei STOOSS: Grundzüge, 2, 34; GRESSLY: 37f.

⁴ Sehr streng Freiburg Art. 68 III: Sekundanten und Zeugen und ebenso Ärzte, die ihre Mitwirkung im voraus zugesagt haben, werden als Gehilfen bestraft.

des Art. 132, der eine Aufreizung in einem früheren Zeitpunkt, durch „Unbeteiligte“, unter Strafe stellt (unten VI).

Vom G. nicht klar gelöste Fragen bleiben: Es ist zweifelhaft, ob „Beteiligter“ im privilegiierenden Sinn von Art. 131 Ziff. 4 ist, wer z. B. an einem Ehrengericht, dessen Beschluß für die Duellanten maßgebend ist, teilnimmt, wer zu einem Zweikampf Waffen oder Geld zur Verfügung stellt oder wer dazu Platz gibt¹. Verneint man die Frage, so muß Bestrafung wegen Beihilfe erfolgen. Auch den Begünstiger, der nach vollzogenem Duell die Spuren verwischt oder die Polizei hinters Licht führt, kann man nur schwer als „Beteiligten“ gelten lassen².

5. Kein Zweikampf ist das sog. amerikanische Duell, das Losen um die Verpflichtung, sich selbst zu töten. Es ist kein Kampf und wollte man ihn in einem übertragenen Sinne noch annehmen, so fehlt es an einem Gegenübertreten der Gegner mit gleichen Waffen. Die juristische Wertung solcher Fälle, über deren Vorkommen man wenig hört, ist stark umstritten. Die Veranstaltung der Losziehung selbst ist straflos. Ebenso der unglückliche Verlierer, der sich das Leben zu nehmen versucht. Dagegen ist der Tatbestand der Verleitung zum Selbstmord (Art. 115) dann gegeben, wenn der Gewinner in der Lebenslotterie den Gegner am gegebenen Ehrenwort festhält und ihn dadurch zum Selbstmord drängt³.

III. Der Zweikampf ist, durch Ansetzung eines Mindeststrafmaßes von 1 Jahr Gefängnis, qualifiziert, wenn nach der Verabredung der Tod eines der Kämpfenden herbeigeführt werden soll (Art. 131 I II). Die Bestimmung bleibt im Rahmen des Gefährdungstatbestandes. Sie ist auch anwendbar, wenn keine Tötung erfolgte. Nur die besondere Verabredung entscheidet. Sie braucht nicht so zu lauten, daß ausdrücklich die Tötung eines der beiden Kämpfer stipuliert wird. Sie kann sich aus den besondern, für den Einzelfall aufgestellten Bedingungen ergeben (Pistolenduell mit der Bedingung des mehrmaligen Kugelwechsels auf ganz kurze Distanz usw.)⁴.

Zu scheiden von dem Fall, da nach der Verabredung der Tod eines der Kämpfenden herbeigeführt werden soll, ohne daß dieser Erfolg ein-

¹ Der in den Vorentwürfen (VE. 1908, Art. 242) enthaltene besondere Übertretungstatbestand: Zum Zweikampf Platz geben wurde gestrichen, Prot. II. ExpKom. 6, 213 ff. Vgl. auch KOHLRÄUSCH: 144.

² Gegen die Strafwürdigkeit solcher Beihilfe- und Begünstigungshandlungen GRESSLY: 153 ff.

³ So STOSS: Prot. I. ExpKom. 1, 339; GRESSLY: 91 ff.; v. LISZT: VD. Bes. Teil, 5, 142 f.; vgl. auch v. LISZT: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1, 1 ff. Mit BINDING: Handbuch, 1, 702 und Lehrbuch, 1, 26 Mord anzunehmen, wenn der Gewinner auf der Einlösung des Ehrenwortes besteht, erscheint nicht möglich. Vgl. ferner mit weiteren Literatur-Hinweisen ROTHENBERGER (Lit. zu § 6): 53 ff.

⁴ v. PLANTA: Prot. II. ExpKom. 2, 211. Über die Qualifikationen in den bisherigen Gesetzen GRESSLY: 145 ff.; STOSS: Grundzüge, 2, 33.

zutreten braucht, ist der andere, da ein Täter den Regeln des Zweikampfes wissentlich zuwiderhandelt und seinen Gegner infolgedessen tötet oder verletzt. Damit hat der Täter das Privileg der Zweikampfbestimmung verspielt. Er ist wegen Tötung oder Körperverletzung zu bestrafen (Art. 131 Ziff. 3)¹. Je nach der Sachlage gelangen die Bestimmungen über Tötung (Art. 111), Mord (Art. 112), Totschlag (Art. 113), schwere oder einfache Körperverletzung (Art. 122/123) zur Geltung. Möglich ist aber auch, daß der Täter zwar wissentlich — was hier kaum etwas anderes als vorsätzlich bedeuten kann — die Zweikampffregeln mißachtet und infolgedessen fahrlässig eine Tötung oder Körperverletzung verursacht. Dann muß Bestrafung wegen Fahrlässigkeit (Art. 117, 125) erfolgen. Die Strafe darf aber in solchen Fällen jedenfalls nicht geringer sein als eine Zweikampfstrafe².

IV. Das G. privilegiert den Zweikampf, bei dem sich die Kämpfenden durch geeignete Vorkehren gegen Lebensgefahr schützen. Die Strafdrohung lautet auf Haft oder Buße (Art. 131 Ziff. 2). Es handelt sich also um einen bloßen Übertretungstatbestand, der praktisch wohl nur bei der studentischen Bestimmungs- oder Freundschaftsmensur in Frage kommt (oben I). Sie wird mit Schlägern ausgefochten. Ob die getroffenen Vorkehren — Binden, Bandagen usw. — geeignet waren, gegen Lebensgefahr zu schützen, muß in Zweifelsfällen ausdrücklich festgestellt werden. — Da die „Mensur“ als Übertretungstatbestand behandelt wird, sind nach Art. 104 I Versuch und Beihilfe grundsätzlich straffrei. Die besondere Teilnahmebestimmung — Strafbarkeit der „Beteiligten“, die zum Zweikampf aufgereizt haben (oben II 4) — muß aber auch hier gelten.

V. Herausforderung zum Zweikampf und Annahme einer Forderung sind Vorbereitungshandlungen. Art. 130 hat aus ihnen besondere Übertretungstatbestände gebildet (Strafe: Buße; im Wiederholungsfall Möglichkeit, überdies auf Haft zu erkennen).

1. Täter der Herausforderung ist nur der auf den eigenen Zweikampf Ausgehende, gleichgültig, ob er die Forderung direkt erläßt oder sie durch einen Kartellträger vermittelt. Dieser ist Gehilfe der Forderung, bleibt aber nach Art. 104 I straflos³. Erst wenn die Forderung zur Kenntnis

¹ Gleich schon Zürich § 93 bei absichtlicher Übertretung der üblichen Kampfregeln, wodurch „eine Tötung oder schwere Körperverletzung verursacht“ wird. Ferner Bern Art. 148 III mit Hinzufügung des Falles, daß der Zweikampf „ohne Gegenwart von Sekundanten bestanden“ wird; Schaffhausen § 122.

² Dazu GRESSLY: 142ff. Das deutsche StGB. § 207 erklärt ausdrücklich, die Vorschriften über Tötung und Körperverletzung seien anzuwenden, „sofern nicht nach den vorhergehenden Bestimmungen (über den Zweikampf) eine härtere Strafe verwirkt ist“. Vgl. BRINDING: Lehrbuch 1, 73.

³ Ausdrücklich bestrafen den Kartellträger Zürich § 94, Luzern, PolStG. § 82 II, Obwalden PolStG. Art. 59 III, Basel § 119 I, St. Gallen Art. 158 III.

des Geforderten gelangt, ist für den Herausfordernden der Tatbestand erfüllt. Er ist strafbar, auch wenn die Herausforderung abgelehnt wird. — Die Annahme der Herausforderung macht den Geforderten strafbar. Ob die Kampfbedingungen in diesem Zeitpunkt bereits festgelegt sind oder nicht, ist gleichgültig. Wer im Auftrag des Geforderten die Annahme erklärt, ist — strafloser — Gehilfe¹.

2. Kommt der Zweikampf zustande oder kommt es wenigstens zum Versuch, so absorbiert die Zweikampfstrafe die Herausforderungsstrafe².

VI. Die Aufreizung zum Zweikampf hebt Art. 132, in Übereinstimmung mit bisherigen Gesetzen, besonders hervor. Täter ist ein Dritter, Unbeteiligter. Er will andere ihre Haut zu Markte tragen lassen. Die Aufreizung charakterisiert den besonderen Sachverhalt. Es ist das an Nötigung grenzende Bestimmen des andern, das sich häufig mit der Androhung oder der Bezeugung von Verachtung verbindet für den Fall, daß die Aufreizung erfolglos bleibt. Strafbar ist sie auch dann. Art. 132 setzt nicht voraus — wie z. B. § 210 des deutschen StGB. —, daß es zum Zweikampf gekommen ist. Damit geht die Aufreizung über die Anstiftung (Art. 24) hinaus³.

Beim Aufreizungstatbestand sollte durch die Strafdrohung das Verächtliche und Gemeine, das in der „Aufreizung“ liegt, betont werden. Bei der Strafdrohung des Art. 132 — Gefängnis oder Haft — ist das jedoch nicht der Fall⁴. Die Aufreizung ist, trotz der wahlweisen Androhung von Haft, ein Vergehen, nicht eine Übertretung (G. Art. 9 II).

§ 14. Kindermißhandlung. Überanstrengung von Kindern und Untergebenen.

Literatur. DUENSING: Verletzung der Fürsorgepflicht gegenüber Minderjährigen (1903). — SCHOCH: Die körperliche Mißhandlung von Kindern, Zürcher Diss. (1907). — WILD: Die körperliche Mißhandlung von Kindern (1907). — WIDMER: Der strafrechtliche Schutz des Minderjährigen vor Mißhandlung und sexuellem Mißbrauch, Berner Diss. (1922), 3—45. — CORNELIA KREIS: Das Delikt der Überanstrengung von Kindern und Untergebenen, Zürcher Diss. (1931), nicht gedruckt. — Jugendfürsorge. Bericht über den I. schweizer. Informationskurs in Zürich (1908), insbesondere ZÜRCHER: 342ff. und WILD: 444ff. — WEISS: Das Pflegekinderwesen in der Schweiz, Zürcher Diss. (1920). — STEINEMANN: Die Vernachlässigung familienrechtlicher Pflichten, Zürcher Diss. (1922). — Lit. zu Einzelfragen in den Anmerkungen zum Text. — Vgl. ferner NEVOIGT:

¹ Zum Ganzen GRESSLY: 126ff.

² Allgemein angenommen: ZÜRCHER und GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 207f.; GRESSLY: 129.

³ Bisherige Schweizer Rechte GRESSLY: 39ff., 155ff. Dort auch über die sog. Zweikampfsbeleidigung, die Bezeugung von Verachtung wegen der Unterlassung einer Herausforderung oder der Ablehnung einer Forderung.

⁴ Anders z. B. das deutsche StGB., das den Zweikampf selbst mit custodia honesta, Festungshaft, die Aufreizung mit Gefängnis bestraft (§§ 205, 210).

Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft; v. LILIENTHALS Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 228 (1927). — Verhandlungen des 35. deutschen Juristentages (1928), 1, 155ff. (Gutachten von SUCHANEK); 2, 853ff. (Verhandlungen).

I. Die Art. 134 und 135 sollen den Schwachen schützen, namentlich dem Kinder- und Frauenschutz dienen. Der Gesetzgeber hat sie in die Gruppe der Gefährdungen des Lebens und der Gesundheit eingestellt. Sie zeigen jedoch eine von andern Gefährdungsdelikten abweichende Tatbestandsbildung. Ein Zwischenerfolg, eine Verletzung, bildet den Ausgangspunkt: ein Kind ist mißhandelt, vernachlässigt, ein Kind oder ein Untergebener ist überanstrengt worden. Aber das allein erfüllt den Tatbestand noch nicht. Als Folge der Mißhandlung, der Überanstrengung usw. muß eine Schädigung oder eine schwere Gefährdung der Gesundheit eingetreten sein¹. Das letzte Moment hat den beiden Tatbeständen die Stellung unter den Gefährdungsdelikten verschafft².

II. Die in beiden Tatbeständen übereinstimmend enthaltenen Momente sind für die Betrachtung voranzunehmen.

1. In erster Linie steht, sowohl bei Art. 134 wie bei Art. 135, der Fall, daß die Behandlung, die der Täter seinem Opfer zuteil werden läßt, eine Gesundheitsschädigung zur Folge hat. In Art. 134 Ziff. 1 I wird daneben noch die Schädigung der geistigen Entwicklung besonders genannt. Das zu sagen, wäre nicht notwendig gewesen. Auch die Schädigung der geistigen Entwicklung ist Gesundheitsschädigung (vgl. Art. 122 Ziff. 1 und dazu oben § 7 I)³. Wann eine Schädigung der Gesundheit anzunehmen ist, bestimmt sich nach den für die Körperverletzung geltenden Grundsätzen. Insbesondere ist auch Art. 122, der Tatbestand der schweren Körperverletzung, zur Auslegung heranzuziehen: Art. 134 Ziff. 1 II hebt qualifizierend den Fall heraus, daß die Mißhandlung oder die Vernachlässigung des Kindes eine „schwere“ Körperverletzung nach sich zieht, und nach Art. 135 Ziff. 1 II gilt eine geschärfte Strafdrohung, wenn die Überanstrengung eine „bleibende Beeinträchtigung der Gesundheit“ des Opfers zur Folge hat⁴.

¹ Vgl. v. OVERBECK: Z. 43, 212: Bleibt ein solcher Erfolg aus, so ist höchstens eine Versuchsstrafe verwirkt. — Ähnliche Tatbestandsbildungen finden sich häufig bei den gemeingefährlichen Delikten. Beispiele: Verursachung einer Explosion, wenn daraus eine Gemeingefahr für Menschen oder fremdes Eigentum entsteht (Art. 223); Hinderung oder Störung des Verkehrs mit der Wirkung, daß eine Gemeingefahr entsteht (Art. 237/238).

² Die Einstellung der Art. 134 und 135 bei den Verbrechen gegen Leib und Leben ist zutreffend. Die Auffassung von DUENSING: 12ff., 85, daß es sich um gegen den Staat und die öffentliche Ordnung gerichtete Delikte handelt, ist gekünstelt.

³ Vgl. SILBERNAGEL: Prot. II. ExpKom. 2, 265.

⁴ Über die Begriffe schwere und lebensgefährliche Körperverletzung, Verletzung mit bleibendem Nachteil, die hier im Sinne des Art. 122 restlos zur Geltung zu bringen sind, oben § 8 II 2/3.

Art. 134 und 135, je Ziff. 1 III qualifizieren endlich in erhöhtem Maße den Fall, daß infolge der Mißhandlung oder Überanstrengung der Tod des Opfers, den der Täter voraussehen konnte, eingetreten ist¹.

2. An diesen Kreis, der die Gesundheitsschädigung und eventuell den Tod des Opfers umfaßt, schließt sich ergänzend der Fall der schweren Gefährdung der Gesundheit. Bei der Feststellung, ob der Täter eine Gesundheitsgefährdung verursacht hat, muß der Richter von dem allgemeinen — für die praktische Anwendung freilich wenig bestimmten — Gefahrbegriff ausgehen (oben § 11 I). Der Täter muß einen Zustand bei seinem Opfer bewirkt haben, der den Eintritt einer Gesundheitsschädigung erwarten und besorgen läßt. Die Unsicherheit der Feststellungsmöglichkeit wird dadurch noch erhöht, daß das Gesetz von einer schweren Gefährdung spricht. Das soll sich als Einschränkung der strafrechtlichen Reaktion auswirken. Sie soll nur subsidiär, d. h. wenn zivil- und verwaltungsrechtliche Maßnahmen (unten V 1) nicht ausreichend erscheinen, zur Geltung kommen.

3. Aus der eigenartigen Fassung der Grundtatbestände in Art. 134 und 135: Mißhandlung, Vernachlässigung, Überanstrengung mit der Wirkung, daß eine Gesundheitsschädigung oder -gefährdung sich ergibt, entsteht die Frage, ob der Vorsatz des Täters auch diese Wirkung umfassen muß. Das ist mindestens in dem Sinne anzunehmen, daß der Täter, der mit Wissen und Willen mißhandelt, vernachlässigt², überanstrengt, sich auch der schädigenden oder gefährdenden Folgen seines Verhaltens bewußt sein und sie in den Kauf genommen haben muß (dolus eventualis)³. Der Beweis dafür wird kaum je auf Schwierigkeiten stoßen. Er ergibt sich aus dem ganzen Verhalten des Täters.

4. Soweit der Täter nicht nur eine Gefährdung, sondern eine Gesundheitsschädigung bewirkt⁴, stellen die Art. 134 und 135 qualifizierte Fälle von Körperverletzungen dar. Die Schärfung liegt zunächst darin, daß, anders als bei der einfachen Körperverletzung gemäß Art. 123 Ziff. 1 I, die Kindermißhandlung und die „Überanstrengung“ von Amtes wegen zu verfolgen sind. Ferner stehen sie unter schwereren Strafdrohungen. Die Strafmaße sind freilich nicht befriedigend gegeneinander abgestimmt⁵.

¹ Dazu Art. 122 Ziff. 2: Körperverletzung mit tödlichem Ausgang (oben § 8 II 2).

² Auch in der Form der Unterlassung möglich; v. OVERBECK: Z. 43, 212.

³ Daß die Wirkung der Gesundheitsschädigung oder -gefährdung vom Vorsatz mitumfaßt sein muß, betonen auch ZÜRCHER: Erl. VE. 1908, 138 und v. OVERBECK: Z. 43, 212. Vgl. ferner die von E. MÜLLER (Prot. II. ExpKom. 2, 267f.) vorgeschlagene Fassung: „Wer ein Kind . . . durch Mißhandlung oder Vernachlässigung an seinem Körper schädigt.“

⁴ Dazu v. OVERBECK: Z. 43, 211f.

⁵ Zur Entwicklung der Strafdrohungen in den Entwürfen WIDMER: 38ff.

III. Der in Art. 134 aufgestellte Tatbestand der Kindermißhandlung¹ hat in den bisherigen Rechten wenig Vorläufer. Außer Freiburg Art. 71, einer fast wörtlichen Nachbildung der eidgenössischen Entwürfe, sind Graubünden, PolG. §§ 34/5 und Baselstadt, PolStG. § 50 zu nennen².

1. Das Verbrechen des Art. 134 richtet sich gegen Kinder unter 16 Jahren. Es ist das Schutzalter, das an andern Stellen wiederkehrt: bei der Entführung gemäß Art. 185, bei der Unzucht mit Kindern (Art. 191) und bei der Verabreichung geistiger Getränke an Kinder (Art. 136).

2. Täter sind Personen, denen die Pflege oder Obhut des Kindes obliegt. Das sind — von Gesetzes wegen (ZGB. Art. 275 II) — die Eltern. Aber auch alle andern Personen, denen durch Gesetz eine Pflege- oder Obhutpflicht übertragen worden ist, z. B. die Leiter staatlicher Fürsorge- und Erziehungsanstalten oder der Vormund, der nach ZGB. Art. 367 die gesamten persönlichen Interessen seines Mündels zu wahren hat. Täter ist ferner, wer vertraglich oder auch ohne Vertrag Pflege oder Obhut auf sich genommen hat: Pflegeeltern, ein mit dem Kind in Hausgemeinschaft lebender Erzieher, aber auch Dienstboten, in deren Obhut ein Kind gegeben ist. Ob der Lehrer zum Schüler in einem Obhutverhältnis steht, ist Tatfrage³.

¹ Die Entwicklung des Tatbestandes in den Entwürfen zeigt STEINEMANN: 24ff.

² Die Tatbestände der Verletzung der Elternpflichten durch Verwahrlosung der Kinder — z. B. Zürich § 148 — und Sonderbestimmungen gegen die Überschreitung des Züchtigungsrechtes — z. B. Bern Art. 146 — erfassen das Problem der Kindermißhandlung nur teilweise. Zusammenstellung kantonaler Bestimmungen bei DUENSING: 99ff.; WILD: 126ff.; STEINEMANN: 17ff.; WIDMER: 12ff. Reiches Tatsachenmaterial in dem von der Schweizer. Vereinigung für Kinder- und Frauenschutz herausgegebenen Schweizer. Jahrbuch für Jugendfürsorge (1911—1918); vgl. ferner WILD im Sammelband: Jugendfürsorge (1908), 445ff. — Auf hoher Stufe steht die englische Kinderschutz-Gesetzgebung. Vgl. namentlich den Children Act von 1908, § 12: Kindermißhandlung. Dazu ATHERLEY JONES und BELLOT: *The Law of Children and young persons* (1909), 24ff. Deutsche Übersetzung der Children Act von ROSENFELD (Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. 27). Neuer die Children and young persons Acts von 1932 und 1933. — Belgisches Gesetz von 1912 sur la protection de l'enfance. Kommentar von COLLARD (1912). Ferner Bulletin de l'office (belge) de la protection de l'enfance (1912/1913). — Actes du I^{er} et du II^{me} Congrès international pour la protection de l'enfance (1913, 1921). — Eine Zusammenstellung der in das schweizer. StGB. aufzunehmenden Kinder- und Jugendschutzbestimmungen, soweit jugendliche Personen Deliktobjekt sind, hat ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 4, 77ff. gegeben.

³ Zur Abgrenzung des Täterkreises DUENSING: 11f.; ZÜRCHER: Erl. VE. 1908, 137f.; v. OVERBECK: Z. 43, 212; WEISS: 58ff. (Pflegeeltern); STEINEMANN: 29f. — Die früheren Entwürfe, z. B. VE. 1908 Art. 80, erwähnten nur die Pflege-, nicht die Obhutpflicht. Durch die Nennung der letzten ist der Täterkreis erweitert worden (Dienstboten, eventuell Lehrer); SILBERNAGEL: Prot. II. ExpKom. 2, 264, 269. Verfehlt WIDMER: 35f., der die Kindermißhandlung als Verbrechen gegen die Familie auffaßt.

3. Als Begehungsart nennt das Gesetz die Mißhandlung und die grausame Behandlung. Das sind durch keinen Erziehungs- oder Fürsorgezweck gerechtfertigte Leidenszufügungen: körperliche Züchtigung, aber auch psychische Leidenszufügung¹. Sie muß jedoch einen solchen Grad erreichen, daß sie eine Schädigung oder schwere Gefährdung der Gesundheit oder der geistigen Entwicklung zur Folge hat. — Unter den gleichen Voraussetzungen ist die Vernachlässigung eines Kindes strafbar. Sie ist Unterlassung und muß sich, im Hinblick auf den Erfolg der Gesundheitsschädigung oder -gefährdung, auf die körperliche Pflege des Kindes beziehen: schwere Vernachlässigung mit Bezug auf Ernährung, Kleidung, Obdach, Reinhaltung, Krankheitsbehandlung, auch Unterlassung notwendiger Aufsicht. Da Art. 134 auch auf die Schädigung oder Gefährdung der geistigen Entwicklung hinweist, ist fraglich, ob der Tatbestand die Vernachlässigung der intellektuellen und sittlichen Ausbildung und Erziehung eines Kindes mitumfaßt. Das ist abzulehnen. Schädigung oder schwere Gefährdung der geistigen Entwicklung kann hier, dem ganzen Zusammenhang nach, nur bedeuten, daß eine geistige Erkrankung oder wenigstens die Gefahr einer schweren Schädigung der geistigen Fähigkeiten bewirkt wird².

Regelmäßig wird es sich um fortgesetzte Mißhandlung oder Vernachlässigung handeln. Vereinzelte Roheiten oder Vernachlässigungen sind richtiger unter dem Gesichtspunkt der Körperverletzung zu beurteilen³.

IV. Der Tatbestand der Überanstrengung von Kindern und Untergebenen in Art. 135 knüpft an die sozialpolitische Verwaltungsgesetzgebung, die Fabrik- und Gewerbe Gesetze, die Arbeitszeitgesetze, die Frauen-, Kinderschutz- und Lehrlingsgesetze an⁴. Der Schutz durch

¹ Interessante Kasuistik bei DUENSING: 20ff., 91ff. und namentlich bei WILD: Körperliche Mißhandlung, 7ff. und Jugendfürsorge, 444ff. Vgl. ferner SCHOCH: 15, 17ff. (Überschreitung des Züchtigungsrechtes, Mißhandlungen zur Befriedigung brutaler Affekte, aus Gewinnsucht); WEISS: 71ff.

² So auch DUENSING: 42f. und SILBERNAGEL: Prot. II. ExpKom. 2, 262ff. Weitergehend WEISS: 70ff.

³ ZÜRCHER: Erl. VE. 1908, 137f. Auch die hohen Strafdrohungen — Mindeststrafe Gefängnis nicht unter 1 Monat schon bei Erfüllung des Grundtatbestandes nach Abs. 1 — lassen das angezeigt erscheinen. Vgl. v. OVERBECK: Z. 43, 212.

⁴ Diese Gesetze sind hier nicht darzustellen. Über sie SILBERNAGEL: Handbuch der schweizer. Behörden (193), Abschnitte: Soziale Fürsorge, Fabrikarbeit, Lehrlingsfürsorge, Gewerbewesen. Ferner Handwörterbuch der schweizer. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung, herausgegeben von REICHESBERG (1903—1911), Artikel Arbeiterschutz, Frauenarbeit, Lehrlingsschutz; überdies in den Nachträgen (Bd. III/2) die Artikel Arbeiterschutzverträge, Heimarbeit, Kinderarbeit. Vgl. auch Schweizer. Arbeitsrecht, herausgegeben vom Eidg. Volkswirtschaftsdepartement (1925). LANDMANN: Die Arbeiterschutzgesetzgebung der Schweiz (1904). Diese Werke sind zum Teil veraltet. Außerdem

die Verwaltungsgesetze — und das Privatrecht (unten V) — ist nicht voll ausreichend. Die Fabrik- und Gewerbegesetzgebung umfaßt z. B. nicht die Heim- und Hausarbeit und die Arbeitsverhältnisse in der Landwirtschaft¹. Der Art. 135 soll namentlich auch Überanstrengungs- und Ausbeutungsfälle in solchen Betrieben treffen. Er ist eine Teilerfüllung der Forderung nach einem strafrechtlichen Schutz der Arbeitskraft².

1. Der Kreis der durch den Art. 135 zu schützenden Personen ist weiter gezogen als in Art. 134. Geschützt sollen sein

das unmündige, also noch nicht 20 Jahre alte — eheliche oder uneheliche — Kind des Täters,

der untergebene unmündige Angestellte, Arbeiter, Lehrling, Dienstbote, Zögling oder Pflegling³,

der untergebene weibliche oder gebrechliche oder schwachsinnige Angestellte, Arbeiter usw., ohne Rücksicht auf das Alter⁴.

2. Aus der Aufzählung der durch Art. 135 zu schützenden Personengruppen ergibt sich, wer Täter des Überanstrengungsdeliktes sein kann: außer Eltern und Pflegeeltern vor allem jeder, der einen unmündigen oder weiblichen oder gebrechlichen oder schwachsinnigen Untergebenen in seinem Dienst hat. Der Ausdruck Zögling weist auf Anstaltsverhältnisse hin. Der Lehrer an einer Schule oder ein Privatlehrer kommt als Täter kaum in Betracht. Die Untergebenenbeziehung fehlt.

3. Dem Täter wird die Überanstrengung seines Opfers zur Last gelegt. Ein bisher wenig verwendeter und nicht leicht erfaßbarer Rechtsbegriff. Der Richter wird — wenn es überhaupt zu einer häufigeren Anwendung der Bestimmung jemals kommt — ihn abklären müssen. Begrenzungen ergeben sich aus dem übrigen Inhalt des Tatbestandes. Nicht jede einem Kinde oder einem Untergebenen zugemutete starke, ja außergewöhnliche Anstrengung, die unter Umständen gerechtfertigt sein kann, erfüllt ihn. Zu weichlicher Behandlung erzieht das Strafgesetz nicht. Die Überanstrengung muß eine Schädigung oder schwere Gefährdung der

DEUTSCH: Die Kinderarbeit und ihre Bekämpfung (1907); ZINSLI: Kinderarbeit und Kinderschutz in der Schweiz (1908); GILLIARD: *Protection de l'enfance abandonnée et de la jeunesse exploitée* (1908); ROHRER: Die Kinderarbeit im Kanton Thurgau, Berner Diss. (1920). — Vgl. ferner das große Tatsachenmaterial und die Literatur-Zusammenstellungen in den bereits zitierten Schweizer Jahrbüchern für Jugendfürsorge.

¹ ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 2, 274; WEISS: 73ff., 86; DUENSING: 44ff. (Anhalten von Kindern zu unangemessenen Arbeitsleistungen).

² Dazu RADBRUCH in der „Justiz“, 2, 574ff.; WUNDERLICH: DJZ. 33, 1150ff.

³ Pflegekinder, deren Schutz gegen Überanstrengung und Ausbeutung besonders dringend sein kann; WEISS: a. a. O.

⁴ Bedenken gegen den besonderen Schutz mündiger weiblicher Angestellten hat THORMANN: Prot. II. ExpKom. 2, 275 geäußert. Über die Schutzbedürftigkeit gut GAUTIER: Z. 25, 250f. Vgl. auch v. OVERBECK: Z. 43, 214.

Gesundheit zur Folge haben¹, und der Täter muß sich dieser Wirkung seines Verhaltens bewußt gewesen sein und sie in den Kauf genommen haben (oben II 3). Damit verbindet sich die weitere Begrenzung, daß der Täter aus Selbstsucht oder Bosheit gehandelt haben muß. Regelmäßig wird eine Ausbeutung der fremden Arbeitskraft gegeben sein, und es wird sich, ähnlich wie bei der Kindermißhandlung nach Art. 134, um ein fortgesetztes Verhalten handeln.

V. 1. Beim Überanstrengungstatbestand des Art. 135 und auch, jedoch in geringerem Maße, bei der Kindermißhandlung nach Art. 134, tritt der subsidiäre Charakter des Strafrechts hervor. Darin liegt ein bei der Auslegung und Anwendung dieser Bestimmungen wohl zu beachtendes Moment. Die sozialpolitischen Verwaltungsgesetze über Kinder-, Frauenschutz usw. dienen namentlich der Vorbeugung, und die darin aufgestellten Straftatbestände sind Polizeirecht. Für besonders schwere Fälle mit erhöhter Schutzbedürftigkeit sind die Vergehenstatbestände der Art. 134 und 135 geschaffen worden. Subsidiäre Bedeutung haben diese Bestimmungen aber auch in ihrem Verhältnis zum privatrechtlichen Kinderschutz (ZGB. Art. 275 II, 276—278 und namentlich 283ff.)².

Die Subsidiarität der Strafbestimmungen der Art. 134 und 135 ist nur ideell zu verstehen. Sie bedeutet selbstverständlich nicht, daß sie nur dann zur Geltung kommen sollen, wenn verwaltungs- und privatrechtliche Normen nicht ausreichen. Ein sinnvolles Zusammenwirken aller drei Normengebiete ist zu erstreben. Im Einzelfall kann sowohl strafrechtliche wie verwaltungs- und privatrechtliche Reaktion eintreten. Es gibt hier kein *ne bis in idem*. Art. 134 und 135, je Ziff. 2 weisen auf die Möglichkeit mehrfacher Reaktion ausdrücklich hin. Sie verpflichten den Strafrichter, der eine Kindermißhandlung oder eine Überanstrengung beurteilt, den Vormundschafts- oder andern zuständigen Behörden — auch z. B. dem Fabrikinspektorat — Mitteilung zu machen, um die zum Schutze eines Kindes oder einer überanstrengten Person geeigneten Vorkehrungen zu veranlassen. Im Sinne einer Sicherungsmaßnahme kann schon

¹ Das Marginale des italienischen Textes spricht bezeichnend von *abuso delle forze di lavoro*. DUENSING: 47ff.; SCHOCH: 29f. und WEISS: 74ff. weisen auf Fälle aus der Praxis hin, denen bisher mit dem Strafrecht schwer beizukommen war. — Daten über die Kinderarbeit in der Schweiz und die Ausbeutung jugendlicher Arbeitskraft bei WILD im Sammelband: Jugendfürsorge (1908), 455ff.

² Dazu die Kommentare von SILBERNAGEL (GMÜR'scher Kommentar, 2. Abteilung, 2. Aufl., 1927), mit reichen Lit.-Angaben, namentlich S. 84f. und 137ff. und von EGGER: Kommentar Familienrecht (2. Aufl.), zu Art. 273ff. Besonders hervorzuheben GROB: Das Recht des Kindes auf die Fürsorge der Eltern, Zürcher Diss. (1912); MÜLLER: Das staatliche Eingreifen in die Elternrechte zum Schutze der Person des Kindes, Zürcher Diss. (1923); STEINEMANN: a. a. O. 48ff. — Vgl. auch OR. Art. 337 III: Der Lehrling darf in der Regel weder zu Nacht- noch zu Sonntagsarbeit verwendet werden.

der Strafrichter auf Entziehung der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft erkennen (Art. 53 I)¹, er kann auch ein Berufs- und Gewerbeverbot (Art. 54) aussprechen.

2. Zahlreiche Beziehungen zu andern Bestimmungen des StGB. ergeben sich: Die Art. 134 und 135 gehen als Spezialtatbestände den Normen über Körperverletzung und Tötung vor². Gleiches gilt im Verhältnis zur Aussetzung nach Art. 127 (oben § 12 III 3) und zur Lebensgefährdung gemäß Art. 129 (unten § 15 I 2). Dagegen ist Konkurrenz des Art. 134 mit den Tatbeständen der Vernachlässigung von Unterstützungspflichten (Art. 217) und der Verletzung der elterlichen Erziehungspflicht (Art. 219) möglich³.

VI. Der Übertretungstatbestand des Art. 136: Verabreichen geistiger Getränke an Kinder ist wie der Art. 134, an den er anzuknüpfen ist, sowohl als Verletzungs- wie als Gefährdungsdelikt gestaltet⁴. Strafbar ist, wer einem Kinde unter 16 Jahren geistige Getränke von einer Art — Branntwein! — oder in einem Maße zu trinken gibt oder geben läßt, die die Gesundheit des Kindes schädigen oder gefährden. Täter kann jedermann sein. Das Gebenlassen kann auch in der Form der Unterlassung eines Eingreifens erfolgen. Dagegen erreicht Art. 136 denjenigen nicht, der es geschehen läßt, daß ein Kind sich selbst Alkohol verschafft. Strafbar ist nur die vorsätzliche Verabreichung. Der Vorsatz muß sämtliche Tatbestandsmomente umfassen. Erforderlich ist also namentlich auch der Nachweis, daß der Täter mit Wissen und Willen die Gesundheit des Kindes geschädigt oder gefährdet hat⁵. Selbstverständlich genügt der Eventualdolus.

Ob das fortgesetzte, gewohnheitsmäßige Verabreichen von Alkohol an Kinder nicht mehr dem Art. 136 unterfällt, sondern den Tatbestand

¹ Dazu WIDMER: 41 ff.

² Anders nur wenn dem mißhandelnden oder überanstrengenden Täter Tötungsvorsatz nachgewiesen werden kann. — Fehlt es an einem Merkmal der Art. 134/5, liegt aber Körperverletzung oder Lebensgefährdung vor, so kommen die Art. 123 f und 129 zur Anwendung; v. OVERBECK: Z. 43, 213 ff.

³ v. OVERBECK: Z. 43, 215 ff. Weitere Konkurrenzmöglichkeiten bei WIDMER: 43 ff.

⁴ Bemerkenswerte Entwicklung des Tatbestandes, dem durch die kantonalen Wirtschaftsgesetze vorgearbeitet ist, in den Entwürfen: Prot. II. ExpKom. 6, 216 f.; 7, 303 ff. Für die Prohibition ist die Schweiz nicht reif. Abstinenten- und ärztliche Kreise wünschten Erweiterungen (namentlich Verbot der Verabreichung von Alkohol an Kinder, Betrunkene, Geistesranke in Wirtschaften überhaupt). Vgl. BLOCHER (mit Daten über die kantonalen Wirtschaftsgesetze): Z. 22, 37 ff., 45 f.; H. W. MAIER: eod. 320; HÜRBIN: Z. 23, 204; LADAME: eod. 335; LANG: Prot. II. ExpKom. 6, 216 f.

⁵ Auf die hier sich ergebende Beweisschwierigkeit haben LANG und GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 6, 217 und 7, 304 hingewiesen. Vgl. auch v. OVERBECK: Z. 43, 220.

der Kindermißhandlung gemäß Art. 134 erfüllt¹, ist mehr als zweifelhaft. Dagegen ist in solchen Fällen ein Einschreiten gegen pflichtvergessene Eltern gemäß Art. 283ff. des ZGB. zu erwägen.

Da Art. 136 einen abschließend mit Haft oder mit Buße bedrohten Übertretungstatbestand darstellt, ist der Strafrichter nicht in der Lage, die Entziehung der elterlichen Gewalt oder — gegenüber einem Wirt — ein Berufs- oder Gewerbeverbot auszusprechen; vgl. Art. 104 II².

§ 15. Gefährdung des Lebens.

Literatur. Angaben zu §§ 11—14. Insbesondere ITIN: Die Lebensgefährdung im Strafrecht, Zürcher Diss. (1921). — v. LISZT: VD. Bes. Teil, 5, 151 ff. — HAF-TER: Z. 19, 151 ff. — STROSS: Z. 31, 30 ff. — HILFKER: Z. 33, 107 ff. — MÜLLER: Z. 46, 181 ff. (zu MilStG. Art. 70).

I. Um Bedeutung und Tragweite des vielumstrittenen Tatbestandes der Lebensgefährdung nach Art. 129 zu erkennen, sind zunächst mehrere Abgrenzungen notwendig:

1. Da nach dem Wortlaut nur die Lebens-, nicht auch die Gesundheitsgefährdung³ unter Strafe gestellt erscheint, besteht eine nahe Beziehung des Art. 129 vor allem zu den Tötungsverbrechen. Der Täter müßte also durch Handlung oder Unterlassung einen Zustand herbeigeführt haben, der den Eintritt des Todes eines Menschen erwarten und besorgen läßt (oben § 11 I). Durch die wenig glückliche Bezeichnung „unmittelbare Lebensgefahr“ wird die Größe und die Verletzungsnähe — was aber nicht zeitlich verstanden werden soll — der Gefahr betont⁴. Äußerlich betrachtet erfüllt auch jeder taugliche Tötungsversuch den Art. 129. Allein der Täter, der z. B. ohne zu treffen auf sein Opfer geschossen hat, ist

¹ Annahme ZÜRCHERS: Erl. VE. 1908, 450 und Prot. II. ExpKom. 7, 307.

² Art. 245 II des VE. 1908 und Art. 297 Ziff. 2 II sahen gegenüber dem rückfälligen Wirt die Möglichkeit vor, die Ausübung des Wirtschaftsgewerbes zu untersagen. Die Streichung erfolgte, weil hier die Ordnung der kantonalen Wirtschaftsgesetzgebung anheimgegeben werden sollte; LOGOZ: StenBull. NR. 1929, 99.

³ Einzelne Vorentwürfe, z. B. VE. 1908 Art. 72 und 79 hatten neben der Lebensgefährdung einen Tatbestand der Gefährdung der Gesundheit mit besonderer Hervorhebung der Gefährdung durch eine geschlechtskranke Person vorgesehen; dazu Prot. I. ExpKom. 1, 343 ff., 365 (im VE. 1894 ist der besondere Fall der Gefährdung durch Geschlechtskranke noch nicht hervorgehoben); ZÜRCHER: Erl. VE. 1908, 125 f., 135 f.; Prot. II. ExpKom. 2, 216 ff., 253 ff. (Streichung des Tatbestandes der Gesundheitsgefährdung). Über die Gefährdung durch Geschlechtskranke oben § 7 III 1. Zum ganzen Problem der Gefährdung von Leben und Gesundheit ITIN: passim, namentlich 137 ff.: Der Tatbestand der Gesundheitsgefährdung scheiterte nicht am mangelnden Verständnis für die Kostbarkeit des betreffenden Rechtsgutes, sondern an der fehlenden Möglichkeit einer Formulierung, die seine Anwendung im Sinne des Gesetzgebers garantiert hätte (139).

⁴ HILFKER: Z. 33, 114 f. ITIN: 141; ZANGGER: Z. 28, 405 wendet sich mit Recht gegen den unklaren Begriff der „unmittelbaren“ Gefahr.

nicht wegen Lebensgefährdung, sondern wegen Tötungsversuches im Sinne der Art. 111 ff. und 21 f. zu bestrafen¹. Der subjektive Tatbestand, die Schuld, gibt den Ausschlag. Die Erklärung der in Art. 129 verwendeten Ausdrücke „wissentlich und gewissenlos“ ist hier von entscheidender Bedeutung (unten II).

Von medizinischer Seite ist zutreffend kritisiert worden, daß die Lebensgefährdung schwer beweisbar und fast immer bestreitbar ist. Viel offenkundiger und daher auch leichter feststellbar sind die bloßen Gesundheitsgefährdungen, die z. B. in technischen Betrieben vorkommen. Auch gegen sie sollte das Strafgesetz Schutz gewähren². Die Praxis muß versuchen, den Begriff der Lebensgefährdung als Gefährdung von Leben und Gesundheit aufzufassen. Nur dann wird der Art. 129 sich richtig auswirken können. Eine unzulässige Ausdehnung des Tatbestandes liegt darin nicht. Wer — wissentlich und gewissenlos — die Gesundheit eines Menschen in Gefahr bringt, gefährdet seine Lebensfunktionen. Der mögliche Erfolg, der von Gesundheitsschädigung bis zur Lebensvernichtung gehen könnte und vom Zufall abhängig ist, kann vom Richter kaum je sicher bestimmt werden³.

2. Für die Tragweite des Art. 129 ist weiter das Verhältnis zu den besondern Einzelgefährdungstatbeständen zu bestimmen:

Am deutlichsten ist der Zusammenhang mit dem Tatbestand der Aussetzung gemäß Art. 127 I. Die dieser Bestimmung gegebene weite Fassung hat die Aussetzung in dem Sinne zu einem allgemeinen Gefährdungsdelikt ausgestaltet, als das Verbringen eines Menschen in den Zustand einer Gefahr für Leben oder Gesundheit den Tatbestand erfüllt. Die Besonderheit liegt darin, daß das Opfer ein Hilfloser sein muß, und daß als Täter nicht jedermann wie nach Art. 129, sondern nur ein Fürsorgepflichtiger oder eine Person, die den Hilflosen unter ihrer Obhut hat, in Frage kommt (oben § 12 II 2 und 3). Art. 127 ist daher eine qualifizierende Ergänzung des in Art. 129 aufgestellten Gefährdungsdeliktes⁴. Die besondere Beziehung zwischen Täter und Opfer rechtfertigen bei der

¹ Schwierigkeiten freilich auch hier. Bemerkenswert ITIN: 149: Im konkreten Fall kann der ungezielte Schuß Gefährdung, der gezielte Tötungsversuch sein. Bestritten ist, ob Gefährdungsversuch begrifflich möglich ist; verneint von ITIN: 84 f., zutreffend bejaht von BINDING: Normen, I, 386; auch Gerichtssaal, 80, 366: Unvollständige Anwendung der Gefährdungsmittel. Solche Fälle werden sich freilich schwer rechtsgenügend feststellen lassen.

² ZANGGER: Z. 28, 382 ff., 390 ff.: Der Tatbestand der Gesundheitsgefährdung darf nicht weggelassen werden. Lebens- und Gesundheitsgefährdung zu unterscheiden ist praktisch meistens nicht möglich. Ebenso REMUND (Lit. zu § 11): 92 f., 175; HILFKE (Lit. zu § 11): 111 ff.; v. LISZT: VD. a. a. O. 151 ff.

³ Gut ITIN: 140. Vgl. auch die Erörterung zum Tatbestand der Aussetzung (Art. 127): oben § 12 II 1.

⁴ Allgemein anerkannt: RADBRUCH: VD. Bes. Teil, 5, 203; NEJMARK (Lit. zu § 12): 66 und 83 f.; ITIN: 152. Vgl. auch v. OVERBECK: Z. 43, 211.

Aussetzung die erhöhte Strafdrohung, die in Art. 127 III bis zu 5 Jahren Zuchthaus aufsteigt, während Art. 129 I als Höchstmaß 3 Jahre androht. Das Mindestmaß der Strafe beträgt bei beiden Tatbeständen 1 Monat Gefängnis. Handelt der Täter einer Lebensgefährdung aus Gewinnsucht, so muß mit der Freiheitsstrafe Buße verbunden werden (Art. 129 II).

Spezialtatbestände, die aus der generellen Gefährdungsnorm des Art. 129 völlig herausgehoben sind, stellen die Zweikampfdelikte (Art. 130—132) dar. Im besonderen Tatumstand des vereinbarten, geregelten Kampfes und im Einwilligungsmoment liegt die Rechtfertigung für die niedrigeren Strafdrohungen. Man kann die Zweikampfdelikte in ihrem Verhältnis zu Art. 129 als privilegierte Gefährdungen ansprechen.

Weiter entfernt von der generellen Gefährdungsnorm des Art. 129 sind im Hinblick auf ihre spezialisierte Ausgestaltung die Gefährdungstatbestände der Kindermißhandlung und der Überanstrengung (Art. 134/5)¹.

II. Bestritten ist, wie man es verstehen soll, wenn das Gesetz fordert, daß der Gefährdungstäter wissentlich und gewissenlos gehandelt haben muß. Ist Art. 129 Vorsatzdelikt? Stooß hat, unter Ablehnung der Auffassung, daß es sich um eine weitere, dritte Schuldform² handelt, die Wissentlichkeit als Bewußtseinsdolus, der den spezifischen Gefährdungsvorsatz darstellen soll, bezeichnet³. Im übrigen hat man die Wissentlichkeit, die der Art. 129 voraussetzt, bald als Vorsatz⁴, bald als Fahrlässigkeit⁵, bald als eine Art Verbindung beider⁶ angesehen. Um Vorsatz, den das Gesetz in Art. 18 II umschreibt, kann es sich nicht handeln. Er erfordert Wissen und Wollen. Eher könnte man einen Fall von bewußter Fahrlässigkeit (Art. 18 III) annehmen. Allein der Gesetzgeber hat mit dem Art. 129 nicht ein Fahrlässigkeitsdelikt schaffen wollen. Die Wissentlichkeit ist daher nicht mit Fahrlässigkeit zu erklären, wobei es höchstens akademischen Wert hat, ob man in ihr eine dritte, besondere

¹ Dazu ITIN: 150f., der aber zu Unrecht die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen Art. 134/5 einerseits und Art. 129 andererseits annimmt.

² Dafür treten namentlich ein LÖFFLER: Die Schuldformen des Strafrechts I (1895), 6ff. und MIKIČKA: Die Formen der Strafschuld (1903), 37ff., 77ff., 185ff. Dazu die Kritik bei v. HIPPEL: VD. Allg. Teil, 3, 536ff.

³ Lehrbuch des österreichischen Strafrechts (2. Aufl.), 92, auch Z. 31, 32f. Vgl. ferner oben § 11 III.

⁴ ZÜRCHER: Erl. VE. 1908, 125ff. und Prot. II. ExpKom. 2, 217 nennt die Lebensgefährdung des Art. 129 ein Vorsatzdelikt. Der Vorsatz muß gerichtet sein auf Herbeiführung der Gefahr.

⁵ GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 218: „Le délit ici prévu ne comporte pas une intention de l'auteur. Il se commet par négligence . . .“ Dazu ITIN: 120ff. (Abgrenzung des sog. Gefährdungsvorsatzes von der Fahrlässigkeit).

⁶ ZÜRCHER: Prot. I. ExpKom. 2, 507 meinte, die Bestimmung solle „gewisse Fälle des Vorsatzes und der bewußten Fahrlässigkeit“ treffen. Vgl. auch HILFRIKER: Z. 33, 121.

Schuldform erblicken will oder nicht. Außer Zweifel steht freilich, daß auch die vorsätzliche Gefährdung — den Vorsatz in allen seinen Spielarten verstanden (Allg. Teil, §§ 24/5) — das Delikt des Art. 129 erfüllt. Darüber hinaus ist die Anwendung schon dann gegeben, wenn der Täter die durch sein Verhalten verursachte Gefahr erkannt hat, ohne daß der Beweis, daß er sie auch herbeiführen wollte, geleistet werden muß (Gefährdungsbewußtsein)¹.

Durch das weitere Moment, daß der Täter gewissenlos gefährdet haben muß, ergibt sich eine Einschränkung. Bei der Auslegung dieses noch kaum ausgebildeten Rechtsbegriffes bleibt dem Richter für die Wertung des Einzelfalles ein breiter Ermessensspielraum².

Das Tatbestandsmoment der Gewissenlosigkeit verstärkt die Auffassung, daß der Art. 129 kein Fahrlässigkeitsdelikt ist. Zum Wesen der (bewußten) Fahrlässigkeit gehört, daß der Täter die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht berücksichtigt hat. Das ist etwas anderes als Gewissenlosigkeit, wenn auch die Grenze zwischen den beiden Begriffen im Einzelfall nicht leicht zu bestimmen sein wird. Die Tatsache, daß der Gefährdungstäter nicht nur bei vorsätzlichem Verhalten, sondern schon dann strafbar ist, wenn er wissentlich — im Sinne der vorstehenden Erörterungen — und gewissenlos gehandelt hat, läßt es entbehrlich erscheinen, auch die fahrlässige Gefährdung besonders unter Strafe zu stellen³.

III. Der Art. 129 erfüllt, wenn auch kaum voll befriedigend, die immer wieder an den Gesetzgeber gestellte Forderung nach einem allgemeinen

¹ Ein Widerspruch zu Bestimmungen des allgemeinen Teils besteht nicht. Wenn Art. 18 I verordnet, daß nur die vorsätzliche Verbrechenverübung strafbar ist, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich anders bestimmt, so bezieht sich diese Wendung in erster Linie auf die regelmäßige Straflosigkeit der Fahrlässigkeit. Aber es steht dem Gesetzgeber frei, auch andere Fälle schuldhafter Verübung, außer der Fahrlässigkeit, für strafbar zu erklären. Der Schuldvorwurf liegt darin, daß der Täter, trotz des Wissens um die Gefahr, die Gefährdung nicht unterließ.

² In den Kommissionsberatungen wurden anstatt „gewissenlos“ die Ausdrücke „frevelhaft“ (Prot. I. ExpKom. 2, 508ff.), „unter Verletzung einer rechtlichen Pflicht“ und „böswillig“ (Prot. II. ExpKom. 2, 216ff., 253ff.) erwogen. Beachtlich die Fassung des auf andere Verhältnisse abzielenden Art. 70 I des MilStG.: „Wer ohne genügende dienstliche Veranlassung das Leben oder die Gesundheit eines Untergebenen ernstlich gefährdet.“

³ Entgegen ITIN: 106 muß auch die Möglichkeit einer (unbewußt) fahrlässigen Gefährdung angenommen werden; vgl. BINDING: Gerichtssaal, 86, 369ff. REMUND (Lit. zu § 11): 93f. und 175 fordert vom ärztlichen Standpunkt aus einen Tatbestand der fahrlässigen Gefährdung, weil sie „in gewaltiger Mehrzahl“ den Plan beherrsche. Die Waffen, die Art. 129 zur Verfügung stellt, reichen aber bei richtiger Auslegung der Worte „wissentlich und gewissenlos“ zur Erfassung der strafwürdigen Fälle aus.

Gefährdungstatbestand¹. Die Frage seiner Verwendbarkeit bleibt offen. Theoretisch läßt sich sein Anwendungsgebiet außerordentlich weit ausdehnen. Ob der Richter folgen wird, steht vorläufig dahin. In der Literatur findet man, da richterliche Entscheidungen fehlen, zahlreich konstruierte Fälle, die unter den Art. 129 fallen könnten².

Im Hinblick auf seine allgemeine Fassung mag man dem Art. 129 auch subsidiäre Funktion zuerkennen. Er ergänzt die Tötungs- und Körperverletzungstatbestände und insbesondere auch die besondern Tatbestände der Einzelgefährdung. Wo sie nicht zutreffen, hat der Richter die Anwendung des Art. 129 zu erwägen³.

IV. Nach Abs. III des Art. 129 ist der Täter, dessen Tat den Tod des Opfers zur Folge hat, mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren zu bestrafen. Im Gegensatz zu andern Gefährdungsdelikten — Aussetzung: Art. 127 Ziff. 2, auch Abtreibung: Art. 119 Ziff. 3 III — wird die Qualifikation nicht ausdrücklich davon abhängig gemacht, daß der Täter den Todeserfolg voraussehen konnte. Daß Art. 129 II damit eine reine Erfolgshaftung vorsieht, hat man mit der Begründung gezeugnet, der Täter, der sein Opfer wissentlich

¹ Dagegen namentlich BINDING: Normen, 1 (2. Aufl.), 384f. Gefährdungstatbestände sollen nur als Delikte mit gesetzlich geschlossenen Mitteln aufgestellt werden. „Allgemein gefaßte Gefährdungsverbote würden eine geradezu unerträgliche Beschränkung menschlicher Handlungsfreiheit bilden.“ Der Gesetzgeber muß aus den für ein Rechtsgut gefährlichen Handlungen die gefährlichsten auslesen. Er muß dabei sowohl das Objekt als die Art der Gefährdung namhaft machen. Ferner Gerichtssaal, 86, 362, 367 ff. (Der Tatbestand der generellen Gefährdung hat vollständig verwaschene Grenzen). Weitere Gegner GRETENER und MEYER v. SCHAUSENSEE: Prot. I. ExpKom. 2, 506ff.; BOLLI: Prot. II. ExpKom. 2, 220f.; v. BAR: Gesetz und Schuld, 2, 444f. (arger gesetzgeberischer Mißgriff); v. ROHLAND: VD. Allg. Teil, 1, 357f.; HAMM: DJZ. 11, 843 (abstrakt und uferlos); EBERMAYER: DJZ. 16, 1047; BAUMGARTEN: Z. 34, 99. Für die generelle Gefährdungsbestimmung haben sich neben den Redaktoren der Entwürfe insbesondere eingesetzt v. LISZT: VD. Bes. Teil, 5, 151ff.; LÖFFLER: eod. 290f.; RADBRUCH: eod. 201f.; MĚŘIČKA: a. a. O. 189ff.; ZANGGER: Z. 28, 381ff.; REMUND: 78ff., 92f.; HILFIKER: 114f.; ITIN: 137ff., 148f.

² Beispiele von wissentlichen und gewissenlosen Gefährdungen: Schießen mit einem Flobertgewehr in den Luftraum eines Hausgartens; Werfen von schweren Steinen durch die Fenster eines bewohnten Hauses; Gefährdungen durch Automobilisten aus Sensationslust; gefährliche Schautellungen und Vorfürhungen, z. B. mit Schußwaffen; Unterlassung gebotener Schutzmaßregeln in industriellen und gewerblichen Betrieben, wozu die Sondertatbestände in Art. 229 und 230 zu vergleichen sind; Experimente am Menschen mit Krankheitsserregern, mit noch nicht erprobten sog. Heilmitteln, mit chirurgischen Eingriffen; Gefährdungen durch das gewissenlose Verschaffen, Verkaufen, Feilbieten usw. von Giften (zahlreiche Fälle aus der Praxis bei REMUND: 116ff.); Anschneiden der Sprossen einer Leiter, die ein anderer benutzen soll; Eheschließung seitens einer schwerkranken Person, z. B. eines Tuberkulösen (zweifelhafter Fall). Zweifelhaft bleibt auch, ob Art. 129 die Gefährdung durch Geschlechtskranke erfassen kann („unmittelbare Lebensgefahr“); oben § 7 III 1.

³ Oben § 11 IV; LANG: Prot. II. ExpKom. 2, 220; ITIN: 153ff.

in unmittelbare Lebensgefahr bringe, habe immer auch mit der Möglichkeit des Todes, mit dem Umschlagen in den Erfolg, rechnen müssen¹. Das mag zutreffend sein. Die qualifizierende Hervorhebung des Todeserfolges verwischt jedoch die Eigenart des Art. 129 als eines Gefährdungsdelikt². Mit dem Eintritt des Todes ist die Schuld des Täters nicht größer geworden.

V. § 16. Abtreibung.

Literatur (namentlich Hinweis auf schweizer. und die schweizer. Verhältnisse betreffende Schriften; die Zeitschriften- und Zeitungsliteratur ist unübersehbar groß). STROOSS: Grundzüge, 2, 22ff. — RADBRUCH: VD. Bes. Teil, 5, 159ff. und Geburtshilfe und Strafrecht (1907). — E. v. LISZT: Die kriminelle Frucht- abtreibung (1910). — HAFER: Mutterschutz und Strafrecht (1910). — SPINNER: Ärztliches Recht (1914), 333ff., 422ff. (Bibliographie). — STEINER: Das Delikt der Abtreibung, Berner Diss. (1915). — SCHIFFERLI: Der strafrechtliche Schutz des keimenden Lebens, Freiburger Diss. (1930). — FORSTER: Über den kriminellen Abort, Zürcher med. Diss. (1916). — MURET: Des indications de l'avortement médical (1918). — HÜSSY: Der geburtshilflich-gynäkologische Sachverständige (1931), 56ff., 123ff., 175ff. — CLÉMENT: Le droit de l'enfant à naître (1931). — DETTLING: Gerichtlich-mediz. Beiträge zur Frage des arteficiellen Abortes, Zürcher med. Diss. (1924). — GAUTIER: Z. 25, 237ff.; 30, 33ff.; 31, 1ff. — ZÜRCHER: Z. 38, 42ff. — LOGOZ: Z. 43, 162ff. — LANZ: Z. 47, 454ff. — LABHARDT: JZ. 22, 129ff. — Mitteilungen der Internat. krim. Vereinigung, N.F. 6, 4ff. und ZgesStRW. 52, 432ff., 764ff.; 53, 177ff. (zahlreiche Referate); vgl. auch PFENNINGER: JZ. 29, 193ff. — F. v. LISZT: ZgesStRW. 40, 74ff.

I. 1. Die Hauptschwierigkeiten liegen in der bisher nicht allgemein befriedigend gelösten Frage, ob und unter was für Umständen eine künstliche Beendigung der Schwangerschaft zulässig sein soll (unten III). Juristisch steht zunächst fest, daß Abtreibung die Bewirkung der vorzeitigen Ausstoßung einer menschlichen (reifen oder unreifen) Frucht aus dem Mutterleib³ ist. Anders als zahlreiche bisherige Rechte⁴ setzen die Art. 118/9 nicht eine Tötung der Frucht, auch nicht eine Tötungsabsicht des Täters voraus. Dem Grundsatz nach ist der Tatbestand auch dann erfüllt, wenn eine Frühgeburt ohne Vernichtung der Frucht bewirkt wird. Nach der Fassung der Art. 118/9 ist also die Abtreibung kein

¹ LogoZ: StenBull. NR. 1929, 91.

² Kritik v. LISZTS: VD. 156, der überdies den Strafrahmen des Abs. 1 in allen Fällen für ausreichend hält. Vgl. auch TIN: 144f.; HAFER: Z. 19, 152.

³ Die durch ärztliche Hilfe herbeigeführte Beschleunigung und Erleichterung des natürlichen Geburtsvorganges erfüllt den Straftatbestand nicht.

⁴ Strooss: Strafgesetzbücher, 635ff. und Grundzüge, 2, 22ff. Die deutsch-schweizerischen Gesetze bezeichnen die Handlung regelmäßig als Tötung der Frucht, die welschen als procurer l'avortement (Auffassung des französischen Rechts und seiner Nachbildungen). Dazu GAUTIER: Z. 25, 238. Ferner FORSTER: 7ff.; SCHIFFERLI: 50ff. (rechtvergleichendes, auch ausländisches Material); RADBRUCH: 161ff.; SPINNER: 349ff.

Tötungsdelikt. Das ergibt sich auch aus der Stellung der Abtreibungsbestimmungen im Gesetz¹. Die Grenze wird dadurch bestimmt, daß Objekt einer Tötung nur ein fremder Mensch sein kann, und daß die Menschqualität für die strafrechtliche Betrachtung erst mit dem (natürlichen) Beginn der Geburt, frühestens mit dem Austritt eines Körperteils des Kindes aus dem Mutterleib, anfängt (oben § 3 I, § 5 II 2)². Damit ist auch das Verhältnis zwischen Abtreibung und Kindestötung bestimmt.

Fraglich erscheint zunächst, ob die Art. 118f. den in andern Gesetzen häufig besonders genannten Fall der Tötung (Vernichtung) der Frucht im Mutterleib³ treffen. Allein die Unterscheidung zwischen Abtreibung im engeren Sinne und Vernichtung der noch im Mutterleib liegenden Frucht erübrigt sich für den Gesetzgeber, weil regelmäßig der seines Lebens beraubte Fötus mit der Zeit ausgestoßen wird, der gewollte Abort also eintritt⁴.

2. Objekt der Abtreibung ist die menschliche Leibesfrucht während der ganzen Zeit ihres intrauterinen Lebens. Ob die Frucht lebensfähig war oder nicht, macht keinen Unterschied⁵. Strafrechtliches Schutzobjekt ist in erster Linie das Leben der Frucht, das keimende menschliche Leben. Freilich kann man kaum der Leibesfrucht selbst, dem „ungeborenen Menschen“, strafrechtlich zu schützende Interessen zuerkennen⁶. Man hat deshalb — mit verschiedener Begründung — ein Rechtsgut der Allgemeinheit angenommen: ein Gesittungsinteresse der Gesellschaft, das die Abtreibung als ein Verbrechen gegen die öffentliche Sittlichkeit oder auch gegen die Familienordnung erscheinen läßt; ein

¹ Das G. faßt die Art. 111—117 zu der Gruppe der Tötungsdelikte zusammen. Für die Abtreibung (Art. 118ff.) hat es einen besonderen Unterabschnitt gebildet. Vgl. SPINNER: 358ff.

² BINDING: Lehrbuch, I, 37f.; GAUTIER: Z. 25, 239f. und Prot. II. ExpKom. 2, 186 macht überdies darauf aufmerksam, daß bei der Abtreibung Tötungsvorsatz häufig nicht vorliegt, daß er mindestens schwer beweisbar ist.

³ Z. B. Zürich § 140: „... Frucht vorsätzlich im Mutterleibe tötet oder vor der gehörigen Reife abtreibt . . .“ Noch weiter in der Kasuistik geht Aargau § 120: „... Mittel anwendet, wodurch die Abtreibung der Leibesfrucht bewirkt oder ihre (der Schwangeren) Entbindung auf solche Art befördert wird, daß das Kind tot zur Welt kommt oder infolge der angewendeten Mittel nach der Geburt stirbt, . . .“

⁴ HOFMANN-HABERDA: Lehrbuch der gerichtl. Medizin (1919), 225f.; KRATTER: Lehrbuch der gerichtl. Medizin (1912), 224, 237. Über ganz seltene Fälle einer Resorption der abgestorbenen Frucht wird allerdings berichtet. Dann müßte nach Art. 118f. bloßer Versuch angenommen werden. Vgl. auch GAUTIER: Z. 25, 238; ZÜRCHER: Erl. VE. 1908, 124.

⁵ JZ. 21, 258, Nr. 211 (Baselstadt); Zürcher Bl. 31, Nr. 90.

⁶ CLÉMENT: a. a. O. geht aus von einem Recht des Kindes auf die Geburt (droit de l'enfant à naître).

populationistisches Interesse der Gesellschaft und des Staates¹. Alle derartigen Begründungen sind heute so sehr bestritten, daß sich mit ihnen die Strafbestimmungen gegen die Abtreibung kaum mehr überzeugend rechtfertigen lassen. Hier setzt die Bewegung auf grundsätzliche Freigabe der Abtreibung ein. Man muß ihr mit dem schlichten Hinweis darauf begegnen, daß alles menschliche Leben, auch das Leben des Ungeborenen, grundsätzlich geschützt zu werden verdient².

In den Fällen, in denen die Abtreibung ohne den Willen der Schwangeren geschieht, tritt der Schutz der Frau gegen Verletzung und Lebens- und Gesundheitsgefährdung in den Vordergrund³. Insoweit und in den seltenen Fällen, da trotz der Abtreibung das Kind am Leben bleibt, liegt zugleich ein Gefährdungsdelikt vor.

3. Ältere Gesetze weisen im Tatbestand auf die bei der Abtreibung verwendeten Mittel hin — äußere oder innere Mittel; *aliments, breuvages, médicaments, violences ou tout autre moyen* (welsche Rechte). Das hängt damit zusammen, daß in der gerichtlichen Medizin und der strafrichterlichen Praxis die Frage der tauglichen und untauglichen Abtreibungsmittel eine große Rolle spielt. Die Art. 118f. schweigen darüber. Ob ein Mittel tauglich war, und ob dessen Anwendung im Einzelfall die Abtreibung bewirkt hat, muß der Richter, im Zweifel unter Mitwirkung von Sachverständigen, entscheiden⁴. Vor allem: die Abtreibung ist kein Verbrechen mit gesetzlich geschlossenen Mitteln.

¹ Endlos erörterte Fragen; vgl. namentlich E. v. LISZT: 39ff.; SPINNER: 333ff.; RADBRUCH: 160; FORSTER: 22ff.; STEINER: 6ff.; LANG: Prot. II. ExpKom. 2, 188f.; SEILER: StenBull. NR. 1929, 23 (Schädigung der Volkskraft).

² GAUTIER: Z. 25, 241: „La loi doit protéger l'être humain, même sous sa forme embryonnaire, et le protéger contre toute attaque, d'où qu'elle parte“; GRÜNENFELDER: StenBull. NR. 1929, 31. Die Anerkennung dieses Grundsatzes braucht aber den Gesetzgeber nicht dazu zu führen, die Abtreibung als Tötungsdelikt zu gestalten.

³ GAUTIER: Z. 25, 242f.; BOLLI: Prot. II. ExpKom. 2, 192; SPINNER: 342f.: Abtreibung gegen Wissen oder Willen der Schwangeren als Körperverletzung der Mutter. Der Fötus eine *pars ventris* der Mutter.

⁴ Dazu die Lehrbücher der gerichtlichen Medizin, z. B. KRATTER: 224ff.; HOFMANN-HABERDA: 239ff. Allgemein wird zwischen inneren (toxischen) und äußeren (mechanischen) Mitteln unterschieden. „Es gibt kein ... absolutes inneres Abtreibungsmittel, d. h. es ist keine Substanz bekannt, welche, innerlich genommen, sicher und unter allen Umständen eine vorzeitige Unterbrechung der Schwangerschaft herbeizuführen vermöchte.“ Jedes wirksame innere Abtreibungsmittel ist ein Gift. Es muß eine allgemeine Vergiftung hervorrufen, die zur Ausstoßung der Leibesfrucht führen kann (KRATTER: 224f.). Über die Abtreibungsmittel ferner E. v. LISZT: 403ff. (geschichtliche Daten); SPINNER: 370ff.; FORSTER: 48ff.; SCHIFFERLI: 59ff. — Untauglicher Versuch bei der Abtreibung und dessen Behandlung: Allg. Teil, § 41; G. Art. 23; vgl. BE. 33 I, Nr. 99. Über den Fall, da Abtreibungsmittel bei einer Nichtschwangeren angewendet werden, Prot. I. ExpKom. 1, 332f.; 2, 498. Prot. II. ExpKom. 2, 186f. (GAUTIER).

II. Aus Art. 118f. ergeben sich folgende Arten:

1. Die Selbstabtreibung der Schwangeren. Der Art. 118 faßt sie mit der passiven Abtreibung, dem Sichabtreibenlassen, zusammen. Die Strafdrohung ist Gefängnis¹. Die besondere kurze Verjährungsfrist von 2 Jahren (Art. 118 II) wird mit der raschen Beweisverdunkelung erklärt².

2. Die an einer Schwangeren mit ihrer Einwilligung vorgenommene Abtreibung. Ihr ist als verselbständigter Tatbestand die Beihilfe zur Selbstabtreibung der Schwangeren angefügt (Art. 119 Ziff. 1 II)³. Strafe: Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis. Ein ausnahmsweiser Fall, in dem der Gehilfe unter einer schärferen Drohung steht als der Haupttäter, die selbstabtreibende Schwangere. Auch hier tritt Verjährung in 2 Jahren ein.

3. Die an einer Schwangeren ohne ihre Einwilligung vorgenommene Abtreibung (Art. 119 Ziff. 2). Der Gedanke, daß die Frau gegen Gesundheitsschädigung und Lebensgefährdung, aber auch in ihren Muttergefühlen geschützt werden soll, tritt hervor. Die Strafdrohung lautet auf Zuchthaus bis zu 10 Jahren. Die ordentliche Verjährungsfrist — nach Art. 70 III: 10 Jahre — gilt, was nicht verständlich ist, wenn man die kurze Verjährung von 2 Jahren in den andern Fällen mit der raschen Beweisverdunkelung begründet.

4. Art. 119 Ziff. 3 qualifiziert unter zwei Gesichtspunkten die durch einen Dritten vorgenommene Abtreibung:

a) wenn gewerbsmäßig es Abtreiben bewiesen ist. Gewerbsmäßigkeit setzt die Absicht des Täters voraus, sich durch wiederholte Begehung der Tat eine Einnahmequelle zu verschaffen⁴. Die einzelne sog. Lohn-

¹ Man vergleiche damit die zum Teil exorbitanten Strafdrohungen der bisherigen Rechte; STOOS: Grundzüge, 2, 24; SCHIFFERLI: 112f.

² Prot. I. ExpKom. 1, 334; 2, 499; StenBull. NR. 1929, 70. Über die Beweisschwierigkeiten bei der Abtreibung allgemein DETTLING: 47ff.

³ Für die Schwangere, die den Dritten zur Abtreibung angestiftet oder ihm dazu Hilfe geleistet hat, müßten, mangels einer besondern Ordnung, die allgemeinen Regeln der Art. 24 und 25 gelten. Das bloße Sichhergeben zur Abtreibung, das der Art. 118 erfaßt, ist jedoch noch keine Beihilfe. Eine vernünftige Praxis wird die Schwangere, an der die Abtreibung vorgenommen wurde, nie mit der Anstiftungs- oder Beihilfestrafe belasten, sondern es in jedem Fall bei der Anwendung des Art. 118 (passive Abtreibung) bewenden lassen. Darüber anderer Meinung E. v. LISZT: 296, 448ff., 461ff. und wohl auch SCHIFFERLI: 73, 107ff. Vgl. LUDWIG: Z. 41, 275ff. (Beihilfe durch fremde Personen: Finanzierung von Abtreibungen. Zutreffende Kritik eines baselstädtischen Urteils). Über Teilnahmehandlungen bei Abtreibung ferner BE. 34I, 292. — Nach Art. 24 II muß der durch die Schwangere unternommene Anstiftungsversuch als strafbar gelten. Er wird aber selten zu behördlicher Kenntnis gelangen.

⁴ Daß es die ausschließliche oder doch überwiegende Einnahmequelle sei, ist — jedenfalls beim Delikt der gewerbsmäßigen Abtreibung — nicht voraussetzen. Über eine solche Einschränkung v. LISZT: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2, 312f.

abtreibung erfüllt den Begriff noch nicht¹. Aber andererseits kann sich Gewerbsmäßigkeit schon beim Vorliegen einer einzelnen Straftat aus den Umständen ergeben². Regelmäßig wird jedoch der Richter Art. 119 Ziff. 3 nur zur Geltung bringen, wenn eine Mehrheit von Lohnabtreibungen, die auf Gewerbsmäßigkeit hinweisen, zur Beurteilung steht. Sie sind für die Straffindung zu einer Einheit zusammenzufassen (sog. Kollektivdelikt), und die Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Abtreibung erledigt alle zur Einheit gehörenden Einzelhandlungen³.

b) Wie bei der Körperverletzung (Art. 122 Ziff. 2, 123 Ziff. 3), bei der Aussetzung (Art. 127 Ziff. 2) usw. ergibt sich eine Qualifikation, wenn die Schwangere an den Folgen der Abtreibung stirbt und der Täter diesen Ausgang voraussehen konnte. Also vorsätzliches Grunddelikt, verbunden mit fahrlässig bewirktem Tötungserfolg⁴.

Die Strafdrohung für die qualifizierten Fälle beträgt mindestens 3 Jahre Zuchthaus. Sie gilt, wenn einer der beiden Erschwerungsgründe zutrifft, für alle unter dem Art. 119 stehenden Fälle — für die mit Einwilligung wie für die ohne Einwilligung der Schwangeren vorgenommene Abtreibung, aber auch für die bloße Hilfeleistung. Das hohe Strafminimum von 3 Jahren für alle Fälle ist bedenklich. Im Einzelfall können mildernde Umstände zu einer Erleichterung führen (Art. 64—66).

Bei allen qualifizierten Abtreibungen gilt die Verjährungsfrist von 10 Jahren.

5. Das Sichanerbieten zur Abtreibung und die mehr oder weniger deutlichen Zeitungsinserate, die auf Abtreibungsgelegenheiten aufmerksam machen, werden durch keine eidgenössische Strafnorm erfaßt. Eine Ordnung bleibt der kantonalen Übertretungsgesetzgebung vorbehalten⁵.

¹ Schon die einzelne Lohnabtreibung, d. h. jede von einem Dritten gegen Entgelt irgendwelcher Art vorgenommene Abtreibung zu qualifizieren, wie es in andern Gesetzen geschieht — auch in VE. 1908, Art. 68 Ziff. 2 — ist nicht klug. LANG: Prot. II. ExpKom. 2, 189: Nur der Arzt wird sich durch die schwerere Drohung abhalten lassen, einen Eingriff vorzunehmen, nicht der Kurpfuscher. Durch die Qualifizierung der Abtreibung gegen Entgelt treibt man die Frauen erst recht gewissenlosen Hebammen zu. — Über die gesetzgeberische Behandlung der Lohnabtreibung E. v. LISZT: 239 ff.

² Unzutreffend SCHIFFERLI: 80, der Gewerbsmäßigkeit nur bei Lohnabtreibung im Rückfall annimmt. Vgl. dagegen Allg. Teil, § 75 I 4; v. HIPPEL: Deutsches Strafrecht, 2, 546.

³ Allg. Teil, § 75 II, dort auch das Nähere über den Beginn der Verfolgungsverjährung; ferner v. HIPPEL: 547.

⁴ Dazu oben § 9 I 3; § 12 II 4.

⁵ StenBull. NR. 1929, 39, 74, 80. — Zürcherische Praxis: Vorgehen gegenüber verdächtigen Ankündigungen von Hebammen gestützt auf §§ 36 und 38 des Medizinalgesetzes von 1854, wonach der Regierungsrat zur Verhütung und Beseitigung von „gesundheits- und lebensgefährlichen Einflüssen“ die erforderlichen Maßnahmen treffen kann; Zürcher Bl. 18, Nr. 20. — Über Abtreiber-Annancen und Strafvorschriften gegen sie E. v. LISZT: 12f., 538f. Reiches Tat-

III. Strafloſe Unterbrechung der Schwangerschaft. Die Frage, unter welchen Umſtänden eine künstliche Beendigung der Schwangerschaft als rechtmäßig oder wenigstens als nicht rechtswidrig zu gelten hat, iſt die *crux* des Abtreibungsproblems. Die allgemeinen Beſtimmungen über den Ausſchluß der Rechtswidrigkeit reichen — nach einer freilich bisher nicht unbeſtrittenen Auffaſſung — nicht aus. Um der Rechtſſicherheit willen, namentlich auch um dem Arzt möglichſte Klarheit über die Rechtslage zu geben, iſt die Aufſtellung beſonderer Normen geſetzgeberiſches Gebot. Das G. gibt eine bemerkenswerte Löſung in Art. 120. Er war in der Geſetzesberatung die wohl am meiſten umſtrittene und endlos beſprochene Beſtimmung¹.

1. Auszugehen iſt von der Notſtandsbeſtimmung, im beſondern von dem in Art. 120 Ziff. 2 I umſchriebenen Fall der Notſtandshilfe. Eine Schwangerschaftsunterbrechung ſoll ſtraflos bleiben, wenn ſie erfolgt, um die Schwangere aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Lebensgefahr oder großer Gefahr dauernden ſchweren Schadens an der Geſundheit zu erretten. Fälle unmittelbarer Gefahr, alſo einer echten Notſtandslage, die einen ſofortigen Eingriff erfordern und rechtfertigen, kommen nach ärztlicher Erfahrung, wenn auch nicht ſehr häufig, vor. — Daß bei einer ſolchen Lage die Nothilfebeſtimmung zur Geltung zu bringen iſt, ſollte im Grunde nicht zweifelhaft ſein. Art. 120 Ziff. 2 enthält aber zunächſt die Einſchränkung, daß die Strafloſigkeit des Nothilfeeingriffs nur gewährt wird, wenn er durch einen patentierten Arzt vorgenommen wird². Das hängt mit dem Grundsatz zuſammen, daß, wenn ausnahmsweiſe eine Schwangerschaftsunterbrechung zugelassen wird, ſie in jedem Fall durch einen Arzt erfolgen ſoll (ſ. unten 2).

Sichernde Ordnungsvorſchriften ſetzen hier ein: Der Arzt, der einer Schwangeren erlaubte Notſtandshilfe geleistet hat, iſt verpflichtet, innert 24 Stunden nach dem Eingriff Anzeige an die züſtändige, vom kantonalen Recht zu beſtimmende Behörde des Kantons, in welchem der Eingriff erfolgte, zu erſtatten (Art. 120 Ziff. 2 II). Die Unterlaſſung dieſer Anzeige iſt als Übertretung mit Haft oder mit Buße ſtrafbar (Art. 121).

sachenmaterial über die „Abtreiber-Induſtrie und -Reklame“ bei FORSTER: 95 ff. Vgl. auch HÜSSY: 226 f.

¹ Hauptdaten der Entwürfe und der Beratungen: Prot. II. ExpKom. 2, 183 ff.; 8, 224 ff.; 9, 51 ff.; E. 1918, Art. 107 und die daran ſich anſchließenden Beratungen und Änderungen: StenBull. NR. 1929, 22 ff. und, zum Teil in endloſer Wiederholung der Anſchauungen Pro und Kontra, 1934, 367 ff.; 1935, 540 ff.; 1936, 1088 ff., 1501 ff.; 1937, 128 f. StenBull. StR. 1931, 490 ff.; 1932, 116 ff.; 1935, 205 ff.; 1936, 174 f., 356 ff., 456 f.; 1937, 1 ff.

² Daß der Arzt im Beſitze des ſchweizeriſchen Patentes ſein muß, iſt nicht geſagt und auch nicht anzunehmen. Hochſchulprofessoren z. B., die Ausländer ſind und, ohne das ſchweizeriſche Patent zu beſitzen, in ſchweizeriſchen Dienſten ſtehen, ſind zur Ausübung der Praxis in der Schweiz berechtigt.

Aus Art. 120 Ziff. 3 wird eine weitere Einschränkung der Anwendbarkeit der allgemeinen Notstandsbestimmung des Art. 34 deutlich. Nur unmittelbare Lebens- und Gesundheitsgefahr berechtigt den Arzt zum Eingriff. Andere Notlagen — Ehren-, Vermögensnotstand insbesondere — anerkennt das G. nicht als genügend, um eine Schwangerschaftsunterbrechung straffrei ausgehen zu lassen¹. Immerhin kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern (Art. 66), wenn „eine andere schwere Notlage der Schwangeren“ dargetan wird. Das G. lehnt also eine Strafbefreiung wegen sog. sozialer und wegen hygienischer Indikation², oder wenn eine Schwängerung im Zusammenhang mit einer Notzucht oder einer Schändung erfolgte, ab (s. auch unten 2).

2. Art. 120 Ziff. 1 geht andererseits über das eigentliche Notstandsrecht hinaus. Die Unterbrechung der Schwangerschaft soll unter den Voraussetzungen straflos sein, daß die Schwangere und, im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit, der gesetzliche Vertreter schriftlich zustimmen, und daß der Eingriff zur Behebung einer nicht anders abwendbaren Lebensgefahr oder einer großen Gefahr dauernder schwerer Gesundheitsschädigung erforderlich scheint. Das den Notstand kennzeichnende Moment der „unmittelbaren“ Gefahr fehlt hier. Die diagnostisch zu erwartende Gefahr der Todesfolge oder einer schweren Gesundheitsschädigung oder der Verschlimmerung einer schon bestehenden Krankheit — Herzleiden, Tuberkulose, geistige Erkrankung usw. — muß feststehen oder wenigstens wahrscheinlich gemacht werden. — Die Entscheidung darüber liegt bei der Medizin: Nur ein patentierter Arzt ist zu einem Eingriff berechtigt, und er muß, wenn er unter den angegebenen Voraussetzungen eine Schwangerschaftsunterbrechung erwägt, vorher das Gutachten eines zweiten patentierten Arztes einholen. Als Gutachter ist nach Ziff. 1 II ein für den Zustand der Schwangeren sachverständiger Facharzt (Herzspezialist, Psychiater usw.) heranziehen. Dieser ist von der zuständigen Behörde des Kantons, in dem die Schwangere ihren Wohnsitz hat oder in dem der Eingriff erfolgen soll, „allgemein oder von Fall zu Fall“ zur Begutachtung zu ermächtigen.

¹ Unklar bleibt folgender Fall: Echter Notstand gemäß G. Art 34 Ziff. 1. Die Schwangere nimmt selbst den Eingriff vor. Ist sie aus Art. 118 strafbar? Oder kann sie sich für sich selbst auf die Notstandsbestimmung berufen? In Art. 120 Ziff. 2 wird, mit den erörterten Einschränkungen, nur auf Art. 34 Ziff. 2 (Notstandshilfe durch eine andere Person) hingewiesen. Die Wortauslegung führt zu dem Schluß, daß die Selbstabtreibung bei echtem Notstand straflos bleibt. Bei der Tendenz des G. bleibt dieses Ergebnis immerhin zweifelhaft.

² Vgl. jetzt Art. 130 des waadtländischen StGB. von 1931: „L'avortement n'est pas punissable lorsqu'il est pratiqué sur une personne atteinte de maladie mentale ou d'une infirmité mentale, dont la descendance, selon toutes prévisions, ne peut être que tarée. Toutefois, il ne peut être opéré qu'avec l'autorisation du conseil de santé.“

3. Die Ziff. 4 des Art. 120 erklärt ausdrücklich, daß Art. 32 des G., im besondern die Bestimmung, daß eine Tat, die durch eine Berufspflicht geboten wird, straflos bleibt, beim Problem der Schwangerschaftsunterbrechung keine Anwendung findet. Gesetzestechnisch wäre dieser Hinweis nicht erforderlich gewesen. Der Art. 120 stellt eine besondere berufsrechtliche Ordnung auf. Sie geht dem in Art. 32 enthaltenen Satze vor. Der ausdrückliche Hinweis auf diesen Artikel läßt sich damit rechtfertigen, daß eine alte juristische und medizinische Streitfrage¹ ihre abschließende Lösung gefunden hat.

IV. Art. 211 enthält Übertretungstatbestände der Anpreisung von Gegenständen zur Verhütung der Schwangerschaft². Die Bestimmung ist bei den Delikten gegen die Sittlichkeit untergebracht, was äußerlich und unzureichend damit begründet werden kann, daß einer solchen Norm eine Beziehung zum Geschlechtsleben zukommt. Ein näheres Verhältnis besteht zur Abtreibungsfrage. Der in weiten Kreisen übliche Gebrauch antikonzptioneller Mittel soll unerwünschte Schwangerschaft verhüten³. Indirekt hilft das mit zur Lösung des Abtreibungsproblems. Deshalb wird von zahlreichen Seiten die intensive Aufklärung über Möglichkeiten der Schwangerschaftsverhütung und die völlige Freigabe des Verkaufes von Verhütungsmitteln gefordert⁴.

Die Grenze gegenüber Art. 204 (unzüchtige Veröffentlichungen) ist scharf zu ziehen. Die der Schwangerschaftsverhütung dienenden Gegenstände sind nicht unzüchtiger Art⁵. Die Fabrikation, der Handel mit ihnen ist — anders als in den Fällen des Art. 204 — erlaubt. Nur in zwei Fällen soll das Heraustreten mit solchen Gegenständen aus der Discretion an die Öffentlichkeit strafbar sein:

1. wenn eine öffentliche Ankündigung oder Ausstellung in einer Sitte und Anstand verletzenden Weise erfolgt — von Amtes wegen zu verfolgen und mit Buße zu bestrafen;

¹ Dazu Allg. Teil, § 31 III 2 und IV.

² Auch von Gegenständen zur Verhütung von Ansteckung mit einer Geschlechtskrankheit. Vgl. oben § 7 III 1.

³ Der Gebrauch solcher Mittel muß jeder rechtlichen Reaktion entzogen bleiben. Ein strafrechtlich zu schützendes Interesse besteht nicht; gut GAUTIER: Z. 25, 241 f.; ZÜRCHER: Z. 38, 43: Die Verhütung der Empfängnis ist keine strafbare Handlung.

⁴ Prot. II. ExpKom. 7, 107 ff., 342 ff.; StenBull. NR. 1929, 46, 201 ff.; StR. 1931, 541. Zur ganzen Frage des sog. Präventivgeschlechtsverkehrs (Neomalthusianismus) SPINNER: 288 ff. (mit weitem Literaturhinweisen), 379; FORSTER: 95. Bemerkenswert die Beratung der Bestimmung: StenBull. NR. 1929, 202 ff.

⁵ LANG: Prot. II. ExpKom. 3, 265, 270. Zweifelnd, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichtes, BE. 35 I, 359 f. und 36 I, 42. Gegen die Auffassung des Reichsgerichtes mehrheitlich die deutsche Literatur; FRANK: Kommentar (18. Aufl.), 414. — Die Gegenüberstellung von Art. 204 und Art. 211 beseitigt jetzt jeden Zweifel.

2. wenn solche Gegenstände oder deren Anpreisung (Prospekte) Personen zugesendet werden, die es nicht verlangt und die auch kein berufliches Interesse daran haben. Aus dieser Fassung ergibt sich, daß diese Variante einen Strafantrag des Empfängers der Sendung voraussetzen muß. Strafe: Haft oder Buße.

Weiter geht, unter Betonung des Jugendschutzes Art. 178 des StGB. der Waadt (*procédés anticonceptionnels*)¹.

Zweiter Abschnitt.

Delikte gegen die Freiheit.

§ 17. Begriff der Freiheit und strafrechtlicher Freiheitsschutz im Allgemeinen.

Literatur. ROSENFELD: VD. Bes. Teil, 5, 385ff., 479ff. — FREY: Der strafrechtliche Schutz der Freiheitsrechte, Zürcher Diss. (1916). — HUG: Die Drohung im Strafrecht, Zürcher Diss. (1924), 9ff. — Angaben zu §§ 18—22.

I. Über SCHOPENHAUERS Deutung des Freiheitsbegriffes — *la liberté est un mystère*² — kommt man nicht hinaus. Freiheit ist ein negativer Begriff. „Wir denken durch ihn nur die Abwesenheit alles Hindernden und Hemmenden“³. Freiheit ist eine Art Ruhezustand. Gegen ihn wendet sich störend ein von außen an den Menschen herangetragener Zwang. Wieweit diese Unabhängigkeit von äußerem Zwang geschützt werden soll, ist das strafgesetzgeberische Problem. Die Frage der metaphysischen Willensfreiheit hat damit nichts zu tun. Sie ist nicht Deliktsobjekt⁴. Auch die Wahrung der privatrechtlichen gleichen Rechtsfähigkeit (Freiheit) aller Menschen liegt außerhalb des strafrechtlichen Gebietes⁵. Umstritten ist dagegen, ob und wieweit die sog. staatsbürgerlichen Freiheitsrechte — freie Niederlassung, Religionsfreiheit, Lehrfreiheit, Versammlungsfreiheit, Pressefreiheit, Handels- und Gewerbefreiheit, Arbeitsfreiheit usw. — besonders strafrechtlichen Schutz erhalten sollen⁶ (unten § 19 VI).

¹ Dazu KRAFFT: JZ. 32, 335f.

² Dieses Wort, das SCHOPENHAUER seiner Schrift über die Freiheit des Willens als Motto voranstellte, stammt von MALEBRANCHE.

³ SCHOPENHAUER: Preisschrift über die Freiheit des Willens (1839), Inselausgabe, 3, 391.

⁴ ROSENFELD: 388. — BOLLAG (Lit. zu § 19): 16.

⁵ Dazu HELLER: Der privatrechtliche Schutz der Freiheit. Strafrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von v. LILIENTHAL, Ergänzungsheft 1 (1917); REGAMEY: La protection de la personnalité en droit civil, Lausanner Diss. (1929); EGGER: Kommentar Personenrecht (2. Aufl.), Art. 27, Nr. 1 ff.; Art. 28, Nr. 28; HAFTER: Kommentar Personenrecht (2. Aufl.), Art. 27, Nr. 3, 7 ff.

⁶ Vgl. den VE. 1894 Art. 161, der unter der Bezeichnung: Beeinträchtigung von Freiheitsrechten folgenden Tatbestand vorsah: „Wer jemanden

II. Als einigermaßen sicherer strafrechtlicher Besitz bleibt zunächst der Schutz einer kleineren Zone der persönlichen Freiheit. Sie umfaßt die Freiheit der menschlichen Willensbildung und Willensbetätigung und die körperliche Bewegungsfreiheit, also Fähigkeiten des Menschen, das zu tun oder zu lassen, wozu er sich selbst entschließt. Das Strafrecht schützt diese Güter gegen bestimmt geartete Angriffe. Das Mittel, mit dem der Täter die Freiheit seines Opfers stört, wird für die Gestaltung der Tatbestände einzelner Freiheitsdelikte von entscheidender Bedeutung. Vorläufige Betrachtung¹ führt zu folgender Differenzierung:

1. Verhinderung der Willensbetätigung oder Zwang zur Betätigung, also Verletzung der Handlungsfreiheit, durch Gewalt, Drohung oder andere zur Überwindung eines Widerstandes geeignete Mittel. Das ist der Grundton beim Delikt der Nötigung (Art. 181).

2. Verhinderung oder Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit, als besonders herausgehobener Fall der freien Willensbetätigung². Das ist das Delikt der Freiheitsberaubung (Art. 182).

3. Begründung einer die Persönlichkeit eines andern in weitgehendem Maße vergewaltigenden körperlichen, eventuell psychischen Herrschaft über die fremde Person. Das sind die Entführungsdelikte (Art. 183 bis 185). Die Entführung verletzt oder beeinträchtigt, je nach der Sachlage, die Handlungsfreiheit, die körperliche Bewegungsfreiheit, unter Umständen auch die Freiheit der Willensbildung — dann, wenn durch List oder auch durch Furchterregung, durch Drohung der Wille des

an der Ausübung eines ihm von der Bundesverfassung gewährleisteten Freiheitsrechtes, insbesondere des Rechtes der freien Niederlassung, der Religionsfreiheit, Lehrfreiheit, Versammlungsfreiheit, Preßfreiheit, Handels- und Gewerbefreiheit oder an der Freiheit der Arbeit durch Gewalt oder Drohung hindert oder ihm den Genuß eines solchen Freiheitsrechtes böswillig schmälert oder unmöglich macht, wird . . . bestraft.“ Streichung der Bestimmung im Hinblick auf den allgemeinen Tatbestand der Nötigung: Prot. I. ExpKom. 2, 147ff.; vgl. auch WEBER: Z. 18, 271ff. und namentlich Prot. II. ExpKom. 5, 132ff. (Gutachten ZÜRCHER). — Genf Art. 105—107 bedroht gewaltsame oder durch Drohung verübte Angriffe auf die Niederlassungsfreiheit, die Gewerbefreiheit, die Arbeitsfreiheit der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die Kultus-, Lehr-, Preß- und Versammlungsfreiheit. Dazu HOFSTETTER-LEU (Lit. zu § 19): 44f.; STOOS: Grundzüge, 2, 417f. Ferner zur Frage des Schutzes der politischen Freiheitsrechte allgemein FREY: passim, insbesondere 63ff.

¹ Die Einzelerörterung bleibt den nachfolgenden §§ vorbehalten. — Zusammenfassende Kennzeichnung der Freiheitsdelikte bei BINDING: Lehrbuch, 1, 80ff.; HUG: 15ff.; BOHN (Lit. zu § 20): 16ff.; v. WURSTEMBERGER (Lit. zu § 21): 11ff. Die Schwierigkeit der Umgrenzung des Kapitels der Freiheitsdelikte, die mit der Unsicherheit des Freiheitsbegriffes und dem Verhältnis zu andern strafrechtlichen Schutzobjekten zusammenhängt, wird besonders bei der Rechtsvergleichung offenbar; ROSENFELD: 385ff., 493ff.

² GEORGIEFF: Zum Delikt der Freiheitsberaubung nach deutschem Strafrecht, Berner Diss. (1911), 45f.

andern geneigt gemacht, seine EntschlieÙung also gefälscht wird¹. Dem weiten Aktionsradius der Entführungsdelikte entspricht die Mehrzahl der Begehungsmittel: Gewalt, Drohung, List und in den Fällen der Art. 184 und 185 Ausnutzung des Zustandes einer aufgehobenen oder verminderten Willensfähigkeit der entführten Person.

4. Das G. hat auch die Drohung (Art. 180) und den Hausfriedensbruch (Art. 186) bei den Delikten gegen die Freiheit eingestellt. Das läÙt sich damit begründen, daÙ jede in Schrecken und Angst versetzende Drohung das Freiheitsgefühl des Bedrohten tangiert (unten § 18 I). Auch der Hausfriedensbruch bedeutet einen Einbruch in eine Sphäre, in welcher die Unabhängigkeit von fremder Störung erhöhten Schutz verdient².

5. Der Angriff auf die persönliche Freiheit ist in vielen Fällen nur der Durchgangspunkt zur Verübung gegen andere Rechtsgüter gerichteter Delikte: Raub, Erpressung, Notzucht, Gewalt und Drohung gegen Beamte usw. Den Freiheitsdelikten, insbesondere den Tatbeständen der Drohung und Nötigung, kommt insoweit subsidiäre Bedeutung zu³.

§ 18. Bedrohung.

Literatur. Angaben zu §§ 17, 19ff. — StOOS: Strafgesetzbücher, 436ff.; Grundzüge, 2, 175ff. — HAFTER: Allg. Teil, § 84 (Friedensbürgschaft).

I. Die Drohung ist unter einem doppelten Gesichtspunkt zu erörtern. Sie ist ein Mittel zur Verübung bestimmter Freiheitsdelikte und der an die Nötigung anknüpfenden besondern Tatbestände (Notzucht, Erpressung usw.)⁴. Sie ist von der neuern Gesetzgebung — mit bestimmten Begrenzungen — aber auch zum selbständigen Delikt gestaltet worden⁵. Es ist sprachlich befriedigender, diesen selbständigen Tatbestand (Art. 180) als Bedrohung zu bezeichnen, wie es z. B. in den frühern Vorentwürfen (VE. 1903, Art. 106) und im deutschen Strafrecht (StGB. § 241; deutscher E. 1927, § 278) geschieht⁶.

¹ BINDING: Lehrbuch, 1, 81: Angegriffen wird die „Freiheit der EntschlieÙung nach eigenen Motiven“; ROSENFELD: 393ff.; anderer Meinung HUG: 20.

² BINDING: Lehrbuch, 1, 81, 120ff.: Widerrechtliche Mißachtung des Willens des Hausfriedensberechtigten; ROSENFELD: 387, 392f.; BINDING: 125ff. und StOOS: Z. 40, 313 rechnen auch den Verrat von Privatgeheimnissen zu den Delikten gegen die Freiheit, weil der Wille der Geheimnisbewahrung geschützt werden soll. — Der VE. 1908 (Art. 117) hatte die Verletzung des Briefgeheimnisses bei den Delikten gegen die Freiheit eingestellt. Darüber jetzt unten § 41.

³ ROSENFELD: 386f.; BE. 6, 209 (Erpressung und Drohung); 30 I, 376ff. (gewaltsame Unzuchtsdelikte und Nötigung).

⁴ Darüber bei der Erörterung dieser Delikte. Vgl. die Zusammenstellung bei ZÜRCHER: Erl. VE. 1908, 195.

⁵ Zur Geschichte des selbständigen Bedrohungsdeliktes HUG: 57ff.; BINDING: Lehrbuch, 1, 102.

⁶ Vgl. weiter StOOS: Grundzüge, 2, 175ff. — Die weit auseinandergehende Umgrenzung des Bedrohungsdeliktes in den kantonalen Rechten zeigt die große

Die nächste Wirkung einer (schweren) Drohung¹ ist regelmäßig Schrecken, Furcht, Angst, Einschüchterung. Verfolgt der drohende Täter darüber hinaus ein weiteres Ziel, die Bestimmung des Opfers zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden, so verletzt er die persönliche Freiheit des andern. Er begeht je nachdem vollendete oder versuchte Nötigung usw. Drohungen um ihrer selbst willen, aus Haß, Bosheit, Rachegefühlen, ohne weiterzielende Absichten, sind aber nichts Seltenes. Sie stellen weder einen Nötigungsversuch, noch gar einen entfernten Versuch eines Verbrechens, mit dem gedroht worden ist, dar. Beim Bedrohten wird nur das Gefühl der persönlichen Sicherheit verletzt. Deshalb hat Strooss in den VE. (noch VE. 1903, Art. 106) die Bedrohung zusammen mit dem Hausfriedensbruch und der Geheimnisverletzung in einem „Verbrechen gegen die persönliche Rechtssicherheit“ bezeichneten Abschnitt untergebracht. Das ist nicht unzutreffend. Aber die Zusammenfassung einer Deliktgruppe unter der Bezeichnung „Verbrechen gegen die persönliche Rechtssicherheit“ ist zu farblos. Die Kennzeichnung der Bedrohung als Freiheitsdelikt läßt sich sehr wohl damit begründen, daß durch sie die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung des Bedrohten gefährdet wird².

II. Davon kann nicht die Rede sein, daß jede Bedrohung strafbar sein soll. Die Gesetze zeigen überall, jedoch in sehr verschiedener Weise, die Tendenz zur Einschränkung. Zürich § 91 fordert z. B. Bedrohung mit der Verübung eines Verbrechens, wobei die Drohung „an sich“ geeignet sein muß, die Ruhe des Bedrohten zu stören. Andere Gesetze, namentlich in den welschen Kantonen, setzen Bedrohung mit bestimmten Verbrechen voraus (z. B. Wallis Art. 272: *menaces d'assassinat, d'empoisonnement, d'incendie ou de tout autre attentat de nature à compromettre gravement la personne, l'honneur ou la propriété de quelqu'un*). Schaffhausen § 173 verlangt gefährliche Drohungen gegen einen andern oder gegen dessen Ehre und Eigentum. Baselstadt § 127 spricht von der Bedrohung mit

Unsicherheit darüber, unter welchen Umständen eine Bedrohung als strafwürdig erscheint.

¹ Daß sie begrifflich nur vorsätzlich, nicht fahrlässig, möglich sein soll, wie HUG: 22, 30 annimmt, ist unzutreffend. Jedoch ist nur vorsätzliche Bedrohung strafbar.

² ROSENFELD: 396, 494 bezeichnet die Bedrohung in der Tat als das Gefährdungsdelikt unter den Freiheitsverbrechen (neben den Verletzungsdelikten: Nötigung, Freiheitsberaubung und Hausfriedensbruch). Er und BINDING: Lehrbuch 1, 103 erwägen im Zusammenhang damit die Konstruktion als bloße Übertretung. — HUG: 25ff. stellt die verschiedenen Anschauungen über das Schutzobjekt beim Bedrohungsdelikt zusammen. Nach ihm verletzt die Bedrohung die Freiheit der Willensentschließung des Bedrohten (27, 33ff.). Damit wird aber zu viel in den Tatbestand hineingetragen. Eine Verletzung ist nicht erforderlich. Trotz Schrecken und Angst kann sich der Bedrohte die Freiheit der Willensentschließung bewahrt haben. Vgl. GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 470f.

rechtswidriger Zufügung von Nachteilen unter Umständen, welche die Ausführung ernstlich befürchten lassen (Gefährdungsstandpunkt)¹. Die Verschiedenheit der kantonalen Umgrenzungen spiegelt sich im Meinungsstreit über die Fassung des Tatbestandes bei der Beratung der eidgenössischen Entwürfe wieder².

Der Tatbestand des Art. 180 enthält folgende Momente:

1. Vorausgesetzt ist eine vorsätzliche schwere Drohung. Ob sie vorliegt, ist zunächst weitgehend richterlichem Ermessen anheimgegeben. Ein gewisser Maßstab ergibt sich immerhin aus dem weitem Tatbestand, daß

2. die Drohung den Bedrohten in Schrecken oder Angst versetzt haben muß. Erst mit dem Eintritt einer solchen Wirkung ist das Delikt vollendet³.

Aus dieser Fassung ergibt sich, daß das Gesetz vom Erfolg im subjektiven Sinn ausgeht. Nicht darauf kommt es an, daß eine Bedrohung „an sich“ geeignet war, die Ruhe und Sicherheit eines andern zu stören (Zürich § 91). Für den Bedrohten muß ein Zustand des Schreckens oder der Angst entstanden sein⁴. Diese subjektivistische Ordnung erhält ihre Bestätigung durch die Konstruktion der Bedrohung als Antragsdelikt⁵. Das kann aber nicht bedeuten, daß der Richter nur auf die übergroße Furchtsamkeit eines Allzuängstlichen abzustellen hätte. Durch die freie Ermessensprüfung, daß es sich um eine schwere Drohung handeln muß, wird das objektive Moment gewahrt.

3. Über Form und Mittel der (schweren) Drohung sagt Art. 180 nichts. In Betracht kommt jede Ankündigung eines Übels, die der Richter als schwer bewertet und die zur Erregung von Schrecken oder Angst tauglich

¹ Die weitem kantonalen Daten bei StROOSS: Strafgesetzbücher, 436ff. und Grundzüge, 2, 176ff. und in ausführlicher Erörterung bei HUG: 65ff.

² Dazu Prot. I. ExpKom. 2, 20ff.; 564ff.; Prot. II. ExpKom. 2, 469ff.; 3, 102ff. Die Entwicklung der Entwürfe ist dargestellt bei HUG: 90ff. und bei ROSENFELD: 482f.

³ Solange die Drohung nicht zur Kenntnis, nicht zum Bewußtsein des Bedrohten gelangt, liegt nur Versuch vor; HUG: 40; vgl. auch JZ. 26, 68, Nr. 57 (St. Gallen); Berner Z. 42, 375. — Untauglicher Versuch, wenn z. B. ein Tauber mit Worten bedroht wird. — Abweichend Zürcher Bl. 20, Nr. 159, wo angenommen wird, nicht einmal der Vorsatz des Täters, daß die Drohung dem Bedrohten zur Kenntnis gelange, sei zur Erfüllung des Tatbestandes notwendig. Diese Auffassung, die bei der objektivistischen Fassung von § 91 des Zürcher StGB. möglich ist, hat für Art. 180 keine Gültigkeit.

⁴ Répertoire vaudois, 153: „un trouble réel causé à la victime, soit le sentiment chez elle que la menace peut être mise à exécution.“ Vgl. auch Waadt StGB. Art. 158 II.

⁵ So schon zahlreiche bisherige Rechte; StROOSS: Grundzüge, 2, 177; BRODBECK: Z. 1, 496. Für die Konstruktion als Antragsdelikt auch HUG: 44ff.

ist: Wort, Schrift, Tat, unter Umständen auch eine bloße Gebärde¹. Auch Gewaltverübung an Sachen oder an einer Drittperson kann den Bedrohungstatbestand erfüllen. Wenn einer die Scheiben eines Hauses einschlägt, so kann sich aus den Umständen ergeben, daß er es auf eine Bedrohung der Bewohner abgesehen hat. Die Züchtigung eines Kindes kann für die Mutter eine schwere Bedrohung sein, die Angst vor weiterer Mißhandlung in ihr auslösen. Damit erledigt sich auch die Frage nach der sog. mittelbaren Bedrohung. Sie ist gar kein Problem. Wenn z. B. mit der Ermordung eines Kindes gedroht wird, das vielleicht die Tragweite einer solchen Drohung gar nicht versteht, so können die Eltern dadurch in Furcht und Schrecken versetzt werden². Sie sind die Bedrohten. — Ob eine bedingte Bedrohung den Tatbestand des Art. 180 erfüllt, hängt davon ab, ob das Eintreffen der Bedingung von einem künftigen Verhalten des Bedrohten abhängig gemacht wird oder nicht. Der Ehemann, der dem Dritten droht, er schlage ihm die Knochen entzwei, wenn er noch einmal seine Frau belästige, ist nicht nach Art. 180 strafbar³. Anders, wenn dem Ehemann eine Züchtigung angedroht wird für den Fall, daß die Ehefrau noch einmal ihr böses Mundwerk spielen läßt. Das ist nicht Nötigungsversuch, sondern Drohung gegenüber dem — harmlos-unschuldigen — Mann, der die Zunge seiner Frau nicht zu hüten imstande ist⁴.

4. Strafbar ist nur die rechtswidrige Bedrohung. Aber die Schwierigkeit liegt in der Frage, ob schon die Tatsache, daß eine „schwere Drohung in Schrecken oder Angst versetzt“, eine Rechtswidrigkeit darstellt, oder ob der Täter mit der Zufügung rechtswidriger Nachteile drohen muß⁵. Darf einer, der nichts Unrechtmäßiges im Schilde führt, sich „schwere Drohung“ erlauben? Eine einheitliche Antwort ist nicht möglich. Der Richter muß im Zweifelsfall eine Art Interessenabwägung

¹ Plötzliches Ergreifen einer Pistole bei Anlaß eines Wortstreites: Monatsblatt für bern. RSpr. 12, 66. — Bern Art. 99 hat einen besondern Tatbestand: tätliche Bedrohung „durch Zücken eines Messers oder anderer Werkzeuge, welche zur Beibringung lebensgefährlicher Verletzungen besonders geeignet sind“, aufgestellt.

² Zürcher Bl. 1, Nr. 214; 20, 310; HUG: 29f.

³ Ob strafbarer Nötigungsversuch vorliegt, ist zweifelhaft, da der Drohende es nur unternimmt, den Dritten zu einem anständigen — rechtmäßigen — Verhalten zu veranlassen. Anders die Drohung: Sobald du aus dem Hause kommst, schlage ich dich tot. Das ist Nötigungsversuch, Versuch, den andern durch Drohung zu einem bestimmten Verhalten, das Haus nicht zu verlassen, zu zwingen. Dazu HUG: 41f.; KÖPFLI: Rechtsprechung zum zürcher. StGB. § 91, Nr. 143a. Unten § 19.

⁴ Vgl. auch JZ. 1, 213 (St. Gallen).

⁵ Der gegen Art. 180 erhobene Vorwurf der Vagheit ist hier nicht unberechtigt; vgl. schon zu den VE. GRETENER: Prot. I. ExpKom. 2, 21, 565f.; ROSENFELD: 494; LANG: Prot. II. ExpKom. 2, 471f.

vornehmen: Sicher strafbar sind die Fälle, in denen mit der Angst oder Schrecken verursachenden Verübung einer strafbaren Handlung gedroht wird¹. Dazu besteht kein Recht. Auch die Bedrohung mit einem zivilrechtlichen Nachteil, einem Vertragsbruch z. B., ist strafbar, immer unter der Voraussetzung, daß sie schwerwiegt und den Bedrohten in Angst oder Schrecken versetzt. Zweifelhaft ist die Bedrohung mit einem Nachteil, der nichts Rechtswidriges in sich schließt: Der Vater droht dem Sohn, der ihm gegenüber die familienrechtlichen Pflichten schwer verletzt hat, mit Enterbung (ZGB. Art. 477). Drohung mit Streik, mit Boykott, mit andern wirtschaftlichen Nachteilen, mit einer nicht gesetz- oder vertragswidrigen, aber zur Unzeit erfolgenden Kündigung, mit einer an sich begründeten Strafanzeige, mit der Anhebung eines Prozesses usw.². Solche Drohungen können im Einzelfall beim Bedrohten Schrecken oder Angst auslösen, also das subjektive Moment des Art. 180 erfüllen. Entscheidend ist dann, ob auch objektiv eine schwere Bedrohung angenommen werden kann. Das hat der Richter auf Grund der Umstände des Einzelfalles zu prüfen³. Er soll eine solche Bedrohung nur dann für strafbar erklären, wenn sie in ihrer Heftigkeit außer allem Verhältnis zur Sachlage steht und vom Haß- und Bosheitsgefühl des Täters getragen erscheint⁴.

III. Nach Art. 180 wird die Bedrohung mit Gefängnis- oder mit Buße bestraft. Daneben kann gemäß Art. 57 auf Friedensbürgschaft erkannt werden, wenn jemand mit einem Verbrechen oder Vergehen gedroht hat oder wegen eines Verbrechens oder Vergehens verurteilt worden ist und die Gefahr der Ausführung oder Wiederholung besteht. Das ist eine Sicherungsmaßnahme⁵. Der Gedanke, die Friedensbürgschaft als Schutz gegen gefährlich Drohende weiter auszubauen und dadurch einen selbständigen Bedrohungstatbestand entbehrlich zu machen⁶, ist leider nicht weiter verfolgt worden.

§ 19. Nötigung.

Literatur. STOOSS: Grundzüge, 2, 195f., 418. — ROSENFELD: VD. Bes. Teil, 5, 480f. — SCHNABEL: Die nötigende Gewalt, Zürcher Diss. (1889). — BOLLAG:

¹ Dabei soll BINDINGS Wort (Lehrbuch, 1, 104) nicht vergessen werden, daß der vernünftige Richter manche „verwegene Redensart“ ihres „verbrecherischen Aufputzes“ zu entkleiden hat.

² HUG: 37 nennt auch noch die Bedrohung eines Abergläubischen mit Verhexung und Verzauberung.

³ GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 471.

⁴ Zu eng will HUG: 36 Drohungen mit wirtschaftlichen Übeln ganz ausschließen. Andererseits weitgehend und allgemein Répertoire vaudois, 154: La menace . . . punissable alors même qu'elle serait employée à poursuivre un but légitime.

⁵ Über die Friedensbürgschaft und ihre Bedeutung in den bisherigen Rechten: Allg. Teil, § 84. Neben der dort genannten Lit. vgl. noch — im Zusammenhang mit dem Bedrohungsdelikt — StOOSS: Grundzüge, 2, 178; HUG: 47, 93.

⁶ BINDING: Lehrbuch, 1, 105.

Die Grenzen der strafbaren Nötigung, Zürcher Diss. (1900). — AB-YBERG: Die Strikes und ihre Rechtsfolgen, Zürcher Diss. (1903), insbesondere 40ff. — LICHTI: Die Verrufserklärungen im modernen Erwerbsleben, speziell Boykott und Arbeitssperre, Zürcher Diss. (1897). — HOFSTETTER-LEU: Der Boykott nach Schweizer Recht (1911). — CHAPPUIS: Le délit d'atteinte à la liberté du travail, Lausanner Diss. (1932). — WEBER: Z. 18, 257 ff., insbesondere 269ff. — HAFTER: Z. 21, 91ff., 410ff. — HOLER: JZ. 16, 149ff.

I. Der erste VE. (1894) hatte, gleich einigen bisherigen Gesetzen, welschen Rechten und Bern, davon abgesehen, einen allgemeinen Tatbestand der Nötigung aufzustellen. Man verneinte, neben den im Gesetz bedrohten Einzelfällen, das Bedürfnis und befürchtete, eine allgemeine Bestimmung über die Nötigung könnte das Gebiet des strafbaren Unrechts zu sehr erweitern¹. Diese Anschauung ist nicht durchgedrungen.

Nach Art. 181 ist Nötigung die Erzwingung eines Tuns, Unterlassens oder Duldens durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch eine andere Beschränkung des Opfers in seiner Handlungsfreiheit. In dieser allgemeinen Fassung stellt die Nötigung das Grunddelikt aller gegen die freie Willensbetätigung gerichteten Verbrechen dar. Es steht aber auch nichts entgegen, den Art. 181 in dem Sinne als eine subsidiäre Norm zu bezeichnen, daß eine Bestrafung wegen Nötigung erwogen werden muß, wenn einer der Sondertatbestände, z. B. Notzucht, in Frage stand, aber nicht erfüllt ist² (unten § 24 I). Die Strafdrohung des Art. 181 lautet auf Gefängnis oder Buße.

Das Ziel des Nötigungstäters ist, ein bestimmtes Tun, Unterlassen oder Dulden eines andern, der das nicht will, mindestens nicht aus freien Stücken will, zu bewirken³. Die Analyse des Tatbestandes zeigt freilich ganz verschiedene Bilder, je nachdem ein Tun, ein Unterlassen oder ein Dulden herbeigeführt werden soll und je nach dem Mittel — Gewalt, Drohung oder Beschränkung der Handlungsfreiheit auf andere Weise —, das der Täter anwendet (unten II). Vorwegzunehmen ist die Feststellung: Welcher Art die abgenötigte Handlung, Unterlassung, Duldung ist, bleibt grundsätzlich gleichgültig. Sie mag auf Erlaubtes oder Unerlaubtes oder auch auf an sich Gleichgültiges gehen, für den Nötiger oder den Ge-

¹ Prot. I. ExpKom. 2, 41f.

² So mit der wohl herrschenden Auffassung STROOS: Prot. I. ExpKom. 2, 42; anderer Meinung BINDING: Lehrbuch, I, 88, der — nicht überzeugend — erklärt, das Grunddelikt habe nie die Stellung einer Aushilfe, einer Ergänzung. Gegen BINDINGS Auffassung auch die Praxis: BE. 30 I, 376f. (Nötigungstatbestand subsidiär im Verhältnis zu gewaltsamer Unzucht). — Über ein entsprechendes Verhältnis zwischen dem Grundtatbestand der Tötung (Art. 111) und den andern Tötungsdelikten (Art. 112—116) oben § 3 I und II.

³ Auch der Urteilsunfähige, der nicht vernunftgemäß handeln kann (ZGB. Art. 16, StGB. Art. 10, 11), kann selbstverständlich Objekt einer Nötigung sein; BOLLAG: 20.

nötigten vorteilhaft oder nachteilig sein. Wenn der Nötigungstatbestand die Freiheit der Willensbetätigung, die Handlungsfreiheit, schützen soll, so muß er grundsätzlich alle Fälle treffen, in denen der eine dem andern seinen Willen aufzwingt¹. Bei der Fassung des Art. 181 ist diese Deutung unabweisbar. Daß der Täter in „rechtswidriger Absicht“ handelt, wie noch der VE. 1908 (Art. 111) bestimmte, d. h. daß der erstrebte Erfolg rechtswidrig sein muß, ist nicht erforderlich². Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Nötigende ein Recht zur Nötigung hatte oder nicht (unten IV).

II. Art. 181 nennt als Nötigungsmittel die Gewalt, die Androhung ernstlicher Nachteile und die Beschränkung der Handlungsfreiheit auf andere Weise.

1. Gewalt bedeutet hier, wie in den andern Tatbeständen, in denen sie als Mittel der Deliktsverübung genannt wird — z. B. beim Raub (Art. 139), bei der Erpressung (Art. 156), bei der Notzucht (Art. 187) —, eine körperliche Einwirkung, also eine physische Kraftaufwendung³. Sie wird regelmäßig eine unmittelbare körperliche Einwirkung auf die Person des zu Nötigenden sein, dem z. B. die Hände festgehalten werden. Sie kann aber auch mittelbar durch Gewaltanwendung gegenüber dritten Personen, ja sogar durch Einwirkung auf Sachen erfolgen, wenn sich deutlich ergibt, daß diese Einwirkung mit dem Vorsatz, eine bestimmte Person zu nötigen, erfolgte⁴.

¹ ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 2, 478.

² Wenn sie in den Formen des Art. 181 geschieht, ist strafbar auch die durch Boykottandrohung bewirkte Nötigung, an einer bestimmten Veranstaltung teilzunehmen oder die Nötigung zum Abschluß einer Ehe durch schwere Drohung (MÜLLER: Prot. II. ExpKom. 2, 478f.). Weitere Beispiele: Nötigung, ein Lokal zu verlassen; Nötigung zum Trinken, ferner der Fall JZ. 9, 97, Nr. 23 (St. Gallen: Nötigung durch Drohung mit Boykott); vgl. auch HOFSTETTER-LEU: 34ff. (Boykott). Fraglich, ob strafbar ist, wer einen andern gewaltsam vom Selbstmord abhält (GRETENER: Prot. I. ExpKom. 2, 43 und dazu ROSENFELD (Lit. zu § 17): 481. Regelmäßig wird in solchen Fällen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlen. Im übrigen muß hier richterliche Vernunft helfen. Handelt der Nötiger in einem solchen Fall nicht einem ungeschriebenen Recht gemäß? Vgl. Stooss: Grundzüge, 2, 196, Anmerkung; ZÜRCHER: Erl. VE. 1908, 197.

³ Das entspricht der Grundbedeutung des Gewaltbegriffes. Die Sprache hat ihn ausgedehnt. Was sie unter psychischer Gewalt versteht — z. B. die Hypnose — erfaßt der Art. 181 mit den Worten: andere Beschränkung der Handlungsfreiheit. Beachtlich die früher allgemein aufgestellte Worterklärung in Art. 63 Ziff. 5 des VE. 1908: „Dem Nötigen durch Gewalt wird jede andere Handlung gleichgestellt, die eine Person zum Widerstand unfähig macht.“ Dazu Prot. II. ExpKom. 6, 184ff. — Über die Entwicklung des Gewaltbegriffes trefflich BINDING: Lehrbuch, 1, 82ff.

⁴ Gut BOLLAG: 22ff. — Über die (mittelbare) Gewalt an Sachen GRETENER: Prot. I. ExpKom. 2, 42f.; BOLLAG: 38ff. (Aushängen von Türen und Fenstern einer Wohnung, um dadurch den Inhaber zum Verlassen zu nötigen).

Keineswegs setzt der Nötigungstatbestand die Anwendung einer unwiderstehlichen Gewalt (*vis absoluta*) voraus. Genötigt ist auch, wer unter Aufbietung aller Kräfte einer gewaltsamen Einwirkung Trotz zu bieten vermöchte, aber aus seiner Persönlichkeit heraus nicht den Entschluß zu einem vielleicht heroischen Widerstand aufbringt¹. Das Recht fordert kein Heldentum.

Die nötigende Gewalt wirkt sich im einzelnen folgendermaßen aus:

Wird der Genötigte zu einem Tun gezwungen, so liegt darin eine Verletzung der Handlungsfreiheit. Gleiches gilt für die gewaltsame Nötigung zu einer Unterlassung. Die gewalttätige Nötigung zu einer Duldung führt noch weiter. Sie zwingt das Opfer nicht nur zur Unterlassung des Widerstandes. Es muß sich darüber hinaus eine Schädigung, eine Schmerzzufügung z. B., gefallen lassen. Die Wirkung liegt in einer Vergewaltigung der Gesamtpersönlichkeit des Genötigten.

2. Mit dem an zweiter Stelle genannten Nötigungsmittel der Androhung ernstlicher Nachteile knüpft der Art. 181 an den Bedrohungstatbestand (Art. 180) an². Während die Bedrohung dadurch, daß sie den Bedrohten in Schrecken oder Angst versetzt, die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung nur gefährdet (oben § 18 I), führt die Drohung im Rahmen des Nötigungstatbestandes zu dem Erfolg, daß der Bedrohte etwas tut, unterläßt oder duldet, was er sich nicht wünscht.

Die Schwierigkeiten, die sich beim Art. 180 für die Auslegung des Begriffs der „schweren Drohung“ ergeben (oben § 18 II), sind im Zusammenhang des Nötigungstatbestandes geringer. Eine Androhung ernstlicher Nachteile ist im Sinne des Art. 181 immer dann gegeben, wenn sie geeignet war, den Bedrohten zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden zu zwingen³. Vom eingetretenen oder — soweit bloßer Versuch vorliegt — vom möglichen Erfolg aus ergeben sich Rückschlüsse auf die Art der Androhung.

¹ ZÜRCHER: Erl. VE. 1908, 197; BOLLAG: 36ff. — Freilich, wenn die nötigende Gewalt nicht unwiderstehlich, sondern eine bloße *vis compulsiva* war und zur Verübung einer strafbaren Handlung, einer Urkundenfälschung z. B., genötigt wurde, so ergibt sich grundsätzlich auch die Strafbarkeit des genötigten Täters. Jedoch werden in einem solchen Falle Strafmilderungsgründe aus Art. 64 zur Anwendung gelangen. Vgl. Allg. Teil, § 35 III und IV.

² In Art. 180 ist allerdings allgemeiner von „schwerer Drohung“ die Rede. Materiell ergibt sich aus den verschiedenen Fassungen der Art. 180 und 181 kaum ein Unterschied. Bisherige Rechte präzisieren anders, z. B. Zug § 85 und Basel § 126: Bedrohung mit rechtswidriger Zufügung von Nachteilen; Schaffhausen § 172: mit der Gefahr unverzüglicher und unabwendbarer Verwirklichung verbundene Drohungen (enger); vgl. auch Waadt Art. 158/9 und dazu PASCHOUD: Répertoire des Arrêts, 153. Weitere Daten bei StROOSS: Grundzüge, 2, 196; FREY: 47ff. Das freie Richterermessen spielt bei allen diesen Fassungen eine bedeutende Rolle.

³ Daß sie ernst gemeint sein muß und vom Bedrohten als ernst gemeint aufgefaßt werden muß, sollte selbstverständlich sein.

Im übrigen gilt, was Form und Inhalt der Drohung anlangt, grundsätzlich gleiches wie für das Bedrohungsdelikt des Art. 180 (oben § 18 II 3 und 4). Nur ist bei der Nötigung kaum zweifelhaft, daß auch die Drohung mit einem Nachteil, der an sich nichts Rechtswidriges enthält (z. B. die Drohung mit einer begründeten Strafanzeige), für die Erfüllung des Tatbestandes ausreicht. Entscheidend ist der Nötigungsvorsatz des Täters¹.

Anders als die (unwiderstehliche) körperliche Gewalt wirkt die Drohung nur kompulsiv. Der Bedrohte handelt, unterläßt oder duldet aus eigenem Entschluß. Entscheidend ist jedoch, daß er seinen Entschluß unter dem Druck der zwingenden Drohung faßt. Die Nötigung durch Androhung ernstlicher Nachteile beeinträchtigt also die Freiheit der Willensbildung und im weiteren Verlauf damit auch die Freiheit der Willensbetätigung.

3. In den Worten, daß ein Nötigungszwang auch dann vorliegt, wenn eine andere Beschränkung der Handlungsfreiheit des Opfers erfolgt, liegt eine ergänzende Generalklausel². Damit werden Hypnotisierungen, Narkotisierungen und andere Voll- oder Ganzbetäubungen — auch durch Alkohol —, vielleicht sogar psychische Beeinflussungen durch eine machtvolle Persönlichkeit getroffen³.

III. Gewalt, Drohung und ein auf andere Weise die Handlungsfreiheit des Opfers beschränkendes Verhalten sind nur Mittel zum Zweck. Sie sollen ein Tun, Unterlassen oder Dulden durch das Opfer bewirken. Der Kausalzusammenhang muß gegeben sein. Aber zur Vollendung der Nötigung genügt, daß das erzwungene Tun oder Dulden begonnen hat. Ein letztes erstrebtes Ziel braucht der Täter nicht erreicht zu haben⁴.

IV. Für eine Nötigung werden sich häufig Rechtfertigungsgründe ergeben: von Notwehr und Notstand abgesehen bei der Betätigung erlaubter Selbsthilfe (vgl. z. B. unten § 22 V 2 beim Hausfriedensbruch)

¹ Dazu, mit weitem Beispielen, BOLLAG: 44ff., der aber zu eng annimmt, die Zufügung des angedrohten Übels müsse dem Bedrohten gegenüber sich als rechtswidrige Handlung darstellen.

² E. 1918 Art. 156 forderte, daß der Täter sein Opfer „zum Widerstand unfähig gemacht hat“. Die Fassung des G. geht wohl nicht so weit. Sie begnügt sich damit, daß eine Beschränkung der Handlungsfreiheit erreicht wird. Praktisch ergeben sich aus den verschiedenen Texten kaum Unterschiede, weil immer entscheidend ist, ob das Opfer unter dem zwingenden Einfluß des Täters etwas getan, unterlassen oder geduldet hat. Dazu StenBull. StR. 1931, 526f.

³ Vgl. BINDING: Lehrbuch, I, 82; Prot. II. ExpKom. 6, 184f.; s. auch BOHN (Lit. zu § 20): 71ff.

⁴ Gut BINDING: Lehrbuch, I, 91: Beim Zwang zur Unterlassung Vollendung mit der Aufhebung der freien Willensbetätigung, beim Zwang zu einem Tun und zu einem Dulden mit dem Anfang der erzwungenen Handlung oder des Erduldens. Der Zwang zur Duldung vollendet sich nicht erst mit der Zufügung des zu erduldenen Übels. Vgl. auch ZÜRCHER: Kommentar zürcher. StGB. § 154, N. 3.

und namentlich bei der Ausübung amtlicher Befugnisse und als Ausfluß der Erziehungsgewalt¹. Die allgemeinen Regeln über Rechtfertigungsgründe gelten (Allg. Teil, §§ 29—32). Es ist nicht notwendig, im Nötigungstatbestand ausdrücklich zu bestimmen, daß der Täter „widerrechtlich oder unter Überschreitung der Grenzen des Rechts“, oder daß er „unberechtigterweise“ gehandelt hat².

V. Die bisherigen Rechte und das eidgenössische G. enthalten eine Reihe von Sondertatbeständen der Nötigung. Diese Fälle, die in diesem Zusammenhang nur beispielsweise anzudeuten sind³, werden zwar durch die allgemeine Nötigungsnorm gedeckt. Eine besondere Regelung erfolgt im Hinblick auf die beteiligten Personen und die Besonderheit der Verhältnisse. Lediglich als Beispiele seien hier erwähnt: die Nötigung eines Beamten oder Bediensteten zu einer Amtshandlung (Zürich § 78 in Verbindung mit § 77; G. Art. 285 und 286), und als Gegenstück dazu Zürich § 235: das auf Nötigung abzielende Verhalten eines Beamten oder Bediensteten in der Form eines Mißbrauchs der Amtsgewalt, ferner die nötigende Störung und Hinderung von durch Verfassung oder Gesetz vorgeschriebenen Wahlen und Abstimmungen und nötigende Eingriffe in das Stimm- und Wahlrecht eines Stimmberechtigten (G. Art. 279 und 280; Zürich § 81 lit. c).

VI. Ein besonderes, bei der Beratung des G. immer wieder erörtertes Problem ist die Frage, ob die Arbeitsfreiheit durch eine Spezialbestimmung gegen nötigende Beeinträchtigung geschützt werden soll. Sie ist, im Hinblick auf die Tragweite des Nötigungstatbestandes gemäß Art. 181, nicht notwendig. Auch die Arbeitsfreiheit ist Handlungsfreiheit. Wer jemanden durch Gewalt, durch Androhung ernstlicher Nachteile oder durch eine andere Beschränkung seiner Arbeitsfreiheit zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden zwingt, macht sich selbstverständlich der Nötigung schuldig⁴.

¹ Ausführlich darüber insbesondere BOLLAG: 130 ff. (Selbsthilfe) und 151 ff. (Erziehungsgewalt, Ausübung eines Amtes oder Berufes); vgl. auch BINDING: Lehrbuch, I, 91 f.; FRANK: Kommentar deutsches StGB. § 240, Nr. IV (mit zahlreichen Lit.-Angaben); JZ. 8, 107, Nr. 108 (St. Gallen: Boykottandrohung widerrechtlich dann, wenn der Boykott widerrechtlich ist, was zutrifft, wenn er auf die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz einer Person ausgeht); dazu BE. 32 II, Nr. 47, insbesondere 370. Weitere Zitate bei HOLER: JZ. 16, 150 ff. Vgl. auch FICK: eodem, 222 ff., ferner VOGT: Die Widerrechtlichkeit im sozialen Wirtschaftskampf, (zivilrechtliche) Zürcher Diss. (1923).

² Erwogen bei der Gesetzesberatung: Prot. II. ExpKom. 2, 479 ff.; gut dagegen THORMANN: eodem, 479.

³ Die Einzelbetrachtung erfolgt bei den Delikten gegen den Staat.

⁴ In der parlamentarischen Beratung hatte der Ständerat folgende Sonderbestimmung beschlossen: „Wer jemanden durch Drohung, durch Gewalt oder durch irgendeine andere Art der Einschüchterung in seiner Freiheit der Arbeit beeinträchtigt, wird mit Gefängnis oder mit Buße bestraft. — In geringfügigen

Einige bisherige Rechte schützen die Arbeitsfreiheit durch besondere Bestimmungen. Sie sind mit einer allzu engen Fassung des Nötigungstatbestandes in diesen Rechten, zum Teil mit dem Fehlen einer allgemeinen Nötigungsbestimmung (Bern), zu erklären und zu rechtfertigen. Nach Zürich § 154 II ist strafbar, wer ohne Recht oder mit Überschreitung seines Rechtes durch körperliche Gewalt, Drohung oder ernstliche Belästigung jemanden von der Ausübung seines Berufes abhält oder abzuhalten versucht¹. Bern hat eine entsprechende Bestimmung in Art. 5 des Gesetzes von 1907 betreffend Errichtung von Einigungsämtern und Maßnahmen gegen Ausschreitungen bei Streiks aufgestellt². Freiburg Art. 79 weist im Nötigungstatbestand besonders auf den Fall hin, da der Täter jemanden „an der Arbeit hindert“. Sehr eingehend hat Baselstadt PolStG. § 164 einen Tatbestand „Übertretungen in bezug auf Koalitionen“ gestaltet. Strafbar ist, wer andere durch Zwang, Drohung usw. bestimmt oder zu bestimmen versucht, an Verabredungen zur Erlangung günstigerer Lohn- oder Arbeitsbedingungen teilzunehmen, ebenso wer durch solche Mittel andere hindert oder zu hindern versucht, an solchen Verabredungen teilzunehmen oder von solchen Verbindungen zurückzutreten³. Besondere Bestimmungen zum Schutz der Arbeitsfreiheit enthalten ferner die Strafgesetzbücher von Tessin Art. 234 (*impedire la libertà dell' industria e del commercio, o produrre o mantenere la cessazione del lavoro*), Waadt Art. 160, Neuenburg Art. 187 und Genf Art. 106⁴.

§ 20. Freiheitsberaubung.

Literatur. STOSS: Grundzüge, 2, 197f. — ROSENFELD: VD. Bes. Teil, 5, 479ff., 493ff. — GEORGIEFF: Das Delikt der Freiheitsberaubung, Berner Diss. (1911). — BOHN: Die Freiheitsberaubung, Zürcher Diss. (1921). — BERTSCHINGER: Das Dauerdelikt, Zürcher Diss. (1905), 49ff. — GAUTIER: Z. 25, 251f.

I. Die Bedrohung (Art. 180) und die Nötigung (Art. 181) richten sich gegen die Freiheit der Willensbildung und der Willensbetätigung. Je nach dem Maß, in dem der Täter seinen Angriff zur Auswirkung bringt,

Fällen wird das Vorgehen nur auf Antrag verfolgt.“ Die Bestimmung wurde schließlich fallen gelassen. Über den mühsamen Gang der Beratungen StenBull. StR. 1931, 528ff.; 1932, 131ff.; 1936, 178f., 241ff., 362ff.; 1937, 135ff., 142f. NR. 1935, 548ff.; 1936, 1094, 1504ff.; 1937, 241ff., 245. Vgl. auch CHAPPUIS: 60ff.

¹ Eingefügt durch die Novelle von 1908 (sog. Streikgesetz-Novelle). Rechtsprechung Zürcher Bl. 12, Nr. 54; 17, Nr. 118; 19, Nr. 176; 20, Nr. 49 und 54; 21, Nr. 107; 33, Nr. 137—139; JZ. 31, 154, Nr. 136—138. — CHAPPUIS: 43ff.

² Text Z. 21, 410f. Dazu HAFTER: eodem 91f.; CHAPPUIS: 30f. Ähnlich wie Bern Graubünden, ebenfalls in einem Sondergesetz von 1908.

³ Anknüpfung an §§ 152/3 der deutschen Gewerbeordnung von 1869. Vgl. CHAPPUIS: 20ff., auch WEBER: Z. 18, 269.

⁴ Zu diesen Bestimmungen CHAPPUIS: 36ff., 49ff. Zu Waadt noch CAPT et GAMBONI: Kommentar zu Art. 160. Über Neuenburg besonders WEBER: Z. 19, 270f.

gefährdet, beeinträchtigt oder unterdrückt er diese Freiheiten (oben §§ 18 und 19). Schwere Fälle der Nötigung, der Fall z. B., da der Täter durch unwiderstehliche Gewalt sein Opfer zu einem Tun oder Dulden zwingt und damit die Verfügungsfreiheit des andern völlig ausschaltet, stellen eine eigentliche Freiheitsberaubung dar. Das G. hat aber, der geschichtlichen Entwicklung folgend¹, den Tatbestand der Freiheitsberaubung auf den besondern Fall der Verhinderung oder Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit eingeengt². Nach Art. 182 Ziff. 1 verübt Freiheitsberaubung, wer unrechtmäßig einen andern festnimmt, gefangenhält oder ihm in anderer Weise die Freiheit entzieht. Der Tatbestand ist zunächst kasuistisch gefaßt. Er hebt die beiden Fälle: Festnehmen und Gefangenhalten heraus³. Daran schließt sich die Generalklausel: in anderer Weise jemandem die Freiheit entziehen. In jedem Falle ist die körperliche Bewegungsfreiheit als Angriffsobjekt gedacht. Der Täter beschränkt sein Opfer auf einen bestimmten Raum, hebt seine Freiheit, den Aufenthaltsort zu verändern, sich von einem Ort wegzubgeben, auf. Das ist der Grundtatbestand. Von ihm aus gesehen kann man das Festnehmen, das Gefangenhalten usw. als Mittel zur Erreichung des Zieles: Verhinderung oder Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit ansehen.

Da dem Fortbewegungsunfähigen, z. B. einem Lahmen, einem Schwerkranken, auch einem Schlafenden oder schwer Betrunkenen die körperliche Bewegungsfreiheit fehlt, fragt sich, ob Menschen in solchen Zuständen Objekt einer Freiheitsberaubung sein können. Auch ihnen gegenüber ist das Delikt möglich: Wer einen Lahmen einsperrt und dadurch z. B. verhindert, daß er von Pflegepersonen fortbewegt wird, verübt eine Freiheitsberaubung⁴, ebenso derjenige, der einen Schlafenden oder einen Betrunkenen einschließt oder fesselt⁵.

¹ In der Geschichte tritt namentlich der Tatbestand der Einsperrung hervor; BOHN: 20 ff.; ROSENFELD: 392, 397 ff. (Geschichte).

² Freiheitsberaubung im engeren Sinne ist häufig, wenn auch nicht immer, ein Fall der Nötigung, ein Zwang, die Bewegung im Raum zu unterlassen, eine Einsperrung zu dulden. Auch von dieser Seite her ergibt sich die nahe Verwandtschaft der beiden Vergehen; vgl. BINDING: Lehrbuch, I, 96 ff., der soweit geht, zu erklären, die Scheidung der „Einsperrung“ von der Nötigung sei kaum durchführbar (Einsperrungen als Unterart der Nötigung). Dazu unten II 2 und 3.

³ Französisches Vorbild: Arrestations illégales et séquestrations de personnes (C. p. art. 341 ff.).

⁴ Auch der Gelähmte hat immerhin in dem Sinne eine „körperliche Bewegungsfreiheit“, als ihm der Wille und die Möglichkeit, sich durch andere fortbewegen zu lassen, geschützt werden muß; BINDING: Lehrbuch, I, 98.

⁵ Anderer Meinung GEORGIEFF: Freiheitsberaubung 51, 58 ff., 76 f. Daß im Moment der Tatbegehung dem Opfer die Verletzung seiner Bewegungsfreiheit bewußt werden muß, ist — mindestens nach der Fassung des Art. 182 — nicht erforderlich. Das unrechtmäßige Festnehmen und das Gefangenhalten sind schlechthin

II. Als Arten der Freiheitsberaubung nennt der Art. 182 ausdrücklich 1. Das unrechtmäßige Festnehmen. Die Wahl dieses Ausdruckes — im französischen Text: *arrêter* — ist damit zu erklären, daß der Gesetzgeber namentlich an die unrechtmäßige Festnahme (Verhaftung) durch einen Beamten gedacht hat. Da der Art. 312 (Amtsmißbrauch) auf solche Fälle nicht oder wenigstens nur ausnahmsweise anwendbar ist, bleibt nichts anderes übrig, als den Art. 182 auch bei dem Beamten, der rechtswidrig eine Person festnimmt oder verhaftet, zur Geltung zu bringen¹. Zu einem Amtsdelikt ist damit der in Art. 182 hervorgehobene Fall des unrechtmäßigen Festnehmens nicht geworden. Jedermann kann Täter sein. Der Tatbestand wird erfüllt durch das Sichbemächtigen einer Person derart, daß sie nicht mehr in der Lage ist, über sich zu verfügen. Nicht notwendig, aber häufig wird damit ein Einsperren verbunden sein².

Rechtmäßig ist eine Festnahme, die das Gesetz oder eine Amtspflicht gebieten oder erlauben (Art. 32): die von einem Beamten im Rahmen seiner Zuständigkeit vorgenommene Festnahme oder Verhaftung³, aber auch — z. B. nach § 69 der zürcher. StPO. — die Ergreifung eines Verbrechensverdächtigen durch eine Privatperson, wenn die Verdachtsgründe auf eigener unmittelbarer Wahrnehmung des Ergreifenden beruhen⁴.

2. Das unrechtmäßige Gefangenhalten. Es setzt regelmäßig Festnahme und „Einsperrung“ voraus, die aber nicht rechtswidrig erfolgt

unter Strafe gestellt. Überlegt man anders, so könnte an einem Blödsinnigen, an einem völlig Urteilsunfähigen das Delikt der Freiheitsberaubung nicht verübt werden. Zutreffend im ganzen BOHN: 55 ff.

¹ Besondere Tatbestände des Amtsdelikttes der rechtswidrigen Festnahme (Verhaftung) in bisherigen Rechten, z. B. Tessin Art. 103 ff., Neuenburg Art. 153, Genf Art. 97. Dazu FREY (Lit. zu § 17): 37 f., auch GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 5, 357. Zu der ganzen Frage namentlich Prot. II. ExpKom. 2, 484 ff. Vgl. auch KÖHLER: Freiheitsberaubung im Amte, VD. Bes. Teil, 9, 401 ff.

² Genügend und eindrucksvoller wäre es gewesen, wenn Art. 182 wie zahlreiche bisherige Rechte als besondern Fall an Stelle des Festnehmens die Einsperrung genannt hätte; vgl. STOOS: Grundzüge, 2, 197.

³ Maßgebend sind die eidgenössischen und kantonalen strafprozessualen Bestimmungen; z. B. BGes. Bundesstrafrechtspflege Art. 44 ff.; Zürich, StPO. §§ 49 ff. — Nur die willkürliche, nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Verhaftung ist unrechtmäßig, nicht schon die Verhaftung einer Person, deren Unschuld oder deren Straflosigkeit sich später ergibt: BE. 8, 494; 15, 918; 16, 249. Vgl. auch die Formulierung kantonaler Verfassungsbestimmungen über die Gewährleistung der persönlichen Freiheit, z. B. Zürich Art. 7 II: Niemand darf verhaftet werden außer in den vom Gesetze bezeichneten Fällen und unter den durch das Gesetz vorgeschriebenen Formen. Dazu, mit Hinweisen auf weitere Indikatur, STRÄULI: Kommentar der zürcher. Verfassung, Art. 7, N. 1 und 2.

⁴ Vgl. GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 484; GEORGIEFF: 81 ff.

zu sein brauchen. Eine polizeiliche Festnahme, eine Verhaftung, eine Internierung in einer Straf- oder Irrenanstalt oder in einer andern geschlossenen Anstalt kann dem Rechte gemäß erfolgt sein. Die Aufrechterhaltung der Gefangenschaft wird rechtswidrig, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen nicht mehr zutreffen (Wegfall der Verhaftungsgründe, Ablauf der gesetzlichen Haftfrist usw.).

Ob Einsperrung und Gefangenhalten als Disziplinar- und Erziehungsstrafen zulässig sind, entscheidet sich nach den besondern, für diese Verhältnisse aufgestellten Rechtsvorschriften¹. Jede Einsperrung und jedes Gefangenhalten, die nicht durch Gesetz oder Verordnung gedeckt sind, erfüllen den Tatbestand des Art. 182².

Das Gefangenhalten wird regelmäßig durch Festhalten einer Person in einem verschlossenen Raum (Eingesperrtsein) erfolgen. Aber auch bei offenen Türen kann jemand Gefangener sein, wenn ein Wächter die Entweichung verhindert. Entscheidend ist immer nur, daß infolge eines vom Täter geschaffenen Hindernisses die Freiheit einer Person, ihren Aufenthaltsort zu verändern, zunichte gemacht oder beeinträchtigt wird³. Auch durch psychische Mittel kann das Gefangenhalten erfüllt werden — durch Drohung oder durch Täuschung über die Befreiungsmöglichkeiten. Die Prüfung der einzelnen Fälle läßt immer wieder die nahe Verwandtschaft mit der Nötigung erkennen. Eine — freilich äußerliche — Unterscheidung von ihr liegt häufig nur darin, daß der Art. 182 ausschließlich den Schutz der körperlichen Bewegungsfreiheit im Auge hat⁴.

¹ Beispiele: ZGB. Art. 278 und 405 II berechtigen Eltern und Vormünder, die „zur Erziehung der Kinder nötigen Züchtigungsmittel anzuwenden“. Dazu SILBERNAGEL: Kommentar Gmür, Art. 278, N. 2 ff.; EGGER: Kommentar Familienrecht (2. Aufl.), Art. 278, N. 2; KAUFMANN: Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher (1910), 128 ff., 152 ff.: Einsperrung zulässig, wenn sie geeignet ist, die Erziehung zu fördern. Die Gefahr von Mißbräuchen besteht. Die Gefährdung kann bedingt sein durch Ort, Zeit und Dauer der Freiheitsberaubung. Ob eine Überschreitung des Züchtigungsrechtes vorliegt, ist im Einzelfall zu prüfen. Vgl. auch BOHN: 81 ff., der auch Gewohnheitsrecht berücksichtigt wissen will. — Arreststrafen als Disziplinarinstrumente im Militärstrafrecht: MilStGB. Art. 185 ff. Dazu HAFTER: VE. zu einem schweizer. MilStGB. (Ausgabe 1918), 151 ff.

² Für die dem militärischen Strafrecht unterstehenden Personen kommt MilStGB. Art. 151 und eventuell Art. 67 (Überschreitung der Strafgewalt) zur Anwendung.

³ Schon die Beeinträchtigung soll genügen. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob die Überwindung des Hindernisses so leicht war, daß ein Gefangenhalten nicht angenommen werden kann; GEORGIEFF: 60 ff.

⁴ Insofern zutreffend BINDING: Lehrbuch, I, 96 ff., der die Einsperrung (das Gefangenhalten) nur als Unterart der Nötigung auffaßt. Das ist jedoch nicht mehr richtig, wenn der Täter nicht die in Art. 181 genannten Nötigungsmittel: Gewalt, Drohung oder anderes Brechen des Widerstandes — oben § 19 II — anwendet. Vgl. BOHN: 32 ff. (Auseinandersetzung mit der reichen Literatur).

3. Durch eine Generalklausel — jemandem in anderer Weise unrechtmäßig die Freiheit entziehen — erweitert der Art. 182 den Tatbestand dergestalt, daß jedes Verhalten, wodurch die körperliche Bewegungsfreiheit einer Person verhindert oder beeinträchtigt wird, erfaßt werden soll. Festzuhalten ist aber auch hier die Abgrenzung, daß durch die Bestimmung immer nur die Freiheit der Fortbewegung vom Aufenthaltsort geschützt werden soll. Der Täter hält sein Opfer irgendwie „gefangen“. Zwingt er ihn dagegen, sich fortzubewegen, den Aufenthaltsort zu verändern, so liegt nicht „Freiheitsberaubung“, sondern Nötigung oder Entführung vor¹.

Innerhalb des so gezogenen Kreises, der im Anschluß an die Begriffe Einsperren und Gefangenhaltens bestimmt werden muß², ist jedes Mittel, das zur Freiheitsberaubung tauglich ist, gut genug³: das Anfesseln⁴ und Anbinden, die Hinderung der Fortbewegung durch andere mechanische Mittel, z. B. durch ein länger dauerndes Festhalten⁵, die Betäubung durch narkotische Mittel, die Versetzung in einen hypnotischen Zustand oder in einen derartigen Zustand der Betrunkenheit, daß eine Fortbewegung unmöglich oder stark erschwert ist⁶. Auch durch psychische Beeinflussung, durch Drohung, Furchterregung, Überlistung kann die Verhinderung oder Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit erfolgen⁷.

¹ Viel erörterte Streitfrage. Über sie — im Sinne des Textes — namentlich BINDING: Lehrbuch, I, 97f. (mit Literaturhinweisen). Überlegt man anders, so gehen die Grenzen zwischen Freiheitsberaubung einerseits, Nötigung und Entführung andererseits rettungslos verloren. Unrichtig GEORGIEFF: 50, 52ff., 67f.; BOHN: 47ff. — Über das Wegbringen einer Person durch Entführung unten § 21 I.

² Anderer Meinung BOHN: 66, der den Ausdruck „in anderer Weise“ nicht nach dem Begriff Einsperren (Gefangenhaltens) orientiert. Das hängt mit der Auffassung dieses Autors zusammen, daß die Freiheitsberaubung auch die widerrechtliche Veränderung des Aufenthaltsortes einer Person, das Wegbringen, umfaßt (47ff., 67f.).

³ Eine abschließende Aufzählung der Fälle ist nicht möglich. Ausführliche Kasuistik bei GEORGIEFF: 62ff., 68ff.; BOHN: 66ff.

⁴ Über die Streitfrage, ob die Kettenstrafe im Strafvollzug noch zulässig ist (BV. Art. 65 II) vgl. Allg. Teil, 265f. — Ein Fall widerrechtlicher Anfesselung als Disziplinar middel durch den Leiter einer Anstalt für Geistesschwache Zürcher Bl. 18, Nr. 80: Freisprechung wegen mangelnden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit.

⁵ Wann hier Freiheitsberaubung anzunehmen ist, bleibt weitgehend richterlichem Ermessen überlassen; vgl. unten III. Möglich ist indirektes Festhalten durch „Gewalt“ an Sachen: einem Badenden, einem, der abreisen will, werden die Kleider weggenommen. Ob Freiheitsberaubung oder Nötigung (BINDING) anzunehmen ist, muß nach dem Vorsatz des Täters entschieden werden.

⁶ Entscheidend ist der Vorsatz des Täters, der auch auf Nötigung oder Gesundheitsschädigung gehen kann; oben § 7 I, § 19 II 3. — BOHN: 39, 69f.

⁷ In allen diesen Fällen erhebt sich der Zweifel, ob Nötigung oder Freiheitsberaubung vorliegt. Eine Lösung ist nur dadurch zu finden, daß der Richter

III. Die Freiheitsberaubung ist vollendet, sobald die Freiheit der Fortbewegung aufgehoben ist. Bei der Festnahme ergeben sich für den Zeitpunkt der Vollendung kaum Schwierigkeiten. Beim Gefangenhalten und in den Fällen der Freiheitsentziehung „in anderer Weise“ ist eine gewisse Dauer erforderlich. Das richterliche Ermessen muß entscheiden. Ein momentanes Festhalten, eine minimale Beschränkung der Bewegungsfreiheit erfüllen den Tatbestand nicht. *Minima non curat praetor*. Ob unter Umständen Nötigung oder tätliche Beschimpfung vorliegt, ist Tatfrage¹. Wegleitend ist, daß die Freiheitsberaubung — abgesehen von dem besondern Fall des unrechtmäßigen Festnehmens — als Dauerdelikt² gedacht ist. Daß kleine Belästigungen, unbedeutende Freiheitsbeschränkungen dem Art. 182 nicht unterstehen, ergibt sich auch aus der Strafdrohung der Ziff. 1. Sie lautet, im Gegensatz zur Nötigungsbestimmung, die wahlweise Gefängnis oder Buße vorsieht, auf Gefängnis allein³.

IV. An den Grundtatbestand schließt Art. 182 Ziff. 2 mit der Strafdrohung: Zuchthaus vier geschärfte Fälle an⁴:

1. Schärfend wirkt die Absicht des Täters, die Person, der er die Freiheit entzieht, zur Unzucht zu mißbrauchen oder sie der Unzucht zu überliefern. Erforderlich ist nur der Beweis solcher Absicht. Der Mißbrauch oder die Überlieferung zur Unzucht brauchen nicht geschehen zu sein⁵. Sind solche Handlungen erfolgt, so ist zu prüfen, ob Realkonkurrenz mit einem gegen das Geschlechtsleben gerichteten Delikt — Notzucht, Schändung, widernatürliche Unzucht, Verführung, Kuppelei, Mädchenhandel usw. — gegeben ist. Die Ausdrücke: zur Unzucht „mißbrauchen“ und der Unzucht „überliefern“ zielen aber nicht nur auf die in den Art. 187ff. formulierten Tatbestände ab. Sie gehen weiter. Art. 182 Ziff. 2 ist schon anzuwenden, wenn der Täter z. B. eine Frau einsperrt, um sie sich zum Geschlechtsverkehr gefügig zu machen

auf den Vorsatz des Täters abstellt: Nötigung, wenn der Täter durch das Mittel der Freiheitsberaubung zu einem bestimmten Tun, Unterlassen oder Dulden zwingen will. Freiheitsberaubung, wenn die Behinderung der körperlichen Bewegungsfreiheit schlechthin gewollt war. Eine Differenzierung wird oft unsicher sein.

¹ GEORGIEFF: 56, 76, wo allerdings unzutreffend immer wieder auch das zwangsweise Fortbewegen eines Menschen als Freiheitsberaubung angesehen wird.

² Unten IV 4. Über das Dauerdelikt und die für den Beginn der Verfolgungsverjährung sich ergebende Konsequenz: Allg. Teil, § 75 I 1, § 87 IV.

³ Kritisiert von LANG: Prot. II. ExpKom. 2, 485: Geldstrafe, z. B. ausreichend bei Freiheitsentziehung in scherzhafter Absicht. Das ist zutreffend. Richtiger aber ist, solche Fälle dem Art. 182 nicht zu unterstellen; vgl. MÜLLER: eod. 486.

⁴ Dazu Prot. I. ExpKom. 2, 45f.

⁵ GAUTIER: Z. 25, 252.

oder sie einem andern in die Hände zu spielen. Gleiches gilt für den Homosexuellen, der sein Opfer gefangenhält, um mit ihm solche unzüchtige Handlungen vorzunehmen, die nach Art. 194 an sich nicht strafbar sind¹.

2. Qualifiziert ist die Freiheitsberaubung ferner, wenn sie unter dem falschen Vorgeben erfolgt, die Person sei geisteskrank. Das täuschende Verhalten kann sich richten gegen das Opfer, das unberechtigterweise z. B. in eine Irrenanstalt gebracht werden soll, aber auch gegen einen Dritten, einen Arzt, eine Behörde, die der Täter zur Versorgung eines angeblich Kranken veranlaßt. Das wird durch die Fassung „die Freiheit entzieht oder entziehen läßt“ betont². Bei den strengen ärztlichen Vorschriften, die hierzulande beobachtet werden müssen, bevor die Aufnahme in eine Irrenanstalt erfolgt, wird dieser Fall der qualifizierten Freiheitsberaubung, wenigstens in der Form des „Gefangenhaltens“, selten zur Vollendung gelangen. Häufiger mag der Versuch vorkommen. Er ist gegeben, wenn der Täter, um die Internierung einer Person zu erwirken, dem Arzt die geistige Erkrankung einer Person vorspielt. Bewußt täuschendes Verhalten ist erforderlich. Wer — laienhaft — eine Person für geisteskrank hält oder über ihre geistige Gesundheit Zweifel äußert und sich um eine Versorgung bemüht, ist nicht strafbar.

3. Die weitere Qualifikation: Freiheitsberaubung verbunden mit grausamer Behandlung ist reichlich unbestimmt³. Der Richter hat diesen Begriff mit seinem wertenden Ermessen auszufüllen.

4. Die vierte Qualifikation: Freiheitsberaubung, die mehr als einen Monat gedauert hat, knüpft an zeitliche Umgrenzungen bisheriger Gesetze an⁴. Die Fassung des Art. 182 kann zu der Vermutung führen, daß hier ein Fall von Erfolgshaftung vorliegt. Im Hinblick auf die Tendenz des Gesetzes, die reine Erfolgshaftung grundsätzlich auszuschließen, ist das abzulehnen. Nach richtiger Auffassung muß das besonders lange Gefangenhaltens vom Vorsatz des Täters mitumfaßt gewesen sein⁵. Eindrucksvoll tritt hier das Wesen des Dauerdeliktes in die

¹ Weil die Freiheitsberaubung zu unzüchtigen Zwecken, gleich wie die sexuell betonten Fälle der Entführung (Art. 183 Ziff. 2, 184 II, 185 II), über die Tatbestände des 5. Titels (Sittlichkeitsdelikte) hinausgehen, läßt sich die Einstellung bei den Delikten gegen die Freiheit, die vor allem geschützt werden soll, rechtfertigen; anderer Meinung ROSENFELD: 479f.

² Das Entziehenlassen besonders zu nennen, war nicht nötig. Die Regeln über die mittelbare Täterschaft (Allg. Teil, § 43 II) hätten ausgereicht.

³ Ähnlich die schärfste Qualifikation beim Raub (Art. 139 Ziff. 2 V): Handeln „mit besonderer Grausamkeit“. In den E., z. B. E. 1918 Art. 99, wurde das Töten „mit besonderer Grausamkeit“ als Mord bezeichnet.

⁴ Stross: Grundzüge, 2, 198.

⁵ Deutlich die allerdings sprachlich schlechte Fassung der Entwürfe, E. 1918 Art. 157: wenn der Täter einer Person „über einen Monat die Freiheit entzieht“.

Erscheinung. Der Täter setzt durch sein Verhalten — obschon er es ändern könnte — den verbrecherischen Erfolg immer wieder neu. Die Mehrheit der einzelnen Willensakte, die praktisch gar nicht auseinander gelöst werden können, wird zu einer Einheit zusammengefaßt. Das Verbrechen wird bis zum Aufhören des durch die erste Handlung gesetzten Erfolges weiter verübt¹.

§ 21. Entführung.

Literatur. STOOSS: Grundzüge, 2, 199ff., 202ff. — ROSENFELD: VD. Bes. Teil, 5, 479ff., 497. — MITTERMAIER: eod. 4, 136ff., 213ff. — GAUTIER: Z. 25, 252ff. — v. WURSTEMBERGER: Kinderraub, Berner Diss. (1915). — STALDER: Der Strafantrag im schweizer. Recht, Freiburger Diss. (1915), 155ff. — BRODBECK: Z. 1, 493ff.

I. Die Entführung ist das schwerste Freiheitsdelikt, weil der Täter eine fremde Person körperlich, unter Umständen auch psychisch, weitgehend unter seine Herrschaft bringt. Sie wird oft eine Nötigung in sich schließen oder auch sich mit einer Freiheitsberaubung verbinden, geht aber an Machtentfaltung des Täters und Wirkung über diese Delikte hinaus. Entführung bedeutet das widerrechtliche Sichbemächtigen einer Person durch Wegbringung von ihrem bisherigen Aufenthaltsorte². Dieses Moment bildet die gemeinsame Grundlage der drei Entführungstatbestände (Art. 183—185). Geschützt sind nur Frauen und Kinder unter 16 Jahren. Im Anschluß an bisherige Rechte hat das G. den sog. Frauen- und den Kinderraub übernommen, dagegen auf einen allgemeinen Tatbestand des Menschenraubes verzichtet³. Das widerrechtliche Wegbringen einer männlichen Person über

In den Beratungen hat man die Textänderung als nur redaktionell bezeichnet; StenBull. NR. 1929, 157. — Abweichend von der im Text vertretenen Auffassung BERTSCHINGER: 58ff.

¹ Allg. Teil, § 75 I 1. — BERTSCHINGER: 68f. meint, eine der Anfangstätigkeit gleichgeartete Tätigkeit werde in der Regel während der ganzen Dauer der Freiheitsberaubung präsumiert. Das ist weniger als reine Erfolgshaftung, eine Schuldpräsumtion. Sie befriedigt aber strafrechtlich auch nicht; vgl. Allg. Teil, § 21 II 3.

² Gegensatz: Entführung ist das widerrechtliche Wegbringen (Fortbewegen), Freiheitsberaubung (Art. 182) ist das widerrechtliche Festnehmen und Gefangenhaltend, also die Hinderung der körperlichen Bewegungsfreiheit; oben § 20, namentlich II 3. Vgl. GAUTIER: Z. 25, 252.

³ Kantonale Rechte bei STOOSS: Grundzüge, 2, 199ff., 202ff. (der allgemeinere Tatbestand des Menschenraubes nur in den deutsch-schweizerischen Rechten). Zu § 150 des zürcher. StGB. — Menschen- und Kinderraub — kritisch PFENNINGER: Z. 39, 245ff. — In den Verhandlungen der I. ExpKom. (2, 43f.) wurde ein Tatbestand des Menschenraubes aufgestellt, später jedoch als unnötig wieder gestrichen (573). — Der hiezulande selten genug vorkommende Fall eines „Menschenraubes“, um ein Lösegeld zu erlangen, würde wohl regelmäßig in eine Erpressung oder einen Erpressungsversuch ausmünden (Art. 156). Dazu Prot. II. ExpKom. 2, 496ff.

16 Jahren ist daher nie Entführung. Dagegen können je nach der Sachlage, Nötigung (Art. 181), der Tatbestand der Entziehung von Unmündigen (Art. 220), unter Umständen auch Handel mit Minderjährigen zu Unzuchtszwecken (Art. 202) in Frage kommen.

Gemeinsam ist allen drei Tatbeständen, daß die Entführung mit dem widerrechtlichen Sichbemächtigen der entführten Person vollendet ist. Ob der Täter das weitere Ziel, das er sich gesetzt hat — z. B. die entführte Frau zur Unzucht zu mißbrauchen oder aus einem entführten Kinde Gewinn zu ziehen — erreicht, ist unerheblich. Die Entführung ist kein Dauerdelikt¹.

II. 1. Im Vordergrund steht die Entführung einer Frau wider ihren Willen (Art. 183). Das G. präzisiert dieses Moment auf zweifache Weise:

Der Täter entführt die Frau gewaltsam. Er bricht ihren Willen durch körperliche Einwirkung. Darin liegt der alte Gedanke des „Frauenraubes“.

Oder der Täter erlangt durch List oder Drohung die Einwilligung der Frau zur Wegbringung. In diesen beiden Fällen verletzt der Täter bei seinem Opfer die Freiheit der Willensbildung. Die bedrohte oder überlistete Frau entschließt sich nicht nach eigenen Motiven. Ihre „Einwilligung“ widerspricht ihrem eigentlichen Willen (oben § 17 II 3)².

2. Täter kann jedermann sein, auch eine Frau. Opfer ist eine Person weiblichen Geschlechts von mehr als 16 Jahren. Das ergibt sich aus Art. 110 Ziff. 1, aber auch aus Art. 185, der die Entführung von Kindern unter 16 Jahren besonders ordnet. — Für die Erfüllung des Tatbestandes macht es keinen Unterschied, ob die Entführte verheiratet oder unverheiratet, bescholten oder unbescholten, alt oder jung ist. Auch Motiv und Zweck der Entführung sind — abgesehen von der in Ziff. 2 aufgestellten Qualifikation — unerheblich.

3. Die Entführung ist Antragsdelikt³. Die Strafe ist Gefängnis nicht unter 3 Monaten.

4. Bei Einwilligung der Frau liegt keine Entführung vor⁴. Ein nach-

¹ Daß die schädliche Auswirkung der Entführung andauert, ja unter Umständen sich erweitert, macht sie noch nicht zum Dauerverbrechen; BINDING: Handbuch, I, 542f. und Lehrbuch, I, 108; anderer Meinung die herrschende Lehre, z. B. FRANK: Kommentar deutsches StGB. § 236, N. II; ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 194; v. WURSTENBERGER: 11.

² Zur Entstehung der Fassung von Art. 183 Ziff. 1 I vgl. Prot. II. ExpKom. 2, 491 f.

³ Der Grund liegt in der Rücksichtnahme auf die Interessen der Entführten und ihrer Familie; vgl. Allg. Teil, § 28 I 2. Dagegen z. B. STALDER: 156ff. (für die Gestaltung als Offizialdelikt).

⁴ Dagegen kann der Tatbestand des Art. 220: Entziehung einer Unmündigen aus der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt gegeben sein.

trägliches Einverständnis zwischen der Entführten und ihrem Entführer kann unter Umständen zur Straflosigkeit führen. Art. 183 Ziff. 1 III bestimmt zwar nicht, wie es bei den Verführungsdelikten (Art. 196/7) der Fall ist, die Straflosigkeit des Täters, der mit seinem Opfer die Ehe eingeht. Aber er berechtigt die Entführte zur Stellung eines Strafantrages nur dann, wenn auf ihr Betreiben die mit dem Täter abgeschlossene Ehe ungültig erklärt worden ist¹. Maßgebend sind hier insbesondere ZGB. Art. 125f. (Anfechtbarkeit einer Ehe wegen Betruges und wegen Drohung) und Art. 132 (Wirksamkeit der Ungültigkeitserklärung einer Ehe vom Zeitpunkt des richterlichen Urteils an). Hier knüpft die Bestimmung an, daß die Frist zur Stellung des Strafantrages wegen der Entführung mit dem Tage zu laufen beginnt, an dem das die Ungültigkeit der Ehe aussprechende Urteil rechtskräftig geworden ist (Art. 183 Ziff. 1 II).

Ein Antragsrecht der Entführten besteht nicht, wenn die Ehe aufrecht bleibt, sei es, daß eine Anfechtung nicht erfolgt, oder daß die Anfechtungsklage abgewiesen wird. Das gleiche gilt auch, wenn die Ehe geschieden oder gemäß Art. 120ff. ZGB. als nichtig erklärt wird².

Sind die eherechtlichen Voraussetzungen für die Stellung des Strafantrages erfüllt, so steht er nur der Entführten, nicht ihren Eltern oder der Vormundschaftsbehörde zu³. Nicht gegen die Eltern ist das Delikt gerichtet. Die Entführung wider Willen ist ein Verbrechen gegen die Freiheit der entführten Frau. Sie allein hat juristisch als verletzt zu gelten⁴.

5. Erschwert — durch Androhung einer Zuchthausstrafe von 1 bis 20 Jahren und durch Verfolgung von Amtes wegen — ist die Entführung, wenn der Täter entführt, um die Frau zur Unzucht zu mißbrauchen oder sie der Unzucht zu überliefern (Art. 183 Ziff. 2)⁵. Unzüchtiger Mißbrauch muß nicht geschehen sein. Der Nachweis solcher Absicht genügt. Realkonkurrenz mit einem Sittlichkeitsdelikt, mit Verführung (Art. 196) z. B., kann gegeben sein (vgl. oben § 20 IV 1). Die Einfügung dieses sexuell betonten Falles in den Art. 183 ist gerechtfertigt. Im Vordergrund steht das Freiheitsdelikt⁶.

¹ Dazu Prot. II. ExpKom. 2, 490, 492; 3, 101 f.

² Zum Fall der Nichtigkeitserklärung LANG: Prot. II. ExpKom. 3, 105.

³ Die Heirat hat die Entführte, auch wenn sie das 20. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, mündig gemacht (ZGB. Art. 14 II). Eine Stellvertretung im Antragsrecht gemäß G. Art. 28 II kommt daher nicht in Frage. Ein sog. kumulatives Antragsrecht der Eltern und Vormünder, das bisherige Rechte bei der Entführung vorsehen (z. B. Zürich § 152 I), kennt das G. nicht; STALDER: 167.

⁴ Unzulässig weit in der Annahme eines Antragsrechtes geht BERNER: Der Strafantrag des Verletzten im bernischen StR., Berner Diss. (1928), 45, der als berechtigt alle Personen bezeichnen will, die gemäß Art. 123—128 ZGB. die Eheanfechtungsklage erheben können.

⁵ Der gleiche erschwerete Tatbestand in Art. 182 Ziff. 2 I und Art. 184 II.

⁶ Gut THORMANN: Prot. II. ExpKom. 2, 494; anderer Meinung ROSENFELD: 479 (Sittlichkeitsdelikt).

III. 1. Unter der Bezeichnung Entführung einer Willenlosen oder Wehrlosen stellt Art. 184 den Täter unter Strafe, der eine blödsinnige, eine schwachsinnige, eine im Bewußtsein gestörte oder zum Widerstand unfähige Frau entführt. Daß der Täter in Kenntnis dieses Zustandes gehandelt haben muß, was Art. 184 besonders hervorhebt, versteht sich im Grunde von selbst. Der Nachweis mangelnder Kenntnis macht den Täter straflos (Art. 19 I).

Der Unterschied zwischen Art. 183 und 184 liegt darin, daß der Entführer nach Art. 183 den Willen seines Opfers bricht oder eine Pseudo-einwilligung erlangt. Die Frau, wie Art. 184 sie kennzeichnet, ist dagegen zum Widerstand unfähig. Der Täter nutzt ihren Zustand der aufgehobenen oder wenigstens verminderten Widerstandsfähigkeit aus¹.

2. Die Häufung der Attribute in Abs. 1 zeigt das fast pedantische Streben, alle in Betracht zu ziehenden Fälle der Willensunfähigkeit, die eine Einwilligung der Entführten nicht in Frage kommen lassen, zu benennen. Zweifel ergeben sich bei dem Ausdruck: „eine zum Widerstand unfähige Frau“. Neben der besonderen Hervorhebung der psychischen Defekte können sich diese Worte nur auf körperliche Gebrechen und Zustände beziehen².

Möglich ist, daß der Täter die Frau selbst in den Zustand der Widerstandsunfähigkeit gebracht hat — durch Hypnose, durch Versetzen in einen Zustand der Betrunkenheit, vielleicht auch durch Suggestion³.

3. Die Entführung nach Art. 184 ist in jedem Falle Officialdelikt. Von dem Standpunkt aus, daß der Gesetzgeber beim Verbrechen der Entführung auch auf die Interessen der Entführten und ihrer Familie Rücksicht nehmen sollte, kann man die Richtigkeit dieser Lösung bezweifeln. Ebenso ist damit der Fall, da es sich nur um eine vorübergehende Widerstandsunfähigkeit handelte, nicht befriedigend gelöst⁴. Auch wenn der Täter die Entführte heiratet, muß er in jedem Falle bestraft werden. Die Strafdrohung ist gleich wie nach Art. 183 Ziff. 1: Gefängnis nicht unter 3 Monaten.

4. Die Qualifikation — Entführung, um die Frau zur Unzucht zu mißbrauchen oder sie der Unzucht zu überliefern — ist ebenso gestaltet wie

¹ Vorbilder Zürich § 152 (Entführung „einer Geisteskranken mit ihrem Willen, jedoch ohne die Einwilligung ihrer Eltern, Pflegeeltern oder ihres Vormundes“); St. Gallen Art. 116.

² ZÜRCHER und GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 493f., auch Z. 25, 256. Fälle dazu kann man sich schwer denken: Entführung einer lahmen Frau oder vielleicht — romanhaft — die Entführung einer geknebelten Frau? Dann wäre wohl auch gewaltsame Entführung nach Art. 183 gegeben.

³ Zweifelhaft, ob dann nicht Entführung durch Überlistung nach Art. 183 vorliegt.

⁴ So schon GAUTIER: Z. 25, 256.

in Art. 183. Weshalb jedoch Art. 184 II das Strafmaximum nur bis zu 10 Jahren Zuchthaus reichen läßt, ist nicht verständlich.

IV. Von besonderem dogmatischem Interesse ist der Tatbestand der Entführung eines Kindes, der sog. Kinderraub¹ (Art. 185). Seine Einstellung bei den Freiheitsdelikten wird kritisiert mit der Begründung, es handle sich um ein Verbrechen gegen die Familie, gegen die elterliche und die vormundschaftliche Gewalt². Die gesetzgeberische Verbindung der Kindesentführung mit den beiden andern Entführungsdelikten (Art. 183/4) ist aber schon wegen der nahen Verwandtschaft der Tatbestände und auch deshalb richtig, weil, wenigstens in vielen Fällen, auch ein noch nicht 16 Jahre alter Mensch das Freiheitsbewußtsein hat und darin verletzt werden kann³. Charakter und Tragweite des Art. 185 lassen sich aber nur richtig bestimmen, wenn man die Beziehung zum Tatbestand des Art. 220 — Entziehen und Vorenthalten von Unmündigen — klarstellt. Schutzobjekt dieser Bestimmung sind ausschließlich die elterliche und die vormundschaftliche Gewalt, während die Entführung in erster Linie das Kind selbst in seiner Freiheit und vor Ausbeutung und unzünftigem Mißbrauch schützen soll⁴.

An Einzelheiten sind hervorzuheben:

1. Der Art. 185 schützt nur Kinder — männlichen oder weiblichen Geschlechts — unter 16 Jahren. Ist das Opfer älter, so kann, wenn es noch minderjährig ist, Art. 220 in Betracht kommen, oder es kann, wenn es sich um eine Frau handelt, eine Entführung gemäß Art. 183/4 gegeben sein.

Auch Eltern können Täter eines Kinderraubes sein, jedoch wohl nur, wenn ihnen die elterliche Gewalt entzogen ist und sie sich unter den Voraussetzungen des Art. 185 des Kindes bemächtigen. Ein Inhaber der elterlichen oder der vormundschaftlichen Gewalt kann zum Kinderraub anstiften oder Beihilfe dazu leisten⁵.

2. Im Gegensatz zu Art. 183 nennt Art. 185 keine Mittel. Der Täter wird zwar auch hier regelmäßig Gewalt, Drohung oder List zur Geltung

¹ Zur geschichtlichen Entwicklung des Tatbestandes und über die kantonalen Rechte v. WURSTEMBERGER: 1 ff., 55 ff.

² Vgl. STOOSS: Grundzüge, 2, 200 ff. (kantonale Rechte); ROSENFELD: 408, 482, 497. Die Unsicherheit zeigt auch Prot. II. ExpKom. 2, 495 ff. Die Entwicklung in den schweizer. Entwürfen ist dargestellt bei v. WURSTEMBERGER: 116 ff.

³ Gut v. WURSTEMBERGER: 18 f., 121.

⁴ Wegen dieser grundsätzlichen Verschiedenheit kommt auch nicht in Frage, wie ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 2, 495 erwogen hat, den Kinderraub als bloße Qualifikation des Art. 220 zu gestalten; vgl. ferner Prot. II. ExpKom. 3, 303 ff. — Die Möglichkeit einer Konkurrenz zwischen Art. 220 und Art. 185 ist nicht anzunehmen: GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 304; anderer Meinung v. WURSTEMBERGER: 117; v. OVERBECK: Z. 43, 217.

⁵ Über Eltern und Vormund als Täter und Teilnehmer v. WURSTEMBERGER: 21 ff., 119; KREBS: Bern. StGB., Note zu Art. 152.

bringen. Aber auch die Überredung ist ausreichend¹. Im Zusammenhang damit steht, daß es nicht darauf ankommt, ob das Kind eingewilligt, scheinbar eingewilligt oder Widerstand geleistet hat².

3. Schon der Tatbestand nach Abs. 1 fordert den Nachweis einer bestimmten Absicht des Täters. Die Entführung muß erfolgen, um Gewinn aus dem Kinde zu ziehen oder um ein Lösegeld zu erlangen³. Darin kommen alte gesetzgeberische Gedanken zum Ausdruck: die heute fast romanhaft anmutende Figur des Kinderräubers, der das Kind zum Betteln oder zu Schaustellungen gebrauchen will⁴. Im Falle der Entführung, um ein Lösegeld zu erlangen, unternimmt es der Täter, schon durch das Sichbemächtigen des Kindes seine gewinnsüchtige Absicht zu realisieren. Er geht auf Erpressung aus. Daß sie versucht oder gar vollendet wird, setzt aber Art. 185 nicht voraus⁵. Der gewinnsüchtige Kinderraub ist mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten bedroht. Der Täter, der das Kind entführt, um es zur Unzucht zu mißbrauchen oder mißbrauchen zu lassen (Abs. 2), wird mit Zuchthaus nicht unter 3 Jahren bestraft. Weil Art. 185 auch vom Gedanken des Kinderschutzes getragen wird, sind die hohen Strafdrohungen gerechtfertigt. Im Gegensatz zu Art. 183 Ziff. 1 tritt bei der Kinderentführung immer Verfolgung von Amtes wegen ein.

§ 22. Hausfriedensbruch.

Literatur. STOSS: Grundzüge, 2, 165ff. — WÜEST: Der Hausfriedensbruch, Berner Diss. (1894). — DE LOËS: Der Hausfriedensbruch, Berner Diss. (1920). — SCHMID: Der Hausfriedensbruch, Zürcher Diss. (1921). — WEBER: Z. 18, 275f., 282ff. — PFENNINGER: JZ. 9, 187ff. — HAFTER: JZ. 30, 310ff.

I. Die Streitfrage, ob der Hausfriedensbruch (Art. 186) zu den Freiheitsdelikten zu zählen ist, taucht immer wieder auf. Er richtet sich gegen den persönlichen Frieden, gegen das Interesse des einzelnen an der ungestörten Betätigung des eigenen Willens und der eigenen Lebensführung, insbesondere in der eigenen Wohnung. Aber der persönliche Friede — der vom öffentlichen Frieden und der öffentlichen Ordnung wohl zu unterscheiden ist⁶ — ist deshalb ein für die Aufstellung

¹ Stoss: Prot. I. ExpKom. 2, 51.

² Auch eine Einwilligung des Inhabers der elterlichen oder der vormundschaftlichen Gewalt ist unerheblich; GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 495f.

³ Fehlt diese Absicht, so liegt bloße Entziehung nach Art. 220 vor.

⁴ Kantonale Rechte bei STOSS: Grundzüge, 2, 201; v. WURSTEMBERGER: 59, 66, 72 (Neuenburg Art. 335 II).

⁵ Kommt es zu vollendeter oder versuchter Erpressung (Art. 156), so ist Realkonkurrenz anzunehmen.

⁶ Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden die Tatbestände der Art. 258ff. ROSENFELD (Lit. zu § 21): 392 meint, sprachgeschichtlich und rechtlich könne unter „Frieden“ überhaupt nur ein Zustand der Gesamtheit verstanden

einer besonderen Deliktsguppe untauglicher Begriff, weil letzten Endes fast alle gegen den Einzelnen gerichteten Verbrechen ihn tangieren. Beim Hausfriedensbruch tritt aber als charakteristisches Moment hervor, daß der Täter einen fremden, mindestens erkennbaren Willen oder eine fremde Willenserklärung rechtswidrig mißachtet und damit die Freiheit eines andern, den Anspruch auf Unabhängigkeit von fremder Störung verletzt. Bezeichnend ist auch, insbesondere beim Fall des rechtswidrigen Verweilens in einem fremden Haus, die nahe Beziehung zur Nötigung¹. Die Einstellung bei den Freiheitsdelikten, als deren zusammenfassendes Merkmal der Schutz der Unabhängigkeit vor äußerem Zwang zu gelten hat, ist damit gerechtfertigt².

II. Von dem geschützten Rechtsgut der individuellen Freiheit sind die Angriffsobjekte, die der Art. 186 kasuistisch aufzählt, zu unterscheiden. Durch ihre Nennung kommt zum Ausdruck, in was für Verhältnissen der Einzelne gegen Eingriffe in seine Freiheit geschützt werden soll³.

1. Im Vordergrund steht das Hausrecht, der Friede im Haus. Im Hinblick auf die heutigen Wohnverhältnisse nennt Art. 186 neben dem Haus die einzelne Wohnung, d. h. die dem Menschen zum Zwecke häuslichen Lebens dienenden umschlossenen Räumlichkeiten (DE LOËS: 28), und — wenig geschickt — „einen abgeschlossenen Raum eines Hauses“⁴. Das bezieht sich auf Einzelräume (Wohn- und andere Räume). Auch bei Geschäfts- und Amtslokalen kommt dem Inhaber das „Hausrecht“ zu⁵.

werden. In AargRSpr. 32, Nr. 60 wird der Hausfriedensbruch als ein Vergehen gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit bezeichnet.

¹ Vgl. Zürcher Bl. 11, Nr. 146.

² BINDING: Lehrbuch, I, 81, 120; BOHN (Lit. zu § 20): 13; HAFTER: JZ. 30, 311; SCHMID: 13 ff.: Auseinandersetzung mit den verschiedenen Auffassungen: Hausfriedensbruch als Delikt gegen die öffentliche Ordnung (so deutsches StGB. §§ 123 f. und auch schweizerische Rechte: Obwalden Art. 50, Glarus § 54, Solothurn § 69, Appenzell A.-Rh. Art. 63; BE. 17, 431 f.); andere Auffassungen: gegen ein besonderes Gut des individuellen Rechtsfriedens, oder gegen die Ehre, oder gar gegen ein Gewahrsamsrecht am Haus (WÜEST). Vgl. auch PFENNINGER: JZ. 9, 188 und DE LOËS: 14 ff. und die dort zusammengestellten Schwankungen der eidgenössischen Entwürfe in der systematischen Einreihung des Deliktes. Ferner Prot. I. ExpKom. 2, 8 ff.; ZÜRCHER: Erl. VE. 1908, 195; GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 506 (délit contre la liberté individuelle); ROSENFELD: 410.

³ PFENNINGER: 189: Haus, Hof usw. bezeichnen nur den räumlichen Kreis, innerhalb dessen die Verfügungsfreiheit des Einzelnen geschützt wird.

⁴ Im französischen Text „local fermé compris dans une maison“. Beide Texte sind mißverständlich. Es handelt sich nicht um abgeschlossene oder verschlossene, sondern um umschlossene Räume. Gut Z. 48, 32 (Militärkassationsgericht). — Sehr weitgehend und unbestimmt nennt Bern Art. 95 I neben fremden Gebäuden und Wohnungen „andere menschliche Aufenthaltsorte“. — Über den Begriff „Haus“ im Sinne des Art. 186 DE LOËS: 24 ff.; SCHMID: 22 ff.

⁵ Zürcher Bl. 2, Nr. 103; SCHMID: 34 ff.; JZ. 30, 204, Nr. 41 (Thurgau: Schulzimmer).

Die gemeinsamer Benutzung dienenden Räume in einem Miet-, Amts- oder Geschäftshaus stehen unter dem allgemeinen Hausrecht, nicht unter dem Wohnungsrecht des einzelnen Mieters oder sonstigen Inhabers¹.

2. Neben dem Hausrecht steht das Hofrecht². Das Gesetz nennt hier den unmittelbar zu einem Hause gehörenden umfriedeten Platz, Hof oder Garten³.

3. Einer neuern Entwicklung folgend wird endlich der Schutz auf den Werkplatz ausgedehnt⁴.

4. Da der Hausfriedensbruch eine Verletzung individueller Freiheitsrechte darstellt, ist er gerichtet gegen denjenigen Menschen, dem eine rechtliche Verfügungsmacht über den Raum zusteht und dessen Frieden gestört wird⁵. Unter diesem Gesichtspunkt sind die in der Praxis zahlreich sich ergebenden Einzelfragen zu lösen: Im Vordergrund steht der Eigentümer eines Hauses oder Grundstückes, der es selbst innehat. Träger des „Hausrechts“ sind aber auch Mieter und Pächter⁶, ferner öffentlich- und privatrechtliche Körperschaften und Anstalten, die aus einem öffentlichrechtlichen oder dinglichen oder obligatorischen Verhältnis über eine Liegenschaft Verfügungsberechtigt sind.

Davon zu trennen ist die Frage, wer das „Hausrecht“ geltend machen, d. h. dem Eindringling seinen Willen entgegensetzen kann: Ist z. B. der Eigentümer eine juristische Person, so ist jedes Organ dazu befugt⁷. Im

¹ BINDING: Lehrbuch, I, 121; SCHMID: 74.

² Über den alten deutschrechtlichen Begriff des Haus- und Hoffriedens und dessen Verletzung OSENBRÜGGEN: Der Hausfriede (1857) und Alamannisches Strafrecht (1860), 50ff., 357ff.; TEMME: Schweizer. Strafrecht (1855), 577ff.; PFENNINGER: JZ. 9, 188; DE LOËS: 7ff.

³ Gesetzgeberische Streitfrage, ob das Hofrecht auf jeden unmittelbar zu einem Hause gehörenden Platz, Hof oder Garten, oder nur auf den umfriedeten sich erstrecken soll; Prot. II. ExpKom. 2, 506ff.; WEBER: Z. 18, 276; DE LOËS: 29ff.; SCHMID: 37ff. „Umfriedet“ bedeutet „umschlossen“; vgl. Basel § 128 I (umschlossenes Besitztum) und den französischen Text des Art. 186: „espace, cour ou jardin clos et attenante à une maison.“ Unbestimmter JZ. 4, 204, Nr. 581: wenn Anlagen vorhanden sind, die erkennen lassen, daß der Ort nur mit Zustimmung des Eigentümers betreten werden darf.

⁴ Zürich § 87 (Werkplatz oder Bauplatz); dazu DE LOËS: 32f. und SCHMID: 45ff. mit Hinweisen auf zahlreiche nichtveröffentlichte zürcherische Entscheide; Zürcher Bl. 11, Nr. 146: der Schutz erstreckt sich nicht nur auf die momentane Arbeitsstelle von angegriffenen Personen, sondern auf den ganzen Werkplatz und das ganze Gebäude, in dem gearbeitet wird.

⁵ ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 202.

⁶ Auch gegenüber dem Eigentümer, sofern er ohne rechtliche Endzwecke in die Liegenschaft eindringt oder gegen den Willen des Mieters oder Pächters darin verweilt. Instrukтив Zürcher Bl. 14, Nr. 55. Vgl. ferner WÜEST: 37ff.; SCHMID: 78ff.; AargRSpr. 32, Nr. 60.

⁷ Vgl. Z. 6, 144f. (Beamter einer Eisenbahngesellschaft); Zürcher Bl. 20, Nr. 7; SCHMID: 95ff. (der Beamte in einem Amtshaus).

übrigen ist in weitem Ausmaße eine Stellvertretung, namentlich auch eine negotiorum gestio, anzuerkennen: die Familienangehörigen, die Dienstboten, die Angestellten und Arbeiter des berechtigten Inhabers einer Liegenschaft können sich des Eindringlings erwehren und ihn zur Entfernung auffordern. Sie wahren das „Hausrecht“ für dessen Inhaber¹.

Steht die Verfügungsmacht über einen Raum mehreren Personen gleichzeitig zu, so ist der zur Mitbenutzung Berechtigte nie Täter eines Hausfriedensbruches, soweit er sich im Rahmen seines Rechtes hält. Der Umfang des Rechtes zur Mitbenutzung ist im Einzelfall zu prüfen².

III. Hausfriedensbruch ist zunächst das gegen den Willen des Berechtigten erfolgende unrechtmäßige Eindringen in einen das „Hausrecht“ genießenden Raum.

1. Anders als in bisherigen Rechten (z. B. Glarus § 54, Neuenburg Art. 188) wird nicht ein gewaltsames Eindringen gefordert. Entscheidend sind zwei Momente:

Dem Betreten des Raumes muß der Wille des Verfügungsberechtigten entgegenstehen, und der Täter muß sich dessen bewußt sein³. Der entgegenstehende Wille braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Häufig ergibt er sich in einer für jeden erkennbaren Weise aus den Umständen⁴. Das Abschließen eines Raumes z. B. bedeutet ein Verbot für jeden, der kein Eintrittsrecht hat. — Das Eindringen umfaßt auch

¹ JZ. 13, 35, Nr. 27 (Solothurn; nicht ein „bloßer Kostgänger des Hausherrn“. Die Grenzen sind eigentlich nur von Fall zu Fall zu bestimmen). Vgl. ferner JZ. 22, 67, Nr. 69 (Bern); GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 508; DE LOËS: 22ff.; Zürcher Bl. 11, 240 und 19, 313: Ein Polizeimann ist nicht „Berechtigter“ und kann auch nicht als Stellvertreter des Hausberechtigten betrachtet werden. Zu beachten ist der Unterschied zwischen der Befugnis zur Wahrung des Hausrechtes und dem Rechte, Strafantrag zu stellen; unten VI.

² Von mehreren Mietern — oder von Eigentümer und Mieter — gemeinsam zu benutzende Küche: Zürcher Bl. 9, Nr. 132. — Mitglieder eines Verbandes, die in das Lokal des Geschäftsführers eindringen und trotz der Aufforderung zur Entfernung verweilen: eodem 20, Nr. 7 (Ausschluß der Widerrechtlichkeit, wenn der zur Entfernung Aufgeforderte ein gleiches oder besseres Recht zum Verweilen hat als der Auffordernde selbst). Vgl. ferner SCHMID: 74, 94f.: beschränktes Recht des Gastes zum Aufenthalt in einer Wirtschaft.

³ Zürcher Bl. 11, Nr. 145: Das „Eindringen“ hebt nur das bewußt Widerrechtliche des Betretens hervor. Der Ausdruck enthält noch keine Beziehung zur Gewaltanwendung. Ferner SCHMID: 52ff.; DE LOËS: 36f.; JZ. 30, 361, Nr. 266 (Bern: nicht erforderlich die Überwindung eines physischen Hindernisses).

⁴ Der Täter muß den entgegenstehenden Willen des Berechtigten gekannt oder nach den Umständen vermutet haben; Zürcher Bl. 11, 240. Zu eng und in Verkennung des Hausfriedensbruches als eines Freiheitsdeliktes Bl. 19, Nr. 174: das Betreten müsse durch Gesetz, Herkommen oder ausdrückliches Verbot des Berechtigten untersagt sein. Zutreffend dagegen JZ. 30, 361, Nr. 266 (Bern).

das Einschleichen¹, wenn es, was regelmäßig der Fall sein wird, unter Mißachtung des Willens des Hausberechtigten erfolgt. — Die Anwendung von Gewalt gegenüber Menschen oder Sachen begründet eventuell den Tatbestand eines mitkonkurrierenden Deliktes.

Das Eindringen muß, was Art. 186 besonders hervorhebt, unrechtmäßig geschehen. Der entgegenstehende Wille des Hausberechtigten erfüllt dieses Moment noch nicht in allen Fällen (unten V).

2. Das Eindringen setzt nicht notwendig ein Eintreten voraus. Auch das Einstemmen eines Fußes zwischen Tür und Schwelle, eventuell auch das Hineingreifen in einen befriedeten Raum und die dadurch bewirkte Friedensstörung, kann vollendeter Hausfriedensbruch sein².

IV. Der zweite Fall des Hausfriedensbruches, das verbotswidrige Verweilen, setzt die Aufforderung des Hausberechtigten oder eines Stellvertreters, sich zu entfernen, voraus³. Ein rechtmäßiges Betreten des Raumes oder ein „Eindringen“ kann vorangegangen sein. Im letztern Fall absorbiert das verbotswidrige Verweilen das Eindringen.

Das verbotswidrige Verweilen ist nicht ein Unterlassungs-, sondern ein Begehungsdelikt. Der Täter setzt seinen aktiv widerstrebenden Willen dem Willen des Berechtigten entgegen. Der Hausfriedensbruch in der Form des Verweilens — nicht aber in der Form des Eindringens — ist ein Dauerdelikt⁴. Ähnlich wie bei der Freiheitsberaubung (oben § 20 III) ist eine gewisse Dauer erforderlich. Ein momentanes Zögern, der Aufforderung Folge zu leisten, erfüllt den Tatbestand noch nicht. Weil das Delikt während der ganzen Zeit des bewußt rechtswidrigen Verweilens dauert, sind die während der Dauer vom Hausfriedensbrecher verübten andern Delikte, z. B. eine Sachbeschädigung, eine Bedrohung, in idealer Konkurrenz begangen⁵.

¹ „Einschleichen“ ist das widerrechtliche, heimlich geschehende Betreten: Zürcher Bl. 11, Nr. 145. Vgl. auch unten § 52 V zu Art. 151 des G. (Erschleichung einer Leistung).

² JZ. 29, 25, Nr. 21 und Zürcher Bl. 31, Nr. 142. — Die Grenze zwischen Versuch und Vollendung ist nicht sicher festzulegen. Sie muß auf Grund der Wertung des einzelnen Falles erfolgen, worauf SCHMID: 86 zutreffend aufmerksam macht. — Das Poltern und Schlagen gegen eine Türe, das Hineinwerfen eines Steines durch ein Fenster usw. sind kein „Eindringen“; DE LOËS: 38.

³ Das Gesetz setzt eine Aufforderung, also eine ausdrückliche Willenserklärung — die auch durch eine bloße Gebärde erfolgen kann — des Hausberechtigten oder eines Stellvertreters voraus („l'injonction de sortir à lui adressé par un ayant droit“); GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 508; DE LOËS: 42; SCHMID: 72f.

⁴ Ein Dauerdelikt auch bei der Form des Eindringens nimmt DE LOËS: 34 an.

⁵ BINDING: Lehrbuch, I, 124; JZ. 5, 97, Nr. 157 (Bern: andauerndes Verweilen). Bisherige Rechte, z. B. Zürich § 87, haben die Gewaltanwendung gegenüber Personen und Sachen im Haus als besondern Fall in den Tatbestand des Hausfriedensbruches einbezogen; STOOS: Grundzüge, I, 167; SCHMID: 81ff.; Zürcher Bl. 8, Nr. 89; 31, Nr. 112; PFENNINGER: 187ff.

Versuchter Hausfriedensbruch ist bei der Form des Verweilens kaum denkbar¹.

V. 1. Unrechtmäßigkeit und Eindringen oder Verweilen entgegen dem Willen des Hausberechtigten sind auseinanderzuhalten. Trotz dem entgegenstehenden Willen können Eindringen und Verweilen rechtmäßig sein — dann, wenn Gesetz oder Rechtsgeschäft einen Anspruch darauf oder gar eine Pflicht dazu begründen². Das entspricht vor allem strafprozessualen und betriebsrechtlichen Bedürfnissen (Hausdurchsuchungen, Verhaftungen, Beschlagnahmungen in einem Haus)³. — Wann im Verhältnis zwischen Privatpersonen ein gegen den Willen des Hausberechtigten erfolgendes Eindringen oder Verweilen rechtswidrig ist, muß aus den Umständen, eventuell mit Heranziehung zivilrechtlicher Normen entschieden werden⁴. Von Bedeutung ist der vom Täter verfolgte Zweck. Ist er nicht rechtswidrig, z. B. bei dem Gläubiger, der einen Schuldner mündlich mahnen will, so kann in einem gegen den Willen des Schuldners erfolgendes Betreten der Wohnung richtigerweise noch kein Hausfriedensbruch gesehen werden⁵. Umgekehrt genügt auch der widerrechtliche Zweck allein, z. B. das Betreten einer Wohnung in betrügerischer oder erpresserischer Absicht, noch nicht zur Tatbestandserfüllung⁶. Der Wille des Wohnungsinhabers muß entgegenstehen.

2. Ein Hausfriedensbruch versetzt den in seinem Hausrecht Angegriffenen häufig in eine Notwehrlage. Aber fraglich ist, ob die Notwehrbestimmung, die einen drohenden oder begonnenen Angriff voraussetzt (Art. 33), ausreicht. Einzelne Gesetze, namentlich Bern Kantons-V.

¹ SCHMID: 87.

² Vgl. die Bestimmungen kantonaler Verfassungen, z. B. Zürich Art. 8, Bern Art 76. Sie gehen von der Unverletzlichkeit des Hausrechts aus, sehen aber das Eindringen (und Verweilen) von Amtspersonen vor „in den Fällen und unter den Formen, welche das Gesetz bestimmt“ (Bern). Zu Zürich STRÄULI: Verfassung, 53.

³ Sachlich unzutreffende Verfügungen einer Verhaftung oder einer Hausdurchsuchung und deren Durchführung begründen noch keine Verletzung von Verfassung und Gesetz: BE. 8, 487f.

⁴ Über das Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter oben II 4. — Häufig erörterte Frage, ob der Mieter, der trotz Aufforderung die Wohnung, deren Miete abgelaufen ist, nicht räumt, Hausfriedensbruch durch verbotswidriges Verweilen begeht. Zutreffend bejaht von BINDING: Lehrbuch, I, 123 (unter Hinweis auf eventuelle Anwendung der Notstandsbestimmung), verneint von SCHMID: 79.

⁵ Zürcher Bl. 33, Nr. 153 und HAFTER: JZ. 30, 312: Der Täter muß mit seinem Eindringen einen rechtswidrigen Zweck verfolgen. Vgl. Thurgau § 258.

⁶ SCHMID: 58ff.; DE LOËS: 39f.; Berner Z. 45, 290; 47, 289. — Über das Einschleichen in diebischer Absicht unten VI.

Art. 76 III¹ und StGB. Art. 53 und 95 II und III, sehen den Fall des Gegenangriffs gegenüber einem bereits zum Abschluß gelangten Hausfriedensbruch ausdrücklich vor (aggressive Selbsthilfe). Nach bernischem Recht ist der Hausberechtigte, der dem Friedensstörer „geringe Verletzungen“ beigebracht hat, nicht strafbar (Art. 95 II)². — Im G. fehlt eine entsprechende Bestimmung. Aber die Lösung ist aus dem Wesen des Hausrechts und aus dem Recht, es zu wahren, zu gewinnen. Das Hausrecht muß ein Selbsthilferecht immer dann in sich schließen, wenn nach Lage der Umstände behördliche Hilfe nicht zur Verfügung steht und andere Mittel gegen einen Eindringling nicht geboten erscheinen³.

VI. Art. 186 bedroht den Hausfriedensbruch mit Gefängnis oder Buße⁴. Er ist Antragsdelikt. Das Hausrecht ist ein verzichtbares Recht. Der Wille des Berechtigten ist allein entscheidend. Das öffentliche Interesse erscheint nicht groß genug, um von Amtes wegen einzuschreiten⁵.

Antragsberechtigt ist der Verletzte (Art. 28). Das ist nur der Inhaber des „Hausrechts“, nicht auch die Person, die als Organ oder Stellvertreter des Verfügungsberechtigten im Einzelfall das Hausrecht zur Geltung gebracht hat (oben II 4)⁶.

¹ V. Art. 76 III: „Gegen jedes rechtswidrige Eindringen ist der Widerstand erlaubt. Das Nähere bestimmt das Gesetz.“

² Bei bedeutenderen Verletzungen und bei gröblicher Überschreitung des „erlaubten Maßes von Gewaltanwendung“ ist wenigstens Strafmilderung vorgesehen (Art. 95 III). — Kaum zutreffend LAUTERBURG: Z. 1, 110, der die Verteidigung des Hausrechts, wenn auch nicht mehr zur Notwehr, so doch zur defensiven Selbsthilfe rechnet; Z. 2, 182 kennzeichnet LAUTERBURG übrigens selbst den Art. 95 II als aggressive Geltendmachung des Hausrechts. Zu dieser Bestimmung noch Z. 6, 144ff. und 10, 159ff.

³ Gut SCHMID: 98ff. (mit Einzelausführungen). Zum gleichen Schluß führt OR. Art. 52 III: Da bei Selbsthilfe eine Schadensersatzpflicht entfällt, wenn zur Sicherung eines berechtigten Anspruches amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann, so erscheint auch eine Bestrafung des Selbsthilfe Übenden ausgeschlossen.

⁴ Qualifikationen, die bisherige Rechte vielfach vorsehen — bewaffneter Hausfriedensbruch, sog. Heimsuchung usw. — kennt das G. nicht. Über die kant. Rechte STOOS: Grundzüge, 2, 168f.; DE LOES: 46ff.; SCHMID: 103ff. — Die Entwürfe hoben das Einschleichen in diebischer Absicht schärfend hervor; dazu Prot. II. ExpKom. 2, 506, 508 und 510 und SCHMID: 59ff. Kommt der Täter nicht über die diebische Absicht hinaus, so genügt die Bestimmung über den Hausfriedensbruch. Hat er gestohlen oder zu stehlen versucht, so ist nur Art. 137 anzuwenden. — Verübt ein Beamter Hausfriedensbruch, was bisherige Rechte ebenfalls qualifizieren, so kann Idealkonkurrenz zwischen Art. 186 und Art. 312 (Amtsmißbrauch) vorliegen.

⁵ ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 202; SCHMID: 109ff.

⁶ JZ. 22, 67, Nr. 69 (Bern) und KREBS: Bern. StGB. Art 95, N. 13b und 14; SCHMID: 110ff.

Dritter Abschnitt.

Delikte gegen das Geschlechtsleben.**§ 23. Rechtsgut. Umgrenzung, Systematik. Allgemeines.**

Literatur. STOOSS: Grundzüge, 2, 209 ff.; Z. 8, 200 ff.; 10, 247 ff. — MITTERMAIER: VD^f Bes. Teil, 4, 1 ff., 41 ff., 76 ff.; Z. 20, 217 ff. — RÜEGG: Die unzüchtige Handlung im Strafrecht, Zürcher Diss. (1935). — BRODBECK: Z. 1, 497 ff. — PICOT: Z. 2, 51 ff.; 9, 157 ff. — KRONAUER: Z. 5, 202 ff. — BRIDEL: Z. 10, 37 ff. — ZÜRCHER: Z. 10, 247 ff. — WILHELM: Z. 24, 17 ff. — GAUTIER: Z. 25, 243 ff., 257 ff. — v. LILIENTHAL: Z. 40, 333 ff. — STÄHELIN: Z. 41, 16 ff. — v. HENTIG: Z. 42, 262 ff. — HAFER: Z. 43, 57 ff. — WEISS: JZ. 3, 184 f., 197 ff., 211 ff. — ZELLER: JZ. 16, 121 ff. — ROTH (Angabe zu § 33), 54 ff. — KRAFT: Die Sittenpolizei nach schweizerischem Verwaltungsrecht, Zürcher Diss. (1929). — BUSCH: Forensisch-psychiatrische Beiträge zur Frage des sexuellen Mißbrauchs geistig minderwertiger Personen, Zürcher (med.) Diss. (1930). — STRASSER: Zur Bekämpfung der Sexualdelikte, Schweizer. mediz. Wochenschrift, 54, Nr. 39/40. — SCHRAG: Gefühlszustände als Rechtsgüter im Strafrecht, Berner Diss. (1936), 68 ff. — Angaben zu §§ 24 ff.

I. Die allgemeine Kennzeichnung und Umgrenzung der sog. Sittlichkeitsdelikte ist schwierig. Das Geschlechtsleben des Menschen ist der intimste und heikelste Teil der Persönlichkeitssphäre. Daß die sexuelle Sphäre gegen bestimmte Angriffe Schutz verdient, ist selbstverständlich. Das Strafrecht hat jedoch die Tendenz, den Kreis der sog. Sittlichkeitsdelikte weiter auszudehnen, als der Schutz des Einzelnen gegen fremden Eingriff es rechtfertigen würde. Die Anschauungen der Moral und auch religiöse Normen über das Geschlechtsleben beeinflussen den Gesetzgeber. Aber das geschieht auf so verschiedene Weise, daß große Unsicherheit entsteht. Daraus ergibt sich, daß kaum auf einem andern Gebiet Verschiedenheit und Änderung der Strafgesetzgebung so bedeutend sind wie hier. Bei einzelnen Delikten dieses Kapitels — insbesondere bei der sog. einfachen unzüchtigen Handlung — tritt der Schutz des Einzelnen zurück vor dem Schutz, den das Recht einem allgemein menschlichen Interesse, der geschlechtlichen Moral, gewährt. Weil über sie kaum je allgemein anerkannte Anschauungen bestehen werden, ist auch — schon innerhalb des einzelnen Landes — eine alle Kreise befriedigende gesetzgeberische Ordnung nie erreichbar¹.

Abbild der Unsicherheit und Unbestimmtheit ist auch die verschiedene Art, wie die Deliktgruppe ausgestaltet und zusammenfassend bezeichnet wird:

¹ Trefflich GAUTIER: Z. 25, 257 ff. — Über Tendenzen und Verdienste der Frauenvereine ZÜRCHER und GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 121 ff.; SELER: StenBull. NR. 1929, 161 f.; BAUMANN: StenBull. StR. 1931, 531 f. Die großen Verschiedenheiten der bisherigen kantonalen Rechte bereitet hier der Rechtseinheit Schwierigkeiten; PICOT: Z. 2, 51 ff. — WIDMER (Lit. zu § 26): 46 ff.

Unbrauchbar, für unsere Zeit auch sprachlich störend, ist der Ausdruck *Fleischesverbrechen*¹. Er sollte alle gesetzwidrigen Befriedigungen des Geschlechtslebens, auch mehrfache Ehe, Ehebruch und Blutschande (Verbrechen gegen die Familienordnung), zusammenfassen.

Zu eng und mißverständlich ist der Ausdruck *Verbrechen gegen die Geschlechtsehre*². Ehre ist strafrechtlich vor allem gesellschaftliche Geltung (unten § 36 I). Die Ehrverletzung mißachtet sie. Diese Mißachtung der Ehre eines andern kann in der Verübung eines sog. Sittlichkeitsdeliktes liegen. Aber das trifft nicht in allen Fällen zu, ist jedenfalls nicht das besonders Bezeichnende³.

Fast allgemein in Gesetzgebung und Wissenschaft üblich ist die Bezeichnung *Verbrechen gegen die Sittlichkeit*. Man mag den Ausdruck, der sich eingebürgert hat, beibehalten. Immerhin erschöpft sich der Sittlichkeitsbegriff keineswegs in seinen Beziehungen zum Geschlechtsleben. Die ausschließliche Bezeichnung der gegen die geschlechtlichen Verhältnisse gerichteten Delikte als Sittlichkeitsverbrechen ist nicht treffend⁴. Vorzuziehen ist der neutralere Ausdruck: *Verbrechen gegen das Geschlechtsleben*. Er umfaßt alle Delikte dieser Gruppe, die, einzeln betrachtet, sich gegen sehr verschiedene Rechtsgüter richten können (unten II)⁵.

II. Ausgangspunkt muß für das Strafrecht der Satz sein, daß das Geschlechtsleben in erster Linie Angelegenheit des Einzelnen, eine Frage

¹ In der frühern Doktrin allgemein üblich (*delicta carnis*); FEUERBACH-MITTERMAIER: Lehrbuch (14. Aufl.), 719ff.; BINDING: Lehrbuch, 1, 193; W. MITTERMAIER: 1 ff. — Vgl. Tessin Art. 253ff.: della violenza carnale.

² So namentlich BINDING: Lehrbuch, 1, 193ff.

³ Nicht verständlich, weshalb nach BINDING (194) das Rechtsgut der Geschlechtsehre u. a. in der Regelung des eigenen Geschlechtslebens innerhalb der Schranken von Recht und Sitte bestehen soll. Wessen Ehre wird verletzt, wenn der einzelne diese Schranken überschreitet? Das Recht schützt nicht die eigene Ehre des Täters; MITTERMAIER: 5.

⁴ Unentschieden bleibt auch, ob die „Sittlichkeit“ des einzelnen (*pudeur*) oder die öffentliche Sittlichkeit Schutzobjekt sein soll. Das letztere erklärt z. B. Luzern, StGB., bes. Teil, Überschrift des 4. Titels, ausdrücklich. Von diesem Gesichtspunkt aus müßte die ganze Gruppe bei den Delikten gegen allgemein gesellschaftliche Interessen (Kulturgüter) untergebracht werden. Ein nicht befriedigendes Ergebnis, wenn es auch selbstverständlich ist, daß hinter dem Einzelinteresse das Gesamtinteresse steht. — Auf die öffentliche Sittlichkeit weist auch die in den welschen Texten übliche Bezeichnung: *délits contre les moeurs*, *delitti contro il buon costume* hin; vgl. PICOT: Z. 2, 52; MITTERMAIER: Z. 20, 218ff., 223ff., ferner das ital. StGB. 1930, Überschrift des 9. Titels: *delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*.

⁵ Beachtenswert die unter Verzicht auf eine Zusammenfassung erfolgte Aufteilung im aargauischen peinlichen StG.: Unzucht gegen die Natur, Verführung, Notzucht und Schändung usw.

der persönlichen Ethik ist¹. Wann aber ist strafrechtliches Eingreifen und rechtlicher Schutz erforderlich? Nur zwei Gesichtspunkte kommen zunächst in Betracht²:

1. Strafwürdig ist die Verletzung oder Gefährdung der geschlechtlichen Freiheit eines andern. Das geschieht entweder dadurch, daß der Täter Gewalt, Drohung oder auch List anwendet und auf diese Weise das Opfer sexuell mißbraucht oder es sich gefügig macht. Dazu kommt die geschlechtliche Einwirkung auf Personen, die infolge ihrer Unerfahrenheit, ihres Geistes- und Entwicklungszustandes oder auch ihrer abhängigen Stellung einem sexuellen Angriff keinen angemessenen Widerstand entgegenzusetzen in der Lage sind.

Der nahe Zusammenhang mit den Verbrechen gegen die persönliche Freiheit ist hier unverkennbar. Es handelt sich um in eine bestimmte Richtung gehende Freiheitsdelikte.

In einem weitern Sinne mag man ihnen auch die Gruppe der Kuppeleidelikte zuzählen. Nicht immer, aber häufig stellen auch diese Verbrechen einen Eingriff in die geschlechtliche Freiheit und die Selbstbestimmung eines Menschen dar. Das besondere Moment, das die Kuppeleidelikte zusammenhält und systematisch zur Bildung einer für sich stehenden Gruppe führt, ist die geschäftliche Ausbeutung fremder Unzucht. Zu beachten ist aber auch die soziale Gefährlichkeit der zu dieser Gruppe gehörenden Delikte³.

2. Strafwürdig ist überdies unter bestimmten Umständen ein in der Geschlechtssphäre liegendes Verhalten, wenn es an die Öffentlichkeit tritt. Hier wird gelegentlich das öffentliche Interesse — die öffentliche Sittlichkeit — besonders betont⁴. Ältere Gesetze verwenden den Ausdruck Erregung öffentlichen Ärgernisses⁵. Ob man bei dieser Gruppe wegleitend den Gedanken verwenden kann, daß es sich um die Verletzung allgemein anerkannter Anschauungen der geschlechtlichen Moral handeln muß, bleibt angesichts der Schwierigkeiten, Werturteile zu gewinnen, denen alle rechtlich Denkenden zustimmen können, ganz im Dunkeln (unten S. 156f.: Vorbemerkung).

¹ v. LILIENTHAL: Z. 40, 333 (Der Geschlechtstrieb und seine Betätigung ist die persönlichste Angelegenheit des Individuums. Sie geht an und für sich den Strafrichter nichts an).

² Dazu HAFER: Z. 43, 57 ff. Gut ZELLER: JZ. 16, 121 f. Vgl. MITTERMAIER: 5 f.; VEILLARD (Lit.-Angaben zu § 28): 45 ff.

³ MITTERMAIER: Z. 20, 229 ff.

⁴ KRAFT: 10 ff. — ZELLER: JZ. 16, 125 lehnt die Anerkennung eines „Rechtsgutes der öffentlichen Sittlichkeit“ ab. Es bestehe nur ein staatliches Interesse daran, daß gewisse sexuelle Handlungen, die, wenn sie innerhalb der Geheimsphäre vorgenommen werden, rechtlich indifferent sind, nicht in der Öffentlichkeit erfolgen. Also doch Schutz der öffentlichen Sittlichkeit.

⁵ Dazu unten § 32 IV.

III. Die Systematik des G. entspricht im Ganzen den vorstehend entwickelten Gedankengängen¹. Der 5. Titel des Besondern Teils ist gegliedert in

1. Angriffe auf die geschlechtliche Freiheit und Ehre — namentlich Notzucht, Schändung, Unzucht mit Kindern und Abhängigen, Verführung (Art. 187—197);

2. Ausbeutung und Begünstigung fremder Unzucht — Kuppelei, Zuhälterei, Frauen- und Kinderhandel (Art. 198—202);

3. Verletzungen der öffentlichen Sittlichkeit — öffentliche unzüchtige Handlungen, unzüchtige Veröffentlichungen (Art. 203/4). Die hier angeschlossenen „Übertretungen gegen die Sittlichkeit“ (Art. 205—212) gehören zur Hauptsache ebenfalls in diese Untergruppe.

I. Angriffe auf die geschlechtliche Freiheit und Ehre.

§ 24. Notzucht und unzüchtige Nötigung.

Literatur. Angaben zu § 23. — STOOSS: Grundzüge, 2, 210ff. — MITTERMAIER: VD. Bes. Teil, 4, 41ff., 101ff.

I. Der Tatbestand der Notzucht nach Art. 187 ist ein Sonderfall der Nötigung², der auf eine Frau ausgeübte Zwang zur Duldung des außerehelichen Beischlafs. Als Mittel nennt das Gesetz zunächst Gewalt und schwere Drohung (dazu oben § 18 II, § 19 II 1 und 2).

Täter der Notzucht ist ein Mann³, das Opfer eine Frau, d. h. nach Art. 110 Ziff. 1 eine weibliche Person von mehr als 16 Jahren. Ob sie unbescholten oder bescholten ist, macht keinen Unterschied. Auch die Prostituierte ist geschützt⁴. Entscheidend ist allein, daß die Frau sich dem Manne versagt, und daß er sich trotzdem den Beischlaf erzwingt.

¹ GAUTIER: Z. 25, 264ff. — Rechtsvergleichend zur Systematik MITTERMAIER: 8ff.

² Wie die Erpressung; unten § 53 I 1.

³ Indirekter Täter kann auch eine Frau sein, wenn sie z. B. einen unzurechnungsfähigen Mann veranlaßt, von einem Mädchen den Beischlaf zu erzwingen; Allg. Teil, § 43 II 2; FRANK: Kommentar deutsches StGB. § 176 I. — Ob ein einzelner Mann eine erwachsene Frau in normalem Zustand durch Gewalt zum Beischlaf zwingen kann, mag — schon aus physiologischen Gründen — füglich bezweifelt werden; GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 128. Der Täter wird meistens nicht über den Versuch hinauskommen.

⁴ Bisherige Rechte, z. B. Aargau § 103, Neuenburg Art. 265, mildern die Strafe, wenn Notzucht an einer bescholtenen, „einer als öffentliche Dirne bekannten Weibsperson“ begangen wird; STOOSS: Grundzüge, 2, 211ff. — Gegen jede Unterscheidung STOOSS: Prot. I. ExpKom. 2, 163; GAUTIER: Z. 25, 264f.; MITTERMAIER: 105. — Der Richter wird immerhin bei der Strafzumessung Unterschiede machen müssen. Gegen das Strafminimum von 1 Jahr Zuchthaus wendet sich ZELLER: JZ. 16, 122. Milderungsgründe gemäß Art. 64 werden selten zu treffen.

Der Charakter der Notzucht als eines Deliktes gegen die persönliche Freiheit kommt dadurch deutlich zum Ausdruck. — Nur der Vollzug des Beischlafes vollendet die Notzucht, nicht schon eine Verbindung der Geschlechtsteile. Sie ist Versuch¹. Andere Arten eines erzwungenen geschlechtlichen Verkehrs — per os, per anum — unterstehen dem Art. 188.

Da Art. 187 nur den außerehelichen Beischlaf nennt, ist der Zwang zur Duldung des Beischlafes gegenüber der Ehefrau nie Notzucht. Ob hier überhaupt eine strafbare Handlung vorliegt, ist bestritten². Beim erzwungenen Beischlaf gegenüber der Ehefrau kann nur Nötigung nach Art. 181, nicht die unzüchtige Nötigung gemäß Art. 188 in Betracht gezogen werden, da die letztere Bestimmung „andere unzüchtige Handlungen“ im Auge hat³.

II. Als weiteren Fall der Notzucht bezeichnet Art. 187 II den Vollzug des außerehelichen Beischlafes, nachdem der Täter die Frau zu diesem Zwecke bewußtlos oder zum Widerstand unfähig gemacht hat. Während die Notzucht im engeren Sinne (Abs. 1) mit Zuchthaus bedroht ist, steht auf diesen zweiten Fall eine Zuchthausstrafe nicht unter 3 Jahren⁴. Es handelt sich nicht um eine Qualifikation des Grundtatbestandes, sondern um einen Tatbestand für sich. Er weist zur Schändung hinüber (unten § 25), unterscheidet sich aber von ihr dadurch, daß der Täter sein Opfer

¹ Anders z. B. Schaffhausen § 187, Aargau § 100 II, die Vollendung annehmen, sobald die Vereinigung der Geschlechtsteile erfolgt ist. Über die Abgrenzung: Vollendung-Versuch RÜEGG (Lit. zu § 23): 38.

² Verneint von GAUTIER: Z. 25, 265: „L'époux est maître d'exiger, fût-ce par force, un acte qu'il a lui-même le devoir d'accomplir.“ Vgl. v. HENTIG: Z. 42, 264ff. (mit weiteren Lit.-Angaben).

³ Einfache Nötigung nehmen zutreffend an GREENER: Prot. I. ExpKom. 2, 161; BINDING: Lehrbuch, 1, 200; v. LISZT-SCHMIDT: Lehrbuch, § 105 II 1. Der gewaltsame Einbruch in die Geschlechtssphäre soll auch unter Ehegatten verpönt werden. Nicht ausreichend ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 209 und GAUTIER: Z. 25, 265, nach denen eventuell die Bestimmungen über Körperverletzung und Gesundheitsschädigung heranzuziehen sind. — Nicht bestreitbar erscheint die Anwendbarkeit des Art. 188 auch gegenüber dem Ehegatten z. B. bei einem Zwang zu widernatürlicher Geschlechtsbefriedigung; anderer Meinung RÜEGG: 49ff. Gut ZÜRCHER: Erläuterungen, 211: Bloße Zudringlichkeiten im Eheverhältnis, die sich der Außenwelt entziehen, sind keine unzüchtigen Handlungen; dazu unten III.

⁴ Eine außerordentlich schwere Strafdrohung. Ob eine so weitgehende Differenzierung zwischen den beiden Fällen sich rechtfertigt, ist zweifelhaft; vgl. Prot. I. ExpKom. 2, 161ff. Das deutsche StGB. § 177 setzt für beide Fälle die gleiche Strafdrohung (Zuchthaus). Dafür auch LANG: Prot. II. ExpKom. 3, 131. — Grundsätzliches über die Strafansätze bei den Delikten gegen das Geschlechtsleben bei GAUTIER: Z. 25, 260ff., 295; ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 3, 123; SELLER: StenBull. NR. 1929, 162. Die Strafdrohungen sind bei den schwereren Delikten reichlich hoch gespannt, weit höher als z. B. bei den Vermögensdelikten. Jedenfalls ist der Schutz von Frauen und Kindern, um den es sich in diesem Kapitel vor allem handelt, genügend gewahrt.

selbst in einen Zustand der Bewußtlosigkeit oder der Wehrlosigkeit versetzt, um es hernach zu mißbrauchen¹ — eine Tat von besonders raffinierter Gemeinheit. — Besonders im Hinblick auf die verschiedenen Strafdrohungen muß der Richter zwischen dem Fall, da der Täter Gewalt oder Drohung anwendet, und dem andern, da er das Opfer zum Widerstand unfähig macht, nach Möglichkeit unterscheiden. Im letztern Fall ist Voraussetzung ein Zustand völliger Wehrlosigkeit, die allerdings auch gewaltsam, z. B. durch Fesselung einer Frau, herbeigeführt werden kann. Ferner ist vielleicht an hypnotische Einwirkung zu denken. — Auch die Versetzung in einen Zustand der Bewußtlosigkeit ist durch einen Gewaltakt, z. B. einen betäubenden Schlag, möglich. Daneben kommt die Anwendung von Mitteln mit berauschender und narkotisierender Wirkung in Betracht. Dagegen erfüllt der „unwiderstehliche“ Don Juan, der eine Frau widerstandslos macht, den Tatbestand nicht².

III. Die Notzucht ist ein Ausschnitt aus dem Komplex: unzüchtige Nötigung. Das G. hat die Notzucht als den krassesten Fall herausgehoben und vorangestellt. So bezieht sich der Art. 188 auf andere Fälle von gewaltsamen unzüchtigen Handlungen außer dem außerehelichen Beischlaf³. Im übrigen reicht seine Wirkung insofern weiter, als Mann wie Frau (direkte) Täter sein können und der Schutz nicht auf die Frau beschränkt ist (Zwang zu päderastischen Akten)⁴. Die Zwangsmittel, die der Täter anwendet, sind ähnlich wie in Art. 187 umschrieben: Gewalt, schwere Drohung oder ein Verhalten, wodurch das Opfer auf andere Weise zum Widerstand unfähig gemacht worden ist (oben I und II)⁵. — Während die Notzucht nur in einem Zwang zur Duldung bestehen kann, erfaßt der Art. 188 auch den Zwang zur Vornahme irgend-einer unzüchtigen Handlung⁶.

¹ Der Ton liegt auf den Worten: „nachdem er sie zu diesem Zwecke bewußtlos . . . gemacht hat.“ Hier können sich Beweisschwierigkeiten ergeben; vgl. Prot. II. ExpKom. 3, 130ff.

² Zum ganzen Prot. I. ExpKom. 2, 161ff., 577f.; Prot. II. ExpKom. 3, 130ff.; GAUTIER: Z. 25, 266; MITTERMAIER: VD. 107.

³ Vgl. Entscheidungen des Mil.-Kassationsgerichtes 1926—1935, Nr. 50. Über die gewaltsame unzüchtige Handlung im Hinblick auf das Auslieferungsrecht: BE. 30 I, 375.

⁴ RÜEGG: 34f.

⁵ Der Tatbestand umfaßt auch den Fall, da eine Person durch Gewalt usw. zwingt und eine andere Person die vom Opfer zu duldende unzüchtige Handlung vornimmt; vgl. THORMANN und ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 3, 140f. Mit-täterschaft! Der VE. 1908 Art. 132 hatte eine besondere Norm: Nötigung zur Unzucht mit andern aufgestellt. Er wurde gestrichen; Prot. II. ExpKom. 3, 237ff. Vgl. RÜEGG: 35ff.

⁶ Nicht ganz zu Unrecht hat SCHERB: Prot. I. ExpKom. 2, 165 unter Hinweis auf den Tatbestand der Nötigung die Notwendigkeit der besondern Norm

Schwierigkeiten bereitet der Begriff der unzüchtigen Handlung, der an zahlreichen andern Stellen des Gesetzes (Art. 189—194, 203) wiederkehrt.

Dem Begriff kommt nicht überall die gleiche Tragweite zu. In den Art. 188—193 steht die unzüchtige Handlung gesetzestechnisch im Gegensatz zum Beischlaf, während sie im Art. 203 — öffentliche unzüchtige Handlung — unter bestimmten Umständen auch den Beischlaf umfaßt (unten § 32 I). Eine wiederum andere Umgrenzung ergibt sich aus der Besonderheit des Tatbestandes der widernatürlichen Unzucht für den Art. 194 (unten § 31 I)¹.

Den Begriff der unzüchtigen Handlung gemäß Art. 188—193 gibt die französische Bezeichnung „attentat à la pudeur“ — Angriff auf die Schamhaftigkeit — nur ungenügend wieder. Sie stellt zu einseitig auf ein subjektiv von der angegriffenen Person zu wertendes Interesse ab. Gewiß sollen Schamhaftigkeit und geschlechtliche Ehre geschützt werden. Entscheidend aber ist hier der Gedanke, daß jedermann vor dem Zwang geschützt werden soll, einem andern zur Reizung oder Befriedigung geschlechtlicher Lust zu dienen². Die unzüchtige Handlung im Sinne der Art. 188—193 stellt daher immer einen Angriff auf die geschlechtliche Freiheit dar (vgl. oben § 23 II 1). Der Ausdruck „unzüchtige Handlung“ ist dabei so zu verstehen, daß beim Zwang zur Duldung eine körperliche Berührung des Opfers, beim Zwang zur Vornahme ein körperliches Tätigwerden der zu schützenden Person erforderlich ist³.

des Art. 188 in Zweifel gezogen. Zu beachten ist der große Unterschied in der Strafdrohung: Nötigung (Art. 181) Gefängnis oder Buße, Nötigung zu einer unzüchtigen Handlung (Art. 188) Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis. — Die besondere Berücksichtigung der unzüchtigen Nötigung neben der Notzucht geht namentlich auf die welschen Rechte zurück; Strooss: Grundzüge, 2, 213ff.

¹ Zur ganzen Frage jetzt namentlich RÜEGG (Lit. zu § 23): 15ff., 23ff.: Unzucht als Oberbegriff. Unzüchtige Handlung die Verletzung des allgemeinen(?) Scham- und Sittlichkeitsgefühls in geschlechtlicher Beziehung. Vor allem aber BE. 30 I, 373: „jede das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl verletzende, aus geschlechtlicher Sinneslust vorgenommene oder auf Erregung der geschlechtlichen Sinneslust gerichtete Handlung.“ Das stimmt jedoch nicht bei den Tatbeständen: öffentliche unzüchtige Handlungen (Art. 203) und unzüchtige Veröffentlichungen (Art. 204); unten §§ 32 und 33. Gut jetzt RÜEGG: 164.

² Das Marginale im italienischen Text des Art. 188 lautet *atti di libidine violenti*. Vgl. RÜEGG: 42ff. (Betonung des subjektiven erotischen Momentes beim Täter); ferner GREENER: Prot. I. ExpKom. 2, 166; ZÜRCHER: Erl. VE. 1908, 211.

³ MEYER v. SCHAUENSEE: Prot. I. ExpKom. 2, 58; GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 138. — Wer jemanden zwingt, unzüchtige Reden zu dulden oder selbst unzüchtig zu reden, zwingt ihn nicht zur Vornahme oder Duldung einer unzüchtigen Handlung. Über abweichende Anschauungen Zürcher Bl. 18, 307. Ebenso wenig ist nach Art. 188 strafbar, wer jemanden zum Mitgehen in ein Bordell zwingt (vgl. Prot. I. ExpKom. 2, 165). Anders dagegen, wenn der Zwang dahin geht, mit einer Dirne geschlechtlich zu verkehren. — Die unzüchtige

Die Strafdrohung des Art. 188 — Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis — weist auf die Schwere des Deliktes hin. Bei der Vagheit des Begriffes der unzüchtigen Handlung bleibt dem freien Ermessen ein weiter Spielraum. Aber der Richter soll sich hüten, jede unzüchtige Berührung, gegen die ein — vielleicht schwacher — Widerstand geleistet wird, aus Art. 188 für strafbar zu erklären¹.

IV. Art. 195 sieht — für Art. 187—194 gemeinsam — drei erschwerende Umstände vor:

1. Wenn das Opfer infolge der Tat stirbt und der Täter diese Folge voraussehen konnte. Strafdrohung: Zuchthaus nicht unter 5 Jahren.

2. Wenn die Gesundheit des Opfers infolge der Tat schwer geschädigt wurde und der Täter diese Folge voraussehen konnte. Strafdrohung: Zuchthaus nicht unter 3 Jahren.

Das entspricht dem bei der Abtreibung, bei der Aussetzung usw. befolgten System, wonach der zum vorsätzlichen Grunddelikt hinzukommende, fahrlässig herbeigeführte schwerere Erfolg eine Strafschärfung bewirkt². — Wann eine schwere Schädigung der Gesundheit (Art. 195 III) anzunehmen ist, entscheidet sich nach dem Tatbestand der schweren Körperverletzung (Art. 122 und dazu oben § 8 II 3).

3. Die dritte Qualifikation — mit der Strafdrohung: Zuchthaus nicht unter 3 Jahren — steht unter der Voraussetzung, daß der Täter unter Verübung von Grausamkeit gehandelt hat. Daß er dabei zugleich die Gesundheit seines Opfers schwer geschädigt hat, wird in diesem Fall nicht gefordert³. Was unter grausamer Verübung zu verstehen ist, hat der Richter im Einzelfall unter Berücksichtigung der Umstände und der

Handlung vor einer Person fällt nie unter Art. 188. In Betracht kommen nur Art. 191 Ziff. 2 III und Art. 203; vgl. LOGOZ: StenBull. NR. 1929, 167; BINDING: Lehrbuch, 1, 199.

¹ Siehe dazu auch oben I: unzüchtige Nötigung zwischen Ehegatten. Gut GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 138. Vgl. auch die zurückhaltende Rechtsprechung zu § 174 des deutschen StGB.; FRANK: Kommentar, § 174, N. I. — Offen bleibt die Anwendbarkeit des Art. 177 (Beschimpfung) und des Art. 205 (unzüchtige Belästigung); dazu unten § 34 II.

² Oben § 2 II 3, auch S. 42 und Anm. 2. — Auf Schwierigkeiten des Beweises dafür, daß der Täter die schweren Folgen seiner Tat hat voraussehen können, macht GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 189 mit Recht aufmerksam. — Der Tod oder die schwere Schädigung der Gesundheit müssen „infolge der Tat“ eingetreten sein. Durch diese Formulierung ist erreicht, daß sowohl die aus dem geschlechtlichen Mißbrauch selbst, als auch die aus Zwang und Gewaltanwendung sich ergebenden Folgen umfaßt werden; THORMANN: Prot. II. ExpKom. 3, 189; ZÜRCHER: Erl. VE. 1908, 228.

³ Unzutreffend die Auslegung GAUTIERS: Prot. II. ExpKom. 3, 189. — Gesetzestechisch richtiger wäre gewesen, aus dem dritten Schärfungsgrund einen besonderen Absatz zu bilden; vgl. Art. 139 Ziff. 2 V.

Person des Täters zu entscheiden. Das Gesetz will den gefährlichen Rohling besonders treffen.

V. Notzucht und unzüchtige Nötigung sind im Gegensatz zu einigen bisherigen Rechten, die einen Strafantrag erfordern¹, in jedem Fall von Amtes wegen zu verfolgende Verbrechen. Für Art. 188 ist das ein weiterer Beweis dafür, daß die unzüchtige Nötigung als ein schweres, gegen die geschlechtliche Freiheit gerichtetes Delikt und nicht nur als eine Verletzung der Schamhaftigkeit der angegriffenen Person aufzufassen ist.

§ 25. Schändung und Unzucht mit Schwachsinnigen.

Literatur. Angaben zu § 23. — **STOOS**: Grundzüge, 2, 218ff. — **MITTERMAYER**: VD. Bes. Teil, 4, 108ff. — Insbesondere **BUSCH**: Angabe zu § 23.

I. Der Notzüchter zwingt eine Frau, die bei normalen Sinnen ist, zum außerehelichen Beischlaf, oder — der Fall nach Art. 187 II — er versetzt eine Frau in einen Zustand der Bewußtlosigkeit oder der Widerstandsunfähigkeit und vollzieht in diesem Zustand den außerehelichen Beischlaf an ihr. Von diesem zweiten Fall unterscheidet sich der Grundtatbestand der Schändung (Art. 189 I) dadurch, daß der Täter sich bereits einer wehrlosen, zum Widerstand nicht fähigen Frau gegenüber sieht. Zwang, gewaltsamer Einbruch in die Freiheit des Opfers sind nicht nötig, da das Opfer entweder infolge seines geistigen Zustandes sich seiner geschlechtlichen Selbstbestimmung nicht bewußt ist oder infolge anderer Umstände wehrlos und nicht in der Lage ist, dem sexuellen Angriff Widerstand entgegenzusetzen (oben § 23 II 1)².

Die schwer befriedigend zu lösende gesetzgeberische Aufgabe liegt in der Bezeichnung der Zustände des Opfers, bei deren Vorliegen ein schänderischer Angriff angenommen werden soll. Eine gewisse Parallele zu den im Entführungstatbestand des Art. 184 als Opfer genannten Personen ergibt sich.

II. Vorwegzunehmen ist, daß in Art. 189 und in Art. 190 des G., gleich wie in Art. 187/8, unterschieden wird zwischen außerehelichem Beischlaf — Täter ein Mann, Opfer eine Frau³ — und einer andern unzüchtigen Handlung — Täter und Opfer jede Person ohne Rücksicht auf

¹ Solothurn § 95 II; Waadt Art. 188 und ebenso Wallis Art. 206. Zu dieser Frage **KRONAUER**: Z. 5, 205ff.; **STOOS**: Grundzüge, 2, 214f.

² Vgl. BE. 26 I, Nr. 60: Auslieferung wegen Schändung auf Grund des schweizer.-deutschen Auslieferungsvertrages versagt, später auf Grund von Gegenrechtserklärungen zugelassen; **LANGHARD**: Schweiz. Auslieferungsrecht, 154 und **METTGENBERG**: Verzeichnis der Verträge und Vereinbarungen über die Auslieferung etc. (1934), 92.

³ Anders noch VE. 1908 Art. 121, wonach auch der Mißbrauch eines blödsinnigen, geisteskranken usw. Mannes zum außerehelichen Beischlafs durch eine Frau als Schändung bestraft werden sollte. Befürchtungen im Hinblick auf die Nachkommenschaft waren für diese Lösung maßgebend: **ZÜRCHER**: Erläute-

das Geschlecht. Für die Auslegung des Begriffes der „andern unzüchtigen Handlung“ — außer dem Beischlaf — gemäß Art. 189 II und Art. 190 II gelten die zum Tatbestand der unzüchtigen Nötigung (Art. 188) angestellten Überlegungen (oben § 24 III). — Heikel ist die Frage, wie es um den Schutz eines Ehegatten steht, der während der Ehe in einen Zustand der Geisteskrankheit oder sonstwie aufgehobener oder beschränkter Handlungsfreiheit geraten ist. Klar ergibt sich aus dem G., daß der Ehegatte, der mit seiner geisteskrank gewordenen Frau den Beischlaf vollzieht, straflos bleibt. Das G. weist nur auf den außerehelichen Beischlaf hin. Wie aber bei „andern unzüchtigen Handlungen“? Es ist wohl möglich, daß ein Ehegatte den krankhaften Zustand des Ehepartners zu einer vielleicht schändlichen perversen Geschlechtsbefriedigung mißbraucht. Das ist strafwürdig, und nach Art. 189/190, je Abs. 2 besteht auch die Strafmöglichkeit¹. Allerdings werden solche Fälle selten an die Öffentlichkeit und vor den Richter gelangen.

III. Das G. enthält zwei Tatbestandsgruppen: in Art. 189 die Schändung im engeren Sinne, in Art. 190 eine als Unzucht mit Schwachsinnigen bezeichnete Schändung mindern Grades². Die Abstufung richtet sich nach dem Grade der beim Opfer festzustellenden geistigen Minderwertigkeit und Willensbeeinträchtigung. Daraus ergibt sich das System der Strafdrohungen: beim außerehelichen Beischlaf mit einer blödsinnigen oder geisteskranken oder bewußtlosen oder zum Widerstand unfähigen Frau Zuchthaus bis zu 10 Jahren; bei einer andern unzüchtigen Handlung mit einer in einem solchen Zustand sich befindenden Person Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis; beim außerehelichen Beischlaf mit einer schwachsinnigen oder in ihrer geistigen Gesundheit wesentlich beeinträchtigten Frau Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis nicht unter 1 Monat; bei einer andern unzüchtigen Handlung mit einer in einem solchen Zustand sich befindenden Person Gefängnis. — Dieses ausgeklügelte System krankt an der Schwierigkeit der Bestimmung und Differenzierung der einzelnen in Art. 189 und 190 genannten Zu-

rungen VE. 1908, 214; GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 148f.; dagegen LANG: eodem, 150. Schutz des Willenlosen ohne Unterschied des Geschlechts sehen auch kantonale Rechte vor, z. B. Bern Art. 172, Genf Art. 279. Weitere Daten bei STROSS: Grundzüge, 2, 218f.; BUSCH: 2ff.; vgl. auch RÜEGG: 35. — In Waadt und Wallis fehlen Bestimmungen über die Schändung.

¹ Zweifelnd ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 3, 148; RÜEGG: 46ff. läßt die Frage offen; vgl. noch oben § 24 I über entsprechende Fragen bei unzüchtiger Nötigung in der Ehe.

² Gegen diese Teilung mit guten Gründen ZELLER: JZ. 16, 122. Vgl. auch StenBull. NR. 1929, 165, 167f. (Zusammenziehung der beiden Artikel in der Gesetzesberatung erwogen; dagegen StenBull. StR. 1931, 532). — Zur Entwicklung der eidg. Entwürfe vgl. die Darstellung bei BUSCH: 9ff.

stände¹. Ärztliche, insbesondere psychiatrische Begutachtung ist in jedem Zweifelfall unerlässlich. Für den Richter ist die Entscheidung der Frage maßgebend, ob und in welchem Maß der Täter sein Opfer, dessen Freiheit, über seine geschlechtlichen Verhältnisse zu verfügen, zerstört oder vermindert war, mißbraucht hat. Die angegriffene Person muß sich in einem Zustand befinden, der die gültige Einwilligung zu einem geschlechtlichen Akt ausschließt².

1. Die Schändungsbestimmung des Art. 189 schützt in erster Linie blödsinnige und geistesranke Personen vor geschlechtlichen Angriffen. Auch Blödsinn ist Geisteskrankheit³. Er ist ein unheilbarer Dauerzustand, während andere Geisteserkrankungen vorübergehend sein können. Erforderlich ist der Nachweis, daß im Zeitpunkt des geschlechtlichen Angriffs eine geistige Erkrankung bestand. Alle Schwierigkeiten türmen sich hier auf, die sich aus der Unbestimmtheit des Begriffes der Geisteskrankheit ergeben (s. unten 4).

2. Geschützt ist ferner die bewußtlose Person. Auch bisherige Rechte nennen diesen Zustand. Neuenburg Art. 272 kennzeichnet ihn als *insensibilité momentanée*. Bloße Bewußtseinstrübungen, mögen sie noch so bedeutend sein — verursacht durch Alkohol, Rauschgifte, Narkosen, Hypnosen usw. oder als Auswirkung gewisser Psychosen — erfüllen dieses Tatbestandsmoment nicht. Nur ein Zustand, in dem das Opfer überhaupt nicht mehr die Möglichkeit hat, seinen eigenen Willen zu äußern, ein Zustand völliger Widerstandslosigkeit, gewährt den Schutz des Art. 189⁴.

3. Der Art. 189 spricht endlich noch von zum Widerstand unfähigen Personen. Das sind auch Bewußtlose, unter Umständen auch Blödsinnige und Geistesranke. Der Ausdruck „zum Widerstand unfähig“ muß also ergänzend auf andere Zustände hinweisen, auf eine gelähmte, gefesselte Person z. B., auf einen Zustand völliger Wehrlosigkeit⁵.

¹ Scharfe Kritik durch GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 149 (des différences aussi peu saisissables, aussi fugitives). Rechtsvergleichende Daten über die Verschiedenheiten und Unklarheiten in der Bezeichnung der Opfer bei MITTERMAIER: VD. 109f.

² MITTERMAIER: a. a. O. 109. Zum Ganzen und über die Zustände des Opfers im Einzelnen GAUTIER: Z. 25, 266ff. und namentlich — mit wertvollem Tat-sachenmaterial — BUSCH: passim.

³ Bisherige Rechte umschreiben diesen Zustand anders, z. B. Appenzell A.-Rh. Art. 96: Person . . ., die sich in einem die Willensfreiheit aufhebenden Zustande eines Gemütsgebrechens . . . befindet; St. Gallen Art. 185 Ziff. 2: Frauensperson . . ., welche die Fähigkeit der Selbstbestimmung oder die zur Erkenntnis der an ihr verübten Handlung erforderliche Urteilskraft nicht besitzt. Weitere Daten bei STROOSS: Grundzüge, 2, 219.

⁴ Gut BUSCH: 41 ff.

⁵ Zürich § 111, Zug § 94 I, St. Gallen Art. 185 Ziff. 2 sprechen von einem Zustand der Wehr- oder Bewußtlosigkeit. Bemerkenswert Tessin Art. 256 § 1: *persona che dorme o è assopita di sensi, od altrimenti resa impotente a resistere*

Wenn einer der vorstehend erörterten Zustände beim Opfer eine geschlechtlichen Angriffs gegeben ist, muß der Schändungstatbestand erwogen werden. Der ergänzende Tatbestand des Art. 190: Unzucht mit Schwachsinnigen weist

4. auf schwachsinnige oder in ihrer geistigen Gesundheit wesentlich beeinträchtigte Personen hin. Die Bestimmung hat ihre Vorbilder in kantonalen Rechten¹: Bern Art. 172 II scheidet von der „schweren“ Schändung den Fall, da der Angriff auf eine Person stattgefunden hat, „die zwar nicht blödsinnig ist, deren geistige Fähigkeiten aber auf einer sehr niedrigen Stufe stehen“². Beachtlich ist der durch eine Novelle vom Jahre 1897 in das Zürcher StGB. eingefügte § 112. Danach ist strafbar, wer „eine Person, welche offensichtlich mangelhaft entwickelt ist oder eine Person, deren geistige Gesundheit oder deren Bewußtsein erheblich beeinträchtigt ist, zur Unzucht mißbraucht“³. — Der Art. 190 des G. zieht den Kreis der geschützten Personen enger als die zürcher. Bestimmung. Er nennt nur schwachsinnige und in ihrer geistigen Gesundheit wesentlich beeinträchtigte Personen. Auch der Schwachsinnige ist geistig wesentlich beeinträchtigt. Aber dieser letztere Ausdruck umfaßt eine gar nicht sicher zu bestimmende große Zahl weiterer Defektmenschen. Klare Maße fehlen. Auch die Psychiatrie kann sie nicht zur Verfügung stellen. Ist schon der Unterschied zwischen Blödsinn (vgl. Art. 189) und Schwachsinn fließend, so häufen sich die Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Kreises von Personen, die in ihrer geistigen Gesundheit wesentlich beeinträchtigt sind. Je nach dem Standpunkt, den der Gutachter und der Richter einnehmen, wird die Entscheidung darüber verschieden lauten, ob z. B. neurasthenische und hysterische Zustände — oft mit erhöhter Erotik verbunden —, leichte Epilepsie, manische Zustände, Senilität usw. usw. zu den wesentlichen

per cause accidentali ed indipendenti dalla volontà e dal fatto del colpevole. Freiburg Art. 108 II und 109 II spricht gut von Personen, die zwar bei Bewußtsein, aber sonst zum Widerstand unfähig sind. — Ob eine „Widerstandsunfähigkeit“ aus psychischen Gründen, ohne daß eine Geisteskrankheit vorliegt, z. B. bei Taubstummen, die KRONAUER: Z. 5, 210 und STOOSS: Grundzüge, 2, 219 besonders hervorheben, vorkommt, ist zweifelhaft. Dazu BUSCH: 30 ff., 44.

¹ Freiburg Art. 108/9 hat dem Sinn nach die Art. 164/5 des eidgenössischen E. von 1918 übernommen.

² Dazu STOOSS: Grundzüge, 2, 221 und BUSCH: 3f.

³ ZÜRCHER: Kommentar, N. 1 zu § 112 und ZELLER: Kommentar, N. 1 zu § 112 (Schutz auch von körperlich mangelhaft entwickelten Personen: Blinde, Taube und Stumme, Mißgeburten etc.). Zur Entstehungsgeschichte der zürcher. Bestimmung BUSCH: 5 ff. Die Rechtsprechung hat den § 112 einengend ausgelegt. Körperliche Defekte des Opfers, wenn sie ohne Einfluß auf die Willens- und Urteilsfähigkeit geblieben sind, genügen nicht: Zürcher Bl. 6, Nr. 210; 8, Nr. 62. Angesichts des Wortlautes der Bestimmung ist diese Auffassung sehr zweifelhaft.

Gesundheitsbeeinträchtigungen im Sinne des Art. 190 zu zählen sind. Für die Rechtsprechung ist hier, wenn man eine Überspannung der Tragweite des Art. 190 vermeiden will, Skepsis und größte Zurückhaltung Gebot¹. Eine gewisse Wegleitung ist vielleicht darin zu sehen, daß in jedem Einzelfall zu prüfen ist, ob die geistige Beeinträchtigung der angegriffenen Person von einer solchen Art und Stärke ist, daß die Einsicht in die Bedeutung des geschlechtlichen Angriffs fehlt. Ist das festgestellt, so soll der Täter auch dann nicht straflos ausgehen, wenn das Opfer, eine Schwachsinnige z. B., mit dem geschlechtlichen Akt einverstanden war oder ihn gar provoziert hat² (vgl. auch unten IV).

IV. Schändung und Unzucht mit Schwachsinnigen sind Vorsatzdelikte. Bei allen Varianten der Art. 189 und 190 bestimmt das G. ausdrücklich, daß der Täter in Kenntnis des Zustandes seines Opfers gehandelt haben muß. Die Einfügung dieser Worte wäre gesetzestech-nisch nicht nötig gewesen, da der Vorsatz das Wissen aller Tatbestands-momente voraussetzt³. Die ausdrückliche Hervorhebung in den beiden Artikeln soll aber den Richter veranlassen, mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob dem Täter der geistige Defekt seines Opfers wirklich bekannt war, ob er dem Laien überhaupt erkennbar war⁴. Trifft das nicht zu, so muß der Täter wegen irriger Vorstellung über den Sachverhalt (G. Art. 19 I) freigesprochen werden⁵.

Anders als in einigen bisherigen Rechten (Zug § 94 IV, Solothurn § 98 I, Tessin Art. 256 § 1) sind die Schändungsdelikte nach Art. 189/190 des G. in jedem Fall von Amtes wegen zu verfolgen.

¹ Die aus der Bestimmung sich ergebende Unsicherheit ist häufig genug betont worden: Prot. II. ExpKom. 3, 149f. (GAUTIER, LANG, CALAME); MITTERMAIER: Z. 20, 226; WILHELM: Z. 24, 20f.; v. LILIENTHAL: Z. 40, 335f und vor allem BUSCH: 14ff. (Kasuistik aus der zürcher. Praxis), 37ff., 43ff. Man lese dazu z. B. WILMANN: Die sog. verminderte Zurechnungsfähigkeit (1927), 17ff., die Erörterungen über psychische Grenzzustände, geistige Beeinträchtigungen.

² Solche Fälle aus der Praxis bei BUSCH: 15, 31f., 39. Vgl. auch ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 214; GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 145.

³ BURCKHARDT: Prot. II. ExpKom. 3, 146.

⁴ Zürich § 112 spricht von offensichtlich mangelhafter Entwicklung. BUSCH: 46 hat angeregt, zur bessern Umgrenzung des Begriffs „schwachsinnig“ das Kriterium der Offensichtlichkeit beizufügen. Zur Begründung enthält die Schrift interessantes Tatsachenmaterial über die namentlich für den Laien oft bestehende Schwierigkeit, den defekten Geisteszustand einer geschlechtlich angegriffenen Person richtig zu erfassen (22ff., 38f., 44ff.). Vgl. auch Zürcher Bl. 6, 358: Der Schwachsinn muß auch dem Laien, und zwar ohne vorgehende Prüfung, erkennbar gewesen sein.

⁵ Sehr beachtlich BUSCH: 45f.: Um die psychische Verfassung des Täters soll sich nicht nur der Richter, sondern auch der medizinische Sachverständige kümmern. Er soll prüfen, ob sich der Täter über den Zustand des Opfers Rechenschaft ablegen konnte.

Gleich wie bei Notzucht und unzüchtiger Nötigung gelten auch für die Schändungsverbrechen die in Art. 195 des G. aufgestellten Qualifikationen; dazu oben § 24 IV.

V. Einzelne kantonale Rechte haben den Schändungstatbestand in einer aus dem Deliktsbegriff kaum zu rechtfertigenden Weise ausgedehnt: Nach Zürich § 113 verwirkt die Strafe der Schändung auch, wer eine Frau durch Erregung oder Benutzung eines Irrtums, vermöge dessen sie den Beischlaf für einen ehelichen hält, zur Gestattung des Beischlafs verleitet. Ähnlich bestimmen Luzern § 186 lit. b, Zug § 94 II, Basel § 92. Einen solchen besondern Tatbestand stellen auch Solothurn § 99 (betrüglische Verleitung zum Beischlaf) und Neuenburg Art. 273 auf. Man mag die Strafwürdigkeit einer solchen Tat, bei welcher der Täter durch List und Täuschung zu seinem Ziel gelangt, bejahen. Einem praktischen Bedürfnis entspricht eine solche Bestimmung kaum¹.

§ 26. Unzucht mit Kindern und abhängigen Personen.

Literatur. Angaben zu § 23. — STOOSS: Grundzüge, 2, 222ff., 234ff. und Z. 9, 228ff. — MITTERMAIER: VD. Bes. Teil, 4, 114ff., 128ff. und Z. 15, 12ff. — GAUTIER: Z. 25, 270ff. — WIDMER: Der strafrechtliche Schutz der Minderjährigen vor Mißhandlung und sexuellem Mißbrauch, Berner Diss. (1922), 46ff. — V. OVERBECK: Z. 43, 209ff. — RÜEGG (Lit. zu § 23): 80ff.

I. Die umfangreiche Gruppe dieser Delikte (Art. 191—194), wird durch den Gedanken zusammengehalten, daß das Opfer des geschlechtlichen Angriffs sich in einem Zustand oder in einer Lage befindet, die es nicht in den Stand setzen, angemessenen Widerstand zu leisten. Die innere Verwandtschaft mit den Schändungsverbrechen (Art. 189/190) ist offenbar. Innerhalb der Gruppe gelangt man jedoch zu bedeutungsvollen Abstufungen. Sie ergeben sich, je nachdem die Unerfahrenheit oder die Abhängigkeit und Unfreiheit des Opfers größer oder geringer zu bewerten sind.

II. Beim Tatbestand der Unzucht mit Kindern (Art. 191)² kommt der Gedanke insofern am reinsten zum Ausdruck, als das Gesetz bei Menschen unter einem bestimmten Alter — im Hinblick auf ihre Unerfahrenheit, aber auch auf ihre Unfreiheit und Abhängigkeit und weiter zur möglichsten Wahrung ihrer körperlichen und moralischen Gesundheit, — ein Schutzbedürfnis gegenüber geschlechtlichen Angriffen schlechthin annimmt³.

¹ Stooß: Grundzüge, 2, 221 hält den „gewiß seltenen Fall“ der Notzucht am nächsten verwandt unter Ablehnung der Auffassung, daß es sich um Verführung oder Ehebetrug handelt. — Über einen entsprechenden, in der Beratung abgelehnten Tatbestand vgl. Prot. I. ExpKom. 2, 585f. Vgl. ferner MITTERMAIER: Z. 20, 225 (überaus seltene Fälle, aber doch vielleicht wegen ihrer Schändlichkeit zu strafen).

² Die interessante Entwicklung der Entwürfe stellt WIDMER: 68f. dar. Allgemein über die Schutzgrenzen RÜEGG: 85ff.

³ Gut dazu MITTERMAIER: Z. 15, 24ff.; Zürcher Bl. 12, 56f. Deshalb muß auch Verfolgung von Amtes wegen eintreten; dazu WIDMER: 76f.

Die Schwierigkeit liegt in der Begrenzung des absoluten Schutzalters. Die zahlenmäßige Bestimmung, die immer schablonenhaft und daher letzten Endes unbefriedigend ist, läßt sich um der Rechtssicherheit willen schwer umgehen¹.

Art. 191 des G. dehnt das Schutzalter bis zum erreichten 16. Jahr aus. Aus den Worten „Kind unter 16 Jahren“ ergibt sich, daß mit der Erreichung der 16 Jahre — Geburtstag — der besondere absolute Schutz zu Ende geht². Daß er beiden Geschlechtern in gleichem Maße zuteil wird, ist nach dem Text unzweifelhaft³. — Ein Irrtum des Täters über das Alter des Opfers kommt in diesen Fällen nicht selten vor. Art. 191 Ziff. 3 setzt hier mit der Bestimmung ein, daß der Täter mit Gefängnis zu bestrafen ist, wenn er in der irrigen Vorstellung handelte, das Kind sei mindestens 16 Jahre alt, und wenn er bei pflichtgemäßer Vorsicht den Irrtum hätte vermeiden können. Das knüpft an Art. 19 II an. Die Tat bleibt Vorsatzdelikt. Nur das Nichterkennen des Alters des Kindes wird zur Fahrlässigkeit zugerechnet⁴.

¹ Zürich § 124 verzichtet beim Tatbestand der unzüchtigen Handlung vor oder mit Kindern auf die zahlenmäßige Umgrenzung, stellt dagegen in § 110 der Notzucht gleich den Beischlaf und den Beischlafsversuch mit einem noch nicht 15 Jahre alten Mädchen; dazu namentlich Zürcher Bl. 12, 61 und 36, Nr. 9 (Beischlafsversuch); vgl. auch BE. 12, 139f.; 18, 185f.; 21, 397f. Die zürcherische Praxis ist in der Auslegung des Begriffes „Kind“ gemäß § 124 unsicher. Sie stellt zumeist auf die körperliche und geistige Entwicklung im Einzelfall ab, tendiert auf die Ausdehnung bis zum 16. Jahr und läßt eine eventuell bereits vorhandene geschlechtliche Erfahrung und Verworfenheit nicht entscheidend sein. Zusammenstellung der Entscheide bei KÖFFLI: Rechtsprechung zum zürcher. StGB. § 124, Nr. 205ff.; JZ. 20, 309, Nr. 218; 24, 120, Nr. 119.

² Über das Schutzalter in bisherigen kantonalen Rechten, das in sehr verschiedener Regelung zwischen dem 12. und dem 16. Jahr schwankt Stooss: Grundzüge, 2, 222ff.; GAUTIER: Z. 25, 271f.; WIDMER: 48ff., 56ff. — Bestrebungen, das absolute Schutzalter über das 16. Jahr hinaus auszudehnen, hat der Gesetzgeber mit Recht abgelehnt; vgl. Prot. II. ExpKom. 3, 154f., 158ff., 163f.; StenBull. NR. 1929, 161, 168 (LOGOZ). Vgl. die Postulate des Bundes schweizer. Frauenvereine mit Begründung von MITTERMAIER: Z. 15, 12ff., 27ff. Darüber ausführlich auch WIDMER: 54, 69ff.

³ Die Frau, die mit einem noch nicht 16 Jahre alten jungen Mann geschlechtlich verkehrt und dessen Alter kennt, steht unter der gleichen Strafdrohung, wie der Mann, der ein noch nicht 16 Jahre altes Mädchen mißbraucht. Man kann sehr zweifeln, ob diese Gleichstellung richtig ist. Gut ZELLER: JZ. 16, 122f. — Nach dem Text, der keine Einschränkungen enthält, unterstehen dem Art. 191 auch die Fälle, da der Täter oder die Täterin das 16. Jahr noch nicht erreicht haben (geschlechtlicher Verkehr unter Jugendlichen). Das ist unbefriedigend. Vgl. BINDING: Lehrbuch, 1, 198; LANG: Prot. II. ExpKom. 3, 161, 168. Allerdings ist der jugendliche Täter nach Art. 89ff. zu behandeln; vgl. noch eodem, 165, 176f.

⁴ Die Frage ist beim Tatbestand der Unzucht mit Kindern viel erörtert worden: THORMANN: Prot. II. ExpKom. 3, 164; LOGOZ: StenBull. NR. 1929, 168f. (Auskommen mit dem Begriff des *dolus eventualis*), dagegen BAUMANN: StenBull. StR. 1931, 533. Vgl. auch WIDMER: 75 und Zürcher Bl. 12, Nr. 52.

Folgende Einzeltatbestände der Unzucht mit Kindern ergeben sich:

1. Mißbrauch eines Kindes zum Beischlaf (Art. 191 Ziff. 1 I). Die Strafe ist Zuchthaus¹. Der Schutz des noch nicht 16Jährigen gegen den „Mißbrauch“ zum Beischlaf ist absolut. Gleichgültig ist, ob das Kind eingewilligt oder gar provoziert hat. Auch wenn der Täter Gewalt oder Drohung angewendet oder sich an einem blödsinnigen, geisteskranken, bewußtlosen oder sonst zum Widerstand unfähigen Kind vergangen hat, sind nicht die Bestimmungen über Notzucht und Schändung (Art. 187, 189) anzuwenden. Art. 191 Ziff. 1 geht als Sondertatbestand vor². — In dem Ausdruck: zum Beischlaf „mißbraucht“ hat man eine Einengung des Tatbestandes in dem Sinne sehen wollen, daß z. B. der Beischlaf mit einer körperlich entwickelten 15jährigen Südländerin noch keinen Mißbrauch darzustellen brauche³. Diese Auffassung steht im Widerspruch mit der auf absoluten Schutz noch nicht 16Jähriger eingestellten Tendenz des Gesetzes, beweist aber wiederum das Problematische jeder zahlenmäßigen Abgrenzung.

2. Unter der gleichen Strafdrohung steht der Mißbrauch eines Kindes zu einer (beischlafs-) ähnlichen Handlung. Dieser wenig glückliche Ausdruck ist aus der Rechtsprechung zum § 175 des deutschen StGB. (wider-natürliche Unzucht), der sich die schweizerische Praxis zum Teil angeschlossen hat, übernommen. Die Tragweite ist streitig — coitus per anum oder auch immissio membri in os oder allgemein Einführung des männlichen Gliedes in irgendeine Körperöffnung des Partners⁴. Als beischlafs-ähnlich hat hier auch der coitus inter femora zu gelten. Die Praxis muß vor allem darauf bedacht sein, die beischlafsähnliche Handlung gemäß Art. 191 Ziff. 1 von „ändern unzüchtigen Handlungen“, die in Ziff. 2 genannt sind, abzugrenzen⁵. Wenigstens theoretisch ist auch zwischen bei-

¹ Das Strafminimum von 1 Jahr Zuchthaus kann im Einzelfall sehr hart erscheinen; vgl. Entsch. des Mil.-Kassationsgerichtes 1926—1935, Nr. 61 i. f.

² ZÜRCHER und GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 154, 156; RÜEGG: 89.

³ LANG: eodem, 160f. Zutreffend RÜEGG: 91: Beischlaf mit einem noch nicht 16jährigen ist „Mißbrauch“, ohne daß auf das Hinzutreten weiterer Umstände abzustellen ist. Nicht folgerichtig 92, wo RÜEGG der Auffassung LANGS zustimmt. Ausführlich und gut zum Tatbestandsmoment des „Mißbrauchs“ Entscheidungen des Mil.-Kassationsgerichtes 1926—1935, Nr. 61.

⁴ Vgl. jetzt unten § 31 I. — FRANK: Kommentar deutsches StGB. § 175, N. II und dort Zit. GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 155 versteht unter beischlafsähnlicher Handlung zu weitgehend jede geschlechtliche Befriedigung am Körper eines andern (tout assouvissement sur le corps de la victime). Vgl. ferner Prot. II. ExpKom. 4, 41 ff.; WIDMER: 73.

⁵ Mitzuverwertendes Kriterium: Die Ziff. 1 ist nur anzuwenden, wenn der Mißbrauch des Kindes durch eine beischlafsähnliche Handlung so schwer ist, daß er im Urteil des Dritten ebenso kraß erscheint, wie der Mißbrauch durch Beischlaf.

schlafsähnlicher Handlung und versuchtem Mißbrauch zum Beischlaf zu unterscheiden¹.

3. Vornahme einer unzüchtigen Handlung mit einem Kinde. Die unzüchtige Handlung steht hier im Gegensatz zum Beischlaf und zur beischlafsähnlichen Handlung². Es sind geringfügigere Fälle. Der Tatbestand erfordert eine körperliche Beteiligung des Kindes, sei es, daß es lediglich dulden muß, oder daß es selbst mitwirkt (zweiseitige Unzuchthandlung). Ob die Initiative vom Täter oder vom Kind ausgeht, ist gleichgültig³. Das gemeinsame Besichtigen unzüchtiger Abbildungen mit einem Kinde ist nicht Vornahme einer unzüchtigen Handlung mit ihm⁴, ebensowenig eine unzüchtige Unterhaltung, an der sich das Kind beteiligt.

4. Die Grenzen zwischen dem ersten und dem zweiten der in der Ziff. 2 des Art. 191 genannten Tatbestände werden sich unter Umständen verwischen: Wer mit einem Kinde eine unzüchtige Handlung vornimmt, wird es häufig dazu verleitet haben⁵. Aber der Abs. 2 der Ziff. 2 trifft überdies die Fälle, da das verleitete Kind die unzüchtige Handlung an sich selbst oder mit dem Verleiter oder mit einem Dritten vornimmt oder sich gefallen läßt⁶. — Das Verleiten besteht in einer Bestimmung des Willens zur Vornahme oder auch zur Duldung der unzüchtigen Handlung⁷. Nicht erforderlich ist das Bewußtsein des Kindes von der Bedeutung der Handlung⁸.

5. Die unzüchtige Handlung vor einem Kinde (Art. 191 Ziff. 2 III) ist gegeben, wenn das Kind in keiner Weise selbst mitwirkt. Es ist Zuschauer. Wiederum kommt es nicht darauf an, ob das Kind die Bedeu-

¹ RÜEGG: 95, faßt den Beischlafsversuch als beischlafsähnliche Handlung auf; vgl. auch Entsch. des Mil.-Kassationsgerichtes 1926—1935, Nr. 61.

² Weiteres zur Abgrenzung oben § 24 III und namentlich unten § 32. Beachtlich Zürcher Bl. 23, Nr. 30 und JZ. 30, 156: unzüchtig sind Handlungen, die das Scham- und Sittlichkeitsgefühl verletzen und zugleich als geschlechtlich bezogen zu verstehen sind; vgl. ferner Zürcher Bl. 32, 298: „Manifestationen geschlechtlich-erotischer Art.“

³ Kasuistik bei RÜEGG: 100 ff.

⁴ Anders Zürcher Bl. 18, 308 f., wo auch das Vorzeigen eines unzüchtigen Bildes, um damit wollüstige Regungen hervorzubringen oder die eigene Wollust zu befriedigen, als unzüchtige Handlung bezeichnet wird. Vgl. auch BE. 33 I, 373. Dazu jetzt Art. 204 Ziff. 2; unten § 33 III, 4.

⁵ LANG: Prot. II. ExpKom. 3, 160.

⁶ Die Verleitung eines noch nicht 16 Jährigen zur Unzucht mit einem Dritten steht unter Art. 191, nicht unter Art. 200. Art. 191 Ziff. 2 geht vor (schwerere Strafdrohung).

⁷ Vgl. oben § 6 III 3 (Verleitung zum Selbstmord).

⁸ FRANK: Kommentar deutsches StGB. § 176, N. II; RÜEGG: 108 (Verleitung durch Irrtumserregung).

tung der Handlung erfaßt¹. Auch hier erfüllen nur manuelle Handlungen (Exhibitionen, Onanie usw.) den Tatbestand. Der Täter muß sie aus geschlechtlicher Lust vorgenommen haben. Bloß objektiv unzüchtiges Verhalten genügt nicht. Eine andere Auslegung würde zu einer unerwünschten Ausweitung der Tatbestände führen². Nicht getroffen werden das Vorzeigen unzüchtiger Bilder oder unzüchtige Reden³. — Strafdrohung für die unter 3—5 erörterten Tatbestände: Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis.

6. Sowohl beim schweren Tatbestand des Mißbrauchs eines Kindes zum Beischlaf oder zu einer ähnlichen Handlung, wie auch bei andern unzüchtigen Handlungen, sind Strafschärfungen vorgesehen, wenn das Kind der Schüler, Zögling, Lehrling, Dienstbote oder das Kind, Großkind, Adoptivkind, Stiefkind, Mündel oder Pflegekind des Täters ist (Art. 191 Ziff. 1 II und Ziff. 2 V: Strafdrohungen Zuchthaus nicht unter 3 Jahren und in den Fällen aus Ziff. 2 Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter 6 Monaten).

Hier ist zu beachten, daß der Beischlaf mit dem eigenen Kind oder Großkind auch den Tatbestand der Blutschande (Art. 213 I) erfüllt. Es liegt sog. unechte Gesetzeskonkurrenz vor. Anzuwenden ist nur der mit der schwereren Strafdrohung — Zuchthaus nicht unter 3 Jahren — ausgestattete Spezialtatbestand des Art. 191 Ziff. 1 II. Der Kinderschutz, nicht die Reaktion gegen die Blutschande, steht im Vordergrund⁴.

III. Die Unzucht mit abhängigen Personen steht unter verschiedenen Gesichtspunkten unter Strafe:

1. Im engen Anschluß an die in den Art. 191 aufgenommenen Qualifikationsfälle (oben II 6) verfolgt Art. 192 Ziff. 1 den Beischlaf mit

¹ Zum entsprechenden Art. 156 Ziff. 2 III des MilStG. ein Urteil des Divisionsgerichtes 4 (JZ. 29, 256), in dem gefordert wird, daß das bei der Vornahme der unzüchtigen Handlung anwesende Kind, das die Handlung sehen kann, durch sie in seinem sittlichen Leben gefährdet wird. Das ist z. B. bei einem Neugeborenen nicht möglich.

² RÜEGG: 115ff. weist, auch aus der Entstehungsgeschichte des Tatbestandes nach, daß der Täter auch subjektiv unzüchtig handeln muß.

³ Wer Personen unter 18 Jahren unzüchtige Bilder usw. übergibt oder vorzeigt, steht unter der Sonderbestimmung Art. 204 Ziff. 2. Davon abgesehen entspricht es kaum dem allgemeinen Sprachgebrauch, das Vorzeigen eines unzüchtigen Bildes — oder gar unzüchtiges Reden — als unzüchtige Handlungen zu bezeichnen. Anders gelegentlich die Praxis: Zürcher Bl. 18, Nr. 162; 26, Nr. 78 (unzüchtige Äußerungen vor Kindern); jetzt aber richtig JZ. 30, 49, Nr. 50 und Zürcher Bl. 32, Nr. 151. Vgl. ferner LANG: Z. 41, 367f.; HÄBERLIN: Z. 45, 382ff.; RÜEGG: 117f.

⁴ Prot. II. ExpKom. 3, 161f. (KAISER), 280 und namentlich 4, 41 (GAUTIER) und 42 (HAFFER). — Anders das Verhältnis zu Art. 192 Ziff. 1: Der Beischlaf mit mehr als 16 Jahre alten unmündigen Kindern und Großkindern ist ein qualifizierter Fall der Blutschande gemäß Art. 213 II (unten III 1).

einem unmündigen, jedoch mehr als 16 Jahre alten Adoptivkind, Stiefkind, Pflegekind, Mündel, Schüler, Zögling, Lehrling oder mit einem mehr als 16, aber weniger als 18 Jahre alten Diensthöten. Strafe: Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis nicht unter 3 Monaten. Die Ziff. 1 nennt Kind und Großkind nicht. Für den Beischlaf mit ihnen gilt die schwerere Strafdrohung des Abs. 2 des Art. 213: Zuchthaus bis zu 10 Jahren, wenn der Beischlaf mit einem unmündigen, mehr als 16 Jahre alten Verwandten gerader Linie vollzogen wird¹.

Vornahme einer andern unzüchtigen Handlung mit den gleichen Personen oder deren Verleitung dazu² wird mit Zuchthaus bis zu 3 Jahren oder mit Gefängnis bestraft (Art. 192 Ziff. 2). Hier werden Kind und Großkind wiederum in den Tatbestand einbezogen.

Art. 192 stellt einen den Art. 191 erweiternden Jugendschutz dar³. Das Schutzalter reicht, abgesehen vom Diensthöten, bis zur Mündigkeit, doch ist der Schutz insofern nicht mehr absolut, als ein Pflege- oder Abhängigkeitsverhältnis vorausgesetzt wird. Absolut ist er hingegen darin, daß auch hier weder die Einwilligung oder gar die Provokation seitens des Pflegebefohlenen, noch dessen Bescholtenheit die Bestrafung ausschließen⁴. Solche Momente wird der Richter immerhin bei der Strafzumessung berücksichtigen müssen. — Die Bestimmung geht außerordentlich weit. Bedenklich kann namentlich der gleichgeartete Schutz beider Geschlechter werden: Eine Frau, die mit ihrem fast 20 Jahre alten Pflegesohn, eine Lehrerin, die mit ihrem demnächst mündigen Schüler Unzucht irgendwelcher Art treibt, steht unter schwerer Strafdrohung, während der männliche Partner selbst dann straflos bleibt, wenn die Initiative von ihm ausgegangen ist⁵.

2. Die Unzucht mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen und Beschuldigten (Art. 193) setzt ein besonders geartetes Autoritäts-, Aufsichts- und Abhängigkeitsverhältnis voraus. Es wird als so intensiv betrachtet, daß die abhängige Person einem geschlechtlichen Angriff nicht angemessenen Widerstand entgegenzusetzen vermag.

¹ GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 173; v. OVERBECK: Z. 43, 218.

² Zum Begriff der Verleitung oben II 4 und unten § 28 IV.

³ Bisherige Rechte über die Unzucht mit Abhängigen Strooss: Grundzüge, 2, 234ff.; WIDMER: 59ff.; Kasuistik: JZ. 19, 297, Nr. 252 (Lehrer als Täter); 20, 65, Nr. 57 (Baselstadt: weite Fassung des Begriffs der Pflegeelternschaft, die kein festumschriebenes Rechtsinstitut ist); Zürcher Bl. 23, Nr. 53 (Zürich: Vertrauensverhältnis zwischen Privatlehrer und Schülerin).

⁴ Wendet der Täter gegenüber einer mehr als 16jährigen Unmündigen Gewalt an, so kommen die Art. 187/8, nicht Art. 192, in Betracht. Die Bestimmungen über Notzucht und unzüchtige Nötigung gehen mit ihren schwereren Strafdrohungen dem Art. 192 vor. Vgl. GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 172.

⁵ Anders nach den VE., z. B. VE. 1908 Art. 123, die eine Verführung seitens des Täters voraussetzten. Über die — unbefriedigende — Textänderung Prot. II. ExpKom. 3, 173f. und namentlich 4, 43ff.; WIDMER: 79.

Als Deliktobjekte nennt das Gesetz:

Pfleglinge einer — öffentlichen oder privaten — Kranken-, Armen- oder Versorgungsanstalt. Daß daneben ausdrücklich noch die auf amtliche Anordnung in eine Anstalt Eingewiesenen erwähnt werden, ist nicht verständlich. Auch sie sind Pfleglinge. Daß sie amtlich eingewiesen sind, ist ohne Belang.

Genannt werden ferner Gefangene, Verhaftete und Beschuldigte (personne arrêtée, inculpée ou détenue après condamnation). Der Verhaftete ist, solange er nicht in Verwahrung genommen worden ist (Untersuchungsgefängnis), noch kein Gefangener. Unter Gefangenen sind Untersuchungs-, Sicherheits- und Strafhaftgefangene zu verstehen. Die besondere Nennung des „Beschuldigten“ weist auf Personen hin, die, ohne festgenommen worden zu sein, in ein Strafverfahren verwickelt sind.

Wie die Art. 187—192 unterscheidet auch Art. 193 zwischen dem Vollzug des Beischlafs — Strafdrohung: Zuchthaus bis zu 3 Jahren oder Gefängnis nicht unter 1 Monat — und andern unzüchtigen Handlungen¹ — Strafdrohung: Gefängnis. Der Schutz wird Mann wie Frau in gleicher Weise zuteil. Anders als in Art. 191, 192 und 196 spielt das Alter des Opfers für die Erfüllung des Tatbestandes keine Rolle.

Den Täterkreis kennzeichnet Art. 193 mit der allgemeinen Formel: „wenn die Person unter seiner Aufsicht steht oder von ihm abhängig ist“ (personne placée sous sa surveillance ou sous son autorité). Darin liegen Einschränkungen. Voraussetzung ist ein Anstaltsbetrieb, in dem eine gewisse Disziplinarordnung besteht. Im Einzelfall ist sorgfältig zu prüfen, ob der Täter zum Opfer in einem Aufsichts- oder Autoritätsverhältnis steht². Ein privater Arzt, der zu einer Konsultation in eine Anstalt berufen wird, ein nicht in einem Anstellungsverhältnis zur Anstalt stehender Geistlicher, der einen Anstaltsinsassen besucht, kommen als Täter nicht in Betracht³.

3. Unzucht unter Mißbrauch der durch ein Amts- oder Dienstverhältnis oder auf ähnliche Weise begründeten Abhängigkeit ist ferner

¹ Zum Begriff „unzüchtige Handlung“ namentlich oben § 24 III.

² ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 3, 186 nennt Leiter, Aufsichts- und Wartepersonal einer Anstalt, Beamte einer Strafanstalt, Staatsanwalt, Untersuchungsbeamte, Mitglieder von Aufsichtskommissionen. Das letztere ist mehr als zweifelhaft. Die Mitgliedschaft in einer solchen Kommission begründet kein Aufsichts- oder Autoritätsverhältnis gegenüber dem einzelnen Anstaltsinsassen. Auch nicht jeder „Beamte einer Strafanstalt“ kann Täter sein. Nicht ein reiner Bureau- oder technischer Beamter, ein Elektriker oder Chauffeur z. B., dem keine Aufsichtsrechte zustehen.

³ Vgl. dazu Zürich § 125 und die in den VE., z. B. VE. 1908 Art. 189/190, aufgestellten Berufsverbrechen: Unzüchtige Handlungen von Geistlichen und Ärzten. Diese Bestimmungen sind fallen gelassen worden; Prot. II. ExpKom. 4, 346ff. Siehe ferner Strooss: Z. 9, 228ff.

strafbar unter den besonderen Gesichtspunkten der widernatürlichen Unzucht (Art. 194 II)¹ und des Verführungstatbestandes gemäß Art. 197².

IV. In den Fällen der Unzucht mit Kindern und mit abhängigen Personen — Art. 191—193, 194 II, nicht im Falle des Art. 197 — gelten, wenn das Opfer infolge der Tat stirbt oder in seiner Gesundheit schwer geschädigt wird, oder wenn der Täter unter Verübung von Grausamkeit gehandelt hat, die Strafschärfungen des Art. 195; dazu oben § 24 IV.

§ 27. Verführung.

Literatur. Angaben zu § 23.

I. Verführen im Rahmen der Delikte gegen das Geschlechtsleben bedeutet vom Wege der geschlechtlichen Zucht abführen, das Opfer geschlechtlich verderben, es zur Unzucht gefügig machen. Dieses Moment spielt bei zahlreichen Tatbeständen dieses Kapitels, auch wenn der Ausdruck „Verführung“ nicht gebraucht wird, seine Rolle: bei der unzüchtigen Nötigung (Art. 188), der Unzucht mit Kindern, mit Pflegebefohlenen und Abhängigen (Art. 191—193), auch in gewissen Fällen der Entführung (Art. 183—185), ferner bei Kuppelei, bei Frauen- und Kinderhandel (Art. 198 ff.) und bei der Verbreitung unzüchtiger Veröffentlichungen (Art. 204)³. Soll der Gesetzgeber noch besondere Verführungstatbestände aufstellen? Sicher darf er nicht jeden Don Juan, der eine Frau bestrickt, vor den Strafrichter bringen. „Die Verführung spielt im Geschlechtsleben auch durchaus normaler- und erlaubterweise eine erhebliche Rolle“ (MITTERMAIER). So ergeben sich notwendige Beschränkungen. Sie haben sich nach der besondern Schutzbedürftigkeit bestimmter Personen und Verhältnisse zu richten.

Wenn Verführen geschlechtlich verderben bedeutet, so ist fraglich, ob und wieweit ein Entgegenkommen des Opfers die Verführung ausschließt. Eine absolute Antwort darauf ist nicht möglich. Auch bei einem geschlechtlich nicht mehr reinen Menschen, der wenig Widerstand entgegensetzt, bleibt noch Raum, ihn weiter in die Verderbtheit hineinzuführen. Der Richter muß hier auf Macht und Wirkung des Verführerwillens abstellen.

II. Im Vordergrund steht der Verführungstatbestand des Art. 196. Er enthält vier verschiedene Begrenzungen:

¹ Unten § 31 II 3.

² Unten § 27 III 2.

³ Über die Reichweite des Verführungsbegriffes MITTERMAIER: VD. Bes. Teil, 4, 120 f.

1. Nur das 16—18 Jahre alte Mädchen ist geschützt¹. Bis zum zurückgelegten 16. Jahr reicht der absolute Schutz, den der Art. 191 gewährt. Das Alter über 16 Jahre ist im übrigen, von der Verführung abgesehen, nur geschützt, wenn besondere Pflege- und Abhängigkeitsverhältnisse im Sinne der Art. 192, 193 und 197 bestehen².

2. Nur die Verführung zum Beischlaf, nicht auch Verführung zu andern unzüchtigen Handlungen ist strafbar. Das ist unbefriedigend. Der Roué, der ein 16—18jähriges Mädchen — ohne Nötigung — zur Duldung oder Vornahme z. B. von widernatürlichen unzüchtigen Handlungen verführt, bleibt straflos³.

3. Die Strafbarkeit der Verführung steht unter der Voraussetzung, daß der Täter die Unerfahrenheit oder das Vertrauen seines Opfers mißbraucht. Gemeint ist die geschlechtliche Unerfahrenheit⁴. Nicht jede Minderjährige, die noch nie geschlechtlichen Verkehr hatte, ist geschlechtlich unerfahren. Erforderlich ist der Nachweis, daß das mehr als 16 Jahre alte Mädchen über die Bedeutung und die Folgen des Geschlechtsverkehrs nicht im klaren war⁵. — Mißbrauch des Vertrauens liegt — auch gegenüber einer geschlechtlich Erfahrenen — dann vor, wenn der Täter durch Hinterlist oder täuschende Versprechungen, z. B. ein Eheversprechen, sich das Zutrauen des Mädchens erschlichen hat⁶.

In jedem Fall erfordert Art. 196, daß der Verführer seine eigene Geschlechtsbefriedigung anstrebt und, um sie zu erlangen, selbst die Un-

¹ Weitergehende Bestimmungen zum Teil in bisherigen Rechten: Zürich § 116 (Schutz von Minderjährigen); Tessin Art. 248 § 3 (Schutz bis zur Mündigkeit bei Verführung unter Eheversprechen und bei Schwängerung des verführten Mädchens); Obwalden, PolStG. Art. 109 lit. b (Schutz des jungen Mannes). Vgl. ferner StOoss: Grundzüge, 2, 231 ff.; Widmer (Lit. zu § 26): 58 f.

² Dazu der besonders liegende Fall der Verführung zur widernatürlichen Unzucht, Art. 194 I; unten 31 II 2.

³ Anders nach Zürich § 116: Zürcher Bl. 4, Nr. 24 (unzüchtige Handlungen im weiten Sinne). StOoss: Z. 15, 130 ff. und Zürcher: eod. 135 ff. sind, was nach dem zürcherischen Text nicht zu rechtfertigen ist, für eine einschränkende Auslegung des § 116, der sich nur auf Verführung zum Beischlaf (oder zu einer beischlafähnlichen Handlung) beziehen soll, eingetreten. Vgl. Zürcher Bl. 12, 58: § 116 umfaßt nicht bloße unsittliche Betastungen.

⁴ So ausdrücklich Zürich § 116; dazu Zürcher Bl. 4, Nr. 25; 18, Nr. 192; Zeller: Kommentar zürcher. StGB. § 116, N. 4.

⁵ Beachtlich namentlich Zürcher Bl. 23, 85 („Mangel an eigener Erfahrung der physischen und psychischen Macht der libido, Mangel an eigener, körperlich erlebter, d. h. gefühlsmäßiger Kenntnis des geschlechtlichen Bedürfnisses“) und eodem: 35, 111 (abstrakte Kenntnis von geschlechtlichen Dingen ist noch nicht Erfahrung).

⁶ Die Bestimmung kann, wenigstens theoretisch, sehr weit führen. Sogar die „Verführung“ einer Prostituierten durch Mißbrauch ihres Vertrauens wäre denkbar; gut die Kritik von Gautier: Z. 25, 277 ff. und Prot. II. ExpKom. 3, 193 f.; E. Müller: eodem, 199.

erfahrenheit oder das Vertrauen des Mädchens mißbraucht. Der Verführer muß seine Künste zum eigenen Vorteil spielen lassen. Verführt er zum Beischlaf mit einem andern, so kann Kuppelerei oder Begünstigung der Unzucht (Art. 198—200 und dazu unten § 28) vorliegen¹. Aus den gleichen Überlegungen ist auszuschließen, daß die Verführung in der Form der mittelbaren Täterschaft verübt werden kann.

4. Die Verführung nach Art. 196 ist Antragsdelikt. Antragsberechtigt ist auch das verführte Mädchen, wenn es urteilsfähig ist (Art. 28). Die Strafe ist Gefängnis.

III. Nach dem Wortlaut kann man zweifeln, ob der Tatbestand des Art. 197 — Mißbrauch der Notlage oder Abhängigkeit einer Frau — zu den Verführungsdelikten zählt. Da aber der Täter den Beischlaf durch den Mißbrauch bestimmter in der Person des Opfers liegender Umstände erlangt, verführt er².

1. Der Schutz wird jeder Frau ohne Rücksicht auf ihr Alter zuteil. Wie in Art. 196 kommt nur die Verführung zum Beischlaf in Betracht, was auch hier mißlich sein kann (oben II 2).

2. Nach dem einen der in Art. 197 enthaltenen Tatbestände mißbraucht der Täter eine Notlage der Frau. Das bedeutet Verschiedenes: Mißbrauch einer wirtschaftlichen Notlage, die der gewissenlose Darlehensgeber ausbeutet, aber auch z. B. eines Ehrennotstandes³.

Der andere Tatbestand setzt voraus, daß der Täter eine durch ein Amts- oder Dienstverhältnis oder eine auf ähnliche Weise begründete Abhängigkeit mißbraucht⁴. — Mißbraucht der Täter seine amtliche Stellung, so ergibt sich ein nicht leicht zu lösender Konflikt zwischen Art. 197 und dem mit einer schwereren Strafdrohung ausgestatteten Tat-

¹ So auch ZÜRCHER: Z. 15, 140f.

² Die VE., z. B. VE. 1908 Art. 128, bezeichneten den Tatbestand, wenigstens im Marginale, als Verführung. In den Beratungen bestand über den Verführungscharakter kein Zweifel; ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 230f.; Prot. II. ExpKom. 3, 201ff. — Zu beachten auch der Unterschied der Fassung zwischen Art. 192/3 einerseits (den Beischlaf „vollzieht“) und Art. 197 andererseits (den Beischlaf „erlangt“). Bemerkenswert die Kennzeichnung des Art. 197 als *violence morale*, *contrainte psychologique* durch GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 202.

³ Man kann an eine Art Chantage denken. Der Täter veranlaßt z. B. eine Frau, ihm den Beischlaf zu gewähren, durch die Ankündigung, er werde über sie oder über eine ihr nahestehende Person Nachteiliges bekanntmachen, anzeigen oder verraten. Art. 156 Ziff. 1 II ist nicht anwendbar, weil die Erpressung reines Vermögensdelikt ist.

⁴ Gut zum Begriff des Mißbrauchs Zürcher Bl. 23, 138: Erforderlich ist, daß der Dienstherr sich bewußt ist, daß die abhängige Person nicht aus freiem Entschluß, sondern weil sie Nachteile befürchtet, auf das Ansinnen eingeht. Ferner eodem, 28, Nr. 185: Erreichung der Verführung kraft der besondern Vorteile, die eine übergeordnete Stellung verleiht. Vgl. auch JZ. 20, 309, Nr. 219; 26, 217, Nr. 162; Zürcher Bl. 35, Nr. 51 (Nachgeben unter dem Druck eines Abhängigkeitsverhältnisses).

bestand des Amtsmißbrauchs (Art. 312). Der Richter hat diese Bestimmung und nicht Art. 197 anzuwenden, wenn er einen eigentlichen Mißbrauch der Amtsgewalt annimmt. Ist dagegen der Täter ein Beamter im Sinne des Art. 193, so geht diese Bestimmung sowohl dem Art. 312 wie dem Art. 197 vor. — Durch die Worte „durch ein . . . Dienstverhältnis oder auf ähnliche Weise begründete Abhängigkeit“ kommt zum Ausdruck, daß nicht notwendig ein Dienstverhältnis (Dienstvertrag) zwischen dem Täter und seinem Opfer bestanden haben muß. Auch der Sohn eines Fabrikanten, ein Werkmeister, Aufseher, Vorgesetzter in einem Unternehmen können gegenüber einer Angestellten oder Arbeiterin das Delikt begehen¹. Auch der weibliche Diensthote ist durch Art. 197 geschützt unter Vorbehalt des schwereren Falles aus Art. 192.

3. Im Gegensatz zu Art. 196 ist die Verführung nach Art. 197 Officialdelikt. Die Strafe ist auch hier Gefängnis.

IV. Für beide Verführungstatbestände gilt, daß der Täter von Strafe befreit wird, wenn er die verführte Frau heiratet (Art. 196 II, 197 II). Das ist ein nachträglich einsetzender Strafaufhebungsgrund. Das Gesetz baut dem Täter eine goldene Brücke².

II. Ausbeutung und Begünstigung fremder Unzucht.

§ 28. Kuppelei. Begünstigung der Unzucht mit Jugendlichen.

Literatur. Angaben zu §§ 23, 29, 30. — STOOSS: Grundzüge, 2, 238ff. — MITTERMAIER: VD. Bes. Teil, 4, 47f., 157ff., 175ff. und Z. 20, 221, 229ff. — WEISS: Die Prostitutionsfrage in der Schweiz und das schweizer. StGB. (1906) und Z. 20, 341ff. — VEILLARD: La prostitution (1918). — KRAFT: Die Sittenpolizei nach schweizer. Verwaltungsrecht, Zürcher Diss. (1929). — PICOT: Z. 2, 54ff. — BRIDEL: Z. 10, 45ff. — BALMER: Z. 24, 182ff. — GAUTIER: Z. 25, 281ff. — LOGOZ: Z. 38, 137ff. — MÜLLER: JZ. 7, 293ff., 306ff. und Monatsschrift für Krim.-Psychologie usw. 9, 385ff. — ZÜRCHER: JZ. 8, 352ff. — EMMA KAMMACHER: Z. 47, 360ff.

I. Unzüchtiges Verhalten, das weder in die Freiheits- oder Ehrensphäre eines andern eingreift noch die „öffentliche Sittlichkeit“ verletzt, ist nicht strafbar. Außerehelicher Geschlechtsverkehr, Prostitution — abgesehen von der gewerbsmäßigen widernatürlichen Unzucht (Art. 194 III)

¹ Wiederholt betont in Prot. II. ExpKom. 3, 202f. Gut GAUTIER: Z. 25, 278.

² GAUTIER: Z. 25, 279: „C'est une amnistie pure et simple. Où le maire a passé, le juge doit sinon saluer, au moins s'abstenir.“ — Bemerkenswert die abweichende Ordnung bei der Entführung (Art. 183 Ziff. 1 II): die Eheschließung mit dem Entführer beseitigt nur das Recht der Entführten zur Stellung des Strafantrages. Es entsteht aber wieder bei Ungültigerklärung der Ehe. Beachte: bei der Verführung bleibt der Täter auch dann straflos, wenn die Ehe nachträglich als ungültig erklärt wird.

— und andere Unzuchtshandlungen stellen für sich allein nach dem G. keine Deliktstatbestände mehr dar¹. Nach den Grundsätzen der Teilnahmelehre bleibt daher auch die Förderung fremder strafloser Unzucht durch Anstiftung und Beihilfe grundsätzlich straflos. Ihre Strafbarkeit wird erst durch die Aufstellung besonderer Tatbestände erreicht. Auf dieser Grundlage ruhen die Kuppeleibestimmungen. Kuppelei ist Förderung fremder Unzucht. Sie ist eine zu einem selbständigen Tatbestand erhobene Beihilfehandlung². Die Strafwürdigkeit wird durch eine Mehrzahl von Momenten begründet: Der Kuppler greift vielfach, wenn auch nicht immer, in die geschlechtliche Freiheit seines Opfers ein³. Insbesondere die gewerbsmäßige Kuppelei stellt eine soziale Gefahr dar. Vor allem aber gibt für die Strafwürdigkeit der Kuppelei das ausbeuterische, gewinnsüchtige Motiv des Täters den Ausschlag⁴. Die Richtung nach den Vermögensdelikten hin ist unverkennbar. Die Kuppler sind die Kapitalisten der Unzucht (Stooss).

II. Als Grundtatbestand ergibt sich: Kuppelei ist Förderung fremder verbotener oder unverbotener Unzucht aus Gewinnsucht (Art. 198 I)⁵. Die Strafe lautet auf Gefängnis und Buße. Zahlreich sind die zu lösenden Einzelfragen:

¹ Anders zum Teil die bisherigen kantonalen Rechte: Außerehelicher Geschlechtsverkehr ist z. B. strafbar nach Obwalden PolStG. Art. 106, 107, 114; Appenzell A.-Rh. Art. 103; Appenzell I.-Rh. Art. 153; St. Gallen Art 177; Graubünden PolStG. § 19. Zahlreiche Rechte bestrafen die gewerbsmäßige Unzucht schlechthin: Bern Art. 164; Luzern PolStG. § 146; Obwalden PolStG. Art. 108; Freiburg Art. 123; Appenzell I.-Rh. Art. 151; St. Gallen Art. 178. Mehrfach steht auch die Verheimlichung außerehelicher Niederkunft unter Strafe, z. B. Luzern PolStG. § 85; Appenzell A.-Rh. Art. 145. Weitere Daten bei STOOSS: Grundzüge, 2, 257ff.; ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 232ff.; VEILLARD: 36ff.; KRAFT: 40ff., 62ff.; KAMMACHER: Z. 47, 360ff. — Vgl. jetzt die Art. 194 III und 206—210 und dazu unten § 31 II 1; § 34.

² Streitig ist das Verhältnis zwischen der Kuppelei und der Beihilfe zu verbotener Unzucht. Es ist zu unterscheiden: gewinnsüchtige Beihilfe (Vorschubleistung) zu unverbotener Unzucht kann nur Kuppelei sein. Beihilfe zu einem Unzuchtsdelikt, z. B. zu Notzucht, Schändung, Verführung, steht grundsätzlich unter der betreffenden Strafnorm. Geschieht die Beihilfe (Vorschubleistung) zu dem Unzuchtsdelikt aus Gewinnsucht, so ist Idealkonkurrenz mit Kuppelei anzunehmen. Über den Stand der Frage FRANK: Kommentar deutsches StGB. § 180/181, N. I. Vgl. auch ZÜRCHER: a. a. O. 232.

³ Beeinträchtigung der geschlechtlichen Freiheit namentlich im Bordellbetrieb; STOOSS: Grundzüge, 2, 249; ZÜRCHER: a. a. O. 239.

⁴ Gut ZÜRCHER: a. a. O. 231f., ferner VEILLARD: 15, 139ff. mit scharfer Unterscheidung zwischen Begünstigung der Unzucht ohne gewinnsüchtiges Motiv und Kuppelei.

⁵ Über die kantonalen Rechte und ihre Entwicklung namentlich PICOR: Z. 2, 54ff. Die Entwicklung nach den eidgenössischen Entwürfen bis 1905 bei WEISS: Prostitutionsfrage, 161ff. und Anhang.

1. Der Täter muß der Unzucht Vorschub leisten. Unzucht ist jedes Verhalten, das geschlechtlicher Zucht widerspricht. Aber abgesehen davon, daß die Begriffe Zucht — Unzucht nie eindeutig bestimmt werden können, müssen sich für den Kuppeleitatsbestand Beschränkungen ergeben. Zunächst aus dem Kuppeleibegriff selbst: Es muß sich um Förderung der Unzucht zwischen zwei — oder mehr als zwei — dem Täter fremden Personen handeln¹. Eine weitere Einschränkung muß dahin erfolgen, daß nicht die Förderung jedes unzüchtigen Verhaltens zwischen fremden Personen, unzüchtiger Berührung z. B., den Kuppeleitatsbestand erfüllt. Die Beschränkung auf den außerehelichen Beischlaf und widernatürliche Unzucht ist geboten². Eine solche einengende Auslegung entspricht wohl auch dem Volksbewußtsein.

2. Der Täter muß fremder Unzucht Vorschub leisten. Die Personen, denen gegenüber es geschieht, sind also zur Unzucht regelmäßig schon bereit³. Der Kuppler schafft oder steigert die Gelegenheit zur Verübung. Bisherige Rechte bezeichnen die Art und Weise, wie der Täter vorgeht, z. B. Zürich § 119: durch Vermittlung oder Überredung oder durch Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit⁴. Das ist, wie es für die Kasuistik häufig zutrifft, mißlich. Jede Art der Vorschubleistung soll den Tatbestand erfüllen. Auch eine Unterlassung, eine Duldung, kann Vorschubleistung sein⁵.

3. Entscheidend ist, daß der Täter aus Gewinnsucht Vorschub geleistet hat. Tat er es aus andern Motiven, z. B. aus Gefälligkeit, aus Freude am Unzuchtsbetrieb anderer, so ist er, vom Falle des Art. 200 ab-

¹ FRANK: Kommentar, §§ 180/181, N. II. — Wer jemanden bestimmt, ihm Gelegenheit zur Unzucht zu verschaffen, ist nicht wegen Anstiftung zu Kuppelei strafbar; ZELLER: Kommentar zürcher. StGB. § 119, N. 2; Der Fall im Répertoire vaudois: 83 (Un homme qui engage une personne à lui procurer une maîtresse) ist Anstiftung zum Mädchenhandel. Dazu unten § 30 III, 6, auch SCHNEIDER (Lit. zu § 30): 12, 37. Diejenigen, deren Unzucht gefördert wird, bleiben grundsätzlich straflos; ZÜRCHER: a. a. O. 232. Vgl. Répertoire vaudois: 82f.; JZ. 31, 63, Nr. 59.

² So wohl auch ZÜRCHER: 235f. Ausführlich zu der Frage BACHARACH: Der Begriff der Kuppelei (Breslau 1911), 14ff., der unter Unzucht bei Kuppelei jede gegen geschlechtliche Zucht und Sitte verstoßende Handlung zwischen mindestens zwei Personen versteht. Das geht viel zu weit. Weitgehend auch Waadt: Favourisation de débauche (C. p. Art. 198) toute dépravation des mœurs au point de vue sexuel; Répertoire vaudois: 82.

³ GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 217: „Le proxénète n'excite pas, il favorise seulement.“

⁴ Dazu Zürcher Bl. 13, 25; 15, Nr. 207; JZ. 12, 51, Nr. 9. — Weitere kantonale Daten bei STROOSS: Grundzüge, 2, 239ff.; PICOT: Z. 2, 57.

⁵ Zutreffend Baselstadt: Z. 42, 373f. (pflichtwidriges Nichteinschreiten). Zu eng Zürcher Bl. 15, Nr. 207, wo eine außerstrafrechtliche Rechtspflicht zum Handeln gefordert wird. Die Pflicht zum Handeln ergibt sich auch direkt aus dem Kuppeleitatsbestand. Wer nicht handelt, leistet unter Umständen Vorschub.

gesehen, nicht strafbar¹. — Gewinnsucht (*agir dans un but de lucre*) ist die Absicht auf — verpönten — Vermögensgewinn. Sie ist mehr als Eigennutz². Sie geht auf Ausbeutung der Unzucht und ihrer Kunden aus. Eigennützig handelt auch der Vermieter, der einer Prostituierten ein Zimmer überläßt, ohne einen übersetzten Preis zu fordern. Erst wenn er im Hinblick auf den Unzuchtsbetrieb den Mietpreis hinaufschraubt, also ausbeutet, handelt er gewinnsüchtig. Die Gewährung von Wohnung an eine Mieterin oder auch an einen Mieter, die Unzucht treiben, ist daher, sofern eine solche Ausbeutung nicht vorliegt, keine Kuppelei³. Im übrigen bleibt die Entscheidung, wann Gewinnsucht oder darüber hinaus Gewerbsmäßigkeit vorliegt, dem freien Ermessen des Richters überlassen⁴. Er soll sie nicht leichtthin annehmen.

4. Gemeinhin wird erklärt, daß die Kuppelei schon mit der Verschaffung von Gelegenheit zur Unzucht, nicht erst mit der Unzuchtsverübung vollendet ist⁵. Das ist bei der bordellmäßigen Kuppelei zutreffend (unten III 3), ist aber für die andern Kuppeleiformen nicht richtig. Unzucht im Sinne von Art. 198 I weist auf eine konkrete Unzuchtshandlung hin, der Vorschub geleistet wurde. Ist sie nicht begangen worden, so können höchstens Kuppeleiversuch und eventuell der Übertretungsstat-

¹ Bei der Gesetzberatung viel erörterte Frage; Prot. II. ExpKom. 3, 214ff., insbesondere der Antrag BURCKHARDT, die Gewinnsucht nicht zum Tatbestandsmoment zu erheben (214, 218). — Zutreffend Zürcher Bl. 24, 54; VEILLARD: 144. Vgl. unten IV.

² Bisherige Rechte fordern nur Eigennutz, z. B. Zürich § 119; Waadt Art. 198: *profiter de la débauche d'autrui*. *Profiter* = Handeln aus Eigennutz; *agir dans un but de lucre* = Gewinnsucht. Vgl. JZ. 23, 266, Nr. 55: Eigennutz setzt nicht Ausbeutung anderer voraus; Répertoire vaudois: 83. — Der Unterschied zwischen bloßem Eigennutz und Gewinnsucht ist verkannt in JZ. 25, 101, Nr. 80 (St. Gallen). Beachtlich über die beiden Begriffe v. CLERIC: Rechtswidriger Vorteil (Angaben zu § 42), 181ff.

³ Das war im E. Art. 173 Ziff. 1 II ausdrücklich festgestellt. Die Streichung des Zusatzes bedeutet materiell keine Änderung. Solange eine Prostitution besteht, muß man eine Prostituierte auch wohnen lassen. Erst wenn ein Vermieter den Unzuchtsbetrieb gewinnsüchtig ausbeutet, tritt das Strafrecht auf den Plan. So die gemeine Meinung: BINDING: Lehrbuch, 1, 207; ZÜRCHER: Erläuterungen, 237, 469; SEILER und LOGOZ: StenBull. NR. 1929, 196ff.; BRIDEL: Z. 10, 47; MITTERMAIER: Z. 20, 238; VEILLARD: 145ff. Anders dagegen bei der Duldung gewerbsmäßiger Kuppelei in Mietsräumen: Art. 209 und dazu unten III 5.

⁴ HAEBERLIN; StenBull. NR. 1929, 199. Vgl. JZ. 19, 251, Nr. 213: Eigennutz (Gewinnsucht) in der Erhöhung der Frequenz einer Badeanstalt durch Abgabe von Doppelbädern an Pärchen zum Unzuchtsbetrieb (Zürich). In diesem Fall ist bereits gewerbsmäßige Kuppelei anzunehmen; dazu unten III 2.

⁵ BINDING: Lehrbuch, 1, 206: Es genügt, daß der Täter dem Unzuchtsbetrieb Vorschub leistet. Nicht erforderlich eine konkrete Unzuchtshandlung. Ebenso StOSS: Grundzüge, 2, 241; ZÜRCHER: Z. 15, 140; 38, 45 und Erläuterungen VE. 1908, 236; Zürcher Bl. 15, Nr. 52; JZ. 26, 72, Nr. 13 (St. Gallen).

bestand des Art. 210 (Veröffentlichung von Gelegenheiten zur Unzucht) in Frage kommen¹.

5. Kuppelei ist Vorsatzdelikt. Der Täter muß mit Wissen und Willen fremder Unzucht Vorschub geleistet haben². Bei der Förderung oder Duldung des Geschlechtsverkehrs zwischen Verlobten fehlt es in gewissen Kreisen zweifellos am Vorsatz. Ein solcher Verkehr gilt nicht überall als Unzucht³. Übrigens wird hier regelmäßig das Gewinnsuchtmoment fehlen.

6. Eine Ergänzung des Kuppeleiatbestandes, aber auch eine Norm gegen die Förderung eigener Unzucht⁴, stellt die Übertretung: Veröffentlichung von Gelegenheiten zur Unzucht (Art. 210) mit der Strafdrohung Haft oder Buße dar. Sie ist eine Art Vorbereitungs-handlung. Der Täter muß handeln, um fremder oder eigener Unzucht Vorschub zu leisten⁵. Ein gewinnsüchtiges Motiv — das häufig vorhanden sein wird — muß nicht bewiesen werden. — Erforderlich ist öffentliches Aufmerksammachen: Anzeigen durch die Presse (Inserate)⁶, ferner die Verbreitung von andern Mitteilungen (Broschüren, Zetteln usw.), die Vorübergehenden auf der Straße übergeben oder in öffentlichen Lokalen aufgelegt werden. Erfolgt dergestalt die Veröffentlichung durch das Mittel der Druckerpresse, so sind die Bestimmungen über das Preßstrafrecht (Art. 27) anwendbar⁷.

Häufig wird der Sinn solcher Veröffentlichungen mehr oder weniger verdeckt und schwer sicher feststellbar sein (Masseuseninserate, „Heiratsannoncen“, Freundschaftswerbungen, viele Darlehns Gesuche usw.). Die Anwendung des Art. 210 wird mit der Häufigkeit der vorkommenden Übertretungen niemals Schritt halten⁸.

¹ Gut ZELLER: Kommentar zürcher. StGB. § 119, N. 7. Über die — alte — Streitfrage über die Vollendung namentlich HERR: ZgesStRW. 22, 193ff.

² Ein Fall von Eventualdolus: JZ. 26, 72, Nr. 13 (St. Gallen).

³ Ebenso BINDING: a. a. O. 207; MITTERMAIER: VB. Bes. Teil, 4, 186. Vgl. auch LANG: Z. 41, 367; unten IV 2 (Anmerkung).

⁴ Beziehung zu Art. 204 (Unzüchtige Veröffentlichungen) und zu Art. 206 (Anlocken zur Unzucht). Dazu unten §§ 33 und 34 III 1.

⁵ Wer auf „Gelegenheiten“ öffentlich aufmerksam macht, um vor Gefahren zu warnen oder es sonst zur Wahrung allgemeiner Interessen tut, ist nicht strafbar; ZÜRCHER: Erläuterungen, 469. — Soweit eigener Unzucht Vorschub geleistet werden soll, besteht kein Zusammenhang mit Kuppelei.

⁶ Dazu der Aufsatz von ZÜRCHER: Das Inserat und seine Strafbarkeit; Z. 38, 30ff. Vgl. ferner BEER: Der rechtliche Schutz des Zeitungsinhaltes, Zürcher Diss. (1930), 108ff. (Verantwortlichkeit für Inserate).

⁷ ZÜRCHER: Z. 38, 36, 44f.; WANNER: Umfang und Grenzen des Preßdeliktes, Zürcher Diss. (1929), 94.

⁸ Oft wird durch dubiose Inserate der Tatbestand des Art. 210 überhaupt nicht erfüllt sein. So wenn lediglich eine individuelle Einwirkung auf eine einzelne Person erstrebt wird. „Ein verdorbenes Seelchen sucht ein anderes gleichgestimmtes mitten aus der unabsehbaren Menge heraus“ (ZÜRCHER: a. a. O. 33). Der Sinn des Art. 210 ist Kundenwerbung.

III. Schwere Kuppelei nimmt das G. unter verschiedenen Gesichtspunkten an:

1. Art. 198 II qualifiziert die Kuppelei, wenn die verkuppelte Person unmündig ist. Strafe: Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis nicht unter 3 Monaten. Die Bestimmung ist ein besonderes Stück Jugendschutz. In den Fällen, in denen die verkuppelte Minderjährige eine Prostituierte ist, ist die Qualifikation nicht ohne Bedenken.

2. Unter sämtlichen Kuppeleiatbeständen kommt der gewerbsmäßigen Kuppelei (Art. 199) praktisch die größte Bedeutung zu. Sie ist der Hort der Prostitution. Im Kampf gegen sie ist die Verfolgung des gewerbsmäßigen Kupplers das vornehmste Mittel. Er wird mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten, ferner in jedem Fall mit Buße bestraft. Überdies ist auf Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit und, wenn der Täter Ausländer ist, auf Landesverweisung zu erkennen.

Bisherige Rechte¹ beschränken die Strafbarkeit der Kuppelei auf den Fall der Gewerbsmäßigkeit, andere (z. B. Genf Art. 213) fordern Gewohnheitsmäßigkeit, wieder andere (z. B. Baselstadt § 96) stellen gewohnheitsmäßige und eigennützige Begehung einander gleich. Erst die neuere Entwicklung versucht, die scharfe Grenze zwischen dem Grundtatbestand der einfachen Kuppelei aus Gewinnsucht oder Eigennutz und der qualifizierten gewerbsmäßigen Kuppelei zu ziehen². — Praktisch ist die Unterscheidung oft schwierig. Wer aus Gewinnsucht kuppelt, wird häufig schon ein gewerbsmäßiger Kuppler sein, so daß für die Anwendbarkeit des Art. 198 nur ein schmaler Raum bleibt³. Die Rechtsprechung muß daher den Begriff Gewerbsmäßigkeit deutlich herausarbeiten. Sie setzt voraus, daß der Täter Kuppelei betreibt in der Absicht, sich daraus fortgesetzt Einnahmen zu verschaffen, jedoch ohne das Erfordernis, daß diese Einnahmen den einzigen oder einen erheblichen Teil seines Einkommens ausmachen⁴.

¹ Z. B. Bern Art. 168, Schwyz § 94, Schaffhausen § 183, Appenzell A.-Rh. Art. 101, Thurgau § 121.

² So schon Zürich §§ 119, 120 durch die Novelle von 1897 im Gegensatz zum frühern Text (§ 121). Zu dieser Entwicklung Zürcher Bl. 24, Nr. 25 und namentlich WEISS: Prostitutionsfrage, 55ff.

³ Gelegentliche, vielleicht sogar nur einmalige Überlassung eines Hotel- oder Mietzimmers gegen übersetzten Preis. GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 217 meint sogar: „Le proxénétisme purement occasionel n'existe pas.“ Vgl. auch MITTERMAIER: VD. Bes. Teil, 4, 185ff. (gegen die Bestrafung der einfachen Kuppelei), ebenso Z. 20, 238.

⁴ So die zürcherische Rechtsprechung: JZ. 10, 375, Nr. 326; 21, 192, Nr. 50; 23, 266, Nr. 55 (nicht notwendig, daß die Kuppelei der einzige Erwerb ist, oder daß ein erheblicher Gewinn aus ihr resultiert); dazu LANG: Z. 41, 367; ferner Zürcher Bl. 24, Nr. 25. Ungenau ZELLER: JZ. 16, 124: Absicht auf regelmäßiges Einkommen.

Sieht man von der bordellmäßigen Kuppelei ab, so muß auch bei Gewerbsmäßigkeit gelten, daß die Vollendung des Deliktes eine Unzuchtsverübung voraussetzt. Wenigstens einmal muß der Täter einer konkreten Unzuchtshandlung Vorschub geleistet haben. Aber schon das eine Mal kann aus den Umständen die Absicht des Täters, sich fortgesetzt Einnahmen zu verschaffen, also die Gewerbsmäßigkeit, enthüllen.

3. Art. 199 hebt mit den Worten „hält er (der Täter) namentlich ein Bordell“ die krasseste Art der gewerbsmäßigen Kuppelei besonders hervor. Mit dem ausdrücklichen Bordellverbot wird eine lange Zeit allgemein geduldete (Toleranzhäuser), teilweise auch staatlich konzessionierte Form der Prostitution radikal beseitigt¹. Das Bordell ist ein geschäftsmäßiger Betrieb, in dem der Kuppler Frauenspersonen hält, um aus ihrer Unzucht Gewinn zu ziehen. Der französische Text spricht mit einem wohl weitergehenden Ausdruck von *maison de prostitution* und umfaßt damit auch die sog. *maisons de rendez-vous* (*maisons de passe*), in denen die Frauen nicht als Pensionärinnen wohnen, also freier sind als in einem Bordell².

In einer Beziehung geht die bordellmäßige Kuppelei tatbestandsmäßig über alle andern Kuppeleiarten hinaus: Während diese zur Vollendung eine Unzuchtsverübung voraussetzen (oben II 4 und III 2), ist das bei der bordellmäßigen Kuppelei nicht erforderlich. Strafbar ist schon das Halten eines Bordells. Das ist mit der Einrichtung eines solchen Institutes erfüllt — auch wenn Besucher sich noch nicht eingestellt haben.

Der Tatbestand ist auch dann gegeben, wenn der Kuppler nur eine Pensionärin bei sich aufnimmt, vorausgesetzt, daß er sie „hält“, um aus ihrer Unzucht Gewinn zu ziehen, daß also das für den Bordellbetrieb typische Abhängigkeitsverhältnis besteht³.

¹ Über die Entwicklung der Verhältnisse in der Schweiz, die schon heute überall die Bordelle abgeschafft hat und auch sonst keine Reglementierung der Prostitution kennt (Abolition): WEISS: Prostitutionsfrage, passim, namentlich 6—160 mit weitem Literaturangaben und Dokumenten. Ferner VEILLARD: Prostitution, passim, namentlich 19ff., 49ff., 71ff. (Darstellung im Rahmen der allgemeinen Entwicklung); BALMER: Z. 24, 182ff.; FLEXNER: Die Prostitution in Europa (1922); DREUW: Die Sexualrevolution (2. Aufl. 1921). — Die Gefahren der Prostitution und ihre gesetzliche Bekämpfung, mit besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Verhältnisse (Zürich 1891); STOOS: Grundzüge, 2, 247ff.; MÜLLER: Zur Kenntnis der Prostitution in Zürich (1911). — Die Regelung der Prostitutionsfrage (Zürich 1892) und Die Prostitutionsfrage in der Schweiz (1913), beide herausgegeben vom Aktionskomitee des kantonalen Männervereins zur Bekämpfung der Unsittlichkeit. Vgl. auch STRÄULI: Z. 16, 211ff.; ZÜRCHER: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 20, 301ff.; KRAFT: Die Sittenpolizei, passim, namentlich 33ff., 36ff., 62ff.

² GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 226. — In den deutsch-schweizerischen Verhältnissen spielen die *maisons de rendez-vous* keine große Rolle.

³ Bedenklich Zürcher Bl. 14, Nr. 53, wonach zum Wesen des Bordells die „gleichzeitige Haltung von mehr als einer Frauensperson zu Unzuchtzwecken“

4. Mit der verschärften Strafe: Zuchthaus bis zu 10 Jahren ist die gewerbsmäßige Kuppelei in ihren beiden Spielarten (oben 2 und 3) bedroht, wenn eine unmündige Person verkuppelt wird (Art. 199 II).

5. Der Kreis der Bestimmungen zur Bekämpfung der gewerbsmäßigen Kuppelei wird endlich geschlossen durch den Übertretungstatbestand des Art. 209: Dulden gewerbsmäßiger Kuppelei in Mietsräumen. Strafbar ist danach das wissentliche Vermieten an einen Bordell- oder Absteigequartierhalter oder an einen gewerbsmäßigen Kuppler anderer Art, ebenso das Dulden einer gewerbsmäßigen Kuppelei, die erst im Lauf eines Mietsverhältnisses offenbar wird¹. Im letztern Fall bedeutet Dulden mangelndes Einschreiten trotz Kenntnis des Sachverhaltes². Ein auf bloße Unachtsamkeit — Fahrlässigkeit — zurückzuführendes Gehenlassen erfüllt den Tatbestand nicht. — Strafe: Haft oder Buße, verbunden mit der Möglichkeit der Entziehung der elterlichen Gewalt.

IV. Kein Kuppeleitatbestand ist die Begünstigung der Unzucht nach Art. 200. Die für den Kuppeleibegriff maßgebende gewinnsüchtige Absicht wird hier nicht gefordert³. Mit Gefängnis wird bedroht, wer der Unzucht mit Personen unter 18 Jahren Vorschub leistet oder sie zur Unzucht aufreizt. Das ist eine an den Art. 191 anknüpfende Jugendschutzbestimmung. Außer durch den Art. 191 wird ihr Bereich begrenzt durch Art. 192 Ziff. 2 II (Verleitung unmündiger Pflegebefohlener zu unzüchtigen Handlungen) und durch die Verführungstatbestände gemäß Art. 194 I und Art. 196 I⁴. Unter Beachtung dieser Grenzen ergibt sich für die Auslegung des Art. 200:

1. Gleich wie bei der Kuppelei muß der Täter der Unzucht zwischen ihm fremden Personen Vorschub leisten oder die noch nicht 18jährige Person zur Unzucht mit Dritten aufreizen⁵.

gehören soll. Maßgebend ist nur die Einrichtung eines solchen Betriebes, der seinen Charakter nicht ändert, wenn — vielleicht vorübergehend — nur eine einzelne Frauensperson beherbergt wird.

¹ Im Einzelfall ist fraglich, ob nicht Beihilfe zur Kuppelei vorliegt, was GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 7, 103 zu Unrecht schlechthin ausschließt. Gut dagegen GAUTIER: Z. 25, 285: Ces trop bons administrateurs de leurs deniers . . . ne sont autre chose que des complices indirects, des proxénètes au second degré. — Beachte den Unterschied zwischen E. Art. 209 und Zürich § 123, der nicht nur die Duldung gewerbsmäßiger Kuppelei, sondern auch die Duldung gewerbsmäßiger Unzucht in Mietsräumen usw. unter Strafe stellt. Gegen diese Ausweitung zutreffend KRAFT: 49f.

² OR. Art. 261 II berechtigt in solchen Fällen den Vermieter, die sofortige Auflösung des Mietvertrages zu verlangen. Dazu FICK: Kommentar OR. Art. 261, Nr. 23—25. Vgl. auch OR. Art. 20 I, 23, 24 Ziff. 4; ZÜRCHER: Erläuterungen, 468f.

³ Dazu PICOT: Z. 2, 58f.: Unterscheidung gegenüber der Kuppelei.

⁴ Bei der Verführung handelt es sich immer um Unzucht mit dem Täter selbst. Dazu oben § 27 II 3.

⁵ Verleitet der Täter eine noch nicht 16jährige Person zur Unzucht mit Dritten, so ist nicht Art. 200, sondern Art. 191 Ziff. 2 anzuwenden; oben § 26 II 4.

2. Gleich wie bei der Kuppelei ist es geboten, den Tatbestand auf den außerehelichen Beischlaf¹ und widernatürliche Unzucht zu beschränken (oben II 1).

3. Gleich wie regelmäßig bei der Kuppelei ist zur Vollendung die Verübung einer konkreten Unzuchtshandlung erforderlich (oben II 4).

§ 29. Zuhälterei.

Literatur. Angaben zu § 23. — GAUTIER: Z. 19, 1ff.; 25, 285f. — v. CLERIC: Z. 28, 19ff. — LOGOZ: Z. 38, 137ff. — ZÜRCHER: JZ. 8, 352ff. — VEILLARD: Z. 48, 54ff.

I. Wer Zuhälterei treibt, ist nicht als Kuppler zu bestrafen. Im Gegensatz zu bisherigen Rechten und häufig auch zur Rechtsprechung versucht das G. eine scharfe Scheidung zwischen Kuppelei und Zuhälterei². In zwei Formen erfüllt sie den Tatbestand des Art. 201³.

1. Zuhälter ist, wer sich von einer Person, die Prostitution treibt, unter Ausbeutung ihres unsittlichen Erwerbes ganz oder teilweise unterhalten läßt. Täter kann sowohl ein Mann wie eine Frau sein, und der Art. 201 trifft die Ausbeutung weiblicher und männlicher Prostitution. Der Hauptfall bleibt natürlich die Ausbeutung einer Dirne durch den Mann. Der Vereinfachung wegen wird in der folgenden Erörterung dieser Fall in den Vordergrund gestellt. Im einzelnen ergibt sich für die sog. passive Zuhälterei:

Bei der Verleitung noch nicht 18 Jahre alter Pflegebefohlener zur Unzucht mit Dritten kommt Art. 192 Ziff. 2 zur Anwendung; oben § 26 III 1. In Art. 191 und 192 ist allerdings von Verleiten, nicht von Aufreizen die Rede. Aufreizen ist aber nichts anderes als ein intensives Verleiten.

¹ Nach ZGB. Art. 96 II kann ausnahmsweise auch eine 17jährige heiraten. — Soll die Begünstigung (Duldung) des Geschlechtsverkehrs eines noch nicht 18 Jahre alten Mädchens mit ihrem Verlobten strafbar sein? Die Frage, ob ein solcher Verkehr Unzucht ist, läßt sich kaum absolut beantworten; vgl. oben II 5 (Frage des Vorsatzes).

² Über die bisherige Gesetzgebung MITTERMAIER: VD. Bes. Teil, 4, 187ff., auch Z. 20, 239, wo unzutreffend die Zuhälterei als besondere Kuppeleiart bezeichnet wird. Sehr bemerkenswert v. CLERIC: Z. 28, 19ff., 40ff. Über die Genfer Spezialgesetzgebung GAUTIER: Z. 19, 1ff.; v. CLERIC: Z. 28, 55; LOGOZ: Z. 38, 137ff. — Beachtlich die Rechtsprechung zu § 122 des zürcher. StGB., der als Zuhälterei die aus Eigennutz erfolgende Begünstigung der gewerbsmäßigen Unzucht einer Ehefrau oder einer Zuhälterin bezeichnet. Die Praxis ist unsicher. Das Tatbestandsmoment der Begünstigung ist sehr verschieden ausgelegt worden und hat gelegentlich dazu geführt, daß der Unterschied gegenüber der Kuppelei sich verwischt hat; vgl. namentlich Zürcher Bl. 14, Nr. 54 (Kupplerische Zuhälterei durch positive Begünstigungshandlungen). Zusammenstellung der Entschiede bei KÖPFLI: Rechtsprechung zum StGB. 67ff.; vgl. auch ZÜRCHER: JZ. 8, 352ff. und v. CLERIC: a. a. O. 50ff.

³ Über die Entwicklung der Entwürfe v. CLERIC: 56ff. — Vorentwurf des Völkerbundes für die internationale Bekämpfung der Zuhälterei; Text- und Bemerkungen dazu bei VEILLARD: Z. 48, 59ff.

Zwischen dem Täter und der Dirne müssen persönliche Beziehungen bestehen, die auf eine gewisse Dauer eingestellt sind. Nur dann kann der Richter annehmen, daß der Mann sich von der Dirne ganz oder teilweise unterhalten läßt¹. Zuhältereii liegt noch nicht vor, wenn das Mädchen gelegentlich einem Liebhaber aus ihrem Dirnenlohn etwas zuwendet.

Im übrigen bedeuten die Worte: ganz oder teilweise sich unterhalten lassen, daß der Täter von der Dirne Geld oder Geldeswert entgegennimmt und daraus ganz oder teilweise seinen Lebensunterhalt bestreitet. Die Dirne gibt ihm Geld oder sie gewährt ihm Wohnung, verschafft ihm Nahrung, Kleidung, Luxus usw. Selbstverständlich muß der Täter wissen, daß die Zuwendungen aus dem Unzuchtserwerb der Dirne stammen.

Die Tatsachen zeugen dafür, daß der Zuhälter häufig die Unzucht der Dirne, mit der er sich zusammengetan hat, fördert, sie im Unzuchtsbetrieb unterstützt². In diesem Punkt liegt eine gewisse Schwierigkeit der Grenzziehung zwischen Zuhältereii und Kuppelei (unten II 2). Von Bedeutung ist, daß die Anwendung des Art. 201 keinerlei Beweis für ein solches die Unzucht der Dirne förderndes Verhalten voraussetzt³.

Entscheidend ist dagegen, daß der Täter sich von der Dirne unter Ausbeutung ihres unsittlichen Erwerbes unterhalten läßt. Das muß das bezeichnende Merkmal des Zuhälters sein. Dadurch, daß er den Dirnenlohn zu seiner Beute macht, übt er den denkbar schändlichsten Druck auf die Frau, mit der er sich verbunden hat, aus. Der Inhalt des Ausbeutungsbegriffes im Zusammenhang des Zuhältertatbestandes ist allerdings wenig bestimmt⁴. Der Richter muß unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles entscheiden. Er wird sicher Ausbeutung annehmen, wenn der Täter der Dirne mehr abringt, als sie selbst ent-

¹ ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 3, 231; v. CLERIC: Z. 28, 23ff., 61, 65. Im Gesetz ausdrücklich auf das Dauerverhältnis hinzuweisen, ist nicht notwendig.

² Interessante Daten bei v. CLERIC: 27ff. Die vom Zuhälter geübte Unterstützung des Unzuchtsbetriebes braucht sich nicht mit dem Vorschubleisten im Sinne der Kuppeleibestimmung zu decken. Jede Art der Unterstützung genügt. Gut GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 232.

³ Das Moment der „Förderung“ ist, entgegen den Vorschlägen v. CLERICs: 36, 59, 61f., nicht in den Tatbestand aufgenommen worden. Dazu auch JZ. 31, 89, Nr. 80 (Luzern).

⁴ Literatur zu § 181a des deutschen StGB.; vgl. z. B. BINDING: Lehrbuch, I, 211; FRANK: Kommentar § 181a, N. II 1, auch v. CLERIC: a. a. O. 41f. Nach der herrschenden Meinung bedeutet Ausbeutung das Beziehen von Vermögensvorteilen, auf die ein rechtlich begründeter Anspruch nicht besteht. Das ist jedoch keineswegs das für die Ausbeutung bezeichnende Moment. Gut JAFFA: Der Begriff des Zuhälters im Reichsstrafgesetzbuch (1902), 12ff.: Erlangung übermäßiger Vorteile und namentlich Absicht des Täters, aus dem Umstand, daß es sich um eine Dirne handelt, besondere Vorteile zu ziehen.

behren kann, aber auch dann, wenn sie, ohne selbst in eine Notlage zu geraten, den Täter unterhält, weil sie unter seinem Druck steht. Sehr zweifelhaft ist, ob Ausbeutung bei voller Freiwilligkeit der Leistung seitens einer nicht notleidenden Dirne angenommen werden darf¹. Zu bejahen ist das höchstens dann, wenn der von der Dirne unterhaltene Mann mit dem Unzuchtslohn ein Schmarotzerleben führt². — Daß außer der schon in der Zuhälterei liegenden Beziehung ein tatsächliches oder rechtliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Dirne und dem von ihr unterhaltenen Mann bestehen muß, fordert das G. nicht. Ist der Zuhälter der Ehemann oder z. B. der Dienstherr der Dirne und nutzt er eine darauf beruhende Abhängigkeit aus, so kann das erhöhend bei der Strafzumessung berücksichtigt werden³.

2. Der zweite in Art. 201 aufgestellte Tatbestand, wonach Zuhälter ist, wer einer Prostituierten aus Eigennutz bei der Ausübung ihres Gewerbes Schutz gewährt (sog. aktive Zuhälterei), ist praktisch von geringerer Bedeutung⁴. Nicht ohne Grund hat man die Notwendigkeit dieser Bestimmung bestritten. Vom Schutzbedürfnis der Dirne — gegenüber Polizei und Kundschaft — und vom Zuhälter als einem Beschützer zu reden, entspricht jedenfalls nur in geringem Maß den Lebensstatsachen⁵. Erfolgt aber eine solche Beschützung durch den Mann, der sich von der Dirne unterhalten läßt, so ist er bereits nach dem ersten Tatbestand des Art. 201 (echte Zuhälterei) strafbar. Als Täter käme danach nur ein außerhalb der „Zuhältergilde“ stehender, gelegentlicher Beschützer einer Dirne in Betracht. Er muß wissen, daß er ihr bei der Ausübung ihres Gewerbes, gegenüber der Polizei z. B., Schutz gewährt⁶, und er muß es aus Eigennutz — um eines Geld- oder andern Vorteils willen — tun. In der Erfassung eines solchen Verhaltens durch den Art. 201 liegt aber eine

¹ Bejaht von BINDING: Lehrbuch, I, 211; v. CLERIC: 34.

² Damit erledigen sich die in der Literatur besprochenen, stark gekünstelten Fälle: der Sohn der Dirne, zu dessen Unterhalt sie verpflichtet ist; der Arzt, der sie gegen regelmäßige Honorierung untersucht (FRANK: a. a. O.; v. CLERIC: 42, vgl. auch STUDEF: Prot. II. ExpKom. 3, 236: eine Frau erwirbt durch Prostitution das Geld zur Deckung der Studienkosten ihres Bruders). Mit Zuhälterei hat das nichts zu tun, anderer Meinung v. CLERIC: 64.

³ Gut darüber v. CLERIC: 33 ff.

⁴ Der Tatbestand ist dem zweiten Fall in § 181 a des deutschen StGB. nachgebildet („Schutz gewährt oder sonst förderlich ist“). Die Literatur spricht hier mißverständlich von kupplerischer Zuhälterei; FRANK: § 181 a, N. II 2; richtig dagegen BINDING: Lehrbuch, I, 212.

⁵ v. CLERIC: 31 f., 42, 61; anderer Meinung MITTERMAIER: VD. a. a. O. 190.

⁶ Schutz gegenüber dem Eingreifen der Polizei kann Begünstigung (Art. 305) sein, wobei jedoch nicht zu vergessen ist, daß nicht schon die Gewerbsunzucht ein Delikt ist, also für sich allein noch keinen Anlaß zu einer Strafverfolgung bietet.

wohl zu starke Ausweitung des Zuhälterbegriffes, ganz abgesehen davon, daß die Strafdrohung des Artikels für solche Fälle zu hoch erscheint. — Eine gewisse Rechtfertigung für die Schaffung des zweiten Tatbestandes kann man vielleicht darin sehen, daß, wenn eigennützige Schutzgewährung erwiesen ist, man selten mit der Annahme fehlgelassen wird, daß es sich um eine eigentliche Zuhälterbeziehung handelt. Der zweite Tatbestand des Art. 201 würde unter diesem Gesichtspunkt als eine Art Beweiserleichterung wirken¹.

II. In der hohen Strafdrohung — Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis nicht unter 6 Monaten und obligatorische Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit — kommt ein intensives Strafbedürfnis gegenüber der Zuhälterei zum Ausdruck. Sie ist, wenigstens in großen Städten, zweifellos eine bedeutende soziale Gefahr. Der Zuhälter ist ein Schmarotzer, ein Ausbeuter, oft auch ein Unterdrücker schlimmster Sorte².

Zwei Konkurrenzfragen sind abzuklären:

1. Erfüllt der Täter beide Varianten des Art. 201, läßt er sich ausbeuterisch unterhalten und gewährt er der Dirne eigennützig Schutz, so darf nicht Realkonkurrenz angenommen werden. Zuhälterei ist ein in einem mannigfaltigen Verhalten sich auswirkender Zustand. Er, nicht gesonderte Einzelhandlungen, ist der Anlaß der Bestrafung³.

2. Eine Vergleichung der Art. 198—200 (Kuppelei und Begünstigung der Unzucht) mit dem Art. 201 zeigt die Tendenz des Gesetzgebers, den Zuhälter vom Kuppler deutlich zu scheiden⁴. Dieser leistet aus Gewinnsucht fremder Unzucht Vorschub. Jener läßt sich von einer Dirne, die er ausbeutet, aushalten. Daß er ihren Unzuchtsbetrieb irgendwie gefördert haben muß, braucht ihm nicht bewiesen zu werden. In der Natur der Dinge liegt es jedoch, daß häufig der Zuhälter auch den Unzuchtsbetrieb seines Mädchens fördert. Ob dabei die Unzuchtsförderung in den der Kuppelei eigenen Formen erfolgt oder nicht, ist eine müßige Frage. Entscheidend ist, daß der Ausbeuter einer Dirne auch dann Zuhälter bleibt,

¹ HAFTER und LACHENAL: Prot. II. ExpKom. 3, 234f.

² Aus einer stark ethisch betonten Wertung heraus ist man in der ExpKom. für eine schwere Strafdrohung eingetreten; GAUTIER: Prot. 3, 233 und schon Z. 19, 1ff. und 25, 286. Dagegen haben LANG: eodem, 234f. und v. HENTIG: Z. für Sexualwissenschaft, 14, 129ff. Bedenken geäußert. ZÜRCHER: JZ. 8, 354 fordert gegenüber dem Zuhälter sichernde Maßnahmen statt — nutzloser — Strafen. VEILLARD: Z. 48, 62 wünscht für den Zuhälter die Strafe der Auspeitschung (!). — Über die Zweckbestimmung des Zuhältereitattbestandes vgl. auch BINDING: Lehrbuch, I, 210.

³ v. CLERIC: 48, der zwischen den einzelnen Teilen des Zuhältertattbestandes, wenn sie gegenüber derselben Dirne erfüllt werden, Deliktseinheit im Sinne eines Kollektivdeliktes für gegeben hält. Ähnlich FRANK: Kommentar, § 181 a, N. VI.

⁴ Das verkennt z. B. VEILLARD (Lit. zu § 28), 148, der die Zuhälterei als eine Art der Kuppelei bezeichnet.

wenn er ihrer Unzucht Vorschub leistet. Daraus ergibt sich, daß Konkurrenz zwischen Zuhältereie und Kuppelei nie anzunehmen ist. Diese geht in jener auf (Konsumption; Allg. Teil, § 75 III 2)¹.

§ 30. Frauen- und Kinderhandel.

Literatur. Angaben zu § 28. — SCHNEIDER: Der Mädchenhandel und seine Bekämpfung, Zürcher Diss. (1929). — BUGMANN: Der Kinderhandel und seine Bekämpfung, Zürcher Diss. (1928). — MEXIN: Der Mädchenhandel (1904). — HILTY: Traite blanche, Politisches Jahrbuch der Schweiz, 1901, 217ff.; 1905, 51ff. — NINCK: Mädchenhandel mit besonderer Beziehung auf die Schweiz (1912); Der heutige Frauen- und Kinderhandel nach den Ermittlungen des Völkerbundes (1930) und Mädchensklaverei in dem Lande der Freiheit (1932). — MITTERMAIER: VD. Bes. Teil, 4, 193ff. — STOOSS: Z. 7, 380ff. — GAUTIER: Z. 25, 288ff. — STÄMPFLI: JZ. 22, 289ff.; Z. 38, 99f. und 39, 185ff. — v. CLERIC: JZ. 23, 17ff. — HAFTER: Z. 46, 291ff.

I. Erst neuester Entwicklung ist es gelungen, die Tatsachen des hier im Vordergrund stehenden sog. Mädchenhandels² genauer zu bestimmen und einen besondern, von der Kuppelei losgelösten selbständigen Tatbestand zu schaffen. Klar ist heute: der Mädchenhandel dient der Prostitution, sein Absatzgebiet sind namentlich die Bordelle. Allgemeiner kann man den Mädchenhändler als Lieferanten für den Betrieb gewerbsmäßiger Unzucht bezeichnen³.

Die schweizerische Gesetzgebung zeigt unter Berücksichtigung der internationalen Konventionen folgende Entwicklung⁴:

¹ Diese Lösung erscheint bei dem Verhältnis, in dem die Art. 198/199 und Art. 201 zueinander stehen, richtig. Sie entspricht aber auch dem Bedürfnis, Kuppelei und Zuhältereie deutlich auseinanderzuhalten. Zu beachten ist ferner, daß es im Hinblick auf die schwere Strafdrohung und den weiten Strafrahmen des Art. 201 wenig Sinn hat, den Zuhälter, der zugleich der Unzucht seines Mädchens Vorschub leistet, unter dem Gesichtspunkt der Idealkonkurrenz mit einer Strafschärfung zu bedenken; richtig v. CLERIC: 62. Die in der Literatur zum § 181 a des deutschen StGB. vertretene Auffassung, wonach ausbeuterische Zuhältereie mit Kuppelei in Idealkonkurrenz treten kann (FRANK: § 181 a, N. VII), paßt für das schweizer. G. nicht.

² Darüber ein großes Material namentlich in Kommissionsberichten des Völkerbundes seit 1922; vgl. SCHNEIDER: 2ff. und dessen ausführliche Lit.-Zusammenstellung 233ff.; NINCK: passim.

³ VEILLARD (Lit. zu § 28): 15f., 92f.; SCHNEIDER: 12ff., 19ff. (nationaler und internationaler Handel). Über die Ausdehnung des Mädchenhandels bestehen zum Teil übertriebene Vorstellungen. Die Schweiz berührt er jedenfalls heute nur in geringem Maße; vgl. GAUTIER: Z. 25, 289; KRONAUER: Prot. II. ExpKom. 3, 251; BBl. 1924 III, 1018ff. (Botschaft des Bundesrates zum BGes. von 1925); STÄMPFLI: JZ. 22, 289. — Transitverkehr durch die Schweiz: BBl. 1924 III, 1037, 1056f. — Über die Bekämpfung des Mädchenhandels in der Schweiz: StenBull. 1925, StR. 5f.

⁴ Darstellung der allgemeinen Entwicklung der Bekämpfung des Mädchenhandels bei MEXIN: 31ff.; SCHNEIDER: 41ff. (englischer Criminal Law Amendment Act von 1885 als erste Sondergesetzgebung), 107ff., 132ff. (deutsche und französische Gesetzgebung); BBl. 1924 III, 1038ff.; StenBull. 1925, StR. 2ff.

1. In den bisherigen kantonalen Rechten fanden sich nur in Zürich § 120 und Neuenburg Art. 335 direkt gegen den Mädchenhandel gerichtete Bestimmungen. Nach Zürich § 120 ist strafbar, „wer Frauenspersonen kupplerisch zu Unzuchtswzwecken anwirbt oder verhandelt“. Das Gesetz bezeichnet diesen Handel als einen Fall der gewerbsmäßigen Kuppelei¹. Im einzelnen Fall mußte nach den kantonalen Rechten geprüft werden, ob gegen einen Mädchenhändler auf Grund anderer Straftatbestände — Entführung, Menschenraub, Nötigung, Kuppelei usw. — eingeschritten werden konnte².

2. Der Antrieb für eine gesamtschweizerische Bekämpfung des Mädchenhandels ging von internationalen Konventionen aus³. Folgende Daten zeigen die Entwicklung:

Abkommen betreffend Unterdrückung des Mädchenhandels (sog. Verwaltungsabkommen mit administrativen Maßnahmen) vom 18. Mai 1904⁴, in der Schweiz in Kraft seit dem 18. Juli 1905 (Eidg. GesSlg. N.F. 21, 37ff.). Zentralstelle für die Sammlung und Verarbeitung der in der Schweiz gemachten Erhebungen betreffend den Mädchenhandel ist die Bundesanwaltschaft.

Übereinkommen zur Bekämpfung des Mädchenhandels (Konvention mit Minimalforderungen für die Strafgesetzgebung der Vertragsstaaten) vom 4. Mai 1910 zusammen mit den Zusatzabkommen des Völkerbundes vom 30. September 1921 zur Unterdrückung des Frauen- und Kinderhandels⁵. Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, ihre nationale Strafgesetzgebung den Konventionsvorschriften über die Umschreibung der strafbaren Handlungen, die Auslieferung usw. anzupassen. Sie sind berechtigt, über die Mindestforderungen der Konvention hinauszugehen⁶.

¹ ZELLER: Kommentar § 120, N. 1 und 4. Eine Anwendung dieser Bestimmung ist mir nicht bekannt geworden. — Seitdem ist Freiburg Art. 122 mit einer aus Art. 177 des eidg. E. 1918 übernommenen Bestimmung dazugekommen.

² Dazu SCHNEIDER: 76ff., BBl. 1924 III, 1051ff.; MITTERMAIER: VD. Bes. Teil, 4, 193.

³ Die Geschichte der internationalen Bestrebungen bei MEXIN: 60ff.; SCHNEIDER: 87ff., 94ff.; BUGMANN: 115ff. — Daten bei STÄMPFLI: JZ. 22, 289ff. und Z. 38, 99f.; KRONAUER: Prot. II. ExpKom. 3, 251f. — Die Weiterentwicklung der Gesetzgebung über den Frauen- und Kinderhandel erstreben auch die Conférences internationales pour l'unification du droit pénal; vgl. z. B. Revue belge de Droit pénal, 12, 203f.

⁴ Documents diplomatiques der Pariser Konferenz von 1902. Vgl. SCHNEIDER: 103ff.; STÄMPFLI: a. a. O. 290ff.

⁵ Botschaft des Bundesrates vom 25. November 1924 über den Beitritt zur Konvention von 1910 und die Genehmigung des Übereinkommens von 1921: BBl. 1924 III, 1036ff.; Texte der Konventionen: eodem, 1059ff., 1066ff. und eidg. GesSlg. 42, 179ff. — Über die Notwendigkeit des Beitrittes für die Schweiz: BBl. 1924 III, 1056ff.

⁶ BBl. 1924 III, 1018f.; STÄMPFLI: JZ. 22, 292, 295 und Z. 39, 187.

3. Auf Grund dieser Konventionen erging das Bundesgesetz vom 30. September 1925 betreffend die Bestrafung des Frauen- und Kinderhandels (sowie der Verbreitung und des Vertriebes von unzüchtigen Veröffentlichungen)¹. Es trat am 1. Februar 1926 in Kraft.

4. Art. 202 des G. entspricht, von einigen unbedeutenden Abweichungen abgesehen, dem Art. 1 des BGes. von 1925.

5. Seitdem ist als weitere Ergänzung das internationale Abkommen vom 11. Oktober 1933 betreffend die Unterdrückung des Handels mit volljährigen Frauen hinzugekommen².

II. 1. Täter des Frauen- und Kinderhandels kann jedermann sein. Da erfahrungsgemäß der Mädchenhandel regelmäßig (international) organisiert ist und durch die Zusammenarbeit einer Mehrzahl von Personen verübt wird, mag die Anwendung der Teilnahmenormen gelegentlich Schwierigkeiten bieten. Sie werden dadurch vermindert, daß der Art. 202 zahlreiche Fälle des Mitwirkens bereits als selbständige Täterschaft behandelt (unten 3).

2. Als Opfer nennt Art. 202 einerseits Frauen, also nach Art. 110 Ziff. 1 weibliche Personen von mehr als 16 Jahren, andererseits Minderjährige beider Geschlechter. — Geschützt ist jede weibliche Person³, ohne Rücksicht auf ihr Alter, gleichgültig, ob sie verehelicht oder unverehelicht, bescholten oder unbescholten ist, unabhängig auch davon, ob sie einem Handel mit ihrer Person zugestimmt hat oder nicht⁴. Darin kommt, anders als bei der Entführung einer Frau (Art. 183), das Allgemeininteresse an der Bekämpfung jeder Art des Frauenhandels zum Ausdruck. —

¹ Botschaft des Bundesrates vom 25. November 1924: BBl. 1924 III, 1018ff. Gesetzesberatung: StenBull. 1925, StR. 1 ff., 17 ff., 303 ff., 324; NR. 520 ff., 726. Text: eidg. GesSlg. 42, 9 ff., auch JZ. 22, 237 f. — Der 2. Teil des Gesetzes über die unzüchtigen Veröffentlichungen ist unten § 33 erörtert. — Das BGes. von 1925 und Art. 202 des G. brücksichtigen den Kinderhandel nur, soweit er zu Unzuchtswirken erfolgt. Andere Arten des Kinderhandels erfaßt der Art. 219; BUGMANN: 10 ff.

² Botschaft des Bundesrates vom 13. April 1934 über den Beitritt: BBl. 1934 I, 870 ff.; Text: eidg. GesSlg. 50, 575 ff.

³ Die noch vielfach üblichen Ausdrücke *traite des blanches* und *white slave traffic* sind zu eng; GAUTIER: Z. 25, 288.

⁴ Art. 1 und 2 der Konvention von 1910 verpflichteten die Vertragsstaaten nur bei Minderjährigen ohne Rücksicht auf die Zustimmung zu strafen. Das Abkommen von 1933 erfaßt jetzt auch jeden Handel mit volljährigen Frauen und Mädchen. Für die Bestrafung in jedem Fall ist die vorwiegende Meinung in der Schweiz seit langem eingetreten; BALMER: Z. 24, 195 ff.; GAUTIER: Z. 25, 290; NAINE: StenBull. NR. 1925, 521; SCHNEIDER: 32 f., 146 ff. Vgl. dagegen BBl. 1924 III, 1019 ff.; E. 1908, Art 134 und dazu Prot. II. ExpKom. 3, 242 ff., ferner HÄBERLIN: StenBull. 1925, StR. 18 f.

Geschützt gegen den Unzuchtshandel ist aber auch jeder minderjährige Mann¹.

3. Nach dem Tatbestand in Art. 202 Ziff. 1 treibt der Täter, um der Unzucht eines andern Vorschub zu leisten, mit Frauen oder Minderjährigen Handel, insbesondere, indem er sie anwirbt, verschleppt oder entführt. Das Handeltreiben (*se livrer à la traite des femmes ou des mineurs*) weist, was ja auch den Tatsachen entspricht, auf Kauf- und Tauschgeschäfte hin. Die als Beispiele genannten Tätigkeiten des Anwerbens, Verschleppens, Entführens dehnen — sprachlich sehr gewagt — den Begriff viel weiter aus². Die Zusammenfassung aller Unternehmungen unter dem Ausdruck des Handeltreibens ergibt, daß der Täter um des Gewinnes willen handeln muß³.

Stellt man neben diese Umschreibung der Ziff. 1 den auch Vorbereitungshandlungen erfassenden Tatbestand der Ziff. 3: wer Anstalten zu Frauen- oder Kinderhandel trifft, so ist der Kreis derart geschlossen, daß kaum irgend etwas, das deutlich erkennbar den Zusammenhang mit einem solchen schändlichen Handel verrät, der Strafe zu entgegen vermöchte⁴.

4. Das Handeltreiben muß geschehen, um der Unzucht eines andern⁵ Vorschub zu leisten. Die Absicht des Täters geht auf Förderung fremder Unzucht in der Weise, daß dem Unzuchtsbetrieb — einem Bordell, einem gewerbsmäßigen Kuppler (s. unten III 6), seltener einem einfachen Kuppler oder einem einzelnen Liebhaber — „Ware“ zugehalten werden soll⁶. Ein solcher Erfolg braucht aber nicht eingetreten

¹ Grundlage für diese Erweiterung ist Art. 2 des Übereinkommens von 1921. Daß man bei einem 16—20jährigen Mann noch von Kinderhandel redet, ist grotesk. Dieser Teil des Art. 202 hat für die Schweiz kaum praktische Bedeutung. Zur Frage des Kinderhandels Prot. II. ExpKom. 2, 499ff.; BBl. 1924 III, 1019f.; GRÜNENFELDER: StenBull. NR. 1925, 524; SCHNEIDER: 150f.

² Über Anwerben, Verschleppen, Entführen BBl. 1924 III, 1021f.; SCHNEIDER: 34ff., 153f.; auch oben § 21 I (Entführung); STOOS: Z. 7, 380f. und WEISS: Prostitutionsfrage, 231, über das Anwerben. — Die vom G. genannten Beispiele lassen sich leicht vermehren: das Verhandeln an ein Bordell oder an einen einzelnen, die Übergabe des Mädchens an einen Agenten und die Übernahme durch ihn usw.; STÄMPFLI: Z. 39, 197ff. (strafbar ist auch der Abnehmer; er ist am Handel beteiligt).

³ Nicht erforderlich, die Gewinnsucht als Tatbestandsmoment besonders zu nennen; anderer Meinung SCHNEIDER: 163.

⁴ Strafbare Vorbereitung z. B. Aufgabe von Inseraten, Agententätigkeit, Übermittlung von Nachrichten an Händlerorganisationen usw.; BBl. 1924 III, 1022; STÄMPFLI: Z. 39, 199.

⁵ Anders als bei der Entführung, die zum Zweck eigenen unzüchtigen Mißbrauchs erfolgt (Art. 183—185).

⁶ Unterschied gegenüber der Kuppelei: der Frauenhändler beschafft die „Ware“ oder bemüht sich wenigstens um die Beschaffung, der Kuppler schafft oder steigert die einzelne Gelegenheit zur Verübung von Unzucht (oben § 28 II);

zu sein. Schon das Anwerben usw. vollendet den Tatbestand, wenn es gewinnsüchtig und in besagter Absicht erfolgt ist.

5. Der Mädchenhändler wird, bis er ein Geschäft zum Abschluß gebracht hat, den Tatbestand des Art. 202 regelmäßig mehrfach erfüllt haben: er hat Anstalten getroffen, seine Beziehungen spielen lassen, unterhandelt, angeworben, vielleicht auch verschleppt. Die Erfüllung der mehreren Varianten stellt weder die Rechtsfigur des fortgesetzten Verbrechens dar¹, noch ist sie Realkonkurrenz. Was der Händler im einzelnen vorkehrt, um ein Geschäft zustande zu bringen, sind nur die einzelnen Teile des Handeltreibens. Unter diesem Gesichtspunkt muß sie der Richter zu einer Deliktseinheit zusammenfassen.

III. Ist schon der Grundtatbestand des Art. 202, das Handeltreiben, kasuistisch beschwert, so zeigt die Gestaltung der qualifizierten Fälle eine wahre Sucht zur Spezialisierung². Der mit einem weiten Strafrahmen ausgestattete Grundtatbestand hätte für die Bekämpfung ausgereicht. Die Ziff. 2 nennt als erschwerte, mit Zuchthaus nicht unter 3 Jahren bedrohte Fälle:

1. Das Opfer des Händlers hat das 18. Jahr noch nicht zurückgelegt³.

2. Das Opfer ist die Ehefrau, das Kind, Großkind, Adoptiv- oder Stiefkind des Täters oder es ist ihm zur Pflege, Obhut oder Aufsicht anvertraut⁴.

3. Der Täter hat beim Anwerben, Verschleppen, Entführen usw. List, Gewalt, Drohung oder Zwang angewendet⁵.

BBL. 1924 III, 1022f.; MITTERMAIER: VD. a. a. O. 193; ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 3, 245; MEXIN: 57; STÄMPFLI: JZ. 22, 296 und Z. 39, 194. — Daß einerseits in Art. 198 und 200, andererseits in Art. 202 der gleiche Ausdruck der Vorschubleistung gebraucht wird, erschwert die deutliche begriffliche Differenzierung zwischen Kuppelei und Mädchenhandel. Anders MITTERMAIER: Z. 20, 238 (Frauenhandel sei nichts anderes als Kuppelei).

¹ Nicht haltbar SCHNEIDER: 87, 157ff., es liege ein fortgesetztes Delikt vor. Zutreffend dagegen 154: das Gesetz stellt ein ganzes Verhalten — das Handeltreiben — unter Strafe.

² Eine gesetzestechnisch bedenkliche Hypertrophie, die um so bedenklicher ist, als der Art. 202 selten zur Anwendung kommen wird. Ähnliche Kritik von LANG: Prot. II. ExpKom. 3, 253. Vgl. einerseits die viel kürzere und ausreichende Fassung im deutschen E. 1927, § 308, andererseits den umständlichen Vorschlag der IV. Conférence pour l'unification du droit pénal, Revue belge, 12, 203f.

³ Jugendschutzbestimmung. Gleiches Schutzalter wie in Art. 196, 200. Vgl. WETTSTEIN: StenBull. StR. 1925, 20.

⁴ Ähnliche Beziehungen in Art. 191 (Unzucht mit Kindern, gleichfalls mit qualifizierender Wirkung) und in Art. 192 (Unzucht mit Pflegebefohlenen).

⁵ Vgl. die sorgfältigere Formulierung beim Entführungstatbestand (Art. 183) eine Frau „wider ihren Willen gewaltsam oder nachdem er (der Täter) durch Anwendung von List oder Drohung ihre Einwilligung erlangt hat“, entführen; dazu oben § 21 II 1.

4. Der Täter hat die Notlage der verhandelten Person oder ihre durch ein Dienstverhältnis begründete Abhängigkeit mißbraucht¹.

5. Die verhandelte Person ist in das Ausland, d. h. aus dem schweizerischen Staatsgebiet hinausgebracht worden². Der weitere Erfolg, daß sie im Ausland bereits der Unzucht überliefert worden wäre, braucht nicht vorzuliegen.

6. Das Opfer soll einem gewerbsmäßigen Kuppler überliefert werden. Die geschäftliche Beziehung zwischen dem Händler und dem gewerbsmäßigen Kuppler muß festgestellt werden. Auch hier ist die erfolgte Überlieferung der verhandelten Person nicht erforderlich. — In diesen Beziehungen zwischen Händler und gewerbsmäßigem Kuppler (Bordellinhaber) liegt der gewöhnliche, ja fast ausschließliche Fall des Mädchenhandels³. Da das Gesetz ihn qualifiziert, hat es die Anwendung des Tatbestandes des einfachen Handels gemäß Ziff. 1 praktisch nahezu ausgeschaltet⁴.

7. Erst recht zu diesem Schluß führt die an letzter Stelle genannte Qualifikation: gewerbsmäßiger Betrieb des Frauen- und Kinderhandels. Ein nicht gewerbsmäßiger Mädchenhändler kommt selten vor, läßt sich auch begrifflich schwer denken⁵.

IV. Bei der Wertung der Strafdrohungen des Art. 202 ist zu beachten, daß sozusagen bei jedem echten Fall eines Frauenhandels einer oder mehrere Qualifikationsgründe miterfüllt sein werden (oben III). Der Richter wird selten in die Lage kommen, nur die Strafdrohung der Ziff. 1 — Zuchthaus — anwenden zu können. Er muß regelmäßig gemäß Ziff. 2 auf Zuchthaus von mindestens 3 Jahren erkennen⁶.

¹ Zusammenhang mit dem Verführungstatbestand, Art. 197; dazu oben § 27 III.

² Das ist der Hinweis auf den internationalen Handel.

³ Der Mädchenhändler ist der Bordelllieferant. Ausnahmsweise mag es vorkommen, daß er gegen Entgelt auch einem einzelnen Lebemann eine Mätresse verschafft; vgl. den Fall im Répertoire vaudois: 83. Wer aber lediglich einem Liebhaber gegen Entgelt ein Mädchen zuführt, ist Kuppler, nicht Mädchenhändler.

⁴ GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 249 forderte die Streichung dieser Qualifikation, weil das Ziel, die Frau einem gewerbsmäßigen Kuppler zuzuführen, schon zum Grundtatbestand des Mädchenhandels gehöre. Vgl. auch GAUTIER: Z. 25, 292; VEILLARD: a. a. O. 92f.

⁵ Gut ZELLER: J. Z. 16, 124. — Über die Gewerbsmäßigkeit oben § 28 III 2.

⁶ Konsequenzen: Wer z. B. ein Mädchen angeworben hat, um es einem gewerbsmäßigen Kuppler zu überliefern, muß, auch wenn die Zuführung nicht erfolgte, minimal mit 3 Jahren Zuchthaus bestraft werden. Wer dagegen gewerbsmäßig ein Mädchen verkuppelt hat, steht nur unter der Strafdrohung: Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis nicht unter 6 Monaten. Das ist ganz unbefriedigend. Gegen die Überspannung der Strafdrohung beim qualifizierten Frauenhandel auch HÄBERLIN und BÉGUIN: StenBull. StR. 1925, 21. Vgl. ferner GAUTIER: Z. 25, 294.

Der Täter, der Anstalten zu Frauen- oder Kinderhandel trifft, steht unter der Drohung Zuchthaus oder Gefängnis (Ziff. 3)¹.

In allen Fällen wird der Täter überdies mit Buße und, wenn er Ausländer ist, auch mit Landesverweisung bestraft (Ziff. 4)².

V. Nach Art. 202 Ziff. 5 gilt für den Frauen- und Kinderhandel das sog. Weltrechtsprinzip (Allg. Teil, § 11 II 4 und § 12 III)³. Durch den Art. 3 des BGes. von 1925 ist Art. 3 Ziff. 15 des Gesetzes betreffend die Auslieferung gegenüber dem Ausland durch Beifügung der Worte „Frauen- und Kinderhandel“ ergänzt worden⁴.

III. Sog. einfache Unzuchtsdelikte.

Vorbemerkung.

Mit der Verlegenheitsbezeichnung einfache Unzuchtsdelikte werden die Fälle strafbaren Verhaltens zusammengefaßt, bei denen, wenigstens dem Grundtatbestand nach, weder ein Angriff auf die geschlechtliche Freiheit und Ehre eines Menschen das Kennzeichnende ist, noch eine Ausbeutung oder Begünstigung fremder Unzucht vorliegt. Die gesetzgeberische Gestaltung ist bei dieser Gruppe am schwierigsten. Der Gesetzgeber hat keinen sicheren Boden unter den Füßen. Nicht der Schutz des Einzelnen gegenüber Eingriffen in seine Geschlechtssphäre steht im Vordergrund, sondern die Wahrnehmung eines allgemeinen Interesses. Aber worin liegt es? Sind die geschlechtliche Moral und die öffentliche Sittlichkeit Begriffe, die juristisch so scharf erfaßt werden können, daß man sie zum Rechtsgut im strafrechtlichen Sinne erheben kann? Das ist nicht möglich. Keine Zeit ist zu so allgemein anerkannten Anschauungen und Werturteilen über das, was geschlechtlich sittlich oder unsittlich ist, gelangt, daß sich für den Strafgesetzgeber ein sicheres Feld ergeben würde⁵. Er muß sich bescheiden, das meiste

¹ Die Qualifikationen der Ziff. 2 kommen bei diesen Vorbereitungshandlungen nicht zur Geltung. SCHNEIDER: 186.

² Das BGes. von 1925, Art. 1 Ziff. 4 sieht Buße bis zu 20000 Fr. vor. Das G. Art. 48 Ziff. 1 II bestimmt dagegen, daß der Richter, wenn der Täter aus Gewinnsucht handelt, was beim Frauenhändler immer zutrifft, an diesen Höchstbetrag nicht gebunden ist.

³ Ebenso schon das BGes. von 1925, Art. 2. Dazu BBl. 1924 III, 1024; STÄMPFLI: Z. 39, 200; SCHNEIDER: 190 ff.; StenBull. StR. 1925, 21 f., 304 f. (Bedenken dagegen); v. CLERIC: JZ. 23, 17 ff.

⁴ Dazu STÄMPFLI: Z. 39, 201.

⁵ Dazu oben § 23; ROTH (Angaben zu § 33): 59 ff. (allgemeine Sittlichkeit als Schutzobjekt); v. LILIENTHAL: Z. 40, 333 dagegen mit der schroffen Formulierung: Ein „besonderes Rechtsgut der Sittlichkeit“ gibt es für das Strafrecht nicht. Vgl. auch v. CLERIC: JZ. 9, 171. — Der Randtitel zu Art. 203/204: Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit (Outrages à la morale publique) befriedigt nicht.

ethischer Beurteilung überlassen¹. Daß übrigens auch der Ethik machtvolle Reaktions- und Zwangsmittel zur Verfügung stehen, sollen diejenigen nicht unbeachtet lassen, die allzu leicht geneigt sind, dem Strafrecht bei der Lösung dieser Fragen ein Versagen vorzuwerfen.

Die Unsicherheit und Problematik der juristischen Wertung zeigt sich bei allen Tatbeständen dieser Gruppe, in besonders hohem Maße bei den Normen über die widernatürliche Unzucht (Art. 194), über öffentliche unzüchtige Handlungen (Art. 203) und über unzüchtige Veröffentlichungen (Art. 204). Sie wirkt sich zum Teil in der Verklausulierung der Tatbestände, zum andern Teil darin aus, daß dem Richter — notgedrungen — ein besonders weites Feld freien Ermessens überlassen werden muß.

§ 31. Widernatürliche Unzucht.

Literatur. Angaben zu § 23. — **STOOS**: Grundzüge, 2, 262ff. — **MITTERMAIER**: VD. Bes. Teil, 4, 147ff. — **RÜEGG** (Lit. zu § 23); 52ff. — **v. CLERIC**: JZ. 9, 169ff. — **NAGLER**: Gerichtssaal, 82, 27ff. — **WILHELM**: Z. 24, 26ff. — **LADAME**: Z. 27, 279ff. — **HAFTER**: Z. 43, 37ff. — **WIDMER** (Lit.-Angaben zu § 26): 86ff. — **STRASSER**: Psychiatrie und Strafrecht (1927), 127ff. — **PFFENNINGER**: Z. 34, 33ff. (Leichenschändung). — **v. SURY**: Archiv für Kriminalanthropologie, 35, 293ff. (Unzucht mit Tieren). — **KLARE**: Homosexualität und Strafrecht (1937), 81ff.

I. Der Art. 194 gehört in seiner schließlichen Form nicht mehr zu der Gruppe der einfachen Unzuchtsdelikte. Er ist trotzdem in diesem Zusammenhang zu erörtern, weil, namentlich im Hinblick auf bisherige Rechte und auf Art. 157 Ziff. 1 des MilStG.², vom Grundtatbestand: Vornahme einer unzüchtigen Handlung mit einer Person gleichen Geschlechts auszugehen ist. Er ist ein sog. einfaches Unzuchtsdelikt.

Der Begriff: unzüchtige Handlung hat hier einen andern Sinn als in den Art. 188—193, wo er im Gegensatz zum (unzüchtigen) Beischlaf steht (oben § 24 III). Bei der widernatürlichen Unzucht ergibt sich, wenn man zunächst von der Unzucht mit Tieren und der Leichenschändung absieht, die Unzüchtigkeit der Handlung aus der Tatsache gewisser geschlechtlicher Beziehungen zwischen Personen gleichen Geschlechts. Damit ist bereits die Schwierigkeit angedeutet, die Reichweite des Begriffs im Sinne des Art. 194 zu bestimmen. Es kann keine Rede davon sein, jede subjektiv unzüchtige Berührung eines Geschlechtsgenossen — Liebkosungen, Küssen z. B. — zu bestrafen. Die Notwendigkeit einer Beschränkung ergibt sich. Einige bisherige Rechte erreichen sie dadurch, daß sie entweder als weiteres Tatbestandsmoment die Erregung öffentlichen Ärgernisses aufgenommen haben oder wenigstens die Stellung eines

¹ Vgl. **MITTERMAIER**: VD. Bes. Teil, 4, 151f.: Für den Strafgesetzgeber ist, insbesondere bei der widernatürlichen Unzucht, allein die Frage der sozialen Gefährlichkeit maßgebend.

² Dazu **HAFTER**: 64; **RÜEGG**: 71.

Strafantrages erfordern¹. Damit wird jedoch der Frage, was als gleichgeschlechtliche unzüchtige Handlung zu gelten hat, ausgewichen. In andern Gesetzen wird der Tatbestand im Sinne einer Einschränkung durch die Formel: widernatürliche Befriedigung des Geschlechtstriebes verdeutlicht (Luzern § 119, Obwalden Art. 65, Aargau § 96)². Aber auch damit ist für den Richter noch keine sichere Wegleitung gegeben. Die Praxis hat daher von sich aus Einschränkungen vorgenommen. Sie prüft die Strafwürdigkeit des Einzelfalls. Das ist insbesondere in Zürich und Bern erfolgt, die sich mit der Tatbestandsfassung: Wer widernatürliche Unzucht treibt (begeht) begnügen (Zürich § 126, Bern Art. 162). Namentlich im Anschluß an die frühere deutsche Literatur und die Rechtsprechung zu § 175 des deutschen StGB. ist man zu der Anschauung gelangt, daß nur beischlafsähnliche Handlungen von Mann zu Mann, deren Ziel die geschlechtliche Befriedigung ist, bestraft werden sollen³. Unsicherheit bleibt auch hier. Abgesehen von der Unbestimmtheit des

¹ Z. B. Graubünden § 135: „insofern darüber geklagt oder öffentliches Ärgernis dadurch gegeben wird“; Neuenburg Art. 282: *La poursuite n'a lieu que s'il y a scandale public, ou sur plainte* — Neuenburg bezeichnet den Tatbestand als Sodomie, versteht darunter aber nach den Gesetzesmotiven nur die widernatürliche Unzucht zwischen Menschen (*sodomia ratione sexus*); Strooss: Grundzüge, 2, 263, Nr. 1. Über die Erregung öffentlichen Ärgernisses als Tatbestandsmoment vgl. auch ZÜRCHER: Prot. I. ExpKom. 2, 594.

² Noch weiter einschränkend Appenzell A.-Rh. Art. 98: Wer seinen Geschlechtstrieb durch unnatürliche körperliche Vereinigung befriedigt, macht sich der widernatürlichen Wollust schuldig. Weitere kantonale Daten bei v. CLERIC: JZ. 9, 169f.; PFENNINGER: 39f.; HAFTER: 39f.; RÜEGG: 69f.

³ RÜEGG: 62ff. (beischlafsähnliche Handlungen als homosexuelles Gegenstück zum heterosexuellen Beischlaf); KREBS: Strafgesetze für den Kanton Bern, StGB. Art. 162, N. 2 und vor allem Zürich: JZ. 9, 292ff und Zürcher Bl. 13, Nr. 9: Die widernatürliche Unzucht umfaßt Handlungen zwischen Personen männlichen Geschlechts, „bei denen in beischlafsähnlicher Weise das männliche Glied in oder an die natürlichen oder die zu diesem Zwecke künstlich gebildeten Öffnungen des andern Teils geführt oder aber mit den Geschlechtsteilen oder den in unmittelbarer Nähe befindlichen Körperteilen des andern Wesens in unmittelbare Berührung gebracht wird“. Strafbar sind also namentlich die *immissiones in anum* (Päderastie im engsten Sinne), in *os* und *inter femora*. Nicht erforderlich ist *immissio seminis*. Nicht strafbar sind rein *onanistische Akte*. Vgl. ferner JZ. 21, 360f. (Zürich); 14, 272, Nr. 242 (Schwyz: *immissio in anum*, nicht gegenseitige Onanie); 24, 156f. (Schaffhausen: *immissio inter femora*); 31, 296, Nr. 241 und 32, 47, Nr. 34 (Luzern); Z. 47, 278 (Baselstadt). Enger ZELLER: Kommentar zur zürcher. StGB. § 126, N. 2 (nur *immissio in anum*). Gegen die Verwendung des Begriffs der Beischlafähnlichkeit NAGLER: Gerichtssaal, 82, 41ff. und die dort zitierte deutsche Literatur, ferner v. CLERIC: JZ. 9, 175. Beide fordern vom Gesetzgeber eine deutliche, engere Umschreibung des Tatbestandes. Strafbar soll nur sein der Verkehr zwischen Männern, der durch die Einführung des Geschlechtsteiles in den Körper der andern Person ausgeübt wird. Damit wären die *immissiones in anum* und in *os* erfaßt. Vgl. auch MITTERMAIER: Z. 20, 220 und namentlich VD. Bes. Teil, 4, 153ff.; RÜEGG: 65ff., 74.

Begriffes der beischlafsähnlichen Handlung sind mit ihr unzüchtige Handlungen zwischen Frauen (Cunnilingus und andere lesbische Beziehungen) kaum je strafrechtlich erreichbar. Namentlich wegen der sich ergebenden praktischen Schwierigkeiten läßt sich jedoch die Anschauung, unzüchtige Handlungen zwischen Frauen straflos zu lassen, mit gutem Grund vertreten¹.

II. Art. 194 begnügt sich mit der Formel: unzüchtige Handlungen mit Personen gleichen Geschlechts. Er läßt also den Streitfragen und damit der richterlichen Wertung des Einzelfalls alle Türen offen². Die widernatürliche Unzucht zwischen Frauen wird mitumfaßt. Widernatürlich unzüchtige Handlungen zwischen Mann und Frau bleiben straflos. Im übrigen wird sich auch in Zukunft eine einschränkende Auslegung des Begriffs der unzüchtigen Handlung ergeben. Wenigstens für den Verkehr zwischen Männern ist diese Auslegung durch die bisherige Rechtsprechung einigermaßen sichergestellt. Nicht so beim Verkehr zwischen Frauen. Ob sich hier eine befriedigende Praxis zu bilden vermag, ist auch künftig im Hinblick darauf, daß Fälle widernatürlicher Unzucht zwischen Frauen nur ganz selten vor den Richter kommen³, äußerst zweifelhaft.

Das für die Tragweite des Art. 194 Entscheidende sind die tatbestandsmäßigen Einschränkungen. Nicht der gleichgeschlechtliche Verkehr schlechthin ist strafbar⁴. Er ist in folgenden drei Fällen mit Strafe — Gefängnis — bedroht:

1. Der Täter treibt gewerbsmäßig⁵ gleichgeschlechtlichen Verkehr (Abs. III). Die Bestimmung soll vor allem, ja wohl ausschließlich, die

¹ Für Straflosigkeit des Verkehrs zwischen Frauen v. CLERIC: JZ. 9, 172f.; ZELLER: eodem, 16, 123; LANG: Prot. II. ExpKom. 3, 179f.; LADAME: 289f., 292.

² Dazu auch HAFTER: 41; RÜEGG: 52ff., 56f. (geschichtliche Daten).

³ Eine ganz andere Frage ist die nach der Häufigkeit ihres Vorkommens. — Die bisherigen schweizerischen statistischen Zahlen beziehen sich wohl fast nur auf Verurteilungen von Männern; Schweizer. Kriminalstatistik 1929, 25: 96 Verurteilungen, mit überdurchschnittlichen Zahlen in Bern (25), Freiburg (12), St. Gallen (24), Aargau (11). Zürcherische Statistik für die Jahre 1910—1927 bei HAFTER: 45. In den mitgeteilten Zahlen mögen auch einige Fälle von Verurteilungen wegen Unzucht mit Tieren enthalten sein. Die Einzelheiten lassen sich nicht feststellen. Kantonale Daten über Verurteilungen wegen Unzucht mit Tieren bei v. SURY: a. a. O. 298ff.

⁴ Der Widerstreit der Meinungen darüber ist in der Schweiz ebenso heftig wie anderswo. Die Gesetzesberatungen zeigen die Kämpfe um den Artikel: Prot. I. ExpKom. 2, 169f., 205f., 593f.; Prot. II. ExpKom. 3, 176ff.; 4, 45. — LADAME: 279ff. — HAFTER: 37ff. — StenBull. NR. 1929, 166ff., 765ff.; StR. 1931, 531ff. Vgl. ferner MITTERMAIER: VD. Bes. Teil, 4, 147ff. und in der Anlage I zum deutschen StGB.-Entwurf 1927, 104ff. (Gesetzesmaterialien über die Behandlung der Unzucht zwischen Männern). — Zusammenstellung medizinischer Literatur über die Homosexualität bei KRONECKER: ZgesStRW. 47, 580ff.

⁵ Zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit oben § 28 III 2.

männliche Prostitution treffen. Daß der sich prostituierende Mann bestraft werden soll, während die Prostitution der Frau an sich straflos bleibt, ist mindestens ein Schönheitsfehler des Gesetzes¹. Die verschiedene Behandlung läßt sich wohl nur — sehr unzureichend — damit erklären, daß dem Gesetzgeber rein gefühlsmäßig die männliche Gewerbsunzucht widerwärtiger, gemeiner vorkommt als die weibliche Prostitution.

2. Der Täter verführt eine unmündige Person des gleichen Geschlechts im Alter von mehr als 16 Jahren zur Vornahme oder zur Duldung unzüchtiger Handlungen (Abs. I)². Die Bestimmung schließt an die Tatbestände der beischlafsähnlichen und andern unzüchtigen Handlung mit Kindern (Art. 191 Ziff. 1 und 2) an, mit dem Unterschied, daß Kindern gegenüber die gleichgeschlechtliche Betätigung ohne weiteres strafbar ist, während gegenüber dem 16—20jährigen Verführung dazukommen muß. Die jugendliche Person muß der Initiative und den Einwirkungen des Täters unterlegen sein (zum Verführungsbegriff oben § 27 I). Verführer kann auch ein Minderjähriger sein. Doch gelten für ihn die Bestimmungen des Jugendstrafrechts (Art. 82ff.). Bei einem Täter zwischen 18 und 20 Jahren greift das Milderungssystem des Art. 100 Platz³. — Mit der Formel: Verführung zur Vornahme oder zur Duldung unzüchtiger Handlungen wird sowohl das aktive wie das passive Verhalten des Opfers umfaßt.

3. Der Täter erlangt die Vornahme oder die Duldung einer gleichgeschlechtlichen Handlung durch Mißbrauch der Notlage oder der durch ein Amts- oder Dienstverhältnis oder auf ähnliche Weise begründeten Abhängigkeit einer Person (Abs. II). Die Voraussetzungen sind gleich umschrieben wie beim Tatbestand des Art. 197: Mißbrauch einer Frau; vgl. die Erörterungen oben § 27 III. Der Mißbrauchstatbestand stellt ebenso wie das Delikt des Art. 197 ein Verbrechen gegen die geschlechtliche Freiheit und Selbstbestimmung dar.

4. Die in Art. 195 aufgestellten erschwerenden Umstände — voraussehender Todeserfolg, vorauszusehende schwere Gesundheitsschädigung, Verübung von Grausamkeit (oben § 24 IV) — sind bei allen drei Tatbeständen des Art. 194 in Betracht zu ziehen.

¹ Genügend wäre die Anwendung der Bestimmungen über das gewerbsmäßige Anlocken zur Unzucht an öffentlichen Orten (Art. 206), über die Belästigung der Mitbewohner eines Hauses oder der Nachbarschaft durch Gewerbsunzucht (Art. 207) und eventuell des Art. 210 über die Veröffentlichung von Gelegenheiten zur Unzucht. Diese Normen haben selbstverständlich auch für die männliche Prostitution Geltung; vgl. LADAME: 290f.; H. W. MAIER: Z. 22, 313; HAFTER: 66ff.; WILHELM: Z. 24, 27.

² RÜEGG: 78f. (Verführungsdelikt und zwar ohne Unterschied des Geschlechts).

³ HAFTER: 67.

Aber nicht allein die Art. 194/195 treffen die gleichgeschlechtliche unzüchtige Handlung. Für eine Bestrafung homosexueller Betätigung können außer den schon genannten Art. 191 Ziff. 1 und 2 noch folgende Tatbestände in Frage kommen: Nötigung zu einer unzüchtigen Handlung nach Art. 188, Schändung und Unzucht mit Schwachsinnigen nach Art. 189 II und 190 II, Unzucht mit unmündigen Pflegebefohlenen von mehr als 16 Jahren nach Art. 192 Ziff. 2, Unzucht mit Anstaltspfinglingen usw. nach Art. 193 II. Alle diese Tatbestände sind so gefaßt, daß ihnen auch die gleichgeschlechtliche Unzucht unterfällt. Sie gehen, wenn der Täter im Einzelfall ihre besondern Voraussetzungen erfüllt, dem Art. 194 vor.

III. 1. Unzucht von Menschen mit Tieren (Bestialität, sodomiaratione generis)¹ ist nicht unter Strafe gestellt².

2. Die VE. 1894 und 1896 hatten als einen Fall widernatürlicher Unzucht die Leichenschändung in einer besonderen Bestimmung (Art. 116 und 125) herausgehoben³. Die spätern Entwürfe haben den Tatbestand nicht übernommen. Die Beurteilung solcher Fälle, bei denen wohl immer Zweifel an der geistigen Gesundheit des Täters entstehen, bereitet einige Verlegenheit. Der Tatbestand der Störung des Totenfriedens, insbesondere die Verunehrung einer Leiche (Art. 262 Ziff. 1) mit der Strafdrohung Gefängnis oder Buße, ist zwar anwendbar, stellt aber gegenüber einem zurechnungsfähigen Täter kaum eine befriedigende Reaktion dar⁴.

¹ Geschichte und Kasuistik aus neuerer Zeit bei v. SURY: a. a. O.

² Anders bisherige Rechte. Zum Teil stellen sie den Tatbestand ausdrücklich auf, z. B. Luzern § 119, Schwyz § 95, Freiburg Art. 127, Solothurn § 104, Schaffhausen § 182, zum andern Teil wird durch die allgemeine Fassung — Verübung widernatürlicher Unzucht — die Bestialität mitumfaßt (Zürich § 126 und dazu JZ. 24, 155, Nr. 36; Bern Art. 162). Vgl. ferner VE. 1894, Art. 115 und die spätern Bemühungen zur Aufstellung eines besonderen Tatbestandes der Bestialität: Prot. I. ExpKom. 2, 206f.; Prot. II. ExpKom. 3, 176ff.; StenBull. NR. 1929, 164, 176; StR. 1931, 531, 534, 537f.; LADAME: 290. Siehe auch RÜEGG: 58f., 61 (zu erwägen die Anwendung der Bestimmungen über Tierquälerei). Gegen Bestrafung SCHRAG (Lit. zu § 23): 97f.

³ Dazu Motive VE. 1894, 196f. und Prot. I. ExpKom. 2, 204; Prot. II. ExpKom. 4, 341, 346. Die bisherigen Rechte enthalten keine Bestimmungen. Ein krasser Fall, der zu einer Verurteilung auf Grund des § 126 des zürcherischen StGB. führte, in JZ. 16, 307f. und Zürcher Bl. 19, Nr. 113; vgl. auch Gerichtssaal, 88, 473f. und namentlich PFENNINGER: 33ff., 41ff. Über weitere Fälle von Leichenschändung (Nekrophilie und Nekrosadismus) PLASSARD und RISER: Revue belge de Droit pénal, 1922, 417ff. Gegen die Strafbarkeit MITTERMAIER: Z. 20, 240 und VD. Bes. Teil, 4, 152. Für die Aufstellung einer Bestimmung gegen die Leichenschändung BINDING: Lehrbuch, 1, 185; KAHL: VD. Bes. Teil, 3, 102.

⁴ Andere juristische „Konstruktionen“, die gelegentlich versucht wurden — Beleidigung des Ehegatten, Wegnahme von Leichenteilen — sind geradezu grotesk. Darüber PFENNINGER: 35; RÜEGG: 59ff.

§ 32. Öffentliche unzüchtige Handlungen.

Literatur. Angaben zu § 23. — **STOOS**: Grundzüge, 2, 250ff. — **MITTERMAIER**: VD. Bes. Teil, 4, 204ff. — **RÜEGG** (Lit. zu § 23): 119ff.

I. Unzüchtige Handlung im Rahmen des Art. 203 bedeutet nicht, wie das für die Art. 188—193 zutrifft, den Gegensatz zum Beischlaf. Er umfaßt unter bestimmten Voraussetzungen auch ihn. Man wird dem Begriff, wie er in Art. 203 verwendet wird, nur durch eine weite Fassung gerecht. Die strafrechtlich notwendige Einschränkung geschieht durch das Moment der öffentlichen Begehung. Nicht die unzüchtige Handlung im Sinne der Moral ist strafbar. Sie wird es erst, wenn sie in der Öffentlichkeit verübt wird. Aber das ist nur die eine Seite des Tatbestandes. Auch eine geschlechtliche Handlung, die moralisch nicht als unzüchtig gewertet wird — der eheliche Beischlaf —, steht, wenn sie in der Öffentlichkeit erfolgt, unter der Strafdrohung des Art. 203. Das führt wieder zur Frage nach dem verletzten Rechtsgut. Es kann nicht die Moral und — ihrer Unbestimmtheit wegen — auch nicht die öffentliche Sittlichkeit sein (Vorbemerkung, oben S. 156f.). Dagegen mag man als tauglichen Gegenstand des Strafschutzes die gesellschaftliche Konvention und das Gefühl betrachten, die sich gegen eine geschlechtliche Betätigung, wenn sie in der Öffentlichkeit erfolgt, auflehnen¹.

II. Unter der gemeinsamen Voraussetzung, daß sie öffentlich begangen werden, umfaßt der Art. 203 drei Gruppen von Handlungen:

1. Strafbare unzüchtige Handlungen, z. B. Notzucht, unzüchtige Nötigung. Hier liegt Idealkonkurrenz zwischen dem betreffenden Unzucht delikt und Art. 203 vor².

2. Nicht strafbare unzüchtige Handlungen, z. B. nicht strafbare wider natürliche Unzucht, wechselseitige Onanie usw.

3. An sich nicht unzüchtige Handlungen: Entblößungen, der eheliche Beischlaf u. a.

Öffentliche Äußerungen unzüchtiger Art in Wort und Schrift fallen nicht unter den Art. 203³. Sie werden zum Teil von Art. 204 erfaßt (unten § 33).

¹ Zu farblos **BINDING**: Lehrbuch, 1, 213: Verletzung des Anstandsgefühls. Vgl. **MITTERMAIER**: VD. Bes. Teil, 4, 204ff. **ZÜRCHER**: Prot. II. ExpKom. 3, 259 spricht von einer Verletzung des öffentlichen Schamgefühls im Gegensatz zum individuellen Schamgefühl. Dazu **GAUTIER**: eodem, 259: „la pudeur publique ne peut être atteinte qu'à travers la pudeur individuelle.“ **RÜEGG**: 119ff., 130ff.: Schutz „anerkannter geschlechtlich sittlicher Anschauungen der Gesamtheit“; vgl. auch **SCHRAG** (Lit. zu § 23): 68ff.

² **ZÜRCHER**: Erläuterungen VE. 1908, 248f.

³ Die unzüchtige Handlung setzt überall, wo das G. diesen Ausdruck verwendet, eine körperliche Betätigung voraus. Es geht nicht an, bei der Auslegung des Art. 203 auch unzüchtige Reden, Lieder, Gesten usw. einzubeziehen. Gut

III. Deutlich zeigt sich, daß im Tatbestand des Art. 203 der Hauptakzent auf der öffentlichen Begehung liegt. In zahlreichen Fällen begründet sie erst die Strafbarkeit. Die Umgrenzung des Begriffs der öffentlichen Begehung fällt schwer¹. Zwar ist klar, daß das Moment der Öffentlichkeit gegeben ist, wenn der Täter vor andern Menschen auf der Straße oder sonst im Verkehr seine Handlung verübt. Klar sollte andererseits auch sein, daß eine vor andern — fremden — Personen begangene Handlung dadurch allein noch nicht als öffentlich verübt zu betrachten ist. Auch eine zahlreiche Menschen umfassende geschlossene Gesellschaft ist nicht öffentlich. Entscheidend ist, daß die Handlung an einem Ort und unter solchen Umständen verübt wurde, so daß irgend jemand als zufällig hinzukommender Zeuge sie wahrnehmen könnte. Das Bewußtsein, unter dieser Möglichkeit die geschlechtlich anstößige Handlung verübt zu haben, muß dem Täter nachgewiesen werden².

IV. Nur eine solche relative Deutung des Begriffs der öffentlichen Begehung wird dem Art. 203 gerecht³. Er fordert andererseits nicht — im Gegensatz zu fast allen bisherigen Rechten (Strooss: Grundzüge, 2, 250ff.) —, daß der Täter durch seine geschlechtliche Handlung öffent-

BINDING: Lehrbuch, 1, 214 und ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 3, 259. Bisherige Rechte zum Teil ausdrücklich anders, z. B. Luzern PolStG. § 142 (öffentliche Verletzung der Sittlichkeit oder Schamhaftigkeit durch Reden und Handlungen), Waadt Art. 177 (outrage publique aux moeurs par des propos ou par des actions obscènes). Vgl. GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 259, ferner Zürcher Bl. 26, Nr. 78 und LANG: Z. 41, 367f.; MITTERMAIER: a. a. O. 205f.; KRONAUER: Z. 5. 214; JZ. 23, 28, Nr. 31; RÜEGG: 136ff.

¹ Eine gesetzliche Umschreibung des Begriffes Öffentlichkeit wurde versucht (Prot. II. ExpKom. 3, 192ff.). Eine allgemein gültige Kennzeichnung kann jedoch kaum gegeben werden.

² GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 260; RÜEGG: 126ff. Bemerkenswert die Rechtsprechung zu § 124 des zürcher. StGB.: Zürcher Bl. 6, Nr. 218 (unzüchtige Handlung in einer Wirtschaft in Gegenwart der Wirtin und von Kellnerinnen, zu denen sich infolge des freien Zutrittes, der zu Wirtschaften besteht, noch weitere Personen gesellen konnten); ähnlich 13, Nr. 130 und JZ. 19, 66, Nr. 54 (Tatort ein weitem Kreisen zugängliches Geschäftslokal); Bl. 11, Nr. 144 (erforderlich die Möglichkeit der Wahrnehmung durch eine Anzahl nicht individuell bestimmter Personen — nicht anzunehmen bei geschlechtlichem Verkehr in einem Walde zur Nachtzeit — Fehlen des Bewußtseins der öffentlichen Verübung); Bl. 23, Nr. 30 und JZ. 19, 381 (Baden und Sichaufhalten erwachsener Personen in nacktem Zustand an einem abgelegenen Ort, der von der Straße her keinen Einblick gewährt, keine öffentlich unzüchtige Handlung). Vgl. auch AargRSpr. 35, 98 (Voraussetzung: eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Entdeckung), ferner JZ. 19, 66, Nr. 53 (Zum Vorsatz gehört das Bewußtsein, öffentlich zu handeln). Gut ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 249.

³ Ganz abwegig WILHELM: Z. 24, 35f., der annimmt, Art. 203 treffe auch eine in einem versteckten Winkel und im Dunkel der Nacht mit Einverständnis des andern Teils erfolgte unzüchtige Berührung.

liches Ärgernis errégt oder öffentlich die Schamhaftigkeit (Bern Art. 162)¹ oder die Sittlichkeit verletzt hat. Die Einfügung solcher Tatbestandsmomente führt zu unnötigen Beweisschwierigkeiten. Entweder muß der Nachweis geleistet werden, daß der Täter die öffentliche Sittlichkeit, eine — kaum je einheitlich anerkannte — allgemeine Sittenordnung verletzt hat, oder es muß — beim Tatbestandsmoment der Ärgerniserregung — bewiesen werden, daß irgend jemand Ärgernis genommen hat. Das wird, wenn es zu einem Verfahren kommt, zwar meistens, jedoch nicht immer der Fall sein².

Dadurch, daß der Art. 203 auf die Einfügung solcher Tatbestandsmomente verzichtet hat, ist er eigentlich zu einer Art polizeilicher Ordnungsvorschrift geworden³: es soll, ohne daß auf die moralische Bewertung eines Verhaltens abgestellt wird, unerlaubt sein, geschlechtliche Vorgänge in der Öffentlichkeit sich abspielen zu lassen. — Im Gegensatz zu der unzüchtigen Handlung im Sinne der Art. 188—194 ist bei Art. 203 auch nicht erforderlich, daß der Täter aus geschlechtlicher Lust oder zur Erregung der Geschlechtslust anderer handelt⁴. Darin liegt ein weiterer Beweis für den polizeilichen Charakter der Bestimmung. Nach der Strafdrohung, Gefängnis oder Buße, hat allerdings der Tatbestand des Art. 203 als Vergehen zu gelten.

§ 33. Unzüchtige und unsittliche Veröffentlichungen.

Literatur. Angaben zu § 23. — **STOOS**: Grundzüge, 2, 254ff. — **MITTERMAIER**: VD. Bes. Teil, 4, 197ff. — **ROTH**: Die strafrechtliche Bekämpfung der unsittlichen Literatur, Zürcher Diss. (1928). — **RÜEGG** (Lit. zu § 23): 148ff. — **HESS**: Strafrechtliche Bestimmungen zum Schutze der Jugend vor unsittlicher Literatur, Zürcher Diss. (1936). — **POURRET**: Z. 4, 470ff. — **ZÜRCHER**: Z. 38, 38ff. — **STÄMPFLI**: Z. 39, 185ff., 201ff. — **SCHWEIZER**: JZ. 9, 250ff. — **E. ZÜRCHER**: Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 18, 153ff., 165ff. — **RITTLER**: Z. 47, 73ff. — **HENGGELER-MÖLICH**: Z. f. schweiz. R. N.F. 35, 525ff. (Verhandlungen des schweizer. Juristentages 1916: Kinematograph und Gewerbefreiheit).

¹ Dazu **KREBS**: Bern. StGB., Noten zu Art. 162 und JZ. 23, 303.

² Einziger zufälliger Zeuge einer öffentlich unzüchtigen Handlung ist z. B. ein Polizeimann. Persönlich nimmt er nicht Ärgernis, aber er erstattet pflichtgemäß Anzeige. — Zum Moment der Ärgerniserregung Prot. II. ExpKom. 3, 258ff. In zahlreichen Entscheiden hat sich das Bundesgericht mit dem Begriff der Erregung öffentlichen Ärgernisses auseinandergesetzt; v. **CLERIC**: Leitfaden, 107f.; vgl. ferner **KRONAUER**: Z. 5, 214; **PFENNINGER**: Z. 34, 41; **RÜEGG**: 122ff. — Zweifel gegenüber dem Moment: Erregung öffentlichen Ärgernisses äußert auch **RITTLER**: Z. 47, 92ff.

³ **E. MÜLLER**: Prot. II. ExpKom. 3, 262: Die Bestimmung steht gewissen polizeirechtlichen Tatbeständen nahe; **ZÜRCHER**: eodem, 263: Der Artikel begründet ein Ungehorsamsdelikt.

⁴ So schon zum gleich gefaßten § 124 des zürcher. StGB. Zürcher Bl. 23, 42f. und JZ. 19, 381; **RÜEGG**: 134, 140ff.

I. Das BGes. vom 30. September 1925 betreffend die Bestrafung des Frauen- und Kinderhandels sowie der Verbreitung und des Vertriebes von unzüchtigen Veröffentlichungen (Eidg. GesSlg. N.F. 42, 9ff.; JZ. 22, 237f.) hat eidgenössisches Recht geschaffen¹. Der Art. 204 des G. ist, von einer materiell unerheblichen Änderung in Ziff. 1 II abgesehen, die Wiedergabe von Art. 4 des BGes. Die Grundlage bilden, gleich wie bei der Bekämpfung des Frauen- und Kinderhandels (oben § 30 I 2) internationale Konventionen:

1. Übereinkommen zur Bekämpfung der Verbreitung unsittlicher Veröffentlichungen zum 4. Mai 1910, von der Schweiz ratifiziert am 28. Juni 1910, in Kraft seit dem 15. September 1911 (GesSlg. N.F. 27, 225ff.)². Es hat administrativen Charakter: Sammlung aller Nachrichten zur Ermittlung und Bekämpfung unsittlicher Veröffentlichungen, Mitteilung von Verurteilungen usw. In der Schweiz ist die Bundesanwaltschaft Zentralstelle für die Durchführung des Übereinkommens³. Verwaltungsrechtliche Maßnahmen im Kampf gegen unsittliche (und anstößige) Gegenstände sieht überdies der Weltpostvertrag vom 28. August 1924 (Eidg. GesSlg. N.F. 41, 513ff.) in Art. 41 vor und im Zusammenhang damit bestimmt Art. 25 des Postverkehrsgesetzes vom 2. Oktober 1924 Ausschluß von der Beförderung, Beschlagnahme und Vernichtung von Sendungen unsittlicher Natur⁴.

2. Unter der Führung des Völkerbundes entstand, auf Grund eines schon 1910 ausgearbeiteten Konventionsentwurfes, das strafrechtliche Übereinkommen vom 12. September 1923 zur Bekämpfung der Verbreitung und des Vertriebes von unzüchtigen Veröffentlichungen⁵. Gleich wie in den Konventionen zur strafrechtlichen Bekämpfung des Frauen- und Kinderhandels werden die Vertragsstaaten zur Anpassung ihrer nationalen Gesetzgebung an die Vorschriften des Übereinkommens verpflichtet (vgl. oben § 30 I 2).

¹ Daten zum Gesetz oben § 30 I 3.

² ROTH: 98ff.; STÄMPFLI: JZ. 22, 289ff. und Z. 38, 99f. Über private Bestrebungen und Kongresse ROTH: 97f.; BBl. 1924 III, 1077.

³ Mitteilungen über diese Tätigkeit in den jährlichen Geschäftsberichten des Bundesrates an die Bundesversammlung. — Nach BGes. Art. 5 und G. Art. 358 ist, wenn in einer in der Schweiz geführten Untersuchung festgestellt wird, daß unzüchtige Veröffentlichungen in einem der andern Konventionsstaaten hergestellt oder von dort aus eingeführt wurden, dem betreffenden Staat davon Kenntnis zu geben. Vgl. ROTH: 118ff.

⁴ Dazu BUSER: Schweiz. Postverkehrsgesetz (1929), 91f. Vgl. ferner Zollgesetz von 1925, Art. 36 IV und die Vollziehungs-VO. dazu, Art. 55. — Auf die Maßnahmen der Post- und Zollgesetzgebung bezieht sich der Vorbehalt in Art. 6 des BGes. von 1925; BBl. 1924 III, 1029.

⁵ Botschaft des Bundesrates vom 25. November 1924 über die Genehmigung des Übereinkommens: BBl. 1924 III, 1077ff.; Text der Konvention: eodem, 1093ff. und GesSlg. 42, 200ff.

II. Der Begriff des Unzüchtigen (*Obscénité*) ist weder in den internationalen Konventionen noch in der nationalen Gesetzgebung definiert. Die Auslegung bleibt der Wissenschaft und dem richterlichen Ermessen überlassen¹. Anhaltspunkte, aber nicht die Lösung, lassen sich aus dem Begriff der unzüchtigen Handlung, wie er — allerdings auch mit verschiedener Bedeutung — in den Art. 188—194 und 203 verwendet wird (oben § 24 III), gewinnen.

Bei den Tatbeständen des Art. 204 handelt es sich zunächst um in die Öffentlichkeit gelangende oder wenigstens für die Öffentlichkeit bestimmte Gedankenäußerungen durch Schriften, Bilder usw., Äußerungen, die darauf abzielen und geeignet sind, die Geschlechtslust anderer zu erregen². Das sind die klarsten Fälle. Dabei ist nicht allein der sexuelle Inhalt der Veröffentlichung ins Auge zu fassen, sondern auch die Person des Darstellenden und die Art der Darstellung, namentlich aber die Vorstellung, die der Täter sich von der Wirkung seiner Veröffentlichung gemacht hat³. Neben diese eine Variante unzüchtiger Veröffentlichungen tritt die andere, wonach der Begriff weitergehend auch Äußerungen umfaßt, die, ohne erotisch anreizend zu wirken, in sichtbarer Form das Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Hinsicht verletzen oder gefährden⁴. Das G. faßt die Art. 203

¹ Die Aufnahme einer Begriffsbestimmung in die Konvention wurde im Hinblick auf die Verschiedenheit der Auffassungen in den einzelnen Staaten abgelehnt; BBl. 1924 III, 1080f.; ROTH: 16ff.; STÄMPFLI: Z. 39, 202ff. Gut MITTERMAIER: VD. Bes. Teil, 4, 203.

² Der Täter selbst braucht nicht aus eigener geschlechtlicher Lust zu handeln. Es ist ihm vielleicht nur am Geschäft gelegen. Er spekuliert auf die Erotik anderer. — Über die Entwicklung der bisherigen kantonalen Gesetzgebung PORRET: Z. 4, 472ff.; STOOS: Grundzüge, 2, 254ff.; BBl. 1924 III, 1086ff.; ROTH: 8ff. — Aus der Rechtsprechung: BE. 53 I, 239f.; Praxis des Bundesgerichts: 4, 35; 11, 436; JZ. 2, 112ff. (Bezirksgericht Zürich); Zürcher Bl. 23, Nr. 51 und JZ. 20, 168, Nr. 31 (Geschlechtsakt-Photographien, „Photos für Kunstfreunde“); Bl. 24, Nr. 191; Z. 45, 273ff., 277ff. (Baselstadt, mit Bemerkungen von LUDWIG); Z. 45, 384ff. (Thurgau). — Nie unzüchtig ist die Darstellung des Nackten an sich. Gut RITTLER: 89ff. mit trefflichen Beispielen (Fresken Michelangelos in der Sixtinischen Kapelle!).

³ ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 251f. — Zürcher Bl. 34, Nr. 168: Kenntnis des Inhaltes der unzüchtigen Veröffentlichung beim verkaufenden Buchhändler.

⁴ Ein in Beleidigungsabsicht veröffentlichtes geschlechtlich schamloses Gedicht; Zürcher Bl. 20, Nr. 160; JZ. 17, 332, Nr. 257. Eine Darstellung geschlechtlicher oder anderer physiologischer Vorgänge, die Ekel und Abscheu erregt, wobei man freilich oft nicht sicher sein kann, ob solche Machwerke nicht auch die Geschlechtslust gewisser Menschen reizen. — Nicht befriedigend ist, die beiden Varianten als subjektive und objektive Theorie gegensätzlich einander gegenüberzustellen. Der Tatbestand umfaßt die beiden, verschieden gearteten Fälle. Gesetzgeberisch könnte das in die Formel gefaßt werden: Wer Schriften usw. veröffentlicht, die darauf abzielen, die Geschlechtslust anderer zu erregen

und 204 unter dem Obertitel: Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit zusammen¹.

Die Notwendigkeit auch einer negativen Abgrenzung ergibt sich. Wenn man davon ausgeht, daß das Gesetz in erster Linie den Händler mit Pornographien und seine Helfershelfer und darüber hinaus andere Schmutzfinken treffen will, so folgt daraus, daß wissenschaftliche Erörterungen sexueller Fragen und künstlerische Darstellungen grundsätzlich nicht unter die Strafnorm fallen. Bei wissenschaftlichen Betrachtungen ist das klar, sobald sich aus der Person des Verfassers und aus Art und Zweck der Darstellung ergibt, daß lediglich die Erkenntnis sexueller Verhältnisse und Beziehungen gefördert werden soll. Schwieriger ist die Wertung künstlerischer Veröffentlichungen. Eine Darstellung sexueller Vorgänge durch Schrift, Bild oder Plastik kann technisch auf einem hohen Niveau stehen und trotzdem — insbesondere auch nach der Absicht des Verfassers — geschlechtlich aufreizend und unzüchtig wirken. Letzte Lösungen müssen hier immer dem Ermessen des Richters überlassen bleiben. Eine schwierige Aufgabe. Nur ein Richter, der künstlerisches Verständnis hat, frei ist von Prüderie, aber auch gefestigte sittliche Anschauungen hat, kann sie befriedigend lösen. Auf allgemeine Billigung seines Entscheides kann er in zweifelhaften Fällen nie rechnen². — Weitere Anhaltspunkte für die Umgrenzung des Begriffes

oder die, ohne geschlechtlich erregend zu wirken, das Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Hinsicht verletzen, wird . . . bestraft. Über den Gegensatz: subjektive — objektive Theorie ROTH: 22 ff., ferner Strafgericht Baselstadt, Z. 45, 273 ff. (mit Hinweisen auf die deutsche Literatur); JZ. 32, 168, Nr. 123.

¹ Dazu RÜEGG: 150 f.

² Mit dem „Schamgefühl des Normalmenschen“ als Maßstab (ROTH: 33 ff.) ist nicht viel anzufangen. Entscheidend ist die Absicht, die der Künstler mit seiner Äußerung verband; RITTLER: a. a. O. 79 f. Vgl. auch RÜEGG: 157 ff. (Versuch einer Objektivierung des Unzüchtigen). — Die Schwierigkeiten zeigen gut die Entscheide in Zürcher Bl. 24, Nr. 191 (photographische Darstellung nackter Frauen) und 34, Nr. 168. Ferner Z. 45, 384 ff. (Thurgau). Beachtlich die belgische Rechtsprechung über die Unzüchtigkeit gewisser französischer Publikationen (Almanach Frou Frou, Paris la nuit etc.): „l'infraction existe en dépit de la perfection de l'oeuvre et de la beauté qu'elle renferme“; Revue (belge) de Droit pénal, 1931, 744. — Zu der Frage GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 3, 267; ROTH: 26 ff. (Auseinandersetzung mit der deutschen Literatur); LAZARUS: Das Unzüchtige und die Kunst (1909); SCHRAG (Lit. zu § 23): 83 ff.; SCHWEIZER: JZ. 9, 250 ff.; BINDING: Unzüchtige Handlungen und unzüchtige Schriften, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, 1, 475 ff. und Lehrbuch, 1, 215 f. — Abzulehnen ist BINDINGS Begriff einer relativen Unzüchtigkeit, wonach eine an sich als nicht unzüchtig befundene Darstellung (relativ) unzüchtig wird, wenn sie gewissen Kreisen, z. B. dem Publikum auf der Straße, zugänglich gemacht wird; gut JZ. 2, 114 f.; anderer Meinung SCHWEIZER: JZ. 9, 253. — Bemerkenswert Art. 529 des italienischen StGB. von 1930: „Agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore. — Non si considera oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza,

der Unzüchtigkeit ergeben sich aus den Tatbeständen der Art. 211/212: Anpreisung von Gegenständen zur Verhütung der Schwangerschaft und Gefährdung durch unsittliche Schriften und Bilder; unten IV und V und über Art. 211 oben § 16 IV.

III. Das Gesetz geht von einem Oberbegriff: unzüchtige Gegenstände aus. Es nennt besonders Schriften, Bilder, Filme. Kasuistisch weitergehend spricht Art. I des internationalen Übereinkommens von 1923 von „unzüchtigen Schriften, Zeichnungen, Stichen, Malereien, Druckschriften, Bildern, Anschlägen, Abzeichen, Photographien, kinematographischen Filmen oder andern unzüchtigen Gegenständen“. Der Ausdruck „andere Gegenstände“ weist auf Sachen hin, die, ohne Literatur oder bildliche Darstellung geschlechtlicher Vorgänge zu sein, mit dem Sexualleben in Beziehung stehen¹.

Soweit die unzüchtige Veröffentlichung durch das Mittel der Druckerpresse oder durch andere ähnliche Arten der Vervielfältigung erfolgt, ist das Preßstrafrecht (Art. 27) anwendbar². — Die Strafbarkeit ist aber keineswegs auf unzüchtige Veröffentlichungen beschränkt. Mit einer fast pedantischen Sorgfalt hat der Gesetzgeber weitere Tätigkeiten zu erfassen versucht, durch welche vermittelt unzüchtiger Gegenstände die Geschlechtssphäre des einzelnen, aber auch allgemein das Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Hinsicht Gefahren ausgesetzt wird³. Vier Gruppen von strafbaren Handlungen ergeben sich:

1. Verbreitungshandlungen. Außer dem Verbreiten⁴ selbst nennt das Gesetz den öffentlichen und den geheimen Verkauf, das öffentliche

salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore degli anni diciotto.“ Dazu MARCIANO: *Rivista italiana di Dir. penale*, 4, 815ff.

¹ Gegenstände, die zum Unzuchtsbetrieb, z. B. zur sexuellen Reizung oder zur geschlechtlichen Selbstbefriedigung, verwendet werden; BE. 36 I 42. Dagegen gelten — im Hinblick auf Art. 211. — Gegenstände, die zur Verhütung der Schwangerschaft oder zur Verhütung von Ansteckung mit einer Geschlechtskrankheit dienen, nicht als unzüchtig; unten IV; LANG: *Prot. II. ExpKom.* 3, 270f. ROTH: 13ff. will der Bestimmung nur unzüchtige „Literatur“, worunter er Schriften, Abbildungen und andere Darstellungen versteht, unterstellen. Das ist zu eng. Vgl. BINDING: *Lehrbuch*, 1, 217.

² ROTH: 68ff.; HAFTER: *Allg. Teil*, 433 und Z. 40, 138, 150; WANNER: *Umfang und Grenzen des Preßdeliktes*, Zürcher Diss. (1929), 93; SCHERRER: *Die Begrenzung der Preßfreiheit durch das StR.*, Zürcher Diss. (1929), 23ff.; STÄMPFLI: *Z. 39*, 209f.

³ Art. 204 ist der Typus eines abstrakten Gefährdungsdeliktes. Dazu oben § 11 I; GAUTIER: *Prot. II. ExpKom.* 3, 266 (beaucoup d'analogie avec les délits qui créent un danger collectif); MITTERMAIER: *VD. Bes. Teil*, 4, 197f.; ROTH: 66ff., dessen Schluß, daß ein Versuch des Deliktes der unzüchtigen Veröffentlichung nicht möglich sei, jedoch ganz unzutreffend ist.

⁴ Verbreiten: Übergabe an einen größeren Personenkreis: JZ. 31, 235, Nr. 48 und Zürcher Bl. 33, Nr. 167.

Ausstellen¹ und das gewerbsmäßige Ausleihen². Dadurch wird namentlich der Kleinhandel mit pornographischen Gegenständen erfaßt³.

2. Vorbereitungshandlungen. Strafbar ist das Herstellen, das Vorrätighalten, das Einführen, das Befördern, das Ausführenlassen und anderes Inverkehrbringen unzüchtiger Gegenstände, wenn diese Tätigkeiten geschehen, um mit den Sachen Handel zu treiben, sie zu verbreiten oder öffentlich auszustellen⁴. Der Beweis dieser Absicht ergibt sich meistens ohne Schwierigkeit aus den Umständen. Das Gesetz will insbesondere den Fabrikanten und den Großhändler, nicht aber schlechthin den Hersteller und den Sammler pornographischer Gegenstände treffen⁵.

3. Unterstützungshandlungen. Unter Strafe steht das Ankündigen oder auf andere Weise Bekanntgeben, wie unzüchtige Gegenstände bezogen werden können, aber auch schon der Hinweis auf Personen, die sich mit solchen Gegenständen befassen, wenn es geschieht, um den verbotenen Handel zu fördern. Hier erfaßt das Gesetz Inserate und andere Reklamen, Prospekte, briefliche Aufforderungen zum Kauf usw.⁶. Bei Zusendung von Prospekten z. B. an Einzelpersonen macht es für die Frage der Strafbarkeit keinen Unterschied, ob die Sendung verlangt wurde oder nicht.

4. Zum besondern Jugendschutz bestimmt endlich die Ziff. 2, daß weitergehend als nach Ziff. 1 schon jede Übergabe und das Vorzeigen unzüchtiger Gegenstände, wenn es sich um Personen unter 18 Jahren handelt, strafbar ist⁷.

Sämtliche Tatbestände stehen unter der einheitlichen Strafdrohung: Gefängnis oder Buße. Da bei unzüchtigen Veröffentlichungen das gewinn-

¹ Die Botschaft zum BGes. von 1925 zählt darunter auch das Vorführen durch Projektionsapparate oder Kinematographen (BBl. 1924 III, 1027). Das ist mehr Vorführung als Ausstellung.

² Nicht strafbar ein Ausleihen aus Gefälligkeit, ein Ausstellen in einem privaten, der Öffentlichkeit nicht zugänglichen Raum; Vorbehalt Art. 204 Ziff. 2.

³ Über die einzelnen Verbreitungshandlungen ROTH: 36 ff.

⁴ Korrekter lautet Art. 4 Ziff. 1 II des BGes. von 1925: „Wer solche Gegenstände zu den genannten Zwecken einführt, befördert, ausführt, einführen, befördern oder ausführen läßt.“ Vgl. JZ. 17, 332, Nr. 257 (Herstellung zum Zweck der Bekanntgabe an Dritte).

⁵ Das Malen eines unzüchtigen Bildes, das Formen einer unzüchtigen Plastik erfüllen an sich den Tatbestand nicht; RITTLER: 81.

⁶ Über Inserate JZ. 20, 168 ff. (Obergericht Zürich) und ZÜRCHER: Z. 38, 38 ff.

⁷ Prot. II. ExpKom. 3, 264 ff; 4, 58 ff.; ROTH: 75 ff., BBl. 1924 III, 1084. Skeptisch gegenüber der Ausdehnung auf 16—18jährige v. LILENTHAL: Z. 40, 337. — Die Ziff. 2 löst eine bisherige Streitfrage: Das Vorzeigen unzüchtiger Abbildungen fällt unter Art. 204. Es ist nicht, wie noch in Zürcher Bl. 18, Nr. 162 angenommen wird, Vornahme unzüchtiger Handlungen mit oder vor einem Kinde; oben § 26 II 3 und 5. — Siehe überdies Art. 212; unten V.

süchtige Motiv besonders häufig ist, empfiehlt sich in vielen Fällen eine Verbindung beider Strafen (Art. 50 II). — Bei mehrfacher Erfüllung des Tatbestandes durch den gleichen Täter derart, daß er einen unzüchtigen Gegenstand z. B. herstellt, ankündigt und verkauft, liegt keine Real-konkurrenz, sondern Deliktseinheit vor¹.

Nach Ziff. 3 hat der Richter die von ihm als unzüchtig bezeichneten Gegenstände einziehen und vernichten zu lassen. Das geschieht ohne Rücksicht auf den Eigentümer und die Strafbarkeit einer bestimmten Person². Mit der Pflicht zur völligen Vernichtung würde das Gesetz zu weit gehen. Zulässig erscheint es, die Ziff. 3 dahin auszulegen, daß Schriften, Filme usw. zu vernichten sind, soweit sie unzüchtig sind. Voraussetzung ist, daß eine bloße Reinigung Sinn hat und technisch möglich ist³.

IV. Im Zusammenhang mit Art. 204 stehen die Übertretungstatbestände des Art. 211: Anpreisung von Gegenständen zur Verhütung der Schwangerschaft und zur Verhütung von Ansteckung mit einer Geschlechtskrankheit⁴. Diese Gegenstände gelten nicht als unzüchtig. Bei den heutigen Verhältnissen und Anschauungen können bei ihnen die Verbote des Art. 204 vernünftigerweise nicht zur Geltung gebracht werden. Aber der Vertrieb dieser Gegenstände (Gummiartikel usw.) soll diskret erfolgen (s. oben § 16 IV)⁵.

V. Art. 13 des BGes. von 1925 behält zugunsten der kantonalen Rechte vor

1. Strafbestimmungen gegen unzüchtige Veröffentlichungen, „soweit sie sich auf Aufführungen beziehen“;

2. Bestimmungen, die „außer den unzüchtigen noch die unsittlichen, sittenwidrigen, anstößigen oder gleichartigen Veröffentlichungen unter Strafe stellen“. Aus G. Art. 204 ergibt sich zunächst die gleiche Lage.

Der erste Vorbehalt — unzüchtige Aufführungen — bezieht sich auf Theater- und andere Vorstellungen, deren sittenpolizeiliche und strafrechtliche Überwachung den Kantonen überlassen werden muß. Im

¹ Gut РОТН: 68. Ähnliche Verhältnisse beim Frauen- und Kinderhandel (Art. 202): Zusammenfassung der einzelnen Teile des Handeltreibens zu einer Deliktseinheit; oben § 30 II 5.

² Art. 204 Ziff. 3 geht, mit der obligatorischen Pflicht zur Vernichtung über Art. 58 II hinaus.

³ Zur Frage der Vernichtung РОТН: 52ff. Vgl. auch Baselstadt PolStG. § 57 III: „Die verbotenen Schriften . . . sind, wenn sich die anstößigen Merkmale nicht gesondert beseitigen lassen, zu vernichten.“

⁴ Art. 210: Veröffentlichung von Gelegenheiten zur Unzucht wird besser im Zusammenhang mit der Kuppelei betrachtet; oben § 28 II 6.

⁵ Vgl. auch РҮЕГГ: 160f.

Einzelfall ist zu prüfen, ob nicht der Tatbestand der öffentlichen unzüchtigen Handlung (Art. 203) erfüllt ist¹.

Der zweite Vorbehalt — unsittliche, anstößige Veröffentlichungen — geht zunächst darauf zurück, daß das internationale Übereinkommen von 1923 und das eidgenössische Gesetz von 1925 sich auf den Kampf gegen unzüchtige Veröffentlichungen beschränken, um eine Beengung von Kunst und Wissenschaft zu vermeiden. Eine über das eidgenössische Recht hinausgehende kantonale Gesetzgebung wollte man dagegen nicht hindern². Hervorzuheben sind hier namentlich: § 57 des PolStG. von Baselstadt (Novelle von 1909), der jugendliche Personen vor sittlicher Gefährdung durch anstößige Schriften, Bilder, Gegenstände und Aufführungen schützt³, Art. 14f. des bernischen Gesetzes von 1916 über das Lichtspielwesen und Maßnahmen gegen die Schundliteratur⁴ und § 19 des luzernischen Gesetzes von 1917 betreffend das Lichtspielwesen und Maßnahmen gegen die Schundliteratur. Alle drei Gesetze richten sich gegen literarischen Schund und Schmutz überhaupt, nicht nur gegen die sog. sexuelle Schmutzliteratur.

Der erst vom Ständerat in das G. eingefügte Art. 212 bedroht, ohne noch weitergehende Bestimmungen der Kantone im Kampf gegen die Schundliteratur auszuschließen⁵, mit Haft oder mit Buße das Ausstellen, Anbieten, Verkaufen, Ausleihen von Schriften und Bildern, die geeignet sind, die sittliche oder gesundheitliche Entwicklung der Kinder und Jugendlichen durch Überreizung oder Irreleitung des Geschlechtsgefühls zu gefährden. Das Ausstellen muß in Auslagen, Schaufenstern oder andern von der Straße aus sichtbaren Orten erfolgen, das Anbieten usw. an Personen unter 18 Jahren geschehen. — Der Art. 212

¹ STÄMPFLI: Z. 39, 201f.; RÜEGG: 153. — Zweifelhaft ist, ob der Vorbehalt für die Vorführung unzüchtiger Filme gilt. In der Vorführung kann das Inverkehrbringen, das Verbreiten eines Films gemäß Art. 204 erblickt werden. Im übrigen kommt hier die kantonale und Gemeindegesetzgebung über das Lichtspielwesen, namentlich soweit sie Verwaltungsrecht aufstellt, in Betracht; HENGGELER-MÖLICH: passim, insbesondere 544ff, 589ff.

² BBl. 1924 III, 1026, 1030.

³ Dazu Urteile, in denen die Grenze zwischen unzüchtigen und bloß anstößigen Darstellungen zu ziehen versucht wird: Z. 45, 273ff., 277ff.; vgl. auch HESS: 10, 17ff.

⁴ „Inverkehrbringen von Schundliteratur, insbesondere von Schriftwerken, deren Form und Inhalt geeignet sind, zur Begehung von Verbrechen anzureizen oder Anleitung zu geben, die Sittlichkeit zu gefährden, das Schamgefühl gröblich zu verletzen, eine verrohende Wirkung auszuüben oder sonstige groben Anstoß zu erregen.“ Rechtsprechung: Berner Z. 54, 196; 57, 282. — Freiburg StGB. Art. 126 nennt neben unzüchtigen auch schamlose Schriften; Wallis Art. 196b „... objets présentant un caractère d'obscénité ou d'outrage aux mœurs.“ Vgl. BBl. 1924 III, 1087ff.; ROTH: 18; RÜEGG: 154ff.

⁵ Diese Auffassung ist allerdings in den Beratungen des Ständerates abgelehnt worden: StenBull. StR. 1931, 543 (SCHÖPFER); gleich auch HESS: 47.

ist eine Art. 204 Ziff. 2 ergänzende Jugendschutzbestimmung¹. Bedenken gegen die Bestimmung sind deshalb nicht von der Hand zu weisen, weil eine befriedigende richterliche Entscheidung darüber, ob eine Schrift oder ein Bild geeignet sind, die sittliche oder gesundheitliche Entwicklung von Kindern und Jugendlichen zu gefährden, in vielen Fällen schwerfällt². Das kann auch bei einem ersten Buch über sexuelle Dinge, bei einem Bild von hohem Kunstwert, je nach dem Standpunkt des Urteilers, angenommen werden. Die Konsequenz aus Art. 212: jedes Ausstellen eines solchen, vielleicht geistig hochstehenden Werkes in einem Schaufenster usw., jede Übergabe einer solchen Schrift an einen noch nicht 18-Jährigen birgt immerhin die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung in sich³. Der Richter muß sich klar darüber sein, daß die Bestimmung auf den Kampf gegen die sexuelle Schund- und Schmutzliteratur beschränkt werden muß⁴.

§ 34. Übertretungen gegen die geschlechtliche Sittlichkeit.

Literatur. Angaben zu § 23, 28. — STOOSS: Grundzüge, 2, 260ff. — MITTERMAIER: VD. Bes. Teil, 4, 157ff. — Schriften von WEISS, VEILLARD und KRAFT (Lit. zu § 28). — BRIDEL: Z. 10, 40ff. — GAUTIER: Z. 25, 243ff. — RÜEGG (Lit. zu § 23): 143ff.

I. Die Übertretungstatbestände der Art. 205—212 stehen zum Teil in engem Zusammenhang mit Verbrechen- und Vergehenstatbeständen, zunächst mit Art. 204 (öffentliche unzüchtige Handlungen). Art. 209: das Dulden gewerbsmäßiger Kuppelei in Mieträumen und Art. 210:

¹ Bestrebungen, den strafrechtlichen Kampf auch gegen anstößige und in einem weiten Sinn verstanden unsittliche Darstellungen (Schund- und Schmutzliteratur) zu führen, sind immer wieder hervorgetreten: Prot. II. ExpKom. 3, 265ff.; ROTH: 18ff., 66, 82ff.; HESS: 6ff. Für eine Ausdehnung des Kampfes tritt namentlich der Schweizer. Bund gegen die unsittliche Literatur in seinen regelmäßig erscheinenden „Mitteilungen“ ein. Eine Arbeitsgemeinschaft zum Schutze der Jugend vor Schund und Schmutz in Wort und Bild besteht seit 1929. Vgl. ferner E. ZÜRCHER: Zentralbl. für Staats- und Gemeindeverwaltung, 18, 153ff., 165ff.; ALB. MÜLLER: Jugendschutz gegen Schundliteratur (1931) und weitere Angaben im Literaturverzeichnis bei HESS. Vielfach wird auf das deutsche Gesetz von 1926 zur Bewahrung der Jugend vor Schund- und Schmutzschriften und auf die darin vorgesehenen Prüfstellen hingewiesen; Kommentar des deutschen Gesetzes von CONRAD (1927).

² Dazu namentlich HESS: 13ff. Kriterien: Gefährdung der Jugend in sittlicher Hinsicht und Wertlosigkeit in literarischer, künstlerischer und wissenschaftlicher Beziehung.

³ Gegen die Bestimmung namentlich NAEF: Zensur?, herausgegeben vom Schweizerischen Schriftstellerverein (1932).

⁴ HESS: 4f. Beachtlich die Feststellung (25), daß nach dem Text des Art. 212 eine in einem Schaufenster ausgestellte unsittliche Plastik unbeanstandet zu lassen ist, während die öffentliche Ausstellung einer Photographie des gleichen Gegenstandes verfolgt werden muß.

die Veröffentlichung von Gelegenheiten zur Unzucht ergänzen die Kuppelbestimmungen (oben § 28 II und III). Der Tatbestand Anpreisung von Gegenständen zur Verhütung der Schwangerschaft und zur Verhütung von Ansteckung mit einer Geschlechtskrankheit (Art. 211) hängt mit Art. 204 — Unzüchtige Veröffentlichungen — zusammen (oben § 33 IV), steht aber auch in Beziehungen zum Abtreibungsrecht (oben § 16 IV).

Selbständigeren Charakter haben die Tatbestände Unzüchtige Belästigung, Anlocken zur Unzucht, Belästigung durch gewerbsmäßige Unzucht (Art. 205—208). In der Hauptsache kämpfen sie gegen die Auswüchse der Prostitution.

II. Die unzüchtige Belästigung gemäß Art. 205 soll in erster Linie die anständige Frau gegen unzüchtiges Nachstellen der Männer schützen. Die Erfüllung des Tatbestandes durch eine Frau als Täterin ist jedoch nicht ausgeschlossen¹, doch wird dann in der Regel nicht Art. 205, sondern die speziellere Norm des Art. 206 — Anlocken zur Unzucht — zutreffen. Der Tatbestand der unzüchtigen Belästigung ist dreifach ver Klausuliert:

Die Belästigung muß öffentlich, d. h. an einem Ort und unter solchen Umständen, daß irgend jemand als zufällig hinzukommender Zeuge sie wahrnehmen konnte, erfolgt sein².

Die Belästigung muß gegenüber einer Person erfolgen, die dem Täter keinen Anlaß dazu gegeben hat — ein Moment, das bei den heute herrschenden Beziehungen zwischen den Geschlechtern oft schwer abzuklären ist.

Die Bestrafung — mit Haft oder mit Buße — erfolgt nur auf Antrag. Wer Anlaß zu einer Annäherung gegeben hat, wird sich in der Regel nicht belästigt fühlen und daher auch keinen Strafantrag stellen. — Die Gestaltung des Tatbestandes zeigt, daß die Bestimmung weniger die öffentliche Sittlichkeit als das Schamgefühl und die Ehre des Einzelnen, namentlich der Frau, zu wahren unternimmt³.

¹ Die möglichen Fälle bei GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 7, 72. LANG: eodem, 73 wollte nur die Frau vor den Nachstellungen der Männer schützen.

² Näheres zum Begriff der öffentlichen Begehung oben § 32 III.

³ Neben Art. 205 sind für die darin umschriebenen Sachverhalte nicht auch die Bestimmungen über die Beschimpfung anwendbar. Im Verhältnis zu Art. 177 ist Art. 205 eine *lex specialis*. Anders bei nicht öffentlich erfolgender unzüchtiger Belästigung. Sie kann Beschimpfung sein; vgl. ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 464f. — Zürich § 127 hat den dem Art. 205 entsprechenden Tatbestand drastischer gefaßt und zum Offizialdelikt gemacht: „Wer einer Person öffentlich unzüchtige Zumutungen macht oder ihr schamlos nachstellt, ohne daß sie dazu Anlaß gegeben.“ Dazu Zürcher Bl. 13, Nr. 30 und 129; 24, Nr. 157.

III. Praktisch viel wichtiger als der Art. 205 sind die Bestimmungen gegen bestimmte Arten der Prostitutionsausübung, wobei daran festzuhalten ist, daß das G. die weibliche Prostitution an sich und auch die bloße Duldung gewerbsmäßiger Unzucht in Mieträumen usw. straflos läßt¹. Die Prostitution ist kein Delikt, was verwaltungsrechtliche Kampfmaßnahmen der Kantone gegen sie keineswegs ausschließt². Deliktstatbestände sind jedoch

1. Das Anlocken zur Unzucht (*racolage*)³. Nach Art. 206 muß es gewerbsmäßig an öffentlichen Orten durch Zumutungen oder Anträge geschehen. Die gewöhnlichste Form ist der Strichgang, die Prostitution auf der Straße. Aber die Formen, in denen sich gewerbsmäßige Unzucht überdies öffentlich bemerkbar macht, sind mannigfaltig: in öffentlichen Lokalen, unter Haustüren, von einem Wohnungsfenster aus usw. Das Anlocken muß durch Zumutungen oder Anträge (*par des instances ou des propositions déshonnêtes*)⁴ erfolgen.

Die diskret betriebene gewerbsmäßige Unzucht bleibt — abgesehen von der unter der besondern Norm des Art. 194 III stehenden gleichgeschlechtlichen Prostitution — straflos. Praktisch wird Art. 206 namentlich gegenüber der Dirne von Bedeutung⁵. Das Moment der Gewerbsmäßigkeit bereitet hier kaum Schwierigkeiten⁶. Ebenso in der Regel nicht das Moment der Öffentlichkeit⁷.

2. Die Belästigung der Mitbewohner eines Hauses oder der Nachbarschaft durch die Ausübung gewerbsmäßiger

¹ Oben § 28 I und III 5. Zum Standpunkt des G. vgl. namentlich die zusammenfassende Erörterung GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 7, 79ff.

² Nur dürfen die Kantone die Gewerbsunzucht nicht zum Delikt machen.

³ Kantonale Rechte mit ähnlichen Bestimmungen wie das G.: Zürich § 128 I (der sog. Dirnenparagraph), dazu KRAFT: 40ff. und Zürcher Bl. 12, Nr. 76 (§ 128 ein polizeirechtlicher Tatbestand); Neuenburg Art. 291 I (*se livrer à des provocations déshonnêtes sur la voie public ou dans un lieu public*); Waadt Art. 179 I (*se livrer publiquement et habituellement à des provocations ayant un but immoral*) und dazu VELLARD; Z. 46, 225f.

⁴ Diese nähere Bezeichnung des Anlockens schränkt den Tatbestand ein. Zürich § 128 I bestimmt lediglich: „sich an öffentlichen Orten zur Unzucht anbieten oder dazu anlocken.“ Die Schwierigkeiten einer zutreffenden Umgrenzung des Tatbestandes zeigt VELLARD: Prostitution, 133ff.

⁵ Die Bestimmung kann aber auch den Zuhälter einer Dirne oder andere Personen, die ihr Kunden werben, treffen, sofern nicht Art. 198—204 zur Anwendung gelangen müssen. — Der sog. Strichjunge kann sich gleichzeitig aus Art. 194 und 206 strafbar machen.

⁶ Über die Gewerbsmäßigkeit oben § 28 III 2.

⁷ Zweifelhaft ist, ob in der Führung eines Ladengeschäftes, das von der Straße aus vermöge seiner charakteristischen Ausstattung als Stelle der Unzucht erkennbar ist, bereits ein öffentliches Anlocken zur Unzucht zu erblicken ist. Vgl. BE. 40, Nr. 40 und dazu KRAFT: 44 (Fall der Zürcher Zigarrenläden mit Unzuchtsbetrieb). Art. 206 fordert „Zumutungen oder Anträge“.

Unzucht (Art. 207). Sie ist Antragsdelikt. Zum Antrag berechtigt ist, wer als Mitbewohner oder Nachbar sich belästigt fühlt (vgl. Art. 28). Die Bestimmung ist nicht ungefährlich. Sie kann zu Schikanen und Erpressungen führen¹. Aus ihr, wie übrigens auch schon aus Art. 206 folgt, daß eine Reglementierung der Prostitution nicht ausgeschlossen ist. Sie könnte mit dem Gedanken erfolgen, „Belästigungen“ nach Möglichkeit auszuschließen, z. B. durch Einschränkung auf gewisse Quartiere, Straßen, Häuser. Bei der heutigen abolitionistischen Einstellung der Schweiz im Kampf gegen die Prostitution ist jedoch das erneute Aufkommen einer Reglementierung nicht wahrscheinlich².

3. Anlocken zur Unzucht und Belästigung stehen unter der kaum je wirkungsvollen Strafe: Haft oder Buße. Man muß sich jedoch darüber klar sein, daß im Hintergrund noch die Mittel der kantonalen Verwaltungsrechte stehen, und daß schon heute nicht selten gegenüber Prostituierten die Entmündigung wegen lasterhaften Lebenswandels gemäß ZGB. Art. 370 durchgeführt wird³. — Direktes Maßnahmenrecht ist gegenüber jugendlichen Prostituierten beider Geschlechter vorgesehen. Werden die Tatbestände der Art. 206 und 207 durch Jugendliche unter 18 Jahren erfüllt, so kommen die Bestimmungen der Art. 82ff. zur Geltung⁴. Gegenüber Unmündigen, die zur Zeit der Tat das 18. Jahr zurückgelegt haben, soll der Richter nach der besondern Vorschrift des Art. 208 Berichte über Erziehung, gesundheitlichen, körperlichen und geistigen Zustand der Täterin — oder des Täters — einziehen. Der Richter hat die Möglichkeit, die unmündige Person in eine Arbeitserziehungsanstalt einzuweisen⁵ oder sie der Vormundschaftsbehörde oder einer freiwilligen Vereinigung zur „Besserung verdorbener Unmündiger“ zu überweisen⁶.

¹ Auch der Ausdruck „belästigen“ läßt vielen Deutungen Raum. Er muß eng ausgelegt werden. Gut GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 7, 79; LANG: eodem, 95. Gegen eine solche Bestimmung VEILLARD: Prostitution, 131f.

² Vgl. dazu MITTERMAIER: Z. 20, 235f. (Reglementierungsmöglichkeiten); KRAFT: 88, der jedoch, wenn er unter Hinweis auf Art. 199 eine Kasernierung für ausgeschlossen hält, nicht zutreffend Kasernierung und Bordell gleichgestellt.

³ KAUFMANN: Kommentar Familienrecht (2. Aufl.), Art. 370, N. 20ff.; WEISS: Sammlung von Entsch. zum ZGB. 1, Nr. 1543ff.

⁴ HAFTER: Prot. II. ExpKom. 7, 91f.

⁵ Art. 43 ist voll anwendbar. Der Richter hat also auf Strafe zu erkennen, die aber im Fall der Einweisung vorläufig aufzuschieben ist. Vgl. die ausführlichen Erörterungen über die Maßnahmen bei der Prostitutionsbekämpfung im Prot. II. ExpKom. 7, 76ff.

⁶ Die Überweisung tritt nicht an die Stelle, sondern neben die Strafe. Dieses unter Umständen unbefriedigende Ergebnis kann durch die Gewährung des bedingten Strafvollzuges korrigiert werden. Daß er möglich ist, ergibt sich aus Art. 102 und 105.

§ 35. Konkubinat.

Literatur. Angaben zu § 23. — **STOOS:** Grundzüge, 2, 259f. — **MITTERMAIER:** VD. Bes. Teil, 4, 171ff. — **GSELL:** Die Bestrafung des Konkubinats nach schweizer. Recht, Leipz. Diss. (1920). — **v. WATTENWYL:** Der Konkubinat im Strafrecht, Berner Diss. (1928). — **PICOT:** Z. 2, 60ff.

I. Das Konkubinat, das vereinbarte außereheliche geschlechtliche Zusammenleben zweier Personen verschiedenen Geschlechts, ist nach dem G. kein Delikt. Das ist zunächst eine Konsequenz der Auffassung, nach der außerehelicher Geschlechtsverkehr nicht strafbar ist. Gesetze, die ihn für strafbar erklären, müssen die entsprechende Bestimmung dagegen auch auf ein Konkubinatsverhältnis anwenden. Denkbar ist auch, daß der Gesetzgeber zwar von der Strafbarkeit des (einmaligen) außerehelichen Verkehrs absieht, dagegen das außereheliche geschlechtliche Zusammenleben zum Deliktstatbestand erhebt (z. B. Bern). Die bisherigen schweizerischen Rechte weichen stark voneinander ab: Bern Art. 163, Luzern PolStG. § 145, Obwalden PolStG. Art. 111, Baselstadt PolStG. § 51, Schaffhausen § 186, Graubünden PolStG. § 19 haben Konkubinatsbestände aufgestellt¹. Appenzell A.-Rh. Art. 103, Appenzell I.-Rh. Art. 153 I und St. Gallen Art. 177 I bestrafen schlechthin den außerehelichen Geschlechtsverkehr und treffen damit auch das Konkubinat. Zürich, Schwyz, Baselland, Appenzell I.-Rh. (neben der Strafbestimmung) und Thurgau haben dagegen den eigenartigen Weg beschritten, das Konkubinat zivilrechtlich — in den Einführungsgesetzen zum ZGB. — zu verbieten mit der Sanktion, daß, unter Androhung strafrechtlicher Verfolgung wegen Ungehorsams, die Auflösung des Verhältnisses befohlen werden muß². Die welschen Rechte, aber auch Glarus, Solothurn und Aargau sehen von einem Konkubinatsverbot ab³.

¹ Scharfe und zugleich einschränkende Formulierung z. B. Baselstadt: „Personen, welche in fortgesetzter außerehelicher Geschlechtsverbindung zusammenleben und dadurch öffentlich Ärgernis erregen, werden . . . bestraft und sind voneinander zu trennen.“ — Eingehende Erörterung der kantonalen Rechte namentlich bei **v. WATTENWYL:** 47ff.; bernische Rechtsprechung: 50f. Vgl. ferner **PICOT:** Z. 2, 60ff. und den eidg. VE. 1894, Art. 202: „Personen, welche, polizeilicher Mahnung ungeachtet, wie Eheleute zusammenwohnen, werden mit Haft bestraft.“ Dazu **STOSS:** Z. 14, 95.

² Einzelangaben bei **GSELL:** 22ff.; **v. WATTENWYL:** 55ff. Zu Zürich, Einf.-Ges. ZGB. § 123, dem zivilrechtlichen Verbot und StGB. § 80, der Ungehorsamsbestimmung, auf die der behördliche Trennungsbefehl verweist, besteht eine reiche Praxis; Zusammenstellung bei **KÖPFLI:** Rechtsprechung zum StGB. § 80, Nr. 110—112, vgl. auch **ZELLER:** Kommentar StGB. § 80, N. 7.

³ Im Aargau wird Strafbarkeit aus § 1 des ZuchtPolG. erwogen, jedoch nur wenn das Konkubinat öffentliches Ärgernis erregt; **AargRSpr.** 36, 84 und **JZ.** 23, 204, Nr. 41.

II. Verschiedenheit und Unsicherheit der kantonalen Rechte erklären sich aus der geschichtlichen Entwicklung¹, aber auch aus der Unabgeklärtheit der Frage, worin das Strafwürdige eines Konkubinatsverhältnisses bestehen soll. Verletzt es die geschlechtliche Sittlichkeit oder die Gesellschaftsordnung, das Institut der Ehe?² Erfahrungsgemäß werden Konkubinatsverhältnisse häufig, auf einer durchaus nicht unsittlichen Basis, von Leuten eingegangen, denen die Eheschließung nicht möglich ist³.

Das G. kam zu einer typischen Kompromißlösung: Verzicht auf die Aufstellung eines Tatbestandes, jedoch unter Hinweis auf Art. 335 (Polizei- und Verwaltungsstrafrecht der Kantone) Freigabe zugunsten der kantonalen Gesetzgeber. Ausgeschlossen ist nur die Bestrafung des Konkubinates als Vergehen. Zulässig sind:

1. Aufstellung oder Beibehaltung eines Übertretungstatbestandes.
2. Zivilrechtliches Verbot, verbunden mit dem Erlaß eines behördlichen Trennungsbefehls unter Androhung strafrechtlicher Verfolgung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung (Art. 292)⁴.

¹ Über sie GSELL: 1ff. und namentlich v. WATTENWYL: 1ff.; Einfluß der christlichen Kirche, kanonisches Recht (36ff.) — Wertvoll LÖWENSTEIN: Die Bekämpfung des Konkubinates in der Rechtsentwicklung, Strafr. Abhandlungen, herausgegeben von v. LILIENTHAL, Heft 201 (1919).

² Beachtlich für den Widerstreit der Meinungen Prot. I. ExpKom. 2, 316f., 744f.; Prot. II. ExpKom. 3, 205ff. Ferner Erörterungen bei GSELL: 48ff., 68ff.; MITTERMAIER: VD. Bes. Teil, 4, 173f.

³ Zürich, EG. zum ZGB. § 123 gestattete ursprünglich das Absehen von Verbot und Bestrafung, wenn ein Konkubinatsverhältnis keine familienrechtlichen Pflichten verletzt und sofern eine Eheschließung wegen eines in der Gesetzgebung des Heimatstaates begründeten Hindernisses, das im schweizerischen Recht nicht besteht, unmöglich ist (Abs. II und III). Diese Einschränkung wurde 1913 durch die Annahme der sog. Familienväterinitiative wieder aufgehoben (Zürcher GesSlg. 29, 606).

⁴ Prot. I. ExpKom. 2, 745; Prot. II. ExpKom. 3, 208f.; GSELL: 73ff.; v. WATTENWYL: 61f. — Man kann sich darüber streiten, ob der Vorbehalt zugunsten einer kantonalen Konkubinatsgesetzgebung staatsrechtlich zulässig ist; vgl. Allg. Teil, § 8 II, III 3. Gegen die Zulässigkeit einer kantonalen Ordnung MITTERMAIER: Z. 20, 241 und für die entsprechenden deutschen Verhältnisse VD. Bes. Teil, 4, 174f. Allein die Frage, ob das G. das Gebiet der Delikte gegen das Geschlechtsleben derart abschließend gestaltet hat, daß jede Ergänzung durch kantonale Bestimmungen ausgeschlossen erscheint, muß im Hinblick auf die Konkubinatsgesetzgebung verneint werden. Der Wortlaut des Art. 335 spricht nicht gegen diese Auffassung. Die Gesetzesmaterialien stützen sie. Bei einer formaljuristischen Betrachtung darf man in diesem Fall nicht stehenbleiben.

Vierter Abschnitt.

Ehrverletzungen.**§ 36. Ehrbegriff. Gattungsbegriff der Beleidigung.**

Literatur. STOSS: Grundzüge, 2, 283ff. — PFENNINGER: StR. der Schweiz, 29ff., 132ff., 522ff., 808ff. — LIEPMANN: VD. Bes. Teil, 4, 217ff., 293ff. — SPECKER: Die Persönlichkeitsrechte, Zürcher Diss. (1911), 81ff., 165ff. — REGAMEY: La protection de la personnalité en droit civil, Lausanner Diss. (1929). — VOGEL: Begriff und Wesen der übeln Nachrede, Leipziger Diss. (1912). — STEINER: Der Ehrbegriff im StR., Berner Diss. (1915). — SPAHN: Die Abgrenzung der Verleumdung, übeln Nachrede und Beschimpfung, Zürcher Diss. (1915). — DUNN: Die wahre übeln Nachrede, Berner Diss. (1926). — BRÜGGER: Der Schutz der Ehre, Freiburger Diss. (1928). — SCHERRER: Die Begrenzung der Preßfreiheit durch das StR., Zürcher Diss. (1929). — AMSLER: Die Möglichkeit einer Injurie an Verstorbenen, Zürcher Diss. (1871). — SCHENITZA: Die Beleidigung von Personenverbänden, Zürcher Diss. (1925). — KIRCHGRABER: Der Rechtsbegriff einer geminderten Ehre im schweizer. ZGB., Zürcher Diss. (1921). — v. OVERBECK: Festgabe der Juristenfakultät Freiburg zum Juristentag 1924, 231ff. — LOGOZ: Z. 25, 129ff. — ZÜRCHER: Z. 28, 1ff. — RITTLER: Z. 47, 73ff. — HAFTER: Z. 47, 405ff. — GRÜNHUT: JZ. 31, 1ff. — GERWIG: Festgabe für Fritz Goetzinger (1935), 69ff. Angaben zu § 37—40.

I. Anders als bei den Delikten gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit, gegen die geschlechtliche Selbstbestimmung läßt sich das zu schützende Rechtsgut bei den Ehrverletzungen nicht mit gleicher Sicherheit und Allgemeingültigkeit bestimmen.

Vom Standpunkt der Ethik aus mag gelten: Jeder schuldet dem Mitmenschen Achtung. Jeder soll seinen Nebenmenschen respektieren, ihn so behandeln, wie er selbst behandelt zu werden wünscht. Die Menscheneigenschaft erzeugt einen Achtungsanspruch. Für die rechtliche Betrachtung und für die Gestaltung der strafrechtlichen Ehrverletzung greift diese Auffassung zu weit. Der Hinweis auf die Menschenwürde führt für sich allein zu keiner Lösung. Die geistreiche Einengung BINDINGS setzt hier ein: Ehre ist der Wert, der einem Menschen als solchem und auf Grund seiner Handlungsweise, kraft des Maßes der Erfüllung seiner sittlichen und rechtlichen Pflichten, zukommt¹. Nur die allgemeine Menschenwürde in Verbindung mit der sittlichen Ehre wäre danach schutzwürdig. Aber das Maß sittlicher und rechtlicher Ehre des einzelnen, das vom Maß seiner Pflichterfüllung abhängig gemacht wird, läßt sich regelmäßig nicht einwandfrei feststellen

¹ BINDING: Die Ehre und ihre Verletzbarkeit (1892); Lehrbuch, 1, 136ff. Ähnlich auch ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 181f. Vgl. ferner Zürcher Bl. 24, Nr. 154; 30, Nr. 161; SCHLATTER: Das materielle StR. des aargauischen Zuchtpolizeigesetzes, Berner Diss. (1929), 90ff.

— namentlich dann nicht, wenn über die Frage, ob ein Mensch seine sittlichen Pflichten erfüllt, Zweifel bestehen¹.

Das Recht braucht einen weniger feinen Ehrbegriff. Ehre ist Menschenwert (Menschenwürde) und Geltung und Ansehen innerhalb des Kreises, in dem der einzelne lebt². Das ist nicht so äußerlich, als es zunächst scheint. Normalerweise hat der Mensch das Bedürfnis, in seinem Lebenskreis eine gewisse Geltung zu erlangen. In dieser gesellschaftlichen Geltung erblickt er, soweit es sich nicht um eine fast pathologisch anmutende Gleichgültigkeit oder gar um schlimmsten menschlichen Abschaum handelt, seine Ehre³. An ihrem Schutz und am Schutz des guten Namens und des Ehrbewußtseins gegen Angriffe besteht ein rechtliches Interesse, dessen Wahrnehmung allerdings nicht unmittelbar beim Staat liegt, sondern dem Angegriffenen anheimgegeben ist (Ehrverletzung als Privatklagedelikt). Zeigt sich dann — bei der Durchführung eines Ehrverletzungsprozesses —, daß ein Kläger unberechtigterweise Geltung und Ansehen genießt und Ehre beansprucht, so hat der Richter die Klage abzuweisen. Zur Klarlegung solcher Verhältnisse stehen namentlich zwei Behelfe zur Verfügung: das Recht zur Leistung des Wahrheitsbeweises und das Recht, die Wahrnehmung berechtigter Interessen zur Geltung zu bringen (unten § 39). Ehrverletzungsprozesse bekommen dadurch in Einzelfällen die eigenartige Funktion, einen falschen Ehrenmann — den Kläger — zu entlarven⁴.

¹ Der Ausweg BINDINGS (Lehrbuch, I, 137) erregt Bedenken: „Jeder soll seine Ehre rein halten. Das Recht hat bis zum Beweise des Gegenteils anzunehmen, daß dies geschehen sei. . . . Daraus folgt auch eine unvermeidliche Sonderheit dieses Deliktes (der Ehrverletzung): für das Dasein seines Angriffsobjektes zu einem Teil besteht eine Rechtsvermutung. Das ist gleichbedeutend mit der Notwendigkeit, nicht beleidigende Handlungen (wegen mangelnder Ehre des Angegriffenen) vereinzelt als Beleidigungen zur Strafe zu ziehen.“ Dazu auch BRÜGGER: 10ff.

² Die schweizer. Rechtsprechung bringt den Gedanken: Ehre = gesellschaftliche Geltung, Wertschätzung in der Öffentlichkeit, gelegentlich zum Ausdruck: BE. 48 II, 59; 60 II, 406; JZ. 20, 12, Nr. 8; 23, 379, Nr. 76 (Graubünden); Zürcher Bl. 22, 310ff.; 26, Nr. 8. Er ist aber noch nicht allgemein durchgedrungen; vgl. unten V. Zum — endlos umstrittenen — Ehrbegriff vgl. HAFTER: Z. 47, 405ff., 417f.; SPECKER: 81ff. (Auseinandersetzung mit der deutschen Literatur); LIEPMANN: 224ff.; STEINER: 28ff.; SPAHN: 66ff.; BRÜGGER: 3ff.; ENGELHARD: Die Ehre als Rechtsgut im Strafrecht (1921) usw. — Über den Schutz des Ehrgefühls bei der Beschimpfung unten § 38 I.

³ Zur Kennzeichnung alter schweizer. Rechte sagt PFENNINGER: StR. der Schweiz, 135: Die Ehre ruht auf dem einzelnen, im persönlichen Bewußtsein der Ehrenhaftigkeit und weiterhin — im Urteil der Genossen, worin sich jene widerspiegelt. — Die gelegentlich vertretene Unterscheidung zwischen einer inneren und einer äußeren Ehre folgt diesem Gedankengang; STEINER: 29ff.

⁴ Hier liegt ein Berührungspunkt mit der Auffassung BINDINGS. Vgl. auch PFENNINGER: StR. 138: Das Ehrenrecht ruht auf den Grundlagen der persönlichen wirklichen Ehrenhaftigkeit. — „Die Ehre ist ein unsichtbares Ding und oftmals hat sie der, der sie nicht hat“ (SHAKESPEARE: Othello IV 1).

II. Etwas anderes als die strafrechtlich geschützte Ehre ist die Ehre im staatsbürgerlichen Sinn. Die sog. bürgerlichen Ehrenrechte stellen eine rein formale Ehre dar, die im Grunde mit Wert und Unwert eines Menschen wenig zu tun hat. Der Staat verleiht sie, macht sie zur Voraussetzung für den Erwerb und die Ausübung bestimmter Befugnisse. Der Staat kann sie auch mindern und entziehen (Einstellung in der bürgerlichen Rechtsfähigkeit, Amtsentsetzung usw.; Allg. Teil, § 66 bis 70)¹. Die Verschiedenheit der beiden Ehrbegriffe erhellt namentlich daraus, daß beim Fehlen oder bei der Minderung der staatsbürgerlichen Ehrenrechte eine strafrechtlich zu schützende Ehre trotzdem vorhanden sein kann. Es läßt sich überhaupt nicht denken, daß es Menschen geben soll, die unter gar keinen Umständen mehr taugliche Objekte einer Ehrverletzung sein können. Mindestens bleibt immer ein Rest Menschenwürde².

III. Eine Eigenart des strafrechtlichen Ehrbegriffs besteht darin, daß er eine variable Größe enthält. Geltung und Ansehen bestimmen sich verschieden nach der Persönlichkeit des einzelnen und nach dem Kreis, in dem er lebt. Letzten Endes hat jeder seine individuelle Ehre, und die Schwierigkeit für den urteilenden Richter besteht gerade darin, zu erkennen, ob im Einzelfall die einem bestimmten Menschen zukommende Ehre verletzt oder gefährdet wurde. Abwegig ist der Begriff einer Durchschnittsehre³.

Jeder Mensch ist taugliches Objekt einer Ehrverletzung. Ehre ist, wenigstens zum Teil, angeboren. Aber die Angriffsflächen, die der einzelne bietet, sind verschieden. Maßgebend ist der ganze Reichtum der Persönlichkeits- und Lebensunterschiede: Alter und Geschlecht (Frauen-ehre), berufliche Stellung, soziales Milieu, Beamten- und militärische Stellung⁴. Das wird an wenigen Beispielen klar: Ein derbes Scherzwort oder eine Liebkosung können gegenüber einem Kind harmlos, gegenüber einem erwachsenen Mädchen eine schwere Beleidigung sein. Bei Kindern, die durchaus taugliche Objekte einer Ehrverletzung sind, wird es sich meistens, jedoch nicht ausschließlich, um den Schutz der Menschenwürde

¹ SPECKER: 113f., 117ff.; STEINER: 37; KIRCHGRABER: insbesondere 23ff. (Ehrenminderung im Zivilrecht).

² Vgl. SPECKER: 123f.; VOGEL: 12f.; GERWIG: 73.

³ Von einer solchen Durchschnittsehre, unter Ablehnung der Berücksichtigung von Anschauungen, die im Kreise der Beteiligten herrschen, geht wohl die aargauische Praxis aus; vgl. SCHLATTER: a. a. O. 92. Schwer begreiflich der Entscheid. JZ. 18, 228ff. („Streikbrecher“ und „Sperrbrecher“ keine Beleidigung, weil diese Ausdrücke nicht geeignet seien, den sittlichen Wert der Persönlichkeit zu berühren und sie in der öffentlichen Meinung herunterzusetzen).

⁴ Das wird fast allgemein anerkannt; SPECKER: 105ff.; BINDING: Lehrbuch, I, 134; JZ. 20, 12, Nr. 8; Zürcher Bl. 22, 311 und dort Zitierte; BRÜGGER: 13f.; HAFTER: Z. 47, 418f.

handeln¹. Bestimmte, namentlich auf geschlechtliche Verhältnisse sich beziehende Äußerungen können einer Frau an die Ehre gehen, während sie den Mann nicht treffen. Der Vorwurf schwerer Betrunkenheit kann je nach der Persönlichkeit des Angegriffenen und seiner gesellschaftlichen Stellung ehrverletzend oder nicht beleidigend sein². Die Äußerung mit Bezug auf einen Lehrer, der eine fremde Sprache doziert oder gegenüber einem Professor der Jurisprudenz, er habe von seinem Fach keine Ahnung, ist eine Beleidigung³, während der gleiche Vorwurf der Kenntnislosigkeit einem x-beliebigen gegenüber harmlos sein kann. Auch der Politiker, der Beamte, die Militärperson usw. haben ihre bestimmten individuellen Angriffsflächen⁴.

IV. Die Gesetze stellen regelmäßig keinen Gattungsbegriff der Beleidigung auf. Theorie und Rechtsprechung müssen aber, um die Tragweite der einzelnen Ehrverletzungstatbestände ermessen zu können, von einem möglichst sichern Oberbegriff ausgehen.

Beleidigung ist Verletzung des Menschenwertes (der Menschenwürde) oder Verletzung oder Gefährdung der gesellschaftlichen Geltung des einzelnen in seiner öffentlichen, privaten und beruflichen Stellung durch ungerechtfertigte Bezeugung von Geringschätzung oder Mißachtung⁵. Verletzungsdelikt ist sie immer dann, wenn sie sich allgemein gegen die Menschenwürde richtet. Sie ist Gefährdungsdelikt, wenn die Äußerung an

¹ In Betracht kommt namentlich tätliche Beschimpfung; Zürcher Bl. 16, Nr. 74; 18, Nr. 16; JZ. 14, 382, Nr. 116. Eine Beleidigung liegt aber auch in dem unberechtigten Vorwurf unehelicher Geburt, in der nicht gerechtfertigten Behauptung sittlicher Mängel (Lügner, Dieb), in der rohen Beschimpfung eines Kindes. Nicht entscheidend ist, ob das Kind die Tragweite der Beleidigung voll erfaßt. Die Beleidigungsfähigkeit hängt nicht vom Ehrgefühl und Ehrbewußtsein ab. Wie dem Kind kommt sie auch dem Geisteskranken zu; BRÜGGER: 17. Das Antragsrecht liegt beim gesetzlichen Vertreter. Vgl. auch JZ. 23, 379, Nr. 76 (Graubünden); SPECKER: 122f.

² Zürcher Bl. 4, Nr. 195.

³ Anders BE. 31 I, 394.

⁴ Weitere Beispiele aus der schweizer. Praxis bei SPECKER: 104f. — Diese Betrachtungen führen keineswegs zur Annahme einer gesondert stehenden Standes-, Berufs-, militärischen Ehre. Es handelt sich nur um Ausschnitte, um die Wertung der besondern individuellen Verhältnisse; Zürcher Bl. 24, Nr. 154. Über die Amtsehrverletzung unten § 40 VI 1. Mißverständlich BE. 26 I, 294f.: eine spezielle „politische“ Ehre sei kein anerkanntes Rechtsgut.

⁵ Auf Grund seines Ehrbegriffes anders BINDING: Lehrbuch, I, 135, 143ff.: Ehrverletzung die Behandlung eines Menschen nach Maß nicht vorhandener Unehre; Herabwürdigung des sittlichen Wertes der Persönlichkeit. Ihm folgend BE. 26 I, 43f. Dazu die Kritik von SCHERRER: 64ff. — Zu eng SPECKER: 165 „Aberkennung von Vorzügen, die in der menschlichen Gesellschaft geachtet machen.“ Beleidigung als Verletzung der Menschenwürde, z. B. die tätliche Beschimpfung eines Kindes, ist damit nicht umfaßt. Vgl. auch GERWIG: 72f.

sich geeignet war, die Ehre einer Person zu schädigen, ein Schaden aber nicht eintrat oder nicht beweisbar ist¹. Regelmäßig ist die Beleidigung ein Begehungsdelikt, doch ist namentlich Beschimpfung auch in der Form der Unterlassung möglich² (unten § 38 I 5).

Unvermeidbar ist — bei der hier gegebenen, wie bei jeder andern Bestimmung des Beleidigungsbegriffes —, daß dem Richterermessen ein außerordentlich weiter Spielraum eingeräumt werden muß. Das hängt einerseits mit der variablen Größe des Momentes: gesellschaftliche Geltung, anderseits mit der im Einzelfall schwierigen Lösung der Frage zusammen, ob der Täter die Menschenwürde eines andern verletzt hat³. Darin liegt der Grund für die Uneinheitlichkeit der gerichtlichen Praxis in Beleidigungssachen. Sie soll Menschenwürde und den berechtigten Anspruch auf gesellschaftliche Geltung aufs strengste wahren, aber auch nicht schwächlicher Empfindlichkeit Vorschub leisten⁴. Der einzelne soll, ohne den Richter anzurufen und ihn — in üble Verlegenheit zu setzen, über Vorwürfe allgemein menschlicher Schwächen und Gebrechen hinweggehen. Man soll, nach Zeit und Umständen, auch einen allzu derben üblen Scherz ertragen können und nicht jeden Mangel an Achtung als Mißachtung auffassen⁵.

V. Die verschiedene grundsätzliche Auffassung des Ehr- und des Beleidigungsbegriffes tritt scharf bei der Frage hervor, ob eine Ehrverletzung immer eine Verneinung oder Anzweiflung innerer — sittlicher — Qualitäten voraussetzt, oder ob sie auch in einem Angriff, der den sitt-

¹ Gut Strooss: Grundzüge, 2, 298; unten § 37 I 2. — Versuch einer Beleidigung ist denkbar — wenn die ehrenrührige Äußerung weder Dritten, noch dem Angegriffenen selbst (Beschimpfung) bekannt wird. Weil die Beleidigung Privatklagedelikt ist, spielen solche Fälle praktisch keine Rolle; vgl. BRÜGGER: 19.

² Allgemein zur Frage Ehrverletzung durch Unterlassung SPECKER: 170ff.

³ BE. 26 I, 44f. Verletzung der Menschenwürde durch die Äußerung, X gehöre nicht in den Nationalratssaal, sondern höchstens in einen Kuhstall, weil nicht geduldet werden könne, daß im Nationalrat gewisse Leute ihren Kot und Unrat abschütteln.

⁴ Kasuistik aus Literatur und Rechtsprechung, unter Heranziehung der zivilrechtlichen Judikatur des Bundesgerichtes, bei SPECKER: 165ff. Fragen des Ehrverletzungsrechtes behandelt das Bundesgericht namentlich auch bei der Entscheidung staatsrechtlicher Rekurse wegen Verletzung der Preßfreiheit. Heutiger Standpunkt: das BGer. prüft, ob das kantonale Gericht bei einer Bestrafung wegen Beleidigung durch die Presse die Aufgaben der Presse verkannt hat. Mit der Frage der Ehrverletzung befaßt es sich nur, wenn es sich um einen Gegenstand von allgemeinem Interesse und um die Erfüllung der spezifischen Aufgaben der Presse handelt. Dann nimmt es eine Abschätzung des Wertverhältnisses zwischen den Interessen der Öffentlichkeit und denjenigen einer angegriffenen Einzelperson vor; BE. 37 I, 377f. Dazu mit weiteren Zitaten v. CLERIC: Leitfaden, 87f. und namentlich SCHERRER: 71ff.

⁵ Über die Wertung von Karikaturen und satirischen Darstellungen ROGOWSKI: Die komische Beleidigung (1911), 25ff.; RITTLER: Z. 47, 83ff.; SANDULLI: La nuova legislazione italiana, 4, 3ff.

lichen Wert eines Menschen nicht berührt, insbesondere auch in einer Verspottung äußerer Eigenschaften liegen kann. Die zürcherische Rechtsprechung zeigt eindrucksvoll Unsicherheit und Verschiedenheit der Anschauungen: Die kränkende Apostrophierung eines Israeliten als „Juden“ wurde als beleidigende gesellschaftliche Mißachtung bezeichnet (Zürcher Bl. 26, Nr. 8)¹. Mit aller Schärfe erklärt dagegen das Urteil Zürcher Bl. 10, Nr. 156, daß nur Angriffe auf die Sittlichkeit (Sittsamkeit) und die Rechtlichkeit (Rechtschaffenheit) einer Person, d. h. auf ihren innern moralischen Wert, dagegen nicht Beschreibungen oder Zeichnungen körperlicher Gebrechen als Beleidigung gelten können². Die Auffassung, daß nur gegen Sittlichkeit und Rechtlichkeit sich richtende Angriffe ehrverletzend seien, kehrt in zahlreichen Entscheidungen wieder: Zürcher Bl. 11, Nr. 24, Nr. 165 (Bezeichnung eines Geschäftsmannes als „Wanzendirektor“ keine Beleidigung), Nr. 226 (ebenso nicht die Behauptung, jemand leide an Querulantenwahnsinn), 13, Nr. 31 („kein rechter Mann geht in diese Wirtschaft“), 34, Nr. 169 („Jede Verleumdung setzt den Vorwurf einer Handlung voraus, die nach allgemeinen Grundsätzen Rechtlichkeit und Sittlichkeit, der Durchschnittsmoral, widerspricht“). Andere Entscheide betonen wiederum, daß nicht nur Angriff auf Rechtlichkeit und Sittlichkeit, sondern auch andere gesellschaftliche Herabwürdigungen ehrverletzend sein können (Zürcher Bl. 16, Nr. 174: der Vorwurf falscher Behandlung gegenüber einem Arzt³ und die Zulage, bei ihm

¹ Ähnlich schon Blätter 3, Nr. 104, jedoch mit der Einschränkung, daß ein israelitischer Geschäftsmann, der Unkorrektheiten begeht, „die man geneigt sein kann, auf Rechnung seiner Abstammung zu schreiben“, sich die herabsetzende Bezeichnung als „Juden“ gefallen lassen muß. Ebenso Blätter 30, Nr. 161, hier mit der Begründung, durch die Apostrophierung als „Juden“ werden Sittlichkeit und Rechtlichkeit nicht berührt. — Vgl. ferner Kantonsgericht Graubünden: Herabminderung der gesellschaftlichen Geltung durch die Vorwürfe „Unmanierlichkeit“, „große Taktlosigkeit“, „Unerzogenheit“ (JZ. 23, 379).

² Theaterrezension: „Der Darstellerin der Iphigenie fehlten . . . unerläßliche Requisiten. Was sie an Stelle eines griechischen Profils hatte, dafür hätte man vor der Reise Franz Drakes, die für Europas Ernährung so wichtig war, nicht leicht einen Vergleich gefunden.“ Vgl. auch BE. 26 I, 294. Über Grenzen der Theaterkritik ferner BE. 33 II, 237ff. (zivilrechtlicher Entscheid). — Ganz anders ein zürcher. Urteil von 1894: Beschimpfend die Äußerungen eines Gerichtsberichterstatters, der eine Angeklagte mit einem „spärlichen Mittagessen“ verglich, von ihr sagte, ihre Brust verrate Glattfelden als Heimat“, sie habe „vornehme Ohren“. Das Bundesgericht wies einen staatsrechtlichen Rekurs gegen das Urteil ab; BE. 21, Nr. 3. Vgl. St. Gallen Art. 107 Ziff. 4: Vorhalten eines Leibesgebrechens in beleidigender Absicht als Beschimpfung. Weitere Angaben bei SPECKER: 107ff.

³ Ebenso BE. 13, 84f.; 24 II, Nr. 20. Vgl. auch Zürcher Bl. 35, Nr. 150 und 25, Nr. 165: Behauptung mangelnder Vorbildung eines Fachmannes (zivilrechtlicher Entscheid). Ferner über den Schutz der beruflichen und geschäftlichen Ehre EGGER: Kommentar Personenrecht (2. Aufl.), Art. 28, N. 36.

sei eine Schraube los; 19, Nr. 192: Behauptung zweimaligen Durchfalls im Examen, Vorwurf des Unfleißes und mangelnder geistiger Fähigkeiten)¹.

Die Rechtsprechung muß aus solchen Schwankungen herauskommen. Eine Beschränkung darauf, daß nur Angriffe auf Sittlichkeit und Rechtlichkeit eines Menschen beleidigend sein können, ist verfehlt. Für den Richter muß entscheidend sein,

1. ob eine Äußerung allgemein Wert und Würde, die dem Menschen zukommt, verletzt oder

2. ob nach Umständen, Zeit und Art in ungerechtfertigter Weise die gesellschaftliche Geltung eines Menschen verletzt oder gefährdet wird.

Daß bei solcher Prüfung die Untersuchung, ob ein Angriff sich gegen Sittlichkeit und Rechtlichkeit eines Menschen richtet, von Bedeutung werden kann, ist selbstverständlich².

VI. Eine Beleidigung kann nur strafbar sein, wenn sie sich gegen ein bestimmtes Objekt, eine bestimmte Person, richtet. Unter diesem Gesichtspunkt ergeben sich drei Einzelfragen:

1. Die Ehrverletzung, namentlich Verleumdung und üble Nachrede, geht oft auf Schleichwegen. Der vorsichtige oder feige Täter begnügt sich mit Anspielungen und Andeutungen — nicht nur mit Bezug auf den Inhalt des erhobenen Vorwurfes, sondern häufig auch in der Art, wie er das Opfer bezeichnet. Er nennt keinen Namen oder einen erdichteten. Entscheidend ist, daß dem Opfer die Beziehung auf seine Person erkennbar ist³, nicht erforderlich, daß der Zusammenhang mit einer bestimmten Person auch Dritten, dem Publikum, bewußt geworden ist. Mindestens eine Ehrengefährdung ist auch vorhanden, wenn der Dritte den Zielpunkt einer Beleidigung nicht oder zunächst nicht erkennt⁴.

Die vom Richter zu lösende Vorfrage geht in Zweifelfällen dahin, ob ein Vorwurf sich tatsächlich gegen den Ehrverletzungskläger richtete⁵.

¹ Vgl. auch JZ. 30, 361, Nr. 267 (Bern: beleidigend die Behauptung, jemand sei geisteskrank gewesen und „immer noch gefährlich“).

² Über Bismarck wurde nach einer im Parlament gehaltenen Rede gesagt, er habe wie ein „Schornsteinfeger“ gesprochen. Das war eine Anzweiflung intellektueller Fähigkeiten, aber auch ein Angriff gegen sittliche Qualitäten, der darin liegt, der Regierungschef bleibe auf einem Posten, dem er nicht gewachsen sei; ROGOWSKY: a. a. O. 14. — Vorwurf der Hexerei als Beleidigung: JZ. 29, 26, Nr. 24 (St. Gallen); 30, 376, Nr. 277 und Zürcher Bl. 33, Nr. 64.

³ BE. 31 II, 654f.; 60 II, 405; JZ. 10, 90, Nr. 84; EGGER: Kommentar Personenrecht (2. Aufl.), Art. 28, N. 38.

⁴ Das menschliche Sensationsbedürfnis sorgt regelmäßig für eine rasche Aufhellung der persönlichen Zusammenhänge. Typischer Fall einer verdeckten, gegen einen Arzt gerichteten beleidigenden Nachrede BE. 13, 84 die Inschrift auf einem Grabstein: „Ruhestätte für A. R. Unrichtige Mittel haben Dir Ende 1877 und anfangs 1878 das Grab geöffnet.“ Weitere Beispiele bei SPICKER: 172ff., ferner BE. 16, Nr. 89; JZ. 8, 124, Nr. 132 (Bern).

⁵ Über sog. mittelbare Beleidigung Zürcher Bl. 2, Nr. 197.

2. Bei der sog. Kollektivbeleidigung ist entscheidend, ob ein Kollektivganzes ein Gebilde darstellt, dem man als Ganzem eine Ehre, wenigstens in der Form gesellschaftlicher Geltung, zuerkennen kann¹. Eine an sich beleidigende Äußerung, die sich gegen ein ungeformtes Kollektiv, z. B. gegen einen ganzen Stand oder Beruf richtet, kann nicht als Ehrverletzung verfolgt werden. Die schweizerischen Offiziere, die Armee, die schweizerische Ärzteschaft, die Freimaurer, die Zürcher Studenten, die Kommunisten², der solothurnische Radikalismus (freisinnige Partei)³, die politischen Führer des Kantons⁴ sind als Kollektive nicht taugliche Objekte einer Ehrverletzung. Als Ganzes sind sie auch prozessual nicht zur Durchführung eines Ehrverletzungsprozesses legitimiert⁵. Da ihnen die Rechtsfähigkeit fehlt, sind sie im Privatklageprozeß nicht parteifähig.

Dagegen können in einem Angriff auf ein Kollektivganzes einzelne Personen beleidigt werden. Voraussetzung ist jedoch die erkennbare Beziehung auf Einzelpersonen, was z. B. dann nicht leicht festzustellen sein wird, wenn die Gesamtheit eine sehr große Anzahl umfaßt⁶. Der Beweis, daß in einem solchen Fall zugleich ein einzelner oder alle einzelnen beleidigt wurden, muß erbracht werden⁷ und zwar muß der einzelne Privatkläger den Beweis leisten, daß auch er vom Beleidiger gemeint sei⁸.

3. Anders liegen die Dinge, wenn der Angriff sich gegen eine organisierte Gemeinschaft, insbesondere gegen eine juristische Person

¹ Von seinem Standpunkt aus konsequent ablehnend BINDING: Lehrbuch, I, 140: Nur der einzelne Mensch hat Ehre. Eine Kollektivlehre von Familien, Ständen, juristischen Personen usw. ist ein Unding. — Zur ganzen Frage namentlich SCHENITZA: Die Beleidigung von Personenverbänden nach schweizer. Recht (1925). Geschichtliche Daten: 25ff. Beachtlich Deutsche JZ. 39, 238ff.

² JZ. 23, 90, Nr. 75 (Schaffhausen). Hier wird die Beleidigung einer Mehrheit unter einer Kollektivbezeichnung — „das Gesindel muß raus aus den Behörden“ — angenommen, weil sämtliche unter diesen Begriff fallende Personen getroffen werden sollten.

³ BE. 39 I, 36 I ff.

⁴ BE. 50 I, Nr. 37.

⁵ Im Militärstrafrecht, das die Beleidigung als Offizialdelikt behandelt, fällt diese Schwierigkeit weg. Weitgehend Entscheidungen des Mil.-Kassationsgerichtes 1915—1925, Nr. 52: Beleidigung einer Guidenschwadron. Zu weit VOGEL: 22f.

⁶ Vgl. dagegen JZ. 29, 54 (St. Gallen): Eine kleine Gesamtheit — die Milchproduzenten einer kleinen Gemeinde, von der jeder einzelne sich durch den Vorwurf unreeller Milchlieferung betroffen fühlen mußte. Gut KNÖR: ZgesStRW. 49, 690f.; vgl. auch SCHENITZA: 39ff. mit weitern Belegen.

⁷ Wohl allgemein anerkannt: BE. 39 I, 367; 50 I, 217, 221; Mil.-Kassationsgericht, a. a. O. Nr. 13; JZ. 14, 277, Nr. 85 und 27, 54 (St. Gallen); BINDING: Lehrbuch, I, 141, 143; KNÖR: a. a. O. 688ff. (gute Auseinandersetzung mit der deutschen Rechtsprechung).

⁸ Zürcher Bl. 8, 154. — Im Einzelfall muß die Aktivlegitimation sowohl der Körperschaft wie der Einzelperson zustehen; dazu GERWIG: 91f., 109.

richtet¹. Die Handelsgesellschaft, der Verein, wohl auch die Stiftung führen ein Leben für sich, nehmen eine gesellschaftliche Stellung ein. Kann ihnen das Recht auch eine Ehre zuerkennen? Das muß konsequent verneinen, wer Ehre nur als Menschenwert versteht. Aber bejahen muß es, wer darüber hinaus auch gesellschaftliche Geltung unter den Ehrbegriff stellt. Sie kann auch bei einer Körperschaft, vielleicht auch bei einer Stiftung durch ungerechtfertigte Bezeigung von Geringschätzung oder Mißachtung verletzt oder gefährdet werden². So ergibt sich als Beschränkung und Resultat: Soweit eine Körperschaft Rechte haben kann, soweit es sich nicht um Rechte handelt, die ihrer Art nach nur dem Menschen zukommen, wie körperliche Unversehrtheit, Geschlecht, Verwandtschaft, kann sie in diesen Rechten auch verletzt werden. Sie ist taugliches Beleidigungsobjekt³. Für das Zivilrecht ist heute in der Schweiz die Individualrechtsfähigkeit und die Ehrenfähigkeit juristischer Personen nicht mehr bestritten⁴. Verwunderlich, ja unverständlich ist, daß die schweizerische Strafrechtspraxis diese Entwicklung fast völlig unberücksichtigt gelassen hat, als ob die strafrechtliche Ehre etwas völlig anderes wäre als die zivilrechtliche⁵. — Das BStG. von 1853 Art. 59 und

¹ Entscheidend muß sein, daß es sich um eine organisierte Gemeinschaft handelt. Juristische Persönlichkeit ist nicht notwendig. Dazu SCHENITZA: 58ff. und 66f. (gegen die Anerkennung der Beleidigungsfähigkeit bei Verbänden, die juristische Persönlichkeit nicht besitzen). Schwierigkeiten kann die Frage bereiten, ob eine organisierte Gemeinschaft, die nicht juristische Person ist, zur Klage legitimiert ist; JZ. 30, 106, Nr. 92 (St. Gallen).

² BINDING: Lehrbuch, 1, 140 schreibt, der Mann solle noch gefunden werden, der etwa durch ein animalisches Schimpfwort eine Stiftung beleidigen könnte. Die Bemerkung mag richtig sein. Aber die Frage bleibt ungelöst, ob es nicht beleidigend ist, wenn jemand eine Handelsgesellschaft als Schwindelunternehmen bezeichnet, einen Vereinsbeschluß als verbrecherisch hinstellt, eine Körperschaft in übelster Weise verspottet und herabwürdigt. Der einzelne, ein Vereinsmitglied z. B., findet mit einer Klage kein richterliches Gehör, weil er nicht beweisen kann, daß der Angriff sich auch gegen ihn persönlich richtete. — Wertvoll die Rechtsvergleichung bei HURWICZ: ZgesStRW. 31, 873ff. Gut GERWIG: 82ff.

³ SPAHN: 74; BRÜGGER: 14ff.; SCHENITZA: 46ff. — Im Anschluß an das französische Recht anerkennen die Beleidigungsfähigkeit das frühere StGB. von Freiburg Art. 407 (atteinte portée à l'honneur . . . d'une personne ou d'un corps), Neuenburg Art. 340 und Genf Art. 303.

⁴ BE. 31 II, 246f: insbesondere geschäftliche Ehre, und zwar abgesehen von der vermögensrechtlichen, ökonomischen Bedeutung dieser Ehre; 32 II, 367; anders noch BE. 11, 202f. — Für die Ehrenfähigkeit juristischer Personen auf Grund von Art. 53 ZGB. EGGER: Kommentar Personenrecht (2. Aufl.) Art. 53, N. 11; Zürcher Bl. 23, 105, ferner SPECKER: 128ff.; HAFTER: Kommentar Personenrecht (2. Aufl.), Art. 53, N. 7 und dort Zitierte; SCHENITZA: 23ff.; GERWIG: 88ff.; Berner Z. 60, 492 und 504. Vgl. noch unten § 66 (Kreditschädigung) und HUBER (Lit. zu § 66): 13f.

⁵ Dieser — fingierte — Unterschied wird deutlich, jedoch ohne zureichende Begründung hervorgehoben in Zürcher Bl. 23, 105. Ablehnung der strafrechtlichen Beleidigungsfähigkeit juristischer Personen ferner Zürcher Bl. 23, Nr. 83;

Zürich § 161 lit. b nennen besonders die gegen Behörden gerichteten Ehrverletzungen und scheinen damit die Beleidigungsfähigkeit eines organisierten öffentlich-rechtlichen Kollektivs — auch wenn es sich nicht um eine juristische Person handelt — anzuerkennen. Die zürcherische Praxis legitimiert jedoch nur die einzelnen Mitglieder der Behörde zur Strafklage¹. Art. 296 und 298 des eidg. G. stellen die Beleidigung eines fremden Staates und seiner Regierung unter Strafe. Auch darin kann man eine Körperschaftsbeleidigung erblicken. Der Schluß, daß aus solchen Einzelbestimmungen *argumento e contrario* folge, die passive Beleidigungsfähigkeit anderer Körperschaften sei ausgeschlossen², ist verfehlt. Die Beleidigung von Staaten, Regierungen, Behörden steht unter andern Gesichtspunkten als die gegen private Personen gerichtete Ehrverletzung. Bei jener steht der Schutz staatlicher Autorität und eventuell völkerrechtlicher Interessen im Vordergrund³. Die Frage nach der Beleidigungsfähigkeit anderer (privater) organisierter Gemeinschaften muß unabhängig davon aus dem Ehrenrecht gelöst werden. Sie ist zu bejahen. Die Gesetzestexte sehen sie allerdings in der Mehrzahl nicht vor, schließen sie aber auch nicht aus. Nicht maßgebend sind gegenteilige Anschauungen in den Gesetzesmaterialien⁴. Das gilt auch für das eidgenössische Gesetz. Der Richter kann die Beleidigungsfähigkeit der Körperschaften anerkennen⁵.

VII. Daß der Tote keine Ehre mehr hat, gilt als juristisches Axiom. Der gewöhnliche Sprachgebrauch hält sich nicht daran. Er scheut sich nicht, von Angriffen auf die Ehre eines Toten zu sprechen. Es ist ein

31, Nr. 128; JZ. 20, 324, Nr. 226; 29, 9, Nr. 10; 21, 378, Nr. 318 (Aargau); ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 182 und Prot. II ExpKom. 2, 422. Vgl. SCHENITZA: 35ff., 48ff., 94ff. (Auseinandersetzung mit den Lehrmeinungen; Forderungen an den Gesetzgeber).

¹ ZÜRCHER: Kommentar, § 162, N. 1; ZELLER: Kommentar, § 161, N. 4. Gegen diese Auffassung mit Recht SCHENITZA: 75ff. (mit weiteren Daten aus der bisherigen Gesetzgebung). GERWIG: 87 weist auf ein Urteil des Basler Appellationsgerichtes hin, das die Aktivlegitimation des kleinen Rates von Graubünden bejahte (App.Ger.-Entsch. 2, 69 und 227)

² So Zürcher Bl. 31, Nr. 128 unter Hinweis auf die — bisher vorherrschende — Schlußziehung aus § 196 und 197 des deutschen StGB. (Beleidigung von gesetzgebenden Versammlungen, Behörden und andern politischen Körperschaften). Dazu gut FRANK: Kommentar StGB. (18. Aufl.), Vorbemerkung zum 14. Abschnitt, N. II 4 und § 197, N. I, ferner GERWIG: 86ff.

³ BINDING: Lehrbuch, 1, 135.

⁴ Dazu SCHENITZA: 78f., 83.

⁵ So aus der bisherigen Rechtsprechung St. Gallen (JZ. 14, 277, Nr. 85 und namentlich Entsch. des Kantonsgerichtes 1935, Nr. 13); Luzern (JZ. 7, 281, Nr. 281; 33, 201, Nr. 145) entgegen einem frühern Urteil (J.Z 5, 181, Nr. 294). Zu Luzern auch MEYER v. SCHAUENSEE: JZ. 27, 289. Glarus nimmt eine „korporative Ehrverletzung“ in weitestem Umfang an (JZ. 3, 163, Nr. 554). Kritisch dazu STAUB: Der glarnerische Ehrverletzungsprozeß, Zürcher Diss. (1909), 51. In Zürcher Bl. 31, Nr. 128 wird die Beleidigungsfähigkeit der Körperschaft wenigstens als gesetzgeberisches Postulat bezeichnet. Weitere Daten bei GERWIG: 96f.

Streit um Worte, ob man anerkennen oder bestreiten will, daß der Tote, auch wenn er nicht zu den „Unsterblichen“ gehört, gesellschaftlich noch etwas gilt. Jedenfalls empfinden die Angehörigen Verleumdung und üble Nachrede gegen ihre Toten als eine Beleidigung des Toten selbst. Feinere juristische Unterscheidung mag darin eine Verletzung des Pietätsgefühls der Angehörigen, eine mittelbare Beleidigung noch Lebender, erblicken¹. Art. 175 des G. scheut sich nicht, von „Verleumdung und übler Nachrede gegen einen Verstorbenen“ zu reden. Besonderheiten ergeben sich nur für die Fragen des Antragsrechtes und der Schutzdauer (unten § 37 IV).

VIII. Gesetzgeberisch ließe sich die Aufstellung eines einzigen umfassenden Ehrverletzungstatbestandes rechtfertigen². In ihm müßte deutlich hervortreten, was als Ehre geschützt werden soll. Die Entwicklung ist andere Wege gegangen. Sie unterscheidet — je nach der Art des Angriffes — eine Mehrzahl von Tatbeständen. Die Doktrin mag jedoch mit einigem Vorteil von einer Art Obertatbestand ausgehen, der folgendermaßen lauten kann:

„Wer jemanden durch Wort, Schrift, Bild, Gebärde oder Tätlichkeiten in seiner Menschenwürde verletzt oder ihn durch ungerechtfertigte Bezeigung von Mißachtung in seiner öffentlichen, privaten oder beruflichen Stellung verletzt oder gefährdet, wird . . . bestraft.“

Die bisherigen Rechte folgen in der Art der Gestaltung der einzelnen Beleidigungstatbestände entweder der Auffassung des französischen Code pénal, oder sie sind unter dem Einfluß deutscher Partikularrechte und des Reichsstrafgesetzbuches entstanden.

Das in der Hauptsache von den romanischen Kantonen, aber auch von Bern (Art. 177ff.) übernommene französische System unterscheidet zwischen der Verleumdung (calomnie, diffamation) und der einfachen Ehrverletzung (injure)³. Die Unterscheidung nach dem französischen

¹ StOOS: Grundzüge, 2, 298; SPECKER: 144ff., 176f.; Prot. II. ExpKom. 2, 454ff.; BINDING: Lehrbuch, 1, 139, 187f. BE. 15, Nr. 48 nimmt eine Verletzung des Andenkens an einen Verstorbenen und damit eine Verletzung der Ehre seiner Familie an. S. auch Prot. II. ExpKom. 2, 455f. Thurgau § 228 II spricht von der Verunglimpfung des Andenkens eines Verstorbenen. Vgl. ferner SCHENITZA: 73ff.; SCHRAG: Gefühlszustände als Rechtsgüter im Strafrecht, Berner Diss. (1936), 63 ff.

² Die Landrechte von Uri und Nidwalden differenzieren nicht. Sie begnügen sich mit einem Tatbestand (Nidwalden „Zu Ehren reden unrecht“); Texte bei STEINER: 19. Aargau, ZuchtPolG. § 1 nennt überhaupt nur das Wort Ehrverletzung. Die Praxis differenziert aber im Anschluß an die Literatur; SCHLATTER: 89f. Kriminologisch ist namentlich eine deutliche Scheidung zwischen dem Verleumder und dem Täter einer Beschimpfung gerechtfertigt; ZÜRCHER: Z. 28, 7f.

³ Erörterung der einzelnen kantonalen Rechte — mit ihren Abweichungen voneinander bei SCHENK (Lit. zu § 40): 11ff.; StOOS: Grundzüge, 2, 284ff.; BRÜGGER: 45ff.; STEINER: 8ff. Seitdem neuer Freiburg (StGB. von 1924, Art. 72ff.) und Waadt (StGB. von 1931, Art. 150ff.). Über Freiburg insbesondere BRÜGGER: 69ff.

System ist gekünstelt und unbefriedigend: Verleumdung ist danach der Vorwurf bestimmter ehrenrühriger Tatsachen oder Handlungen (des faits précis). Bei der einfachen Injurie handelt es sich dagegen um eine Urteilsäußerung, bei der das negative Moment, daß der Täter nicht eine bestimmte Tatsache oder Handlung zum Vorwurf macht, bezeichnend ist¹. — Aus den kantonalen Rechten, die den Gedanken des französischen Systems übernommen haben, ist die Variation im tessinischen StGB. Art. 345—347 hervorzuheben. Sie trägt in den Tatbestand der Verleumdung (Diffamazione) das weitere Moment hinein, daß die ehrenrührige Tatsachenbehauptung hinter dem Rücken der angegriffenen Person geäußert werden muß (attribuise ad un assente . . . un crimine o delitto etc.)². Bei der ingiuria (Art. 346) wird der Beschimpfung durch Wort, Schrift, Bild oder Gebärde die tätliche Beschimpfung gegenübergestellt.

Die Unterscheidung der einzelnen Tatbestände nach dem deutschrechtlichen System, dem die deutschschweizerischen Rechte, aber dem Grundgedanken nach auch Wallis (Art. 275ff.), folgen, geschieht nach einem subjektiven Kriterium: Verleumdung ist Behauptung oder Verbreitung ehrenrühriger Tatsachen mit Bezug auf einen andern wider besseres Wissen³. Daraus ergab sich die Bildung eines weitem Tatbestandes, nach dem die ehrenrührige Behauptung nicht wider besseres Wissen, wohl aber unbesonnen erfolgt — das Delikt der üblen Nachrede. Den Abschluß dieses Systems muß der Tatbestand der Beschimpfung bilden, der andere ehrverletzende Äußerungen, die sich weder als Verleumdung noch als üble Nachrede darstellen, zu umfassen hat. Das deutschrechtliche System führt notwendig zu dieser Dreiteilung⁴. Dem widerspricht nicht, daß in den deutschschweizerischen Gesetzen — mit Ausnahme von Basel — von übler Nachrede nicht ausdrücklich die Rede ist. Sie geht in einem Sammeltatbestand, der den Namen Beschimpfung trägt, auf; z. B. Zürich § 157 II, § 158 lit. a; Solothurn § 130 II, § 133

¹ Besonders deutliche Formulierung in Art. 13 II des französischen Preßgesetzes von 1819: „Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective, qui ne renferme l'imputation d'aucun fait, est une injure.“ Gut ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 2, 423: Es kommt nicht auf die Form, sondern auf den Inhalt an. Der in einem Urteil zum Ausdruck gelangende Vorwurf sittlicher Gebrechen kann ebenso beleidigend wirken wie der Vorwurf bestimmter Tatsachen. Vgl. ferner STOOSS: Grundzüge, 2, 296f.

² Dazu GABUZZI: Prot. II. ExpKom. 2, 430. Vgl. jetzt auch Waadt Art. 151: „Celui qui, méchamment et de manière qu'un tiers en ait connaissance, impute à autrui . . .“

³ Zürich § 155 I, Baselstadt § 131 I, Wallis Art. 275 (celui qui, connaissant la fausseté de l'accusation . . .); die weitem kantonalen Daten bei STOOSS: Grundzüge, 2, 289ff.; BRÜGGER: 48ff., 59ff.

⁴ Sie ist im Anschluß an § 185ff. des deutschen StGB. durchgeführt in Baselstadt und Baselland § 129ff.

lit. a. Die zürcherische Rechtsprechung hebt jedoch die Dreiteilung: Verleumdung, üble Nachrede, Beschimpfung gelegentlich hervor¹.

Das eidgenössische G. hat sich insofern für das deutschrechtliche System entschieden, als es die ihm eigenartige Dreiteilung: Verleumdung, üble Nachrede und Beschimpfung übernommen hat².

§ 37. Verleumdung. Üble Nachrede.

Literatur. Angaben zu § 36. — Ferner v. LILIENTHAL: VD. Bes. Teil, 4, 375 ff. — PFIZER: Z. 12, 339 ff.

I. Verleumdung und üble Nachrede kann man, wie der VE. 1894 es getan hat, in dem Begriff der ehrenrührigen Nachrede zusammenfassen. Bevor man das die beiden Tatbestände Trennende erörtert, ist das Gemeinsame hervorzuheben (Art. 173 Ziff. 1, Art. 174 Ziff. 1).

1. Beide Delikte stellen die Verletzung oder Gefährdung des guten Rufes einer Person dar³. Sie erfolgt dadurch, daß der Täter jemanden „bei einem andern eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer Tatsachen, die geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen, beschuldigt oder verdächtigt“. Die Ausdrücke Beschuldigen und Verdächtigen können hier nichts anderes bedeuten als Vorwerfen, Behaupten⁴. Der gegen eine Person erhobene Vorwurf wird gegenüber einem Dritten geäußert. Das liegt unbestreitbar im Begriff der Nachrede, entspricht aber auch dem Verleumdungsbegriff. Verleumdung bedeutet Vernichtung, Schädigung, Gefährdung des Leumundes eines anderen Menschen⁵.

2. Der Einfluß der französischrechtlichen Auffassung zeigt sich in den Umschreibungen des Vorwurfsinhaltes: der Vorwurf muß entweder auf ein unehrenhaftes Verhalten oder auf andere zur Rufschädigung geeignete Tatsachen gehen. Das sind die faits précis des französischen Rechtes⁶.

¹ Insbesondere Zürcher Bl. 20, 250 f.; ZELLER: Kommentar, § 158, N. 4. Vgl. auch SPAHN: 33 f., 61 f.; STOOSS: Grundzüge, 2, 292 f.; ZÜRCHER: Z. 28, 10 ff. (kritisch gegen die scharfe Trennung zwischen Verleumdung und übler Nachrede).

² STOOSS: VE. mit Motiven (1894), 202 ff.; Prot. I. ExpKom. 2, 82 ff.; Prot. II. ExpKom. 2, 423 ff.

³ STEINER: 26, 36 (der gute Ruf als Inbegriff der günstigen Werturteile der Mitbürger über einen Menschen), 41 ff.; VOGEL: 9 ff.

⁴ SPAHN: 52 f.

⁵ Der gute Ruf liegt außerhalb des Ehrenträgers, bei Dritten; STEINER: 41. — Erfolgt die Äußerung direkt gegenüber dem Verletzten, wird sie aber zufällig von Dritten mitangehört, so liegt kein Nachreden, sondern Beschimpfung vor; vgl. Prot. II. ExpKom. 2, 427 ff., wo diese Auffassung zu Unrecht bestritten wird. Zutreffend ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 183 und Z. 28, 6; LIEPMANN: 247 ff. Anders, wenn der Täter sich vorsätzlich auch an den Dritten wendet. Dolus eventualis reicht aus; VOGEL: 31 f. Vgl. auch Zürcher Bl. 3, Nr. 106.

⁶ Tatsachenbehauptung ist auch in der Form eines zusammenfassenden Urteils, eines einzelnen Wortes — Wucherer, Schwindler, Hure — möglich; Prot. I. ExpKom. 2, 79 f.; BE. 50 I, 219 („Charakterlumpen, Heuchler und

Die schweizerische Formulierung bedarf aber in mehrfacher Hinsicht der Abklärung:

Die Beschuldigung oder Verdächtigung unehrenhaften Verhaltens bezieht sich immer auf die innern — sittlichen — Qualitäten eines Menschen. Der Täter wirft dem Angegriffenen unter Hinweis auf ein bestimmtes Verhalten, z. B. mit dem Vorwurf, er habe ein Verbrechen verübt, moralische Minderwertigkeit vor.

Der Vorwurf anderer Tatsachen, die geeignet sind, den Ruf eines andern zu schädigen, muß dagegen auch die Verspottung, Verächtlichmachung äußerer Eigenschaften und Zustände umfassen (oben § 36 V)¹. Hier ist der Beweis erforderlich, daß der Vorwurf eine Rufschädigung zur Folge haben kann. Dagegen ist nicht notwendig, zu beweisen, daß eine Minderung der gesellschaftlichen Geltung tatsächlich eingetreten ist. Namentlich in diesen Fällen ist die ehrenrührige Nachrede ein Gefährdungsdelikt². Der Richter hat — gleichsam hypothetisch — die Wirkungsmöglichkeit der Äußerung des Angreifers auf den guten Ruf des Angegriffenen zu prüfen und festzustellen. Darauf bezieht sich der Zwischensatz „die geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen“.

3. Sowohl Art. 173 wie Art. 174 stellen dem Beschuldigen und Verdächtigen die Verbreitung ehrenrühriger Nachreden, das Weitergeben einer fremden Behauptung, gleich³.

Ausdrücklich bestimmt Art. 176, daß der mündlichen Verleumdung und üblen Nachrede die Äußerung durch Schrift, Bild, Gebärde und andere Mittel⁴ gleichgestellt ist (vgl. unten § 38 I 2, 3).

II. Das die Verleumdung (Art. 174) kennzeichnende Moment liegt darin, daß der Täter wider besseres Wissen Unwahres behauptet. Der Verleumder lügt. Das Bewußtsein der Unwahrheit der von ihm

Pharisäer“); HASLER: JZ. 6, 270 f.; ZÜRCHER: Erläuterungen, 184; unzutreffend SPAHN: 55 ff. Über die sog. Formalbeleidigung unten § 38 II. Zum Tatsachenbegriff VOGEL: 32 ff.; SCHENK (Lit. zu § 39): 50 ff.

¹ Daß das G. auch in diesem Fall von Beschuldigen und Verdächtigen spricht, ist mißverständlich. Besser VE. 1908, Art. 105/106: „Tatsachen . . . nachredet“; dazu STEINER: 53. Vgl. LIEPMANN: 294.

² ZÜRCHER: Z. 28, 4 (Gegensatz: die ehrenrührige Nachrede ein Gefährungsdelikt, die Beschimpfung ein Verletzungsdelikt).

³ BE. 3, 212: Die Weitergabe schafft in der Regel den Tatbestand der ehrenrührigen Nachrede neu. Die Nennung des Gewährsmannes entschuldigt nicht. So BE. 33 I, 39; vgl. auch 43 II, 635. — Zum Begriff der Verbreitung VOGEL: 28 ff.; Zürcher Bl. 16, 238 ff.: durch die Äußerung wird die Zahl derer, die um eine Sache wissen, vermehrt; Verbreitung eines Gerüchtes durch eine an einen andern gerichtete informatorische Frage; Vorsatz der Verbreitung. Vgl. auch JZ. 33, 233, Nr. 171 (Aargau).

⁴ Z. B. durch Unterlassung; vgl. BE. 20, 471, 481 f.: Verweigerung der Kommunikation durch den Geistlichen, wenn die Weigerung geeignet war, das Pfarrkind der Verachtung seiner Kreise auszusetzen. Über Beschimpfung durch Unterlassung unten § 38 I 5. Vgl. auch ROHR: Prot. II. ExpKom. 3, 84.

behaupteten Tatsache muß ihm bewiesen werden¹. Von der Präsump tion bisheriger Rechte, der Richter habe bis zum Beweis des Gegenteils anzunehmen, der Täter habe sich bewußt unwahr geäußert (z. B. Zürich § 155 II)², hat das G. abgesehen. — Ergibt das Beweisverfahren im Ehrverletzungsprozeß, daß dem Täter das Bewußtsein der Unwahrheit fehlte, so ist eine Verurteilung wegen Verleumdung ausgeschlossen. Offen bleibt jedoch die Frage, ob wegen übler Nachrede zu verurteilen ist (unten III)³. Gelingt es dagegen dem wegen Verleumdung Angeklagten, die Wahrheit seiner Behauptung zu beweisen, so bleibt er straflos, es sei denn, daß es sich um einen der Fälle handelt, in denen das G. den Wahrheitsbeweis überhaupt nicht zuläßt; Art. 173 Ziff. 2 II (unten § 39 II).

Die Strafdrohung für den Grundtatbestand der Verleumdung ist Gefängnis oder Buße. Art. 174 Ziff. 2 hebt mit der erschwerten Strafdrohung: Gefängnis nicht unter 1 Monat den Fall hervor, daß der Täter planmäßig darauf ausgegangen ist, den guten Ruf einer Person zu untergraben⁴. Auf alle Fälle der Verleumdung, auch auf die planmäßige, bezieht sich Art. 174 Ziff. 3, wonach der Richter milder bestrafen kann, wenn der Täter seine Äußerungen vor dem Gericht als unwahr zurückzieht⁵. Der Richter hat dem Verletzten über den Widerruf eine Urkunde auszustellen (Widerruf und Ehrenerklärung; Näheres unten § 40 IV).

III. Die üble Nachrede (Art. 173) hebt sich dadurch von der Verleumdung ab, daß der Täter seine ehrenrührige Behauptung nicht wider besseres Wissen aufstellt und daß die Unwahrheit der Behauptung nicht Tatbestandsmoment ist⁶. Auch das in den Entwürfen enthaltene Mo-

¹ Gut SPAHN: 40ff.

² ZELLER: Kommentar zürcher. StGB. § 155, N. 11; KÖPFLI: Rechtsprechung, § 155, Nr. 291/292; Zürcher Bl. 4, 316f. und namentlich 35, Nr. 131. Ferner St. Gallen Art. 106 II, 107 II und dazu v. OVERBECK: Z. 33, 249f. —

³ Vgl. Zürcher Bl. 12, Nr. 65; 14, Nr. 173; 20, 249; 22, 312. BE. 3, 307.

⁴ Dazu Prot. II. ExpKom. 2, 246ff. Vgl. PFENNINGER: Strafrecht der Schweiz, 821. — Ob eine planmäßige Rufuntergrabung vorliegt, hat der Richter nach freiem Ermessen zu bestimmen. Er muß die Tatsachen, auf die er die Annahme der Planmäßigkeit stützt, feststellen. Nach Freiburg Art. 72 V kann bei planmäßiger Rufuntergrabung auf Zuchthaus bis zu 5 Jahren erkannt werden.

⁵ Der Rückzug ist eine Art tätiger Reue. Im Hinblick auf die besondere Bestimmung in Art. 174 Ziff. 3 kommen nicht die Strafmilderungsbestimmungen gemäß Art. 64/65 zur Anwendung. Unklar bleibt, ob nur eine Strafminderung innerhalb des Strafrahmens oder die unbeschränkte Milderung gemäß Art. 66 zulässig ist. Das letztere ist anzunehmen.

⁶ Das ist die richtige Umgrenzung der üblen Nachrede. Der Täter soll, wenn die übrigen Voraussetzungen zutreffen, auch bestraft werden, wenn er Wahres behauptet und namentlich wenn er einen Wahrheitsbeweis nicht erbringen kann. Vgl. dazu das unbefriedigende freisprechende Basler Urteil in Z. 47, 271f. mit der zutreffenden Kritik von LUDWIG. Basel § 130 spricht allerdings vom Behaupten oder Verbreiten einer un wahren Tatsache. Dazu ferner BAUMGARTEN in der Festgabe für Goetzinger (1935), 9ff. und HAFTER: Z. 50, 310f.

ment, daß die Behauptung oder Verbreitung des Ehrenrührigen leichtfertig erfolgt sein muß, ist fallengelassen. Es ist lediglich der Beweis der vorsätzlichen ehrenrührigen Nachrede zu erbringen, nicht aber der Beweis eines leichtfertigen Verhaltens des Beschuldigten hinsichtlich der Prüfung der Tatsachen und der Verhältnisse des in seiner Ehre Angegriffenen¹. Die Streitfrage, ob die üble Nachrede ein Fahrlässigkeitsdelikt (fahrlässige Verleumdung) sei², besteht nach dem G. nicht mehr. Erforderlich sind nur das Bewußtsein des Täters vom ehrenkränkenden Inhalt seiner Äußerung und der Vorsatz zu beleidigen³.

Bei der Verleumdung hat der Täter das Bewußtsein der Unwahrheit seiner Äußerung, bei der üblen Nachrede im engern Sinne fehlt es⁴. Der Unterschied kommt in den Strafdrohungen zum Ausdruck. Die Strafe der üblen Nachrede ist Gefängnis mit dem Höchstmaß von 6 Monaten oder Buße. Beim Widerruf des Täters (oben II) kann der Richter nicht nur wie bei der Verleumdung die Strafe mildern, sondern auch von Strafe absehen (Art. 173 Ziff. 3).

IV. Als besondere Fälle der Verleumdung und der üblen Nachrede hebt der Art. 175 ehrenrührige Äußerungen mit Bezug auf Verstorbene hervor. Nur Verleumdung und üble Nachrede, nicht Beschimpfung⁵, kommen in Betracht. Der gegen einen Toten gerichtete Vorwurf wird immer gegenüber Dritten erhoben. Es handelt sich um Rufverletzung oder -gefährdung. Der Tote selbst ist nicht mehr erreichbar. Der Frage, ob es sich um ein eigentliches Beleidigungsdelikt oder um eine Verletzung des Pietätsgefühls der Angehörigen des Verstorbenen handelt, kommt jedoch keine praktische Bedeutung zu (oben § 36 VII)⁶. Gleichgestellt ist die gegen einen Verschollenerklärten gerichtete ehrenrührige Nachrede⁷.

¹ StenBull. NR. 1929, 117f., 154f. Unabhängig davon ist die dem Beschuldigten gegebene Möglichkeit der Leistung des Wahrheitsbeweises; unten § 39.

² Vgl. STROSS: Grundzüge, 2, 297; PFIZER: Z. 12, 339ff.; SPAHN: 62; BRÜGGER: 21.

³ Über die Frage des animus injuriandi unten § 40 I.

⁴ Die Frage, ob, wie in der parlamentarischen Beratung angenommen wurde, die Verleumdung nur einen qualifizierten Fall der üblen Nachrede darstellt oder ob sie einen Tatbestand für sich bildet, ist müßig. Beachtlich ZÜRCHER: Z. 28, 12.

⁵ Siehe dazu den Tatbestand Art. 262 Ziff. 1 III und dazu unten § 40 VI 5.

⁶ Kritik des Art. 175 bei Vogel: 14ff.: Da es sich um eine Beleidigung (Kränkung) der Angehörigen handle, liege immer nur Beschimpfung, nicht Verleumdung oder üble Nachrede vor.

⁷ Lösung einer alten Zweifelsfrage; vgl. BINDING: Lehrbuch, 1, 140. Nach Art. 175 ist die Verschollenerklärung gemäß Art. 35 ZGB. erforderlich. Vorher ist der unbekannt Abwesende (Verschollene) schutzlos, sofern nicht ein gesetzlicher Vertreter zum Strafantrag berechtigt ist (Art. 28 II). Vgl. dazu ZGB. Art. 392 Ziff. 1: Möglichkeit der Bestellung eines Beistandes; EGGER: Kommentar Personenrecht (2. Aufl), Art. 35, N. 8.

Die für die Verleumdung und die üble Nachrede aufgestellten Regeln gelten auch hier. Zwei besondere Vorschriften kommen hinzu:

1. Das Antragsrecht und die Legitimation zur Durchführung des Privatklageprozesses stehen den Angehörigen des Toten oder Verschollenerklärten zu (Art. 175 I). Maßgebend sind die Bestimmungen der Art. 28—31¹. Zu unterscheiden vom Antragsrecht gemäß Art. 175 ist die Vererblichkeit des Strafantrages, die in Art. 28 IV vorgesehen ist. Sie setzt voraus, daß die Beleidigung noch einen Lebenden traf. Art. 110 Ziff. 2 umschreibt den Kreis der zum Antrag berechtigten Angehörigen.

2. Der Täter bleibt straflos, wenn zur Zeit, da die ehrenrührige Nachrede erfolgte, mehr als 30 Jahre seit dem Tode des Verstorbenen oder seit der Verschollenerklärung verflossen sind (Art. 175 II)². Das bedeutet, richtig verstanden, daß nach Verfluß von 30 Jahren ein Antragsrecht der Angehörigen nicht mehr besteht, ein gerichtliches Verfahren gegen den Täter also gar nicht mehr zur Entwicklung kommen kann.

§ 38. Beschimpfung.

Literatur. Angaben zu § 36f. — Ferner SCHOETENSACK: VD. Allg. Teil, 2, 397 ff. — GEISER: Die Bedeutung der Provokation im bernischen StR., Berner Diss. (1933). — LEVAILLANT: JZ. 12, 107 ff., 124 ff.

I. Da die Tatbestände der Verleumdung und der üblen Nachrede nur die Rufverletzung und -gefährdung erfassen können, ist zur Ergänzung des Ehrenschatzes der weitere Tatbestand der Beschimpfung notwendig. Die Fassung des Art. 177 gibt ihm mit den Worten „Wer jemanden in anderer Weise . . . in seiner Ehre angreift“ subsidiären Charakter. Die Kreise dieser „in anderer Weise“ erfolgenden Ehrangriffe lassen sich, obschon das Gesetz selbst schweigt, nach mehreren Richtungen genau bestimmen:

1. Während es zum Wesen jeder Verleumdung und jeder üblen Nachrede (Art. 173—175) gehört, daß sie Dritten gegenüber geäußert wird, muß sich bei der Beschimpfung der Täter mit seiner Kundgebung regelmäßig³ direkt an die zu verletzende Person wenden. Wer verleumdet oder übel nachredet, redet hinter dem Rücken der Person, deren Ruf und gesellschaftliche Geltung er angreift und gefährdet. Die Kundgebung bei der Beschimpfung geschieht dagegen „ins Gesicht“ des Angegriffenen⁴. Da bei der Beschimpfung die Kundgebung direkt gegen-

¹ Allg. Teil, § 28.

² Prot. II. ExpKom. 7, 283 ff.; VOGEL: 15 ff.

³ Über Ausnahmen unten II (Formalbeleidigung).

⁴ SPAHN: 26; LIEPMANN: 247 ff., 256. — Die hier vertretene, auch wort- und dogmengeschichtlich begründete Unterscheidung zwischen Nachrede und Beschimpfung hat bei der Gesetzesberatung viel Schwierigkeiten gemacht. Man war in der Unklarheit bisheriger Gesetze befangen. Vgl. Prot. II. ExpKom. 2, 427 ff., namentlich 2, 448 ff.; 3, 74 ff.; ZÜRCHER: Z. 28, 16 ff.

über der zu verletzenden Person erfolgt — durch unter vier Augen gesprochene Worte, durch einen geschlossenen Brief usw. —, so kann durch dieses Verhalten allein der gute Ruf, die gesellschaftliche Geltung einer Person nicht gefährdet werden. Der Angriff verletzt andere Seiten der Ehre: allgemein Menschenwert und Menschenwürde und beim Angegriffenen die Selbstachtung und das Ehrgefühl (subjektivierter Ehre)¹. Es hängt damit zusammen, daß der Ehrangriff bei der Beschimpfung auf mannigfaltigere Weise geschehen kann als bei Verleumdung und übler Nachrede, die nach der Umschreibung der Art. 173/174 Behauptung oder Verbreitung von Tatsachen ausschließlich voraussetzen.

2. Beschimpfung ist möglich als Tatsachenbehauptung². Es ist Beschimpfung, nicht „Nachrede“, wenn A dem B wahrheitswidrig ins Gesicht sagt, er habe ein Haus angezündet. Dabei gilt es gleich viel, ob A dem B eine Geschichtserzählung vorbringt oder ihn in einer zusammenfassenden Urteilsäußerung einen Brandstifter nennt³. Gleich liegen die Dinge, wenn Tatsachenbehauptungen durch Schrift oder Bild erfolgen.

3. Art. 177 nennt als Mittel der Tatverübung auch die Gebärde. In ihr kann eine ehrenkränkende Tatsachenbehauptung liegen, einer einwandfreien Frau z. B. angedeutet werden, sie sei eine Dirne⁴. Die Beschimpfung kann aber auch in einer symbolischen Gebärde liegen: Herausstrecken der Zunge, Ausspucken usw.⁵.

4. Während Wort, Schrift, Bild und Gebärde als Mittel der Tatverübung sowohl bei der Verleumdung und üblen Nachrede wie bei der Beschimpfung in Betracht kommen, sind Tätlichkeiten als Begehungsmittel nur bei der Beschimpfung möglich. Die tätliche Beschimpfung (Realinjurie) setzt einen direkten Angriff auf die zu beleidigende Person voraus. Bisherige Rechte haben diesen Tatbestand zu weit gefaßt. Zürich § 158 lit. c z. B. spricht von Tätlichkeiten, die nicht so bedeutend sind, um unter den Begriff der Körperverletzung zu fallen.

¹ LIEPMANN: 242, 368; SPAHN: 71 ff., 81 f.; REGAMEY: 73 ff.; LOGOZ: Z. 45, 237 (honneur interne).

² Verfehlt BRÜGGER: 36 f., 71 ff., der als „natürliche“ Scheidung der Ehrdelikte bezeichnet: Tatsachenbehauptung oder ihnen gleichwertige Akte = Verleumdung und üble Nachrede, auch dann, wenn sie nur dem Anzugreifenden gegenüber erfolgen; Ehrangriffe ohne Tatsachenbehauptung = Beschimpfung. Zutreffend SCHENK (Lit. zu § 39): 50.

³ Gut STEINER: 24, 48; SPAHN: 55; JZ. 12, 269, Nr. 234: Behauptung (Urteil), der Ankläger habe sich mit dem Skandal und Straßenauflauf selbst vor aller Welt schmutzig und lächerlich gemacht.

⁴ Eine solche Gebärde hinter dem Rücken der angegriffenen Person Dritten gegenüber ist Verleumdung oder üble Nachrede; Art. 173/174 und dazu oben § 37 I i. f.

⁵ ZELLER: Kommentar zürcher. StGB. § 158, N. 5; vgl. unten II (Formalbeleidigung). Über Beleidigung durch Töne ROGOWSKI: Die komische Beleidigung (1911), 24 f.

Dabei kommt jedoch der Gedanke, daß es sich um einen Angriff auf die Ehre handeln muß, nicht zum Ausdruck¹. Dadurch, daß das G. außer dem Delikt der tätlichen Beschimpfung im Zusammenhang mit der Körperverletzung noch den Tatbestand „Tätlichkeiten“ (Art. 126) aufgestellt hat, führt es zu der richtigen Unterscheidung. Der Richter hat nach dem subjektiven Sachverhalt zu entscheiden. Tätliche Beschimpfung liegt nur vor, wenn der Täter durch die Einwirkung auf den Körper eines andern diesem seine Mißachtung bezeigen wollte². Tätliche Beschimpfung ist Verletzung des Menschenwertes, der Menschenwürde, des Ehrgefühls.

5. Beschimpfung ist auch durch Unterlassung möglich. Eine Rechtspflicht zu Ehrenbezeugungen besteht allerdings regelmäßig nicht. Ihre Unterlassung kann daher auch nicht schlechthin strafbare Beleidigung sein. Aber aus dem Bestehen der Ehrverletzungstatbestände ergibt sich die allgemeine rechtliche Pflicht, die Bezeugung von Mißachtung zu unterlassen³. Bei der Beurteilung von Fällen, die in diesen Zusammenhang gehören, ist aber Zurückhaltung geboten. Flegelleien, Ungezogenheiten — Nichtgrüßen, Nichtplatzmachen usw. — werden nur selten den richtig verstandenen Beschimpfungstatbestand erfüllen. Strafbare Unterlassung kann dagegen darin liegen, daß jemand erklärende Mitteilungen unterläßt, die das Verhalten einer Person, die einer Kritik unterzogen wird, in ein ganz anderes Licht zu setzen vermöchten⁴.

II. Besonders zu erörtern ist die sog. Formalbeleidigung. Sie besteht in einem Werturteil, das eine Mißachtung zum Ausdruck bringt.

¹ Zutreffend der Hinweis bei Strooss: Grundzüge, 2, 295, daß es sich um einen Überrest des frühern Sammeltatbestandes der injuria handelt, der mit dem heutigen Ehrverletzungsbegriff wenig gemein hat. Vgl. LIEPMANN: 262, 310ff.; SPAHN: 46. Gut Graubünden PolStG. § 41 II: „Wer . . . einem andern durch Gebärden oder eine Tätigkeit Verachtung zeigt.“

² Oben § 7 II. Da der Richter auf den Vorsatz des Täters, also auf innere Vorgänge, abstellen muß, wird die Entscheidung, ob tätliche Beschimpfung oder Tätlichkeiten im Sinne des Art. 126 gegeben sind, oft schwierig sein. Dazu SARAUW: Tätigkeit (Angaben zu § 7), 96ff., 120; Prot. II. Exp.Kom. 6, 199ff. — Möglich ist, daß der Vorsatz des Täters sowohl auf Körperverletzung wie auf Ehrverletzung geht (Idealkonkurrenz). Beachtlich Graubünden PolStG. § 41 III: „Liegt in der Tätigkeit eine Mißhandlung oder Körperverletzung, so wird diese bestraft, wobei die ehrenkränkende Absicht als Erschwerungsgrund in Betracht fällt.“ Damit ist ein qualifizierter Tatbestand der Körperverletzung gebildet, in dem die tätliche Beschimpfung aufgeht.

³ LIEPMANN: 272f.; BE. 20, 471, 481f.

⁴ SPECKER: 171f. Beachtlich zivilrechtliche Entscheide des Bundesgerichtes: BE. 13, Nr. 36; 25II, 626f. (Publikation von Schuldnern in einer „roten Liste“ des Vereins „Kreditreform“ ohne Hinweis auf die Umstände der Zahlungsverweigerung), ferner BE. 59 II, Nr. 25. Regelmäßig wird es sich in solchen Fällen um Kreditschädigungen handeln, die aber mit dem Art. 160 kaum erreichbar sind; unten § 67. Die Anwendung des subsidiären Art. 177 ist daher zu erwägen.

Dabei ist aber zu unterscheiden: In einem Werturteil — z. B. der Bezeichnung eines andern als Dieb, als Brandstifter, als Dirne — kann eine Tatsachenbehauptung liegen. Das ist immer dann der Fall, wenn sich die Urteilsäußerung auf ein bestimmtes Verhalten des Angegriffenen beziehen soll¹. Das sind keine bloßen Formalinjurien, was sich namentlich darin zeigt, daß bei solchen Werturteilen der Wahrheitsbeweis möglich und zulässig ist (unten § 39 II 2). Anders, wenn es sich um eine verallgemeinernde, ein apodiktisches Werturteil enthaltende Äußerung handelt, die keine erkennbare Beziehung zu bestimmten beweisbaren Tatsachen enthält: Schelt-, Schimpfwörter usw., „die Entladung einer intuitiven, gar nicht auf spezielle Vorkommnisse gegründeten Abneigung gegen einen Menschen darstellen“ (LIEPMANN: 262). Hierher gehören namentlich die häufig gebrauchten animalischen Schimpfwörter², ferner der gut schweizerische Dialektausdruck „Chaib“ mit seinen vielfachen Kombinationen³. Hierher gehören auch gewisse symbolische Gebärden (oben 3). Das sind die echten Formalbeleidigungen. Sie tangieren die Menschenwürde, verletzen das Ehrgefühl⁴. Werden sie Dritten gegenüber geäußert — z. B. X ist ein Esel —, so werden sie häufig nicht eine Rufgefährdung bewirken, so daß auch in diesem Fall die Anwendung des (subsidiären) Beschimpfungstatbestandes zu erwägen ist⁵.

Die echte Formalbeleidigung schließt ihrem Wesen nach den Wahrheitsbeweis aus⁶. Zu einem weitem Kreis von Formalinjurien mag man noch die Beleidigungen zählen, die in Tatsachenbehauptungen bestehen, die an sich einem Wahrheitsbeweis zugänglich sind, bei denen das Gesetz aber den Wahrheitsbeweis nicht zuläßt (Art. 173 Ziff. 2 II). Ebenso gehören in diesen Kreis Beleidigungen, bei denen die Wahrheit der behaupteten Tatsache feststeht oder bewiesen wird, wobei sich aber ergibt, daß die Äußerung des Täters lediglich — oder vorwiegend — auf die Absicht zurückgeht, jemandem Übles vorzuwerfen. Diese eng mit den Fragen des Wahrheitsbeweises zusammenhängenden Fälle werden unten § 39 IV erörtert.

¹ BINDING: Lehrbuch, 1, 148: abgekürzte tatsächliche Vorhalte. Mißverständlich BE. 31 II, 657: Die Bezeichnung eines Menschen als „Schwindler“ sei eine Formalbeleidigung, der gegenüber der Wahrheitsbeweis nicht zulässig sei. Vgl. auch HAFER: Prot. II. ExpKom. 3, 80; GEEL: eodem, 82f.

² Gelegentlich kann allerdings auch hinter einem animalischen Schimpfwort, z. B. im Ausdruck „Schwein“, eine Tatsachenbehauptung, die dem Wahrheitsbeweis zugänglich ist, liegen. Über Schimpfwörter nach alten schweizerischen Quellen SPAHN: 25f. Vgl. ferner SCHENK (Lit. zu § 39): 55ff.; JZ. 3, 136.

³ Zürcher Bl. 1, Nr. 70.

⁴ SPECKER: 97, 109.

⁵ STEINER: 47f.

⁶ Vgl. Zürcher Bl. 22, 312: Formalbeleidigungen die Ausdrücke „Verräter“, „Arschlecker“, „Charakterlump“. Im einzelnen ist es jedoch eine Tatfrage, ob ein Wahrheitsbeweis möglich ist.

Für alle Fälle von sog. Formalbeleidigungen ist kennzeichnend, daß es bei ihnen nicht auf Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung oder eines Vorwurfs ankommt. Die Äußerung ist deshalb strafbar, weil sie einem andern gegenüber in verwerflicher Form die Bezeigung von Mißachtung darstellt und dadurch diesen andern in seiner Menschenwürde und in seinem Ehrgefühl verletzt.

III. Durch die Strafdrohungen stuft das G. die drei Beleidigungstatbestände gegeneinander ab: Gefängnis oder Buße bei Verleumdung, Gefängnis bis zu 6 Monaten oder Buße bei übler Nachrede, Gefängnis bis zu 3 Monaten oder Buße bei Beschimpfung. Die Unterscheidung zwischen Verleumdung und übler Nachrede ist zutreffend. Zweifelhaft erscheint die grundsätzliche Kennzeichnung der Beschimpfung als des leichtesten Deliktes. Die Verletzung des Ehrgefühls durch eine Beschimpfung kann schwerer wiegen als eine Rufgefährdung. Praktisch ist die Lösung unbedenklich. Die Spannung der Strafrahmen ermöglicht die befriedigende richterliche Strafzumessung im Einzelfall, wobei die Tendenz der schweizerischen Gerichte, bei Ehrverletzungen überhaupt mit Freiheitsstrafen zurückzuhalten, zu beachten ist¹.

Nur bei Beschimpfung — nicht bei Verleumdung und übler Nachrede — weist das Gesetz in den Fällen der Provokation und der Retorsion den Richter auf die Möglichkeit hin, von Strafe abzusehen (Art. 177 Ziff. 2)².

1. Die Provokation. Das G. faßt sie weit in dem Sinne, daß der Beschimpfte durch sein ungebührliches Verhalten zu der Beschimpfung unmittelbar Anlaß gegeben hat. Er hat den Täter — z. B. durch Spott und Hohn — direkt provoziert, oder er hat, z. B. durch flegelhaftes Benehmen in der Öffentlichkeit, einen Dritten empört, der seiner Empörung durch eine wörtliche oder tätliche Beschimpfung Luft macht³. — Daß die Provokation — das Anlaßgeben (*donner lieu à l'injure par une conduite répréhensible*) — nie zur Strafflosigkeit einer darauf folgenden Verleumdung führen soll, ist zu billigen⁴. Ist dagegen eine üble Nachrede durch ungebührliches Verhalten des Verletzten unmittelbar veranlaßt worden, so

¹ Schweizer. Kriminalstatistik 1929, 72f.: Wegen Ehrverletzung insgesamt Verurteilte 585, davon zu Buße 469; wegen Verleumdung Verurteilte 150, davon zu Buße 126; wegen Beschimpfung Verurteilte 373, davon zu Buße 287.

² Über das Absehen von Strafe Allg. Teil, § 38 II; v. CLERIC: JZ. 7, 340ff. — Über die Provokation als allgemeinen Strafmilderungsgrund gemäß G. Art. 64 GEISER: 107ff.

³ Beziehungen zur Notwehr bestehen. Aber die Bestimmung Art. 177 Ziff. 2 I geht darüber hinaus. Es braucht kein rechtswidriger Angriff vorzuliegen. GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 451; GEISER: 55. Art. 177 Ziff. 2 I geht auch weiter als der allgemeine Strafmilderungsgrund der ungerechten Reizung oder Kränkung des Täters (Art. 64).

⁴ Anderer Meinung SCHOETENSACK: VD. Allg. Teil, 2, 433. Vorbehalten bleibt jedoch eine Strafmilderung gemäß G. Art. 64. Dazu GEISER: 83f.

kann ein Absehen des Richters von Strafe gerechtfertigt sein¹. Die analoge Anwendung der für die Beschimpfung aufgestellten Vorschrift ist als zulässig zu erwägen².

2. Von der Provokation unterscheidet sich die Retorsion dadurch, daß eine Beschimpfung unmittelbar „mit einer Beschimpfung oder Tätlichkeit erwidert wird“ (Art. 177 Ziff. 2 II), eine Form der Selbstjustiz, die der Richter straflos lassen kann. Sie kann aber auch zu einer Art Strafkompensation führen, derart daß der Richter, nach seinem Ermessen, beide Täter von Strafe befreien kann³. Voraussetzung ist ein abgeschlossener strafbarer Ehrangriff, nicht eine Notwehrlage⁴. Die Retorsionshandlung ist rechtswidrig und grundsätzlich strafbar, jedoch der Strafbefreiung zugänglich. Der Richter kann aber auch von der Bestrafung des Ersttätters absehen⁵. Daß die Möglichkeit besteht, auch ihn — ja unter Umständen sogar ihn allein — straflos zu lassen, kann nur mit dem Gedanken erklärt werden, daß der Angreifer durch die ihm zuteil gewordene Retorsion genügend gestraft ist⁶.

Die beiden vom Richter gegeneinander abzuwägenden Delikte müssen in dem Sinne konnex sein, daß der durch den Ersttäter Verletzte — nicht ein Dritter — die Retorsion vorgenommen haben muß. Die zweite Tat muß die „Erwidernng“ auf die Ersttat sein (gegenseitige Beleidigungen usw)⁷. Ausdrücklich fordert das G. eine unmittelbare Er-

¹ Bezeichnender Entscheid Zürcher Bl. 2, Nr. 244: X äußerte sich zu Dritten über ehebrecherische Beziehungen der Y zu einem verheirateten Manne, dessen Familie sie dadurch unglücklich gemacht habe. Die Y selbst war nicht darauf bedacht, den bösen Schein zu meiden und ihren guten Ruf zu wahren. Freisprechung der X.

² Allg. Teil, § 4 II.

³ Alte, zunächst von den Italienern vertretene Gedanken, die später namentlich das deutsche Recht entwickelt hat; SCHOETENSACK: a. a. O. 398 ff.; PFENNINGER: StR. der Schweiz, 821 f.; LEVAILLANT: 108. — Neben der Möglichkeit eines Absehens von Strafe kann auch bloße Strafmilderung (Art. 64) in Frage kommen. — Wenn der Richter eine Kompensation erwägt, hat er zivilistische Gedankengänge auszuschließen. Die kriminelle Schuld zweier Täter sind nicht kompensable Größen wie zwei einander gegenüberstehende Geldschulden; SCHOETENSACK: 404 ff.

⁴ LEVAILLANT: 109.

⁵ Zutreffend ist die Annahme, daß beide Täter schuldhaft gehandelt haben müssen. Zurechnungsunfähigkeit des Ersttätters oder des Retorquenten schließt die Anwendung der Bestimmung aus; SCHOETENSACK: 418 ff.

⁶ STOOS: Grundzüge, 1, 468. Bisherige Rechte: eodem und 2, 305; SCHOETENSACK: 414 f. Über die im Anschluß an das deutsche StGB. weitgehende Ausgestaltung in Baselstadt (§§ 113 und 134) LEVAILLANT: 110 ff. — In allen zu berücksichtigenden Fällen hat das Urteil zunächst die Schuldigerklärung auszusprechen und erst dann auf Strafbefreiung zu erkennen.

⁷ Entscheidend ist, daß zwei Straftaten sich gegenüberstehen; vgl. JZ. 23, 379 (Graubünden). Ist von einer Seite, z. B. vom Provozierten, Strafklage unterblieben, so hindert das die Strafbefreiung des allein Angeklagten nicht; KÖPFLI: Rechtsprechung zürcher. StGB. § 160, Nr. 316; Zürcher Bl. 30, Nr. 34 und JZ. 27, 233, Nr. 183; Zürcher Bl. 35, Nr. 89; ZgesStRW. 43, 640.

widerung¹. Darin liegt ein Fingerzeig, daß das G. vor allem die Fälle im Auge hat, in denen die Täter einander gegenüberstehen: eine Beschimpfung, eine Tätlichkeit folgt der andern. Damit erklärt sich wohl auch, daß Retorsion und Kompensationsmöglichkeit nur im Zusammenhang mit dem Beschimpfungstatbestand vorgesehen sind. So ergeben sich aus Art. 177 Ziff. 2 II — zunächst — nur folgende Möglichkeiten: Beschimpfung gegen Beschimpfung und zwar derart, daß im Verkehr von Person zu Person der Ersttäter durch Wort, Schrift, Bild, Gebärde oder Tätlichkeiten angreift und der Angegriffene seinerseits mit einem dieser Mittel Retorsion übt². Da das Gesetz ausdrücklich noch die Erwidern einer Beschimpfung mit einer Tätlichkeit nennt, ist Kompensationsmöglichkeit auch dann gegeben, wenn der durch eine Beschimpfung Verletzte mit einer Tätlichkeit im Sinne des Art. 126³ reagiert.

Die Beschränkung der Retorsionsbestimmung auf wechselseitige Beschimpfungen und auf die Erwidern einer Beschimpfung mit einer Tätlichkeit erscheint zu eng⁴. Das Moment: Unmittelbarkeit der Erwidern gibt zu Zweifeln Anlaß. Sie können durch die Auslegung beseitigt werden, daß die „Unmittelbarkeit“ als gewahrt zu gelten hat, wenn die Retorsion erfolgt, sobald sie — z. B. bei einem Briefwechsel — nach den Umständen möglich war⁵. Die Einbeziehung der üblen Nachrede in die Retorsionsbestimmung wäre wünschenswert⁶. Gründe, weshalb sie auf einen zwischen zwei Personen geführten Briefwechsel, nicht aber auf eine Zeitungs polemik mit übler Nachrede anwendbar sein soll, sind nicht ersichtlich. Auch hier ist, wie bei der Provokation, eine analoge Anwendung nicht von der Hand zu weisen.

¹ Dazu kritisch SCHOETENSACK: 427f. Andere Gesetze, z. B. Zürich § 160, Baselstadt §§ 113, 134 sagen „auf der Stelle“.

² Früher angenommene sog. *paritas injuriarum* (vgl. dazu Schaffhausen § 201) braucht nicht vorzuliegen. Die Wertung des Einzelfalles bleibt dem Richterermessen überlassen.

³ Oben § 7 II. Das G. nennt merkwürdigerweise den umgekehrten Fall: Tätlichkeit gemäß Art. 126 als Ersttat und Beschimpfung als Retorsion und den Fall gegenseitiger Tätlichkeiten nicht.

⁴ Wörtlich wie das eidg. G. Freiburg Art. 74 II. Beschränkung auf Beschimpfung allein: Solothurn § 135, auf Beschimpfung und Tätlichkeiten (*injures et voies de fait*) Neuenburg Art. 87. Dagegen sprechen Zürich § 160, Zug § 91, Schaffhausen § 201 und Thurgau § 227 allgemein von Ehrenkränkungen, Basel § 134 von Ehrbeleidigung; vgl. auch Tessin Art. 350.

⁵ ZÜRCHER: Kommentar zürcher. StGB. § 160, N. 3; SCHOETENSACK: 427f.; LEVAILLANT: 125; JZ. 23, 379 (Graubünden): Die Gegenbeleidigung muß in der durch die Ersttat entstandenen heftigen Gemütsbewegungen erfolgt sein, ohne daß der ursprünglich Beleidigte Zeit zur ruhigen Überlegung hatte.

⁶ Nicht erwünscht ist sie in den Verhältnissen: Verleumdung gegen Verleumdung; Beschimpfung, üble Nachrede, Tätlichkeiten gegenüber einer Verleumdung; vgl. SCHOETENSACK: 432f.

3. Daß bei der Beschimpfung, soweit die Fälle in Betracht kommen, eine Strafbefreiung oder Strafmilderung dann, wenn der Täter seine Äußerung als unwahr zurückzieht, nicht vorgesehen ist (vgl. Art. 173 Ziff. 3 und Art. 174 Ziff. 3), ist eine Gesetzeslücke¹; unten § 40 IV.

§ 39. Wahrheitsbeweis. Beweis des guten Glaubens. Wahrnehmung berechtigter Interessen.

Literatur. Angaben zu §§ 36ff. — Ferner SCHENK: Der Wahrheitsbeweis bei Injurien nach schweizer. Recht, Zürcher Diss. (1906). — DELAQUIS: Der Wahrheitsbeweis bei Beleidigungen, in Festgabe für Gierke, Sonderabdruck (1910). — LOGOZ: Z. 45, 237ff.

I. Der Wahrheitsbeweis, der Beweis des guten Glaubens und auch der Beweis der Wahrnehmung berechtigter Interessen sind von dem Standpunkt aus zu betrachten, daß Ehrverletzungen regelmäßig in einem Privatklageverfahren abgewandelt werden (unten § 40 V). Gegenüber einer auf Verleumdung gerichteten Klage müssen dem Beschuldigten sowohl der Wahrheitsbeweis wie der Beweis des guten Glaubens offenstehen². Lautet die Klage, was in der Praxis selten sein wird, von vornherein nur auf üble Nachrede (Art. 173), so kommt der Wahrheitsbeweis allein in Betracht. Der Beweis der Wahrnehmung berechtigter Interessen³ dagegen kann in jedem Ehrverletzungsprozeß unternommen werden (vgl. aber unten IV 1). Daß das G. ausdrücklich nur vom Wahrheitsbeweis spricht und ihn nur im Zusammenhang mit dem Tatbestand der üblen Nachrede nennt, darf nicht irreführen.

II. Der Wahrheitsbeweis (*exceptio veritatis*) geht dahin, daß der Beschuldigte die Wahrheit der von ihm behaupteten ehrenrührigen Tatsachen dartut. Dabei ergeben sich zwei, von den Gesetzgebern verschieden gelöste Fragen: Die eine geht nach den Wirkungen des geleisteten Wahrheitsbeweises, die andere, vorerst zu prüfende dahin, ob nicht unter bestimmten Umständen der Wahrheitsbeweis überhaupt ausgeschlossen sein soll. Sieht man vom waadtländischen StGB. ab, das den Wahrheitsbeweis als Regel nicht zuläßt (Art. 156)⁴, so zeigen die bisherigen Rechte zwei verschiedene Systeme:

¹ KAISER, HAFTER: Prot. II. ExpKom. 3, 77, 81.

² Bei der Beschimpfung wird unzutreffend vielfach der Wahrheitsbeweis ausgeschlossen; vgl. STROOSS: Grundzüge, 2, 299; Waadt Art. 156; DUNN (Lit. zu § 36): 10f.. Zutreffend die allgemeine Formulierung in Art. 3 II der Zürcher Verfassung: „In Anklagen wegen Ehrverletzung kann der Beweis der Wahrheit geleistet werden.“

³ Insbesondere wenn das öffentliche Interesse berührt wird; unter IV. LOGOZ: Z. 45, 251ff.

⁴ Ausnahme: Zulassung bei der Amtsehrverletzung (Art. 247). Zum Standpunkt des waadtländischen Rechts SCHENK: 45ff.; LOGOZ: Z. 45, 245, 250ff. (gegen das waadtländische System).

Nach dem einen System ist der Wahrheitsbeweis für alle Tatsachen zugelassen und kann grundsätzlich mit allen zur Verfügung stehenden Beweismitteln geführt werden (z. B. Zürich § 157 I, Luzern PolStG. § 93 I bei der Verleumdung, besonders deutlich Schaffhausen § 202 I und II). Das andere System zeigt Beschränkungen nach verschiedenen Richtungen¹: Solothurn § 131 II läßt den Wahrheitsbeweis nicht zu, wenn die vorgeworfene Handlung mit Strafe bedroht und bereits eine rechtskräftige Freisprechung erfolgt ist. Tessin Art. 351 § 3 verbietet den Wahrheitsbeweis bei Tatsachen, die ein Antragsdelikt bilden, es sei denn, daß der Antragsberechtigte seine Zustimmung zur Beweiserhebung erteilt hat. Andere Rechte schränken die Beweismittel ein: Bern Art. 184 fordert z. B., daß der Wahrheitsbeweis „auf gesetzliche Wege“ erbracht wird, und daß behauptete Tatsachen, die strafbare Handlungen darstellen, durch gerichtliche Urteile oder durch andere authentische oder einen öffentlichen Charakter tragende Urkunden bewiesen werden². Im Hinblick auf die Ordnung im eidg. G. ist besonders bemerkenswert der von Genf Art. 308 I aufgestellte Satz, daß bei verleumderischen Behauptungen, die sich auf das Privatleben einer Person beziehen, der Wahrheitsbeweis nur durch ein gerichtliches Urteil oder ein anderes authentisches Aktenstück erbracht werden kann³.

Das G. (Art. 173 Ziff. 2) läßt grundsätzlich den Wahrheitsbeweis zu. Von einer Beschränkung in den Mitteln der Beweisführung ist nicht die Rede. Die Zulassung zum Beweis wird jedoch ausgeschlossen, wenn die Äußerungen des Beschuldigten sich auf das Privat- oder Familienleben des Klägers beziehen, wenn zudem angenommen wird, ein Wahrheitsbeweis liege nicht im öffentlichen Interesse und die Äußerungen seien vorwiegend in der Absicht erfolgt, jemandem Übles vorzuwerfen⁴. Diese Ordnung befriedigt nicht. Prozessual erfordert sie eine

¹ Ausführliche Daten bei SCHENK: 22f., 72ff.; Allgemeines zu den verschiedenen Systemen: 30ff. (für uneingeschränkte Zulassung des Wahrheitsbeweises). Vgl. ferner GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 433 (die Systeme); DELAQUIS: 9ff.; DUNN: a. a. O. 21ff. (germanische Rechtsauffassung: allgemeine Zulassung des Wahrheitsbeweises mit straffbefreiender Wirkung); 27ff. (beschränkte Berücksichtigung des Wahrheitsbeweises); LOGOZ: Z. 45, 244ff. (rechtsvergleichend).

² Rechtsprechung dazu bei KREBS: StGB. Art. 184; MÜLLER: Berner Z. 41, 233ff. Ähnlich die aargauische Rechtsprechung, EICHENBERGER (Lit. zu § 40): 91f.

³ Über Genf und die französische Doktrin — *la vie privée doit être murée* — SCHENK: 80ff.

⁴ Die Bestimmung in Art. 173 Ziff. 2 II ist das Resultat einer langen Entwicklung. Dazu namentlich Prot. I. ExpKom. 2, 85ff., 601f.; Prot. II. ExpKom. 2, 431ff. mit dem Zwischenergebnis der unbeschränkten Zulassung des Wahrheitsbeweises; StenBull. NR. 1929, 118f., 154f.; StR. 1931, 523. Vgl. auch VOGEL (Lit. zu § 36): 73ff. zum schweizer. VE. 1908; DUNN (Lit. zu § 36): 5ff.

richterliche Vorprüfung der Fragen, ob öffentliche Interessen im Spiel sind und ob der Täter in übler Absicht gehandelt hat. Erst dann soll der Entscheid über Zulassung oder Nichtzulassung des Wahrheitsbeweises erfolgen. Tatsächlich führt aber die Vorprüfung schon tief in das Beweisgebiet selbst hinein. Momente starker Unsicherheit ergeben sich bei der Grenzziehung zwischen dem öffentlichen Interesse und der Sphäre des Privat- und Familienlebens und bei der Feststellung, ob der Beschuldigte „vorwiegend“ in der Absicht gehandelt hat, jemandem Übles vorzuwerfen. Die Nichtzulassung des Beschuldigten zum Wahrheitsbeweis kann auch für den Verletzten unerwünscht und unbefriedigend sein, namentlich wenn er mit dem Mißlingen des Beweises rechnet¹.

Wird im Rahmen des G. der Wahrheitsbeweis zugelassen und geleistet, so ergeben sich verschiedene Lagen:

1. Der Kläger hat auf Verleumdung geklagt², also behauptet, der Beschuldigte habe ihm wider besseres Wissen anderen gegenüber ehrenrührige Tatsachen vorgeworfen. Der vom Beschuldigten zu leistende Beweis, daß die von ihm behaupteten oder verbreiteten Tatsachen wahr sind, schließt eine Verurteilung wegen Verleumdung aus, aber auch, was Art. 173 Ziff. 2 I ausdrücklich feststellt, eine Verurteilung wegen übler Nachrede. Bei einer von vornherein auf üble Nachrede eingestellten Anklage gilt das gleiche.

2. Der Kläger hat auf Beschimpfung geklagt. Hier ergeben sich hinsichtlich des Wahrheitsbeweises Verschiedenheiten: Er muß — immer in dem durch Art. 173 Ziff. 2 abgesteckten Rahmen — zulässig sein, wenn die direkt gegenüber dem Verletzten erfolgende Äußerung eine Tatsachenbehauptung darstellt (oben § 38 I 2 und 3)³. Die Leistung des Wahrheitsbeweises führt auch hier grundsätzlich zur Freisprechung⁴. Außer Betracht fällt der Wahrheitsbeweis bei der tätlichen Beschimpfung, und ausgeschlossen ist er bei der echten Formalbeleidigung (oben § 38 II).

III. Der Beweis des guten Glaubens läßt eine Verurteilung wegen Verleumdung, die ein Behaupten oder Verbreiten wider besseres Wissen erfordert, nicht zu.

Anders bei der üblen Nachrede. Nach der Fassung dieses Tatbestandes in Art. 173 ist nur erforderlich, daß der Täter jemandem mit Wissen und Willen Ehrenrühriges nachredet. Der Beweis, er habe an die

¹ GUT SEILER: StenBull. NR. 1929, 118. Scharfe Kritik von LOGOZ: Z. 45, 255ff. (für uneingeschränkte Zulassung des Wahrheitsbeweises).

² Es ist stets im Auge zu behalten, daß die Ehrverletzungen in einem Privatklageverfahren mit einer zum Teil vom ordentlichen Strafprozeß abweichenden Beweisführung (Beweislastverteilung) behandelt werden; unten § 40 V. Beweislastverteilung zu Zürich § 155: JZ. 33, 266, Nr. 52.

³ So auch SCHENK: 50.

⁴ Vorbehalten bleibt der Fall, daß die wahre Äußerung in beleidigender Form oder unter beleidigenden Umständen erfolgte; SCHENK: 71; vgl. unten IV.

Wahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsachen geglaubt — während sie tatsächlich unwahr sind — kann daher nicht zur Freisprechung führen. Nur der Wahrheitsbeweis im Rahmen der Ziff. 2 des Art. 173 befreit. Die Korrektur von Härten liegt in Ziff. 3 des Art. 173, der den Richter ermächtigt, milder zu bestrafen oder von Strafe abzuweichen, wenn der — durch den Prozeß besser unterrichtete — Täter nachträglich seine Äußerung als unwahr zurückzieht. Der gleiche Schluß ergibt sich bei der Beschimpfung durch Wort, Schrift, Bild oder Gebärde. Ist der beleidigende Vorsatz erwiesen, so nützt dem Beschuldigten der Beweis, er habe an die Wahrheit der von ihm vorgeworfenen Tatsache geglaubt, nichts. Nur der Wahrheitsbeweis kann ihm helfen.

IV. Zwischen der Lehre von der Wahrnehmung berechtigter Interessen und dem Wahrheitsbeweis bestehen Zusammenhänge¹. Die Frage ist namentlich, ob der Wahrheitsbeweis seine strafbefreiende Wirkung verliert, wenn die wahre ehrverletzende Äußerung lediglich aus Bosheit, Schmähsucht, Rachsucht oder aus andern niedrigen Motiven erfolgte, wenn ihr also keine berechtigten Interessen zugrunde lagen. Das G. berührt diese Frage nur mit der Bestimmung in Art. 173 Ziff. 2 II, der Wahrheitsbeweis sei bei Verhältnissen des Privat- und Familienlebens nicht zuzulassen, wenn die Äußerungen vorwiegend in übler Absicht erfolgten und auch am Wahrheitsbeweis kein öffentliches Interesse besteht. Bisherige Gesetze gehen weiter: Zürich § 157 II sieht trotz Erbringung des Wahrheitsbeweises Strafe vor, wenn aus der Art der ehrenrührigen Behauptung hervorgeht, daß sie keinen andern Zweck hatte, als dem Angegriffenen Schaden zuzufügen oder ihn dem Spott und der Verachtung auszusetzen². Gleich bestimmen Solothurn § 130 II und Appenzell A.-Rh. Art. 109 II. Genf Art. 309 I spricht ähnlich von einer *imputation faite dans l'unique but de nuire*.

Über die Strafwürdigkeit solcher Fälle kann man verschiedener Meinung sein. Jedenfalls sollte, wer nur aus Schmähsucht ehrverletzende Wahrheiten äußert, sich nie auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen können³. Damit ist bereits ein Moment für die Umgren-

¹ Besonders deutlich hervorgehoben in Freiburg Art. 72 IV, wonach der Wahrheitsbeweis zugelassen werden kann, wenn „durch vorgängige Entscheidung festgestellt ist, daß der Täter in Wahrung eines wichtigen Interesses gehandelt hat“. Dazu v. OVERBECK: Festgabe Juristentag 1924, 237 ff.

² Das ist die strafbare wahre üble Nachrede. Zürich § 157 II nennt sie mißverständlich Beschimpfung. Gegen die Strafwürdigkeit SCHENK: 64 ff. Zur wahren üblen Nachrede namentlich die Arbeit von DUNN (Lit. zu § 36), insbesondere 50 ff., 57 ff. Gut der Ausdruck: üble Nachrede als Selbstzweck (70). Für die Strafwürdigkeit auch LOGOZ: Z. 45, 256, 258.

³ Vgl. die Gegenüberstellung in Zürich § 157: Äußerung wahrer ehrverletzender Tatsachen mit redlichen Motiven und rechtlichen Endzwecken — Straflosigkeit (Abs. I), dagegen Bestrafung, wenn der Täter nur bezweckte, Schaden zuzufügen oder dem Spotte und der Verachtung auszusetzen (Abs. II).

zung des Wirkungsbereiches einer dahingehenden Einrede gewonnen. Ihre Tragweite ist weiter nach folgenden Richtungen abzuklären:

1. Der Beschuldigte muß grundsätzlich gegenüber jeder Ehrverletzungsklage die Möglichkeit haben, sich auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen zu berufen. Ein Erfolg bleibt ihm aber versagt, wenn der Tatbestand der Verleumdung nachgewiesen wird. Mit bewußt unwahren Äußerungen, mit Lügen dürfen keine berechtigten Interessen wahrgenommen werden¹. Anders bei Äußerungen, die nur als üble Nachrede (Art. 173) oder als nicht wider besseres Wissen erfolgte Beschimpfung (Art. 173) bewertet werden können.

2. Auf die berechtigten Interessen weist das G. nur in Art. 173 Ziff. 2 II hin, wo in Sachen des Privat- oder Familienlebens der Wahrheitsbeweis ausnahmsweise zugelassen wird, wenn er im öffentlichen Interesse liegt. Die Bedeutung des Hinweises auf das öffentliche Interesse muß klargelegt werden: Ausgangspunkt ist, daß der Wahrheitsbeweis bei der üblen Nachrede und den in Betracht kommenden Fällen der Beschimpfung grundsätzlich zur Straflosigkeit führt (oben II). Nur bei Äußerungen, die sich auf das Privat- oder Familienleben beziehen, ist überdies nachzuweisen, daß öffentliches Interesse auf dem Spiel steht. Die Wahrnehmung öffentlicher Interessen erscheint damit als etwas so Wichtiges, daß jetzt der allgemein gültige Schluß erlaubt ist: Wer sie vor dem Richter mit Erfolg geltend zu machen vermag, handelt rechtmäßig. Ein höheres Interesse läßt die an sich ehrverletzende Äußerung als gerechtfertigt erscheinen².

3. Das G. weist nur auf öffentliche Interessen hin. Wie weit sie reichen und wo die Grenze gegenüber ausschließlich privaten Interessen liegt, läßt sich theoretisch nicht festlegen. Das richterliche Ermessen muß im Einzelfall entscheiden³. Für das G. liegt keine Veranlassung

¹ EGGER: Kommentar Personenrecht (2. Aufl.) Art. 28, N. 59: Es gibt keine Wahrnehmung berechtigter Interessen durch Lug und Trug. Ferner BE. 36 II, 28; JZ. 32, 318, Nr. 63 (Luzern, mit weitem Zitaten), auch JZ. 33, 90, Nr. 61.

² Ausschluß der Rechtswidrigkeit bei Wahrnehmung berechtigter Interessen. Dazu FRANK: Kommentar deutsches StGB. § 193, N. I und dort Zitierte. Vgl. auch BE. 42 II, 593.

³ Wegleitend die bundesgerichtliche Rechtsprechung, namentlich bei der Entscheidung über staatsrechtliche Rekurse wegen Verletzung der Preßfreiheit (BV. Art. 55). Grundlegend BE. 37 I, 377f.: Hinweis auf die nach dem öffentlichen Interesse zu orientierenden Aufgaben der Presse. Öffentliches Interesse besteht an politischen, ökonomischen, wissenschaftlichen, literarischen, künstlerischen Ereignissen aller Art. Es besteht an jedem die Öffentlichkeit beschäftigenden Problem, an der Staatsverwaltung, hinsichtlich der Verwendung öffentlicher Gelder, im Hinblick auf Mißbräuche im Gemeinwesen usw. Zusammenstellung weiterer Entscheide bei v. CLERIC: Leitfaden, 89 und namentlich bei SCHERRER (Lit. zu § 36), 78ff.; vgl. ferner BE. 60 II, 406f.; JZ. 32, 318, Nr. 63

vor, neben dem öffentlichen Interesse auch die Wahrnehmung rein privater Interessen besonders zu berücksichtigen. Werden sie bei den in Betracht kommenden Fällen von übler Nachrede oder Beschimpfung nachgewiesen, so führt regelmäßig schon der Wahrheitsbeweis zur Freisprechung (Art. 173 Ziff. 2 I). Überdies fehlt der Beleidigungsvorsatz (unten § 40 I), wenn der Täter lediglich auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen ausging¹.

§ 40. Gemeinsames. Nachlese.

Literatur. Angaben zu §§ 36 ff. — Ferner STAUB: Der glarnerische Ehrverletzungsprozeß, Zürcher Diss. (1909). — STAHELIN: Der zürcherische Ehrverletzungsprozeß, Zürcher Diss. (1913). — HEER: Die prinzipale Privatstrafklage im schweizerischen Recht, Zürcher Diss. (1924). — EICHENBERGER: Privatstrafklage und Strafantrag nach aargauischem Zuchtpolizeirecht, Berner Diss. (1934). — BRODBECK: Z. 1, 482 ff.

I. Alle Beleidigungsdelikte sind Vorsatzvergehen. Wenigstens nach dem G. Es kennt die sog. fahrlässige Verleumdung, die unbesonnene üble Nachrede (vgl. oben § 36 VIII, § 37 III) nicht mehr. Erforderlich, aber auch in jedem Falle ausreichend ist der Beweis, daß die ehrverletzende Äußerung mit Wissen und Willen (G. Art. 18 II) erfolgte. Eine besondere Absicht, zu beleidigen, die im Text bisheriger Gesetze gefordert wird², braucht nicht, jedenfalls nicht im technischen Sinne des Absichtsbegriffs (Allg. Teil, § 24 IV 1), nachgewiesen zu werden.

(Luzern); BURCKHARDT: Kommentar BV. (3. Aufl.), 507 ff. Die Literatur zu der Frage der rechtfertigenden Interessen und zur Abschätzung des Wertverhältnisses einander gegenüberstehender Interessen ist unerschöpflich; vgl. noch LIEFMANN: VD. Bes. Teil, 4, 259 (Straflosigkeit einer Handlung, die unvermeidlich (?) war zur Wahrnehmung eines gefährdeten Gemeininteresses; Prot. II. ExpKom. 2, 441 ff. (Berücksichtigung auch privater Interessen); ZÜRCHER: Z. 28, 5 (Schutz „höherer Interessen“); STOOSS: Grundzüge, 2, 302 f. (Parteischriften und -vorträge vor Gericht usw.) — Reiches Material zur Umgrenzung des Begriffes der Wahrnehmung berechtigter Interessen vom zivilrechtlichen Standpunkt aus, der auch für das Strafrecht verwertbar ist, bei EGGER: Kommentar Personenrecht (2. Aufl.), Art. 28, N. 59 ff.: Die Verletzung eines persönlichen Gutes ist nicht widerrechtlich, wenn sie richtiges Mittel zu richtigem Zweck ist. Nicht unbedenklich Zürcher Bl. 33, 307 f.

¹ Vorbehalten bleibt immer eine Strafe wegen Beschimpfung, wenn mit der Äußerung eine formelle Beleidigung sich verbindet; v. LILIENTHAL: VD. Bes. Teil, 4, 385; BE. 50 I, 204. Vgl. auch JZ. 30, 88, Nr. 79; Entscheidungen des Kantongerichts St. Gallen, 1934, Nr. 8 und JZ. 32, 249, Nr. 184. (Entscheide über Wahrung der Interessen des Klienten im Prozeß durch den Anwalt).

² Z. B. Zürich § 158, Luzern PolStG. § 94, St. Gallen Art. 104. Die ständige zürcherische Praxis hat das Erfordernis eines besondern animus injuriandi dadurch abgelehnt, daß sie die „Absicht“ zu beleidigen dem Vorsatz gleichstellt. Auch der dolus eventualis gilt als mitumfaßt; Zürcher Bl. 20, 252 und dort Zitierte; KÖPFLI: Rechtsprechung, § 158, Nr. 306 f.; LANG: Z. 41, 369; BE. 21, 15; WYSS: JZ. 6, 381 ff. Vgl. auch Solothurn: JZ. 31, 121, Nr. 112.

II. Die ernstgemeinte Einwilligung eines Zurechnungsfähigen im Augenblick der Verletzung schließt die Rechtswidrigkeit aus. Wer in einem bestimmten Moment auf die Wahrnehmung seiner Ehre kein Gewicht legt, ja einer objektiv ehrverletzenden Äußerung zustimmt, ist nicht beleidigt. Der Satz *volenti non fit injuria* gilt hier restlos¹.

III. Das G. (Art. 178) läßt bei allen Ehrverletzungen, abweichend von Art. 70, die Verfolgungsverjährung in 2 Jahren eintreten. Die Verjährung beginnt mit dem Tag, an dem der Täter die „strafbare Tätigkeit ausführt“ (Art. 71 II). Weitergehend als Art. 178 bestimmt Art. 27 Ziff. 6 für das Preßdelikt, daß die Verjährung in 1 Jahr „seit der Veröffentlichung der Druckschrift“ eintritt. Davon zu unterscheiden ist die dreimonatige Frist, binnen welcher der Antragsberechtigte Strafantrag stellen kann. Sie fügt sich in den Raum der Verjährungsfrist ein und beginnt mit dem Tage, an welchem dem Antragsberechtigten der Täter bekannt wird (Art. 29)².

IV. Das G. hat bei den Bestimmungen über Verleumdung und üble Nachrede altes Recht neu belebt. Wenn der Angeklagte vor dem Richter seine ehrverletzende Äußerung als unwahr widerruft, so kann er milder bestraft oder — wenn es sich nur um üble Nachrede handelt — auch strafflos gelassen werden. Der Richter hat in diesen Fällen dem Verletzten über den Widerruf eine Urkunde, eine Ehrenerklärung, auszustellen (Art. 173 Ziff. 3 und 174 Ziff. 3)³. Sie ist selbstverständlich auch in den Urteilstenor aufzunehmen. Als Voraussetzung hat zu gelten, daß der Täter Widerruf und Ehrenerklärung nicht unter richterlichem Zwang, sondern aus eigenem Antrieb leistet⁴, was aber einen Hinweis des Richters auf diese Möglichkeiten keineswegs ausschließen soll. Mit freiwilligem Widerruf und Ehrenerklärung übt der Täter tätige Reue. Für den Beleidigten bedeutet das in vielen Fällen die wirksamste Genugtuung⁵. Zu ihrer Verstärkung kann die vom Richter anzuordnende öffentliche Bekanntmachung des Urteils (Art. 61) hinzukommen.

¹ Allg. Teil, § 32; BINDING: Handbuch, 1, 725f. und Lehrbuch, 1, 146. Abweichend BRÜGGER (Lit. zu § 36): 21.

² Über den Unterschied zwischen Verfolgungsverjährung und Antragsverwirkung Allg. Teil, 130f. Unzutreffend SEILER: StenBull. NR. 1929, 119. Wie wenig Klarheit über den Unterschied zwischen den beiden Begriffen besteht, zeigen die Beratungen in StenBull. StR. 1931, 524f.; 1932, 88f.

³ Zur Geschichte, namentlich in den schweizerischen Urkantonen, PFENNINGER: StR. der Schweiz, 132f, 135ff., 820; Obwalden PolStG. Art. 67 II und III (richterlicher Zwang zu schriftlichem Widerruf und schriftlicher Ehrenerklärung), Art. 72 (freiwilliger Widerruf und Ehrenerklärung). Dazu STOOS: Grundzüge, 2, 305f. und zum früheren luzernischen Recht MEYER v. SCHAUNSEE: Z. 3, 200. Über Aargau EICHENBERGER: 94f. (richterliche Aufhebung der Ehrverletzung).

⁴ Gut VOGEL (Lit. zu § 36), 91ff.

⁵ Wertvolles Material zu den noch mangelhaft abgeklärten Fragen des Widerrufs und der Ehrenerklärung bei HELFRITZ: Verhandlungen des 28. deut-

Widerruf und Ehrenerklärung sind bei der Beschimpfung (Art. 177) nicht genannt. Das ist eine Gesetzeslücke. Soweit in einer Beschimpfung eine ehrenrührige Tatsachenbehauptung liegt (oben § 38), müssen auch Widerruf und Ehrenerklärung berücksichtigt werden können. Je nachdem der Täter wider besseres Wissen oder gutgläubig sich geäußert hat, müssen auf ihn, wenn er widerruft, Art 174 Ziff. 3 — Möglichkeit der Strafmilderung — oder Art. 173 Ziff. 3 — Möglichkeit der Milderung oder der Strafbefreiung — analoge Anwendung finden.

In allen Fällen ist zu beachten, daß der Verletzte bis zur Verkündung des erstinstanzlichen Urteils den Strafantrag zurückziehen kann (Art. 31 I). Auf einen Rückzug ist hinzuwirken, wenn der Angeklagte widerruft und eine ausreichende Ehrenerklärung abgibt¹.

V. Die Ehrverletzungen sind regelmäßig Privatklagedelikte. Materiellrechtlich gelten die für den Strafantrag aufgestellten Normen². Die Art. 173ff. sehen bei allen Beleidigungstatbeständen den Antrag vor. Die Besonderheit gegenüber andern Antragsdelikten liegt auf prozessualen Gebiet. Die Gestaltung des Privatklageverfahrens ist den Kantonen überlassen. Sie bleiben weiterhin ermächtigt, Injurienprozesse in einem zivilprozessualen Verfahren zu behandeln³. Darin lebt der alte Gedanke, die Ehrverletzungsklage sei in erster Linie auf private Genugtuung, nicht auf öffentliche Strafe gerichtet. Mit dem strafrechtlichen Charakter der Ehrverletzung und dem Strafrechtsmonopol des Staates verträgt sich dieser Gedanke nicht.

schen Juristentages (1906), II (Gutachten), 224ff. und dazu — unter Hinweis auf die Schweiz — LIEPMANN: Deutsche JZ. 11, 931ff. Weitere Vorschläge zur Erhöhung des Schutzes gegen unwahre und ungerechtfertigte Beleidigungen sehen besondere prozessuale Behelfe vor; vgl. namentlich BELING: Informativprozesse (1907); NAGLER: Die strafprozessuale Feststellungsklage, Gerichtssaal, 101, 417ff.; GRÜNHUT: JZ. 31, 4ff. (Feststellungsklagen, zivilrechtliche Unterlassungs- und Widerrufsklagen).

¹ Vgl. BOLL: Prot. II. ExpKom. 2, 448.

² Allg. Teil, 133 und die dort zitierte Literatur.

³ Der E. 1918 hatte in Art. 385 II bestimmt: „Die Kantone dürfen keine Strafverfolgung auf den Weg des Zivilprozesses verweisen. Sie können jedoch für die Verfolgung von Tätlichkeiten und Ehrverletzungen ein Privatstrafklageverfahren vorsehen“. In der parlamentarischen Beratung wurde Art. 385 leider gestrichen, weil man hier den Kantonen keinerlei Einschränkung zumuten wollte; StenBull. NR. 1930, 80; StR. 1931, 735. Dazu EICHENBERGER: 97f. — In zivilprozessualer Form behandeln die Ehrverletzungen Luzern, Uri, Nidwalden, Obwalden, Glarus (teilweise: StPrO. §§ 207ff.), Zug, Baselland, beide Appenzel I.-Rh., St. Gallen, Graubünden, Aargau (AargRSpr. 33, Nr. 33), Thurgau. Nähere Daten bei HEER: 13ff., der hier zu Unrecht noch Schwyz (vgl. StPrO. § 3 Ziff. 5) nennt. Über Glarus STAUB: 33ff.; über Aargau EICHENBERGER: 12f., 19ff., 31ff., 97. Vgl. ferner SCHENK (Lit. zu § 39): 97ff.

Zutreffend ist allein die Behandlung der Ehrverletzungen in einem strafprozessualen Verfahren. Das schließt eine besondere Ausgestaltung, die dem Zivilprozeß wesentliche Institute verwertet, nicht aus. Zürich z. B., das den Beleidigungsprozeß als reinen Strafprozeß behandelt, läßt dem Privatstrafkläger die Wahl, die Klage am Begehungsort oder am Wohnsitz des Beschuldigten anzubringen (StPrO. § 3). Es sieht bei nicht durch die Presse verübten Ehrverletzungen eine Sühneverhandlung vor dem Friedensrichter vor und fordert für die Weiterführung des Prozesses eine friedensrichterliche Weisung an das Gericht (§§ 309ff.). Es verlangt — wie im Zivilprozeß — von der beweisführenden Partei die Leistung einer Kautions für die Kosten des Beweisverfahrens (§ 291). Die unterliegende Partei wird zu den Verfahrenskosten und zu einer Prozeßentschädigung an die Gegenpartei verurteilt (§ 293). Ein vor dem Richter abzuschließender Vergleich ist zulässig, und der § 290 sieht — abweichend von den Bestimmungen über den Strafantrag — die Möglichkeit vor, die Privatstrafklage bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses zurückzuziehen¹.

VI. Ergänzungen der bis hierher erörterten Beleidigungstatbestände ergeben sich nach mehreren Richtungen:

1. Häufig wird die Amtsehrverletzung besonders hervorgehoben. Das geschieht in sehr verschiedener Weise: Art. 59 des BStG. von 1853 stellt einen besondern Tatbestand der öffentlichen Beschimpfung oder Verleumdung der Bundesversammlung oder einer Abteilung derselben, des Bundesrates, des Bundesgerichtes oder eines Mitgliedes dieser Behörden oder eines eidgenössischen Repräsentanten oder Kommissärs auf. Die beleidigende Äußerung muß bei Gelegenheit der Amtsausübung oder mit Beziehung auf sie erfolgt sein. Ein Strafantrag der beleidigten Behörde oder Person ist erforderlich². Zürich § 161 lit. b berücksichtigt die gegen eine Behörde oder einen Beamten gerichtete Ehrverletzung straf erhöhend. — Mehrfach besteht die schärfere Erfassung der Amtsehrverletzung darin, daß Verfolgung von Amtes wegen eintritt (Luzern PolStG. § 60 Ziff. 1 und 2, Thurgau § 229, Wallis Art. 122, Neuenburg Art. 140ff.).

Die besondere Behandlung wird damit begründet, daß durch eine Amtsehrverletzung die staatliche Autorität mitberührt wird³. Die

¹ Zum ganzen STRÄULI: Kommentar StPrO. §§ 286ff.; STAEHELIN: Der zürcherische Ehrverletzungsprozeß: passim. Vgl. ferner das auf einen breitem Boden gestellte Privatklageverfahren in Baselstadt, das bei Ehrverletzungen, vorsätzlicher einfacher und fahrlässiger Körperverletzung, Hausfriedensbruch, Sachbeschädigung unter 200 Fr. und unlauterem Wettbewerb Anwendung findet (StPrO. § 5 und §§ 206ff.).

² Zu BStG. Art. 59 Zürcher Bl. 32, Nr. 76.

³ BE. 7, 301; STOOSS: Grundzüge, 2, 303. Waadt Art. 246 behandelt die Amtsehrverletzung ausdrücklich als *délit contre l'autorité*. Zu St. Gallen Art. 108 lit. b JZ. 32, 233, Nr. 167 (Beleidigung von Geistlichen).

schweizerische Rechtsentwicklung weist eher dahin, Beleidigungen von Behörden und Beamten oder auch von Geistlichen (z. B. Thurgau § 229) in keiner Weise mehr zu qualifizieren¹. Das G. hat auf Sondertatbestände verzichtet. Beachtlich ist immerhin in diesem Zusammenhang MilStG. Art. 101 (öffentliche Beschimpfung von Militärpersonen). Diese zum Schutz der Armee aufgestellte Bestimmung leitet hinüber

2. zu Tatbeständen, in denen der Beleidigungsbegriff zur Geltung kommt, die aber nicht Ehrverletzungen im Sinne dieses Abschnittes darstellen. Schutzobjekte sind vielmehr staatliche Würde und Autorität, das Ansehen des Staates und seiner Hoheitszeichen, ferner die guten Beziehungen zu fremden Staaten. Im bisherigen Recht gehören z. B. hierher BStG. Art. 42 und 43 (Beschimpfung eines fremden Volkes, einer fremden Regierung usw.), Luzern PolStG. § 62 (Beschimpfung von staatlichen Abzeichen), Waadt Art. 293 (*outrage au drapeau ou à d'autres emblèmes de souveraineté de la Confédération ou d'un canton*). Das G. enthält entsprechende Tatbestände in Art. 270 (beleidigende Handlungen an schweizerischen staatlichen Hoheitszeichen) und in Art. 296—298 (Störung der Beziehungen zum Ausland). Die Einzelerörterung gehört in die Lehre über die Staatsverbrechen.

3. Keine Veranlassung besteht, die durch das Mittel der Druckerpresse, in öffentlichen Versammlungen usw., durch anonyme Schriften begangenen Ehrverletzungen im Gesetz besonders hervorzuheben oder sie gar qualifiziert zu behandeln². Es kann dem Richter überlassen werden, solche Momente bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.

4. Die Kreditschädigung (G. Art. 160) ist Vermögensdelikt. Ob durch sie gleichzeitig der Tatbestand der Verleumdung erfüllt wird, entscheidet sich nach der Lage des Einzelfalles; unten § 67 II.

5. Beleidigungsähnliche Tatbestände enthält das Gesetz in Art. 261 (Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit) und in Art. 262 (Störung des Totenfriedens). Um Ehrverletzungen im eigentlichen Sinne handelt es sich nicht.

¹ PFENNINGER: StR. der Schweiz, 140f. (Hinweis auf das Recht der freien Meinungsäußerung und der Kritik gegenüber dem Staat); Zürcher Bl. 32, 158f. Vgl. auch Prot. II. ExpKom. 3, 78ff.; LIEPMANN: VD. Bes. Teil, 4, 358ff.

² Aus bisherigen Rechten: Zürich § 161 lit. a (Straferhöhung); St. Gallen Art. 108 lit. a (Ehrverletzungen begangen durch die Presse oder in einer Versammlung; dazu JZ. 32, 219, Nr. 156). Ferner Thurgau §§ 226 und 229 (Straferhöhung und Möglichkeit der Verfolgung von Amtes wegen beim sog. Pasquill, das als Schrift, in welcher der Verfasser nicht oder falsch genannt wird, bezeichnet wird. Über Pasquill und Schmähschrift (*libellus famosus*) BINDING: Lehrbuch, I, 164f.; Thurgauisches Rechtsbuch, Gerichtliche Abteilung (1902), 507 (Ehrverletzung auf einer anonymen Postkarte ein Pasquill).

Anhang § 41. Verletzung privater Geheimnisse (Schriftgeheimnis).

Literatur. STOSS: Grundzüge, 2, 173f. — FINGER: VD. Bes. Teil, 8, 293ff., 326ff. — GIESKER: Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre, Zürcher Diss. (1904) und Der Rechtsschutz des Briefes in der Schweiz (1908). — RENNEFAHRT: Der Rechtsschutz des Briefes in der Schweiz (1908). — LÜTHY: Das Briefgeheimnis und dessen strafrechtlicher Schutz, Berner Diss. (1908).

I. Aus der großen Gruppe der Geheimnisverletzungen gehört die Verletzung privater Geheimnisse, soweit es sich nicht um Sondertatbestände handelt (unten IV), in diesen Zusammenhang¹. Die private Geheimsphäre ist wie das Ehrgefühl ein Persönlichkeitsrecht delikatester Art. Ein Schutzbedürfnis besteht vor allem für den Menschen, muß aber unter bestimmten Umständen auch der juristischen Person zustehen. Schutz gewährt in erster Linie das Zivilrecht (ZGB. Art. 28, OR. Art. 41 ff.) — gegen unbefugte Kenntnisaufnahme durch Eröffnen von Briefen und andern verschlossenen Schriften usw., durch Verbreitung und Ausnützung von Tatsachen, deren Kenntnis durch eine Geheimnisverletzung erlangt wird². Das Mißliche ist, daß der Richter nie in der Lage ist, ein verletztes Geheimnis wiederherzustellen, doch kann er versuchen, künftige Störungen zu verhindern (Unterlassungsklage).

II. Dem Strafrecht kommt für die Behandlung der Verletzung privater Geheimnisse nur subsidiäre Bedeutung zu. Es soll krasse Verletzungen erfassen und muß, was strafbar sein soll, in einem scharf umschriebenen Tatbestand umgrenzen. Die bisherige Ordnung zeigt deutlich Schwierigkeiten und Zweifel: Schaffhausen § 255 z. B. stellt in einer allgemeinen Formulierung das Eindringen in fremde Geheimnisse, wenn es in der Absicht, zu schädigen oder sich einen Vorteil zu verschaffen, geschieht, unter Strafe. Das ist zu unbestimmt und geht zu weit. Andere Gesetzgeber sind richtigerweise zu einer einschränkenden Kasuistik gelangt. Luzern PolStG. §§ 122/23 z. B. straft die geheimnisverletzende Erbrechung von Schlössern und Siegeln, die unbefugte Öffnung verschlossener Briefe oder Pakete, das Vorenthalten solcher Gegenstände. Wieder anders stellt Bern Art. 186 das unbefugte Erbrechen oder Lesen von Briefen, Urkunden, Haus- und Handelsbüchern oder andern Papieren unter Strafe. Unterschieden wird, ob der Täter in der Absicht, zu schädigen oder sich einen Vorteil zu verschaffen, gehandelt oder ob er die Tat aus bloßer Neugierde begangen hat. Engere Grenzen zieht Baselstadt § 162 (unbefugte Eröffnung verschlossener Briefe oder Urkunden). Neuenburg

¹ Die Geschichte zeigt die Zusammenhänge, die man zwischen der Geheimnisverletzung und der Beleidigung sah. Allerdings hat man dabei die weite Spannung des römisch-rechtlichen injuria-Begriffes zu beachten; FINGER: 301 ff.

² EGGER: Kommentar Personenrecht (2. Auf.), Art. 28, N. 39ff., 72ff.; HAFTER: Kommentar Personenrecht (2. Aufl.), Art. 28, N. 2ff.; GIESKER: Geheimsphäre, 26ff. und Rechtsschutz des Briefes, 13ff.

Art. 445 Ziff. 6 behandelt die unbefugte Brieföffnung als Übertretung, Genf Art. 379 stellt neben die Brieföffnung die Unterdrückung eines der Post übergebenen Briefes¹.

III. Art. 179 des G. gliedert die Bestimmung über die Verletzung des Schriftgeheimnisses² in zwei Tatbestände, die es als Antragsdelikte behandelt und als bloße Übertretungen mit Haft oder mit Buße bedroht³. Der Versuch bleibt straflos (Art. 104 I).

1. Strafbar ist, wer, ohne dazu berechtigt zu sein⁴, eine verschlossene Schrift oder Sendung öffnet, um von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Der Ausdruck Schrift umfaßt Briefe, Telegramme, Akten jeder Art, auch Druckschriften. „Sendung“ muß sich auch auf Pakete, Kisten, Warensendungen jeder Art beziehen⁵. Entscheidend ist der Verschluss, was bedeutet, daß der Absender Vorsorge getroffen hat, den Inhalt der Sendung vor der Kenntnisnahme durch unbefugte Drittpersonen zu bewahren. Daß dieser Wille beim Absender vorlag, muß im Zweifelsfall bewiesen werden⁶. Zu weit geht es, jede Streifbandsendung — die auch einen Verschluss darstellt — dem Art. 179 zu unterstellen⁷.

Daß der Inhalt der Schrift oder Sendung eine zwischen dem Absender und Empfänger geheimzuhaltende Tatsache darstellen muß, sagt das Gesetz nicht. Die verschlossene Sendung wird als solche geschützt⁸. Schon die abstrakte Gefahr, in ein Geheimnis einzudringen, soll verhindert werden. Der Randtitel des Art. 179 darf nicht zu einem andern Schluß führen.

¹ Weitere Daten bei STOOS: Grundzüge, 2, 173f.; GIESKER: Briefschutz, 92ff.; RENNEFAHRT: 108ff.; LÜTHY: 59ff., 83ff. Zur geschichtlichen Entwicklung FINGER: 301ff.; besonders beachtlich die rechtsvergleichenden Zusammenstellungen: 338ff.

² Dieser Randtitel ist zu eng. Besser wäre „Verletzung privater Geheimnisse“.

³ Die Beratungen zeigen die Schwierigkeit einer zutreffenden strafgesetzlichen Umgrenzung: Prot. I. ExpKom. 2, 18ff., 562ff.; Prot. II. ExpKom. 2, 520ff. mit der beachtlichen Bemerkung von LANG (522), daß es sich um „Dinge des Taktes und der guten Erziehung“ handelt, und daß erfahrungsgemäß Vorschriften dieser Art nur selten angewendet werden; ferner Prot. 7, 62ff.; 8, 319ff.

⁴ Daß Rechtswidrigkeit vorliegen muß, ist selbstverständlich. Die besondere Hervorhebung ist hier mit gesetzestechnischen Gründen zu erklären. Erörterung der Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit auf Grund öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Befugnisse (Postrecht, Strafprozeß, Berechtigungen im Handelsrecht und kraft familienrechtlicher Befugnisse) bei LÜTHY: 128ff.; BUSER Das schweizer. Postverkehrsgesetz (1929), 51ff., 102; RENNEFAHRT: 35ff., 80ff.; BINDING: Lehrbuch, 1, 130.

⁵ Nachträgliche Erweiterung des Tatbestandes; StenBull. NR. 1929, 119, 156. Der französische Text des Art. 179 spricht von „pli ou coli fermé“.

⁶ Dazu LÜTHY: 68ff. (Verschlusswille des Absenders).

⁷ Anders GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 522. Gut BINDING: Lehrbuch, 1, 129. Vgl. § 1 III der abgeänderten Postordnung vom 14. Oktober 1933 (Eid. GesSlg. 49, 831).

⁸ GAUTIER: eodem, 8, 62: „La fermeture pour elle-même est protégée“; BINDING: Lehrbuch, 1, 128: Der Inhalt kann Stadtklatsch sein.

2. Deutlicher tritt das Moment der Geheimnisverletzung im zweiten Absatz des Art. 179 hervor. Strafbar ist danach, wer Tatsachen, deren Kenntnis er durch Öffnen einer nicht für ihn bestimmten verschlossenen Schrift oder Sendung erlangt hat, verbreitet oder ausnützt. Würde es sich nicht um eine zwischen Absender und Empfänger geheimzuhaltende Tatsache handeln, so wäre das Verbot der Verbreitung, d. h. der Mitteilung an weitere Personen, sinnlos. Auch die Ausnützung setzt voraus, daß der Täter zu seinem oder eines andern Vorteil eine Tatsache verwertet, deren Kenntnis ihm vorenthalten bleiben sollte. Worin die Ausnützung bestehen muß, sagt das Gesetz nicht. Jede auf die Erlangung irgendeines Vorteils ausgehende Benutzung fällt in Betracht. Die Ausnützung kann Mittel zur Verübung eines andern Deliktes, z. B. einer Erpressung, werden.

Der Vorsatz des Täters muß auf Verbreitung oder Ausnützung gehen. Er muß nicht auch die — objektiv widerrechtliche — Erlangung der geheimzuhaltenden Tatsachen umfassen. Die Öffnung der Schrift oder Sendung kann versehentlich oder unter der irrtümlichen Annahme einer Berechtigung erfolgt sein¹. Liegt Vorsatz auch nach dieser Richtung vor, so besteht Konkurrenz zwischen den Tatbeständen der Absätze 1 und 2².

IV. Andere Geheimnisverletzungen, die das Strafrecht erfaßt, gehören in andere Zusammenhänge: Die Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses (G. Art. 162) gehört zu den Vermögensdelikten (unten § 68). Die Verletzung des Amtsgeheimnisses (G. Art. 320) und die in der Gesetzgebung regelmäßig besonders herausgehobenen Verletzungen des Post-, Telegraphen- und Telephongeheimnisses (Postverkehrsgesetz von 1924 Art. 57; Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetz von 1922, Art. 39) sind Amtsdelikte. Sie können die private Geheimnisphäre verletzen. Aber das gehört nicht zum Wesen dieser Tatbestände. Mehr im Vordergrund steht der Schutz der privaten Geheimnisphäre bei der Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 321). Für die Gestaltung dieses Sonderdeliktes sind aber besondere aus dem Berufsrecht und der Berufsethik sich ergebende Momente entscheidend. Verletzungen des Amts- und des Berufsgeheimnisses sind daher, so sehr sie auch im Einzelfall private Interessen berühren mögen, gegen die Allgemeinheit gerichtete Delikte. Völlig in die Sphäre der Staatsdelikte gehören die Geheimnisverletzungen im Rahmen der Tatbestände des Landesverrates (G. Art. 267). Gleiches gilt von den Tatbeständen der Verletzung des Abstimmungs- und Wahlgeheimnisses (Art. 283) und der Veröffentlichung geheimer behördlicher Verhandlungen und Untersuchungen (Art. 293).

¹ Prot. II. ExpKom. 3, 101; 7, 62ff. — Strafbar ist immer nur der widerrechtliche Eindringling, der „verbreitet oder ausnützt“, nicht andere, die das Geheimnis vom Täter der Brieföffnung erfahren und es ihrerseits verbreiten; FINGER: 344.

² THORMANN: Prot. II. ExpKom. 7, 65.

Fünfter Abschnitt.

Delikte gegen das Vermögen.**§ 42. Die Vermögensdelikte und ihr Objekt. Systematik.**

Literatur. BURCKHARDT: Z. 15, 233ff. — GMÜR: ZschwR.NF. 22, 587ff. — CORDEY: eodem, 651ff. — REICHEL: Z. 21, 317ff. — ZÜRCHER: Z. 24, 347ff. (sämtlich zur Frage des Verhältnisses zwischen straf- und zivilrechtlichen Begriffen). — BRUNNER: Sach- und Vermögensbeschädigung im zukünftigen schweizer. Strafgesetz, Leipziger Diss. (1916), insbesondere 21ff. — v. CLERIC: Der rechtswidrige Vorteil im StR. und sein Verhältnis zur allgemeinen Rechts- und Pflichtwidrigkeit, Zürcher Diss. (1910), insbesondere 48ff. — Derselbe: JZ. 16, 77ff. — GRÜNHUT: Z. 48, 452ff. — Angaben zu §§ 43ff.

I. Die Verbrechen gegen Leben, Leib und Gesundheit, gegen die Freiheit, gegen das Geschlechtsleben verletzen und gefährden den einzelnen Menschen. Das Strafrecht schützt hier Persönlichkeitsrechte, die nur dem Menschen zustehen. Schon bei der Ehrverletzung weitet sich nach richtiger Auffassung der Raum. Nicht nur der einzelne Mensch, sondern auch eine organisierte Menschengemeinschaft kann Objekt einer Beleidigung sein (oben § 36 VI 3). Noch anders bei den Vermögensdelikten. Ob die Tat sich gegen einen einzelnen Menschen oder gegen eine Menschengemeinschaft irgendwelcher Gestalt richtet, ist gleichgültig. Den Strafgegenstand bilden Eingriffe in dem Täter fremdes Vermögen. „Fremdes Vermögen“, wem immer es zustehen mag, soll geschützt werden. Das würde nach dem Vorbild der von BINDING gegebenen Systematik dazu führen, die Vermögensdelikte aus der Gruppe der Verbrechen wider den Einzelnen hinauszudeuten und eine besondere Gruppe aus ihnen zu bilden (Lehrbuch, I, 237ff.). Hier geschieht das nur deshalb nicht, um eine — sicherlich erlaubte — Vereinfachung des Systems zu erreichen. Geht man von der oben § 1 II aufgestellten Dreiteilung in Delikte gegen Interessen des Einzelnen, Delikte gegen Gemeinschaftsinteressen (Kulturgüter) und Delikte gegen spezifisch staatliche Interessen aus, so mag man feststellen, daß die Vermögensverbrechen ihren richtigen Platz zwischen der ersten und der zweiten Gruppe haben. Für die praktische Anschauung wird aber von Bedeutung, daß gerade bei den Vermögensdelikten die Figur des einzelnen Geschädigten besonders stark in den Vordergrund tritt¹.

II. Der für die strafrechtliche Erfassung maßgebende Vermögensbegriff ist klarzustellen. Er darf nicht als ein nur in Geldwerten aus-

¹ Bezeichnend die Systematik des G., das an die Verbrechen gegen Leib und Leben die Vermögensverbrechen anschließt und dann erst die Ehrverletzungen, die Verbrechen gegen die Freiheit und die Verbrechen gegen die Sittlichkeit folgen läßt. Mit dem 6. Titel — Verbrechen gegen die Familie — beginnen die Delikte gegen Gemeinschaftsinteressen.

drückbarer, sondern muß als im weitesten Sinne verstanden wirtschaftlicher Begriff verstanden werden. Daß strafrechtlicher und zivilrechtlicher Vermögens- und Schadensbegriff sich decken, ist nicht erforderlich. Das Strafrecht kann sich seinen Vermögensbegriff selbst gestalten. Es braucht nicht nur auf das privatrechtlich geschützte Vermögen abzustellen. Ein Straftatbestand kann gegeben sein, auch wenn nicht gleichzeitig ein zivilrechtlich mit Erfolg geltend zu machender Geldschaden vorhanden ist¹. Vermögen im strafrechtlichen Sinn ist die Summe der geldwerten Beziehungen und der sonstigen wirtschaftlichen Rechte — im weitesten Sinne verstanden — einer Person². Kein Delikt richtet seinen Angriff jemals auf das Vermögen als Ganzes, sondern stets nur auf einzelne Vermögensrechte³. Die Erkenntnis dieser Tatsache läßt sich für die Systematik der Vermögensdelikte verwerten (unten IV).

III. In den bei den Vermögensverbrechen besonders stark hervortretenden Beziehungen zwischen Zivil- und Strafrecht ergeben sich zwei Hauptpunkte:

1. Der Charakter des Strafrechts als eines subsidiären Schutzrechts zeigt sich darin, daß die Reaktion gegen Vermögensverletzungen auf weitem Raum allein dem Zivilrecht überlassen bleibt. Wann auch der schärfere strafrechtliche Schutz eingreifen soll, hat der Gesetzgeber mit der gebotenen Zurückhaltung zu entscheiden⁴. Einige Richtlinien sind erkennbar: Fahrlässige Vermögensverletzungen ziehen aller Regel nach nur zivilrechtliche Folgen (OR. Art. 41 ff.) nach sich. Der strafrechtliche

¹ Kreditschädigung, unlauterer Wettbewerb, Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses (Art. 160—162) sind z. B. Vermögensdelikte. Sie sind strafbar, auch wenn — zivilrechtlich — ein in Geld zu bewertender Schaden nicht entstanden ist oder nicht nachgewiesen werden kann; unten §§ 66 ff. Zutreffend auch Zürcher Bl. 11, Nr. 23: Unterschlagung einer Sache, die nur ideellen, keinen Geldwert hat; BE. 32 I 333: Unterschlagung von Briefen ohne Geld- oder Tauschwert. Vgl. über den Vermögensinhalt ferner LAUTERBURG: Z. 6, 186 ff.

² Trefflich BINDING: Lehrbuch, I, 237 ff.; vgl. auch GRÜNHUT: Z. 48, 459 f.: Strafrechtlicher Schutz nicht nur der wirtschaftlichen (Geld-)Werte, sondern auch anderer persönlicher Interessen an Sachgütern. Abzulehnen die in der deutschen Literatur herrschende Auffassung, das Vermögen im strafrechtlichen Sinne umfasse nur geldwerte Güter und die strafrechtliche Vermögensschädigung bestehe immer nur in geldwerter Verminderung; FRANK: Kommentar deutsches StGB. (18. Aufl.), 587 f. und dort Zitierte. Wenig aufschlußreich LAUTERBURG: Z. 6, 184 ff.: das Vermögen „kein rein juristischer Begriff, sondern ein Produkt des vom Rechte durchdrungenen wirtschaftlichen Lebens“. Ausführlich über den Vermögensbegriff auch BRUNNER: 21 ff. und namentlich v. CLERIC: 48 ff., 76.

³ Gut BRUNNER: 45; MOLL (Lit. zu § 43): 35, 39. Das „Vermögen“ ist gemeinsames Schutzobjekt bei sämtlichen Verbrechen dieses Abschnittes, das Eigentum oder andere einzelne Vermögensrechte Schutzobjekt bei den einzelnen Gruppen.

⁴ Vgl. Allg. Teil, 9 f.

Schutz unbeweglicher Sachen geht weniger weit als der zivilrechtliche¹. Vor allem hält das Strafrecht mit Schutzbestimmungen gegen Vertragsverletzungen stark, wohl zu stark, zurück (unten § 59 II). Bei einzelnen, sowohl dem Zivil- wie dem Strafrecht geläufigen Tatbeständen, z. B. beim Betrug, ist die strafrechtliche Umgrenzung enger als die zivilrechtliche².

2. Einige Verlegenheit bereitet die Frage, ob und wie weit Strafrecht und Strafrichter bei den Vermögensdelikten an zivilrechtliche Begriffe und Satzungen gebunden sind. Ausgangspunkt ist die Wahrung der Eigenart strafrechtlicher Betrachtungsweise. Der Strafgesetzgeber ist in der gesetzlichen Begriffsgestaltung, der Strafrichter in der Bestimmung des Begriffsinhaltes frei³. Wo es notwendig ist, muß man es, z. B. beim Problem der Geldunterschlagung (unten § 47 IV), auch wagen, einen vom Zivilrecht abweichenden Eigentumsbegriff zur Geltung zu bringen⁴. Zweifelhaft steht es auch um den Sachbegriff. Nach ZGB. Art. 713 sind „Gegenstand des Fahrniseigentums“ neben den ihrer Natur nach beweglichen körperlichen Sachen auch die Naturkräfte, die rechtlicher Herrschaft unterworfen werden können und nicht zu den Grundstücken gehören. Elektrische Energie ist also Gegenstand von Fahrniseigentum⁵. Als bewegliche Sache wird sie damit nicht bezeichnet. Auch der Strafgesetzgeber ist der Frage durch die Schaffung des besondern Tatbestandes: Unrechtmäßige Entziehung von Energie (Art. 146) ausgewichen⁶. — Deutlich tritt die Loslösung des Strafrechts vom Zivilrecht beim Besitzbegriff hervor. Das Strafrecht betrachtet den Besitz regelmäßig als ein Verhältnis rein tatsächlicher Herrschaft über eine Sache, ohne Rücksicht auf einen vorhandenen Rechtsgrund⁷. Auf die Art. 919ff.

¹ Dazu REICHEL: Z. 21, 330.

² Zum Ganzen v. LISZT: Die Deliktobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuchs (1898). Über die Verschiedenheit des Schutzbedürfnisses — Strafrecht oder Zivilrecht oder beides — BURCKHARDT: Z. 15, 234ff.; GMÜR: 590ff.; CORDEY: 657ff.

³ BURCKHARDT: 256ff.: Die Frage der Übereinstimmung der Begriffe im Zivil- und im Strafrecht ist in jedem einzelnen Falle besonders zu beantworten; GMÜR: 606ff., 735.

⁴ Für die Bindung an den zivilrechtlichen Eigentumsbegriff Zürcher Bl. 21, 276; 33, Nr. 78.

⁵ Dazu die Kommentare zum Sachenrecht, z. B. WIELAND: Art. 713, N. 4 und dort Zitierte, ferner REICHEL: 328ff.; MOLL (Lit. zu § 43): 50ff. (zum strafrechtlichen Sachbegriff); HARBURGER: VD. Bes. Teil, 6, 189ff.

⁶ Unten § 49 III; vgl. auch schon Allg. Teil, 13, N. 2; REICHEL: Z. 21, 331; BRUNNER: 51ff.

⁷ Die sog. realistische Auffassung des Besitzes im Strafrecht wird heute allgemein anerkannt; BINDING: Lehrbuch, 1, 243ff., auch z. B. ANGYAL und BATTAGLINI: Riv. italiana di dir. penale, 5, 433ff. — Vgl. Zürcher Bl. 2, Nr. 170; 3, 250, auch BE. 38 I, 620. Zur Frage im ganzen MICELLI: Der Begriff des Gewahrsams im StR. (Breslau 1906); 28ff. (Inkongruenz des strafrechtlichen Gewahrsams und des zivilrechtlichen Besitzes); HARBURGER: VD. Bes. Teil, 6, 198ff.

des ZGB. ist nicht abzustellen¹. Der Strafgesetzgeber sollte, um Mißverständnisse zu verhindern, für die Regel statt des Ausdruckes Besitz den farbloseren Gewahrsamsbegriff verwenden².

IV. Bei der großen Zahl und der Verschiedenheit der Vermögensdelikte besteht das Bedürfnis, Übersicht und Unterscheidung durch eine strenge Systematik hervortreten zu lassen. Sie wird auf sehr verschiedene Weise versucht³. Das G. gibt eine Teilung in vier Gruppen, deren Überschriften jedoch mangelhaft sind. Im Hinblick auf die einzelnen Vermögensrechte, gegen die der Angriff des Täters sich richtet, ergibt sich folgendes System:

1. Verbrechen gegen das Eigentum und andere dingliche Rechte (Art. 137—143, 145—147);
2. Verbrechen, die sich gegen das Eigentum und andere Vermögensrechte richten können (Art. 144, 148—159);
3. Konkurs- und Beitreibungsverbrechen (Art. 163—172), die man, wenigstens zum Teil, als Verbrechen gegen obligatorische Pflichten bezeichnen kann;
4. Verbrechen gegen immaterielle Güterrechte (Art. 160—162), wozu die Nebengesetzgebung über die Erfinder- und Urheberrechte gehört.

I. Delikte gegen das Eigentum und andere dingliche Rechte.

§ 43. Sachbeschädigung.

Literatur. STOSS: Grundzüge, 2, 111 ff. — SCHMOLLER: VD. Bes. Teil: 6, 143 ff. — BRUNNER (Lit. zu § 42): 41 ff. — MOLL: Die strafrechtliche Behandlung der Sachbeschädigung, Berner Diss. (1924). — FLIERZ: Geschichte und System der schweizer. Jagd-Strafgesetzgebung, Zürcher Diss. (1900). — KÆGI: Das schweizerische Jagdrecht, Zürcher Diss. (1911).

I. Nach G. Art. 145 ist Sachbeschädigung die vorsätzliche Beschädigung, Zerstörung oder Unbrauchbarmachung einer fremden Sache. Sie ist Angriffsobjekt. Der Täter zerstört einen fremden Sachwert oder

¹ Gut REICHEL: 334 ff.

² Redaktionell verfehlt z. B. die Fassung des Unterschlagungstatbestandes in Zürich § 177 I: Aneignung einer „im Besitz oder Gewahrsam“ des Täters sich befindlichen Sache. Zutreffend G. Art. 141 II. — In gewissen Fällen hat allerdings das Strafrecht auf den zivilrechtlichen Besitzbegriff abzustellen, z. B. bei der Sachentziehung (Art. 143) und der Rechtsverletzung (Art. 147).

³ Darüber besonders HEGLER: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 9, 153 ff., 278 ff., 369 ff. Haupteinteilung: Vermögensverschiebungs- und bloße Vermögensentziehungsdelikte; BINDING: Lehrbuch, 1, 242, 246 ff. mit dem Ausgangspunkt: Unterscheidung zwischen bloßen Schädigungs- und Bereicherungsverbrechen. Ferner BRUNNER: 30 ff. Neuerdings besonders HIRSCHBERG: Der Vermögensbegriff im Strafrecht, Versuch eines Systems der Vermögensdelikte (1934), dazu GRÜNHUT: Z. 48, 452 ff.

mindert ihn und schädigt dadurch fremdes Vermögen. Voraussetzung ist eine körperliche — bewegliche oder unbewegliche — Sache und eine mechanische Einwirkung auf sie. An Rechten (Forderungen, Pfandrechten usw.) gibt es keine Sachbeschädigung¹. — Im Grundzug entspricht dieser Tatbestand den bisherigen Rechten. Sie erfassen in der Mehrzahl die Sachbeschädigung mit einer allgemeinen Formel. Nach dem Vorbild des französischen Rechtes lösen dagegen Neuenburg (Art. 418ff.) und Genf (Art. 337ff.) und weniger weitgehend auch Bern (Art. 201ff.) die Sachbeschädigung in eine große Zahl von Einzeltatbeständen auf².

Die Tragweite des Tatbestandes bedarf sorgfältiger Abklärung:

1. Der Täter muß seinen Angriff auf eine fremde Sache richten. Sie muß einem Andern gehören, gleichgültig, ob sie Geld- oder nur ideellen Wert hat, ob sie Eigentum einer Einzelperson oder einer Korporation ist, oder ob sie der öffentlichen Hand — dem Staat, einer Gemeinde usw. — zusteht. Nicht erforderlich ist im Strafprozeß die Abklärung der Frage, wer der zivilrechtliche Eigentümer der beschädigten Sache ist. Ausreichend ist der Nachweis, daß sie nicht Eigentum des Täters und daß sie nicht herrenlos ist³. Der Vorsatz des Täters braucht nicht mehr als die Fremdheit der Sache zu umfassen. — Die Zerstörung oder Beschädigung herrenloser Sachen fällt nicht unter den Art. 145. Das Wild in Feld und Wald, die Vögel in der Luft, die Fische im Wasser gehören niemandem. Ein strafrechtlicher Schutz, soweit er sich als notwendig erweist, ist hier anders zu orientieren — Schutz gegen unberechtigte Jagd und Fischerei und Schutz des Okkupationsberechtigten. Das BGes. von 1925 über Jagd und Vogelschutz und das BGes. von 1888 betreffend die Fischerei greifen hier ein⁴. Dazu kommen die von den Kantonen erlassenen ergänzenden Bestimmungen über Jagd, Vogelschutz und Fischerei⁵.

¹ Die Schädigung von Rechten kann unter anderm Gesichtspunkt strafbar sein; namentlich Rechtsvereitelung und Konkurs- und Betreibungsdelikte, unten §§ 45, 59ff.

² STROSS: Grundzüge, 2, 112ff. mit den Einzeldaten. Ferner SCHMOLLER: 146f.; BRUNNER: 10ff.; MOLL: 1ff. (geschichtliche Entwicklung des Tatbestandes im schweizer. Recht).

³ Zürcher Bl. 20, 367; vgl. auch BE. 38 I, 621. — Die Sachbeschädigung umfaßt auch Sachen, an denen der Täter Miteigentum hat (ZGB. Art. 646ff.); BINDING: Lehrbuch, 1, 248. Gleiches ist auch beim Gesamteigentum anzunehmen, da ZGB. Art. 653 II zur Ausübung des Eigentums und zur Verfügung über die Sache den einstimmigen Beschluß aller Gesamteigentümer fordert. Beachtlich Waadt Art. 204: eine Sache, die dem Täter nicht gehört „ou dont il n'a pas le droit de disposer“.

⁴ Namentlich Jagdgesetz Art. 39ff., Fischereigesetz Art. 5 und 31ff. Dazu FIERZ: insbesondere 84ff.; KÆGI: 99ff., 200ff.; BE. 38 I, 620ff.; BINDING: Lehrbuch, 1, 322ff. (Verbrechen wider fremde Okkupationsrechte).

⁵ MOLL: 55ff. Vgl. z. B. auch Waadt Art. 204 II und Neuenburg Art. 425: Vergiftung von Fischbeständen; ferner Zürcher Bl. 33, Nr. 170; 35, Nr. 5.

2: Der Art. 145 nennt als deliktische Handlungen das Beschädigen, das Zerstören und das Unbrauchbarmachen. Eine fruchtlose Auslegungskunst hat sich dieser Begriffe allzu sehr angenommen¹. Der Richter soll sich an den Sprachgebrauch halten und nach vernünftigem Ermessen entscheiden, welche Art der schädigenden Einwirkung dem Täter zur Last zu legen ist. Theoretisch läßt sich feststellen: Zerstörung ist Vernichtung. Sie ist die vollendetste Art der Schädigung des fremden Eigentums². Die Beschädigung im engeren Sinne stört die Unversehrtheit der fremden Sache. Ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit muß dadurch nicht notwendig aufgehoben oder auch nur vermindert worden sein³. Unbrauchbarmachung kann ohne Zerstörung oder Beschädigung der Sachsubstanz erfolgen⁴.

Als eine weitere Form der Sachbeschädigung haben einzelne Gesetze die Sachentziehung betrachtet (Wallis Art. 330 I: soustraire; eidg. VE. 1908 Art. 88: fremdes Eigentum dem Eigentümer dauernd entziehen). Diese Fälle gehören nicht hierher. Das G. hat besondere Entziehungsdelikte (Art. 143, 146, 147 II—IV) gebildet; unten §§ 44, 45 und 49 III.

3. Übereinstimmend mit der großen Mehrzahl der bisherigen Gesetze stellt der Art. 145 nur die vorsätzliche Sachbeschädigung unter Strafe. Bei Fahrlässigkeit hat die zivilrechtliche Schadensersatzpflicht (OR. Art. 41ff.) als ausreichend zu gelten⁵. Der Nachweis des Vorsatzes genügt. Dazu gehört der Beweis, daß der Täter mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehandelt hat⁶. Zahlreiche bisherige Gesetze schränken den Tatbestand dadurch ein, daß sie die Strafbarkeit vom Nachweis be-

¹ Zur Orientierung vgl. BRUNNER: 56ff.; MOLL: 70ff.

² Die nach dem französischen Vorbild kasuistisch gestalteten Rechte heben zahlreiche Zerstörungshandlungen einzeln hervor, z. B. Neuenburg Art. 418ff. (détruire, abattre des statues, des conduites d'eau, des édifices, des ponts etc.). Besonders häufig wird die Tötung fremder Tiere genannt: Bern Art. 201 III, Waadt Art. 204 I, Neuenburg Art. 426f. Vgl. auch Zürcher Bl. 26, Nr. 153.

³ Streitfragen, die kaum theoretisch, sondern nur nach der Lage des Einzelfalles zutreffend entschieden werden können, knüpfen hier an, z. B. ob die Beschmutzung einer fremden Sache, eines Kleides, eines Buches, strafbar sein soll; BINDING: Lehrbuch, 1, 248; SCHAFFNER: 163; Luzern PolStG. § 119 I nennt ausdrücklich die Verunreinigung.

⁴ Schaffhausen § 220 formuliert, eine fremde Sache auf andere Weise als durch Beschädigung oder Zerstörung wertlos machen. Beispiele: Ungenießbarmachen von Nahrungsmitteln, ferner die Fälle aus dem römischen Recht: Säen von Unkraut unter die Saat, Beimischen von Sand zum Getreide. Vgl. auch BRUNNER: 57f.

⁵ Auch Fahrlässigkeit strafen Luzern PolStG. § 121, Obwalden PolStG. Art. 99, St. Gallen Art. 93 Ziff. 1 (grobe Fahrlässigkeit), Graubünden PolStG. § 40. Das ist unnütze Überspannung des Strafrechts. Zur fahrlässigen Sachbeschädigung ARBENZ (Lit. zu § 44): 81ff.

⁶ Allg. Teil, 115ff.; Zürcher Bl. 20, 368f.; 26, Nr. 153; 33, 46, 49ff.; JZ. 27, 280, Nr. 50 (Zürich).

stimmter Tatmotive abhängig machen. Beispiele: St. Gallen Art. 93 nennt Mutwillen, Bosheit, Rache, Eigennutz, Aargau § 172 Mutwillen oder Bosheit, Waadt Art. 204 und Wallis Art. 330 fordern die Absicht, zu schädigen (dessein de nuire). Zürich § 187, das bei der Umschreibung des Tatbestandes nur auf Vorsatz und Widerrechtlichkeit abstellt, nennt das Delikt „böswillige“ Eigentumsschädigung. Das hat Erörterungen darüber veranlaßt, ob der besondere Nachweis der Böswilligkeit erbracht werden muß oder nicht¹. — Zu solchen, auf das Motiv abstellenden Einschränkungen des Grundtatbestandes besteht keine Veranlassung. Eine andere Frage ist, ob eine besonders tadelnswerte Einstellung des Täters als qualifizierendes Moment verwertet werden soll (unten II).

II. Der Einfluß der französischrechtlichen kasuistischen Aufteilung des Sachbeschädigungsdeliktes zeigt Spuren auch in den Gesetzen, die grundsätzlich diesem System nicht folgen. Dahin gehört zunächst, daß viele Gesetze die Strafdrohungen nach dem Betrag des verursachten Schadens abstufen. Darin kommt zugleich der Grundsatz der Erfolgshaftung zum Ausdruck². Vor allem wirkt sich aber die Kasuistik bei der Schaffung qualifizierter Beschädigungstatbestände aus. Die Rechtsvergleichung zeigt große Buntheit der gesetzgeberischen Betrachtung. Qualifizierend wirken — in den verschiedensten Zusammenstellungen — Art und Beschaffenheit der beschädigten Sache (z. B. Gegenstände der Pietät, dem öffentlichen Interesse dienende Sachen), Art und Zeit der Begehung (mit Gewalt oder Drohungen gegen Personen, zur Nachtzeit usw.), das Motiv (Bosheit, Rachsucht usw.)³. Ein praktisches Bedürfnis für solche umfangreichen gesetzgeberischen Unterscheidungen besteht nicht. Der allerdings sehr großen Verschiedenheit der Sachbeschädigungsfälle wird Art. 145 des G. auf einfachere Art gerecht:

1. Die Strafdrohung des Grundtatbestandes (Abs. 1) lautet auf Gefängnis oder Buße. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Sachbeschädigungen mit schwerem Erfolg und schwerer Schuld erfaßt das G.

2. mit der allgemeinen Formel: „Verursacht der Täter aus gemeiner Gesinnung einen großen Schaden“ (Abs. 2). Strafe: Zuchthaus bis zu 5 Jahren. Der Vorsatz des Täters muß auch die Schadensgröße — selbstverständlich nicht zahlenmäßig — umfassen. Der Täter wird von Amtes wegen verfolgt. Praktisch kann die Aufteilung in ein Antrags- und ein

¹ Die ständige Rechtsprechung verneint mit der zutreffenden Begründung, die Böswilligkeit sei nach dem Text des § 187 kein Tatbestandsmerkmal: JZ. 19, 364, Nr. 331; 27, 280, Nr. 50; Zürcher Bl. 30, 151; 33, Nr. 17. Ferner LANG: Z. 41, 372f.

² Typisches Beispiel Zürich § 187 lit. b und c mit der zahlenmäßigen Abgrenzung: Schaden bis zu 1000 Fr. und über 1000 Fr. Dazu die Feststellung Zürcher Bl. 20, 369, daß das Gesetz die Erfolgshaftung anerkennt. Weitere kantonale Daten bei SROOSS: Grundzüge, 2, 115; MOLL: 108ff. (bernisches Recht). Gegen den Formalismus der Zahl treffend WACH: VD. Allg. Teil, 6, 34; v. CLERIC: JZ. 16, 78.

³ Zusammenstellungen bei SROOSS: 116f. Vgl. auch Z. 47, 274 (Baselstadt).

Offizialdelikt¹ deshalb zu Schwierigkeiten führen, weil schon die Polizei- und die Untersuchungs- und Anklagebehörden nach freiem Ermessen die Vorentscheidung dahin treffen müssen, ob von Amtes wegen vorgegangen oder ein Strafantrag abgewartet werden soll.

III. Zerstörung und Beschädigung fremder Sachen gehören zum Wesen einer großen Zahl anderer Deliktstatbestände. Darin liegt der Grund, daß sich ein genereller Tatbestand der Sachbeschädigung in der Gesetzgebung erst spät durchgesetzt hat. Man blieb an den Einzelfällen hängen². Damit hängt aber auch zusammen, daß noch heute das Verhältnis zwischen dem generellen Tatbestand und andern, ebenfalls eine Sachbeschädigung enthaltenden Delikten vielfach unklar ist. Das gilt insbesondere für das Verhältnis zur Brandstiftung und andern gemeingefährlichen Delikten. Weil auch sie regelmäßig eine Zerstörung oder Beschädigung fremder Sachen darstellen, behandelte man sie als besondere Sachbeschädigungsfälle und stellte sie zu den Vermögensdelikten; z. B. Bern Art. 189ff., Wallis Art. 322ff. Unbefriedigend ist auch Zürich § 187, das den Tatbestand der Eigentumsschädigung mit den Worten einleitet: „Wer ohne Erregung einer gemeinen Gefahr . . . fremdes Eigentum beschädigt oder zerstört.“ Damit wird der § 187 zu einem subsidiären Tatbestand gestempelt³. Der Art. 145 des G. gibt dagegen die zutreffende Lösung: Die Sachbeschädigung ist ein für sich stehendes Vermögensdelikt. Sie hat keineswegs subsidiären Charakter. Bei der Brandstiftung, der Beschädigung von Wasserbauten usw. stehen strafrechtlich nicht Sachbeschädigung und Vermögensschutz im Vordergrund, sondern die Reaktion gegen die Verursachung einer Gemeingefahr⁴. — Im Hinblick auf die andere Richtung des Rechtsschutzes sollen auch weitere Fälle, zu deren Wesen die schädigende Einwirkung auf Sachen gehört, von der Sachbeschädigung streng getrennt werden. So die Vernichtung und Beschädigung von Urkunden (G. Art. 254 und 267 Ziff. I II), die Beschädigung staatlicher Hoheitszeichen (Art. 270 und 298), die Tierquälerei (Art. 264)⁵ und andere Tatbestände.

¹ Die Unterscheidung findet sich schon in kantonalen Rechten; STOOSS: 117f.; BRUNNER: 72f.

² Über diese Verhältnisse und Entwicklungen MOLL: 7ff., 42f., auch SCHMOLLER: 144f. (deutsche Partikularrechte).

³ So auch Obwalden Art. 109: „sofern die Tat nicht in ein anderes Vergehen übergeht“. Gut gegen die Subsidiarität BRUNNER: 41f.

⁴ MOLL: 10, St. Gallen, Entscheidungen des Kantongerichtes 1933, Nr. 17 (Verhältnis zwischen Brandstiftung und Sachbeschädigung).

⁵ Überlegung: Die Mißhandlung eines Tieres ist eine schädigende Einwirkung auf eine Sache. Unerheblich ist aber, ob das Tier dem Täter gehört oder ob es eine fremde oder eine herrenlose Sache ist. Nicht um Vermögensschutz handelt es sich. Jedenfalls tritt er völlig in den Hintergrund. Art. 264 steht bei den Delikten gegen den öffentlichen Frieden.

§ 44. Sachentziehung.

Literatur. Angaben zu §§ 43 und 48. — GROSS: Die Sachentziehung im schweizer. StGE., Zürcher Diss. (1929). — ARBENZ: Der Motorfahrzeugführer als Delinquent, Zürcher Diss. (1932). — HARBURGER: VD. Bes. Teil, 6, 318ff. (Gebrauchsanmaßung).

I. Der besondere Tatbestand der Sachentziehung (G. Art. 143) soll Lücken ausfüllen, die zwischen Sachbeschädigung einerseits, Diebstahl und Unterschlagung andererseits bestehen. Jener gegenüber unterscheidet sich die Sachbeschädigung insbesondere dadurch, daß der Täter nicht auf die Sachsubstanz einwirkt, sie weder zerstört noch beschädigt noch unbrauchbar macht. Der Täter entzieht die fremde Sache dem Berechtigten, nimmt sie ihm in der Regel weg. Aber anders als der Dieb handelt er ohne Bereicherungsabsicht¹. Der Art. 143 nennt dieses negative Tatbestandsmoment ausdrücklich. Daß beim Täter Enteignungsabsicht vorliegt, ist möglich, aber für die Erfüllung des Tatbestandes nicht notwendig. Typische Fälle: ein fremdes gefangenes Tier freilassen, ein fremdes Schiff den Wellen überlassen, ein Schmuckstück wegnehmen und fortwerfen, einen Gegenstand unauffindbar verstecken, aber auch einen Getreide- oder einen Kohlensack aufschneiden, so daß der Inhalt verloren geht². — Mit dem alten *furtum usus*, der Wegnahme einer fremden Sache, um sie ohne Erlaubnis des Berechtigten vorübergehend zu gebrauchen, deckt sich der Art. 143 nicht. Er reicht weiter, umfaßt aber auch das *furtum usus*, wenn eine Schädigung des Berechtigten nachgewiesen wird³. Hier setzt mit einem Sondertatbestand Art. 62 des BGes. von 1932 über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr ein; unten III.

II. Im einzelnen gilt:

1. Angriffsobjekt ist eine bewegliche Sache. Die Entziehung unbeweglichen Gutes — namentlich durch Vorenthalten — ist denkbar,

¹ ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 7, 315. Über Aneignungs- und Bereicherungsabsicht und das Verhältnis der Sachentziehung zu den Bereicherungsdelikten unten § 46 I; GROSS: 6.

² STOSS: Prot. I. ExpKom. 1, 403; BINDING: Lehrbuch, 1, 249, 267; BRUNNER (Lit. zu § 42): 59ff. Die Schwierigkeiten der Grenzziehung zeigt der Fall Zürcher Bl. 28, Nr. 31: X hatte die ihm mißliebige Fahne eines Fasziistenvereins weggenommen und in den Fluß geworfen, wo sie nicht mehr gefunden werden konnte. Anklage erfolgte wegen Diebstahls, zutreffend erging Verurteilung wegen Sachbeschädigung. Wäre die Fahne unbeschädigt wieder aufgefischt worden, so hätte nur Sachentziehung vorgelegen. Vgl. auch GROSS: 16ff., 40ff. (Kasuistik); HILLER (Lit. zu § 48): 36ff.; MEYER (Lit. zu § 48): 139f.

³ Über das *furtum usus* FEUERBACH-MITTERMAIER: Lehrbuch (14. Aufl.) § 315, Nr. I; HARBURGER: VD. Bes. Teil, 6, 318f.; GROSS: 18ff. und jetzt in neuer allgemeiner Formulierung Waadt Art. 205: „Celui qui, sans avoir l'intention de s'approprier la chose d'un tiers, l'utilise sans droit pour nuire à autrui ou pour se procurer un avantage illégitime . . .“ Ähnlich Genf Art. 330bis, Novelle von 1828 zum StBG.

aber nicht strafbar¹. Da Art. 143 im Gegensatz zu Art. 137 (Diebstahl) und zu Art. 145 (Sachbeschädigung) nicht die Fremdheit der Sache fordert, kann auch der Eigentümer selbst einem anderweit Berechtigten gegenüber Täter sein (unten 3)².

2. Die Entziehung wird regelmäßig in einem Wegnehmen, im Brechen des fremden Gewahrsams bestehen. Sie kann aber auch in einem Vorenthalten liegen. In diesem Fall nähert sich die Sachentziehung der Unterschlagung³. Daß die Entziehung endgültig, d. h. mit dem Verlust der Sache verbunden, oder auch nur längere Zeit dauernd sein muß, ist nicht erforderlich⁴. Ob eine „Entziehung“ vorliegt oder nicht, hat vernünftiges Richterermessen zu entscheiden. Daß nicht lächerliche Bagatelten, harmlose schlechte Scherze, zu einer Bestrafung führen, wird dadurch verhindert, daß als Folge der Sachentziehung ein Vermögensschaden, ein wirtschaftlicher Schaden (oben § 42 II), nachgewiesen werden muß.

3. Gegen eine Sachentziehung ist nicht nur der Eigentümer, sondern jeder an der Sache Berechtigte, namentlich auch der Besitzer, der nicht Eigentümer ist, geschützt⁵. Es ist daher auch möglich, daß die strafbare Entziehung sich gegen einen Sach- oder Mitbesitzer richtet⁶. Nicht an der Sache berechtigt ist der bösgläubige Besitzer, der Dieb. z. B. Ihm gegenüber ist das Delikt der Sachentziehung nicht gegeben. Die Feststellung des Berechtigten ist namentlich auch für das Antragsrecht wichtig. Gegenüber einem bloß obligatorischen Anspruch auf Lieferung einer Sache, die der Verpflichtete vorenthält, soll der Strafschutz nicht gewährt werden. Hier ist die Beschränkung auf die zivilrechtliche Leistungsklage geboten.

4. Die Strafdrohung des Art. 143 lautet auf Gefängnis oder Buße, in besonders leichten Fällen auf Buße allein (Abs. 2). Die Sachentziehung ist stets Antragsdelikt.

¹ Vgl. ZGB. Art. 926 II: Der Besitzer eines Grundstückes, das ihm durch Gewalt oder heimlich „entzogen“ wurde, darf sich seiner durch Vertreibung des Täters wieder bemächtigen (erlaubte Selbsthilfe).

² Anders Waadt Art. 205: chose d'un tiers.

³ Dazu Gross: 30.

⁴ Anträge, das Wort „dauernd“, das der VE. 1908 in Art. 88 I in den Tatbestand aufgenommen hatte, beizubehalten (z. B. THORMANN: Prot. II. ExpKom. 7, 316f.), wurden mit Recht abgelehnt. Die Entstehungsgeschichte des Art. 143 ist bei Gross: 36ff. dargestellt.

⁵ ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 7, 315 sprach ausdrücklich von der Schädigung des Besitzers durch die Sachentziehung. Für den Umfang des Besitzrechtes sind hier ZGB. Art. 920 I und 921 maßgebend. — Über den besonders strafrechtlichen Schutz des Pfandrechts und die Entziehung einer Pfandsache aus dem Besitz des Pfandgläubigers s. Art. 147 II und dazu unten § 45 II. Anders liegen die Dinge beim dritten Entziehungsdelikt, der unrechtmäßigen Entziehung von Energie nach Art. 146; dazu unten § 49 III.

⁶ Ebenso Gross: 27f.

III. Das Problem der Sachentziehungsdelikte hat in neuer Zeit durch die häufigen Fälle des rechtswidrigen Gebrauchs fremder Motorfahrzeuge besonders Auftrieb erhalten. Der sog. Strolchenfahrer (Schwarzfahrer) hat der Rechtsprechung große Mühen verursacht¹. Der besondere Straftatbestand des Art. 62 des Motorfahrzeuggesetzes macht bisherigen Streitfragen ein Ende. Die endlich auf eidgenössischem Boden zustande gekommene gesetzliche Ordnung² zeigt eindrucksvoll, wie die rechtliche Wertung den tatsächlichen Verhältnissen lange nachhinkt³. Der Art. 62 trägt den Randtitel: Entwendung zum Gebrauch. Strafbar — mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit Buße bis zu 3000 Fr. — ist, wer sich ein Motorfahrzeug rechtswidrig zum Gebrauch aneignet, ohne daß der Tatbestand des Diebstahls erfüllt ist. Der Ausdruck „zum Gebrauch aneignet“ ist schlecht gewählt⁴. Allerdings maßt sich der Strolchenfahrer vorübergehend eine Herrschaft über eine Sache an, wie sie der Eigentümer ausübt. Von Aneignung sollte jedoch nur die Rede sein, wenn der Täter den Willen hat, sich einer Sache dauernd zu bemächtigen⁵. In schweren Fällen oder bei Rückfall beträgt die Strafdrohung Gefängnis bis zu 1 Jahr und Buße bis zu 5000 Fr. (Abs. 2). Auch in den nicht schweren Fällen des Abs. 1 können Gefängnis und Buße miteinander verbunden werden (Art. 65 II). Strafbar ist nach der allgemeinen Bestimmung des Art. 65 I auch die fahrlässige Handlung. Ausgeschlossen ist die fahrlässige Gebrauchsanmaßung nicht. Doch läßt sich hier die

¹ Je nach der Lage des Einzelfalles hat man die Strolchenfahrt, die zunächst ein strafloses *furtum usus* darstellt, mit verschiedener juristischer Konstruktion zu erfassen versucht: Diebstahl des Fahrzeugs, wenn es nach erfolgtem Gebrauch stehengelassen und dem Zugriff Dritter preisgegeben wird (bedenklich!); Diebstahl an dem verbrauchten Öl und Benzin, wobei unter Umständen gemäß Zürcher StGB. § 169 Ziff. 8 qualifizierter Diebstahl angenommen wurde; Unterschlagung, wenn z. B. ein Chauffeur Gewahrsam an Öl und Benzin seines Herrn hatte. Auch Sachbeschädigung, unter Heranziehung des *dolus eventualis*, wird bei Schädigung des Wagens angenommen. Zum ganzen ARBENZ: 86ff., auch GROSS: 20ff. Aus der Rechtsprechung: Zürcher Bl. 23, Nr. 31 und Z. 41, 372f. Sachbeschädigung mit *dolus eventualis*; Bl. 26, Nr. 165 Diebstahl von Benzin und Öl; qualifizierter Diebstahl: Bl. 31, Nr. 154; JZ. 29, 135, Nr. 103 und Z. 45, 387ff. (Thurgau); JZ. 29, 9, Nr. 12 (St. Gallen).

² Vorläufer, außer den generell gefaßten Bestimmungen von Waadt Art. 205 und Genf Art. 330bis, die Sondertatbestände in Neuenburg in Art. 31 XI des *Règlement d'exécution de la loi d'adhésion au Concordat concernant la circulation des véhicules automobiles etc.* von 1928 (Polizeiübertretung) und Baselstadt StGB. § 145a; dazu Z. 46, 116f.

³ Dazu ARBENZ: 103ff.

⁴ Kritisiert auch von STADLER: Kommentar Motorfahrzeuggesetz (1933), Art. 62, Nr. 2 und von MEYER (Lit. zu § 48), 14.

⁵ Unten § 46 I; BINDING: Lehrbuch, 1, 264. Art. 62 des Motorfahrzeuggesetzes wäre zutreffend mit den Worten: „Wer ein Motorfahrzeug zum Gebrauch entwendet . . .“ redigiert worden. Vgl. auch Baselstadt § 145a.

Bestrafung von Fahrlässigkeitsfällen schwer rechtfertigen. — Auf die Entwendung eines Fahrrades oder eines andern Fahrzeuges, das nicht Motorfahrzeug ist, erstreckt sich Art. 62 nicht¹.

§ 45. Rechtsvereitelung.

Literatur. BRUNNER (Angaben zu § 42): 73ff. — HARBURGER: VD. Bes. Teil, 6, 322ff.

I. Die Rechtsverteiung (G. Art. 147) gehört in diesen Zusammenhang. Das G. bezeichnet das Delikt umständlich als Veruntreuung und Entzug von Pfandsachen und Retentionsgegenständen². Die Bestimmung enthält einerseits die sog. Pfandunterschlagung (Pfanddefraudation) bisheriger Rechte³. Sie umfaßt anderseits Sachbeschädigungs- und Entziehungsdelikte bestimmter Art. Dingliche Rechte, die einem Gläubiger zustehen, Pfandrecht und Retentionsrecht, sollen geschützt werden⁴. Im Aufbau der Tatbestände zeigen sich die Beziehungen zur Sachbeschädigung und zur Sachentziehung. Im Gegensatz zu Art. 169, der die eigenmächtige Verfügung über amtlich gepfändete und beschlagnahmte Sachen unter Strafe stellt — ein Betreibungs- und Konkursdelikt — setzt Art. 147 ein vertraglich oder gesetzlich begründetes Pfand- oder Retentionsrecht voraus⁵. — Prozesse wegen Rechtsvereitelung im Sinne des Art. 147 sind verhältnismäßig selten⁶. Die Notwendigkeit eines besondern Strafschutzes ist, namentlich an-

¹ Anders Baselstadt § 145a: „Wer einem andern ein Fahrzeug wegnimmt, um davon rechtswidrig Gebrauch zu machen, wird . . . bestraft.“ Soweit diese Bestimmung über Art. 62 des BGes. hinausgeht, bleibt sie weiter bestehen. Gleiches gilt, solange es kantonale Strafgesetzbücher gibt, für Waadt Art. 205 und Genf Art. 330bis.

² Das deutsche Recht nennt den entsprechenden Tatbestand (StGB. § 289) Pfandkehr, der deutsche StGE. 1927 § 354 spricht von Rechtsvereitelung. Beziehungen zum römischen *furtum possessionis*, das aber weniger weit reicht als G. Art. 147, bestehen.

³ Zürich § 180; Obwalden Art. 107; Baselstadt § 155 (widerrechtliche Pfandentziehung); Schaffhausen § 229 (als *furtum possessionis* behandelt); Waadt Art. 202 (*Atteinte au droit de gage ou de rétention*). Weitere Daten bei FELIX (Lit. zu § 64): 11f.

⁴ Art. 89 des VE. 1908 trug die Überschrift „Verletzung eines dinglichen Rechtes“. Er schützte neben Pfand- und Retentionsrechten auch die Dienstbarkeit; dazu BRUNNER: 81f.

⁵ FELIX: a. a. O. 11 weist zutreffend darauf hin, daß bisher eine scharfe Unterscheidung zwischen der widerrechtlichen Verfügung über verpfändete Sachen (jetzt G. Art. 147) und über amtlich gepfändete Sachen (jetzt G. Art. 169) vielfach unterblieb. Vgl. noch den Sondertatbestand der Zollpfandunterschlagung in Art. 79 des BGes. von 1925 über das Zollwesen: Vernichtung und widerrechtliche Verfügung über eine behördlich als Zollpfand beschlagnahmte Sache; dazu KIRCHHOFER: Z. 48, 165f.

⁶ Ein Fall Zürcher Bl. 19, Nr. 37.

gesichts der zivil- und betriebsrechtlichen Bestimmungen zum Schutz des Pfand- und des Retentionsrechtes, bezweifelt worden¹.

II. Der Art. 147 enthält nicht weniger als vier verschiedene Tatbestände. Er ist wenig gelungen und geht, wie noch gezeigt werden soll, zum Teil über das gesetzgeberische Bedürfnis hinaus. Gemeinsames Moment der Tatbestände ist die Absicht des Täters, den Pfand- oder Retentionsgläubiger zu schädigen.

1. Täter ist ein Schuldner, Angriffsobjekt eine ihm gehörende Sache, die verpfändet, aber in seinem Besitz geblieben ist. Die Handlung besteht darin, daß er die bewegliche Pfandsache veräußert oder die bewegliche oder unbewegliche Pfandsache beschädigt, zerstört, entwertet oder unbrauchbar macht (Abs. 1)². — Da ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache (Fahrnispfand) der Regel nach nur in der Form des Faustpfandes begründet wird (ZGB. Art. 884), kann Abs. 1 des Art. 147 nur in den Ausnahmefällen zur Geltung kommen, da die verpfändete Sache im Besitz des Pfandschuldners geblieben ist: Viehverpfändung gemäß ZGB. Art. 885, mit einem Grundstück als Zubehör verpfändete Maschinen, Hotelmobiliar usw. gemäß ZGB. Art. 805 II, wohl auch die Verpfändung einer Forderung, für die keine Urkunde besteht (ZGB. Art. 900 I). Strafbar ist der Schuldner (Eigentümer), der ein solches Pfand veräußert — verkauft, verschenkt — oder der es zerstört, beschädigt, entwertet oder unbrauchbar macht. Die letztern Handlungsarten setzen wie beim Tatbestand des Art. 147 eine körperliche Sache und eine mechanische Einwirkung auf sie voraus. Sie sind Sachbeschädigungen (oben § 43 I 2). Bei der verpfändeten, im Besitz des Pfandschuldners gebliebenen Forderung (ZGB. Art. 900 I) könnte als strafwürdige Handlung die Veräußerung in Betracht kommen. Art. 147 bezieht sich jedoch nur auf körperliche Sachen³. — Handelt es sich um ein Pfandrecht an einer unbeweglichen Sache, so stellt die Veräußerung selbstverständlich kein Delikt dar, da die Veräußerung eines pfandbelasteten Grundstückes zulässig ist (vgl. ZGB. Art. 811, 832f.). Strafbar ist nur Zerstörung, Beschädigung, Entwertung oder Unbrauchbarmachung, die mit der Absicht, den Gläubiger zu schädigen, unternommene Wertzerstörung oder Wertminderung⁴. Der Straftatbestand des Art. 147

¹ Vgl. Prot. I. ExpKom. 1, 429; Prot. II. ExpKom. 2, 334ff. Zugunsten des Strafschutzes BRUNNER: 77ff.

² Über die Begriffe Beschädigen, Zerstören, Unbrauchbarmachen oben § 43 I 2.

³ Vgl. Art. 169 (Verstrickungsbruch) und dazu unten § 64 II 2.

⁴ Völlige Zerstörung des Grundpfandes durch den Schuldner wird selten vorkommen. Als strafbare Fälle wurden namentlich genannt Beschädigen der Gebäude, Säumnis in der Feldbestellung, Raubbau, unsinniges Abforsten; vgl. ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 153; BRUNNER: 86f. In allen diesen Fällen bleibt fraglich, ob nicht die zivilrechtlichen Hilfen ausreichen; GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 334.

ergänzt hier die zivilrechtlichen Sicherungsbefugnisse des Grundpfandgläubigers (ZGB. Art. 808f.).

2. Täter ist ein Schuldner, Angriffsobjekt eine ihm gehörende bewegliche Sache, „die der Gläubiger als Faustpfand oder als Retentionsgegenstand besitzt“. Strafbar ist Entziehung, Zerstörung, Beschädigung, Entwertung und Unbrauchbarmachung (Abs. 2). Die Grundlagen bilden hier die Bestimmungen des ZGB. Art. 884 über das Faustpfand und Art. 895 über das Retentionsrecht an beweglichen Sachen und Wertpapieren, die sich mit Willen des Schuldners im Besitze des Gläubigers befinden. Das in Art. 147 genannte Retentionsrecht umfaßt das allgemeine Zurückbehaltungsrecht für sog. konnexe Forderungen und das besondere kaufmännische Retentionsrecht¹. Auch um sog. Tierpfändung (OR. Art. 57) kann es sich handeln. Dagegen steht die Verletzung des dem Vermieter und dem Verpächter zustehenden Retentionsrechtes (OR. Art. 272, 286 III; SchKG. Art. 283) nicht unter Art. 147. Hier setzt der Strafschutz erst ein, nachdem die dem Zurückbehaltungsrecht unterworfenen Gegenstände in einem Retentionsverfahren amtlich aufgezeichnet worden sind (Art. 169; unten § 64)². — Soweit es sich um Zerstörung, Beschädigung, Unbrauchbarmachung handelt, kommen die bei der Sachbeschädigung entwickelten Grundsätze zur Geltung (oben § 43 I 2). Die Entziehung besteht in diesem Fall wohl immer in einem Wegnehmen aus dem Besitze des Pfand- oder Retentionsgläubigers, in einem *furtum possessionis*³.

3. Täter ist ein Dritter, der eine der vorbeschriebenen Handlungen „zum Vorteil des Eigentümers“, regelmäßig des Pfand- oder Retentionsschuldners, vornimmt (Abs. 3). Der Täter ist z. B. ein Angehöriger des Schuldners. Daß dieser von der Hilfe, die ihm von dritter Seite zuteil werden soll, Kenntnis hat, ist nicht erforderlich. Genau besehen wird es sich hauptsächlich um eine Entziehung der Pfand- oder Retentions Sache aus dem Gläubigerbesitz handeln. Daß auch eine Zerstörung oder Beschädigung zum „Vorteil“ des Schuldners ausschlagen soll, ist schwer einzusehen. Der Gedanke, daß auch der dritte Täter wenigstens implicite den Gläubiger schädigen will, sollte auch hier den Ausschlag geben⁴.

¹ WIELAND: Kommentar Sachenrecht, N. zu Art. 895.

² Irrig BRUNNER: 84f. Schon dem Wortlaut nach kann Art. 147 auf die Fortschaffung eingebrachter Sachen durch den Mieter und den Pächter nicht Anwendung finden, denn die dem Retentionsrecht des Vermieters und des Verpächters (Gläubigers) unterstehenden Gegenstände befinden sich nicht in dessen Besitze. Der Ausdruck „Besitz“ muß hier im zivilrechtlichen Sinne verstanden werden.

³ Erforderlich ist die Entfernung aus dem räumlichen Herrschaftsbereich des Pfand- oder Retentionsgläubigers; HARBURGER: 325. Luzern § 195 II rechnet eine solche „Entwendung“, wenn sie in gewinnsüchtiger Absicht erfolgt, zum Diebstahl.

⁴ Wie wenig Klarheit über diese Verhältnisse herrschte, zeigt Prot. II. ExpKom. 3, 57ff.

Besser wäre der Tatbestand des Abs. 3 überhaupt weggeblieben: der dritte Täter erfüllt entweder den Tatbestand der Sachentziehung (Art. 143) oder der Sachbeschädigung (Art. 145), denn er entzieht die Sache dem Berechtigten oder beschädigt eine fremde Sache¹.

4. Eher gerechtfertigt ist der vierte Tatbestand (Abs. 4). Täter ist auch hier ein Dritter. Er ist nicht Schuldner, aber eine ihm gehörige Sache befindet sich als Pfand- oder Retentionsgegenstand im Besitz eines Gläubigers². Der dritte Eigentümer ist strafbar, wenn er die Pfandsache zerstört, beschädigt, entwertet oder unbrauchbar macht oder wenn er sie dem Besitz des Gläubigers entzieht. Der letztere Fall wird wiederum durch den Tatbestand der Sachentziehung (Art. 143) gedeckt (oben § 44 II 3), es sei denn, daß man annimmt, beim Täter liege eine Bereicherungsabsicht vor³.

5. Da nicht eine Schädigung des Pfandgläubigers, sondern nur die Schädigungsabsicht des Täters bewiesen werden muß, sieht es so aus, als wären die Tatbestände des Art. 147 bloße Gefährungsdelikte. Die Tatsachen stehen damit kaum im Einklang: die Zerstörung, Entziehung usw. einer Pfandsache wird für den Gläubiger immer oder fast immer einen Schaden bedeuten. Zu beachten ist auch, daß sämtliche Tatbestände des Art. 147 nur auf Antrag strafbar sind. Ein nicht geschädigter Gläubiger wird regelmäßig auf Antragstellung verzichten. Die Strafdrohung lautet ausschließlich auf Gefängnis. Sie steht in einem keineswegs gerechtfertigten Gegensatz zu der Strafsanktion bei Sachbeschädigung und Sachentziehung, bei denen auch Buße allein vorgesehen ist.

§ 46. Aneignungsdelikte. Einleitung.

Literatur. LAUTERBURG: Z. 6, 169ff. — RITTLER: Z. 25, 1ff. — v. CLERIC: Der rechtswidrige Vorteil im Strafrecht und sein Verhältnis zur allgemeinen Rechts- und Pflichtwidrigkeit, Zürcher Diss. (1910). — Angaben zu §§ 47—50.

I. Sachbeschädigung, Sachentziehung und die Rechtsvereitelung gemäß G. Art. 147 erschöpfen sich in einer Schädigung fremden Eigentums oder anderer dinglicher Rechte. Neben sie treten in der Gruppe der Verbrechen gegen das Eigentum die Aneignungsdelikte der Unterschlagung und Veruntreuung, des Diebstahls und des Raubes. Der Täter enteignet fremdes Gut und führt es sich oder einem Dritten zu. Geht man vom Begriff der Enteignung aus, so gelangt man zunächst zu dem

¹ Zur Frage der Beziehung zwischen Sachbeschädigung, Sachentziehung und Rechtsvereitelung sehr gut BRUNNER: 83, 88ff.

² A hat seine Uhr für eine Schuld des B dem Gläubiger C als Pfand gegeben.

³ Beschädigt oder entzieht der Schuldner (B) die dem Dritten (A) gehörende, beim Pfandbesitzer (C) liegende Sache, so ist die Anwendung der Art. 143 und 145 zu erwägen. Art. 147 nennt diesen Fall nicht.

korrespondierenden Begriff der Aneignung (Zueignung)¹. Sie bedeutet, daß der Täter den Willen hat, dem Eigentümer eine Sache — die Sachsubstanz — oder den Sachwert dauernd zu entziehen, und daß er sich die Eigentümerbefugnis über die fremde Sache oder die Ausnutzung ihres Wertes — z. B. bei einem Sparkassabuch — anmaßt. Er verfügt über die Sache oder den Sachwert, als ob er Eigentümer wäre². Das trifft beim Unterschlagungstäter, beim Dieb, beim Räuber zu³. Alle diese Delikte setzen die vorsätzlich rechtswidrige Aneignung einer fremden Sache oder eines fremden Sachwertes voraus. Unterschlagung z. B. ist Aneignung durch rechtswidriges Behalten, Diebstahl Aneignung durch rechtswidriges Wegnehmen einer fremden Sache. Daß die vollzogene Aneignung zur Vollendung des Delikts gehören muß, sollte nicht bestritten werden⁴. Um so frappanter ist es, daß eine sehr große Zahl bisheriger Gesetze das Moment der Aneignung nicht in den objektiven Tatbestand aufgenommen haben, sondern nur in subjektiver Richtung die Absicht der rechtswidrigen Zueignung fordern⁵. Praktisch bereitet diese Ordnung deshalb keine Schwierigkeiten, weil der Richter beim Diebstahl z. B. nicht getrennt die Momente der Wegnahme, der Aneignung und der darauf ausgehenden Absicht prüft, sondern von der Tatsache ausgeht, daß der Täter eine fremde Sache rechtswidrig weggenommen hat und daraus auf die vollendete Aneignung und den darauf gerichteten Willen schließt.

Da die Enteignung und die damit zusammenhängende Aneignung sowohl der Unterschlagung wie dem Diebstahl und dem Raub wesentlich sind, hat man sie zu einer Gruppe der Aneignungsdelikte zusammengefaßt. Eine andere Frage ist, ob neben die Aneignung — die als ein objektives Tatbestandsmerkmal angesehen werden sollte — noch das subjektive Moment der Bereicherungsabsicht gesetzt werden soll. Das trifft für Tessin Art. 359 (*per fine di lucro*) und Art. 379 (*in profitto di sè o di un terzo*) zu. Das gilt jetzt auch für die Art. 137—142 des G.

¹ Dazu namentlich BINDING: Lehrbuch, 1, 264ff.; LAUTERBURG: 173ff.; HARBURGER: VD. Bes. Teil, 6, 210ff.; FRENKEL (Lit. zu § 47): 71ff.; ELSER (Lit. zu § 47): 67ff. Vgl. ferner SCHAFFSTEIN: Gerichtssaal, 103, 292ff.

² Daß er nicht Eigentümer wird, ist selbstverständlich. Über die Unterschlagung von Geld, das der Täter mit eigenem vermischt, unten § 47 IV 2.

³ Nicht beim sog. Strolchenfahrer, der ein Fahrzeug zum (vorübergehenden) Gebrauch entwendet (oben § 44 III), überhaupt nicht bei den Fällen des *furtum usus*.

⁴ Anderer Meinung v. LISZT-SCHMIDT: Lehrbuch (25. Aufl.), 618; GROSS (Lit. zu § 44): 8.

⁵ Statt vieler z. B. Zürich § 168, Baselstadt § 137: Wegnahme einer fremden beweglichen Sache, „um sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen“. Anders im Anschluß an das französische Recht Neuenburg Art. 360 und Genf Art. 316 (*soustraire frauduleusement une chose*) und bemerkenswert Tessin Art. 359 § 1: „E colpevole di furto chiunque, per fine di lucro, s'impone di una cosa mobile altrui.“ — Über diese Fragen vortrefflich BINDING: Lehrbuch, 1, 255ff.; vgl. auch GROSS (Lit. zu § 44): 6ff.

(um sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern). Deshalb mag man Unterschlagung, Diebstahl und Raub auch als Bereicherungsdelikte bezeichnen¹ und damit noch in anderer Richtung den Gegensatz zur Gruppe der bloßen Schädigungsdelikte betonen. — Das Erfordernis der Bereicherungsabsicht beseitigt bisherige Streitfragen und schränkt die Tragweite der Tatbestände der Unterschlagung, des Diebstahls und auch des Raubes ein. Die rechtswidrige Wegnahme einer fremden Sache z. B., die gegen den Willen des Eigentümers erfolgt, ist kein Diebstahl, wenn der Täter gleichzeitig den Preis erlegt². Der weggenommene fremde Ring, den der Täter aus Mutwillen oder Bosheit in den See versenkt, ist nicht gestohlen. Ebensowenig die fremde Katze, die weggenommen und getötet wird, es sei denn, daß der Täter sich einen Braten verschaffen will. Je nach der Lage der Dinge kommen hier die Tatbestände der Sachbeschädigung oder der Sachentziehung zur Geltung; oben § 44 I³. Anders, wenn die Handlung des Täters von der Absicht geleitet ist, sich oder einem andern einen vom Recht nicht gebilligten Vermögensvorteil zu verschaffen⁴. Durch die Einfügung der Bereicherungsabsicht in den Tatbestand der Aneignungsdelikte soll, wie in den Gesetzesberatungen immer wieder betont wurde, das im Volke lebende Rechtsbewußtsein befriedigt werden, wonach nur der als Dieb oder Unterschlagungstäter gilt, der sich auf Kosten anderer Vermögensvorteile verschaffen will⁵. Die Gleichstellung der Absicht eigener Be-

¹ Bereicherungsdelikte sind nach dem G. überdies Betrug (Art. 148), Erpressung (Art. 156) und Wucher (Art. 157). Zum Moment der Bereicherungsabsicht insbesondere v. CLERIC: Rechtswidriger Vorteil (Lit. zu § 42), 190 ff., ferner ELSER (Lit. zu § 47): 77 ff. (beide gegen die Aufnahme in den Tatbestand der Aneignungsdelikte).

² Vgl. den instruktiven Fall JZ. 3, 316, Nr. 109 (Luzern), ferner Gross (Lit. zu § 44): 16. — Überdies Fälle unerlaubter, aber straflos zu lassender Selbsthilfe; Beispiele Prot. I. ExpKom. 1, 369 f. (Ein Malermeister, der für einen von ihm bemalten Schild trotz wiederholter Mahnung keine Zahlung erlangen konnte, nahm ihn eigenmächtig wieder an sich).

³ JZ. 25, 266, Nr. 187: Kein Diebstahl, sondern Sachbeschädigung, wenn eine Sache weggenommen wird, um sie zu zerstören (Zürich); anderer Meinung ZELLER: Kommentar zürcher. StGB. § 168, N. 7. Kritik der im G. vorgesehenen Ordnung bei v. CLERIC: a. a. O. 197 ff. und bei MEYER (Lit. zu § 48): 15 ff.

⁴ RITTLER: Z. 25, 15 f. Zu eng v. CLERIC: Rechtswidriger Vorteil, 192 ff. und JZ. 16, 78, der die Bereicherung auf die Verbesserung der geldwerten Position beschränken will. Der Vermögensbegriff umfaßt aber nicht nur die geldwerten Beziehungen, sondern auch sonstige wirtschaftliche Rechte einer Person; oben § 42 II. — Auseinandersetzung mit der Literatur über den Begriff der Bereicherungsabsicht bei Gross (Angaben zu § 44): 8 ff. — Über Diebstahl und Unterschlagung an Briefen: BE. 32 I, 333.

⁵ STROSS: VE. 1894, Motive, 160; Prot. I. ExpKom. 1, 368 ff.; ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 144 f.; Prot. II. ExpKom. 2, 231 ff. Beachtlich zum Begriff der Bereicherungsabsicht SCHULTZ: DJZ. 37, 546 f., der auf eventuelle Beweisschwierigkeiten hinweist.

reicherung mit der Absicht, einen Dritten zu bereichern, mag in Einzelfällen stoßend sein — der heilige Crispinus, der für die Armen Leder stahl. Die Fälle altruistischer Aneignung, die übrigens selten genug sind, wird der Richter bei der Strafzumessung berücksichtigen¹.

II. Bei allen Aneignungsdelikten ist Angriffsobjekt eine fremde bewegliche Sache. Sachen sind selbständige körperliche Gegenstände, die besessen werden können. Ob sie Geldwert haben oder nicht, ist zunächst bedeutungslos (oben § 42 II). Die Streitfragen, die sich an den Sachbegriff anknüpfen, insbesondere die Frage nach der Rechtsnatur der elektrischen Energie, werden im Zusammenhang mit dem Tatbestand des Art. 146 erörtert; unten § 49 III. Rechte und Forderungen können nicht Angriffsobjekt der Aneignungsdelikte sein². Unbewegliche Sachen können weder unterschlagen noch gestohlen werden. Beim Diebstahlstatbestand ergibt sich das schon aus dem Moment des Wegnehmens. Den in alten Quellen gelegentlich erwähnten Landdiebstahl (*furtum, usurpatio fundi*) kennt das heutige Recht nicht. Die Tatbestände der Grenzverrückung (G. Art. 256f.) setzen hier ein³. — Die Fragen, die sich beim Begriff der fremden Sache ergeben, sind bei der Erörterung der einzelnen Deliktstatbestände zu behandeln⁴. Allgemein hat zu gelten, daß die Bestimmungen über die Aneignungsdelikte auch Anwendung finden, wenn sich die Sache im Miteigentum des Täters befindet oder wenn Gesamteigentum vorliegt⁵.

III. Faßt man die sämtlichen Aneignungsverbrechen gemeinsamen Momente zusammen, so gelangt man zur Aufstellung eines Grundtatbestandes: vorsätzlich rechtswidrige Aneignung fremder beweglicher Sachen in Bereicherungsabsicht⁶. Hier setzt jetzt die Unterteilung in Unterschlagung und Veruntreuung, Diebstahl und Raub ein. Dabei ist, entgegen der Anordnung im G., von der einfachsten Form strafbarer rechtswidriger Aneignung, der Unterschlagung, auszugehen⁷.

¹ Vgl. RITTLER: Z. 25, 12ff.

² Über den Sachbegriff bei den Aneignungsdelikten namentlich BINDING: Lehrbuch, 1, 253ff. Vgl. auch oben § 42 III 2.

³ BINDING: 253; KAISER: Prot. II. ExpKom. 2, 290; HARBURGER: VD. Bes. Teil, 6, 291ff.

⁴ S. schon oben § 43 I 1 (Sachbeschädigung) und unten § 47 (Unterschlagung), § 48 (Diebstahl).

⁵ JZ. 14, 10, Nr. 18 (Solothurn); 19, 87ff. (Zürich: bei Miteigentum Unterschlagung nur in dem den Anteil des Täters übersteigenden Betrag, bei Gesamteigentum am Ganzen). Waadt Art. 190 hat für diese Fälle einen besondern Tatbestand: *Soustraction par un co-propiétaire ou un co-indivisi* aufgestellt.

⁶ Gut MÜLLER: Prot. II. ExpKom. 2, 291. Gesetzgeberisch ist die Bildung eines solchen Einheitstatbestandes abzulehnen; RITTLER: Z. 25, 18ff.

⁷ Ebenso LAUTERBURG: Z. 6, 202ff.; BINDING: Lehrbuch, 1, 254f.; LANG: Prot. II. ExpKom. 2, 288.

§ 47. Unterschlagung und Veruntreuung.

Literatur. Angaben zu § 46. — **STOOS**: Grundzüge, 2, 85 ff. — **HARBURGER**: VD. Bes. Teil, 6, 183 ff., 333 ff. — **NAEGELI**: Die Vollendung der Unterschlagung, Zürcher Diss. (1919). — **FRENKEL**: Das Delikt der Fundunterschlagung, Zürcher Diss. (1910). — **ELSER**: Die Fundunterschlagung, Berner Diss. (1912). — **ZÜRCHER**: Z. 29, 417 ff. — **PFFENNINGER**: JZ. 13, 117 ff. — **REICHSTEIN**: eodem, 20, 219 f. — **MELI**: eodem, 21, 37 ff. — **FRÜH**: Die strafbaren Pflichtverletzungen des Rechtsanwalts gegenüber seinem Klienten, Zürcher Diss. (1910), insbesondere 53 ff.

I. Das G. (Art. 137 ff.) stellt bei der Ordnung der Aneignungsverbrechen den Diebstahl an die Spitze, läßt den Tatbestand des Raubes nachfolgen und schließt dann erst Veruntreuung und Unterschlagung an. Für die dogmatische Darstellung ist von der Unterschlagung auszugehen. Sie ist das leichteste unter den Aneignungsverbrechen, wenn sie in der Begrenzung auftritt, die sich aus G. Art. 141 ergibt. Die entscheidende Frage bei sämtlichen Varianten der Unterschlagung, mit Einschluß der Veruntreuung, ist, wie das Verhältnis des Täters zu der Sache, die er sich angeeignet, bestimmt werden soll. **BINDING** (Lehrbuch, I, 275) beschränkt sich auf die negative Feststellung, daß sie „nicht durch Diebesgriff“ erlangt worden ist. Fast durchgängig hat aber die Gesetzgebung das Verhältnis des Täters zu der Sache positiv dahin umschrieben, daß die Sache in dem Moment, da die Unterschlagung einsetzt, in der Verfügungsgewalt des Täters sich befinden muß¹. Das kommt, je nach der verschiedenen Gestaltung des Unterschlagungstatbestandes, auf folgende Weise zum Ausdruck:

1. Zahlreiche Gesetze stellen lediglich darauf ab, daß die fremde Sache sich im Besitz oder Gewahrsam des Täters befunden haben muß; Zürich § 177, Zug § 120, Solothurn § 147, Baselstadt § 140 I, Aargau § 157².

2. Andere, insbesondere die dem französischen Recht folgenden welschen Rechte setzen voraus, daß die Sache dem Täter anvertraut worden ist, daß er in ein rechtliches Verhältnis zu ihr getreten ist. Er hat Besitz im Rechtssinne aus Mandat, Leihe, Miete usw. Dadurch wird der

¹ Richtig ist, von der Verfügungsgewalt des Täters zu reden und nicht den Gewahrsams-, geschweige denn den Besitzesbegriff heranzuziehen; vgl. **FRENKEL**: 42 ff.

² Weitere Daten bei **Stooss**: Grundzüge, 2, 88. In der Rechtsprechung herrscht Einigkeit darüber, daß es sich nicht um Besitz im zivilrechtlichen Sinne (ZGB. Art. 919 ff.), sondern um eine rein tatsächliche Herrschaft über die Sache handelt; Zürcher Bl. 3, 250 (tatsächliche Natur des Gewahrsams); JZ. 13, 184 (Zürich): alleiniger, ausschließlicher Gewahrsam gefordert; bei Mitgewahrsam anderer nicht Unterschlagung, sondern Diebstahl; ebenso BE. 27 II, 156 f.; 36 II, 347 f.; Z. 49, 112 f. (Baselstadt); JZ. 32, 314, Nr. 234 (Luzern). Das ist allerdings bestritten. Nach anderer Ansicht macht sich, wer z. B. als Mit- oder Gesamteigentümer, Mitgewahrsam an einer Sache hat und sie sich in Bereicherungsabsicht zueignet, der Unterschlagung schuldig; so JZ. 14, 10, Nr. 18 (Solothurn). Dagegen liegt sicher Diebstahl vor, wenn ein Mit- oder Gesamteigentümer keinerlei Gewahrsam hat und die Sache dem Gewahrsamsinhaber wegnimmt; unten § 48 I 3.

Unterschlagungstatbestand auf die Fälle des Vertrauensmißbrauchs (*abus de confiance*), der Veruntreuung, eingeschränkt. Beispiele: Bern Art. 219, das daneben, wie auch welsche Rechte, die Fundunterschlagung besonders berücksichtigt (Art. 222); Glarus § 134 (anvertraute Sachen); Thurgau § 148; Tessin Art. 379; Waadt Art. 198; Wallis Art. 308; Neuenburg Art. 385; Genf Art. 361¹. In den Gesetzen mit dem weitergefaßten Unterschlagungsbegriff werden zum Teil die Fälle der Veruntreuung anvertrauter Sachen qualifiziert hervorgehoben, z. B. Zürich § 177.

Das G. Art. 140/141 und ähnlich schon Freiburg Art. 83/4 schließen an die welschen Rechte insofern an, als sie die Veruntreuung (*abus de confiance*) in den Vordergrund stellen und die einfache Unterschlagung und die Fundunterschlagung (*détournement et appropriation d'objets trouvés*) nachfolgen lassen. Hier soll jedoch die einfache Unterschlagung zuerst erörtert werden. Gemeinsam ist allen Unterschlagungsfällen, daß die fremde Sache sich im Zeitpunkt der Verübung der Tat in der Verfügungsgewalt des Täters befindet. Im Gegensatz zum Diebstahl, der rechtswidriges Wegnehmen aus fremdem Gewahrsam ist, ist die Unterschlagung rechtswidriges Behalten².

II. Einfache Unterschlagung. Sie ist Antragsdelikt mit der Strafdrohung Gefängnis oder Buße. Der Täter eignet sich eine fremde bewegliche Sache an, die ihm durch Naturgewalt, Irrtum, Zufall oder sonst ohne seinen Willen zugekommen ist, oder ein fremdes Tier, das in seinen Gewahrsam geraten ist (Art. 141 II)³. Bei der Erörterung dieses ersten Tatbestandes sind Fragen mitzubehandeln, die sich in gleicher Weise auch bei den übrigen Varianten des Unterschlagungsdeliktes ergeben:

1. Art. 141 II knüpft an Art. 725 des ZGB. an: Werden jemandem durch Wasser, Wind, Lawinen oder andere Naturgewalt oder durch den Zufall bewegliche Sachen zugeführt oder geraten fremde — nicht herrenlose — Tiere in seinen Gewahrsam, so hat er Rechte und Pflichten eines Finders. Als Ausnahme wird bestimmt, daß der Bienenschwarm, der in einen fremden bevölkerten Bienenstock fliegt, ohne Entschädigungs-

¹ Ausführlichere Daten bei STOOSS: 2, 85ff.; ELSER: 42ff. Über das französische Recht (C. p. Art. 408) NÄGELI: 30ff.; über Genf LOGOZ: Z. 48, 444ff. — Verhältnis zum Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung unten § 57.

² Zur geschichtlichen Entwicklung und Unterscheidung der Tatbestände NÄGELI: 10ff. — In der Praxis ergeben sich oft Zweifel: Zürcher Bl. 24, Nr. 194 (X nahm einen Brief weg, um vom Inhalt Kenntnis zu nehmen. Er gab die 100-Fr.-Note, die im Umschlag lag, nicht zurück. Unterschlagung, nicht Diebstahl). JZ. 24, 190, Nr. 46 (St. Gallen: Unterschlagung, wenn ein Beamter bei einer Erbschaftsinventarisierung Geld rechtmäßig in Verwahrung nimmt und es für sich behält. Diebstahl, wenn der Beamte Erbschaftsgut lediglich zu siegeln hat und es sich aneignet). Vgl. auch BE. 19, Nr. 51. Die Grenzziehung gegenüber dem Diebstahl ist besonders häufig bei der Fundunterschlagung schwierig; unten III.

³ Vgl. auch Waadt Art. 201 II: *Celui qui s'approprie une chose se trouvant en sa possession par suite d'une erreur ou par cas fortuit.*

pflicht dem Eigentümer dieses Stockes zufällt. Die Mißachtung der Finderpflichten ist noch nicht Unterschlagung, sie kann höchstens ein Indiz für den Aneignungswillen sein. Sie ist als Übertretung strafbar (Art. 332); unten III 3.

2. Außer den Fällen, die dem Art. 725 ZGB. entnommen sind, nennt Art. 141 II noch Sachen, die jemandem aus Irrtum oder sonst ohne seinen Willen zugekommen sind: durch einen Mißgriff vertauschte Hüte, Schirme usw., eine Warensendung, die irrtümlich bei jemandem abgegeben wird, auch Bücher, die der Buchhändler unerbeten zur Ansicht sendet. Im letztern Fall besteht keine Rechtspflicht zur Rücksendung. Wer aber ein solches Buch, ohne den Preis zu zahlen, seiner Bibliothek einverleibt oder es verkauft, unterschlägt¹. — Die Bestimmung trifft namentlich auch die Nichterstattung irrtümlich zuviel bezahlten Geldes bei Kauf, Lohnzahlung, Geldwechsel usw.².

3. Über den Aneignungsakt sagt das G. nichts. Bisherige Gesetze bezeichnen ihn in mannigfacher Umschreibung und bestimmen zugleich den Zeitpunkt der Vollendung. Da die Aneignung einer Sache, die der Täter bereits in seiner Verfügungsgewalt hat, einen innern, dem Zeitpunkt nach oft schwer feststellbaren Vorgang darstellt, ist es verständlich, wenn der Gesetzgeber auf bestimmte äußere Geschehnisse hinweist. Eine Aufzählung sämtlicher äußerlich erkennbarer Zueignungsakte ist aber unmöglich. Deshalb hat das G. auf eine solche Kasuistik verzichtet. Die Entscheidung, auf welche Art und in welchem Zeitpunkt die Aneignung erfolgt ist, bleibt dem Richter überlassen. Er wird aber mit Nutzen die bisherige Gesetzgebung und Rechtsprechung in dieser Frage beraten. Aus der großen Zahl verschiedener Lösungen seien hervorgehoben: Zürich § 177 II bezeichnet Zueignungsakt und Vollendung mit den Worten „sobald der Besitzer die Sache dem zur Zurückforderung Berechtigten wissentlich ableugnet oder auf andere Weise seine Absicht, über dieselbe wie über sein Eigentum zu verfügen, zu erkennen gegeben hat“³.

¹ Dazu beachtlich ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 2, 314. Zu Thurgau § 152: Z. 50, 100ff.

² Zürcher Bl. 25, Nr. 8 und JZ. 21, 259, Nr. 62: Nichterstattung irrtümlich zu viel empfangenen Lohnes; Freisprechung mit der zivilrechtlichen, für das Strafrecht nicht annehmbaren Begründung, daß der Empfänger Eigentümer der Geldstücke geworden war; dazu unten IV 2. Über die Aneignung bei der sog. Schatzfindung unten III 2.

³ Aus der Rechtsprechung: Zürcher Bl. 2, Nr. 42 (zunächst Ableugnen des Besitzes, hernach falsche Aussagen über die Verwendung der in den Gewahrsam des Täters gelangten Sache); Unterschlagung durch Verpfändung (Bl. 15, Nr. 168; 28, Nr. 186 und JZ. 26, 234, Nr. 170 mit Untersuchungen über den Betrag der Unterschlagung; Kritik der Praxis durch PFENNINGER: JZ. 13, 117ff.); Verdeckung einer Unterschlagung durch Fälschung einer Quittung über Geldeinzahlung (Bl. 20, Nr. 161). — Auseinandersetzung mit der deutschen Literatur über den Zueignungszeitpunkt bei NÄGELI: 51ff.

Nach Bern Art. 219 II vollendet der Täter die Unterschlagung, wenn er die Sache „eigenmächtig veräußert, verbraucht, verpfändet, beiseiteschafft oder sie dem zur Zurückforderung Berechtigten wissentlich ableugnet¹. Luzern § 214 I geht davon aus, daß der Täter die Sache „sich oder andern zueignet, ganz oder teilweise verbraucht, veräußert, verpfändet“². Freiburg Art. 84 I spricht von „sich zueignet oder auf die Seite schafft“³. Waadt Art. 198 formuliert *s'approprier une chose ou en disposer d'un manière illégitime*³. Die Vergleichen zeigt, daß das G. mit der generellen Fassung: sich eine Sache aneignet, um sich oder einen andern unrechtmäßig zu bereichern, das Richtige trifft⁴. Die beschränkende Wirkung (oben § 46 I) des Momentes der Bereicherungsabsicht tritt in diesem Zusammenhang hervor. Es ergibt sich, daß die sog. Ersatzbereitschaft — subjektiv und objektiv verstanden — die Annahme einer Unterschlagung ausschließen kann, obschon der Täter wie ein Eigentümer über die fremde Sache verfügt, sie z. B. verpfändet oder auch verbraucht hat. Ganz besonders im Zusammenhang mit einer Verpfändung muß die Frage der Ersatzbereitschaft geprüft werden⁵. Mit dem Beweis dieser Bereitschaft ist es aber streng zu nehmen: Der Täter muß im Moment, da er über die fremde Sache verfügt, die Möglichkeit des Ersatzes oder der Rückerstattung haben oder mit Sicherheit voraussehen, daß sie im Zeitpunkt der pflichtgemäßen Rückgabe vorhanden sein wird⁶. Daraus wird der Richter den Schluß auf das Fehlen der Bereicherungsabsicht ziehen können. Jedoch nicht in jedem Fall, sondern nur dann,

¹ Dazu BE. 47 I, 459 mit der Annahme, daß Art. 219 II nur beispielsweise Aneignungshandlungen aufzählt und daß auch andere Akte (Vorenthalten einer Sache in diebischer Absicht trotz Rückgabeaufforderung) Unterschlagung sein können; vgl. auch Berner Z. 41, 329. Als Zeitpunkt der Unterschlagung eingekassierten Geldes wird der Verbrauch angenommen (Berner Z. 37, 581). Vgl. auch FRENKEL: 75ff.; ELSE: 65ff., 82ff.; HARBURGER: 337f., 354.

² JZ. 33, 33, Nr. 27 (Auch eine zivilrechtlich nicht anfechtbare Verpfändung ist strafrechtswidrige Verfügung).

³ Weitere Daten STOOSS: Grundzüge, 2, 90f.; NÄGELI: 17ff., 39ff., 61ff. (über die verschiedenen Begehungsformen). Waadtländische Rechtsprechung bei PASCHOUD: Répertoire des Arrêts (1924), 7ff. Vgl. ferner AargRSpr. 35, 93f.

⁴ Beachtlich die Beratungen über die Frage, ob das G. Aneignungsakt und Vollendung der Unterschlagung durch den Hinweis auf bestimmte äußere Geschehnisse bezeichnen soll; Prot. II. ExpKom. 2, 317ff. Auch für die Feststellung des Begehungsortes ist maßgebend, wann und wo die rechtswidrige Aneignung erfolgte; RAUBER und STEINER: Entsch. aargauischer Gerichte (2. Aufl.), 28, Nr. 10.

⁵ Dazu gut ELSE: 85f.

⁶ So schon Thurgau § 150 und ähnlich Luzern § 214 III; dazu Z. 51, 216. Eigenartig Obwalden Art. 105 II, wo die Unterschlagung als vollendet bezeichnet wird, wenn der Besitz der Sache dem zur Zurückforderung Berechtigten gegenüber abgeleugnet wird „und die Mittel nicht vorhanden sind, der Zurückforderung sofort zu entsprechen“. Nicht ausreichend ist die vom Angeklagten behauptete Absicht späterer Schadloshaltung; vgl. Zürcher Bl. 25, Nr. 47; 26, Nr. 25.

wenn sich aus den Umständen ergibt, daß der über die fremde Sache verfügende Täter nicht darauf ausging, sich oder einem andern zum Nachteil des Eigentümers einen Vermögensvorteil zu verschaffen (vgl. oben § 46 I). Im Zweifel wird entscheidend sein, ob der Eigentümer der Sache geschädigt worden ist oder nicht. Die echte Rückerstattungs- und Ersatzbereitschaft schließt den Schaden aus¹.

4. Ob Versuch einer Unterschlagung möglich ist, ist bestritten². Nach den Gesetzen, die für die Vollendung einen äußerlich erkennbaren Akt — verkaufen, verpfänden, beseitigen usw. — fordern, ist ein Versuch ohne weiteres denkbar³. Auch Teilnahme ist möglich⁴. Nimmt man dagegen an, daß die rechtswidrige Aneignung einer fremden Sache, die der Täter bereits in seiner Verfügungsgewalt hat, sich durch einen bloßen Willensakt vollzieht, so erscheinen Versuch und Teilnahme zwar theoretisch möglich, aber schwer feststellbar⁵. Da die Art. 140/141 des G. sich mit der Fassung: Aneignung in Bereicherungsabsicht begnügen, können für den Richter die äußerlich erkennbaren Akte des Täters — der Verkauf, aber auch das Anbieten zum Kauf, der Verbrauch der Sache, das Ableugnen des Besitzes usw. — nur mehr als Indizien für die vollendete Unterschlagung in Betracht kommen.

III. Fundunterschlagung (Fundaneignung). Das G. Art. 141 III unterscheidet von dem Fall, da dem Täter die unterschlagene Sache „ohne seinen Willen“ zugekommen war, den andern, da er sie gefunden hat⁶. In der Behandlung werden die beiden Fälle zutreffend einander gleichgestellt: erforderlich ist ein Strafantrag⁷, die Strafdrohung lautet auch

¹ JZ. 13, 201, Nr. 175 mit der Annahme, daß das Moment der Zueignung fehlt, „wenn die Absicht und zugleich die begründete Aussicht rechtzeitiger Wiedereinlösung der versetzten — fremden — Sache besteht“. Über das Wesen der „Ersatzbereitschaft“ namentlich NÄGELI: 97 ff., 111 ff. mit der zutreffenden Auffassung, daß diese Bereitschaft schon zur Zeit der Zueignung der fremden Sache, gegründet auf die Vermögenslage des Täters, vorhanden sein muß. Etwas anderes ist der nachträgliche Ersatz, die tätige Reue (98, 113).

² Dazu NÄGELI: 101 ff.; FRANK: Kommentar deutsches StGB. (18. Aufl.) § 246, N. III 2 und V; LANG: Prot. II. ExpKom. 6, 227.

³ Bern Art. 219 III erklärt ausdrücklich den Versuch für strafbar.

⁴ NÄGELI: 103; Z. 4, 132, Nr. 20 (Zürich).

⁵ Beachtenswerter Fall Z. 16, 280 ff.: Ein Postbeamter hatte in Aneignungsabsicht einen Wertbrief an sich genommen, ihn einige Tage uneröffnet mit sich herumgetragen, ihn dann aber, von Gewissensbissen geplagt, zur Beförderung weitergegeben. Das Obergericht Schaffhausen nahm straflosen Rücktritt von unvollendetem Versuch an.

⁶ Bisherige Rechte bei STOOSS: Grundzüge, 2, 93 f.; FRENKEL: 21; ELSER: 39 ff., 101 ff. (Entwicklung der eidgen. E.). Über die geschichtliche Loslösung der Fundunterschlagung vom Diebstahl FRENKEL: 3 ff.; ELSER: 11 ff.

⁷ Das ist mißlich in den Fällen, da man die Tatsache der Unterschlagung, nicht aber den Geschädigten (Verlierer) kennt; THORMANN: Prot. II. ExpKom. 8, 243. Bedenken äußert auch FRENKEL: 86 f.

hier auf Gefängnis oder Buße. Bei der Fundunterschlagung bedürfen Einzelfragen der Abklärung:

1. Der Täter muß eine verlorene Sache gefunden haben. Sie ist verloren, wenn sie dem bisherigen Inhaber ohne dessen Wissen abhanden gekommen ist und sich zur Zeit in niemands Gewahrsam befindet. Hier setzt die Gewahrsamsergreifung durch den Finder ein. Das ist etwas anderes, als wenn durch Naturgewalt, Irrtum, Zufall usw. eine Sache in die Gewalt einer Person gelangt ist¹.

Für die Begriffe Verlieren und Finden sind auch für das Strafrecht zunächst die zivilrechtlichen Bestimmungen und Lehren maßgebend². Bei der Betrachtung der Fundunterschlagung treten folgende Momente besonders hervor:

Es muß sich um eine fremde Sache handeln. Eine herrenlose oder durch Dereliktion seitens des bisherigen Eigentümers herrenlos gewordene Sache ist nicht verloren und kann nicht „gefunden“ werden. Entscheidend ist, daß die Sache noch im Eigentum jemandes steht, aber sich in niemands Gewahrsam (tatsächlicher Gewalt) befindet³.

Auf dieser Grundlage sind Fälle, die zunächst zweifelhaft erscheinen, zu entscheiden. Solange ein Gewahrsamsträger vorhanden ist, begeht der Täter, der die fremde Sache in Bereicherungsabsicht an sich nimmt, einen Diebstahl, keine Fundunterschlagung⁴. Von Bedeutung wird hier Art. 720 III ZGB., der bestimmt, daß, wer eine Sache in einem bewohnten Hause oder in einer dem öffentlichen Gebrauch oder Verkehr dienenden Anstalt „findet“, sie dem Hausherrn, Mieter oder den mit der Aufsicht betrauten

¹ Einerseits: der Wind weht ein fremdes Kleidungsstück in meinen Garten, ein meinem Nachbarn gehörender Vogel fliegt in mein Haus; andererseits: ich hebe auf der Straße einen verlorenen Gegenstand auf, den ich auch liegen lassen könnte. Vgl. Zürcher Bl. 2, 41; FRENKEL: 31f., 50ff. (Verlieren und Finden).

² ZGB. Art. 720—724 und die Kommentare dazu; BECK: Das Fundrecht nach dem ZGB. unter Berücksichtigung des kantonalen und ausländischen Rechts, Zürcher Diss. (1911).

³ BINDING: Lehrbuch, I, 268 spricht von einer unbesessenen Sache. — Eine Sache, die der Eigentümer irgendwo für ihn erreichbar niedergelegt hat, ist noch nicht verloren, auch wenn der Eigentümer sich kürzere oder längere Zeit nicht um sie kümmert: JZ. 30, 121, Nr. 104 und Zürcher Bl. 32, Nr. 152; GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 315. Über einen weit ausgedehnten Gewahrsamsbegriff auch Zürcher Bl. 25, Nr. 241. Für Einschränkung auf das „Vorliegen eines körperlichen Näheverhältnisses“ HARBURGER: 367. Bedenklich BE. 59 II, 143: verloren sind auch Sachen, die vom Besitzer absichtlich, aber ohne den Willen, sein Recht daran aufzugeben, irgendwo niedergelegt oder versteckt worden sind.

⁴ Zürcher Bl. 2, Nr. 275: Die Zueignung von in einem Bahnwagen „gefundenen“ Gegenständen durch einen Bahnangestellten ist Diebstahl, nicht Fundunterschlagung, da die Sachen nicht „unbesessen“ waren, sondern sich im Gewahrsam der Bahn befanden. Abweichend FRENKEL: 47ff., 58ff. Weitere Entscheide im Sinne des Textes: JZ. 31, 137, Nr. 124 und Z. 50, 99f. (Thurgau); Entscheidungen des Mil.-Kassationsgerichtes 1926—1935, Nr. 27.

Personen abzuliefern hat. Bedeutet das, daß diesen Personen der Gewahrsam an den im Hause oder in der Anstalt „verlorenen“ oder liegen gelassenen Gegenständen zusteht? Literatur und Rechtsprechung nehmen das, gestützt auf einen weit ausgedehnten Gewahrsamsbegriff an. Der Dritte, der die Sachen an sich nimmt und nicht abliefert, verübt daher einen Diebstahl¹. Anders, wenn der Inhaber des Lokals, der Hausherr z. B., sich die liegen gebliebene Sache aneignet. Sie stand bereits in seinem Gewahrsam. Diese Aneignung ist Fundunterschlagung².

2. Strafrechtliche Schwierigkeiten ergeben sich im Zusammenhang mit der sog. Schatzfindung (Schatzaneignung). Nach Art. 723 I ZGB. wird als Schatz ein aufgefunder Wertgegenstand angesehen, von dem nach den Umständen mit Sicherheit anzunehmen ist, daß er seit langer Zeit vergraben oder verborgen war und keinen Eigentümer mehr hat³. Der aufgefundene Schatz fällt an den Eigentümer des Grundstückes oder der beweglichen Sache, in der er aufgefunden worden ist (ZGB. Art. 723 II). Handelt es sich um „herrenlose Naturkörper oder Altertümer von erheblichem wissenschaftlichem Wert“, so gelangen sie in das Eigentum des Kantons, in dessen Gebiet sie gefunden worden sind. (Art. 724 I). Dieser Eigentumserwerb tritt mit dem Moment der Entdeckung ein⁴. Der Entdecker findet daher eine fremde Sache. Da man aber kaum sagen kann, daß die Sache im Zeitpunkt der Entdeckung auch in einem fremden Gewahrsam stand, liegt in der rechtswidrigen Aneignung durch den Entdecker nicht Diebstahl, sondern einfache Unterschlagung⁵. Für die Regel wird man auch annehmen können, die Sache sei dem Entdecker „durch Zufall“ zugekommen (G. Art. 141 II).

3. Um über den Zeitpunkt der Vollendung bei der Fundunterschlagung und der Schatzaneignung Klarheit zu gewinnen, hat man sich den Ablauf der Geschehnisse im Einzelfall vor Augen zu halten: Der Finder, der eine Sache erblickt hat, ist berechtigt, sie an sich zu nehmen. Er ist zur Bekanntmachung, Aufbewahrung und Rückgabe der an sich genommenen Sache verpflichtet (ZGB. Art. 720 I und II, 721 I). Die Mißachtung dieser

¹ LEEMANN: Kommentar Sachenrecht (2. Aufl.), Art. 720, N. 36; ZÜRCHER: Z. 29, 417f.; Zürcher Bl. 25, Nr. 241 und JZ. 23, 71, Nr. 14 (Wegnahme einer im Postgebäude liegen gelassenen Sache); vgl. auch JZ. 28, 185, Nr. 44; 30, 121, Nr. 104, ferner Entscheidungen des Mil.-Kassationsgerichtes 1926—1935, Nr. 54. Der vor dem Inkrafttreten des ZGB. ergangene Entscheid Zürcher Bl. 5, Nr. 3 verneint den Gewahrsam des Hausherrn an den in seinem Haus verlorenen Sachen.

² ZÜRCHER: Z. 29, 418f. ZGB. Art. 722 III betrachtet beim Fund in einem bewohnten Hause usw. den Hausherrn als Finder.

³ Schatzgräberei mit der Absicht rechtswidriger Aneignung ist straflose Vorbereitungshandlung; FRENKEL: 80.

⁴ LEEMANN: Art. 723, N. 1, 12; Art. 724, N. 13; NÄGELI: 65.

⁵ Gut FRENKEL: 25, 63ff.

Pflichten verhindert, daß der Finder jemals Eigentümer der gefundenen Sache werden kann, und sie zerstört den Anspruch auf Auslagenersatz und Finderlohn (Art. 722 I und II). Daneben steht besonders die Frage der strafrechtlichen Sanktionen. Daß nicht schon die Nichterfüllung der Finderpflichten — aus Nachlässigkeit oder Trägheit — zu einer Bestrafung wegen Unterschlagung führen darf, ist heute fast allgemein anerkannt¹. Das G. Art. 332 setzt hier mit dem Übertretungstatbestand ein, daß mit Buße zu bestrafen ist, wer die gesetzlich vorgeschriebene Anzeige (ZGB. Art. 720 II und 725 I) unterläßt². Für die weitergehende Annahme einer Unterschlagung ist der Beweis erforderlich, daß der Täter sich die Sache in Bereicherungsabsicht angeeignet hat. Die Unterlassung der Fundanzeige kann dafür ein Indiz sein³. Regelmäßig wird aber noch eine nach außen hervortretende Aneignungshandlung — Verbrauchen, Verfügen usw. — bewiesen werden müssen. Die allgemeinen Regeln über den Aneignungsakt (oben II 3) setzen hier ein⁴. Nimmt der Richter Fundunterschlagung an, so hat er nicht auch noch wegen Nichtanzeige des Fundes zu verurteilen. Art. 141 umfaßt das deliktische Verhalten derart, daß die Anwendung des Art. 332 entfällt (Allg. Teil, § 75 III: sog. unechte Gesetzeskonkurrenz).

IV. Veruntreuung (G. Art. 140). Sie ist als qualifizierte Unterschlagung zu betrachten. Zwei Momente bestimmen ihre Besonderheit: Einmal die Tatsache, daß fremdes Gut dem Täter anvertraut wurde, also nicht durch Zufall, Fund usw. in seine Gewalt gekommen ist. Ferner die daraus sich ergebende Folge, daß die Aneignung solchen Gutes zugleich einen Vertrauensbruch darstellt. Das macht die Tat strafwürdiger als Unterschlagungen anderer Art. Für den Grundtatbestand der Veruntreuung droht Art. 140 Ziff. 1 Gefängnis bis zu 5 Jahren an.

¹ Anders noch das frühere StGB. von Freiburg Art. 248; vgl. auch Bern Art. 222 und dazu StROOSS: Grundzüge, 2, 93f. Vgl. ELSE: 44ff.

² Bestrafung hat nur zu erfolgen, wenn es sich um den Fund einer Sache handelt, deren Wert offenbar 10 Franken übersteigt, wofür Anzeige an die Polizei vorgeschrieben ist (ZGB. Art. 720 II). Der Straftatbestand trifft die Unterlassung anderer Finderpflichten nicht, namentlich nicht die Unterlassung der Bekanntmachung beim Fund von Sachen geringeren Wertes.

³ Verfehlt Schwyz § 81 I mit der Präsomption der Aneignungsabsicht, wenn der Finder den Fund dem ihm bekannten Besitzer (Eigentümer) nicht innert 7 Tagen herausgibt.

⁴ Möglich ist, daß der Finder die Sache bereits mit der Absicht der Aneignung an sich nimmt. Das kann, wenn es bewiesen wird, bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Um eine qualifizierte Fundunterschlagung, wie FRENKEL: 37 ff. anzunehmen scheint, handelt es sich nicht. Ausdrücklich behandeln St. Gallen Art. 57 Ziff. 2 und Neuenburg Art. 416 II als qualifizierte Fundunterschlagung den Fall, da dem Täter der Eigentümer der verlorenen Sache bekannt war.

Für die Veruntreuung gelten zunächst die für die Unterschlagung allgemein zutreffenden Regeln (oben I—III)¹.

1. Der Ausdruck „anvertraute Sache“ (Art. 140 Ziff. I I) weist immer auf eine vertragliche oder eine gesetzliche Bindung hin. Der Täter verletzt gegenüber dem Vertragspartner oder gegenüber dem Staat oder einer Gemeinde das in ihn gesetzte Vertrauen dadurch, daß er sich die in seinen Gewahrsam gegebene fremde Sache rechtswidrig aneignet — bei einer Leihe oder Miete, einer Hinterlegung und andern Treuhänderverhältnissen, einem Kauf mit Eigentumsvorbehalt² usw.

2. Während Art. 140 Ziff. I I als Objekt der Veruntreuung eine anvertraute fremde bewegliche Sache nennt, gibt Abs. II mit den Worten: „wer anvertrautes Gut, namentlich Geld, unrechtmäßig in seinem oder eines andern Nutzen verwendet“, eine Ergänzung. Die Bedeutung des Ausdrucks „anvertrautes Gut“ neben den Worten in Abs. I „anvertraute fremde Sache“ bleibt unklar³. Daß damit die sog. vertretbaren Sachen erfaßt werden sollen⁴, ergibt der Text nicht. Der Hauptton liegt jedoch auf dem Zwischensatz: namentlich Geld. Damit sollen die Zweifel behoben werden, die sich bei der Geldunterschlagung deshalb zeigen, weil der Empfänger fremden Geldes zivilrechtlich dessen Eigentümer wird, es sei denn, daß eine Vermischung nicht erfolgt, daß es sich z. B. um die Übergabe bestimmter Geldsorten handelt, deren Individualisierung möglich ist⁵. Aus der zivilrechtlichen Regel des Eigentumsüberganges ist für das Strafrecht der Schluß gezogen worden, eine Unterschlagung komme nicht in Betracht⁶. Das ist unerträglich. Der Unterschlagungstatbestand muß aus solcher zivilrechtlichen Bindung gelöst werden: man kann Unterschlagung und insbesondere Veruntreuung auch an Sachen verüben, die zivilrechtlich im Eigentum des Täters stehen, aber wirtschaftlich

¹ Der französische Text nennt, im Anschluß an welsche Rechte, das Delikt *abus de confiance*. Damit wird das Moment des Vertrauensmißbrauchs in den Vordergrund gestellt. Sehr allgemein spricht der italienische Text von *appropriazione indebita* (rechtswidrige Aneignung). Die welschen Texte dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch die Veruntreuung ein Unterschlagungsfall ist.

² Über Veruntreuung von mit Eigentumsvorbehalt übertragenen Sachen (ZGB. Art. 715f.) JZ. 23, 235, Nr. 192 (Thurgau); 27, 154, Nr. 27 (Aargau); 30, 121, Nr. 105 (Zürich); Zürcher Bl. 32, Nr. 32 und 136; CALAME: Prot. II. ExpKom. 2, 320. Vgl. ferner LEEMANN: JZ. 6, 281ff., 297ff., RAUBER und STEINER: Entsch. aargauischer Gerichte (2. Aufl.) 27, Nr. 2 und 3.

³ RITTLER: Z. 25, 22f. meint, der Ausdruck „anvertrautes Gut“ im Gegensatz zur „anvertrauten fremden Sache“ mache den Veruntreuungstatbestand vom Zivilrecht unabhängig. Diese Annahme mag zutreffen, ist aber zu gesucht.

⁴ GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2. 310.

⁵ Vgl. OR. Art. 481 I und II; LEEMANN: Kommentar Sachenrecht, Art. 727, N. 19. Fragwürdiger Fall Zürcher Bl. 25, Nr. 47.

⁶ Zürcher Bl. 25, Nr. 8; JZ. 20, 135, Nr. 27; 21, 44, Nr. 13 (Aargau).

einem fremden Vermögen zugehören¹. In diesen Fällen soll das zivilrechtliche Moment der Fremdheit der Sache keine Rolle spielen. In Art. 140 Ziff. 1 II ist deshalb zutreffend, im Gegensatz zu Abs. I, das Beiwort „fremd“ weggelassen².

Die Frage der Geldunterschlagung erscheint durch Art. 140 Ziff. 1 II nicht restlos gelöst. Beim Inkasso von Geld durch einen Vertreter des Forderungsberechtigten und beim Erlös aus Kommissionsware kann man schwer sagen, das Geld sei dem Vertreter oder Kommissionär anvertraut worden³. Aber Veruntreuung liegt trotzdem vor, wenn der Empfänger unrechtmäßig solches Geld zu seinem oder eines Dritten Nutzen verwendet. Die zutreffende strafrechtliche Lösung liegt in der Auffassung, daß, unabhrängig von der Frage des zivilrechtlichen Eigentums, festgestellt werden muß, ob es sich bei dem veruntreuten Geld wirtschaftlich um fremdes Vermögen gehandelt hat⁴. — Die gleichen Fragen und Lösungen ergeben sich, wenn der Täter andere vertretbare Sachen, z. B. Inhaberwertpapiere, die ihm anvertraut wurden, in

¹ Häufig vertretene Auffassung: STOOSS: Motive zum VE. 1894; 164; BINDING: Lehrbuch, 1, 267, der auf die eigenartige Konkurrenz widerrechtlicher „Aneignung“ mit einem zivilrechtlichen Eigentumserwerbsakt hinweist; RITTLER: Z. 25, 23. Vgl. auch CARTIER (Lit. zu § 57): 132 ff.

² Zur ganzen Frage GLEISPACH: Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen (1905), passim, insbesondere 197 ff. (Abstellen auf das Moment der Treuhänderschaft des Täters). Ferner MAYER: Gerichtssaal, 104, 100 ff. mit der Begründung: Geld im Zusammenhang mit dem Unterschlagungstatbestand eine „fremde Sache“, wenn der Besitzer und Eigentümer desselben gehalten ist, die Summe stets für den Gläubiger greifbar aufzubewahren (109 f.).

³ Fragwürdig das bernische Urteil JZ. 21, 158, Nr. 146. Über das Verhältnis zwischen Veruntreuung und ungetreuer Geschäftsführung (Art. 159) unten § 57 II 2 und III.

⁴ Damit entfallen die unfruchtbaren Streitfragen, die sich ergeben, wenn man bei der Geldveruntreuung durch den Inkassobeauftragten, den Kommissionär usw. auf zivilrechtliche Überlegungen abstellt; so FRÜH: 54 ff.; REICHSTEIN: JZ. 20, 219 f.; MELI: eodem, 21, 37 ff.; Zürcher Bl. 23, Nr. 8; 28, Nr. 33 und JZ. 25, 361, Nr. 66. Zutreffend dagegen BE. 25 I 108 f. und JZ. 21, 111, Nr. 33 (Thurgau), jetzt auch Zürich: JZ. 32, 67, Nr. 52 und Zürcher Bl. 34, Nr. 93 (Unterschlagung durch den Inkasso-Zessionar). Unbefriedigend Luzern: JZ. 31, 140, Nr. 27; s. jetzt Z. 51, 216 f., 219 (Luzern): bei offener Stellvertretung geht das Eigentum an Geld auf den Vertretenen über. Zur Frage auch NÄEGELI: 42 f., 46 ff., 79 ff. Über die Verhältnisse beim Trödelvertrag Zürcher Bl. 21, Nr. 110; JZ. 32, 67, Nr. 54 (Aargau: der Trödler erwirbt nicht Eigentum an der Trödlerware). Beachtlich Luzern § 214 II mit der ausdrücklichen Annahme einer Unterschlagung, wenn der Kommissionär den Erlös nicht vereinbarungsgemäß abgeliefert, sondern darüber widerrechtlich verfügt; vgl. JZ. 31, 251, Nr. 219, auch 33, 71, Nr. 49 (Thurgau). Gut die allgemeine Fassung VE. 1894, Art. 71 I: „Wer . . . eine Geldsumme, die er für einen andern eingenommen hat, behält, um sich oder einen andern damit unrechtmäßig zu bereichern“ und dazu Prot. I. ExpKom. 1, 378 ff.

seinem oder eines Dritten Nutzen verwendet. Überall kann dabei die Frage der Ersatzbereitschaft (oben II 3) von Bedeutung werden.

3. Bei Anklagen wegen Unterschlagung, insbesondere wegen Geldveruntreuung, weist der Angeklagte häufig auf einen Gegenanspruch aus Honorar, Provision usw. hin. Bestehen solche Ansprüche, so ist, wenn, wie in Art. 140/141 des G., die Unterschlagung die Bereicherungsabsicht voraussetzt, nicht zu verurteilen. Es handelt sich lediglich um unerlaubte Selbsthilfe, die das G. straflos läßt¹.

4. Art. 140 Ziff. 2 des G. erschwert die Veruntreuung — Strafdrohung: Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder Gefängnis nicht unter 1 Monat —, wenn der Täter die Tat als Mitglied einer Behörde, als Beamter, Vormund, Beistand, berufsmäßiger Vermögensverwalter oder bei Ausübung eines Berufes oder Gewerbes, zu der er durch eine Behörde ermächtigt ist, begeht. Diese Kasuistik umfaßt wohl alle Fälle, in denen eine Veruntreuung einen besonders schweren Vertrauensbruch darstellt.

5. Im Gegensatz zur einfachen und zur Fundunterschlagung ist die Veruntreuung der Regel nach von Amtes wegen zu verfolgen. Ein Straf Antrag ist jedoch erforderlich, wenn sie zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen erfolgte (G. Art. 140 Ziff. 3). Diese beiden Begriffe sind in Art. 110 Ziff. 2 und 3 umgrenzt. Zu beachten sind die allgemeinen Regeln über die Antragsberechtigung (G. Art. 28ff.; Allg. Teil, § 28 IV).

V. Die Veruntreuung, die Unterschlagung und die Fundunterschlagung an Sachen von geringem Wert hat das G. (Art. 142) mit der Strafdrohung: Haft bis zu 8 Tagen oder Buße als Übertretung gestaltet. Die Bestrafung erfolgt nur auf Antrag. Die Wertabgrenzung ist dem richterlichen Ermessen überlassen. Lokale Anschauungen und namentlich die Verhältnisse des Täters und des Geschädigten sind zu berücksichtigen². Dem Richter sollte auch anheimgestellt werden, den Affektionswert, den der Geschädigte einer Sache beimißt, nach Lage des Einzelfalles zu berücksichtigen oder außer acht zu lassen³.

¹ ELSER: 80; vgl. WETTSTEIN: Prot. II. ExpKom. 2, 318, auch Z. 4, 133, Nr. 18 (Zürich: Straflosigkeit nur, wenn ein Angestellter das Einverständnis des Prinzipals damit voraussetzen durfte, daß er sich für seine Forderung selbst bezahlt mache). Vgl. auch Z. 51, 218f. (Luzern).

² Zum Tatbestand im Ganzen ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 451: Prot. II. ExpKom. 6, 226ff.; 7, 314; FRENKEL: 68f. Bisherige Rechte haben namentlich die Fundunterschlagung an Sachen von geringerem Wert privilegiert (z. B. Bern Art. 220, Luzern PolStG. § 105), oder auch bei solchen Sachen das Vorliegen eines Deliktes verneint (z. B. Zürich § 181: bei Sachen unter 10 Fr. Wert; Waadt Art. 201 I).

³ Das ist richtiger als in jedem Fall nur auf den Verkehrswert abzustellen, wie das in vielen Gesetzen, z. B. Baselstadt § 143, geschieht.

VI. Da Art. 140 Ziff. 2 die sog. Amtsunterschlagung berücksichtigt, erübrigt sich eine besondere Bestimmung im Abschnitt über die Amtsdelikte. Ob bei einer von einem Beamten verübten Veruntreuung neben Art. 140 noch Bestimmungen des 18. Titels anzuwenden sind, entscheidet sich nach der Lage des Einzelfalles. Die Beamtenveruntreuung kann z. B. mit Amtsmißbrauch (Art. 312), mit ungetreuer Amtsführung (Art. 314), mit Urkundenfälschung und falscher Beurkundung (Art. 317) in Konkurrenz treten¹.

Um Sonderdelikte handelt es sich bei den Tatbeständen nach Art. 57 III des Postverkehrsgesetzes vom 2. Oktober 1924 und Art. 39 lit. b des Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetzes vom 14. Oktober 1922 (Vorenthaltung von Postsendungen, Telegrammen und Radiogrammen durch mit den betreffenden dienstlichen Verrichtungen betraute Personen). Mit dem Amtsdelikt der Postunterschlagung kann das Eigentumsdelikt der Veruntreuung konkurrieren².

Das Verhältnis zwischen Veruntreuung und ungetreuer Geschäftsführung (G. Art. 159) ist unten § 57, insbesondere II 2. erörtert.

§ 48. Diebstahl.

Literatur. Angaben zu §§ 46f. — STOOSS: Grundzüge, 2, 61 ff. — HARBURGER VD. Bes. Teil, 6, 183ff., 365ff. — ROSENBERGER: Über das *furtum* nach klassisch-römischem Recht, Zürcher Diss. (1879). — LEUZINGER: Der Diebstahlsbegriff nach schweizer. Recht, Heidelberger Diss. (1915). — HILLER: Der Diebstahlsbegriff, Berner Diss. (1915). — KYBURZ: Der ausgezeichnete Diebstahl in der schweizer. Rechtsentwicklung, Zürcher Diss. (1924). — KELLER: Haus- und Familiendiebstahl, Berner Diss. (1905). — MEYER: Die Bestrafung des Diebstahls, Freiburger Diss., Strafrechtl. Abhandlungen, herausgegeben von SCHÖTENSACK, Heft 341 (1934).

I. Diebstahl ist Wegnahme einer fremden beweglichen Sache aus fremdem Gewahrsam, um sich oder einen andern damit unrechtmäßig zu bereichern (G. Art. 137 Ziff. 1). Der Unterschied gegenüber der Unterschlagung erscheint zunächst einfach: Wegnahme beim Diebstahl, rechtswidrige Aneignung einer fremden Sache, die der Täter bereits in seiner Verfügungsgewalt hat, bei der Unterschlagung. Doch setzen hier die Schwierigkeiten ein, die sich aus der Frage ergeben, wie weit in Einzelfällen der fremde Gewahrsam reicht, ob er noch vorhanden oder verlorengegangen ist (oben § 47 I i. f. und namentlich III: Fundunterschlagung und Schatzaneignung).

¹ Einzelne Kantone heben die von Rechtsanwälten, Advokaten, Rechtsagenten, Notaren usw. begangenen Veruntreuungen qualifizierend besonders hervor, z. B. Bern Art. 220, Luzern § 216 Ziff. 2 lit. a, Aargau § 158 II; dazu FRÜH: 48f., 184f. Bei der Fassung von Art. 140 Ziff. 2 des G. erübrigt sich die besondere Nennung.

² BE. 30 I, Nr. 65; 40 I, Nr. 51; JZ. 19, 27, Nr. 28.

Hinsichtlich der Momente: Aneignung, fremde bewegliche Sache¹, Bereicherungsabsicht gelten die oben § 43 I 1 und § 46 entwickelten Grundsätze. Der Hauptunterschied des G. gegenüber bisherigen Rechten besteht darin, daß die Aneignung der fremden Sache zum objektiven Tatbestand gehört, während alte Rechte den objektiven Tatbestand mit dem Wegnehmen, Sichbemächtigen usw. abschließen und dazu subjektiv die Absicht der rechtswidrigen Aneignung fordern. Dagegen muß nach dem G., wiederum abweichend von den meisten alten Rechten, dem Täter Bereicherungsabsicht nachgewiesen werden². Der Unterschied wirkt sich praktisch aus: Wer sich eine fremde Sache durch Wegnahme rechtswidrig aneignet, begeht nach dem G. nur dann einen Diebstahl, wenn die Aneignung erfolgt, um sich oder einem andern einen nicht gerechtfertigten Vermögensvorteil zu verschaffen, während z. B. nach dem Wortlaut von Zürich § 168 Diebstahl auch verübt, wer sich durch Wegnahme fremden Gutes mit (unerlaubter) Selbsthilfe für eine Forderung selbst bezahlt machen will³.

II. Der Abklärung bedürfen folgende Einzelfragen:

1. Die Handlung des Diebes wird als Wegnehmen (*soustraire*) bezeichnet. Der Täter hebt den fremden Gewahrsam auf und verschafft sich die eigene Verfügungsgewalt über die Sache. Er wird Besitzer. Regelmäßig besteht das Wegnehmen in einer körperlichen Einwirkung des Täters auf die Sache dergestalt, daß er sie durch Zugriff von der

¹ Diebstahl oder Fischfrevel: Zürcher Bl. 33, Nr. 170. — Aneignung der Sachsubstanz oder des Sachwertes, der größer sein kann als die Substanz: z. B. Diebstahl von Sparkassabüchern, Garderobemarken usw., deren Wert erst ausgenutzt werden muß. Zutreffend JZ. 11, 177 (St. Gallen) und 21, 311, Nr. 74 (Thurgau), die Diebstahl in der Höhe der durch ein Sparkassabuch ausgewiesenen Einlage annehmen; anders Baselstadt: JZ. 14, 260, Nr. 76; 20, 182, Nr. 142 (Diebstahl nur im Betrag des Substanzwertes des Kassabuches, verbunden mit Betrug in der Höhe des abgehobenen Betrages); ebenso Luzern: JZ. 31, 88, Nr. 78. Vgl. LEUZINGER: 93f. und dort Zitierte, ferner Zürcher Bl. 23, Nr. 156; JZ. 32, 28, Nr. 25.

² Kantonale Rechte bei STOOSS: Grundzüge, 2, 61ff.; LEUZINGER: 43ff., 60ff. (über Neuenburg Art. 360 und Genf Art. 316, die den Tatbestand des französischen C. p. Art. 379: *Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas* übernommen haben).

³ Gut STOOSS: Grundzüge, 2, 67 und Motive VE. 1894, 160f.; RITTLER: Z. 25, 12ff. — Zu der schon seit dem römischen Recht bestehenden Streitfrage, ob der *animus lucri faciendi* in den Diebstahlstatbestand hineingehört, vgl. ROSENBERGER: 46ff. Die Gewinnsucht, von der in diesem Zusammenhang häufig die Rede ist, ist von der Bereicherungsabsicht zu unterscheiden. Gewinnsucht kann die Triebfeder des Handelns sein, zum Tatbestand gehört sie nicht. Zur ganzen Frage LEUZINGER: 13ff., 82ff.; HILLER: 28f., 47ff., 56ff. Gegen die Aufnahme der Bereicherungsabsicht in den Diebstahlstatbestand HARBURGER: 217ff.; KAISER: Prot. II. ExpKom. 2, 290. — Über das Verhältnis zur Sachentziehung (G. Art. 143) oben § 44 I.

Stelle, wo sie sich befindet, entfernt. Aber auch ohne unmittelbares Eingreifen kann die Wegnahme erfolgen, wie etwa in dem römisch-rechtlichen Beispiel, daß einer Ochsen oder Schafe wegtreibt oder Zugvieh mit einem roten Lappen in die Flucht treibt¹. Das wird in bisherigen Gesetzen durch eine erweiternde Formulierung der Täterhandlung zum Ausdruck gebracht. Waadt Art. 189 sagt z. B. *soustraire ou enlever*, St. Gallen Art. 58 sich bemächtigen, Graubünden § 155 in seine Gewalt bringen². Materielle Unterschiede für die Umgrenzung des Diebstahlstatbestandes dürfen daraus nicht abgeleitet werden.

2. Der Diebstahl ist vollendet, wenn der Täter die Sache aus dem fremden Gewahrsam weggenommen und sie in seine Gewalt gebracht, sie sich (mit Bereicherungsabsicht) „angeeignet“ hat. Der frühere Theorienstreit — Kontrektions-, Apprehensions- und Ablationstheorie — hat kaum vernünftigen Sinn³. Unnötig ist, daß der Gesetzgeber den Zeitpunkt der Vollendung ausdrücklich umschreibt⁴.

Auch in den Fällen des Mit- oder Gesamteigentums liegt Diebstahl vor, wenn der eine dem andern, der den ausschließlichen Gewahrsam hat, die Sache mit Bereicherungsabsicht entzieht.

4. Im Anschluß an das gemeine Recht haben die kantonalen Rechte die Strafen des Diebstahls nach Wertgrenzen abgestuft. Die Abgrenzung erfolgt sehr verschieden. Zwei bis fünf Wertstufen kommen vor⁵. Mit der allgemeinen Formel: „Die Strafe richtet sich wesentlich nach dem Wert der gestohlenen Gegenstände“ begnügt sich Appenzell A.-Rh. Art. 113 IV. Grundsätzlich gilt, daß für die Abschätzung des Geldwertes der Markt- und Verkehrswert, nicht ein individuell zu bestimmender Gebrauchs- oder Liebhaberwert entscheidend ist; vgl. z. B. Zürich § 172; Bern

¹ ROSENBERGER: 20.

² Vgl. STOOSS: 62; LEUZINGER: 46f.; HARBURGER: 205ff., 240ff.

³ Zutreffend ist allein die Apprehensionstheorie, die auf die Besitzergreifung durch den Täter abstellt: JZ. 16, 294, Nr. 67 (THURGAU: Einfangen und Erwürgen von Katzen durch einen dafür abgerichteten Hund; Fortschaffen der erjagten Tiere zur Diebstahlsvollendung nicht erforderlich); Z. 46, 115 (Baselstadt: zur Vollendung nicht erforderlich, daß die „gestohlenen“ Sachen aus den Räumen des bisherigen Inhabers fortgeschafft und in gesicherten Besitz genommen werden). Nach der Kontrektionstheorie soll die Vollendung schon mit der Ergreifung der Sache, nach der Ablationstheorie erst mit dem Fortschaffen an den ihr bestimmten Ort erfolgen. Zum Ganzen BINDING: Lehrbuch, 1, 292f.; MEYER: 7ff.

⁴ So bisherige Gesetze, z. B. Aargau § 148: Besitzergreifung vollendet, „wenn der Täter die Sache von ihrer Stelle entfernt und der Einwirkung des bisherigen Inhabers entzogen hat“; Thurgau § 137; Tessin Art. 359 § 2: *Il furto è consumato subito che il colpevole ha tolta la cosa dal luogo in cui si trovava*.

⁵ Tabellarische Zusammenstellung bei STOOSS: 2, 69ff. Ausführliche Darstellung bei MEYER: 29ff. Gegen die gesetzliche zahlenmäßige Abstufung, insbesondere beim Diebstahl WACH: VD. Allg. Teil, 6, 34; GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 284; MEYER: 113ff.

Art. 218 I. — Bei allen im Gesetz festgelegten Wertabstufungen spielen Gedanken der Erfolgshaftung eine bedeutende Rolle. Freiburg Art. 82¹, Waadt Art. 189 und das eidg. G. Art. 137 haben zutreffend auf gesetzliche Wertgrenzen verzichtet. Nach Art. 137 Ziff. 1 beträgt der Strafraum Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis. Der Richter hat bei der Strafzumessung den Wert der gestohlenen Gegenstände nur im Zusammenhang mit der Prüfung der Schuldfrage zu berücksichtigen. Entscheidend ist der Nachweis, welche Vorstellung der Dieb vom Wert der entwendeten Sachen hatte, wie weit sein Vorsatz reichte. — In eigenartiger Weise hat Waadt den Wertgedanken beim Diebstahlsdelikt weiter entwickelt. Es sieht in Art. 189 II die geringe Strafdrohung: Gefängnis bis zu 1 Monat oder Buße bis zu 500 Fr. vor, wenn der gestohlene Gegenstand für den Eigentümer oder den rechtmäßigen Besitzer von geringem Wert ist oder wenn der objektive Verkehrswert klein ist (Briefe, Photographien usw.). Ist das Delikt von ganz geringer Bedeutung (de minime importance), so kann der Richter auf einen bloßen Verweis erkennen (Art. 206).

Über die unter besondern Voraussetzungen stehenden Tatbestände der Entwendung (Mundraub) und des Wald- und Feldfrevels s. unten § 49 I und II.

III. Von besonderer Bedeutung ist der Unterschied zwischen dem G. und bisherigen Rechten bei der Behandlung des sog. ausgezeichneten Diebstahls: In den Kantonen im Anschluß an das französische Recht eine Ausgestaltung in breitester Kasuistik, im eidg. G. die Beschränkung auf die qualifizierende Hervorhebung weniger Fälle.

Eine alle Einzelheiten der kantonalen Qualifikationsgründe erörternde Darstellung unterbleibt hier². Eine Zusammenfassung ergibt, daß die Gesetze als Auszeichnungsgründe³ folgende Momente verwerthen:

die besondere Art und die besondern Umstände, unter denen ein Diebstahl verübt wird, namentlich Einbruchsdiebstahl, bewaffneter, bandenmäßiger Diebstahl;

den Ort und die Zeit der Begehung — in bewohnten Gebäuden zur Nachtzeit, in öffentlichen Räumen, in Kirchen usw.;

die besondern Eigenschaften oder die besondere Zweckbestimmung der Sachen, die der Täter stiehlt, z. B. Sachen, die ihrer Natur nach nicht hinreichend verwahrt werden können oder nach herrschender Sitte nicht verwahrt werden, ferner Reisendengepäck, für die Armen bestimmte Sachen, Gegenstände besonderer Pietät;

¹ Dazu MEYER: 24ff.

² Zusammenstellung bei STROOS: Grundzüge, 2, 72ff.

³ Eine Unterscheidung zwischen qualifiziertem Diebstahl und einfachem Diebstahl unter erschwerenden Umständen zu treffen, wie das z. B. in Luzern §§ 196ff. durchgeführt wird, rechtfertigt sich gesetzgeberisch nicht. Dazu namentlich KYBURZ: 44ff.

endlich persönliche, insbesondere in der Person des Täters liegende Momente, z. B. Rückfall, gewerbsmäßige Verübung.

Die von den kantonalen Gesetzen aufgestellten Listen der Auszeichnungsgründe sind fast überall abschließend gedacht. Die in der Praxis bei der Anwendung der einzelnen erschwerten Tatbestände sich ergebenden Streitfragen sind Legion¹. Die Nachteile einer kasuistischen Gesetzesgestaltung — vermehrte Auslegungsschwierigkeiten und Unvollkommenheit einer abschließenden Aufzählung — zeigen sich auf Schritt und Tritt². Das Streben nach einer allgemeineren gesetzlichen Kennzeichnung des ausgezeichneten Diebstahls ist gerechtfertigt³. Schon Freiburg Art. 82 beschränkt sich auf die beispielsweise Hervorhebung weniger Einzelfälle — Diebstahl von dem Gottesdienst gewidmeten Gegenständen, gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Diebstahl — und fügt als allgemeine Klausel hinzu, daß die Tat „auf gefährliche oder besonders verwegene Art“ verübt wird. Vorbild dieser Ordnung waren die eidgenössischen Entwürfe. Nach dem G. (Art. 137 Ziff. 2) sind mit der Strafdrohung: Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder Gefängnis nicht unter 3 Monaten folgende Fälle qualifiziert:

1. Der Täter führt den Diebstahl als Mitglied einer Bande aus, die sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl zusammengefunden hat. Hier und ebenso beim Raub (Art. 139 Ziff. 2) verwertet das G. den alten Bandenbegriff. Bisherige Rechte, z. B. Zürich § 169 Ziff. 4 und schon der französische C. p. Art. 381 Ziff. 2 und 385 Ziff. 2 fordern dafür, daß bei der Tat zwei oder mehrere Personen als Täter mitgewirkt haben⁴. Nach dem G. ist dagegen nur der Nachweis erforderlich, daß der Dieb zu einer „Bande“ gehört. Er fällt unter die schwerere Strafindrohung auch dann, wenn er im Einzelfall Alleintäter ist⁵.

¹ Darstellung bei KYBURZ: passim; MEYER: 41ff., 116ff. Die Rechtsprechung für Zürich in den Kommentaren von ZÜRCHER und von ZELLER zu § 169 und die neuere Judikatur bei KÖPFLEI zu § 169; für Bern KREBS: StGB. (3. Aufl.), zu Art. 210; für Aargau RAUBER und SCHNEIDER: Entsch. aargauische Gerichte (2. Aufl.), zu §§ 150—154; für Glarus KUBLI: StGB. zu § 130. Vgl. ferner Z. 47, 273f. (Baselstadt); Thurgau: JZ. 31, 138, Nr. 125; BINDING: Lehrbuch, 1, 297ff.; HARBURGER: 250ff.

² Gut GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 283f.; DELAQUIS: eodem, 291ff.; KYBURZ: 78ff.

³ Waadt Art. 189 verzichtet überhaupt auf die Nennung erschwerender Umstände, überläßt also deren Wertung der richterlichen Strafzumessung; CAPT et GAMBONI: C. p. vaudois annoté, Art. 189, Nr. 1.

⁴ Vgl. auch FRANK: Kommentar deutsches StGB. § 243, N. VII; MEYER: 63f.

⁵ Anderer Meinung MEYER: 143. — Wie, wenn die andern Bandengenossen Fehler sind, die sich abredegemäß an Diebstahl oder Raub nicht beteiligen? Nach dem Gesetzestext ist der Qualifikationsgrund nicht gegeben. Je nach der Lage des Einzelfalles kann auf den dritten Erschwerungsgrund — besondere Gefährlichkeit des Täters — abgestellt werden.

2. Der Täter betreibt das Stehlen gewerbsmäßig, d. h. er muß in der Absicht handeln, sich aus dem Diebstahl fortgesetzt Einnahmen zu verschaffen, wobei nicht erforderlich ist, daß diese Einnahmen den einzigen oder einen erheblichen Teil seines Einkommens ausmachen (vgl. oben § 28 III 2).

3. Die zwei Beispiele ergänzt das G. durch die generelle Klausel „wenn der Diebstahl auf andere Weise die besondere Gefährlichkeit des Täters offenbart“. Auch der Bandendieb und der gewerbsmäßige Dieb gelten als besonders gefährliche Typen. Darüber hinaus ist es richterlicher Wertung überlassen, im Einzelfall das Moment der Gefährlichkeit anzunehmen oder abzulehnen. Freies Ermessen hat einen nicht ungefährlich weiten Spielraum¹. Ein Anknüpfen an Qualifikationsgründe bisheriger Rechte — Einbruchsdiebstahl, bewaffneter, nächtlicher Diebstahl usw. — liegt nahe. Entscheidend ist die Annahme einer Gefährlichkeit der Person und der Gesinnung des Täters, nicht die objektive Gefahr, die für das Opfer des Diebstahls bestand². Der große Diebstahl, d. h. der Diebstahl an Sachen von „bedeutendem Wert“ fällt an sich nicht unter die Auszeichnung³.

IV. Der Diebstahl zum Nachteil von Angehörigen oder Familien-genossen (G. Art. 110 Ziff. 2 und 3)⁴ wird nur auf Antrag verfolgt (Art. 137 Ziff. 3). Das gilt in gleicher Weise für einfachen und ausgezeichneten Diebstahl. Im Gegensatz zu bisherigen Rechten⁵ hat das G. auf weitere Privilegierungen verzichtet. Über den besonderen Tatbestand der Entwendung und den sog. Wald- und Feldfrevel unten § 49 I und II.

§ 49. Ergänzende und diebstahlsähnliche Tatbestände.

Literatur. Angaben zu § 48. — JOHANNA WEBER: Der Mundraub und die verwandten Fälle, Freiburger Diss. (1926). — RUTSCHMANN: Der Wald- und Feldfrevel, Zürcher Diss. (1924). — Lit.-Angaben über den sog. Elektrizitätsdiebstahl im Text, besonders jetzt KUMMER: Unrechtmäßige Entziehung von Energie, insbesondere elektrischer Energie, Zürcher Diss. (1936).

¹ Vgl. auch die Kritik von MEYER: 142, 144 ff.

² Beachtenswerte Erörterungen Prot. II. ExpKom. 2, 284 ff.

³ Dazu KYBURZ: 72 ff.

⁴ KELLER: *passim*. Beachtenswert die Darstellung dergeschichtlichen Entwicklung: 9 ff. Vgl. ferner MEYER: 151 ff.

⁵ Vgl. STROSS: Grundzüge, 2, 82 ff. Die in einzelnen Gesetzen, z. B. Schwyz § 74 I, Graubünden § 166, Tessin Art. 368, Waadt Art. 207 vorgesehene Möglichkeit oder Pflicht (Waadt), den Dieb, der durch Wiedererstattung des gestohlenen Gutes tätige Reue übt, straflos zu lassen, hat das G. nicht übernommen. Nach Art. 64 kann tätige Reue jedoch strafmildernd berücksichtigt werden. — Zur Frage der Privilegierung im ganzen HARBURGER: 277 ff., ferner historisch und rechtsvergleichend interessant FINZI: *I furti privilegiati* (1903). Über die kantonalen Rechte MEYER: 89 ff.

I. Der in Art. 138 des G. als Übertretung — Strafe: Haft bis zu 8 Tagen oder Buße — aufgestellte, nur auf Antrag strafbare Tatbestand der Entwendung ist eine Weiterbildung des sog. Mundraubes¹. Das Delikt ist nicht als ein unter bestimmten Voraussetzungen zu privilegierender Fall des Diebstahls aufzufassen. Anders als der Grundtatbestand des Art. 137 nennt der Art. 138 das Moment der Bereicherungsabsicht nicht. Und wiederum anders wird die Handlung des Täters im deutschen Text nicht mit Wegnehmen, sondern mit Entwenden bezeichnet, während allerdings die welschen Texte in beiden Artikeln dieselben Ausdrücke (*soustraire, impossessarsi*) verwenden. Die deutsche Bezeichnung „Entwenden“ (Enteignen) könnte auch Unterschlagung und Veruntreuung mitumfassen. Da jedoch der Art. 142 geringfügige Fälle dieser Delikte besonders berücksichtigt, ist — auch nach der Stellung des Art. 138 im System — die Entwendung nur mit dem Diebstahlstatbestand in Verbindung zu setzen².

Der Entwendungstatbestand enthält folgende Besonderheiten:

1. Es muß sich um eine Sache von geringem Wert handeln. Bisherige Rechte haben den Sachenkreis eng beschränkt: auf Feld- und Gartenfrüchte oder andere Eßwaren oder Getränke, wenn der Wert 5 (oder 10) Franken nicht übersteigt (z. B. Zürich § 174 und ähnlich Solothurn § 146, Thurgau § 144), oder sie nennen nur Feld-, Baum- und Gartenfrüchte (z. B. Glarus § 133, St. Gallen Art. 65, Neuenburg Art. 440)³. Das G. läßt jede Einschränkung auf bestimmte Sachgattungen fallen und begnügt sich mit einem Hinweis auf den geringen Wert des entwendeten Gegenstandes. Die Wertabgrenzung bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen (vgl. oben § 47 V)⁴. — Die Erweiterung des Sachkreises läßt auch die problematische Bezeichnung „Mundraub“ verschwinden⁵.

2. Mitentscheidend ist das Motiv. Es muß festgestellt werden, daß der Täter aus Not, Leichtsinn oder zur Befriedigung eines Gelüstes entwendet hat. Er handelt nicht wie der Dieb aus Gewinnsucht. Seine Triebfedern sind Hunger und Durst oder Naschhaftigkeit, Lüsternheit und Begehrlichkeit und andere menschliche Schwächen. — Das Motiv der Not bedarf besonderer Hervorhebung. Not im Sinne des Art. 138 reicht weiter als der Notstands begriff des Art. 34. Es braucht sich nicht

¹ Zur Geschichte und Entwicklung WEBER: 9ff.; MEYER: 108ff., 155ff.

² Widerspruchsvoll ist, daß bei einer Entwendung aus Not von einer Bestrafung Umgang genommen werden kann (Art. 138 II), während eine Veruntreuung oder Unterschlagung aus Not an dieser Möglichkeit nicht teilhat. WEBER: 62, 69 hält Art. 138 auch bei der Unterschlagung für anwendbar.

³ Weitere Daten bei STOOS: Grundzüge, 2, 83f.; WEBER: 18ff.

⁴ Dazu GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 6, 223; WEBER: 27ff., 51ff. (auch Sachen ohne Geldwert).

⁵ Mit dem Delikt des Raubes in der heutigen Gestalt hat der „Mundraub“ nichts gemein; dazu WEBER: 10.

um eine unmittelbare, nicht anders abwendbare Gefahr zu handeln. Irgendein Zustand wirtschaftlicher Bedrängnis, aber auch eine andere Not, z. B. Entwendung eines Briefes aus „Ehrennot“, genügen. Der Richter hat das Vorhandensein einer Not nach den besondern Verhältnissen, aus denen heraus der Täter die Entwendung verübte, zu prüfen. Nicht nur eigene, auch andere Not, z. B. der Kinder des Täters, muß Berücksichtigung finden können¹. Das G. zeichnet das Motiv der Not dadurch besonders aus, daß es den Richter ermächtigt, in einem solchen Fall von einer Bestrafung abzusehen (Art. 138 II)². — Strafflos sind Versuch und Beihilfe; vgl. Art. 104 I.

3. Nicht eindeutig ist die Frage zu beantworten, ob bei wiederholten und bei fortgesetzten Entwendungen wegen Diebstahls oder bloß wegen Entwendung zu bestrafen ist. Das fortgesetzte Delikt ist die mehrmalige gleiche oder ähnliche Verübung der gleichen Tat, die einer auf Schädigung oder Gefährdung desselben Rechtsgutes gerichteten Gesinnung entspringt (All. Teil, 347 f.). Wer aus solcher Gesinnung und nicht aus einem spontan sich geltend machenden Motiv der Not, der Lüsterheit usw. handelt, verdient die Privilegierung nicht. Regelmäßig wird in diesen Fällen auch die Bereicherungsabsicht gegeben sein³. Anders bei Wiederholungen, bei denen die Voraussetzungen für die Annahme eines fortgesetzten Deliktes nicht zutreffen. Die Grenzen sind freilich schwer zu ziehen. Kann jedoch bewiesen werden, daß der Täter in jedem Einzelfall, z. B. aus Not, eine Sache von geringem Wert entwendet hat, so soll Art. 138 angewendet werden⁴.

Auszuschließen ist dessen Anwendung, wenn qualifizierende Momente, wenigstens wenn die Schärfungsgründe gemäß Art. 137 Ziff. 2: Bandendiebstahl, gewerbsmäßiges Stehlen und besondere Gefährlichkeit des Täters gegeben sind⁵.

II. Der E. 1918 hatte neben die Entwendung eine von Amtes wegen zu bestrafende Übertretung des Wald- und Feldfrevels gestellt, wonach mit Haft oder mit Buße bestraft werden sollte, wer stehendes Holz

¹ Zur ganzen Frage WEBER: 43ff., 55ff. Über die Abgrenzung zwischen Notstand und Notentwendung gut MEYER: 156f.

² So schon Freiburg Art. 82 VIII. Vgl. ferner v. CLERIC: JZ. 7, 344; LANG: Prot. II. ExpKom. 6, 224; METTLER: Das Absehen von Strafe, Zürcher Diss. (1929).

³ Zutreffend WEBER: 33ff., jedoch mit der weitergehenden Forderung, daß ein „einheitlicher Vorsatz auf fortgesetzte Verübung“ zugrunde liegen muß. Vgl. Zürcher Bl. 16, Nr. 154; bei fortgesetztem Holzfrevel wurde dagegen — widersprechend — Bestrafung wegen Diebstahls abgelehnt: Bl. 18, Nr. 194.

⁴ Gut Zürcher Bl. 32, Nr. 53: Würdigung der Tatsachen des Einzelfalles; vgl. auch JZ. 33, 106, Nr. 78 (Luzern).

⁵ In der deutschen Literatur häufig bestritten. Richtig BINDING: Handbuch, I, 528, N. 13 und Lehrbuch, I, 308; WEBER: 68. Vgl. Zürcher Bl. 16, Nr. 154; HARBURGER: VD. Bes. Teil, 6, 299ff.

oder nicht eingesammelte Feld- und Gartenfrüchte von geringem Wert in Bereicherungsabsicht wegnimmt (E. Art. 299)¹. Die Bestimmung ist gestrichen worden in der Meinung, daß die Aufstellung entsprechender Strafnormen dem kantonalen Polizeistrafrecht vorbehalten bleiben soll (Art. 335 I)². In verschiedener Ausdehnung und mit verschiedener Ordnung und Bezeichnung haben fast alle kantonalen Rechte solche Freveltatbestände aufgestellt³. Handelt es sich aber um eine Entwendung von Holz oder nicht eingesammelten Feld- und Gartenfrüchten, bei der die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Art. 138 gegeben sind, so geht diese Bestimmung kantonalen Rechten vor⁴. Die kantonalrechtlichen Freveltatbestände knüpfen nicht an Art. 138 an, sondern an Art. 137⁵. Sie sind privilegierte Diebstahlsfälle, deren polizeistrafrechtliche Erfassung den Kantonen freisteht.

III. Bei dem mißverständlich sog. Kraft-, insbesondere dem Elektrizitätsdiebstahl ist die von der Naturwissenschaft verneinte Frage, ob die Elektrizität und andere Energieformen Sachen sind, heute auch juristisch nicht mehr von Bedeutung⁶. Art. 713 ZGB., der neben den beweglichen körperlichen Sachen auch die Naturkräfte, die rechtlicher Herrschaft unterworfen werden können, als Gegenstand des Fahrniseigentums bezeichnet, spricht sich wohl gegen die Sacheigenschaft elektrischer und anderer Energien aus⁷. Grundsätzlich wäre das kein Hindernis, wenn Zweckmäßigkeit es erfordern und Vernunft es zulassen würde, im Strafrecht, z. B. bei der Anwendung der Diebstahlsnorm, die Sachqualität einer Naturkraft anzunehmen. Das würde aber zu einer Verfälschung

¹ Prot. II. ExpKom. 6, 221 ff.; 7, 310 ff.; RUTSCHMANN: 97 ff., 119 ff.

² StenBull. NR., 1929, 616, 618.

³ Einzelerörterung bei RUTSCHMANN: 27 ff.; MEYER: 101 ff., 159. Zu beachten ist ZGB. Art. 699 I, der die Aneignung wildwachsender Beeren, Pilze und dergleichen „in ortsüblichem Umfang“ jedermann gestattet, soweit nicht besondere Verbote im öffentlichen Interesse bestehen. — Zur Umgrenzung des „Forstfrevels“ BE. 17, Nr. 11.

⁴ GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 6, 223; 7, 311.

⁵ Vgl. RUTSCHMANN: 112 ff.

⁶ Aus der Literatur über die Streitfragen um den Sachbegriff in diesem Zusammenhang und den sog. Elektrizitätsdiebstahl BLASS: Das Rechtsgut der Elektrizität im Zivil- und Strafrecht, Zürcher Diss. (1901): 6 ff., 21 ff.; PELEGHART: Die Elektrizität als Rechtsobjekt (1901), 1, 51 ff., 148 ff.; BINDING: Lehrbuch 1, 258 ff. (mit zahlreichen Hinweisen auf weitere Lit.); HARBURGER: VD. Bes. Teil, 6, 312 ff., 365 f.; KULENKAMFFF: Das Rechtsgut der elektrischen Arbeit (1905); REICHEL: Z. 21, 330; ZÜRCHER: JZ. 9, 201 ff.; v. CLERIC: JZ. 15, 79; LEUZINGER (Lit. zu § 48): 79 f.; NÄEGELI (Lit. zu § 47): 28 f.; GROSS (Lit. zu § 44): 26 f.; KRONAUER: Prot. II. ExpKom. 2, 298 f und jetzt vor allem KUMMER: 1 ff., 20 ff.: Energie eine immaterielle Größe, keine Sache im Sinne des Strafrechts. Sie kann aber einen Bestandteil eines wirtschaftlichen Vermögens bilden.

⁷ Vgl. oben § 42 III 2 und jetzt BUSER: ZschWR.NF. 51, 29a und ff. (Radioelektrizität).

des Diebstahlsbegriffs führen. Man kann kaum die Elektrizität oder eine andere Energieform, die lediglich den Inhalt einer Sache, z. B. eines Akkumulators, darstellen, einem andern wie eine körperliche Sache „wegnehmen“.

Die zutreffende Lösung liegt in der Aufstellung besonderer Tatbestände¹. Den Anfang hat Art. 58 des BGes. vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen gemacht: Wer in der Absicht, sich oder einem andern einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, einer elektrischen Anlage Kraft entzieht, wird . . . bestraft².

Art. 146 des G. bringt die Weiterentwicklung. Er ist als Entziehungsdelikt gestaltet³. Er stellt die unrechtmäßige Entziehung jeder Energieform unter Strafe.

1. Der Grundtatbestand (Abs. 1) geht dahin, daß der Täter einer fremden⁴ Anlage, die zur Verwertung (Nutzbarmachung) von Naturkräften dient, namentlich einer elektrischen Anlage, unrechtmäßig Energie entzieht. Strafe: Gefängnis oder Buße. Das ist ein der Sachbeschädigung (Art. 145) nachgebildeter Tatbestand. Er umfaßt alle Fälle, in denen jemand auf irgendeinem Wege unberechtigt oder über das Maß der ihm zustehenden Berechtigung hinaus dem „fremden“ Inhaber einer Anlage — eines Kraftwerkes, einer Maschine usw. — Kraft entzieht⁵. Außer dem elektrischen Strom⁶ kann es sich insbesondere um Dampf, Gas, Licht, Wärme, Kälte, Wasserkraft handeln. Daß die — ohne Bereicherungsabsicht — erfolgte Entziehung im Gegensatz zum

¹ KUMMER: 21 ff., 33 ff.

² Vgl. MEILI: Der schweizer. Gesetzentwurf über die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen (1900), insbesondere 38; KUMMER: 34 ff., 43 ff., 49 ff. (Rechtsprechung); BE. 55 I, Nr. 46; Art. 58 des Schwach- und Starkstromgesetzes trifft jede Art von unerlaubtem Kraftentzug zum Vorteil des Täters oder eines Dritten, ohne Rücksicht darauf, ob der Täter ein Stromabonnent ist oder nicht, oder ob er als Abonnent für einen Teil seines Bezuges die Messung umgeht, indem er z. B. die Schreibvorrichtung des Wattmeters außer Betrieb setzt. Strafbar ist jede „Entfremdung von Strom durch den Nichtberechtigten“ (288). Vgl. dagegen JZ. 31, 29, Nr. 5 (Bern): Anschluß eines Lichtstromverbrauchers an den Wärmestromzähler; Tatbestand des Art. 58 nicht erfüllt. — Über die Häufigkeit des Deliktes KUMMER: IV.

³ Der E. 1908 hatte den Tatbestand aufgeteilt: Art. 83 Ziff. 1 (diebische Entziehung), Art. 85 Ziff. 1 II (Unterschlagung), Art. 88 II (Entziehung ohne Aneignung, Wertzerstörung, Eigentumsschädigung). Zur Entstehung des Art. 146 Prot. II. ExpKom. 2, 290 ff.; KUMMER: 37 ff.

⁴ KUMMER: 78 ff. kritisiert mit Recht die Einfügung des Wortes „fremd“ vor Anlage. Entscheidend ist allein, daß unrec htm äßig Energie entzogen wird.

⁵ Über Arten und Wege der Kraftentziehung ZÜRCHER: JZ. 9, 201 f. und namentlich KUMMER: 22 ff.

⁶ Über die im Ätherraum sich fortbewegende Radioelektrizität BUSER: a. a. O. 30 a und ff., 129 a und ff. Vgl. ferner Art. 42 des BGes. von 1922 betreffend den Telegraphen- und Telephonverkehr und dazu KUMMER: 41 ff.

Antragsdelikt der Sachbeschädigung von Amtes wegen verfolgt werden muß, ist verfehlt. Art. 146 I hätte enger an die Bestimmungen des Art. 145 angeschlossen werden müssen.

2. Regelmäßig wird der Täter in Bereicherungsabsicht handeln und damit einen dem Diebstahl oder der Unterschlagung (Veruntreuung) ähnlichen Tatbestand erfüllen. Die Strafdrohung des Art. 146 II lautet gleich wie beim Grundtatbestand des Diebstahls auf Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis. Das G. berücksichtigt bei der Energieentziehung weder qualifizierende Momente — bandenmäßige oder gewerbsmäßige Verübung wie in Art. 137 Ziff. 2 — noch den der Entwendung (Art. 138) entsprechenden Fall. Das sind bedauerliche Lücken.

§ 50. Raub.

Literatur. Angaben zu § 48. — **STOOSS:** Grundzüge, 2, 97ff. — **FRANK:** VD. Bes. Teil, 6, 117ff. — **HARBURGER:** eodem, 260f., 273f. — **RHONHEIMER:** Das Verhältnis von Raub und Erpressung unter Bezugnahme auf den deutschen und besonders auf die schweizer. Vorentwürfe (1912). — **HERTLI:** Der Tatbestand des Raubes, Zürcher Diss. (1937).

I. Das G. (Art. 139) schließt den Tatbestand des Raubes an den Diebstahlstatbestand (Art. 137 Ziff. 1) an¹. Die Beziehung zum Diebstahl ergibt sich auch aus den bisherigen Rechten. Sie ist jedoch verschiedener Art: Nach Tessin Art. 371f. ist Raub nichts anderes als qualifizierter Diebstahl (*furto violento*), ebenso nach Genf Art. 320 (*vol commis avec violence*)². Zum gleichen Ergebnis führen im Grunde die Bestimmungen zahlreicher deutschschweizerischer Gesetze, z. B. Zürich § 163: gewaltsame Wegnahme einer fremden beweglichen Sache mit der Absicht rechtswidriger Aneignung, Baselstadt § 146, Graubünden § 147³. Andere Gesetze stellen das Moment der Nötigung durch Gewalt mehr in den Vordergrund. Sie kennzeichnen den Raub als die in diebischer Absicht begangene Gewalttat (z. B. Bern Art. 205, Luzern § 188, Waadt Art. 192). Danach ist der Täter auch dann, wenn er seine Absicht nicht erreicht hat, des vollendeten Raubes schuldig (ausdrücklich z. B. Luzern). Aargau § 144 bezeichnet den Raub als gewaltsame Nötigung zur Überlassung einer beweglichen Sache. Das weist zur Erpressung hinüber und zeigt die Schwierigkeit der Abgrenzung gegenüber diesem Tatbestand⁴.

¹ Vgl. dazu **BINDING:** Lehrbuch, 1, 311f.

² **GAUTIER:** Prot. II. ExpKom. 2, 303.

³ Weitere kantonale Daten bei **STOOSS:** 2, 98f.; **RHONHEIMER:** 81ff.; **HERTLI:** 81ff.

⁴ Über das Verhältnis: Raub und Erpressung unten § 53 II; **HERTLI:** 54ff.; **BINDING:** Lehrbuch, 1, 312ff.; **FRANK:** 140f.

Aus Art. 139 des G. und gleich schon aus Art. 82 Freiburg ergeben sich drei Tatbestände:

1. Der Täter wendet Gewalt — vorläufig im weitesten Sinne verstanden — an in der Absicht, einen Diebstahl zu begehen. Die Vollendung liegt vor einer Wegnahme. Da diebische Absicht genügt, ist Art. 139 auch anzuwenden, wenn der Täter nicht selbst wegnimmt, sondern die Herausgabe der Sache erlangt (sog. räuberische Erpressung¹).

2. Vollendeter Raub liegt natürlich auch vor, wenn dem Täter unter Anwendung von Gewalt die Wegnahme gelungen ist (der klassische Raubfall).

3. Der Täter wendet Gewalt an, nachdem er auf einem Diebstahl betreten worden ist. Die Gewalttat folgt der Wegnahme der Sache nach. Der Täter sichert sich seine Beute oder die Flucht (sog. räuberischer Diebstahl)².

Strafe: Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter 6 Monaten.

II. Das für den Raub Bezeichnende ist die Doppelnatur als eines gegen das Vermögen und gegen die Freiheit gerichteten Deliktes. Raub ist Nötigung zur Duldung eines Diebstahls oder eines auf Diebstahl abzielenden Verhaltens. Demgemäß stellt sich der Raubvorsatz dar als der Wille, sich den Diebstahl durch eine Nötigung zu ermöglichen oder zu sichern³.

Bei der Umschreibung der Nötigungsmittel, die der Räuber zur Geltung bringt, geht das G. zum Teil andere Wege als beim Nötigungstatbestand (Art. 181; oben § 19 II). Beim Raub hebt das Gesetz diejenigen besondern Mittel heraus, die es für tauglich hält, einen gegenüber einem Diebstahl erfolgenden oder erwarteten Widerstand zu brechen oder zu verhindern.

1. Gewaltverübung „an einer Person“. Das setzt mechanische Einwirkung auf den Körper eines Menschen voraus. Gewalt an einer Sache reicht nicht aus. Doch braucht die Gewalt sich nicht gegen den Inhaber der zu stehenden Sache — den durch den Raub Geschädigten — zu

¹ Dazu RHONHEIMER: 125, 132, 165f.; unten § 53 II 2.

² So schon Tessin Art. 371 lit. b und Genf Art. 321 III: le cas ou le voleur, surpris en flagrant délit, a exercé des violences, soit pour se maintenir en possession des objets soustraits, soit pour assurer sa fuite. Vgl. STOOSS: 2, 101; HARBURGER: 260f., 273f.; RHONHEIMER: 88; HERTLI: 62ff., 88f.; auch Luzern §§ 189, 190.

³ BINDING: Lehrbuch, 1, 311ff.; FRANK: 117ff., 131. Schwierigkeiten bereitet der nach der Volksanschauung besonders typische Raubfall, der Raubmord, wenn der Täter tötet und nachher die Leiche ausplündert. In dem Falle Zürcher Bl. 26, Nr. 116 wurde wegen Mordes und Raubes in realer Konkurrenz verurteilt. Dazu LANG: Z. 41, 370, der den Entscheid unter der Voraussetzung als richtig bezeichnet, daß der Täter durch die Tötung unmittelbar sich die Verfügungsgewalt über die Sache verschafft. Vgl. ferner HERTLI: 68ff. (Auseinandersetzung mit der Literatur).

wenden. Der Täter kann seine Gewalt auch an einer Drittperson verüben¹.

Die Gewalt muß von einer solchen Stärke sein, daß sie die angegriffene Person den Umständen nach zum Widerstand gegen das diebische Verhalten des Täters unfähig macht und daß die Einwirkung vom Opfer als Gewalt empfunden wird². Das folgt aus dem Nötigungscharakter des Raubes. Infolge der Gewaltanwendung muß das Opfer den Diebstahl dulden.

Ob Raub oder nur Diebstahl anzunehmen ist, ist fraglich in den Fällen, in denen der Täter seinem Opfer unerwartet eine Sache wegreißt, z. B. beim sog. Handtaschendiebstahl gegenüber Frauen. Entscheidend ist, ob der Täter zur Erlangung der Sache einen Widerstand brechen mußte oder nicht³.

2. Bedrohung einer Person mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben. Auch hier kann sich der Täter mit seiner Bedrohung gegen eine dritte Person, die nicht Inhaber der zu stehenden Sache ist, wenden (oben 1). Nur muß die Drohung derart intensiv sein, daß der Inhaber der Sache deren Wegnahme dulden oder sie herausgeben muß. Deshalb muß die Drohung beim Raub gewichtiger sein als bei der Nötigung (vgl. oben § 19 II 2). Der Täter muß mit einem gegenwärtigen, d. h. hier unmittelbar bevorstehenden Angriff drohen⁴. Die Drohung muß sich ferner gegen Leib oder Leben richten⁵. Bei andern Drohungen — mit Freiheitsberaubung, mit Verleumdung usw. — erfüllt sich der Raubtatbestand nicht⁶. Dagegen kann in solchen Fällen eine Erpressung oder

¹ Einschränkung bei FRANK: 123, daß sich in solchen Fällen die Gewalt gegen eine solche Person richten muß, „die irgendwie den Gewahrsam schützt“. Zutreffend ist, daß Gewalt gegen eine dem Angegriffenen zu Hilfe eilende Person genügt und andererseits, daß Gewalt gegen einen Diebsgenossen keinen Raub begründet. Gut GAUTIER: a. a. O. 304.

² Anders JZ. 14, 277, Nr. 86 (St. Gallen zu Art. 66): Der Angeklagte hatte einem Betrunkenen, den er im Besitz von Geld wußte, einen „Schupf“ gegeben, so daß dieser zu Boden fiel. Der Täter nahm ihm das Geld aus der Tasche. Der Bestohlene wehrte sich nicht, da er an nichts Böses dachte. Vgl. auch das Luzerner Urteil in Z. 3, 392ff. — Zum Gewaltbegriff HERTLI: 3ff.

³ Zürcher Bl. 20, Nr. 135 und 33, Nr. 60; vgl. auch 32, Nr. 111, ferner ZELLER Kommentar Zürcher StGB. § 163, N. 2; HERTLI: 58ff.

⁴ Vgl. im Text der Notwehrbestimmung (Art. 33 I) die Worte „... oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht“; Allg. Teil, § 29 II 1; RHONHEIMER: 36; HERTLI: 11ff.

⁵ Die Annahme von FRANK: 126, dieses Moment sei nicht gegeben, wenn der Täter nur die Zufügung von Schmerzen in Aussicht stellt, ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. — Krankheit (Nervenschock) als Wirkung der Bedrohung: Zürcher Bl. 33, Nr. 40.

⁶ Vgl. dagegen die weitere Fassung (schwere Drohung) bei der Erpressung (Art. 156; unten § 53 II 1). Ferner STROOSS: 2, 99f.; FRANK: 126. Einzelne Rechte gehen auch beim Raub weiter, z. B. Schwyz § 75: gefährliche Drohung; Tessin Art. 371: minaccie di gravi danni imminenti.

eine mit Diebstahl konkurrierende Nötigung vorliegen. Unter Umständen liegt aber auch die dritte Variante des Raubtatbestandes vor (unten 3).

3. Besondere Bedeutung gewinnt das dritte Nötigungsmittel, das der Raubtatbestand des Art. 139 nennt, wonach der Täter eine Person in anderer Weise zum Widerstand unfähig macht. Daraus folgt zunächst, daß der Räuber in allen Fällen einen gegenüber einem Diebstahl erfolgenden oder erwarteten Widerstand bis zur Widerstandslosigkeit brechen muß. Das G. verwendet den gleichen Ausdruck auch bei der Erpressung (Art. 156 Ziff. 1 I), bei der Notzucht (Art. 187 II) und bei der Nötigung zu einer unzüchtigen Handlung (Art. 188)¹. Im Zusammenhang des Raubtatbestandes wird es sich hier namentlich um die Verwendung berauschender und narkotischer, vielleicht auch hypnotischer Mittel handeln². Auch das Schrecken mit einer schweren Drohung, die sich nicht gegen Leib und Leben richtet, kann so eindrucksvoll sein, daß sie die Widerstandsfähigkeit des Opfers aufhebt³. Nicht zählt hier die listige Beseitigung eines Widerstandes. Die List kann zu einem Irrtum führen oder einen Irrtum unterhalten, aber sie bewirkt nicht die Widerstandsfähigkeit im Sinne des Art. 139⁴.

III. Die bisherigen Rechte sehen Strafschärfungen in breiter Kasuistik unter verschiedenen Gesichtspunkten vor. Einmal mit Rücksicht auf die Schwere der Gewalt und im Hinblick auf die Folgen der Gewaltanwendung (Tod, Verstümmelung, lebensgefährliche Verwundung usw.)⁵. Die Erfolgshaftung kommt zur Geltung. Doch zeigt sich zum Teil auch das Bestreben, sie zugunsten einer Fahrlässigkeitshaftung auszuschließen⁶. Andere qualifizierende Momente, die zum Teil mit den Auszeichnungsgründen beim Diebstahl übereinstimmen, ergeben sich im Hinblick auf die besondern Umstände der Tatverübung: Bandenraub, sog. bewaffneter Raub, Raub zur Nachtzeit oder verbunden mit Einbruch oder Einsteigen, Raub mit Auflauern, Straßenraub usw.⁷

¹ Der VE. 1908 Art. 63 Ziff. 5 hatte allgemein bestimmt: Dem Nötigen durch Gewalt wird jede andere Handlung gleichgestellt, die eine Person zum Widerstand unfähig macht.

² Zürich § 166 nennt ausdrücklich betäubende Mittel, z. B. Chloroform, wodurch ein anderer in einen Zustand der Unfreiheit versetzt wird. Vgl. HERTLI: 8f. (Hypnose als Gewalt).

³ Vgl. BINDING: Lehrbuch, I, 313; RHONHEIMER: 21ff.

⁴ Dazu RHONHEIMER: 22ff. (List tauglich zur Herstellung eines faktischen Abhängigkeitsverhältnisses, aber nicht Mittel zu Raub und Erpressung).

⁵ Beispiele: Zürich § 163 lit. a und b, Baselstadt § 147 Ziff. 1 und 2.

⁶ Bern Art. 206: Tod infolge der erlittenen Mißhandlung, wenn „der Täter diesen Erfolg voraussehen konnte“. Bei Körperverletzung und anderer Gesundheitsschädigung ist dagegen schon der Erfolg maßgebend (Art. 207 I). Vgl. auch Luzern § 191 Ziff. 1 und 2.

⁷ Einzelangaben über kantonale Rechte bei Stross: 2, 101f. und namentlich HERTLI: 24ff. Vgl. auch FRANK: 133ff.

Beide Gruppen von Auszeichnungsgründen kommen auch im G. (Art. 139 Ziff. 2), jedoch unter Verzicht auf weitläufige Kasuistik, zum Vorschein:

1. Bedrohung mit dem Tode¹.

2. Verübung einer schweren Körperverletzung, deren Vorliegen auf Grund von Art. 122 Ziff. 1 geprüft werden muß (oben § 8). Nach der Fassung: wenn der Räuber „eine schwere Körperverletzung verübt“ müßte hier Erfolgshaftung angenommen werden, doch ist es richtig, auch in diesem Falle die Bestimmung des Art. 124 (zufällige Folgen einer Körperverletzung) zu berücksichtigen. Klar ist die Hervorkehrung des Schuldgedankens bei den weitern, hier sich anschließenden Qualifikationen: wenn der Täter gegen eine Person mit besonderer Grausamkeit handelte — worüber der Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden hat —, oder wenn die Person, gegen welche die Gewaltanwendung gerichtet war, infolge davon stirbt und der Täter diesen Erfolg voraussehen konnte. In diesen beiden Fällen kann auf lebenslanges Zuchthaus erkannt werden, während im übrigen die Strafdrohung für ausgezeichneten Raub auf Zuchthaus nicht unter 5 Jahren lautet.

3. Bandenraub — wie in Art. 137 Ziff. 2 mit der Erklärung, daß der Täter den Raub als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl zusammengefunden hat, ausgeführt haben muß; dazu oben § 48 II 1.

4. Wie beim Diebstahl wird endlich in Art. 139 Ziff. 2 als Auszeichnungsgrund auch die generelle Klausel „wenn der Raub auf andere Weise die besondere Gefährlichkeit des Täters offenbart“ verwendet; dazu oben § 48 II 3.

IV. Privilegierten Raub sollte es nicht geben. Liegen die Voraussetzungen einer bloßen „Entwendung“ (Art. 138) vor, so ist, wenn der Täter gewalttätig im Sinne des Art. 139 vorgegangen ist, wegen Raubes zu bestrafen². Ob und wie weit der geringe Wert, Not, Leichtsinn usw. des Täters bei der Strafzumessung berücksichtigt werden sollen, hat der Richter zu entscheiden. Anders als beim Diebstahl ist auch der Raub zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen von Amtes wegen zu verfolgen.

¹ Dazu HERTLI: 30f.

² Denkbar ist die Auslegung, daß, da Art. 139 einen Diebstahl oder wenigstens diebische Absicht voraussetzt, bloße Entwendungen, auch wenn sie gewaltsam erfolgen, im Rahmen des Raubtatbestandes keinen Raum finden. Das ist, im Hinblick auf die Gefährlichkeit des Räubers, abzulehnen. Die Gewalttat stempelt auch eine bloße „Entwendung“ zum schweren Delikt; vgl. BINDING: Lehrbuch, 1, 312, N. 1. Gegen Privilegierungen beim Raub auch FRANK: 139. Vgl. ferner HERTLI: 46f. (Privilegierungen in Solothurn und Tessin).

Nicht anwendbar ist dagegen Art. 139, wenn der Täter zwar mit den im Raubtatbestand genannten Zwangsmitteln, aber ohne Bereicherungsabsicht, einem Berechtigten eine Sache entzieht. Das ist auf Grund des Art. 143 strafbar, womit gegebenen Falles die Bestimmungen über Drohung, Nötigung, Körperverletzung, Tötung in Konkurrenz treten können.

II. Delikte gegen das Eigentum und andere Vermögensrechte.

§ 51. Betrug.

Literatur. STOSS: Grundzüge, 2, 118ff. — HEGLER: VD. Bes. Teil, 7, 405ff., 501ff. — ESCHER: Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung (1840). — v. CLERIC: Der rechtswidrige Vorteil im Strafrecht und sein Verhältnis zur allgemeinen Rechts- und Pflichtwidrigkeit, Zürcher Diss. (1910). — Derselbe: Betrug verübt durch Schweigen (1918). — Derselbe: JZ. 11, 141ff.; 14, 234ff. — HÖCHLI: Die Entwicklung des Betrugsbegriffs im deutschschweizer. Strafrecht, Zürcher Diss. (1910). — BADER: Das Delikt des Betrages nach Art. 129 schweizer. StGE., Zürcher Diss. (1920). — BRAUN-SCHWEIG: Betrug bei unsittlichen und widerrechtlichen Geschäften, Zürcher Diss. (1924). — DIGGELMANN: Die Fälschung von Sammlungsobjekten und die strafrechtliche Bekämpfung derselben, Zürcher Diss. (1916), 79ff. — WITZTHUM: Die falsche Parteiaussage im Zivilprozeß, Zürcher Diss. (1926), 54ff. — REICHEL: JZ. 12, 59. — PFENNINGER: JZ. 12, 141ff. — GOETZINGER: JZ. 17, 376ff. — CANNER: JZ. 26, 337ff. — WEGELIN: Z. 44, 92ff. — GRÜNHUT: Z. 51, 43ff. (Schutz loyaler Prozeßführung). — Angaben zu § 52.

I. Kaum in den Grundlinien der juristischen Konstruktion, wohl aber in der Durchführung der einzelnen Züge des Betrugsbegriffes zeigen die bisherigen Rechte große Verschiedenheiten. Man mag mit STOSS (2, 118ff.) eine romanische, an das französische Recht sich anschließende Gruppe und eine deutschschweizerische Gruppe unterscheiden. Bei ihr ergibt sich eine Unterteilung insofern, als die einen Rechte zur Vollendung des Betrugs eine Schädigung verlangen — Betrug als Schädigung durch Täuschung —, während die andern sich mit der in schädigender oder in eigennütziger Absicht begangenen Täuschung begnügen. Sieht man von diesem Unterschied, dessen Tragweite noch erörtert werden wird, und von der Ausgestaltung der einzelnen Momente vorläufig ab, so gelingt es, im Hinblick auf den für den Betrug typischen zeitlichen Ablauf der Geschehnisse folgende Grundlinien des Deliktes festzustellen:

1. Jeder Betrug beginnt mit einem täuschenden Verhalten, einer Verletzung von Treu und Glauben im Verkehr¹.

¹ Treu und Glauben im Verkehr sind das primäre Schutzobjekt der Betrugsbestimmung, das sekundäre ist das Vermögen, wenigstens da, wo das Gesetz den Betrug ausschließlich als Vermögensdelikt faßt; v. CLERIC: JZ. 14, 234.

2. Das täuschende Verhalten muß bei der Person, an die der Täter sich wendet, einen Irrtum bewirken oder einen bei ihr bereits bestehenden Irrtum unterhalten.

3. Aus diesem Irrtum heraus muß die irrende Person dazu gelangen, über ihr oder einem Dritten zustehende Rechte, der Regel nach über Vermögensrechte, eine Verfügung zu treffen.

4. Die Verfügung hat einen Schaden, der Regel nach einen Vermögensschaden, der den Irrenden oder eventuell auch eine Drittperson trifft, zur Folge¹.

Jedes spätere Moment muß mit dem vorangehenden kausal verbunden sein.

Von vereinzelt Rechten, z. B. Tessin Art. 384 § 1, abgesehen, ist zur Vollendung nicht erforderlich, daß der Täter einen Vorteil erlangt, sich bereichert hat. Es genügt der Nachweis, daß der Täter in Bereicherungsabsicht für sich oder einen Dritten oder nach einzelnen Rechten allgemeiner in der Absicht auf rechtswidrigen Vorteil gehandelt hat².

Nach diesem Schema ist der Betrugstatbestand des Art. 148 des G. aufgebaut³. Das gleiche gilt auch für die Mehrzahl der bisherigen Gesetze.

II. Das täuschende Verhalten. Art. 148 umschreibt es zunächst mit den Worten „Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen“. Das ist, was mit dem Tatsachenbegriff (unten II 1) zusammenhängt, richtiger als der in den Gesetzen häufig verwendete Ausdruck: Vorbringen falscher oder Entstellen oder Unterdrücken wahrer Tatsachen (Zürich § 191, Bern Art. 231, Baselstadt § 150 usw.). Eine Tatsache ist immer wahr. Beachtenswert ist die Fassung von Aargau § 160⁴: arglistige Entstellung oder rechtswidrige Vorenthaltung der Wahrheit, eine Formulierung, die ähnlich in Luzern § 221 wiederkehrt.

Die welschen Rechte, die an den Art. 405 des französischen C. p. anknüpfen, drücken sich kasuistisch und konkreter aus. Als bezeichnendes Beispiel mag Genf Art. 364 gelten, der das täuschende Verhalten des Täters mit den Worten umschreibt: soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manoeuvres frauduleuses

¹ Zu dieser Reihe vgl. Zürcher Bl. 11, 273, auch v. CLERIC: Betrug, 207. Das dritte und vierte Moment: Verfügung und Schadenseintritt brauchen nicht erfüllt zu sein bei den nicht zahlreichen Gesetzen (unten V 2), nach denen sich der Betrug schon mit der in schädigender Absicht begangenen Täuschung vollendet.

² An die Stelle der Bereicherungsabsicht (Absicht auf rechtswidrigen Vorteil) tritt bei den Rechten, die zur Vollendung einen Schadenseintritt nicht verlangen, die schädigende — oder auch die eigennützige — Absicht.

³ Zur Entwicklung der Betrugsbestimmung in den eidgenössischen Entwürfen HÖCHLI: 95ff.

⁴ Dazu HÖCHLI: 82f.

pour persuader l'existence de fausses entreprises etc. Ebenfalls an die Kasuistik des französischen C. p. anschließend, aber ihn erweiternd, erklärt Tessin (Art. 364): *Chiunque, attribuendosi falsi nomi o false qualità . . . o adoperando altri inganni, artifici o raggiri atti a sorprendere l'altrui bona fede . . .*¹.

Die dem französischen Recht folgenden Fassungen erklären sich aus dem Bestreben, die Grenze gegenüber einer nur moralisch verwerflichen Lüge und besonders auch die Grenze zwischen einem strafbaren und einem nur zivilrechtlich erheblichen Betrug (OR. Art. 28) deutlicher hervortreten zu lassen². „La tromperie punissable est celle qui fait miroiter aux yeux de la victime un certain résultat qui est de nature à la décider à un certain sacrifice de fortune. . . . On peut définir comme tromperie punissable celle qui est caractérisée par des artifices“ (GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 340f.).

Die Auslegung insbesondere des Art. 148 des G. führt zu folgenden Einzelbetrachtungen:

1. Der Täter spiegelt Tatsachen vor (affirmations fallacieuses; affermazione menzognera) und führt dadurch arglistig (astucieusement; fraudolentement) einen andern irre. Das weist zunächst auf ein aktives, bewußt täuschendes Verhalten hin: das durch Wort, Schrift, schlüssige Handlung oder Gebärden erfolgende Aufstellen von etwas, was nicht ist oder anders ist. Ob es sich um — vorgespiegelte — Tatsachen des äußeren Geschehens oder des menschlichen Innenlebens handelt, ob sie in die Vergangenheit oder in die Gegenwart verlegt werden, bleibt sich gleich. Der Täter muß bewußt wahrheitswidrig Geschehnisse, vergangene oder gegenwärtige, oder Zustände behaupten. Die — lügenerische — Vorspiegelung eines Glaubens oder einer Hoffnung ist nicht Tatsachenbehauptung. Wer einem andern Aktien anhängt mit der Vorspiegelung, sie werden im Kurse steigen, obschon er selbst nicht daran glaubt, spiegelt keine Tatsachen vor³. Auch allgemeine Anpreisungen

¹ Weitere Daten bei STOOSS: 2, 118ff.; v. CLERIC: JZ. 14, 235; HEGLER: 501ff. — Über die geschichtliche Entwicklung des Betrugsdeliktes HEGLER: 410ff. und, insbesondere in den deutschschweizerischen Gesetzen, HÖCHLI: 5ff., 17ff. (Vorbilder: das österreichische StGB. von 1803, das bayrische StGB. von 1813). Vgl. auch BADER: 1ff. Zum Genfer Recht LOGOZ: Z. 48, 439ff. Das neue StGB. der Waadt Art. 195 hat die französische Umschreibung festgehalten: *usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, manoeuvre frauduleuse.*

² Über den Unterschied zwischen zivilrechtlichem und strafrechtlichem Betrug gut v. CLERIC: Betrug, 4ff.

³ v. CLERIC: Betrug, 38ff.; BINDING: Lehrbuch, I, 346: Tatsache ist alles, was erkannt und gewußt werden kann, nicht dagegen was nur zu glauben oder zu hoffen ist. Vgl. Zürcher Bl. 5, Nr. 120 und Z. 18, 331ff.: A spiegelte dem B vor, er werde für ihn Obligationen verkaufen. B übergab ihm die Titel, die A, was von vornherein seine Absicht war, für sich verwendete. Vorspiegelung einer

beim Abschluß eines Geschäfts — gutgehende Wirtschaft z. B. — sind noch keine Tatsachenbehauptungen. Anders, wenn der Täter täuschende Umsatzzahlen vorbringt¹.

Die Beispiele zeigen, das strafrechtliche Schwierigkeiten sich namentlich ergeben, wenn Täuschungen beim Abschluß oder bei der Erfüllung von zweiseitigen Verträgen erfolgen. Das hat gelegentlich zur Aufstellung besonderer Normen über den Betrug bei Verträgen geführt. Schaffhausen § 226 z. B. läßt hier Bestrafung nur zu, wenn der Täter den abzuschließenden Vertrag als Täuschungsmittel zur Schädigung verwendet hat oder wenn aus der Täuschung beim Vertragsschluß hervorgeht, „daß der Täuschende die unwiderbringliche Beschädigung des Getäuschten beabsichtigt oder doch sein Unvermögen zur Entschädigungsleistung . . . vorausgesehen haben muß“². — Auf diesem Wege kann eine befriedigende Grenzziehung zwischen strafrechtlichem und nur zivilrechtlich erheblichem Betrug nicht gefunden werden. Die strafrechtliche Lösung ist, unabhängig von zivilrechtlichen Überlegungen, nur aus dem Strafgesetz zu gewinnen — zunächst durch die Untersuchung, ob der Täter in der vorstehend entwickelten Art Tatsachen vorgespiegelt hat³.

2. Der Täter unterdrückt Tatsachen. Ob es notwendig ist, diese Täuschungsvariante neben der Vorspiegelung — gewissermaßen als ihr Gegenstück — besonders zu nennen, mag man bezweifeln. Soweit das Unterdrücken in einem positiven Verhalten, z. B. im Verdecken einer entscheidenden Briefstelle oder im Vernichten eines Briefes besteht, kann man ein Vorspiegeln annehmen⁴. Von Bedeutung dagegen ist hier die — merkwürdigerweise — bestrittene Frage, ob unter den Begriff des Unterdrückens auch das Schweigen fällt⁵. Das kann nicht zweifelhaft sein.

inneren Tatsache, der Absicht, die Obligationen zum Nutzen des B zu verwerten. Ferner JZ. 8, 124, Nr. 131 (Bern: Täuschung über die Absicht, beim Abschluß eines Geschäftes, nicht zu zahlen, ist Vorspiegelung einer Tatsache).

¹ Dazu BE. 23, 1710f. (zivilrechtlicher Entscheid).

² Ähnlich das frühere luzernische StGB. von 1860, § 225 (Verfolgung nur auf Klage des Geschädigten).

³ Der Lieferant eines Werkes von vertragswidriger Beschaffenheit, das das Aussehen eines vertragsgemäßen hat, behauptet vertragsgemäße Lieferung und fordert volle Bezahlung (Warenbetrug). An Stelle von bestelltem Kognak wird ein minderwertiger, künstlich gefärbter Schnaps zum Kognakpreis geliefert. Strafrechtlicher Betrug ist anzunehmen. Anders Zürcher Bl. 2, Nr. 206, wo gefordert wird, der Verkäufer müsse noch besondere Vorkehrungen treffen, um über die Beschaffenheit der Ware zu täuschen, z. B. Erschwerung der Erkennbarkeit von Mängeln. Das entspricht jedenfalls nicht dem Betrugsbegriff nach Zürich § 191; wer gefärbten Schnaps als Kognak liefert und ihn als solchen bezeichnet, bringt wissentlich eine „falsche Tatsache“ vor.

⁴ Ebenso beim Entstellen einer Tatsache, das einzelne Gesetze, z. B. Zürich § 191, als Täuschungsmittel unnötigerweise besonders nennen. Dazu v. CLERIC: Betrug, 27f.

⁵ Lit.-Angaben bei v. CLERIC: Betrug, 16ff.

Wer schweigt, obschon er Auskunft geben könnte und sollte, und dadurch irreführt, unterdrückt die Wahrheit. Ja, in einem weitern Sinn verstanden, könnte man auch hier von einem Vorspiegeln reden, um so mehr, als sich mit einem für den Betrug erheblichen Verschweigen immer irgendwie ein schwer davon zu trennendes Verhalten verbinden wird¹. Beispiele: Eine Sache wird zum Kauf angeboten und eine Anzahlung erhoben, wobei der Täter verschweigt, daß er über den Gegenstand gar nicht verfügen kann. Bei einem Auslandsgeschäft verschweigt der Verkäufer, daß er die erforderliche behördliche Ausfuhrbewilligung nicht besitzt (JZ. 13, 163, Nr. 143: Baselstadt). Der Täter verschweigt bei einem Geschäftsabschluß den mangelnden Zahlungs- oder Erfüllungswillen (Kredit-, Kautions-, Vorschußschwindler usw.)².

Während nach Art. 148 des G. und nach den bisherigen deutschschweizerischen Rechten das Schweigen im Sinne der vorstehenden Ausführungen ein taugliches, für den Irrtum kausales Täuschungsmittel sein kann, verhält es sich anders mit den welschen Rechten, die *manoeuvres frauduleuses*, eine „*mise en scène*“, fordern. Nach diesen Rechten ist z. B. das bloße Verschweigen des mangelnden Zahlungswillens noch kein betrügerisches Täuschungsmittel³.

Wenn das Schweigen, d. h. die Nichtbekanntgabe (Unterdrückung) einer Tatsache als betrügerisches Täuschungsmittel anerkannt wird, so sind folgende Momente zu beachten, die namentlich v. CLERIC herausgearbeitet hat:

Das Schweigen muß für den bewirkten Irrtum kausal sein⁴. Da aber der Täter neben dem Schweigen regelmäßig auch eine Tätigkeit entfaltet, verbinden sich die aktiven Momente mit dem sie

¹ Insofern zutreffend BINDING: Lehrbuch, 1, 345: rein passives Verhalten (Schweigen) reicht nicht aus. Vgl. auch den Fall Zürcher Bl. 33, Nr. 26. — Anders kann es bei der arglistigen Benutzung eines schon bestehenden Irrtums sein (unten 4).

² Anders als das Verschweigen mangelnden Zahlungswillens wird häufig das Verschweigen der Zahlungsunfähigkeit für sich allein noch nicht als betrügerisches Täuschungsmittel anerkannt; vgl. BE. 31 II, 402f. (mangelnder Zahlungswille erheblich); 19, 539f. und 23, 190 (bloßes Verschweigen mißlicher ökonomischer Lage noch kein täuschendes Verhalten); JZ. 25, 234, Nr. 166 (Zürich) und Zürcher Bl. 36, Nr. 22; siehe unten § 52 IV (Zechprellerei). — v. CLERIC: 136f. stellt sowohl bei mangelnder Zahlungs- (Erfüllungs-) fähigkeit wie bei mangelndem Erfüllungswillen darauf ab, ob „besondere Umstände“ eine Pflicht zur Äußerung erfordern. Das überzeugt jedenfalls nicht im Falle des von vornherein fehlenden Erfüllungswillens; gut, mit Hinweisen auf die st.gallische Rechtsprechung WEGELIN: Z. 44, 94ff. — Art. 641 des italienischen C. p. hat einen besondern Tatbestand: Verschweigen der Zahlungsunfähigkeit beim Abschluß eines Vertrages (*Insolvenza fraudolenta*) aufgestellt.

³ Vgl. HEGLER: 449; v. CLERIC: 12.

⁴ v. CLERIC: 46ff., 72f.

begleitenden Schweigen zu einem Ganzen, das die kausale Wirkung — den Irrtum — erzeugt. Das Schweigen braucht als täuschendes Verhalten nur dann berücksichtigt zu werden, wenn nicht schon die positiven Handlungen für sich allein den Irrtum erregen. Beispiele: A will eine echte Guarnerigeige kaufen. B legt ihm ein künstlich alt gemachtes, mit bestimmten Zeichen versehenes Instrument, auf die er hinweist, vor. Daß es keine Guarneri ist, verschweigt er. A hält sie aber dafür: Betrug durch Vorspiegeln. — B legt dem A ein Falsifikat vor ohne besondere Zeichen und ohne Hinweis auf solche. Er bringt nichts positiv Täuschendes vor, verschweigt nur, daß das Instrument keine Guarneri ist, wofür sie der A infolge des Schweigens des B jedoch hält: Betrug verübt durch Schweigen zu erwägen¹.

Das Schweigen muß rechtspflichtwidrig sein². Das ist der Fall, wenn das Schweigen im Widerspruch mit einer Vorschrift des positiven Rechts steht, z. B. mit Bezeichnungsvorschriften der Lebensmittelpolizeigesetzgebung. Ferner, wenn das Verschweigen entgegen einer vertraglich eingegangenen Äußerungspflicht erfolgt, z. B. in durch Vertrag geordneten Abrechnungsverhältnissen. Endlich allgemein, wenn das Schweigen den rechtlichen Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr widerspricht³.

Nicht erforderlich ist, daß bei der Verbindung von aktivem Verhalten und Verschweigen der Täter wissen muß, daß der Irrtum durch sein Schweigen verursacht wurde. Dolus generalis, das Wissen und der Wille, irgendwie zu täuschen, genügt.

3. Art. 148 fordert, daß der Täter durch die Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt. Die Einfügung des Momentes der Arglist, das die welschen Texte mit den Adverbien astucieusement und fraudolentement wiedergeben, ist mit der auf die welschen Rechte hinweisenden Überlegung erklärt worden, damit komme „le caractère artificieux du mensonge“ zum Ausdruck⁴. Das widerspricht jedoch dem System des Art. 148, der für die betrügliche Täuschung keine manoeuvres frauduleuses erfordert. Übrigens liegt in den andern Tatumständen des Betrugsbegriffs — dem Vorspiegeln und dem rechtspflicht-

¹ Nach v. CLERIC: 31. Vgl. auch DIGGELMANN: 83ff. (Betrug im Antiquitätenhandel).

² v. CLERIC: 74ff.

³ Zürcher Bl. 35, Nr. 36; AargRSpr. 36, Nr. 36. Für die Bewertung der Einzelfälle muß auf v. CLERIC: 123ff. verwiesen werden; vgl. auch unten § 52 IV (Zechprellerei). Ferner BE. 40 II, 612 und dort zitierte Entscheide; ZÜRCHER: Erläuterung VE. 1908, 155; St. Gallen, Entscheidungen Kantonsgericht 1933, Nr. 15 und JZ. 31, 123, Nr. 23. Vgl. ferner, mit wertvoller Kasuistik BUSCH: Betrug durch Schweigen, Sonderausgabe aus der Festschrift für Richard Schmidt (1934), auch GRAEHL: Deutsche JZ. 41, 43ff.

⁴ GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 342.

widrigen Verschweigen (Unterdrücken) zusammen mit den subjektiven Momenten (Bereicherungsabsicht) — bereits eine gewisse Arglist¹.

4. Als besonderer Tatbestand hat die Variante zu gelten, daß der Täter den bereits bestehenden Irrtum eines andern arglistig benutzt. Das geht weiter als die Variante bisheriger Rechte: durch Vorspiegeln oder Unterdrücken von Tatsachen einen Irrtum unterhalten (z. B. Zürich § 191, Baselstadt § 150)². Zwar kann auch bei der Benutzung eines bestehenden Irrtums Vorspiegelung von Tatsachen eine Rolle spielen. Aber notwendig ist das nicht. Ein rein passives Verhalten, ein der Sache den Lauf lassen, genügt: X nimmt irrtümlich an, Schuldner des Y zu sein. Er stellt ihm brieflich Zahlung in Aussicht. In einer Antwort bestätigt Y die Schuld, worauf X Zahlung leistet — Benutzung des Irrtums, verbunden mit Vorspiegelung. Aber auch: Y schweigt auf den Brief des X und läßt sich zahlen. Gegenüber dem früher erörterten Betrug verübt durch Schweigen (oben 2) besteht der Unterschied darin, daß hier ein mit dem Schweigen sich verbindendes aktives Verhalten fehlen kann³. Auch hier sollten aus der Einfügung des Wortes „arglistig“ in den Tatbestand keine das Delikt einengenden Schlüsse gezogen werden.

III. Der Irrtum. Der Täter versetzt durch sein täuschendes Verhalten sein Opfer in einen Irrtum, oder er weiß, daß sein Opfer bereits in einem Irrtum befangen ist, und er nützt diese Sachlage aus. Irrtum ist Nichtübereinstimmung von Vorstellung und Wirklichkeit. Im Irrtum befindet sich, wer Tatsachen, die in einer bestimmten Situation von Bedeutung sind, übersieht oder sie falsch bewertet. Irrtum ist entweder ein Nichterkennen oder ein Verkennen. Ist er auf ein täuschendes Verhalten des Täters zurückzuführen, so ist er das Resultat einer geistigen Beeinflussung. Unerheblich ist, ob der Irrtum schwer oder leicht zu vermeiden war. Auch darauf kann es nicht ankommen, ob es sich bei dem zu Täuschenden um einen kritischen, intelligenten oder um einen unkritischen, leichtgläubigen, vertrauensseligen Menschen handelt. Gerade wer sich leicht durch Vorspiegelungen blenden läßt, verdient gegenüber dem Betrüger Schutz. Auch wenn der zu Täuschende bei größerer Vorsicht und Aufmerksamkeit dem Irrtum hätte entgehen können, so entschuldigt das

¹ Zutreffend v. CLERIC: Betrug, 14, 35 und JZ. 14, 235f. Auch BADER: 46ff. weist mit Recht darauf hin, daß das Wort „arglistig“ zu einer unerwünschten Einengung des Betrugstatbestandes führen könnte.

² Dazu v. CLERIC: JZ. 14, 236f.; BADER: 53. — Zu beachten sind hier Zürich § 191 II und auch — als weiteres Beispiel — Luzern § 222, wonach Betrüger auch ist, wer „von fremdem Betrüge wissentlich einen widerrechtlichen Gebrauch macht“. Danach benutzt der Täter einen von einem Dritten verursachten Irrtum. Art. 148 des G. umfaßt auch diesen Fall, geht aber über ihn hinaus, weil nicht darauf abgestellt wird, wie und durch wen beim Betrogenen der Irrtum entstanden ist.

³ Dazu v. CLERIC: Betrug, 7f. Vgl. auch BE. 25 II, 575f. (zivilrechtlicher Entscheid).

den täuschenden Täter nicht¹. Entscheidend ist allein, daß der Kausalzusammenhang zwischen täuschendem Verhalten und Irrtum nachgewiesen werden kann.

IV. Das Verhalten des Irrenden. Es ist das nächste Glied in der Kausalkette. Aus dem durch den Täter bewirkten oder — wenn ein Irrtum bereits bestand — dem vom Täter benutzten Irrtum heraus trifft der Irrende eine Verfügung. Er leistet eine Zahlung, geht einen ihn belastenden Vertrag ein, oder auch er unterläßt etwas, was er sonst ausgeführt hätte, macht z. B. eine ihm zustehende Forderung nicht geltend. Das „Verhalten“ des Irrenden kann endlich auch in einem Dulden bestehen². Daß der durch den Täter verursachte oder benutzte Irrtum der alleinige Grund für das Verhalten der irrenden Person ist, ist nicht erforderlich, aber er muß einer der entscheidenden Faktoren sein. Kein Betrug liegt vor, wenn der Täter zwar lügt und vorspiegelt — ein Bettler, ein Darlehensnehmer z. B. —, der Gegenspieler ihn jedoch durchschaut, sich nicht täuschen läßt, aber dennoch leistet³. Man kann niemandem verbieten, einen als solchen erkannten Schwindler zu beschenken. Das Opfer zahlt nicht, weil es in einem Irrtum befangen ist. Auch des Betrugsversuchs macht sich der Täter in einem solchen Falle nicht schuldig, weil der Ablauf der Geschehnisse zeigt, daß Betrugsvollendung nicht möglich gewesen wäre.

V. Der Schaden. Das Verhalten des Irrenden muß zu einer Schädigung führen, sei es, daß der Schaden den Irrenden selbst oder, unter bestimmten Umständen, eine Drittperson trifft⁴. Der in einem Irrtum befangene Verfügende und der Geschädigte brauchen nicht identisch zu sein⁵.

¹ Zürcher Bl. 2, 251: „Zum Betrüge genügt jede Täuschung, auch wenn sie nur infolge des Mangels der sonst üblichen Vorsicht und Aufmerksamkeit möglich geworden ist.“ Vgl. die bemerkenswerte Erörterung Prot. II. ExpKom. 2, 343ff. (GAUTIER und CALAME). Bedenklich das im Gerichtssaal 88, 469ff. abgedruckte Urteil des Strafgerichtes Baselstadt, das die Betrugsmöglichkeit gegenüber einer geisteskranken Person ausschließt, weil ihr infolge mangelnder Urteilsfähigkeit „die Fähigkeit, Wahrheit und Irrtum zu unterscheiden“ fehlt. Geisteskranke und auch Kinder wären danach schutzlos einem Betrug ausgeliefert. Die 2. Instanz hat zutreffend wegen Betrugs verurteilt; GOETZINGER: JZ. 17, 376ff.

² Waadt Art. 195 sagt „détermine quelqu'un à accomplir un acte ou à s'en abstenir.“ Zum Ganzen („Verhalten“ als Handeln, Unterlassen oder Dulden) BADER: 57ff.

³ BINDING: Lehrbuch, 1, 351. Über den Schwindel beim Wahrsagen, Traumdeuten usw. unten § 52 VI.

⁴ Das Gegenstück der durch den Betrug bewirkten Schädigung ist die Vorteilerlangung (Bereicherung), die der Betrüger erreicht oder wenigstens erstrebt; darüber unten VII.

⁵ Art. 148 des G. bringt das mit der Fassung zum Ausdruck: „und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, durch das dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt.“ Zur Kausalität zwischen dem Verhalten des Getäuschten und dem Schadenseintritt BADER: 54ff.

Zahlreiche, zum Teil umstrittene Einzelfragen ergeben sich:

1. Während das G. den Betrug ausschließlich als Vermögensdelikt auffaßt, also nur eine Vermögensschädigung in Betracht zieht, berücksichtigen bisherige Gesetze auch die Schädigung oder die Absicht auf Schädigung anderer Rechte. Diese Ausweitung des Betrugstatbestandes findet sich in Zürich §§ 191, 195, Obwalden Art. 110, Glarus § 139, Zug § 125, Solothurn § 156, Schaffhausen § 224, Appenzell A.-Rh. Art. 121, Appenzell I.-Rh. Art. 125, St. Gallen Art. 70 (im besondern Fall des Prozeßbetruges), Graubünden § 186, Aargau § 160¹. Der Betrugsbegriff wird dadurch außerordentlich vag. Übrigens hat die Rechtsprechung aus der Erweiterung nicht viel herauszuholen verstanden. Beachtlich sind einige zürcherische Urteile: Betrug, begangen durch Fälschung eines Stimmzettels bei einer Volkswahl; Schädigung politischer Rechte (Zürcher Bl. 10, Nr. 211; JZ. 7, 246); Schädigung der prozessualen Stellung einer Partei im Zivilprozeß (Bl. 11, 275); Erschleichung des außerehelichen Geschlechtsverkehrs (Bl. 23, Nr. 54)².

2. Das Bild der kantonalen Rechte wird dadurch noch uneinheitlicher, daß einige Gesetze zur Vollendung des Betruges den Eintritt eines Schadens — an fremdem Vermögen oder eventuell an andern fremden Rechten — nicht fordern, sondern nur eine Schädigungs- oder eine eigennützige Absicht des Täters verlangen. Der Betrug wird hier als Gefährdungsdelikt gestaltet³.

3. Die weitere Betrachtung hat sich vor allem mit der Frage der Vermögensschädigung auseinanderzusetzen. Geschützt ist das ganze Gebiet des Vermögens in dem weiten Sinne, daß es alle geldwerten Beziehungen und sonstigen wirtschaftlichen Rechte einer Person umfaßt (oben § 42 II). Anders als bei Unterschlagung, Diebstahl, Raub und bestimmten Erpressungsfällen erschöpft sich der Betrug nicht in einer Sachenteignung. Der Schaden kann irgendeinen Vermögensteil treffen: das

¹ Dieser erweiterte Betrugsbegriff kantonalen Rechte geht auf den § 197 des österreichischen StGB. als Vorbild zurück. Dazu HEGLER: 492f., 501f.; vgl. auch HÖCHLI: 35ff. Siehe ferner GERMANN: Zur Strafbarkeit des Ehebetrugs und Heiratsschwindels in der Festgabe für Goetzinger (1935), 57ff.

² Weitere Daten bei ZÜRCHER: Kommentar zürcher. StGB. § 191, N. 4, z. B. Ehebetrug; ZELLER: Kommentar, § 191, N. 2b; § 195, N. 1. — Die Schädigung „anderer“ Rechte kann besonders bei der besondern Frage des Prozeßbetrugs von Bedeutung werden; unten 5. Die Vagheit dieses erweiterten Betrugsbegriffes kritisieren zutreffend v. CLERIC: Rechtswidriger Vorteil, 151f. und JZ. 14, 234 und PERLMANN (Lit. zu § 52): 17.

³ Besonders deutlich Glarus § 139: „Wer in der Absicht, jemanden an seinem Vermögen oder an andern Rechten zu schädigen, eine Täuschung unternimmt . . . Auf wirklich verursachten Schaden kommt es nicht an.“ Ferner Luzern § 221 II und dazu JZ. 31, 251, Nr. 218, St. Gallen Art. 70, Graubünden § 186, Thurgau § 158. Dazu v. CLERIC: JZ. 14, 233f. (geschichtliche Entwicklung des Betrugsbegriffes). Vgl. auch BADER: 82ff.

Geldvermögen, eine Sache, ein Forderungs-, ein Retentions-, ein Pfandrecht, ein vertraglich gesichertes Recht auf Kundschaft, ein Urheberrecht usw.¹. Ob es sich um private oder der öffentlichen Hand zustehende Rechte handelt, ist zunächst gleichgültig².

Jeder, auch nur momentaner Schaden zählt. Er ist insbesondere gegeben, sowohl wenn die Vermögensaktiven des Betrugsopfers sich vermindert, wie auch, wenn die Passiven sich vermehrt haben³. Nicht ausreichend ist hingegen eine bloße Vermögensgefährdung⁴. Tatfrage ist, ob entgangener Gewinn als Vermögensschaden im Sinne des Betrugsbegriffes zu gelten hat. Das ist jedenfalls nur dann anzunehmen, wenn der Gewinn ohne das täuschende Verhalten des Betrügers mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre. Eine bloße Exspektanz, die sich auf keine begründete Gewinnerlangung stützen kann, ist kein Vermögensbestandteil⁵.

4. Die weitere Frage ist, ob der von BINDING (Lehrbuch, I, 343) apodiktisch aufgestellte Satz: wo kein Recht (des Geschädigten), da kein Betrug restlose Anerkennung verdient. Zutreffend ist, daß gegenüber dem Inhaber von Aussichten auf erst künftig entstehende Rechte Betrug nicht möglich ist. Auch das sog. betrügerische Ausspannen von nicht vertraglich verpflichteter oder sonst fest gesicherter Kundschaft ist nicht Betrug, sondern kann nur als unlauterer Wettbewerb erfaßt werden (unten § 67 IV)⁶.

¹ Aus der Rechtsprechung: Übergabe einer andern als der bestellten Ware unter täuschenden Vorgaben (JZ. 13, 131, Nr. 115); betrügerische Veranlassung zur Eingehung einer Bürgschaft (JZ. 26, 46, Nr. 42); Verlust einer Pfanddeckung (Zürcher Bl. 4, Nr. 208).

² Hier setzt unter Umständen die besondere rechtliche Behandlung der sog. Defraude (Steuer-, Zollbetrug usw.) ein, unten § 52 II. Das für diese Gebiete geltende Sonderstrafrecht darf nicht zu der Annahme führen, ein Betrugstatbestand sei nie gegeben; gut BINDING: Lehrbuch, I, 341f. Vgl. das Urteil Zürcher Bl. 24, Nr. 24 (Betrug gegenüber dem Staat durch Verwendung eines ungültigen Nummernschildes an einem Fahrrad).

³ Bei Darlehnshingabe und andern Geschäften Vermögensschädigung trotz erlangter Gegenforderung dann, wenn diese feststellbar minderwertig ist; JZ. 29, 297, Nr. 224 (Baselstadt); 30, 330, Nr. 245 (Bern); Zürcher Bl. 11, 274f. (momentane Verschlechterung der Vermögenslage genügt); eodem, 35, Nr. 36 (Schädigung auch dann, wenn gegen einen Schuldner in der Betreibung ein Verlustschein erging; er bleibt Schuldner).

⁴ Eine vorübergehende Schädigung ist mehr als bloße Gefährdung, sie ist Schaden; siehe dazu St. Gallen: JZ. 26, 46, Nr. 42 und 31, 123, Nr. 23.

⁵ Zürcher Bl. 15, 340; vgl. FRANK: Kommentar deutsches StGB. (19. Aufl.), § 263, Nr. V 3b. Anders mag der Zivilrichter in Schadenersatzprozessen überlegen; v. TUHR: OR. 84f.

⁶ Entscheidend ist zunächst, wie weit eine Kundschaft zum Vermögen gehört. Ist sie vertraglich verpflichtet, so ist das sicher. Ob andere „treue“ Kundschaft, die weitere Abschlüsse erwarten läßt, zum Vermögen gehört, ist zweifelhaft,

Zwei andere Fälle sind besonders umstritten:

a) Kann eine durch Diebstahl oder auf andere unrechtmäßige Weise erlangte Sache dem Inhaber abgetrogen werden? Auch der Dieb ist Besitzer. Er hat die tatsächliche Gewalt über eine Sache (ZGB. Art. 919 I). Er hat wirtschaftliche Macht über sie, Nutzen von ihr. Die Sache gehört in dem notwendig hier weit zu fassenden Sinn zu seinem Vermögen¹. Dem steht nicht entgegen, daß die gestohlene Sache auch dem „Vermögen“ des Bestohlenen zugehört. Anerkennt man diese aus der weiten Auffassung des strafrechtlichen Vermögensbegriffs sich ergebenden Feststellungen, so ist auch der Dieb kein untaugliches Betrugsobjekt. Die abweichende Meinung ist ganz unbefriedigend, weil sie mißachtet, daß der Täter, namentlich auch subjektiv, alle Betrugsmomente erfüllt. Ihn zu privilegieren, weil das Opfer seines Betrugs auch unsauber ist, liegt kein Anlaß vor².

b) Streitig ist auch, ob im Zusammenhang mit unsittlichen und widerrechtlichen Geschäften³ ein Betrug möglich ist: Der Liebhaber prellt die Dirne um den ihr versprochenen oder von ihr erwarteten Entgelt, den Kuppler um den Kuppellohn. Bei einem angeblichen Rauschgifthandel wird ein Kunde getäuscht oder geschädigt⁴. Jemand wird gegen Lohnversprechen zur Verübung eines Deliktes gedungen. Der Auftraggeber hat von vornherein die Absicht, nicht zu zahlen. Aber auch umgekehrt: Einer verspricht gegen Zahlung die Verübung eines Deliktes mit der Mentalreservation, den Auftrag nicht auszuführen. Eine vielfach vertretene Meinung lehnt in allen Fällen Betrug ab: Wer wegen Unsittlichkeit oder Widerrechtlichkeit eines Geschäftes kein Recht auf Forderung oder auf Gegenleistung habe, werde nicht durch den täuschenden Partner

jedenfalls nur von Fall zu Fall zu entscheiden. Weitgehend v. CLERIC: Rechtswidriger Vorteil, 97 ff.; CANNER: JZ. 26, 338 f. Gut JZ. 8, 325, Nr. 83 (Solothurn).

¹ Über Besitz als Vermögensteil im strafrechtlichen Sinne v. CLERIC: Rechtswidriger Vorteil, 93 ff.

² FRANK: a. a. O. Nr. V 3 c, will den Täter wegen Hehlerei bestrafen. Wie aber, wenn er keine Ahnung davon hat, daß die von ihm ertrogene Sache, durch Diebstahl oder ein anderes Delikt erlangt wurde? BINDING: Abhandlungen, I, 466 nimmt, wenn dem Dieb eine Sache durch Täuschung abgewonnen wird, Hehlerei oder Unterschlagung an. Richtig Zürcher Bl. 33, Nr. 42: Betrug verübt gegenüber einem bösgläubigen Sachbesitzer (Hehler).

³ OR. Art. 20 und 66 (Ausschluß der Rückforderung einer Leistung, die in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, erfolgte). Die zivilrechtliche Lehre vom unsittlichen und rechtswidrigen Geschäft ist hier nicht zu erörtern; dazu PFENNINGER: JZ. 12, 141 f.; BRAUNSCHWEIG: 2 ff.

⁴ Betrug in solchen Fällen mit der Begründung verneint, aus solchen Geschäften entstehe kein Rechtsanspruch. Es fehle daher die Schädigung und beim Täter die Absicht auf rechtswidrigen Vorteil; v. CLERIC: Rechtswidriger Vorteil, 74 f.

zu Schaden gebracht, er schädige sich selbst¹. — Die darin liegende Ablehnung des Kausalzusammenhangs zwischen Täuschung, Irrtum und Schaden ist nicht gerechtfertigt². Der Täter schädigt durch Täuschung fremdes Vermögen. Für die Anwendung der Betrugsbestimmung ist nicht maßgebend die zivilrechtliche Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Geschäftes. Entscheidend ist allein, daß der Täter durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen irreführt oder den Irrtum eines andern benutzt und dadurch den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt hat, aus dem für ihn oder einen andern wirtschaftlicher Schaden entsteht. Das Strafrecht anerkennt damit selbstverständlich nicht vom Zivilrecht verpönte Geschäfte. Der Staat bestraft den Betrüger nicht um des Geschädigten willen, sondern um einen Täter zu treffen, der mit Lug und Trug in fremdes Vermögen eingreift. Ein Schaden, den das Privatrecht auf sich beruhen läßt, braucht nicht auch im Strafrecht unbeachtlich zu sein³.

5. Der sog. Prozeßbetrug, der Fall, daß eine Partei im Zivilprozeß, unter Umständen auch in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, den Richter täuscht und dadurch einen die Gegenseite schädigenden Entscheid erwirkt, bedarf besonderer Untersuchung⁴. Vereinzelt finden sich Sonderbestimmungen, z. B. St. Gallen Art. 70, mit der einschränkenden Umschreibung, daß die täuschende Handlung der Partei darin bestehen

¹ BINDING: Lehrbuch, 1, 343 und namentlich Abhandlungen, 1, 455ff. (Sachverhalt: täuschender Verkauf wertloser Abtreibungsmittel); REICHEL: JZ. 12, 59 zu einem zürcher. Schwurgerichtsurteil (Freisprechung eines angeblichen Spions, der gefälschte und wertlose Dokumente betreffend militärische Verhältnisse an Agenten fremder Mächte verkaufte; Spionagevertrag): Betrugsstrafe nur gerechtfertigt, wo in die rechtlich geachtete Vermögenssphäre des andern eingegriffen wird. Weitere Lit.-Angaben bei BRAUNSCHWEIG: 21ff. und über die Betrug ablehnende zürcherische Praxis: 38ff. Vgl. ferner ESCHER: 132ff.; HEGLER: 428f.: bei dem um den Lohn geprellten gedungenen Verbrecher und der um den Lohn geprellten Dirne Betrug abgelehnt mit der Begründung, die getäuschte Person nehme keine Vermögensdisposition vor. Allein sie wird durch Täuschung zu einem Verhalten bestimmt, wobei ihr der versprochene oder sicher erwartete Gewinn entgeht. Auch in diesen in der Konstruktion des Betrugsbegriffes vielleicht zweifelhaften Fällen ist es stoßend, den Täter straflos zu lassen.

² Zutreffend PFENNINGER: 145ff. Vgl. JZ. 31, 220, Nr. 46 (Luzern: Betrug bei angeblicher Lieferung von Kokain).

³ So PFENNINGER: a. a. O.; BRAUNSCHWEIG: 27ff., 35ff. (Hinweise auf die Praxis von Baselstadt); GOETZINGER: JZ. 17, 377; JZ. 18, 360ff. (St. Gallen: Schmuggelvertrag, wobei die Personen, die Waren zum Ausfuhrschmuggel entgegennahmen, von vornherein entschlossen waren, die Ware für sich zu behalten; Benützen eines beim Auftraggeber vorhandenen Irrtums).

⁴ Daß Betrug vorliegen kann, wenn eine Prozeßpartei die andere durch Täuschung zu einem Klagerückzug, einer Klageanerkennung oder einem ihr nachteiligen Vergleich usw. bestimmt, ist nicht bestreitbar. Das ist nicht eigentlicher Prozeßbetrug; vgl. BINDING: Lehrbuch, 1, 350, N. 2; WIRZTHUM: 65ff.

muß, daß sie eine eigene Unterschrift ableugnet oder die als echt erkannte Unterschrift eines andern als unecht erklärt.

Die Frage ist allgemein so zu stellen, ob das falsche Parteivorbringen, das auch in einer Unterdrückung von Tatsachen oder in der Benutzung eines schon bestehenden Irrtums liegen kann, taugliches Betrugsmittel ist¹. Unhaltbar ist die Anschauung, daß der Richter, der einseitigem Parteivorbringen glaubt, pflichtwidrig handelt. Auch er ist der Täuschung ausgesetzt und zugänglich². Die vor den Richter tretende Partei ist zur Wahrheit verpflichtet. Wenn z. B. § 90 der Zürcher ZPO. diese Wahrheitspflicht ausdrücklich bestimmt und hinzufügt, daß böswillige Prozeßführung disziplinarisch zu ahnden ist, so wird dadurch, wenn der Täter nicht nur lügt, sondern den Betrugstatbestand erfüllt oder zu erfüllen versucht hat, eine kriminelle Bestrafung nicht ausgeschlossen³. Sie ist auch gerechtfertigt. Die Rechtsprechung ist jedoch unsicher: Die Urteile in Zürcher Bl. 15, Nr. 32 bejahen das Vorliegen eines ausgezeichneten Betrugs (Zürich § 192 Ziff. 5: Betrug begangen durch Hintergehung öffentlicher Beamter), wenn die Prozeßpartei durch unwahre tatsächliche Behauptungen oder wissentliches Ableugnen der Wahrheit den Richter täuscht⁴. Weniger weit geht, der herrschenden Auffassung entsprechend, Baselstadt (JZ. 28, 268, Nr. 232 und Z. 45, 269ff.) mit dem Ausgangspunkt, eine Täuschung des Richters sei in der Regel nicht schon durch einseitige Parteibehauptung möglich, da das Urteil nur auf den erwiesenen Sachverhalt gestützt werden dürfe. Betrug liege dagegen vor, wenn die Unwahren behauptende Partei gefälschte Urkunden oder andere falsche Beweismittel benutze⁵. — Vollendet ist der Prozeßbetrug mit dem Schadenseintritt, der wohl immer erst mit der Rechtskraft (Vollstreckbar-

¹ WITZTHUM: 54ff. (Auseinandersetzung mit der Literatur und der schweizer. und deutschen Rechtsprechung).

² Dazu gut v. CLERIC: JZ. 11, 141f.

³ Zur Frage im ganzen FRITZSCHE: Wahrheit und Lüge im Zivilprozeß (1921); vgl. auch GAFNER: Die Parteibefragung im schweizer. Zivilprozeßrecht, Berner Diss. (1919). v. CLERIC: JZ. 11, 144 hält bei unwahren Behauptungen einer Partei disziplinäre Ahndung für ausreichend.

⁴ Eingehende Erörterung und Auseinandersetzung mit der Literatur. Minderheitsanträge, u. a. mit der Begründung, im Zivilprozeß seien die Parteierklärungen anders zu bewerten als im Privatverkehr. Wiedergabe der Urteile auch in JZ. 11, 81f. und 111ff. Vgl. ferner Zürcher Bl. 16, Nr. 62 (Unterdrücken einer Beweisurkunde vor dem Instruktionsrichter in einer sog. Referentenaudienz als bloße Vorbereitungshandlung bewertet).

⁵ Ähnlich St. Gallen, Entscheidungen des Kantongerichtes, 1929, Nr. 10. Vgl. auch ZÜRCHER: Kommentar zürcher. StGB. § 191, N. 4; Zürcher Bl. 2, Nr. 207; JZ. 32, 108, Nr. 23 und Zürcher Bl. 34, Nr. 112 und namentlich v. CLERIC JZ. 11, 144ff. (Betrug bei Benutzung falscher oder simulierter Beweismittel und unwahre Behauptungen in der persönlichen Parteibefragung). Gegen diese Beschränkungen mit Recht WITZTHUM: 72ff.

keit) des durch Täuschung erlangten Urteils angenommen werden kann¹. Nach den Gesetzen, die den Betrug ausschließlich als Vermögensdelikt fassen (G. Art. 148), versagt die Betrugsbestimmung, wenn es sich um ein Urteil, das nicht über Vermögensrechte befindet, handelt². Anders nach dem Betrugsrecht der Gesetze, die auch die Schädigung „anderer Rechte“ berücksichtigen (oben V 1).

Vom „Prozeßbetrug“ wohl zu unterscheiden ist der in Art. 306 des G. aufgestellte Tatbestand der falschen Beweisaussage der Partei. Er ist ein Delikt gegen die Rechtspflege, das zur Vollendung gelangt, auch wenn Irrtum und Schaden nicht bewirkt wurden³.

6. Der Irrende, infolge der Täuschung Verfügende und der Geschädigte brauchen nicht identisch zu sein⁴. Art. 148 erklärt ausdrücklich, daß der Vermögensschaden beim Getäuschten selbst oder bei einem andern eintreten kann. Voraussetzung ist, daß der Getäuschte tatsächlich in der Lage ist, irgendwie über fremdes Vermögen zu verfügen⁵. Ungerechtfertigt ist die Annahme, die getäuschte Person müsse ein Recht gehabt haben, über das Drittgut zu verfügen. Wenn eine leichtgläubige Ehefrau einem Schwindler aus dem Vermögen ihres Mannes ein Darlehen gewährt, so braucht nicht lange untersucht zu werden, ob die Frau Verfügungsberechtigt war oder nicht⁶.

VI. Da der Betrug häufig Distanzdelikt ist, wird in solchen Fällen die Frage nach dem Begehungsort von Bedeutung. Das G. in Art. 7

¹ Nicht erforderlich ist, daß die verurteilte Partei auf Grund des von der Gegenpartei ertrogenen Urteils geleistet hat; vgl. BINDING: Lehrbuch, 1, 351. Zur Frage Vollendung und Versuch namentlich WITZTHUM: 92ff.

² Ein Vermögensschaden liegt auch in diesen Fällen dann vor, wenn die infolge des Prozeßbetruges unterlegene Partei zu Kosten und Prozeßentschädigung verurteilt wird.

³ Zur Frage im Ganzen WITZTHUM: passim, insbesondere 101ff.

⁴ Klare Beispiele: der sog. Prozeßbetrug, oben 5 und dazu WITZTHUM: 60ff.; Schädigung des Inhabers eines Bankguthabens unter Täuschung der Bankorgane über die Bezugsberechtigung (Sparheftbetrug); vgl. auch den Fall JZ. 15, 152, Nr. 33. Ferner: A, der seine Forderung an B dem C abgetreten hat, zieht sie unter Verschweigung der Abtretung bei B ein und schädigt dadurch den C; ZÜRCHER: Kommentar zürcher. StGB. § 191, N. 8.

⁵ Zürcher Bl. 16, 79. Interessant, aber nicht überzeugend CANNER: JZ. 26, 339ff., der beim sog. Kundenfang (s. oben V 4) Betrug in jedem Falle ablehnt: der getäuschte Kunde verfüge nicht über Vermögen, das dem durch das Abspenstigmachen von Kundschaft geschädigten Geschäftsmann zustehe. Doch; wenn ein Kunde seine Kaufkraft einem andern als dem bisherigen Lieferanten zuwendet, hat er über Vermögen des letztern — soweit Kundschaft zum Vermögen gehört — verfügt.

⁶ Abweichend ZELLER: Kommentar, § 191, N. 8. Nicht befriedigend auch HEGLER: 430, der verlangt, der dritte Getäuschte müsse mindestens der Willensvertreter des Geschädigten gewesen sein. Gut BADER: 70f.

und — für die Gerichtsstandsordnung — in Art. 346 bekennt sich zur sog. Ubiquitätstheorie. Über sie, die zum Teil abweichenden kantonalen Ordnungen, ferner über die Möglichkeit interkantonalen und internationaler Kompetenzkonflikte vgl. Allg. Teil, § 17¹.

VII. Die subjektiven Tatbestandsmomente. Der Vorsatz des Betrügers geht auf Irreführung durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen oder auf Benutzung eines bereits bestehenden Irrtums und darauf, den Irrenden zu einem schädigenden Verhalten zu bestimmen (G. Art. 148 Ziff. 1)². Dolus eventualis genügt. — Umstritten ist die Tragweite der Worte „um sich oder ändern einen rechtswidrigen (Vermögens-) Vorteil zu verschaffen“ (z. B. Zürich § 191, Basel § 150) oder, wie das G. Art. 148 sich ausdrückt: „in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmäßig zu bereichern“. Muß dem Täter das Streben nach unrechtmäßigem Gewinn (Vorteil) für sich oder einen andern als Motiv nachgewiesen werden oder ist wegen Betrugs auch strafbar, wer z. B. durch eine Täuschung ihm gestohlenen Gut wiedererlangt oder wer sich durch Erschwindelung fremden Gutes mit (unerlaubter) Selbsthilfe für eine bestehende Forderung selbst bezahlt machen will? Da in einem solchen Fall eine Bereicherungsabsicht, die Absicht auf unrechtmäßige Vermögensvermehrung³, nicht angenommen werden kann, bleibt der Täter, wenigstens nach G. Art. 148, straflos. Bei der viel weitern Fassung: Absicht auf rechtswidrigen Vorteil (Zürich § 191 und andere kantonale Rechte) kann dagegen diese Absicht darin erblickt werden, daß der Täter darauf ausgeht, unter Umgehung des Rechtsweges mit unerlaubten Mitteln sich selbst zu helfen⁴. Er erstrebt einen Vorteil, etwas, das seine Lage günstiger als vorher gestalten soll⁵.

So ergibt sich, gleich wie bei der Frage des Betrugsschadens, auch bei der Frage der Vorteilserlangung der Unterschied, daß einzelne

¹ Täuschung und Irrtumserregung durch Benutzung von Telephon und Telegraph: JZ. 15, 152, Nr. 33; vgl. auch eodem, 230, Nr. 51.

² Zürcher Bl. 13, 253: Die Schädigung muß die gewollte Folge der Täuschung sein. Unklar BE. 4, 126, wonach das Wissen um die Vermögensschädigung genügen soll. Vorsatz ist Wissen und Wollen. Der Betrüger will schädigen. Jedoch genügt dolus eventualis. Unklar auch JZ. 22, 154, Nr. 140 (Zürich) mit dem Stichwort: „Die Schädigungsabsicht ist nicht Tatbestandsmerkmal.“ Das stimmt. Erforderlich aber ist Schädigungsvorsatz. Gut HEGLER: 431.

³ Dazu oben § 46 I.

⁴ S. jedoch JZ. 28, 68 zu Bern Art. 231: Keine Absicht auf rechtswidrigen Vermögensvorteil, wenn der Täter lediglich zur Durchsetzung einer bestehenden Forderung täuschte. Vgl. ferner THORMANN: Prot. II. ExpKom. 2, 344; v. CLERIC: Rechtswidriger Vorteil, 346ff.; Zürcher Bl. 33, Nr. 41.

⁵ Zum Vorteilsbegriff namentlich v. CLERIC: Rechtswidriger Vorteil, 71ff., 141ff., insbesondere zu Zürich § 191: 144ff. Vgl. auch BINDING: Lehrbuch, 1, 362f.

kantonale Rechte (oben V 1) nicht nur den Vermögensvorteil, sondern auch andere Vorteile in Betracht ziehen, während die andern bisherigen Rechte und Art. 148 des G. nur Vermögensvorteile berücksichtigen¹. Vorteilerlangung und Schaden müssen miteinander korrespondieren. Der Schaden des Betrogenen soll zum Gewinn des Täters oder eines Dritten werden. Für die Gesetze, die den Betrug ausschließlich als Vermögensdelikt behandeln, ist hier die Kennzeichnung als Vermögensverschiebung von einigem Wert². Nur muß man sich darüber klar sein, daß der Betrug vollendet ist, bevor die Verschiebung zu Ende gediehen ist. Der Schaden zwar muß eingetreten sein. Die Vorteilerlangung, die Bereicherung des Täters kann — z. B. bei einem Distanzbetrug — noch ausstehen, tritt vielleicht überhaupt nie ein. Die Gesetze fordern nicht mehr als den Nachweis, daß der Täter in der Absicht auf rechtswidrigen Vorteil gehandelt hat³.

Auf rechtswidrigen Vorteil (unrechtmäßige Bereicherung) muß die Absicht des Täters gehen. Bedeutet das, daß der Vorteil vom objektiven Recht, d. h. hier regelmäßig vom Privatrecht, mißbilligt werden muß oder macht ihn schon das Mittel der Erlangung — die betrügerische Täuschung — zu einem rechtswidrigen? Die Anschauungen gehen auseinander. Nach der einen Auffassung soll eine Bestrafung wegen Betrages nicht erfolgen, wenn jemand eine Schenkung erträgt, weil im Beschenktwerden kein vom Recht mißbilligter Vorteil liege. Auch die durch Täuschung erlangte Beute des Bettlers soll danach keinen rechtswidrigen Vorteil darstellen⁴. Bleibt man bei der Wortauslegung des Ausdrucks: Absicht auf unrechtmäßigen (rechtswidrigen) Vermögensvorteil stehen, so mag man dieser Auffassung zustimmen. Die weitergehende, auch juristisch zu rechtfertigende Auslegung, daß ein Vorteil schon dadurch rechtswidrig wird, daß der Täter ihn durch Täuschung, durch ein vom Recht verpöntes Mittel, erlangt, ist jedoch notwendig. Lehnt man sie ab, so bleiben durchaus strafwürdige Fälle betrügerischer Vorteilerlan-

¹ Eine verschiedene Bedeutung der Fassung bisheriger Gesetze, die beim Täter die Absicht auf rechtswidrigen Vermögensvorteil verlangen (z. B. Basel § 150) und der Fassung: Absicht auf unrechtmäßige Bereicherung in Art. 148 des G. ist nicht anzunehmen. Anderer Meinung v. CLERIC: JZ. 14, 237.

² Darüber namentlich HEGLER: 407 ff.

³ JZ. 15, 152, Nr. 33 (Zürich). BINDING: Lehrbuch, 1, 364 konstruiert: Der vollendete Betrug ist de lege lata „versuchte rechtswidrige Bereicherung durch vollendete rechtswidrige Schädigung“. Vgl. auch HÖCHLI: 101, 116, 121 ff.

⁴ BINDING: Lehrbuch, 1, 363 f.: entscheidendes Kriterium soll sein, daß das Gesetz einen Rechtsanspruch auf Aufhebung des Vorteils gewähren muß. Zur ganzen Frage namentlich v. CLERIC: Rechtswidriger Vorteil, 209 ff., 258 ff. mit dem Grundsatz: „Der Vermögensvorteil ist rechtswidrig, wenn er im Widerspruch mit Normen (des objektiven Rechts) oder mangels solcher im Widerspruch mit dem Geist der rechtlich geregelten Vermögensordnung erlangt wird“ (264, auch 250). Vgl. auch PFENNINGER: JZ. 12, 145.

gung — z. B. Fälle von Betrug im Zusammenhang mit unsittlichen und widerrechtlichen Geschäften (oben V 4 b) — straflos.

VIII. Art. 148 Ziff. 1 des G. sieht für den Grundtatbestand des Betrugs die gleiche Strafdrohung — Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis — vor wie bei den Grundtatbeständen des Diebstahls, der Hehlerei, der Erpressung, des Wuchers, des betrügerischen Konkurses und des Pfändungsbetruges. Die bisherigen Rechte führen, von Thurgau § 158, Freiburg Art. 89 und Waadt Art. 195 abgesehen, die gemeinrechtliche Abstufung der Strafdrohungen nach Wertgrenzen durch (vgl. oben § 48 II 4).

Eine Reihe bisheriger, namentlich deutschschweizerischer Rechte stellt neben den Grundtatbestand eine Liste von Fällen, die sie als ausgezeichneten Betrug mit schwererer Strafe bedroht. Diese Qualifikationen gehen aber nur zum Teil auf den im Diebstahlsrecht durchgeführten Gedanken zurück, nach dem der Gesetzgeber die besondere Art und die besondern Umstände, unter denen das Delikt verübt wird, qualifizierend verwertet (oben § 48 III). Zum andern Teil sind es Tatbestände, die eine spätere gesetzgeberische Entwicklung aus dem Zusammenhang mit dem Betrug gelöst und verselbständigt hat¹. Als bezeichnendes Beispiel für die alte Manier kann Zürich § 192 gelten. Als echte Qualifikationen mögen gelten der Betrug begangen gegenüber öffentlichen Beamten, gegenüber einem Dienstherrn, einem Mündel usw. (§ 192 Ziff. 5 und 6). Die andern Fälle dagegen: Betrug verübt durch Verwendung gefälschter Stempel, Urkunden, Nahrungsmittel usw. (Ziff. 1—3) und ferner die sog. Grenzverrückung und die betrügerische Amtsanmaßung (Ziff. 4 und 5) hat die neuere Gesetzgebung aus dem Betrugsrecht ausgeschieden². — Das eidg. G. hat als einzige, echte Qualifikation nur den gewerbsmäßig verübten Betrug vorgesehen. Über den Begriff der Gewerbsmäßigkeit s. oben § 28 III 2³. Die Strafdrohung lautet auf Zuchthaus bis zu 10 Jahren und Buße.

Der zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen verübte Betrug wird, auch wenn der Täter ein gewerbsmäßiger Betrüger ist, nur auf Antrag verfolgt (Art. 148 Ziff. 3). Weitere Privilegierungen kennt

¹ Zur Geschichte der allmählichen Reinigung des Betrugsbegriffes, die namentlich zu einer Loslösung von den Fälschungsdelikten geführt hat, v. CLERIC: JZ. 14, 233 (mit weitem Literaturangaben). Vgl. auch HEGLER: 501 und die Schrift von ESCHER, insbesondere 310ff., der die Ausscheidung der Fälschung vom Betrug hervorragend gefördert hat.

² Rechtsprechung zu Zürich § 192 in den Kommentaren von ZÜRCHER, ZELLER und KÖPFLI. Ähnlich wie Zürich sehen qualifizierte Betrugstatbestände vor Luzern § 226, Schwyz § 83, Obwalden Art. 113, Glarus § 140, Schaffhausen § 225 (besonders eigenartig), St. Gallen Art. 71ff., Appenzell A.-Rh. Art. 121, Tessin Art. 385.

³ Vgl. auch BADER: 93f.

das G. nicht¹. Den gegenüber nahen Verwandten verübten Betrug ganz straflos zu lassen, was Solothurn §§ 158, 152, Tessin Art. 389, 367 § 1, Waadt Art. 210f. (bei Hausgemeinschaft), Genf Art. 364 IV, 317 vorsehen, läßt sich wohl kaum rechtfertigen.

§ 52. Ergänzende und betrugsähnliche Tatbestände.

Literatur. Angaben zu § 51. — I. Versicherungsbetrug: BASCHY: Der strafrechtliche Charakter der Täuschungshandlungen im Versicherungswesen, Zürcher Diss. (1914). — RIEDER: Die strafrechtlichen Bestimmungen des BGes. über die Kranken- und Unfallversicherung von 1911, Zürcher Diss. (1918). — ZÜRCHER: Z. 17, 121 ff. — GRAVEN: Z. 44, 133 ff.; 47, 1 ff. — II. Defraude: ROEDER: Die Steuervergehen des zürcher. Gesetzes., Zürcher Diss. (1921). — JEGER: Das solothurnische Gemeindesteuerecht, Berner Diss. (1934), 181 ff. — SCHLEGEL: Zentralbl. f. Staats- und Gemeindeverwaltung, 23, 201 ff. — KLAUS: eodem, 31, 321 ff., 353 ff., 481 ff. — MELI: JZ. 13, 246 f. — SCHWEGLER: Das eidg. Zollstrafrecht, Zürcher Diss. (1920). — KIRCHHOFER: Z. 48, 151 ff. — SAND: Z. 50, 369 ff. — III. Handelsregister- und Firmenstrafrecht: SAUTTER: Die wirtschaftliche Überfremdung und das Prinzip der Firmenwahrheit, Zürcher Diss. (1926), 22 ff. — WEISBROD: Die Strafbestimmungen im schweizer. Handelsregister- und Firmenstrafrecht, Zürcher Diss. (1931). — FLÜCKIGER: Berner Z. 60, 521 ff. — LUDWIG und BOVAY: ZschwR.N.F. 44, 13a und ff., 191a und ff. — IV. Zechprellerei: HAFTER: Festgabe der Zürcher Fakultät (1908), 241 ff. — v. CLERIC: Z. 39, 16 ff. — V. Leistungserschleichung: SCHILLER: Rechtsverhältnisse des Automaten, Zürcher Diss. (1898). — WEINSCHAL: Erschleichen von Leistungen, Zürcher Diss. (1916). — HEROLD: JZ. 28, 33 ff. — VI. Ausbeutung der Leichtgläubigkeit: v. CLERIC: JZ. 18, 281 ff. — VII. Boshafte Vermögensschädigung: PERLMANN: Zürcher Diss. (1931). — VIII. Unwahre Angaben über Handelsgesellschaften usw.: LUDWIG: ZschwR.N.F. 44, 61a und ff., 70a und ff.

Die Reichweite des Betrugstatbestandes wird immer zweifelhaft bleiben. Die Fälle sind zahlreich, in denen ein Täter durch Täuschung schädigt, wobei es nicht oder nur schwer gelingt, den Betrugsbegriff zur Anwendung zu bringen. Davon abgesehen ist es bei einzelnen dieser Handlungen auch nicht wünschenswert, den Täter mit der kriminellen Betrugsstrafe oder sogar überhaupt mit einer Strafe zu treffen. Der Nebenstrafgesetzgebung kommt hier große Bedeutung zu. Den Reichtum, namentlich der kantonalen Rechte, kann diese Darstellung nicht ausschöpfen. Auf folgende Gebiete ist besonders hinzuweisen:

I. Fälle von Versicherungsbetrug. 1. Bisherige Rechte behandeln den Versicherungsbetrug im Zusammenhang insbesondere mit der Brandstiftung an eigener Sache. Beispiele: Luzern § 107 I: Brandstiftung an eigener Sache „in betrügerischer Absicht, auch wenn keine Gemeingefahr entsteht“; Bern Art. 192: „in betrügerischer Absicht, zum

¹ S. dagegen bisherige Rechte: Schaffhausen §§ 226 und 242, Graubünden § 189, Thurgau § 159 machen auch den in Vertragsverhältnissen verübten Betrug zum Antragsdelikt. Zug §§ 126 III und 119 lit. b und Waadt Art. 208 II setzen bei geringem Schadensbetrag einen Strafantrag voraus.

Zwecke, daraus Vorteil zu ziehen oder in irgendeiner Weise die Rechte anderer zu verletzen“; Tessin Art. 386 lit. b (als qualifizierter Betrug): „quando, per frodare il premio dell' assicurazione, l'autore avrà incendiato o fatto incendiare l'edificio assicurato“; Waadt Art. 220: mettre feu à sa propre chose dans l'intention, soit de porter atteinte aux droits d'un tiers, soit de se procurer ou de procurer à autrui un avantage illégitime¹. Ausgangspunkt ist eine Brandstiftung, durch die der Täter seine betrügerischen Pläne realisieren will. Die Frage ist, ob der Gesetzgeber einen solchen besondern Fall der Brandstiftung — neben der mit einer Gemeingefahr verbundenen Brandstiftung — vorsehen soll. Für das eidg. G. ist das als unnötig abgelehnt worden². Bei dem Täter, der seine eigene Sache anzündet, wird zwar regelmäßig die Vermutung der betrügerischen Absicht bestehen. Aber häufig wird der Beweis dieser Absicht schwierig sein, solange der Täter nicht Weiteres vorgekehrt, mit einem täuschenden Verhalten gegenüber dem Versicherer mindestens begonnen hat (falsche Schadensanzeigen, Unterdrückung der Tatsache, daß der Versicherungsnehmer den Schaden selber verursacht hat usw.). Dann mündet das Verhalten des Täters in den Betrugsversuch und den Betrug ein. Die Betrugsbestimmungen reichen daher aus³.

2. Aus der Sondergesetzgebung sind folgende Bestimmungen über „Versicherungsbetrug“ hervorzuheben:

a) Das BGes. vom 28. Juni 1901 betreffend Versicherung der Militärpersonen gegen Krankheit und Unfall (GesSlg. N.F. 18, 803ff.) Art. 12 I nennt Simulation von Krankheiten und Unfällen durch die versicherten

¹ Weitere Daten bei STOOSS: Grundzüge, 2, 362; HEGLER: VD. Bes. Teil, 7, 506f.; v. MURALT: Brandstiftung, Berner Diss. (1906), 57ff. und namentlich BASCHY: 7ff.

² Prot. II. ExpKom. 4, 88f.; 8, 281f., 286; vgl. auch Prot. I. ExpKom. 2, 647ff.; BASCHY: 74ff. GRAVEN: Z. 44, 156 stellt für die Bekämpfung des Versicherungsbetruges — im weitesten Umfang — ebenfalls auf den allgemeinen Betrugstatbestand ab, hält aber in Art. 148 Ziff. 1 einen Hinweis auf Täuschung von Versicherungsgesellschaften für wünschenswert („induire en erreur une personne ou une institution, notamment une institution d'assurance à fins privées ou publiques“). Das ist nicht nötig und wäre gesetzestechisch verfehlt.

³ ZÜRCHER: Z. 17, 157ff. mit dem Ergebnis, daß die gegebenen Falles anzuwendenden Bestimmungen über Brandstiftung, eventuell auch über Sachbeschädigung, Tötung, Körperverletzung (bei der Personenversicherung unter Umständen von Bedeutung) zusammen mit der Betrugsbestimmung genügen, so daß es nicht notwendig ist, z. B. die Brandstiftung an eigener Sache in betrügerischer Absicht — eine Art Vorbereitungshandlung — besonders zu treffen. Ebenso BASCHY: 79ff. Vgl. dagegen den Sondertatbestand Freiburg Art. 91. — Gegen Täuschungen des Versicherungsnehmers gegenüber dem Versicherer beim Vertragsschluß und im Schwebezustand zwischen Vertragsschluß und Geltendmachung eines Versicherungsanspruchs bieten das BGes. über den Versicherungsvertrag (namentlich Art. 6, 26, 40) und die Versicherungsverträge genügenden Schutz; vgl. ZÜRCHER: 153ff.; BASCHY: 19ff., 50ff.

Militärpersonen (Art. 1ff.). Der Täter soll, „gleichviel ob er durch sein wissentlich falsches Vorbringen Leistungen der Militärversicherung erwirkt oder nur zu erwirken versucht hat, wegen Betrugs oder Betrugsversuchs dem Strafrichter überwiesen werden“. Für leichtere Fälle sieht das Gesetz militärrechtliche disziplinarische Bestrafung (MilStG. Art. 180ff.) vor¹. Von den disziplinarisch zu erledigenden Fällen abgesehen, sind solche Delikt auf Grund des Art. 136 I MilStG. zu beurteilen, soweit der Täter dem militärischen Strafrecht untersteht (MilStG. Art. 2)². Soweit das nicht zutrifft, ist das bürgerliche Strafrecht anzuwenden. Die Beurteilung hat nach Maßgabe des zur Anwendung gelangenden Betrugsstatbestandes zu erfolgen. Solange das eidgenössische bürgerliche Strafgesetz nicht besteht, ist, im Hinblick auf die Verschiedenheit der kantonalen Betrugstatbestände, die strafrechtliche Bekämpfung des gegen die eidgenössischen Versicherungsanstalten sich richtenden Versicherungsbetrugs sehr unbefriedigend³.

b) Ohne ausreichende Tatbestandsumschreibung bestimmt Art. 99 II des BGes. vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung (GesSlg. N.F. 28, 353ff.): „Wer auf betrügerische Weise nicht geschuldete Leistungen erlangt oder zu erlangen sucht oder dazu behilflich ist, wird dem kantonalen Strafrichter überwiesen.“ Kantonales Strafrecht ist maßgebend, solange es an einer eidgenössischen Betrugsbestimmung fehlt⁴. — Anders verhält es sich mit dem sog. Prämien- und Lohnlistenbetrug. Der bei der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt versicherte Unternehmer, der wahrheitswidrige Lohnlisten führt und sie der Anstalt einreicht mit der Absicht und dem Erfolg, daß die Anstalt über die Höhe der ausbezahlten Lohnsumme und die demgemäß zu leistende Prämie getäuscht und infolgedessen geschädigt wird, ist lediglich auf Grund der Art. 64 und 66 des BGes. und des Art. 28 der VO. II über die Unfallversicherung zu bestrafen. Die eidgenössischen Spezialstrafatbestände gehen den kantonalen Betrugsbestimmungen vor⁵.

¹ Auf weitere Täuschungsfälle weisen ferner hin das Ges. betreffend Versicherung der Militärpersonen gegen Krankheit und Unfall Art. 14 IV und 17 und das BGes. vom 23. Dezember 1914 über die Militärversicherung (GesSlg. N.F. 33, 1097ff.) Art. 13 III.

² GRAVEN: Z. 44, 154f.

³ Das zeigt das von GRAVEN: Z. 44, 135ff., 142ff. zusammengestellte Tatsachen- und Gesetzesmaterial.

⁴ Auf diesen, bei der großen Zahl der Fälle besonders empfindlichen Mangel einer eidgenössischen Betrugsbestimmung und die Verschiedenheiten in der Rechtsprechung der Kantone weist wiederum GRAVEN: Z. 44, 137ff. hin. Vgl. ferner RIEDER: 50ff., 73ff. (Kasuistik).

⁵ BGes. Art. 66 III fordert die Stellung eines Strafantrages durch die Direktion der Unfallversicherungsanstalt. Die Rechtsprechung hat die im Text vertretene Lösung längst anerkannt: Zürcher Bl. 21, Nr. 30; 31, Nr. 77 (fortgesetztes

c) Nicht um Versicherungsbetrug, aber um ähnliches handelt es sich bei der betrüglichen Erlangung von Arbeitslosenunterstützung. Sondertatbestände gehen der Betrugsbestimmung vor¹.

II. Sog. Defraude; Steuer-, Zollbetrug usw. Regelmäßig ist Defraude die in der Absicht auf rechtswidrigen Vorteil durch Täuschung öffentlicher Beamter bewirkte Schädigung des Fiskus. Wenn der Abgabepflichtige durch falsche Angaben getäuscht oder rechtspflichtwidrig Angaben unterdrückt hat, erfüllt er unzweifelhaft den Betrugstatbestand². Aber der Begriff der Defraude reicht weiter. Sie kann z. B. auch ohne Täuschung eines Beamten erfolgen, was insbesondere beim Schmuggler, der eine Ware ungesehen über die Grenze bringt, klar ist. Die Rechtsentwicklung hat die Defraudefälle, mögen sie nun den Betrugstatbestand erfüllen oder nicht, zu Sonderdelikten gemacht, sie vielfach als bloße Übertretungen behandelt. Die völlige Ausscheidung aus dem Betrugsrecht ist mit Zweckmäßigungsgründen und mit der Volksschauung, die im Täter einer Abgabenhinterziehung keinen Betrüger sieht, zu erklären³.

Zur Kennzeichnung dieser Sonderrechte genügt der Hinweis auf einige Beispiele:

Delikt); JZ. 20, 153, Nr. 30 (Thurgau); Z. 46, 348f. (Bern). Ferner reiches Urteilsmaterial bei GRAVEN: Z. 47, 3ff. (insbesondere über die Strafzumessung auf Grund von Art. 66 des BGes.). Zur ganzen Frage RIEDER: 19ff., 66ff.

¹ Beispiel: Art. 1 Ziff. 3 der VO. des Bundesrates vom 3. März 1922 über Abänderung der Vorschriften betreffend Arbeitslosenunterstützung (Eidg. GesSlg. 38, 283ff.) und dazu Zürcher Bl. 22, Nr. 64; JZ. 19, 188, Nr. 36 Zweifelhaft ein st.-gallisches Urteil in Entscheid. des Kantongerichtes 1934, Nr. 12 (In schweren Fällen Bestrafung wegen Betrugs). Vgl. ferner Bundesbeschluß vom 21. Dezember 1934 betr. Krisenbekämpfung und Arbeitsbeschaffung (GesSlg. NF. 50, 1407ff.) Art. 20 und dazu JZ. 33, 13, Nr. 1 und Zürcher Bl. 35, Nr. 78.

² Herrschende Meinung: BINDING: Lehrbuch, 1, 341ff., Nr. 4 (mit weitem Lit.-Angaben); ROEDER: 27ff. (Auseinandersetzung mit der Literatur).

³ Bemerkenswert ESCHER: Betrug, 235ff., der die Defraude grundsätzlich vom Betrug abhebt und als Staatsverbrechen (crime contre la chose publique) behandelt. v. CLERIC: JZ. 11, 143; 13, 105 und Betrug verübt durch Schweigen, 120 schließt merkwürdig in jedem Falle von Defraude Betrug aus, weil der Täter nicht gegen Treu und Glauben verstoße. Im Verhältnis der Steuerpflichtigen zum Staat sei für den Treu- und Glaubensbegriff kein Raum, weil es sich um ein Zwangsverhältnis handle. Dagegen gut MELI: JZ. 13, 246f.; vgl. auch KLAUS: 321f.; BE. 5, 347ff. (Steuerstrafrecht als Verwaltungsstrafrecht bezeichnet). BE. 5, 347ff. (Steuerdefraude ein Delikt gegen den Staat mit bloßem Übertretungscharakter, Verwaltungsstrafrecht; zu eng die Auffassung, daß sie begrifflich ein Unterlassungsdelikt sei). Für das solothurnische Gemeindesteuerrecht vgl. JEGGER: 182ff. (Gewöhnliche Steuerhinterziehung als Formaldelikt; beachtlich die Strafbarkeit auch juristischer Personen). Ferner Zentralbl. Staats- und Gemeindeverw. 36, 291ff. (Zürich: Verantwortlichkeit des Vertretenen für ein Steuerdelikt des Vertreters. BE. 30 I, 118 (Zolldefraude nicht als Betrug strafbar, auch wenn der Täter täuschende Angaben macht).

1. Der Bundesratsbeschluß vom 19. Januar 1934 über die eidgenössische Krisenabgabe (Eidg. GesSlg. N.F. 50, 49ff.) sieht unter der Bezeichnung „Übertretung der Abgabepflicht“ folgende Straftatbestände vor: Versuch der Abgabehinterziehung durch unwahre oder unvollständige Angaben bei der Selbsttaxation, um eine zu niedrige Einschätzung oder die Abgabebefreiung zu erlangen (Art. 151); vollendete Abgabehinterziehung, strafbar, auch wenn täuschende Angaben unterblieben (Art. 153); Vorlegung gefälschter Beweismittel mit der Wirkung, daß eine zu niedere Einschätzung erfolgte (Art. 154). Angedroht sind ausschließlich Übertretungsstrafen. Die Beurteilung geschieht durch die Verwaltungsbehörden mit Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 152, 158, 132). Die Loslösung vom Betrugsstrafrecht ist restlos durchgeführt.

2. Das zürcherische Ges. vom 25. November 1917 betreffend die direkten Steuern unterscheidet sorgfältiger: unvollständige Besteuerung, ohne daß ein Verschulden vorliegt, Sanktion: Nachsteuer (§ 77); bei schuldhaften — vorsätzlichen oder fahrlässigen — unrichtigen oder mangelhaften Angaben Nachsteuer und Strafsteuer (§§ 78 und 137). Dazu kommt der als Steuerbetrug bezeichnete Tatbestand (§§ 80, 81): Täuschung der Steuerbehörden über die Größe des steuerpflichtigen Einkommens oder Vermögens durch den Gebrauch falscher, gefälschter oder inhaltlich unwahrer Bücher oder anderer Urkunden. Der Täter muß „zum Zwecke der Steuerhinterziehung“ gehandelt haben. Schadenseintritt ist nicht gefordert¹. Für vollendete und versuchte Täuschung gilt dieselbe Strafdrohung (Buße bis zu 6000 Fr. und in schweren Fällen außerdem Gefängnis bis zu 6 Monaten, unter Vorbehalt der Nach- und Strafsteuern). Anstiftung und Beihilfe stehen unter der besondern Sanktion: Buße bis zu 2000 Fr., womit in schweren Fällen Gefängnis bis zu 2 Monaten verbunden werden kann. Auch hier ist die Loslösung vom Betrugstatbestand des StGB. klar. Immerhin haben die Gerichte, nicht die Verwaltungsbehörden, den schwersten Fall, den „Steuerbetrug“, zu beurteilen. Er ist nicht Übertretung, sondern ein Vergehen, das — verglichen mit dem gemeinen Betrug — allerdings unter geringerer Strafdrohung steht².

Bestritten ist, ob betrügerische Schädigung des Fiskus in seinen Rechten auf Steuern, Zölle usw., soweit die Tat nicht durch die besondere Defraudationsgesetzgebung erfaßt wird, als Betrug zu bestrafen ist. Beispiel: Hinterziehung einer sog. Hundesteuer, wenn eine besondere Strafbestim-

¹ Nach dem Gesetzestext nicht haltbar KLAUS: 354, der Vollendung des Steuerbetrugs erst annimmt, wenn die zu niedrige Steuerzahlung erfolgt ist.

² ROEDER: 49ff., 130ff., 141ff. zählt die schuldhaftige Steuerhinterziehung (Zürcher Ges. § 78) zum Verwaltungsunrecht, den „Steuerbetrug“ (§§ 80f.) zum kriminellen Unrecht. Über die Entwicklung der Steuerdelikte und der Steuer-

mung fehlt¹. Ist der Betrugstatbestand erfüllt, so bleibt, wenn die Sondergesetzgebung versagt, richtigerweise nur die Anwendung des Betrugsrechtes übrig, obgleich das im Einzelfall unbillig sein kann. Hinter der Defraudagesetzgebung steht ergänzend das StGB.²

3. Das BGes. vom 1. Oktober 1925 über das Zollwesen (Eidg. GesSlg. 42, 287ff.) umschreibt die Zollhinterziehung und den Zollbetrug in breiter Kasuistik (Art. 74 Ziff. 1—16). Strafe: Buße, beim Vorliegen erschwerender Umstände kann überdies auf Gefängnis bis zu 6 Monaten erkannt werden (Art. 75 und 82). Weitere Zolldelikte sind der Bannbruch, d. h. die Verletzung von Verboten oder Beschränkungen der Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr von Waren (Art. 76/7), die Zollhehlerei (Art. 78) und die Zollpfandunterschlagung (Art. 79)³.

III. Handelsregister- und Firmenstrafrecht. Betrugsähnliche Bestimmungen enthält das BGes. vom 6. Oktober 1923 betreffend Strafbestimmungen zum Handelsregister- und Firmenrecht (Eidg. GesSlg. N.F. 40, 37ff.)⁴. Das Gesetz stellt namentlich Strafsanktionen zur Durchführung der revidierten VO. II des Bundesrates vom 16. Dezember 1918 betreffend Ergänzung der VO. vom 6. Mai 1890 über das Handelsregister und das Handelsamtsblatt (GesSlg. NS. 34, 1226ff.) auf. Es erfaßt Täuschungsdelikte, um die Zuverlässigkeit der Handelsregistereintragen und die Firmenwahrheit sicherzustellen (Art. 1—3). Besonders hervorzuheben ist der Tatbestand: Verwendung von „Bildzeichen nationaler Art“ in Verbindung mit einer Firma oder Geschäftsbezeichnung, wenn diese Verbindung geeignet ist, über die Nationalität des Geschäftes eine Täuschung zu bewirken (Art. 4)⁵.

strafen eodem: 4ff. Zum „Steuerbetrug“ KLAUS: 323ff., 353ff., 483ff. (Zulässigkeit bedingter Verurteilung); vgl. auch das Urteil im Zentralbl. f. Staats- und Gemeindeverwaltung, 31, 534ff.

¹ Fall JZ. 13, 105: Verurteilung wegen Betrugs und dazu die Kritik durch v. CLERIC, der aber zu Unrecht in jedem Fall von Abgabehinterziehung Betrug ablehnt. Vgl. ferner den Fall Zürcher Bl. 22, Nr. 148 und JZ. 20, 13, Nr. 1 (Hinterziehung einer Grundstückgewinnsteuer unter Benutzung falscher und inhaltlich unwahrer Urkunden; § 80 des zürcher. Steuergesetzes nicht anwendbar).

² So auch BINDING: Lehrbuch, I, 342; anderer Meinung KLAUS: 353. Im solothurnischen Gemeindesteuerrecht wird bei echtem Steuerbetrug — bei vorsätzlicher Täuschung von Behörden — in einzelnen Gemeindereglementen ausdrücklich auf den Betrugstatbestand nach § 156 des StGB. verwiesen; JEGGER 184f.

³ Zum Zollstrafrecht SCHWEGLER: passim; geschichtliche Entwicklung: 10ff.; Darstellung des frühern Zollgesetzes vom 28. Juni 1893: 23ff.; KIRCHHOFER: Z. 48, 151ff.

⁴ Botschaft des Bundesrates vom 3. Juni 1921; BBl. 1921 III, 267ff., ferner die Vorgeschichte bei LUDWIG: 13a und f. und namentlich bei WEISBROD: 6ff., 90ff.; Darstellung des Gesetzes: 13ff., 95ff.; Daten über die Anwendung: 126ff. Vgl. auch Zürcher Bl. 36, Nr. 43 (Frage der täuschenden Geschäftsbezeichnung).

⁵ WEISBROD: 123ff. — Über das Prinzip der Firmenwahrheit SAUTTER: passim und die dort verarbeitete Literatur.

Das Gesetz schützt in erster Linie allgemeine staatliche Interessen. Es dient dem Schutz gegen wirtschaftliche Überfremdung, soll aber auch den Kampf gegen unlauteren Wettbewerb fördern¹. Die Vollendung ist bei den einzelnen Tatbeständen weit vorgeschoben. Täuschungsabsicht und Bewirkung einer Täuschungsgefahr genügen. Schadenseintritt wird nirgends gefordert. Im Hintergrund stehen die Bestimmungen über Urkundenfälschung und Betrug. Im Tatbestand der Veranlassung einer zur Täuschung geeigneten Handelsregistereintragung kommt das mit den Worten „sofern schwerere Strafbestimmungen nicht in Anwendung zu bringen sind“ zum Ausdruck (Art. 1 I)².

Der Nationalrat hatte als Ersatz des BGes. von 1923 einen zusammenfassenden Tatbestand: „Täuschung in bezug auf Handelsregister und Firma“ in den eidgenössischen StG.-Entwurf aufgenommen (Art. 130 bis). Die Bestimmung wurde später fallen gelassen. Die Ordnung bleibt besser der Sondergesetzgebung vorbehalten³.

Während die Tatbestände der Defraude ausschließlich und das Handelsregister- und Firmenstrafrecht vorwiegend staatliche Interessen schützen, handelt es sich bei den nachstehenden ergänzenden und betrugsähnlichen Tatbeständen um reinen Eigentums- und Vermögensschutz.

IV. Zechprellerei. Das G. (Art. 150) schaltet durch die Aufstellung eines besonderen Tatbestandes die alte Streitfrage, ob Zechprellerei Betrug (Kreditbetrug) ist, aus⁴. Der sog. Zechpreller erfüllt in bestimmten Fällen den Betrugstatbestand — zweifellos dann, wenn er dem Gastwirt Tatsachen vorspiegelt und sich dadurch Wohnung, Speise und Trank erschwindelt⁵. Die typischen Fälle liegen anders: Der Gast,

¹ Frühere, durch das BGes. aufgehobene kantonale Sanktionen im Zusammenhang mit der Firmenverwendung: Baselstadt PolStGB. § 158a; St.-gallisches Ges. vom 29. Dezember 1913 betreffend den Mißbrauch von Firmen.

² Dazu LUDWIG: 16a und f. Verhältnis zum Betrugstatbestand WEISBROD: 83f., zur Erschleichung einer falschen Beurkundung (G. Art. 253): 85f.

³ StenBull. NR. 1929, 107ff.; StenBull. StR. 1931, 515. Vgl. noch das eidg. Bankengesetz vom 8. November 1934 (GesSlg. N.F. 51, 117ff.), Art. 46 lit. c: Strafbar ist, wer vorsätzlich unbefugterweise in der Firma, in der Bezeichnung des Geschäftszweckes oder in Geschäftsreklamen den Ausdruck „Bank“, „Bankier“ oder „Sparen“ in irgendeiner Wortverbindung verwendet.

⁴ Sondertatbestände im bisherigen Recht: Glarus § 142, mit ungenügender Abgrenzung gegenüber dem Betrug (vgl. KUBLI: Kommentar, 133f.); Freiburg Art. 90 („Wer arglistig, jedoch ohne daß Betrug vorliegt, sich . . . Wohnung, Speisen oder Getränke in einem Gasthaus, einem Gasthof oder einer Pension verschafft“); Graubünden § 186 II (als Betrug zu bestrafen); Neuenburg Art. 398 bis; Waadt Art. 196 I (Grivellerie); Genf Art. 330bis (Novelle vom 10. Juni 1933).

⁵ HAFTER: 251, 266; LANG: Prot. II. ExpKom. 7, 27f.; HAFTER: eodem, 29f. (Hotelbetrug).

der sich auf des Wirtes Kosten gütlich tun will, hat kein Geld, trotzdem bestellt er unter Verschweigung seiner Zahlungsunfähigkeit, oder: er bemerkt seine Mittellosigkeit erst nach der Bestellung, schweigt und entzieht sich der Zahlung, oder: trotz seiner Zahlungsfähigkeit will er nicht zahlen und hatte diese Absicht schon bei der Bestellung, oder: er hat den Entschluß, trotz Solvenz nicht zu zahlen, erst nach der Bestellung gefaßt¹. Von Bedeutung ist, daß regelmäßig Gastwirt und Bedienungspersonal sich keine Gedanken darüber machen, ob dem Gast Zutrauen zu schenken ist oder nicht. Er braucht sich das Zutrauen nicht erst durch ein täuschendes Verhalten zu verschaffen. Von den in solchen Fällen sich ergebenden Beweisschwierigkeiten mag man zunächst absehen². Entscheidend ist, daß das für den Betrugstatbestand bezeichnende kausale Geschehen — Täuschung, Irrtum, Vermögensdisposition, Schaden — in vielen Fällen nicht oder nur in bestreitbarer Weise vom Richter angenommen werden kann³.

Da bei zahlreichen, ja gerade bei den alltäglichen Fällen von Zechprellerei die Betrugs konstruktion mindestens zweifelhaft ist⁴, rechtfertigt sich die Schaffung eines Sondertatbestandes. Art. 150 des G. behandelt ihn als ein nur auf Antrag zu bestrafendes Vergehen. Strafe: Gefängnis, Haft oder Buße. Die Lösung vom Betrugsbegriff ist vollkommen. Der Nachweis der Bereicherungsabsicht — die allerdings regelmäßig vorhanden sein wird — ist ebensowenig erforderlich wie der Beweis, daß der Täter durch täuschendes Verhalten einen andern in einen Irrtum versetzt und ihn dadurch zu einer schädigenden Vermögensdisposition veranlaßt hat. Die Bestimmung soll alle Fälle treffen, in denen der Täter „sich in einem Gasthaus oder in einer Pension beherbergen läßt“, oder „sich in einer

¹ KRONACHER: Ist die Zechprellerei Betrug? (1906), 12f., 45f.; HAFTER: 246f.

² DAZU LANG: Prot. II. ExpKom. 7, 27f.

³ Hier liegt der Kern der Streitfrage. Sie ist bei dem Unterschied zwischen der deutschrechtlichen und der französischrechtlichen Auffassung des Betrugsbegriffs (*manoeuvres frauduleuses*) besonders akut; Prot. I. ExpKom. 2, 337; Prot. II. ExpKom. 7, 26f. (GAUTIER). — Betrug (Kreditbetrug) nehmen bei Zechprellerei an HEGLER: VD. Bes. Teil, 7, 436f.; v. CLERIC: Rechtswidriger Vorteil, 130ff. und namentlich: Betrug verübt durch Schweigen, 192ff.; SROOSS: Prot. I. ExpKom. 2, 337 mit der bezeichnenden Einschränkung: sofern aus dem Auftreten des Täters hervorgeht, daß er es auf eine Täuschung des Wirtes abgesehen hat. Weitere Angaben bei HAFTER, 250ff. (deutsche Literatur); 254ff., 264f. (Hinweise auf die Unsicherheiten der Betrugs konstruktion).

⁴ Unsicherheit der Rechtsprechung: BE. 20, Nr. 127 (Kreditbetrug nach Luzern § 221 abgelehnt; Nichtauslieferung eines Beschuldigten); Zürcher Bl. 19, Nr. 206 (Logisbetrug; Verschweigung der Zahlungsunfähigkeit oder des mangelnden Zahlungswillens gegenüber einem Pensionsinhaber als rechtspflichtwidrige Täuschung). Vgl. auch v. CLERIC: JZ. 14, 237ff.; ZELLER: Kommentar zürcher StGB. § 191, N. 4.

Wirtschaft oder in einer Pension Speisen oder Getränke vorsetzen läßt“ und dabei „den Wirt um die Bezahlung prellt“ (aura frustré l'hôte du montant à payer). Es spielt keine Rolle, ob der Täter zahlungsunfähig ist und diese Tatsache verschweigt, und ob er den Entschluß, nicht zu zahlen, vor oder nach der Bestellung faßt. Entscheidend ist allein, daß der Täter bei einem Geschäft, bei dem der Regel nach sofortige Bezahlung erwartet wird, sich irgendwie heimlich um die Leistung drückt¹. — Die Zechprellerbestimmung kann nur die kleine Kriminalität umfassen². Daß für Schwindeleien großen Stiles — Hotelbetrug, Hochstapelei usw. — die Betrugsnorm vorbehalten bleiben muß, erscheint selbstverständlich. In diesen Fällen bereitet die Betrugskonstruktion regelmäßig auch weniger Schwierigkeiten³.

V. Blinder Passagier. Leistungserschleichung. Der Sonderatbestand G. Art. 151 steht in enger Beziehung zur Zechprellerbestimmung. Ausgangspunkte sind die Fälle des sog. blinden Passagiers und des Automatenmißbrauchs. Bei beiden ist, soweit es sich um die typischen Fälle handelt, mit der Betrugskonstruktion nicht durchzukommen. Wer „blind“ in der Eisenbahn fährt, wer durch irgendeinen Trick die Leistung eines Automaten erlangt (Nahrungs- und Genußmittel, aber auch Elektrizität, Gas, eine Telephonverbindung, das Anhören eines Musikstücks usw.), täuscht niemanden und versetzt niemanden in einen Irrtum⁴.

Art. 151 stellt zunächst einen umfassenden Tatbestand: „Wer eine Leistung, die, wie er weiß, nur gegen Entgelt gemacht wird, ohne zu zahlen, erschleicht“ auf. Das wird durch die Aufzählung von Beispielen ergänzt: Erschleichung der Fahrt auf einer Eisenbahn, auf einem Dampf-

¹ Zur Auslegung Prot. II. ExpKom. 7, 26ff., 329; 8, 315.

² Name und Begriff der Zechprellerei beschränken den Tatbestand auf das Erschwindeln von Speise und Trank, Art. 150 des G. hat noch die Logisprellerei beigelegt. Er erfaßt dagegen nicht das Ertrügen von Dienstleistungen, von Gebrauchsnutzungen, von andern kleinen Lebensgenüssen (Zigarren usw.). Soweit hier nicht Art. 151 (Erschleichung einer Leistung) zutrifft, bleibt nur die Betrugsbestimmung anwendbar; dazu HAFTER: 269f. Für die Ausweitung des Tatbestandes der Zechprellerei HEGLER: 533.

³ Dazu ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 157; v. CLERIC: Betrug, 198f. Zur Psychologie des Hochstaplers und seiner Art, zu betrügen, interessant v. CLERIC: Z. 39, 16ff.

⁴ BINDING: Lehrbuch, 1, 349, N. 4, 294, N. 6 mit Hinweisen auf besondere Fälle, in denen Betrug, Sachbeschädigung, Diebstahl usw. gegeben sein können. Kasuistische Erörterung namentlich bei WEINSCHAL: 10ff., 16ff., 34ff. Zweifelhaft SCHILLER: 79ff., WEINSCHAL: 34ff., die bei der Erschleichung der Leistung eines Warenautomaten Diebstahl eventuell Mundraub annehmen. Bemerkenswert das Urteil Zürcher Bl. 17, Nr. 117 und JZ. 14, 244, Nr. 70: nicht überzeugende Konstruktion eines Betrugs durch einen „blinden“ Bahnpassagier. Zutreffend HEROLD: 33ff. mit Hinweisen auf echte Betrugsfälle (Fahrkartenbetrüge).

schiff, auf der Post, des Zutritts zu einer Aufführung, Ausstellung oder ähnlichen Veranstaltung¹, Erschleichung einer Leistung, die ein Automat vermittelt. Erforderlich ist ein Antrag des Geschädigten. Die Strafdrohung lautet auf Gefängnis, Haft oder Buße. Nach der Regel von Art. 9 des G. handelt es sich um ein Vergehen, nicht um eine bloße Übertretung. Ausdrücklich wird bestimmt, daß Beihilfe und — sehr weitgehend — auch Versuch strafbar sein sollen².

Das Kennzeichen dieser Sonderbestimmung ist, wie beim Zechprellertatbestand, die völlige Loslösung vom Betrugsbegriff und, wenn man bei gewissen Fällen des Automatenmißbrauchs Diebstahl annehmen will, vom Diebstahlsbegriff. Dem Richter bleiben zweifelhafte Konstruktionen und Beweisführungen erspart. — Die nur beispielsweise Nennung einzelner Fälle in Art. 151 läßt für die Anwendung des in Abs. 1 allgemein umschriebenen Tatbestandes breiten Raum. Doch soll man sich davor hüten, jede kleinste Leistungerschleichung mit einer Strafe zu treffen³.

VI. Gewerbsmäßige Ausbeutung der Leichtgläubigkeit durch Wahrsagen, Traumdeuten, Kartenschlagen usw. hatte der eidg. E. 1918 durch einen besondern Übertretungstatbestand (Art. 304) erfaßt. Schon der VE. 1894 wollte die eigennützige Ausübung „abergläubiger Künste“ unter Strafe stellen (Art. 210). In der parlamentarischen Beratung wurde eine solche Bestimmung abgelehnt. Sie soll kantonalen Polizeirechten vorbehalten bleiben⁴. — Luzern PolStG. § 118 bestraft als „Ausbeutung des Aberglaubens“ das Wahrsagen, Kartenschlagen, Traumdeuten, die Anleitung zum Schatzgraben, wenn sie geschehen in der Erwartung, dafür bezahlt oder beschenkt zu werden, ferner das öffentliche Sichanbieten zur Ausübung solcher Künste. Ähnliche Bestimmungen haben Bern Art. 256 Ziff. 3 mit dem Vorbehalt der Betrugsnorm und Baselstadt PolStG. § 112

¹ Möglich ist Konkurrenz mit Hausfriedensbruch: G. Art. 186 und dazu oben § 22 III 1 (Einschleichen); WEINSCHAL: 28ff.

² Bei der Entwendung (Art. 138) und der Zechprellerei (Art. 150) sind dagegen weder Beihilfe noch Versuch strafbar. Der Unterschied ist nicht recht befriedigend. Freiburg Art. 90 hat seinen Tatbestand der Leistungerschleichung dem Art. 151 nachgebildet. Waadt Art. 196 II bestraft neben der Zechprellerei als Grivèlerie auch den Fall: obtenir frauduleusement sans paiement le parcours sur une entreprise de transport.

³ Nicht gerechtfertigt jedoch WEINSCHAL: 62f. und 69, der die Erschleichung der Fahrt mit einer Mietdroschke usw. nicht einbeziehen will, sondern die Beschränkung auf die widerrechtliche Benutzung „der zum öffentlichen Verkehre bestimmten Transportmittel“ empfiehlt. Dem öffentlichen Verkehre dient aber auch das Mietauto. — Über Tragweite und Auslegung der Bestimmung Prot. II. ExpKom. 7, 17ff., 325ff. Besondere Erschleichungstatbestände finden sich in Nebenstrafgesetzen, z. B. in Art. 42 des Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetz vom 14. Oktober 1922 (Eidg. GesSlg. N.F. 39, 13ff.). Sie stellen zugleich eine Defraude dar (oben II).

⁴ Prot. II. ExpKom. 7, 21ff., 328; 8, 314f.; StenBull. NR. 1929, 618 (Logoz)

(abergläubische Künste). Einige Kantone, z. B. Glarus § 140 Ziff. 7, nehmen ausgezeichneten Betrug an, wenn der Täter durch angebliches Geisterbeschwören, Schatzgraben, Goldmachen den Aberglauben anderer weckt oder benützt. Die Erfüllung des Betrugstatbestandes ist aber — wenigstens bei der Traumdeutung, beim Kartenschlagen usw. — kaum je nachzuweisen¹. Die Bekämpfung solchen Schwindels erfolgt richtig durch die Polizeistrafgesetzgebung, wobei die Bestimmungen über den Betrug und eventuell über den Wucher vorbehalten bleiben sollen².

VII. Boshafte Vermögensschädigung. Da nach Art. 148 des G. Betrug die Absicht auf unrechtmäßige Bereicherung voraussetzt, werden Fälle, in denen aus anderm Motiv durch Irrtumserregung oder Irrtumsbenutzung ein Vermögensschaden herbeigeführt wird, nicht getroffen³. Ein besonderer Tatbestand ist notwendig, um einen Täter zu treffen, der bei einem Wirt schwindelhaft unter falschem Namen ein Festmahl bestellt, zu dem niemand erscheint, oder der durch Täuschung einen Arzt zu einem erfundenen Krankheitsfall ruft⁴. Der in Art. 149 aufgestellte Übertretungstatbestand — Antragsdelikt, Strafe: Haft oder Buße, Versuch und Beihilfe strafbar — schließt die Lücke⁵. Er ist in den Momenten Täuschung, Irrtum, Vermögensdisposition, Vermögensschaden wörtlich dem Betrugstatbestand des Art. 148 nachgebildet. Die sich ergebenden Einzelfragen lösen sich in gleicher Weise wie beim Betrug (oben § 51 II—VI). Der Unterschied besteht darin, daß der Täter nicht in Bereicherungsabsicht, sondern aus Bosheit getäuscht und geschädigt hat. Die Tragweite des Art. 149 wird entscheidend durch den Inhalt des Bosheitsbegriffes bestimmt: Der Täter muß aus böser oder gemeiner Gesinnung gehandelt haben, aus Haß, Rache, aus Freude daran, einen andern zu schädigen. Der schädigende Scherz, der aus Mutwillen, aus Übermut verübt wird, wird durch die Bestimmung nicht getroffen⁶.

¹ v. CLERIC: JZ. 18, 284f.; thurgauisches Urteil: JZ. 17, 300, Nr. 58 (beim Kartenschlagen und Wahrsagen fehlt die Vermögensschädigung, sie sind jedoch ein polizei- und sittenwidriges Gewerbe).

² Tatsachenmaterial und Vorschläge bei v. CLERIC: JZ. 18, 281ff., ferner die lesenswerte Schrift von STRASSER: Kurpfuscher und Gaukler beuten dich aus (1935), insbesondere 209ff.

³ Anders nach den kantonalen Rechten, die eine Bereicherungsabsicht nicht fordern, sondern zur Erfüllung des Betrugstatbestandes die schädigende Täuschung oder gar nur die Täuschung in schädigender Absicht genügen lassen: oben § 51 I und VII; PERLMANN: 15.

⁴ Fälle bei ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 452; PERLMANN: 10, 18, 27f., 44f.

⁵ Zur Entstehung PERLMANN: 19f., 58ff.; Prot. II. ExpKom. 7, 13ff.

⁶ Die Fassung des G. „aus Bosheit“ schließt das aus. Bei der Wertung der Einzelfälle bleibt freilich dem Richterermessen ein bedenklich weiter Spielraum; dazu PERLMANN: 38ff. Man kann sich auch fragen, ob, wenn ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 7, 14 auf „wahrhaft teuflische Vermögensschädigungen“ hinweist, die

VIII. Unwahre Angaben über Handelsgesellschaften und Genossenschaften. Im Anschluß an den Betrug und die betrugsähnlichen Tatbestände hat das G. (Art. 152) einen zum Handelsstrafrecht gehörenden Gefährdungstatbestand aufgestellt: unwahre geschäftliche Angaben „von erheblicher Bedeutung“ in öffentlichen Mitteilungen oder in Berichten oder Vorlagen an eine Generalversammlung¹. Die Entstehungsgeschichte² zeigt starke gesetzgeberische Unsicherheit. Im einzelnen ergibt sich:

1. Der Täter wendet sich mit unwahren Angaben an das Publikum — in Emissions- oder andern Prospekten, Geschäftsberichten usw., die versandt oder durch die Presse verbreitet werden, oder die unwahren Angaben erfolgen mündlich oder schriftlich oder in gedruckten Vorlagen gegenüber der Generalversammlung einer Handelsgesellschaft oder einer Genossenschaft (unwahre Geschäftsberichte, Gewinn- und Verlustrechnungen, Bilanzen usw.). Nur vorsätzliche — bewußte — Unwahrheit, nicht auch Fahrlässigkeit ist strafbar³. Die Drohung lautet auf Gefängnis oder Buße. Nicht erforderlich sind Täuschungsvorsatz, Irrtumserregung und Schadenseintritt. Ebenso wenig braucht eine Bereicherungsabsicht oder ein anderes übles Motiv nachgewiesen zu werden⁴. Treu und Glauben im Geschäftsbetrieb von Handelsgesellschaften und Genossenschaften sollen in gewissem Umfang schlechthin strafrechtlich geschützt werden. Nicht nur unwahre schönfärberische, auch unwahre ungünstige

Übertretungsstrafe ausreicht. Für die Behandlung als Vergehen PERLMANN: 52ff. — Bei einer aus Mutwillen oder Übermut durch Täuschung verursachten Schädigung bleibt die privatrechtliche Haftpflicht vorbehalten.

¹ Vorläufer mit spezieller gestalteten Tatbeständen: Baselstadt § 152e Ziff. 1 und 5 (Verbreitung falscher Nachrichten, die geeignet sind, die Kurse von Wertpapieren zu beeinflussen oder zum Abschluß von Spekulationsgeschäften aufzumuntern; falsche Angaben bei Emission oder Offerten von Aktien oder Obligationen in Prospekten oder sonstigen (öffentlichen) Bekanntmachungen). Ferner Neuenburg Art. 293; Zürich, Ges. vom 22. Dezember 1912 betreffend den gewerbsmäßigen Verkehr mit Wertpapieren (GesSlg. 29, 477ff.), § 16 Ziff. 3 (wisentliche oder leichtfertige Verbreitung falscher Nachrichten durch Börsenagenten). Vgl. auch das BGes. vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Eidg. GesSlg. N.F. 51, 117ff.) Art. 39 und 40 (zivilrechtlich). Den Art. 152 des eidg. G. haben — mit einzelnen Änderungen — übernommen Luzern, PolStG. § 115, Freiburg Art. 96 I und II und Waadt Art. 214.

² Prot. II. ExpKom. 7, 32ff.; 8, 245, 249ff.; 9, 58; LUDWIG: 61a und ff.; WEISBROD: 86ff.; StenBull. StR. 1936, 176f., 241; NR. 1936, 1093.

³ Die Bestrafung auch der fahrlässigen Verübung ist in der Gesetzesberatung mehrfach erwogen worden. Bedenken dagegen mit Recht LANG: Prot. II. ExpKom. 7, 36; LUDWIG: 61a und namentlich StenBull. StR. 1931, 515ff. mit weitem kritischen Bemerkungen über die Tauglichkeit der Bestimmung überhaupt und ihr Verhältnis zum Aktienrecht (zivilrechtliche Haftung für Fahrlässigkeit).

⁴ GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 8, 253; LUDWIG: 67a und ff.

— nicht aber bloß pessimistische — Mittelungen und Berichte werden getroffen¹.

2. Mitbestimmend für die Tragweite des Tatbestandes ist die Umgrenzung des Täterkreises. Art. 152 nennt Gründer, Teilhaber, Geschäftsführer, Direktoren, Mitglieder eines Verwaltungs- oder Kontrollorgans, Bevollmächtigte und Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder einer Genossenschaft. Unter Gründern (einer Handelsgesellschaft oder Genossenschaft) sind nicht nur Personen zu verstehen, die nach erfolgter Gründung Teilhaber oder Genossenschafter sind, sondern alle bei der Gründung tätigen Personen², z. B. ein Notar, ein Rechtsanwalt, ein Bankier. Der Kampf geht gegen allen Gründungsschwindel in öffentlichen Mitteilungen, z. B. über die Höhe des Gesellschaftskapitals, über die Bewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen (namentlich OR. Art. 630). Der Geschäftsführer wird besonders genannt, weil er unter Umständen weder Teilhaber ist, noch zu den eigentlichen Gesellschaftsorganen gehört. Er wird allerdings Bevollmächtigter sein. Aber dieser Ausdruck umfaßt überdies Personen, denen nur vorübergehend ein Mandat übertragen wurde (Notar, Vermittler usw.)³. — Der Ausdruck Handelsgesellschaften erstreckt sich auf alle als solche vom OR. anerkannten Gebilde. Art. 152 bezieht sich dagegen nicht auf die Gründer, Organe usw. von Vereinen, Stiftungen und andern juristischen Personen⁴.

3. Durch die Fassung des Art. 152: „unwahre Angaben macht oder machen läßt“ werden die Fälle getroffen, in denen der Gründer, der Geschäftsführer oder ein verantwortliches Gesellschaftsorgan sich nicht selbst an die Öffentlichkeit wenden. Der Täter benutzt die Presse oder er läßt die unwahren Angaben durch einen Angestellten machen⁵. Die Regeln über indirekte Täterschaft (Allg. Teil, § 43 II) reichen nicht immer aus.

¹ Unwahre ungünstige Mitteilungen über die Lage einer Aktiengesellschaft, weil der Täter auf Baisse spekuliert; ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 458. — Ob in einer undurchsichtigen Bilanz (Bilanzverschleierung) unwahre Angaben im Sinne des Art. 152 zu erblicken sind, ist Tatfrage. In solchen Fällen zeigt sich deutlich die mangelnde Bestimmtheit des Tatbestandes. LUDWIG: 71a will neben den positiv unwahren Angaben das Verschweigen oder Verschleiern von Tatsachen besonders nennen; vgl. auch LUDWIG: 43a.

² Gut LUDWIG: 71a. — Gründerprospekte sind meist rosig gefärbt. Bloßer Optimismus ist noch nicht unwahre Angabe.

³ Prot. II. ExpKom. 8, 252, 258 (GAUTIER, ZÜRCHER).

⁴ Die Nichtgeltung bei Vereinen, die „ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe“ betreiben (ZGB. Art. 61 III: sog. wirtschaftliche Vereine) ist nicht gerechtfertigt. Der Ständerat hatte den Zusatz beschlossen: „oder eines andern Unternehmens, das wirtschaftliche Zwecke verfolgt und öffentlichen Kredit beansprucht“; StenBull. StR. 1932, 515. Dazu StenBull. NR. 1934, 394.

⁵ WETTSTEIN: Prot. II. ExpKom. 8, 255f.

4. Ein den Art. 152 ergänzender Übertretungstatbestand: Verletzung gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften über Aktiengesellschaften und Genossenschaften, den der E. 1918 (Art. 312) aufgestellt hatte, ist mit Recht fallen gelassen worden. Die gesetz- und statutengemäße innere Verwaltung der Handelsgesellschaften soll und kann durch zivilrechtliche Verantwortlichkeitsbestimmungen ausreichend geschützt werden¹.

§ 53. Erpressung und Chantage.

Literatur. Angaben zu § 50. — **STOOSS:** Grundzüge, 2, 102ff. — **FRANK:** VD. Bes. Teil, 6, 1ff., 54ff., 99ff. — **STÄMPFLI:** Erpressung und Chantage, Berner Diss. (1903); dazu **STOOSS:** Z. 17, 340ff. — **REINHOLD:** Die Chantage (1909). — **KOLLMANN:** Die Lehre von der Erpressung (1910).

Zur Erfassung des Erpressungstatbestandes (G. Art. 156 Ziff. 1) sind drei Beziehungen klarzustellen².

I. Das Verhältnis zur Nötigung (G. Art. 181).

1. Die Erpressung ist — wie die Notzucht (oben § 24) — ein Sonderfall der Nötigung und insoweit eine Delikt gegen die Freiheit. Sie ist Zwang zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden bestimmter Art³. Man sollte zunächst erwarten, daß die vom Täter verwendeten Mittel gleich wie bei der Nötigung umschrieben werden. Das trifft für kantonale Rechte auch zu, z. B. Baselstadt §§ 126 und 148 (Zwang durch Gewalt oder Bedrohung mit rechtswidriger Zufügung von Nachteilen)⁴. Die Entwicklung hat aber dazu geführt, daß bei der Nötigung die Zwangsmittel weiterreichend ausgestaltet wurden als bei der Erpressung. Während Art. 181 bei der Nötigung Gewalt, Androhung ernstlicher Nachteile oder andere Beschränkung der Handlungsfreiheit eines Opfers nennt (dazu oben § 19 I und II), ist bei der Erpressung nach Art. 156 Ziff. 1 I erforderlich, daß der Täter Gewalt⁵ oder schwere Drohung⁶ angewendet oder sein Opfer „auf andere Weise zum Widerstand unfähig gemacht hat“⁷. Zu dieser engeren Umschreibung, ist das G. auch bei der Notzucht und der unzüchtigen Nötigung (Art. 187/188) gelangt. In allen diesen Fällen handelt es sich um Ausschnitte aus dem Nötigungstatbestand.

¹ StenBull. NR. 1929, 625f. Kritische Einstellung gegenüber der Bestimmung schon Prot. II. ExpKom. 8, 251ff.

² **FRANK:** 101 nennt den Erpressungstatbestand zutreffend einen Lückenbüßer da, wo andere Tatbestände nicht ausreichen.

³ **STOOSS:** Grundzüge, 2, 102; **STÄMPFLI:** 2 und passim; **ZÜRCHER:** Erläuterungen VE. 1908, 158; **HAFTER:** Prot. II. ExpKom. 2, 356; Zürcher Bl. 11, 307.

⁴ Ähnliche Fassung in Luzern: PolStG. § 84 bei Nötigung: Gewalt oder Drohungen; StGB. § 193 bei Erpressung: Tötlichkeiten oder Drohungen.

⁵ Über den Gewaltbegriff oben § 19 II 1 und § 50 II 1 (enger: Gewalt beim Raub); **STÄMPFLI:** 4ff.

⁶ „Drohung“ und „schwere Drohung“ oben § 18 II, § 19 II 2; **STÄMPFLI:** 12ff.

⁷ Dazu oben § 50 II 3.

2. Bisherige Rechte haben die nötigen Mittel viel ausführlicher bezeichnet und je nach ihrer verschiedenen Schwere mehrere Varianten der Erpressung gebildet. Zürich § 167 z. B. nennt zunächst allgemein als Mittel erpresserischer Nötigung körperliche Gewalt und gefährliche Drohung mit rechtswidriger Zufügung von Nachteilen und stuft dann ab: tätliche Mißhandlung oder Drohung mit „sofortiger“ Gefahr für Leib und Leben, Drohung mit einer „spättern“ Gefahr für Leib und Leben und endlich „geringfügigere“ Drohung, z. B. „mit Mißhandlungen, Anzeigen oder Klagen“ in einer Weise, daß sie ernstliche Besorgnisse erregen konnte¹.

3. Auch darin kommt die enge Beziehung zur Nötigung zum Ausdruck, daß die deutschschweizerischen Rechte fast durchgängig von einem Zwang zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung sprechen². Der Hinweis auf das besondere Ziel erfolgt erst durch das subjektive Moment: um sich oder andern einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen (Zürich § 167 u. a.). Da die Erpressung durchgängig bei den Vermögensdelikten eingestellt ist, kann es sich nur um einen Vermögensvorteil handeln³. Er braucht nicht erlangt, auch ein Schaden braucht nicht eingetreten zu sein. Mit der erzwungenen Handlung, Duldung oder Unterlassung ist nach diesen Rechten die Erpressung vollendet⁴.

Die an das französische Recht (C. p. Art. 400) anknüpfenden Rechte bestimmen das Ziel der Erpressung spezieller und lassen die Vollendung erst mit der Erreichung des vom Täter erstrebten Vorteils eintreten, so namentlich Genf Art. 331: extorquer par violence, force ou contrainte, soit la signature ou la remise d'un écrit, d'un acte, d'un titre, d'une pièce quelconque, contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge,

¹ Solche Abstufungen finden sich, wenn auch in verschiedener Ausgestaltung, in den meisten kantonalen Rechten; Texte bei STÄMPFLI: 73ff. Die Rechtsprechung zeigt, namentlich bei der Auslegung der Worte „Drohung mit rechtswidriger Zufügung von Nachteilen“, Unsicherheit: Zürcher Bl. 2, Nr. 43: die Drohung muß ohne Recht oder mit Überschreitung der Grenzen des Rechts erfolgt sein; ebenso JZ. 31, 330, Nr. 267 und namentlich Bl. 34, Nr. 67. Dagegen — weitergehend und im Resultat befriedigender — Bl. 12, Nr. 50: Auch Drohung mit rechtlich erlaubten Handlungen genügt, wenn der dadurch zu erwirkende Vorteil rechtswidrig ist; vgl. auch Bl. 12, Nr. 172 und STÄMPFLI: 16. Ferner Drohung mit einem „an sich“ (objektiv) gefährlichen Verhalten: Zürcher Bl. 27, Nr. 107 und JZ. 25, 62, Nr. 60; Drohung mit Anzeige, die ernstliche Befürchtung erregen kann: JZ. 16, 354, Nr. 237; Drohung mit Verhaftung: JZ. 29, 135, Nr. 102 (Thurgau). Vgl. auch BINDING: Lehrbuch, 1, 378f.

² Dazu oben § 19 II; RHONHEIMER: 45f.

³ Kaum haltbar ZÜRCHER: Kommentar zum zürcher. StGB. § 167, N. 2 und ZELLER: § 167, N. 2 (jeder Vorteil). Dazu FRANK: 102.

⁴ Anders Schwyz § 77, Obwalden Art. 109I: Abnötigen eines rechtswidrigen Vorteils. Hier ist die Nötigung nur Mittel — Durchgangspunkt — zur Erpressung. — Zum Begriff: rechtswidriger Vermögensvorteil oben § 51 VII; STÄMPFLI: 17ff.; FRANK: 112.

soit des fonds, valeurs, billets, objets mobiliers¹. Nur der Zwang zu ganz bestimmten, einen Vermögensschaden und eine Bereicherung des Täters bewirkenden Handlungen wird damit erfaßt.

Das G. (Art. 156 Ziff. 1 I) bringt eine viel einfachere und wohl alle strafwürdigen Fälle umfassende Lösung. Erpresser ist, wer jemanden durch Gewalt usw. „nötigt, ihm oder einem andern einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil zu gewähren“. Ob dabei zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung gezwungen wird, bleibt sich gleich. Jeder durch nötigende Gewalt usw. bewirkte unrechtmäßige Vermögensschaden zählt. Erst mit der Gewährung des Vorteils, also mit der Bereicherung, ist das Delikt vollendet². — Die Drohung des Erpressers braucht nicht rechtswidrig zu sein, wohl aber muß der Vorteil, den er sich oder einem andern gewähren läßt, unrechtmäßig sein, d. h. der Täter muß seinem Opfer Vermögen in einer dem Privatrecht widersprechenden Weise entziehen³.

II. Das Verhältnis zum Raub (G. Art. 139). Der Erpressungstatbestand der bisherigen deutschschweizerischen Rechte enthält fast überall den Zusatz: außer den Fällen des Raubes. Daraus ergibt sich eine gewisse Subsidiarität des Erpressungstatbestandes. Sie besteht auch für das Verhältnis zwischen Art. 139 und Art. 156 Ziff. 1 I des G., in dem Sinne, daß der Richter bei gewaltsamer Vermögensenteignung zunächst zu prüfen hat, ob Raub vorliegt. Erst wenn das zu verneinen ist, muß der Erpressungstatbestand erwogen werden⁴. Auf Grund der den beiden Tatbeständen gegebenen Umschreibung lassen sich folgende Richtlinien aufstellen:

1. Die vom Täter verwendeten Mittel sind ähnlich umschrieben. Beim Raub Gewalt gegen eine Person, Drohung mit einer gegenwärtigen Ge-

¹ Aufzählung einzelner Fälle, wie im französischen Recht, jedoch mit Einbeziehung weiterer Erpressungshandlungen durch Aufstellung einer Generalklausel Bern Art. 208, Luzern § 193, Aargau § 146, Wallis Art. 304, Neuenburg Art. 378; vgl. auch Tessin Art. 374, Waadt Art. 193. — Zum französischen Recht STÄMPFLI: 23 ff.; FRANK: 38 ff. (mit Literaturangaben).

² Entstehungsgeschichte STÄMPFLI: 115 ff.; ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 158; Prot. II. ExpKom. 2, 350 ff. — Erpressung als Bereicherungsdelikt RHONHEIMER: 50.

³ GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 351: „La menace d'une dénonciation matériellement vraie et fondée, licite par conséquent, peut fort bien constituer le délit d'extorsion. Cela dépend du but poursuivi.“ Dagegen wollte LANG: eodem, 355 ff. nur „Drohung mit einer strafbaren Handlung“ genügen lassen. — Vgl. BE. 15, 860: Androhung richterlicher Schritte keine Rechtswidrigkeit. Sie wird aber taugliches Erpressungsmittel, wenn sie mißbräuchlich erfolgt, um Leistungen zu erlangen, auf die kein Recht besteht.

⁴ Über das Verhältnis: Raub—Erpressung namentlich RHONHEIMER: 52 ff., 59 ff., 114 ff., 165 ff. — Eigenartig und nicht unbedenklich ist, daß der Raub sich schon mit der in diebischer Absicht erfolgenden Gewaltanwendung vollendet (G. Art. 139), während bei der Erpressung nach Art. 156 Ziff. 1 I der Eintritt der Bereicherung gefordert wird; kritisch dazu RHONHEIMER: 171.

fahr für Leib und Leben und Unfähigmachen zum Widerstand auf andere Weise (Art. 139 Ziff. 1 und dazu oben § 50 II). Bei der Erpressung Gewalt allgemein, schwere Drohung und Unfähigmachen zum Widerstand auf andere Weise (Art. 156 Ziff. 1 I). Der Ausdruck „schwere Drohung“ ist umfassender als Drohung mit gegenwärtiger Leibes- und Lebensgefahr. Der Erpresser droht z. B. mit einer Freiheitsberaubung, mit Verleumdung, ja vielleicht mit etwas an sich Erlaubtem. Erforderlich ist jedoch, daß die Drohung von einer solchen Schwere ist, daß sie stärkste nötigende Wirkung hat, zum Widerstand unfähig macht.

2. Der Hauptunterschied besteht in dem vom Täter erstrebten Ziel. Beim Raub will er sich durch eine Nötigung den Diebstahl ermöglichen oder sichern (sog. räuberische Erpressung und räuberischer Diebstahl). Da nach Art. 139 zur Erfüllung des Raubtatbestandes die diebische Absicht genügt, die Vollendung vor der Wegnahme der fremden Sache liegt¹, ist Raub und nicht Erpressung auch dann anzunehmen, wenn der Täter nicht selbst wegnimmt, sondern sich die Sache geben läßt. Wer mit vorgehaltenem Revolver droht: die Börse oder das Leben, ist, gleichgültig, ob er dem Opfer das Geld selbst wegnimmt oder ob es ihm ausgeliefert wird, ein Räuber. Das entspricht auch der Volksanschauung. Wie der Diebstahl ist auch der Raub ausschließlich ein Delikt gegen das Eigentum. Viel weiter reicht der Erpressungstatbestand. Der Erpresser kann, wie der Betrüger, auf unrechtmäßige Vermögensvorteile irgendwelcher Art aus sein: z. B. auf Rechtserwerb, Schuldenbefreiung, Stundung, Abwendung der Zwangsvollstreckung, Übergabe von Sachen und Duldung der Wegnahme — soweit nicht die engeren Voraussetzungen des Raubes zutreffen². In der Fassung des Art. 156: „nötigt, ihm (dem Täter) oder einem andern einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil zu gewähren“ kommt das mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck.

III. Das Verhältnis zum Betrug (G. Art. 148).

1. Während Raub und Erpressung — abgesehen von der verschiedenen Umgrenzung des Drohungsmomentes — in den Mitteln übereinstimmen, unterscheiden sich Betrug und Erpressung zunächst in dieser Richtung: Beim Betrug Irreführung durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen oder durch Benutzung eines bestehenden Irrtums (Art. 148 und dazu oben § 51 II), bei der Erpressung Gewalt usw. Verbindet der Täter, was sehr wohl vorkommen kann, Täuschung und Drohung, so ist, wenn die Drohung nötigende Wirkung hatte, richtigerweise nicht Konkurrenz mit Betrug anzunehmen, sondern nur wegen Erpressung zu strafen. Der in der Drohung liegende Angriff auf

¹ Oben § 50 I 1.

² Zum Ganzen BINDING, Lehrbuch, I, 375; FRANK: 2ff. (Gegensatz zwischen Sacherpressung und Vermögenserpressung).

die Freiheit der Willensbetätigung des Opfers ist das Stärkere, Entscheidende¹.

2. In der Regel zeigt sich bei Betrug und Erpressung ein ähnlicher kausaler Ablauf der Geschehnisse. Beim Betrug täuschendes Verhalten, Irrtum, Vermögensdisposition, Schaden (oben § 51 I). Bei der Erpressung Gewalt usw., Widerstandsunfähigkeit, erzwungene Handlung, Duldung oder Unterlassung, Vermögensschaden². Doch ist das kausale Verhältnis bei der Erpressung „lockerer“ (BINDING) als beim Betrug. Bei diesem wird der Getäuschte veranlaßt, eine ihn oder einen andern direkt schädigende Vermögensdisposition vorzunehmen (oben § 51 IV). Bei der Erpressung dagegen ist möglich, daß der Gezwungene z. B. zunächst nur eine in seinem Gewahrsam befindliche fremde Sache dem Erpresser überläßt, die dieser dann zu seinem Nutzen verwendet (unterschlägt): A nötigt den B, eine in dessen Gewahrsam befindliche Sache des C herauszugeben, die A unterschlägt. Erst dadurch erfolgt die Schädigung des C. Ob die Fassung des Art. 156 Ziff. 1 I: „nötigt, . . . einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil zu gewähren“, auch diesen Fall deckt, bleibt immerhin zweifelhaft³. Sicher ist jedoch, daß Identität zwischen dem Genötigten und dem Geschädigten nicht gegeben zu sein braucht. Doch ist auch hier vorausgesetzt, daß der Gezwungene, wie beim Betrug der Getäuschte, tatsächlich in der Lage ist, irgendwie über fremdes Vermögen zu verfügen (oben § 51 V 6)⁴.

Die Wirksamkeit des Nötigungsmittels wird vom G. zusammenfassend durch die Worte: zum Widerstand unfähig machen gekennzeichnet. Danach hat der Richter auch die Tragweite der Ausdrücke: Gewalt und schwere Drohung zu ermessen⁵. Daß auch ein zivilrechtlich

¹ BINDING: Lehrbuch, 1, 373f.; FRANK: 30 mit dem guten Beispiel, daß jemand durch Vorhalten einer in Wahrheit nicht geladenen Pistole droht.

² Über diese Reihe Zürcher Bl. 11, 307ff. Der Erpressungstatbestand ist daher nicht erfüllt, wenn jemand entschlossen ist, zu zahlen, bevor der „Erpresser“ mit einer Drohung an ihn herantritt. Der Erpressung ist die Abnötigung eines Entschlusses wesentlich. Anders beim Betrug, bei dem nicht nur das Versetzen in einen Irrtum, sondern auch das Unterhalten und Ausnützen eines Irrtums zählt. Vgl. REICHEL: JZ. 10, 65ff. und auch Zürcher Bl. 12, Nr. 172.

³ Die Ausdehnung des Erpressungstatbestandes auf diese Fälle vertritt namentlich BINDING: Lehrbuch, 1, 373, 375ff. mit weiteren Beispielen und der allgemeinen Formulierung: Nötigung zu einem die Erlangung des Vermögensvorteils ermöglichenden Verhalten; dagegen FRANK: 26.

⁴ ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 2, 350; FRANK: 110.

⁵ Zu Zürich § 167 Zürcher Bl. 27, Nr. 107 (Drohung mit einem „an sich“ gefährlichen Verhalten, die ernstliche Befürchtungen erregen kann); vgl. auch Bl. 27, Nr. 172. Die Frage, ob Erpressung oder nur Nötigung: Beschränkung der Handlungsfreiheit durch Androhung ernstlicher Nachteile (G. Art. 181 und dazu oben § 19 II) anzunehmen ist, läßt sich im Einzelfall schwer entscheiden. Vgl. auch KÖPFEL: Zürcher StGB. § 167, Nr. 330.

Handlungsunfähiger in diesen Zustand des Zwanges gebracht werden kann, ist selbstverständlich.

IV. Chantage. Die Streitfrage, ob der Erpressungstatbestand die sog. Chantage mitumfaßt, löst das G. (Art. 156 Ziff. 1 II) durch eine besondere Bestimmung¹. Danach begeht Chantage, wer jemanden durch die Ankündigung, er werde etwas bekanntmachen, anzeigen oder veraten, was ihm oder einer ihm nahestehenden Person nachteilig ist, veranlaßt, sein Schweigen durch Vermögensleistungen zu erkaufen. Vor allem Frankreich hat einen besonderen Chantagestatbestand geschaffen (C. p. Art. 400 § 2, Gesetz vom 23. Mai 1863)². Von den ältern kantonalen Rechten haben Neuenburg Art. 381 und Genf Art. 332 im Anschluß an das französische Recht besondere Bestimmungen aufgestellt. Neuenburg bezeichnet die Art, wie der Täter vorgeht, mit den Worten „menace, écrite ou verbale, de révélations ou d'imputations scandaleuses ou diffamatoires“³. Freiburg Art. 92 hat den Chantagefall in den Erpressungstatbestand eingefügt („Drohung, namentlich mit Aufdeckung oder Verbreitung einer Tatsache, die ihm — dem Genötigten — oder einem seiner Angehörigen zu schaden geeignet ist“). Ähnlich, jedoch in einem besondern Artikel und mit einer geringern Strafdrohung als bei der Erpressung im engeren Sinne bestimmt Waadt (Art. 194).

Bei Art. 156 des G. ist davon auszugehen, daß bei der eigentlichen Erpressung der Zwang so intensiv sein muß, daß das Opfer zum Widerstand unfähig gemacht wird. Die Anwendbarkeit des Erpressungstatbestandes bleibt daher gerade in den typischen Chantagefällen mindestens zweifelhaft. Das Charakteristische des Art. 156 liegt darin: bei der eigentlichen Erpressung Zwang bis zur Widerstandsunfähigkeit, bei der Chantage Veranlassung zu einer Vermögensleistung durch bloße Ankündigungen bestimmter Art⁴. Im einzelnen:

¹ Untersuchung der kantonalen Erpressungstatbestände mit Bezug auf die Frage, ob sie auch die Chantage treffen, bei STÄMPFLI: 73ff.; vgl. auch KOLLMANN: 192ff.

² Entstehung und Gesetzesmaterialien STÄMPFLI: 36ff., auch FRANK: 42ff.; REINHOLD: 50ff., 60ff. — Der Ursprung des Ausdrucks Chantage, wofür eine deutsche Bezeichnung fehlt, ist auch in Frankreich unabgeklärt. Faire chanter quelqu'un — vielleicht Verbrecherjargon — hat hier die Bedeutung: jemanden durch die Ausübung eines bestimmten Drucks zum Zahlen zu bringen.

³ Dazu REINHOLD: 84f.

⁴ Bei der Neuheit des Tatbestandes ist die Entstehungsgeschichte beachtlich: Prot. I. ExpKom. 2, 536; VE. 1896 Art. 77: mit der Fassung des Erpressungstatbestandes: Nötigen „durch Gewalt oder durch Drohungen irgendwelcher Art“ sollte auch die Chantage getroffen werden; ebenso VE. 1903 Art. 91 § 1. Seit dem VE. 1908 Art. 91 besteht die strenge Scheidung zwischen Erpressung und Chantage; Prot. II. ExpKom. 2, 350ff. Für die Scheidung trat namentlich GAUTIER ein, gegen sie STÄMPFLI: 126ff. mit interessantem Bericht über die Be-

1. Der Täter braucht nicht zu drohen oder gar mit einem rechtswidrigen Verhalten zu drohen. Eine „Ankündigung“, er werde etwas Nachteiliges bekanntmachen, anzeigen oder verraten, genügt. Wem gegenüber das geschehen soll — gegenüber einer größeren oder kleineren Öffentlichkeit, durch die Druckerpresse z. B. oder nur bei einzelnen Personen —, macht zunächst keinen Unterschied. Entscheidend ist, daß die Bekanntmachung dem Adressaten des Täters oder einer dem Adressaten nahestehenden Person¹ nachteilig ist (Rufgefährdung durch Enthüllung von Skandalgeschichten, Familienzerwürfnissen)².

2. Die „Ankündigung“, die mündlich oder schriftlich geschehen kann, muß den Adressaten veranlassen, das Schweigen des Täters durch Vermögensleistungen zu erkaufen. Der Kausalzusammenhang muß bewiesen werden. Regelmäßig wird es sich um die Zahlung eines Schweigegeldes (la rançon du silence) handeln. Aber auch ein Zahlungsverprechen, ein Schulderlaß, kurz die Zuwendung eines Vermögensvorteils genügen. Im Vergleich mit der eigentlichen Erpressung tritt bei der Chantage der Gesichtspunkt der Freiheitsberaubung in den Hintergrund. Die Chantage ist vor allem ein Ausbeutungsdelikt. Sie nähert sich dem Wucher³ (unten § 54 I).

V. Art. 156 Ziff. 1 des G. bedroht Erpressung und Chantage mit derselben Strafe: Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis, wobei mit der Freiheitsstrafe Buße verbunden werden kann⁴. Der weite Rahmen der Strafdrohung läßt dem Richter den erforderlichen Spielraum.

Mit erschwerter Strafe — Zuchthaus bis zu 10 Jahren und Buße — bedroht Art. 156 Ziff. 2 den Täter, der Erpressung und Chantage gewerbsmäßig⁵ betreibt oder sie gegen die nämliche Person fortgesetzt verübt⁶.

§ 54. Wucher.

Literatur. STOOSS: Grundzüge, 2, 131 ff. — ISOPESCUL-GREUL: Das Wucherstrafrecht. Der Kredit- und Barwucher (1906). — SCHMIDT: VD. Bes. Teil, 8, 161 ff., 196 ff. — WEIBEL und CORREVON: Verhandlungen des schweizer. Juristen-

handlung der Chantagefrage auf dem Brüsseler Congrès pénitentiaire international von 1900. Für die besondere gesetzgeberische Behandlung überzeugend auch FRANK: 106 f., REINHOLD: 101 ff.

¹ Nicht nur Familienangehörigen (G. Art. 110 Ziff. 2). Diese Beschränkung stellt Freiburg Art. 92 I auf.

² Interessantes Material von Chantage-Briefen bei REINHOLD: 4 ff.

³ Namentlich betont von FRANK: 107, 113 ff.

⁴ Gleiche Strafdrohung wie beim Wucher (Art. 157 Ziff. 1). Anders Waadt Art. 193/194 und Genf 331/332, die nach dem französischen Vorbild (C. p. Art. 400) die Chantage geringer bedrohen als die eigentliche Erpressung. Diese wird im französischen Recht als Verbrechen, jene als Vergehen betrachtet.

⁵ Begriff der Gewerbsmäßigkeit oben § 28 III 2.

⁶ Fälle widernatürlicher Unzucht sind ein bevorzugtes Tätigkeitsfeld für fortgesetzte Chantage; vgl. HAFTER: Z. 43, 55, 63 f.

vereins 1884, ZschwR.N.F. 3, 585ff. — NAHRATH: Über Kreditwucher, Berner Diss. (1907). — KLARA KAISER: Soziales Mietrecht . . . mit besonderer Berücksichtigung des Mietnotrechts, Zürcher Diss. (1922). — KUHN: Kritische Würdigung des schweizer Mietnotrechts (1923). — KEEL: Die industriellen und kommerziellen Ringe und Kartelle und ihre strafrechtliche Bedeutung, Zürcher Diss. (1897). — KITTELMANN: Laesio enormis, Zürcher Diss. (1916). — BUSSINGER: Das gesetzliche Zinsfußmaximum in der Schweiz, Zürcher Diss. (1929). — ZÜRCHER: Wucher, im Handwörterbuch der schweizer. Volkswirtschaft, 3 (1911), 1964ff. — Derselbe: Z. 3, 207ff. — MEYER v. SCHAUSENSEE: Z. 4, 80ff. — KLING: Z. 21, 413ff. — Über Sozialwucher: Lit.-Angaben im Text (III).

I. Die wechselvolle Geschichte des Wuchertatbestandes spiegelt sich zum Teil in der kantonalen Gesetzgebung wider. Noch heute zeigt das Wucherstrafrecht das Bild größter Unsicherheit. Die Entwicklungsstadien lassen als Grundlagen erkennen: Im rechtsgeschäftlichen Verkehr, beim Darlehen, aber auch bei Kauf und Verkauf, Miete usw. nutzt der eine Kontrahent eine schwache Lage des Geschäftspartners aus. Der Wucher ist der Typus des Ausbeutungsdeliktes. Schutz gegen Ausbeutung ist allerdings ein Kennzeichen zahlreicher anderer Tatbestände: In einem weitern Sinne verstanden sind Ausbeutungsdelikte auch die Erpressung, vor allem die Chantage (oben § 53 IV 2). Art. 135 des G. schützt Kinder und Untergebene gegen Ausbeutung ihrer Arbeitskraft (oben § 14 IV). Der geschlechtliche Verführer beutet Unerfahrenheit, Vertrauen, Abhängigkeit oder eine Notlage seines Opfers aus (G. Art. 191 bis 193, 196/197 und dazu oben §§ 26 III, 27 II, III). Auch der Kuppler, der Frauen- und Kinderhändler, der Zuhälter sind Ausbeuter (oben §§ 28 bis 30). Sie ziehen aus geschäftlichen oder geschäftsähnlichen Beziehungen schnöden Gewinn. Aber der eigentliche Wucher ist deshalb anderer Art, weil er regelmäßig einen an sich erlaubten rechtsgeschäftlichen Vermögensverkehr zur Grundlage hat (Wuchergrundgeschäft).

In dem zeitlich und örtlich stark verschieden gestalteten Schutz dieses rechtsgeschäftlichen Verkehrs gegen Ausbeutung entfaltet sich die Geschichte des Wucherstrafrechts¹.

1. Beim Geld- und Kreditgeschäft war Wucher zunächst die Überschreitung gesetzlicher Zinsgrenzen, zu Zeiten auch die Übertretung gesetzlicher Zinsverbote (römisches Recht). Als Sachwucher galt in Rom die künstliche Schaffung allgemeiner Zwangslagen durch Preissteigerungen und deren geschäftliche Ausbeutung². Dieser Gedanke hat im heutigen Begriff des Sozialwuchers seine Wiederauferstehung erlebt (unten III).

¹ Ausgezeichnete Untersuchungen von ISOPESCUL-GREUL: 27ff. Eine geschichtliche Übersicht gibt SCHMIDT: 163ff. Vgl. ferner die originelle Darstellung von KITTELMANN: 1ff. (römisches Recht); NAHRATH: 10ff. — Die Literatur spricht häufig von den drei klassischen Prinzipien: Zinstaxensystem, Wucherfreiheit, Wucher als Ausbeutungsdelikt. Das kennzeichnet aber die Entwicklung nicht vollständig.

² Nachweise bei ISOPESCUL-GREUL: 30ff, 59ff.

Das Wucherdelikt als Übertretung des Zinsverbotes¹ wurde namentlich durch das kanonische Recht entwickelt. Die Ausdehnung auf den Sachwucher erfolgte unter dem Gedanken, daß die Überschreitung der Regel, wonach bei jedem vermögensrechtlichen Geschäft Leistung und Gegenleistung wertmäßig einander entsprechen müssen — Prinzip der *aequalitas, justum pretium* —, als Wucher galt²

In kantonalen Rechten³ hat sich vereinzelt die Auffassung vom Wucher als Überschreitung gesetzlicher Zinstaxen beim Darlehen bis heute erhalten: namentlich Uri, altes Landbuch, Art. 139, mit der Taxe von 5% bei gesicherten, von 6% bei ungesicherten Darlehen; ähnlich Schwyz, Gesetze über den Wucher vom 28. Mai 1854 und neuer vom 23. Oktober 1898; Glarus § 146 lit. c: mehr als 5% Zins bei Hypothekendarlehen. Ebenfalls hatte Thurgau bis 1921 für Hypothekendarlehen eine gesetzliche Zinsgrenze von 5% aufgestellt, deren Überschreitung strafbar war (Ges. vom 8. März 1887 betreffend den Wucher). Daß ein Bedürfnis angenommen werden kann, gesetzliche Zinsgrenzen festzulegen, kommt auch im eidgenössischen Zivilrecht zum Ausdruck. OR. Art. 73 II behält dem öffentlichen Rechte vor, Bestimmungen gegen Mißbräuche im Zinswesen aufzustellen⁴, und ZGB. Art. 795 II stellt den Kantonen anheim, den Höchstbetrag des Zinsfußes zu bestimmen, der für Forderungen zulässig ist, für die ein Grundstück zu Pfand gesetzt wird⁵. Hier konnte auch die strafrechtliche Wuchergesetzgebung einhaken.

2. Aber diese Ordnungen haben sich nicht bewährt. Sie waren auch wirtschaftlich bedenklich und führten zu Umgehungen der Zinstaxen — durch wechselfähige Verpflichtung des Schuldners, durch Provisionsversprechen usw. — und damit auch zur Umgehung der Wucherbestimmungen alten Stils⁶. — Das hat zur sog. Zinsfreiheit und weiter zum Wegfall der Wucherbestimmungen, zur Wucherfreiheit, geführt⁷. Im Verzicht auf Wucherbestimmungen überhaupt liegt die Überspannung

¹ BINDING: Lehrbuch, 1, 450 hat es eine Ausgurt juristischen wie wirtschaftlichen Unverstandes genannt.

² ISOPESCUL-GRÆCUL: 66ff., 91ff. (Herrschaft des kanonischen Wucherverbotes im Mittelalter). Ausnahmen namentlich zugunsten der Juden, sog. Wucherprivileg; dazu NAHRATH: 38ff.

³ Stooss: Grundzüge, 2, 131ff. und Gesetzestexte (zum Teil veraltet) bei Stooss: Schweizer. Strafgesetzbücher, 830ff.

⁴ Vgl. z. B. Zürich Einf.-Ges. zum ZGB. § 212: Zinsbeschränkung für gewerbsmäßige Gelddarleiher, wobei die Wucherbestimmung vorbehalten bleibt.

⁵ Dazu BUSSINGER: passim; 115ff. Übersicht über die Entwicklung der Zinsfußmaxima in den Kantonen. Die früher zahlreichen gesetzlichen Zinstaxen sind heute fast überall abgeschafft.

⁶ BUSSINGER: 16ff. hat dazu interessantes schweizerisches Material zusammengestellt.

⁷ Die zur Aufhebung der Wuchergesetze führende Entwicklung mit ihren verhängnisvollen Wirkungen ist dargestellt bei ISOPESCUL-GRÆCUL: 128ff., 173ff.

eines an sich richtigen Gedankens des wirtschaftlichen Liberalismus (Handels- und Gewerbefreiheit)¹. Ein Wucherstrafrecht fehlt in Nidwalden, Zug, Graubünden, Waadt und Genf. Die meisten Rechte haben dagegen den Zustand der Wucherfreiheit längst überwunden.

3. Nicht die Abschaffung des Wucherstrafrechts überhaupt ist die zutreffende Lösung, sondern die Bildung eines neu orientierten Wuchertatbestandes. In einigen kantonalen Rechten erfolgte sie zunächst durch kasuistische Umschreibung von als wucherhaft bezeichneten Geschäften, wobei als Einzelfall auch noch die Überschreitung gesetzlicher Zinstaxen genannt wird. Baselland, Ges. über die korrektionelle Gerichtsbarkeit § 50 z. B., bezeichnete als Wucher: das sich Verschreiben- oder Versprechenlassen einer das Darlehen übersteigenden Summe, die Umgehung des gesetzlichen Zinsfußes durch Aufstellung von Nebenbedingungen, die Verbindung des Darlehngeschäftes mit Warengeschäften zu unangemessenen ausbeuterischen Preisen, die gesetzeswidrige Befriedigung für eine Geldforderung durch Verwertung von Pfändern².

4. Die nächste Entwicklungsstufe hat zu einer generellbegrifflichen Erfassung des Wuchertatbestandes geführt. Als typisches Beispiel mag Zürich § 188 I gelten³: Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns, der Verstandesschwäche oder der Unerfahrenheit eines andern im geschäftlichen Verkehr durch sich Versprechen- oder Gewährenlassen von Vermögensvorteilen, die zu der Gegenleistung in einem auffälligen Mißverhältnis stehen. Die Bestimmung erfaßt sowohl den Kredit- wie den Sachwucher⁴. Kürzer, aber viel weniger umfassend, bestimmt Appenzell A.-Rh. Art. 135: Benutzung der ökonomisch bedrängten Lage eines andern, um sich durch übermäßige Anrechnung von Zinsen oder Provisionen zu bereichern⁵.

¹ Dazu KITTELMANN: 85 ff. (Die individualistische Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts; Freihandelsschule).

² Zu dieser Gruppe gehören ferner, im einzelnen abweichend, Wallis Art. 314 (mit einer *clausula generalis* am Schluß) und der seit 1908 durch eine Novelle zum StGB. (Art. 114) ersetzte Art. 93 des PolStG. von Obwalden.

³ Einführung durch das Wuchergesetz vom 27. Mai 1883; KITTELMANN: 108f. Über die Auswirkung in den Jahren 1884—1888 ZÜRCHER: Z. 3, 207 ff.

⁴ Die Mehrzahl der kantonalen Rechte ist zu einer solchen generellen Umschreibung des Wuchertatbestandes gelangt. In der Ausgestaltung bestehen Verschiedenheiten. Einzelne Gesetze ergänzen die generelle Bestimmung durch die überkommene Kasuistik. Beispiele: Bern Art. 236a (nur Zins- und Provisionswucher, nicht Sachwucher), Luzern PolStG. § 110, Freiburg Art. 94 I, Glarus § 146 (Kasuistik), Baselstadt § 152a. Weitere Daten mit Hervorhebung der Unterschiede bei ISOPESCUL-GRECVL: 215 ff. Über die Entwicklung der luzernischen Wuchergesetzgebung vor dem neuen PolStG. MEYER v. SCHAUNSEE: Z. 4, 80 ff.

⁵ Ähnlich Solothurn, § 5 des Ges. vom 17. Mai 1878 über den Betrieb von Geld- und Betreibungsgeschäften.

II. Der eidgenössische Gesetzgeber konnte den Wuchertatbestand nur als generell gefaßtes Ausbeutungsdelikt übernehmen (Art. 157). Für die Durchführung ergibt sich:

1. Nicht nur der Kredit- und Zinswucher, sondern auch jeder andere wirtschaftliche Wucher (Sachwucher, Warenwucher, aber auch Dienstwucher) muß getroffen werden. Es erscheint heute fast selbstverständlich, daß der strafrechtliche Schutz gegen gewisse Arten der Ausbeutung sich auf das ganze Gebiet des rechtsgeschäftlichen vermögensrechtlichen Verkehrs erstrecken muß¹. Bisherige Gesetze, z. B. Zürich § 188 I, bringen das dadurch zum Ausdruck, daß sie auf Ausbeutung „im geschäftlichen Verkehr“ hinweisen, dann aber mit den Worten „insbesondere bei Gewährung oder Verlängerung von Kredit“ die hervorragende Stellung des Kreditwuchers betonen. Das ist nicht notwendig. Zutreffend ist die vom G. gewählte, ganz allgemeine Fassung: ausbeutet, um sich oder einem andern für eine Vermögensleistung unverhältnismäßige Vermögensvorteile gewähren oder versprechen zu lassen. Darin kommt auch zum Ausdruck, daß gewisse Rechtsgeschäfte ihrer Natur nach nicht die Grundlage wucherischer Ausbeutung bilden können: einseitige Geschäfte, z. B. ein Testament², und unentgeltliche Verträge, z. B. eine Schenkung. Voraussetzung ist immer ein entgeltlicher Vertrag³.

2. Bei solchen entgeltlichen Geschäften muß der eine Vertragspartner einen bestimmten, ihm bekannten Zustand, in dem sich der andere Partner befindet, ausbeuten. Art. 157 nennt als solche Zustände oder Eigenschaften des Opfers Notlage, Abhängigkeit, Geistesschwäche, Unerfahrenheit, Charakterschwäche und Leichtsinns⁴. Alles sehr dehnbare Begriffe. Ob ein solches Tatbestandsmoment gegeben ist, kann der Richter erst nach genauer Prüfung der persönlichen Verhältnisse des Opfers und unter Berücksichtigung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Geschäftes

¹ ZÜRCHER: Handwörterbuch, 1965f. — Gegen die Erfassung des „Sachwuchers“ hat man sich, unter Berufung auf die Handelsfreiheit, lange genug gesträubt. Bezeichnend z. B. Baselstadt, das durch das Wuchergesetz von 1883 zunächst nur den Kreditwucher unter Strafe stellte und erst durch ein Gesetz vom 13. Dezember 1923 auch gegen den Sachwucher einschritt; jetzt StGB. § 152a.

² NAHRATH: 109f. Bei der Annahme eines wucherischen Wechsels ist nicht das Wechselgeschäft, sondern der zugrunde liegende verpflichtende Vertrag strafbar.

³ Schaffhausen § 230 spricht von Darlehen und andern „belasteten“ Verträgen. Zum Ganzen ISOPESCUL-GRÆCUL: 236ff. mit zum Teil fragwürdigen Beispielen (Preisüberforderungen in einem Restaurant kein Wucher).

⁴ Abschließende Aufzählung. Die Ausbeutung anderer Schwächezustände, z. B. der Trunkenheit oder der von Bern Art. 236a genannten Gemütsaufregung erfüllen nach dem G. den Tatbestand nicht. Weitere Daten über bisherige Rechte bei NAHRATH: 116ff.

und seiner Zweckbestimmung beurteilen. Als Leitsätze mögen gelten: In der Regel kommt eine finanzielle Notlage, Geldmangel, Kreditmangel, in Betracht. Sie kann auch bei einem Begüterten vorhanden sein¹. Auch Ausbeutung anderer Notlagen ist unter Umständen zu berücksichtigen. Ein Mieter z. B., der wegen seines Berufes oder seiner sonstigen persönlichen Verhältnisse an einem bestimmten Ort wohnen muß, wird ausgebeutet². Die Notlage muß objektiv vorhanden sein. Ist sie nur eingebildet und nutzt der Täter diese ihm bekannte Einbildung aus, so erscheint es richtiger, Wucher auszuschließen. Es kann Betrug durch Benutzen eines Irrtums vorliegen (G. Art. 148)³. Der Fall: Ausbeutung der Abhängigkeit ist bisherigen Gesetzen fremd. Es kommen Beziehungen in Frage, die sich für die abhängige Person wirtschaftlich ungünstig auswirken: Warenverkauf zu übersetzten Preisen, auch Lohnschinderei in einem Dienstvertragsverhältnis (sog. Schwitzsystem). Eine sorgfältige Feststellung und Abwägung der tatsächlichen Verhältnisse ist hier, will man nicht den Wucherbegriff überspannen, besonders geboten. Während es sich bei Notlage und Abhängigkeit um objektive Zustände des Opfers handelt, weisen die ferner im G. genannten Fälle auf persönliche Eigenschaften des Opfers hin: wucherische Ausbeutung der Geistesschwäche und der Unerfahrenheit kann der Richter nicht schon dann annehmen, wenn ein Naiver beim Abschluß eines Geschäfts übers Ohr gehauen wird, weil er sich in einer ihm fremden Welt ungenügend orientiert. Geschützt werden sollen urteilsunfähige und urteilschwache, namentlich auch jugendliche Menschen, die nicht oder schwer in der Lage sind, eine geschäftliche Transaktion in ihrer Tragweite zu erkennen⁴. Bei der Prüfung der Frage, ob ein Täter die Charakterchwäche oder den Leichtsinne eines Opfers ausgebeutet hat, steht im Vordergrund, daß der Bewucherte aus Trägheit, Bequemlichkeit, Unbesorgtheit seine wirtschaftlichen Verhältnisse nicht kennt oder nicht berücksichtigt und sich über die Auswirkungen eines von ihm abgeschlossenen Geschäfts, z. B. eines Darlehns, keine Gedanken macht oder Bedenken

¹ JZ. 2, 220, Nr. 1077: Notlage nicht gleichbedeutend mit Armut; Zürcher Bl. 5, 308f.: Notlage bei empfindlichem Mangel an Betriebsmitteln trotz Vorhandensein eines großen Warenlagers; Bl. 32, Nr. 10 und JZ. 29, 203, Nr. 152: Notlage im Zusammenhang mit der Zweckbestimmung eines Darlehens zu würdigen; nicht nur gegeben, wenn das Darlehen zur Abwendung eines drohenden Übels, sondern zu produktiven Zwecken gebraucht wird; Aarg. RSpr. 32, Nr. 63: zwingende Notwendigkeit, sich Geld zu verschaffen; der Täter muß die Notlage kennen.

² Zürcher Bl. 18, Nr. 18; 21, S. 174.

³ NAHRATH: 117; anderer Meinung BINDING: Lehrbuch, 1, 456 und ISOPEUL-GRECU: 292ff.

⁴ Zivilrechtliche Urteile zu OR. Art. 21 (Übervorteilung): BE. 41 II, 579; 44 II, 186; JZ. 26, 345, Nr. 240 (Bern).

in den Wind schlägt¹. — Häufig werden bei einem Bewucherten mehrere Voraussetzungen zusammentreffen: Not und Abhängigkeit, Unerfahrenheit und Leichtsinns usw. Beim Täter, der die dadurch gesteigerte üble Lage seines Opfers kennt, erhöht sich die Schuld. Das kann in der Strafzumessung berücksichtigt werden.

3. Wenn der Gesetzgeber durch eine allgemeine Fassung des Tatbestandes (G. Art. 157, Zürich § 188, Baselstadt § 152 a usw.) die Wuchermöglichkeit im Zusammenhang mit allen entgeltlichen Geschäften — Leistung und Gegenleistung — vorsieht, so erübrigt sich eine besondere Ordnung für einzelne Fälle. In teilweiser Verkenntung dieser Rechtslage hat in neuerer Zeit die Spezialgesetzgebung sich besonders mit dem Mietwucher beschäftigt. Als ein Beispiel mag die zürcherische Entwicklung dienen: Die Rechtsprechung hat festgestellt, daß die Wucherbestimmung des § 188 auch den Mietwucher trifft (Zürcher Bl. 18, Nr. 18; 21, Nr. 70). Für Zeiten einer allgemeinen Wohnungsknappheit hielt man das nicht für ausreichend. Auf Grund des Bundesratsbeschlusses vom 9. April 1920 betreffend Bekämpfung der Miet- und Wohnungsnot (Eidg. GesSlg. N.F. 36, 199ff.) erging, wie in andern Kantonen, eine Ausführungs-VO. vom 11. November 1920 (Zürcher GesSlg. 31, 668ff.). Sie hat Mietwucherbestimmungen in einem weitergehenden Sinne aufgestellt: Mietzinswucher die „erhebliche“ Überschreitung der in der VO. für zulässig erklärten Ansätze (VO. § 102). Das ist das alte Taxensystem. Strafbar war weiter die in der Absicht, eine Notlage des Mieters auszunutzen, erfolgende Nebenabrede im Mietvertrag, wonach der Mieter über die Zahlung des Mietzinses hinausgehende Verpflichtungen (Darlehensgewährung, Übernahme von Hypotheken, Kauf von Möbeln usw.) einzugehen hatte (VO. § 104)². — Das war typische Not- und Gelegenheitsgesetzgebung. Sie weist zu den Fragen des Sozialwuchers (unten III) hinüber³. Mit der Besserung der Wohnverhältnisse mußte sie entfallen (Aufhebung der zürcher. VO. am 8. Oktober 1925; GesSlg. 33, 162). Aber schon ein zürcherisches Gesetz vom 3. März 1929 über den amtlichen Wohnungsnachweis und die Bestrafung des Mietwuchers (GesSlg. 34, 188ff.) hat die Frage erneut aufgegriffen. Die Bestimmung des § 8 sagt

¹ Zürich Bl. 8, 34: Leichtsinns, wer eventuellen Folgen bestimmter Geschäfte (Börsenoperationen) aus Sorglosigkeit oder aus Mangel an genügender Überlegung nicht die ihnen zukommende Bedeutung beilegt. Zu den Begriffen Unerfahrenheit und Leichtsinns auch HENGGELER (Lit. zu § 55): 96ff.

² Dazu Art. 9 und 56 des im Text genannten Bundesratsbeschlusses. Die entsprechenden Erlasse anderer Kantone sind genannt in ZschwR.N.F. 63, 419ff. Vgl. ferner BURCKHARDT: Schweizer. Bundesrecht, 2, 1040ff. und namentlich KLARA KAISER: 40ff. (Entwicklung des Wohnungsmietnotrechts), 76ff. (Nebenabreden zum Mietvertrag und Mietwucher) und KUHN: 78f., 104ff.

³ So auch KUHN: 107ff., der das Mietnotrecht als Notbehelf in außerordentlicher Zeit rechtfertigt.

tatbestandsmäßig nichts, was nicht auch in der Wuchernorm des § 188 StGB. enthalten wäre¹. Gegenüber §§ 188—190 des StGB., den allgemeinen Wucherbestimmungen, privilegiert das Sondergesetz den Mietwucher: geringere Strafdrohung, Nichtanwendbarkeit der in § 190 vorgesehenen Straferhöhungsgründe (gewerbsmäßige Verübung, Verdeckung des Wuchers durch Scheinverträge, durch den richtigen Sachverhalt verschleiernde oder entstellende Urkunden usw.). Der § 8 dieses Sondergesetzes ist mißratene Gesetzgebung².

4. In allen Wucherfällen ist das Verhältnis der beiden einander gegenüberstehenden Vermögensverpflichtungen und -leistungen entscheidend. Der dem Wucherer gewährte oder versprochene Vermögensvorteil steht, wie Art. 157 sich ausdrückt, mit seiner Leistung in einem offensibaren Mißverhältnis. Dabei ist vorauszuschicken, daß es gleichgültig ist, ob der gewährte oder versprochene Vorteil vom Täter gefordert oder vom Opfer angeboten und vom Gegenpartner angenommen wird³, ebenso, ob der Täter den Vorteil für sich oder einen Dritten einheimst. Die große Schwierigkeit liegt in der Frage, wann ein offenes oder, wie andere Gesetze sagen, ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung angenommen werden muß. Für die Bewertung des Einzelfalles ergibt sich ein weiter Spielraum. Jedenfalls darf das „offenbare Mißverhältnis“ nicht abstrakt festgestellt werden. Die gesamten Umstände, unter denen das in Frage stehende Grundgeschäft zustande gekommen ist, insbesondere die subjektiven Verhältnisse des Kreditnehmers, Käufers usw., aber auch die Geschäftskosten und das Risiko des Gläubigers sind zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung zeigt dieses Bestreben. Sie zeigt aber auch nicht geringe Unsicherheit⁴. Das hat

¹ § 8 I des Sondergesetzes lautet: „Wer beim Vermieten von Wohnräumen unter Ausbeutung der durch einen bestehenden Wohnungsmangel geschaffenen Notlage eines andern sich oder Dritten Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche zum jeweils üblichen Mietzinse solcher Räume und zu den Selbstkosten des Vermieters in einem auffälligen Mißverhältnis stehen, wird wegen Mietwuchers . . . bestraft.“ Die im zürcher. Amtsblatt 1929, 16 für die Aufstellung der Sondernorm gegebene Begründung, § 188 des StGB. reiche beim Mietwucher nicht aus, ist unzutreffend.

² Neben Art. 157 des eidg. G. hat er keinen Bestand.

³ Daß, im Gegensatz zu Betrug und Erpressung, beim Wucher das Opfer an den Täter herantritt, mag die Regel sein, ist aber nicht entscheidend; ZÜRCHER Prot. II. ExpKom. 2, 360; Zürcher Bl. 32, Nr. 10 (Annahme freiwillig angebotener Leistung schließt Wucher nicht aus); anderer Meinung ZELLER: Kommentar zürcher. StGB. § 188, N. 2.

⁴ Beispiele: Zürcher Bl. 5, 309 (11% Zins bei einem Kontokorrentverhältnis von längerer Dauer als das übliche Maß nicht unbeträchtlich übersteigend bezeichnet); 16, Nr. 152 (Gewährung eines Darlehns von 20 Fr. auf Monatsfrist gegen ein Aufgeld von 5 Fr. nicht übermäßig; falsch die Überlegung, das Aufgeld komme einem Jahreszins von 300% gleich); 18, Nr. 18 (Mietwucher nur dann, wenn der Mietzins das als zulässig erscheinende Maß „sowohl nach Maß-

wiederum dazu geführt, daß neuere Gesetze für einzelne Geschäfte zahlenmäßige Berechnungsgrundlagen aufgestellt haben, worin eine Art Rückfall in das Taxensystem zu erblicken ist: So bestimmt z. B. Zürich, Einf. Ges. zum ZGB. §§ 203f., daß die gewerbsmäßigen Pfandleiher nicht mehr als 1% Zins für den Monat beziehen und außer einer geringen Einschreibgebühr sich keine weiteren Vergütungen ausbedingen dürfen. Nach § 212 I ist für gewerbsmäßige Gelddarleiher das Maximum, das sie an Zins, Provision, Kommission und Gebühren beziehen dürfen, insgesamt auf 2% für den Monat festgesetzt. Der Vorbehalt der Wucherbestimmungen in § 212 II bedeutet, daß die Überschreitung dieser Taxen noch nicht strafrechtlicher Wucher zu sein braucht, z. B. dann nicht, wenn keine Ausbeutung einer Notlage usw. vorliegt. Andererseits kann nach den Umständen auch eine Zinsforderung, die unter dem gesetzlichen Maximum steht, wucherische Ausbeutung sein¹.

5. Der unverhältnismäßige Vermögensvorteil muß dem Täter oder einem Dritten gewährt oder versprochen worden sein (G. Art. 157 Ziff. 1 I; Zürich § 188 I). Der Darlehens-, Kauf-, Mietzinsgläubiger usw. braucht also mit dem „Wuchergläubiger“ nicht identisch zu sein. — Die Wuchervollendung tritt schon mit dem Abschluß des wucherischen Vertrages ein, unabhängig davon, ob die Schädigung des Opfers sich materiell ausgewirkt hat oder nicht². Damit im Zusammenhang stehen die Fragen nach der Begehungszeit und dem Begehungsort, die von Bedeutung werden, wenn der wucherische Vertrag unter Abwesenden zu-

gabe des für solche Wohnungen geltenden Marktpreises als auch im Hinblick auf den für eine angemessene Rendite der Liegenschaft erforderlichen Betrag ganz unverhältnismäßig übersteigt“); 21, Nr. 70 (Durchführung einer solchen Berechnung: Rendite eines Miethauses); JZ. 17, 47, Nr. 30 (St. Gallen: Darlehen von 100000 M. zur Verwendung zu Kriegsgeschäften gegen Rückzahlung von 140000 M. nach 3 Monaten; im Hinblick auf das große Risiko keine Übervorteilung). Zum Ganzen BINDING: Lehrbuch, 1, 457f. und namentlich ISOPES-CUL-GRECUL: 261 ff., ferner NAHRATH: 121 ff. Vgl. auch die Wucherbestimmung in § 5 des solothurnischen Gesetzes von 1878 über den Betrieb von Geld- und Betreibungsgeschäften, wo von „übertriebenen, mit den herrschenden Geldpreisen und mit dem übernommenen Risiko in einem offenbaren Mißverhältnis stehenden Zinsen oder Provisionen“ die Rede ist. Nach Neuenburg Art. 404 I muß zugunsten des Gläubigers der von ihm dem Schuldner geleistete Dienst berücksichtigt werden (proportion avec le service rendu).

¹ Dazu Zürcher Handelskammer, Bericht 1931, 41 ff. — Über Grundlagen für eine gerechte Mietzinsberechnung KUHN: 59 ff. im Zusammenhang mit dem oben 3 erörterten Bundesratsbeschluß vom 9. April 1920 und den daran anknüpfenden kantonalen Ausführungsverordnungen. Vgl. auch § 8 II des zürcher. Gesetzes vom 3. März 1929 über den amtlichen Wohnungsnachweis und die Bestrafung des Mietwuchers.

² Anders z. B. Appenzell I.-Rh. Art. 142 I, der die Gewährung von Vermögensvorteilen verlangt, wohl auch Appenzell A.-Rh. Art. 135 I (Bereicherung erforderlich).

stande kommt. Entscheidend ist hier, wann und wo das Wuchergeschäft als abgeschlossen zu gelten hat. Das ist der Ort, wo die Willensübereinstimmung der Parteien zum Abschluß kam. Beim Distanzgeschäft sollte nach richtiger Auffassung die zustimmende Willenserklärung des Bewucherten den Wucherer erreicht haben¹.

6. Kantonale Gesetze — z. B. Zürich § 188 II, Baselstadt § 152 c, Appenzell I.-Rh. Art. 142 II — und das eidg. G. Art. 157 Ziff. 1 II ergänzen den Haupttatbestand durch eine Bestimmung über den Nachwucher. Er ist Erwerb einer wucherischen Forderung in Kenntnis des Sachverhalts, wenn der Erwerber die Forderung weiter veräußert oder geltend macht. Geltendmachung ist jede an den Schuldner gerichtete Zahlungsaufforderung, Betreibung, Einklagung usw. Der Nachwucher ist vollendet, auch wenn die Geltendmachung ohne Erfolg bleibt, eine Betreibung z. B. fruchtlos endet. — Nach dem Wortlaut dieser Bestimmungen ist nicht strafbar, wer beim Erwerb einer solchen Forderung den wucherischen Sachverhalt nicht kennt, jedoch nachträglich darüber ins Klare kommt und den Anspruch weiter veräußert oder geltend macht. Das ist nicht zu billigen².

7. Wucher und Nachwucher stehen unter der gleichen Strafdrohung. Das G. Art. 157 Ziff. 1 III sieht Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis vor. Die Strafdrohung steht im Einklang mit derjenigen gegenüber einer Reihe anderer Vermögensdelikte (Diebstahl, Hehlerei, Betrug usw.). Wie bei der Erpressung kann auch beim Wucher in jedem Falle mit der Freiheitsstrafe Buße verbunden werden.

Die Ausgestaltung qualifizierter Fälle ist in der bisherigen Gesetzgebung sehr mannigfaltig. Besonders treten die verschärfte Erfassung verschleierte Wuchergeschäfte und schwerere Bestrafung des gewerbmäßigen Wuchers hervor³. Das G. (Art. 157 Ziff. 2) kennt, mit der er-

¹ Der eine Vertragsteil, der Wucherer, handelt z. B. von Zürich aus, der andere, der Bewucherte, in einem andern Kanton oder im Ausland. Der Wucher ist in Zürich vollendet, wenn die Zustimmung des Bewucherten den Täter da erreicht. Das ist die logische und strafrechtlich zweckmäßige Lösung. Auf die abweichende zivilrechtliche Ordnung in OR. Art. 10 über den Beginn der Wirkungen eines unter Abwesenden geschlossenen Vertrags braucht das Strafrecht nicht abzustellen; zu OR. Art. 10 vgl. v. TUHR: OR. Allg. Teil, 169. Übereinstimmend mit dem Text NAHRATH: 107f. Ein Widerspruch zu Art. 7 des G., der Bestimmung über den Begehungsort, entsteht nicht.

² Kritisiert auch von BINDING: Lehrbuch, I, 459, der überdies schon jeden dolosen Erwerb, ohne Rücksicht auf Weiterveräußerung oder Geltendmachung, für strafwürdig hält. Dazu LANG: Prot. II. ExpKom. 2, 363. — Materialien zum Delikt des Nachwuchers bei ISOPESCU-GRECUL: 245, Anm. 8, 298 ff., 337 ff.; NAHRATH: 126f., 148f. Beachtlich Bern Art. 236a III, der gleich dem Nachwucherer auch den Vermittler eines wucherischen Geschäftes behandelt.

³ Beispiele: Zürich § 190 (Berücksichtigung bei der Strafzumessung ohne Aufstellung eines besondern Strafrahmens), Bern Art. 236a II, 236 b, Baselstadt

höhten Strafdrohung: Zuchthaus bis zu 10 Jahren und Buße, nur zwei Qualifikationen:

den gewerbsmäßigen Wucher¹ und

den Fall, da der Täter sein Opfer „wissentlich dem wirtschaftlichen Ruin zuführt“². Das lautet wenig bestimmt. Der erforderliche strenge Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen der wucherischen Ausbeutung und dem Vermögensruin des Opfers wird nicht immer leicht zu erbringen sein

8. Die Abklärung der zivilrechtlichen Behandlung wucherischer Verträge ist auch für das Strafrecht von Bedeutung. Kantonale Rechte hatten bei der Einführung neuer strafrechtlicher Wucherbestimmungen sich auch mit den privatrechtlichen Folgen des Wuchers befaßt. Zürich z. B. bestimmte in Art. II seines Wuchergesetzes vom 27. Mai 1883 (GesSlg. 20, 10): „Wenn das wucherhafte Geschäft nicht gemäß den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht nichtig oder anfechtbar ist, so kann der Geschädigte Aufhebung desselben begehren, soweit es über die angemessene Gegenleistung für die vom Wucherer eingeräumten Vorteile hinausgeht“³. Dem Grundsatz nach gleich bestimmten die VE. zum eidg. StGB., der VE. 1908 Art. 92 Ziff. 4 in der Fassung: „Das Gericht ermäßigt die wucherische Forderung angemessen. Es verurteilt den Schuldigen, was er zuviel bezogen hat, zurückzuerstatten.“ Die in das revidierte OR. eingefügte Wucherbestimmung (Art. 21) hat die kantonalen zivilrechtlichen Wuchernormen beseitigt. Der Art. 21 macht die Gültigkeit eines wucherischen Vertrags im Ganzen vom Willen des Übervorteilten abhängig. Er hat innerhalb einer Jahresfrist, vom Abschluß des Vertrages an gerechnet, ein Anfechtungsrecht. Macht der Bewucherte von diesem Recht Gebrauch, so kann er seine Leistung verweigern und bereits vorgenommene Leistungen zurückverlangen⁴. Im Verhältnis zwischen Zivil- und Strafrecht ist eigenartig, daß die straf-

§ 152 b (Rückfall, Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit); sehr beachtlich Neuenburg Art. 405 (qualifiziert der zum Nachteil eines Minderjährigen verübte Wucher). Weitere Daten bei ISOPESCUL-GRECUL: 304ff., 320f.; NAHRATH: 165ff.

¹ Über das Moment der Gewerbsmäßigkeit oben § 28 III 2.

² Wohl zu unterscheiden von dem Fall in § 3 lit. e des aargauischen Wuchergesetzes vom 26. September 1887: Ausbeutung einer Notlage des Opfers, die der Wucherer selbst herbeigeführt hat.

³ Damals war streitig, ob Art. 17 des alten OR. (widerrechtliche und unsittliche Verträge) beim Wuchergeschäft Anwendung finden könne. Das Bundesgericht verneint unter Berufung auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit: BE. 20, 1087ff.; 22, 576ff.; 33 II, 316; vgl. ferner FICK: OR. Art. 21, Nr. 1 und 3; Zürcher Bl. 5, Nr. 194; 8, Nr. 104.

⁴ Die Einzelerörterung des Art. 21 OR. gehört nicht hierher. Über ihn v. TUHR: OR. Allg. Teil, 280ff.; BECKER: Kommentar OR. Zusammenstellung bundesgerichtlicher und kantonaler Entscheide zu Art. 21 in WEISS: Sammlung, 3, 1356ff. Zur ganzen Frage KITTELMANN: 107ff.

rechtliche Verurteilung eines Wucherers das Weiterbestehen und Weiterwirken eines wucherischen Vertrages nicht berührt, wenn der Bewucherte die Anfechtung unterläßt. Das befriedigt ganz und gar nicht.

III. Sozialwucher¹. Er zeigt soziologisch, wirtschaftlich und juristisch ein vom Individualwucher ganz verschiedenes Bild. Dieser ist Ausbeutung eines Einzelnotstandes. Sozialwucher dagegen ist Ausbeutung eines Volksnotstandes. Er wendet sich gegen die Gesamtheit der Volksgenossen, er schädigt oder bedroht die Versorgung eines Landes mit dem Notwendigen. In der Zeit des großen Krieges und den ersten Nachkriegsjahren hat die Notgesetzgebung des Bundes und der Kantone zum Kampf gegen den Sozialwucher — Ankauf und Zurückhaltung lebensnotwendiger Gegenstände, Schieber- und Kettenhandel, Handel mit dem Ziel unerlaubten und schädigenden Exportes u. a. m. — angesetzt. Im Mittelpunkt standen die bundesrätlichen Verordnungen vom 10. August 1914 und vom 18. April 1916 gegen die Verteuerung von Nahrungsmitteln und andern unentbehrlichen Bedarfsgegenständen (Eidg. GesSlg. N.F. 30, 376 f. ; 32, 165 f.), die sog. Wucherverordnungen. Sie sind auf den 31. Dezember 1922 aufgehoben worden (GesSlg. N.F. 38, 588). Eine Übernahme entsprechender Bestimmungen in das eidg. StGB. ist nicht erfolgt. Die Bekämpfung des Sozialwuchers in Krisenzeiten bleibt der Sondergesetzgebung vorbehalten.

Unentwickelt und gesetzgeberisch unabgeklärt sind die ebenfalls in das Gebiet des Sozialwuchers gehörenden Fragen, ob besonders gegen industrielle Ringe und Kartelle, die Preistreiberei und Ausbeutung der Konsumenten bezwecken oder herbeiführen, vorgegangen werden soll. Die genannte bundesrätliche Wucherverordnung von 1914 hatte in Art. 1 lit. b einen in diese Richtung weisenden Tatbestand aufgestellt: „Wegen Wuchers mit Nahrungsmitteln und andern unentbehrlichen Bedarfsgegenständen wird . . . bestraft: . . . b) wer an einer Verabredung oder Verbindung teilnimmt, welche die Erzielung solcher (d. h. einen üblichen Geschäftsgewinn übersteigenden) Preise zum Zwecke hat“². —

¹ Verhandlungen des schweizer. Juristenvereins 1920, ZschwR.N.F. 39, 1a und ff., 121a und ff., 259a und ff.: Referate von BOVEN und HAFTER (mit zahlreichen Lit.-Angaben). Vgl. außer der im Referat von HAFTER genannten Literatur ZÜRCHER: Sozialwucher im Kriegs- und Friedensrecht, in der Festschrift für Georg Cohn (1915), 675 ff.; HAFTER: Deutsche StRs.-Zeitung, 8, 4 ff.; MICHEL: Das schweizerische Kriegswucherstrafrecht, Berner Diss. (1920). BOVEN: Le prix normal. Essai sur la lutte contre les crises économiques et la spéculation illicite (1924); HUBER: Die Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit durch das Notverordnungsrecht des Bundes, Berner Diss. (1925), 228 ff.

² ZÜRCHER: a. a. O. 680; ZÖLLY: Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz, Zürcher Diss. (1917), 30, 36 ff. und namentlich TAPERNOUX: Les Cartels, Lausanner Diss. (1929), 125 ff. (rechtsvergleichende Dartsellung des Kartellstrafrechts mit Art. 419 des französischen C. p. als Ausgangspunkt).

Im Anschluß an das in Art. 419 des französischen C. p. enthaltene Verbot bestimmter Kartelle (*réunions ou coalitions*) haben drei Kantone Kartellverbote, die wesentlich die Konkurrenzfreiheit in Handel und Gewerbe sichern sollen, aber auch ein sozialwucherisches Verhalten treffen können, aufgestellt: Tessin Art. 235 (Teilnahme an einer Koalition, wenn dieser Zusammenschluß von Handels- und Gewerbetreibenden zu einer Erhöhung oder Erniedrigung (!) der Preise führt). Das zürcher. Gewerbegesetz von 1832 (Sammelband der zürcher. Gesetzgebung, I, 1396ff.), § 17 und eine bernische VO. vom 16. Oktober 1846 (Neue off. GesSlg. 5, 182), § 2 bestimmen ähnlich. Diese alten Normen sind nie ausdrücklich aufgehoben worden, sind aber praktisch kaum mehr von Bedeutung¹.

§ 55. Wucherähnliche Tatbestände.

Literatur. Angaben zu § 54. — SCHMIDT: VD. Bes. Teil, 8, 282ff., 286ff. — HENGGELER: Beiträge zur Lehre vom Börsenstrafrecht, Zürcher Diss. (1909). — BLEULER: Die Organisation der Zürcher Effektenbörse und der Entwurf zum neuen Börsengesetz (1911, auch JZ. 7, 217ff., 234ff., 260ff. — FUCHS: Beiträge zur Geschichte der Zürcher Effektenbörse (1913). — RUDOLF: Das Recht der Börsenagenten in Frankreich und der Schweiz, Zürcher Diss. (1913). — COHN: Bank-Archiv, 10, Nr. 6 (Sonderabdruck).

I. Dem Wucher (oben § 54) nahe steht der besondere Tatbestand der (wucherischen) Ausbeutung Minderjähriger, den — zum Teil neben den Wucherbestimmungen — kantonale Rechte aufgestellt haben². Im wesentlichen gleich bestimmen Bern Art. 236 c und Baselstadt § 152 d: Der Täter läßt sich in gewinnsüchtiger Absicht unter Benützung des Leichtsinnes oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen³ einen Schuldschein oder eine andere eine Verpflichtung enthaltende Urkunde ausstellen oder mündlich ein Zahlungsversprechen geben. Bern und Basel bezeichnen das Delikt als wucherliches Kreditgeben. Doch fehlt gerade das für den Wucher kennzeichnende Moment, das Gewähren oder Versprechen unverhältnismäßiger Vermögensvorteile. Ist in einem mit einem Minderjährigen abgeschlossenen Geschäft auch dieses Moment gegeben, so muß selbstverständlich die Wucherbestimmung zur Anwendung

¹ ZÖLLY: 30ff.; TAPERNOUX: 151f. Beide Autoren betrachten diese kantonalen Kartellverbote als gegen Art. 31 BV., die Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit, verstoßend. KEEL: 130ff. fordert strafrechtliche Behandlung der Ringe und Kartelle nach den Wucherbestimmungen des StGB. Das ist dann richtig, wenn der einzelne Täter, der Mitglied eines Kartells ist, den Tatbestand des Individualwuchers erfüllt. Die besondern Fragen des Ring- oder Kartellwuchers sind jedoch auf diesem Weg nicht ausreichend zu lösen.

² Anders Neuenburg Art. 405, das neben den Wuchergrundtatbestand qualifizierend den gegenüber einem Minderjährigen verübten Wucher stellt (oben § 54 II 7).

³ Auch dann, wenn er im konkreten Fall geschäftsfähig, z. B. für volljährig erklärt ist; SCHMIDT: 283, Anm. 1.

gelangen. Nach beiden Rechten ist auch strafbar, wer in Kenntnis des Sachverhalts eine gegenüber dem Minderjährigen begründete Forderung erwirbt und sie weiter veräußert oder geltend macht (vgl. oben § 54 II 6: Nachwucher), in Bern überdies, wer ein solches Kreditgeschäft mit einem Minderjährigen vermittelt (Bern Art. 236 c II, Basel § 152 d II).

Genf, das einen Wuchertatbestand nicht kennt, stellt weitgehend als extorsion die geschäftliche Ausbeutung Minderjähriger unter Strafe — *quiconque aura abusé des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur* —, wobei auch hier das Erlangen eines übermäßigen Vorteils nicht Tatbestandsmoment ist (Art. 333). Dieses Moment fehlt auch in der sog. Wucherbestimmung des Tessin (Art. 387: *usura*).

II. Verleitung zu Spekulation und Börsengeschäften. Verfehlt ist, wenigstens auf Grund der in der Schweiz ergangenen Bestimmungen, von Börsenwucher¹ zu sprechen. Es handelt sich nicht um Sachwucher, der, wenn er gegeben ist, unter die eigentliche Wucherbestimmung fällt. Die Gesetzgebung hat, unter dem Einfluß einer Bank- und Börsenkrisis in den neunziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts², Strafbestimmungen zu dem Zweck erlassen, namentlich Unerfahrene, aber auch bestimmte andere Personengruppen von der Börse fernzuhalten. Absolute Abschlußverbote bestimmter Art bestehen mit Bezug auf einzelne Personengruppen, insbesondere für die öffentlichen Beamten und Angestellten³. Hier soll nur der wucherähnliche Tatbestand näher erörtert werden: Zürich, Wertpapiergesetz § 16 Ziff. 8 in Verbindung mit § 39 bestraft mit Polizeibuße bis zu 5000 Fr. — in schweren Fällen mit Gefängnis, womit Buße bis auf 10000 Fr. verbunden werden kann — den Abschluß von Geschäften in Wertpapieren durch Börsenagenten unter Ausnützung der Notlage, der Verstandesschwäche, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines andern. Die Anknüpfung an den Wuchertatbestand ist unverkennbar. Das entscheidende Wuchermoment: das Sichgewähren- oder -versprechenlassen unverhältnismäßiger Vorteile fehlt.

¹ SCHMIDT: 286ff.

² Darüber Fuchs: 64ff.

³ Zürich: Gesetz vom 22. Dezember 1912 betreffend den gewerbsmäßigen Verkehr mit Wertpapieren (GesSlg. 29, 477ff.), § 16 Ziff. 6: Abschluß von Termingeschäften, die sich als offensichtliche Spekulation kennzeichnen, mit oder für Rechnung von öffentlichen Beamten und Angestellten oder von Geschäftsangestellten ohne schriftliche Bewilligung der Geschäftsinhaber; Ziff. 9: Wertpapiergeschäfte mit Unmündigen oder Bevormundeten; Ziff. 10: Termin- und Prämiengeschäfte mit oder für Personen, deren Identität nicht feststeht oder mit oder für Mittellose und Zahlungsunfähige. Ähnlich Baselstadt PolStG. § 159a Ziff. 1, 2 und 4. Über die absoluten Abschlußverbote HENGGELER: 52ff., der sie als überflüssiges, aus einer Krisenzeit stammendes Gelegenheitsrecht bezeichnet (86). — Vgl. Zürcher Bl. 3, Nr. 46 und 8, Nr. 19 (Das Abschlußverbot mit Bezug auf Geschäftsangestellte gilt auch für Abschlüsse mit außerhalb des Kantons Zürich wohnenden Angestellten).

Ist es gegeben, so ist die Wucherbestimmung anzuwenden. § 39 IV des Ges. behält die Bestimmungen des StGB. (§§ 188ff.) ausdrücklich vor¹. — Die Bestimmung von Basel § 152 e Ziff. 3 ist enger und schärfer gefaßt. Mit Buße oder mit Gefängnis wird bestraft, wer in gewinnsüchtiger Absicht andere unter Benützung ihres Leichtsinns oder ihrer Unerfahrenheit zum Abschluß von Spekulationsgeschäften, die nicht zu ihrem Gewerbebetrieb gehören, verleitet².

An diese kantonalen Rechte anknüpfend hat das G. Art. 158 den Tatbestand: Verleitung zur Spekulation gestaltet³. Sie ist Gefährdungsdelikt, ein Schadenseintritt nicht erforderlich. Der Tatbestand ist, um nicht das legale und wirtschaftlich unentbehrliche Börsengeschäft zu treffen, mit besonderer Vorsicht gefaßt:

1. Ausgangspunkt ist, daß der Täter — jedermann, nicht nur ein Börsenagent oder ein Bankier — die Unerfahrenheit einer Person in Börsengeschäften oder ihren Leichtsinn benützt. Daß es sich um einen Unerfahrenen oder Leichtsinnigen handelt, muß dem Täter bewußt sein⁴.

2. Diese Benützung erfolgt in der Absicht, den andern zur Spekulation in Wertpapieren oder Waren zu verleiten⁵. Sie erfolgt, obschon der Täter weiß oder wissen sollte — Fahrlässigkeit, Verletzung einer Informationspflicht —, daß die Spekulation zum Vermögen des Verleiteten in offenbarem Mißverhältnis steht⁶.

3. Der Täter muß in der Absicht handeln, sich oder einem andern einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Der Vorteil und die darauf zielende Absicht brauchen an sich nicht rechtswidrig zu sein. Der Täter will Geschäfte machen, sich eine Provision verdienen. Ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (Wucherbegriff) besteht nicht. Mit Bedacht spricht das G. nicht von Ausbeuten, sondern von Benützen⁷.

¹ Zur Entstehung dieses Börsenstrafrechts HENGGELER: 18ff. Vgl. ferner Zürcher Bl. 8, Nr. 19 (Begriffe der Unerfahrenheit und des Leichtsinns im Sinne des Börsengesetzes; dazu oben § 54 II 2); COHN: 16ff.; BLEULER: 261.

² HENGGELER: 26ff.

³ Schon die ersten Entwürfe, VE. 1894 Art. 82: Ausbeutung durch Börsenspiel; VE. 1903 Art. 93: Ausbeutung durch Börsenspiel oder Glücksspiel (!). ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 160ff.; Prot. II. ExpKom. 2, 366ff.

⁴ HENGGELER: 103, 124.

⁵ Aus dem textlichen Zusammenhang (Börsengeschäfte: Spekulation in Wertpapieren oder Waren) folgt, daß nur die Verleitung zu einer an einer Effekten- oder Warenbörse erfolgenden Spekulation berücksichtigt wird. Verleitung zu andern, außerhalb einer Börse erfolgenden Spekulationsgeschäften wird von Art. 158 nicht erfaßt. Dazu HENGGELER: 95f. — Nicht jedes Termingeschäft ist Spekulationsgeschäft, aber auch ein Kassageschäft kann es sein; HENGGELER: 90ff.; BLEULER: 261.

⁶ Eine wohl zu beachtende Einschränkung des Tatbestandes.

⁷ Art. 158 ist daher, ungleich dem Wucher, kein Ausbeutungsdelikt. Anders z. B. noch der VE. 1903 Art. 93, der von eigennütziger Benützung einer Person,

4. Das Delikt des Art. 158 ist erst mit der erfolgten Verleitung zu einer Spekulation vollendet, d. h. in dem Zeitpunkt, da es zu einem Abschluß, zur Erteilung eines Auftrags zur Durchführung eines Spekulationsgeschäftes gekommen ist. Verleitung ist bestimmende Beeinflussung¹. Da die Geschehnisse sich mehraktig, gleichsam stufenweise entwickeln — Bearbeitung, Beeinflussung, Bestimmung eines Unerfahrenen oder Leichtsinigen; Auftragserteilung, Abschluß eines Spekulationsgeschäftes —, so wird sich häufig ein Zusammenwirken mehrerer schuldhaft Handelnder ergeben: Der Angestellte einer Firma z. B. oder irgendein anderer Vermittler bearbeitet und verleitet das Opfer, der Chef bringt das Spekulationsgeschäft zum Abschluß. Es hängt von der Lösung der Tat- und Beweisfrage ab, wie die Rollenverteilung nach der Teilnahmelehre zu bewerten ist. Jedenfalls liegt Mittäterschaft dann vor, wenn die mehreren Beteiligten ihre einzelne tatbestandsmäßige Tätigkeit in Kenntnis der Verhältnisse ausgeführt haben². — Ohne Bedeutung für die Tatbestandserfüllung ist, ob die Spekulation mißlingt oder gelingt. Im letztern Fall wird das Strafrecht allerdings selten in Bewegung gesetzt werden. Nach der Tendenz des Art. 158 muß aber richtigerweise eine Verfolgung ohne Rücksicht auf das Ergebnis der Spekulation und von Amtes wegen einsetzen³.

5. Die Strafdrohung des Art. 158 lautet auf Gefängnis oder Buße. — Die Vorentwürfe, z. B. VE. 1908 Art. 93, hatten zivilrechtliche Fragen mit der Bestimmung erfaßt, daß der Vermittler eines Spekulationsgeschäftes keinen Anspruch auf Gebühren haben und daß er das unter diesem Titel Empfangene „und was er überdies zuviel bezogen hat“⁴ zurückerstatten solle. Das G. hat diese Bestimmung mit Recht nicht übernommen. Die Fragen der Rückerstattung und eventuell eines Schadensersatzes sind nach OR. Art. 20, 41 ff. vom Zivilrichter zu lösen⁵.

um sie durch Börsenspiel auszubeuten, spricht. Mit HENGGELER (104, 112) ist die Erlangung auch einer normalen Provision wegen der Art, wie der Täter vorgeht, als rechtswidriger Vermögensvorteil zu bezeichnen.

¹ Zum Verleitungsbegriff oben § 6 III 3; Allg. Teil, § 45 I; ausführlich HENGGELER: 105 ff. — Eine allgemein an das Publikum sich richtende Reklame in einer üblen Finanzpresse ist noch keine Verleitung, auch nicht Versuch im Sinne des Art. 158.

² Nichts steht entgegen, daß auch ein Mitspekulant den Tatbestand erfüllt, wenn er verleitet in der Absicht, sich oder einem andern — z. B. dem das Geschäft abschließenden Makler — einen Vermögensvorteil (die Provision) zu verschaffen. Anders, auf Grund von Art. 93 des VE. 1908, ZÜRCHER: Erläuterungen, 161.

³ Die Frage, ob ein Official- oder ein Antragsdelikt zu schaffen sei, war in der Gesetzesberatung umstritten: StenBull. StR. 1931, 516; NR. 1935, 515 f.

⁴ Eine höchst schleierhafte Wendung.

⁵ Prot. II. ExpKom. 2, 370 f. (GABUZZI u. a.).

§ 56. Glücksspiele. Lotterien. Wetten.

Literatur. KRIEGSMANN: VD. Bes. Teil, 6, 375 ff. — LAELY: Der Spielbankartikel der BV., Zürcher Diss. (1912). — EGOLF: Das schweizer. Lotteriewesen und dessen strafrechtliche Bekämpfung, Zürcher Diss. (1915). — BURCKHARDT: Kommentar BV., 3. Aufl. (1931), 301 ff. — LANG: Z. 41, 378 ff.

I. Glücksspiele sind Spiele, bei denen Gewinn und Verlust allein oder wesentlich vom Zufall, nicht von der Geschicklichkeit des Spielenden abhängen. Von diesem Oberbegriff ist an die Lösung der Frage heranzugehen, ob und wie weit das Strafrecht sich mit dem Spiel, das einer unausrottbaren menschlichen Neigung, die zunächst harmlos und ungefährlich ist, entspricht, befassen soll. Spielfreuden kann kein vernünftiges Gesetz verbieten, und Spieleidenschaft ist schwer auszurotten. Aber gegen die mit den Glücksspielen häufig verbundene Gefahr der Ausbeutung von Leichtsinns und Charakterschwäche und der daraus sich ergebenden Vermögensschädigung und -gefährdung soll der Staat vorgehen¹.

Das eidgenössische Recht ist hier einen mühsamen Weg gegangen: Art. 35 der BV. von 1874 untersagte die Errichtung von Spielbanken. Die noch bestehenden Spielhäuser mußten am 31. Dezember 1877 geschlossen werden. Art. 35 III gab dem Bund überdies das Recht, auch mit Bezug auf Lotterien geeignete Maßnahmen zu treffen². Der heute geltende Art. 35 wurde in der Volksabstimmung vom 2. Dezember 1928 angenommen (sog. Kursaalinitiative). Er verbietet Errichtung und Betrieb von Spielbanken, stellt aber den Kantonen, unter Vorbehalt der bundesrätlichen Genehmigung, anheim, Unterhaltungsspiele in Kursaalunternehmungen unter gewissen Bedingungen zu gestatten³.

In Ausführung von BV. Art. 35 III hat der Bundesrat am 1. März 1929 eine verwaltungsrechtliche VO. über den Spielbetrieb in Kursälen erlassen (Eidg. GesSlg. N.F. 45, 78 ff.).

Schon die VE. zum eidg. StG. hatten einen Übertretungstatbestand: Halten von Spielbanken und Lotterien (VE. 1894 Art. 209 und, mit weiterer Ausgestaltung, die spätern VE.) aufgestellt⁴. Der E. 1918

¹ Das Strafrecht bekämpft das Spiel, soweit es unsittliche Vermögensgefährdung ist; KRIEGSMANN: 375 ff., 382 ff.

² Die hier nicht zu erörternde Geschichte und Auslegung des Artikels bei BURCKHARDT: Kommentar BV. (3. Aufl.), 301 ff. mit Literaturangaben, ferner BURCKHARDT: Schweizer. Bundesrecht, 4, Nr. 1821 und 1821 bis; LAELY: Der Spielbankartikel der BV., Zürcher Diss. (1912). Über die radikale Zwischenrevision vom 21. März 1920 BURCKHARDT: Kommentar, 302 und namentlich Bundesrecht, 4, Nr. 1822. Zur Geschichte des Lotteriewesens in der Schweiz EGOLF: 41 ff.

³ Über die Kursaalinitiative und ihren Erfolg BURCKHARDT: Bundesrecht, 4, Nr. 1823.

⁴ Prot. I. ExpKom. 2, 327 ff.; ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 458 ff.; Prot. II. ExpKom. 7, 42 ff., 330 f. Die bemerkenswerten Verhandlungen zeigen große Unsicherheit in der Frage der Strafwürdigkeit einzelner Glücksspielbetätigungen. Vgl. auch KRIEGSMANN: 427, 437 f.; EGOLF: 122 ff.

(Art. 307) sah folgende Tatbestände vor: Halten einer Spielbank; Veranstaltung einer Lotterie oder eines andern Glücksspiels, Betreiben eines Wettbüros oder eines Lotteriegeschäftes, wenn solche Unternehmungen ohne Bewilligung der zuständigen Behörde erfolgen; Platzgeben zu einer Spielbank oder zu einem Glücksspiel, das ohne behördliche Bewilligung betrieben wird. In der parlamentarischen Beratung ist dieser Artikel im Hinblick auf die Sondergesetzgebung, die inzwischen eingesetzt hatte, gestrichen worden.

Der Bund hat erlassen

1. Das BGes. vom 8. Juni 1923 betreffend die Lotterien und die gewerbsmäßigen Wetten (Eidg. GesSlg. N.F. 39, 353ff.)¹. Eine bundesrätliche Vollziehungs-VO. dazu erging am 27. Mai 1924 (GesSlg. N.F. 40, 259ff.).

2. Das BGes. vom 5. Oktober 1929 über die Spielbanken (GesSlg. 46, 8ff.)². Neuheit und Unabgeklärtheit erfordern eine ausführliche Darstellung.

II. Aus dem Spielbankgesetz ergeben sich folgende Straftatbestände:

1. Verboten sind die Errichtung und der Betrieb einer Spielbank, das hierzu Platzgeben und das hierzu Beschaffen von Spielgeräten. Einheitliche Strafdrohung für alle vier Tatbestände: Buße von 300—10000 Fr. (Art. 6). Das Gesetz bezeichnet, mit außerordentlich weiter Ausdehnung, als Spielbank jede Unternehmung, die Glücksspiele betreibt und definiert als solche diejenigen Spiele, bei welchen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn in Aussicht steht, der ganz oder vorwiegend vom Zufall abhängt (Art. 2)³. Die Gleichung Glücksspielunternehmung = Spielbank wirkt sich aber viel weiter aus. Als Glücksspielunternehmung gilt auch das Aufstellen von Spielautomaten und ähnlichen Apparaten, sofern nicht der Spielausgang in unverkennbarer Weise ganz oder vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht (Art. 3)⁴, überdies jede Vereinigung

¹ Botschaft des Bundesrates vom 13. August 1918, BBl. 1918, 4, 333ff.; Hinweis auf die weiteren Gesetzesmaterialien bei BURCKHARDT: Schweizer Bundesrecht, 4, Nr. 1820.

² Botschaft des Bundesrates vom 19. März 1929, BBl. 1929, 1, 369ff.; vgl. ferner BURCKHARDT: a. a. O. Nr. 1823 V.

³ Diese Umgrenzung könnte auch viele Lotterie- und Wettunternehmungen umfassen. Doch kommt auf sie nie das Spielbankgesetz zur Anwendung (unten III 1).

⁴ Ein Entscheid darüber, welche Apparate unter diese Bestimmungen fallen, steht dem eidg. Justiz- und Polizeidepartement zu (Art. 3 II). Verwaltungsrechtliche Beschwerde dagegen an das Bundesgericht; BE. 56 I, Nr. 48 und 61; 58 I, Nr. 23; 60 I, Nr. 38, Nr. 47 (Gutheißung von Beschwerden); Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 31, 492ff.; 32, 139ff.; 35, 577f.; 36, 73ff. — Über die Unterscheidung: reine Glücksspiele, reine Geschicklichkeits- und gemischte Spiele KRIEGSMANN: 392ff. (rechtsvergleichende Daten).

von Spielern, welche Glücksspiele gewohnheitsmäßig betreibt, sofern die Teilnahme an diesen „tatsächlich“ jedermann freisteht (Art. 4)¹. Es ist gesetzgeberische Lizenz, den Inhalt eines Wortbegriffes authentisch zu bestimmen. Immerhin ist fraglich, ob hier nicht dem Ausdruck „Spielbank“ eine allzu große Reichweite verliehen wurde, namentlich wenn man bedenkt, daß die sog. Kursspiele, die nicht anderes als Spielbanken sind, staatliche Sanktion genießen². Wie weit entfernt sich das Recht von dem kriminalpolitischen Ausgangspunkt, daß das Spiel bekämpft werden soll, soweit es wirtschaftlich nicht gerechtfertigte, unsittliche Vermögensgefährdung ist!

2. Der Pferdefuß kommt in Art. 7 zum Vorschein, der mit Buße von 300—10000 Fr. und eventueller Schließung des Spielbetriebs denjenigen bedroht, der die besondern Vorschriften über das Glücksspiel in Kursälen übertritt³.

3. Den Rückfall im Zeitraum von 5 Jahren, von der vorangegangenen Zuwiderhandlung an gerechnet, bedroht das Gesetz mit verschärfter Strafe: Buße von 600—20000 Fr., womit Gefängnis bis zu 6 Monaten verbunden werden kann (Art. 9). Die Rückfallstat ist damit als Vergehen, nicht als bloße Übertretung gekennzeichnet. In allen Fällen eines festgestellten verbotenen Spiels kann, ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person, die Einziehung der Spielgelder und Spielgeräte verfügt werden (Art. 10)⁴.

4. Die sämtlichen Tatbestände des Spielbankgesetzes sind in dem Sinne Gefährdungsdelikte, daß ein Schadenseintritt und auf der andern Seite ein Vermögensgewinn nicht eingetreten zu sein braucht. Das bloße Errichten einer Glücksspielunternehmung, das Platzgeben hierzu usw. erfüllen das Gesetz. Das Spiel braucht noch nicht begonnen zu haben. Es

¹ Zürcher Bl. 33, Nr. 76 (eine besondere Organisation solcher Unternehmungen ist nicht erforderlich); BBl. 1929 I, 373.

² Gut über die Schwierigkeit, den Begriff der Spielbank (maison de jeu) juristisch zutreffend zu erfassen, GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 7, 44; vgl. auch HAFTER: eodem, 51; KRIEGSMANN: 431 f.

³ Dazu oben I: BV. Art. 35, die bundesrätliche VO. vom 1. März 1929 und ein Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen betr. die Spielbanken; BBl. 1930 I, 41 f. — Zu beachten ist, daß nach Art. 13 des Spielbankgesetzes dem Bundesrecht nicht widersprechende Bestimmungen der Kantone vorbehalten bleiben; vgl. z. B. Zürich, regierungsrätliche VO. vom 18. Juni 1932 über das Lotteriewesen, die Glücksspiele und die gewerbsmäßigen Wetten (Zürcher. GesSlg. 34, 657 ff.). Die Botschaft zum Spielbankgesetz (BBl. 1929 I, 373) nimmt an, daß kantonale Bestimmungen über die Tatbestände des BGes. hinausgehen dürfen, daß z. B. auch Glücksspiele, bei denen kein Geldgewinn in Aussicht steht, für strafbar erklärt werden können. Das erscheint zweifelhaft, weil es Art. 2 des BGes. widerspricht.

⁴ Sichernde Maßnahme, nicht Nebenstrafe, wie G. Art. 58; vgl. Allg. Teil. § 65.

genügt, daß bei der Unternehmung ein Geldgewinn „in Aussicht steht“ (Art. 2 II).

Der Spieler selbst bleibt grundsätzlich straflos. Er gilt als das gefährdete Opfer des Unternehmers, des Bankhalters. Doch ist es anders beim Tatbestand des Art. 4, der Vereinigung von Spielern, welche Glücksspiele gewohnheitsmäßig betreibt. Die Vereinigung selbst kann nicht erfaßt werden, nur Einzelpersonen kann der Richter strafen¹.

Strafbar ist nur die vorsätzliche Tat, was sich aus dem Hinweis in Art. 11 des Spielbankgesetzes auf die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des Bundesstrafrechts von 1853 ergibt². Das Moment der gewinnsüchtigen Absicht spielt, obschon sie regelmäßig, wenn auch nicht immer, gegeben sein wird, juristisch keine Rolle³.

III. Das Gesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmäßigen Wetten von 1923 — Lotteriegesez — ist, wie das Spielbankgesetz, ein Strafgesetz. Es ist jedoch, namentlich in der Vollziehungsverordnung vom 27. Mai 1924, mit zahlreichen verwaltungsrechtlichen Bestimmungen durchsetzt. Sie wurden dadurch notwendig, daß das Verbot, Lotterien zu veranstalten und gewerbsmäßige Wetten durchzuführen, unter bestimmten Voraussetzungen ausgeschaltet werden soll. Diese Fälle, in denen Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit entfallen, können hier nur zusammengefaßt angedeutet werden: Vom Verbot ausgenommen sind die gemeinnützigen oder wohltätigen Zwecken dienenden Lotterien und die Prämienanleihen, soweit deren Ausgabe und Durchführung im Einzelfall behördlich bewilligt wird (Ges. Art. 3, 5ff., 17ff.; VO. Art. 5, 6ff.: Ausgabe und Durchführung inländischer Prämienanleihen; 29ff.: ausländische Prämienanleihen; Art. 38ff.: gewerbsmäßiger Handel mit Prämienlosen). Eine weitere Ausnahme vom Lotterieverbot enthält Art. 2 des Gesetzes: Bei einem Unterhaltungsanlaß veranstaltete Lotterien, deren Gewinne nicht in Geldbeträgen bestehen und bei denen die Ausgabe der Lose, die Losziehung und die Ausrichtung der Gewinne im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Unterhaltungsanlaß erfolgen

¹ Schwierigkeiten der Ausscheidung zeigt das Urteil Zürcher Bl. 33, Nr. 76, das eine Grenzziehung zwischen straflosen, bloß gelegentlichen Mitspielern und den „Habitué“ als den Teilnehmern der Vereinigung vornimmt. Entscheidend muß sein, ob ein Spieler „gewohnheitsmäßig“ mitmacht. Art. 4 trifft damit auch den sozial gefährlichsten Spielertypus, den „gewerbsmäßigen“ Spieler. Noch viel weiter als das Bundesgesetz geht z. B. § 15 I der oben zitierten zürcher. VO. vom 18. Juni 1932. Er verbietet „Karten-, Würfeln-, Hasard-, Roulette- und ähnliche Spiele sowie Glücksspielapparate, . . . wenn mit Einsätzen gespielt wird, die den Gewinn und Verlust erheblicher Beträge in verhältnismäßig kurzer Zeit ermöglichen“. Diese Bestimmung trifft jeden Teilnehmer an solchen Spielen. Die Fassung „Gewinn und Verlust erheblicher Beträge in verhältnismäßig kurzer Zeit“ ist von bedenklicher Vagheit.

² Dazu Allg. Teil, § 9 I.

³ Vgl. KRIEGSMANN: 397ff.

(Auspielung, Tombola), sollen ausschließlich dem kantonalen Recht unterstehen, das sie zulassen, beschränken oder untersagen kann¹. Einen ähnlichen Vorbehalt zugunsten der kantonalen Rechte enthält Art. 34. Danach kann die gewerbsmäßige Vermittlung und Eingehung von Wetten am Totalisator bei Pferderennen, Bootsrennen, Fußballkämpfen und ähnlichen Veranstaltungen im Kantongebiet gestattet werden². Im Hinblick auf diese Grenzziehungen sind die Straftatbestände des Lotteriegesetzes formuliert:

1. Strafbar sind das Ausgeben und das Durchführen einer verbotenen Lotterie. Strafe: Gefängnis oder Haft bis zu 3 Monaten oder Buße bis zu 10000 Fr. mit der Möglichkeit, Freiheitsstrafe und Buße miteinander zu verbinden³. Straffrei ist das Einlegen in eine Lotterie (Art. 38). Art. 1 II bezeichnet als Lotterie jede Veranstaltung, bei der gegen Leistung eines Einsatzes oder beim Abschluß eines Rechtsgeschäftes ein vermögensrechtlicher Vorteil als Gewinn in Aussicht gestellt wird, über dessen Erwerbung, Größe oder Beschaffenheit planmäßig durch Ziehung von Losen oder Nummern oder durch ein ähnliches auf Zufall gestelltes Mittel⁴ entschieden wird. — Auch die Lotterie ist ein Glücksspiel. Von der Spielunternehmung des Spielbankgesetzes (Art. 2) unterscheidet sie sich dadurch, daß der Lotterieunternehmer durch die Ausgabe von Losen einen Gewinn in Aussicht stellt und daß, wenigstens regelmäßig, die planmäßige Losziehung entscheidet. Während das Spielbankgesetz nur auf in Aussicht stehende Geldgewinne hinweist, umfaßt das Lotteriegesetz auch in Aussicht gestellte andere Vermögensvorteile (Sachgewinne, eine Gratisreise usw.)⁵. Während ferner das

¹ Über diese Ausnahmen vom Lotterieverbot namentlich die bundesrätliche Botschaft; BBl. 1918, 4, 345ff.

² Die Botschaft (BBl. 1918, 4, 352) meint, einigermaßen naiv: „Die Wetten am Totalisator haben nicht den Charakter reiner Lotterien (sic!), da die Wettenden in der Lage sind, die Aussichten auf den Ausgang der Kämpfe, auf den sie wetten, selbst zu beurteilen.“ Der das schrieb, hat den Totalisatorbetrieb bei Pferderennen kaum richtig erfaßt. Zutreffend KRIEGSMANN: 404 (Rennwetten, die das Publikum, das nicht über Sachkunde verfügt, eingeht). Beachtlich die Erörterung in StenBull. StR. 1921, 97f.

³ Daß die Strafdrohung schärfer ist als bei der Übertretung des Spielbankverbotes (oben II 1) ist nicht gerechtfertigt, wirkt sich aber in der Praxis kaum aus.

⁴ Vgl. zum Lotteriebegriff EGOLF: 11 ff., 100 ff. (frühere kantonale Rechte); BE. 55 I, Nr. 9 (Über den Begriff des über den Gewinnanfall entscheidenden Zufalls mit zahlreichen Angaben aus Literatur und Rechtsprechung. Die Voraussetzung des Zufalls fehlt, wenn bei der Entscheidung über den Gewinnanfall eine teilweise Betätigung des Einlegers oder des Unternehmers oder eines Dritten von Bedeutung ist (64); vgl. auch Zürcher Bl. 24, Nr. 192).

⁵ Man mag die Fälle, in denen nicht ein Geld-, sondern ein Sachgewinn usw. in Aussicht gestellt wird, als Auspielung bezeichnen; vgl. BINDIG: Lehrbuch, 1, 406 f.; KRIEGSMANN: 408 ff. Das Gesetz unterscheidet nicht.

Glücksspiel im engeren Sinne immer einen Einsatz voraussetzt, kann die Teilnahme an einer Lotterie auch durch Abschluß eines Rechtsgeschäftes, z. B. durch einen Warenkauf, ein Zeitungsabonnement usw., begründet werden¹. Zur Umschreibung des Lotteriebegriffs tritt eine weitere gesetzliche Definition (Art. 4) über die Durchführung einer verbotenen Lotterie. Sie umfaßt die dem Lotteriezweck dienenden Handlungen, wie — beispielsweise genannt — die Ankündigung oder Bekanntmachung einer Lotterie, die Ausgabe der Lose, die Empfehlung, das Feilbieten, die Vermittlung und den Verkauf von Losen, Coupons oder Ziehungslisten, die Losziehung, die Ausrichtung der Gewinne, die Verwendung des Ertrages. Um den Hauptstrafatbestand des Gesetzes zu erfassen, muß man bei dieser Gesetzesgestaltung die einzelnen Momente mühsam aus drei Stellen (Art. 38, 1 II und 4) zusammensuchen. Das ist gründlich verfehlte Gesetzestechnik².

2. Art. 39 umschreibt die Fälle des verbotenen Prämienloshandels. Den Ausgangspunkt bilden die Art. 17—31 des Gesetzes und die Art. 6 bis 42 der Vollziehungs-VO.: die Bestimmungen über Bewilligung inländischer und ausländischer Prämienanleihen unter bestimmten Voraussetzungen und über die Bewilligung des gewerbsmäßigen Prämienloshandels. Danach sind die Blankettstrafatbestände des Art. 39

¹ Vgl. den Gesetzentwurf Art. 1 II, der übrigens den Lotteriebegriff nicht umschrieb; BBl. 1918, 4, 343f., 356. Die Lotteriedefinition stammt vom Ständerat; StenBull. StR. 1921, 23, 36ff. (auch die Prämienanleihen sind Lotterien); StenBull. NR. 1922, 861. — Über „lotterieähnliche“ Unternehmungen unten 5. Rechtsprechung zum Lotteriebegriff: BE. 52 I, Nr. 11 und 58 I, Nr. 46 (ein mit dem Verkauf von Ansichtskarten verbundenes Ausspielverfahren); 54 I, Nr. 31 (planmäßige Gewährung von Warenprämien an Zeitungsbezügler, Gewinn zugunsten der Zeitungsinserenten); 59 I, Nr. 20 (Spielapparat bestimmter Art, der nicht Geld-, sondern Warengewinn vermittelt, als Lotterieunternehmung); 62 I, Nr. 11; LANG: Z. 41, 378ff. (insbesondere über die Notwendigkeit, daß von den Teilnehmern an einer Lotterie ein Einsatz geleistet werden muß. Zu weit ist der Begriff des Einsatzes gefaßt in BE. 48 I, 152ff.

² Korrekt war der E. Art. 39, der die einzelnen Begehungsarten im Tatbestand selbst nannte. — Der in Art. 4 des Lotteriegesetzes als Durchführungshandlung einer Lotterie genannte Fall: Verwendung des Ertrages bleibt unklar. Es handelt sich wohl um den vom Lotterieunternehmer erzielten Gewinn. Dessen Verwendung durch ihn oder Drittpersonen hat jedoch mit der Lotteriedurchführung nichts mehr zu tun. — Rechtsprechung zu Art. 1, 4 und 38: BE. 51 I, Nr. 26 (keine Durchführungshandlung der spätere Kauf und Verkauf von Losen einer früher begebenen Prämienanleihe durch einen Bankier oder eine Privatperson); vgl. auch die Vollziehungs-VO. zum BGes., Art. 38 und BURCKHARDT: Schweizer Bundesrecht, 4, Nr. 1820bis, ferner eine Übergangsbestimmung in Art. 54 I des Gesetzes über ausnahmsweise Zulassung des Handels in ausländischen Prämienanleihen; ferner BE. 53 I, Nr. 57 (Durchführungshandlungen sind z. B. die Tätigkeit eines Deckadressaten in der Schweiz für eine ausländische Lotterieunternehmung und die Versendung von in der Schweiz gedruckten Zeitungen mit Lotterieangeboten an Schweizer Abonnenten).

auszugestalten: Gewerbsmäßiges Handeln oder Handeltreibenlassen mit Prämienlosen — wobei eine an sich zugelassene (bewilligte) Prämienanleihe in Frage steht¹ — ohne Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde (Art. 28)², ferner die nicht bewilligte Mitwirkung bei diesem gewerbsmäßigen Handel als Gehilfe oder Agent. Überdies macht sich jeder mann strafbar, der Prämienlose auf Abzahlung verkauft, Gewinnaussichten veräußert oder Serienlosengesellschaften bildet, wobei wiederum auch an Prämienanleihen, die an sich erlaubt sind, gedacht ist. Gesetzestechnisch unbefriedigend werden auch diese Geschäfte statt im Tatbestand selbst in einem andern Zusammenhang näher gekennzeichnet (Art. 32): der Verkauf von Prämienlosen auf Abzahlung als Ratenloshandel³, die Serienlosengesellschaften als Lossyndikate. Als Formen der Veräußerung von Gewinnaussichten werden beispielsweise die sog. Promessen (Heuergeschäft, Kauf über Ziehung) genannt.

Strafen: Gefängnis oder Haft bis zu 2 Monaten oder Buße bis zu 5000 Fr. Die beiden Strafen können verbunden werden.

3. Verboten — mit der Strafdrohung: Buße bis zu 1000 Fr. — ist jeder Hausierhandel in Prämienlosen und jeder gewerbsmäßige Hausierhandel in andern Losen (Art. 32 IV, 40, 53 II des Gesetzes).

4. Art. 41 des Gesetzes stellt unter die Drohung: Buße bis zu 1000 Fr. den Ungehorsam gegen Ordnungsvorschriften — über die Buchführung beim bewilligten Prämienloshandel usw.

5. Gestützt auf die in Art. 56 II des Gesetzes enthaltene Ermächtigung hat der Bundesrat alle Unternehmungen, bei denen das Schneeball- (Lawinen-, Hydra-, Gella-)system zur Anwendung gelangt, den Lotterien gleichgestellt; VO. vom 12. November 1926 (Eidg. GesSlg. N.F. 42, 711). Die sog. Schneeballgeschäfte sind keine Lotterien, weil über einen Gewinn nicht durch Losziehung oder durch ein ähnliches Mittel, also nicht durch reinen Zufall, entschieden wird. Aber sie sind lotterieähnlich und unterstehen dem Lotteriestrafrecht, wenn es sich um eine Veranstaltung handelt, bei der gegen Leistung eines Einsatzes oder bei Abschluß eines Rechtsgeschäftes ein vermögensrechtlicher Vorteil als Gewinn in

¹ Ausgabe und Durchführung einer nicht bewilligten Prämienanleihe fällt nicht unter Art. 39, sondern unter Art. 38.

² Die von der zuständigen Behörde des Niederlassungskantons erteilte Bewilligung gilt für den Handel in der ganzen Schweiz; Zürcher Bl. 30, Nr. 19 mit der Feststellung, daß die widersprechenden §§ 2 und 21 der zürcher. Ges. von 1912 betr. den gewerbsmäßigen Verkehr mit Wertpapieren (vgl. oben § 55 II) durch Bundesrecht aufgehoben sind.

³ Dazu ferner Vollziehungs-VO. Art. 43 (Umgrenzung des verbotenen Ratenloshandels), aufgehoben durch die VO. vom 12. November 1926 (Eidg. GesSlg. N.F. 42, 711). Der Ratenloshandel ist jetzt schlechthin strafbar: BE. 53 I, Nr. 56 (mit Hinweisen auf die Gesetzesmaterialien).

Aussicht gestellt wird (Ges. Art. 1 II)¹. Es ist unbestreitbar, daß Schneeballunternehmungen, bei denen den Teilnehmern kein vermögensrechtlicher Gewinn in Aussicht gestellt wird, nach dem Lotteriegesezt nicht strafbar sein können, und daß solche Unternehmungen, wenn sie gemeinnützigen oder wohltätigen Zwecken dienen sollen, erlaubt werden können (Art. 3, 5ff.)².

6. Als gewerbsmäßige Wetten sind, unter Vorbehalt kantonaler Erlaubnis³ von Wetten am Totalisator (Ges. Art. 34), verboten

das gewerbsmäßige Anbieten, Vermitteln und Eingehen von Wetten auf Pferderennen, Bootsrennen, Fußballkämpfe und ähnliche Veranstaltungen,

der Betrieb eines solchen Unternehmens.

Strafen: Gefängnis oder Haft bis zu 3 Monaten oder Buße bis zu 10000 Fr. mit der Möglichkeit, die beiden Strafen zu verbinden (Art. 42 in Verbindung mit Art. 33 I—III). Daß die Tatbestandsumgrenzung — mit Aufzählung von beispielsweise genannten Handlungen in Art. 33 IV bis VII — wiederum an zwei Orten zusammengesucht werden muß, ist unerfreulich.

Die vom Gesetz erfaßten Wetten sind kaum etwas anderes als Glücksspiele. Die echte Wette, „wobei es dem Wettenden auf Wahrheitsbewahrung seiner Behauptung ankommt“ (BINDING) ist grundverschieden und straflos. Bei ihr kann auch Gewerbsmäßigkeit kaum in Frage kommen⁴.

7. Strafbar sind nur die vorsätzlichen Handlungen, was sich aus der Verweisung auf das Bundesstrafgesetz von 1853 ergibt (Lotteriegesezt Art. 46). — Art. 43 gibt dem Richter die Möglichkeit, mit der Hauptstrafe die Konfiskation der vorgefundenen Lose, Coupons und Ziehungslisten, des für solche Gegenstände bezogenen Kaufpreises, soweit er noch vor-

¹ Beispiel: X ersucht in einem Brief um Einsendung eines Geldbetrages und Weiterverbreitung des Briefes an vier weitere Adressaten, die ihrerseits zur Zahlung und Weiterverbreitung aufgefordert werden. X verpflichtet sich zu einer Leistung, z. B. zu einer Warenlieferung, gegenüber denjenigen, die die Einzahlung geleistet und vier weitere zahlende Adressaten gefunden haben. Vgl. das kompliziertere Beispiel bei BINDING: Lehrbuch, 1, 411, N. 5; ferner KRIEGSMANN: 415, der den Lotterie-(Auspielungs-)charakter der Hydrageschäfte ablehnt.

² Die kantonalen Behörden sind zuständig. Die oben zitierte zürcher. Lotterie-VO. vom 18. Juni 1932, § 14 bestimmt: „Geschäfte nach dem Schneeballsystem . . . sind verboten.“ Das geht nicht über das Bundesgesetz hinaus.

³ Bestimmungen darüber z. B. in der zürcher. VO. vom 18. Juni 1932, §§ 16ff.

⁴ Die Unterscheidung, die sich für das Strafrecht ergibt, gilt nicht für das Zivilrecht, das in OR. Art. 513 Forderungen aus Wetten jeder Art für unklagbar erklärt. Über den strafrechtlichen Wettbegriff namentlich KRIEGSMANN: 384ff., 401ff. Gut 402f.: „Damit die Wette zum Glücksspiel wird, muß ihr Ausgang vom Zufall abhängen; die Faktoren, die den Eintritt des Ereignisses, auf das sich die Wette bezieht, bedingen, müssen sich ganz oder fast ganz der Berechnung des Wettenden entziehen.“

handen ist, sowie der für das verbotene Unternehmen hergestellten Druckschriften und Publikationsmittel zu verhängen¹. Art. 44 sieht für den Rückfall Strafschärfungen vor.

§ 57. Ungetreue Geschäftsführung.

Literatur. STOSS: Grundzüge, 2, 135. — CARTIER: Der objektive Tatbestand der strafbaren „Untreue“, Berner Diss. (1902). — BARTH: Die ungetreue Geschäftsführung, insbesondere nach dem zukünftigen schweizer. Strafrecht (E. 1918), Zürcher Diss. (1918). — FREUDENTHAL: VD. Bes. Teil, 8, 105ff.

I. Wenige bisherige kantonale Rechte kennen einen besondern Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung (Untreue). Solothurn § 160 und Neuenburg Art. 392 haben in den Hauptzügen den in seiner Kasuistik unbefriedigenden § 266 des deutschen StGB.² übernommen. Mit ähnlicher Kasuistik bestimmt Luzern PolStG. § 116 unter ausdrücklichem Vorbehalt der Unterschlagungstatbestände (StGB. §§ 214, 216)³. Baselland hat in § 48 des Gesetzes von 1824 über die korrektionelle Gerichtsbarkeit die „Beeinträchtigung fremder Rechte durch Untreue von Anwälten und Gwalthabern jeder Art“ unter Strafe gestellt. Neuer sind die allgemein gefaßten Tatbestände der Untreue im StGB. von Appenzell I.-Rh. Art. 141 und von Freiburg Art. 93, der bestimmt: „Wer, obwohl er durch Gesetz oder Vertrag verpflichtet ist, die Vermögensinteressen eines andern zu wahren, dieselben treulos schädigt, wird auf Antrag mit Gefängnis oder Haft bestraft“⁴. Wegen Vertrauensmißbrauchs steht nach St. Gallen Art. 173 Ziff. I unter Strafe, wer als Anwalt, Rechtsagent, Vollmachtträger in Rechtsgeschäften oder Vormund gewinneshalber oder sonst in rechtswidriger Absicht zum Nachteil seines Auftraggebers mit der Gegenpartei Einverständnis pflegt. Das ist der besondere Untreuefall des Doppeldienstes, der Prävarikation, des Parteiverrates⁵.

¹ Art. 43 gilt nicht beim Hausierhandel mit Losen (Art. 40).

² Darüber z. B. BINDING: Lehrbuch, 1, 395ff.; CARTIER: 1ff., 100ff.; FREUDENTHAL: 106ff.

³ Dazu JZ. 31, 140, Nr. 27.

⁴ Über die kantonalen Rechte — außer Freiburg (1924) — CARTIER: 58ff. — Untreuetatbestände in einem weitem Sinn stellen auch die Bestimmungen welscher Rechte gegen Vertrauensmißbrauch (abus de confiance) dar: Waadt Art. 198, Wallis Art. 308ff., Genf Art. 361. Sie knüpfen an Art. 408 des französischen C. p. an. Diese Normen gehören in den Kreis der Unterschlagungsdelikte; oben § 47 I 2. Vgl. auch Zug § 120 III lit. b und Baselstadt § 140 II, wonach der Unterschlagung „gleich geachtet“ wird, wenn ein Bevollmächtigter über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteil desselben verfügt.

⁵ Weitere besondere Bestimmungen über Prävarikation und Doppeldienste der Rechtsanwälte: Aargau §§ 91, 92 (Anwaltsuntreue), Thurgau § 285, Tessin Art. 166. Darüber und über weitere Fälle, in denen die Anwaltseigenschaft des Täters einen Qualifikationsgrund bei der Verübung bestimmter Delikte, z. B. bei der Unterschlagung, bildet ZÜRCHER: Schweizer. Anwaltsrecht (1920), 212ff., 228ff.; FRÜH (Lit. zu § 47); 32ff., 60ff., 124ff., 178ff.; CARTIER: 68ff.

Gesetzgeberische Frage ist, ob, als Ergänzung der Bestimmungen gegen Unterschlagung, Veruntreuung und auch Betrug, ein weit gefaßter allgemeiner Tatbestand der Untreue aufzustellen ist. Er kann bestehende Lücken ausfüllen¹.

II. Unter diesem Gesichtspunkt steht Art. 159 des G. über die ungetreue Geschäftsführung (*Gestion déloyale*).

1. Nach der allgemeinen Fassung des Tatbestandes kommt als Täter jedermann in Betracht, der infolge einer gesetzlichen oder einer vertraglich übernommenen Pflicht für fremdes Vermögen zu sorgen hat. Damit ist der Täterkreis denkbar weit gezogen: die Eltern, denen die Verwaltung des Kindesvermögens obliegt, der Vormund, der für das Vermögen des Mündels zu sorgen hat, der Beistand gemäß Art. 392ff. des ZGB., der Testamentsvollstrecker, der vertraglich bestellte Anwalt, Sachwalter, Treuhänder usw.², selbstverständlich auch der einer Prozeßpartei amtlich bestellte Armenanwalt. Auch Mitglieder einer Behörde und Beamte kommen als Täter in Frage, soweit auf sie nicht die viel enger gefaßte Sonderbestimmung des Art. 314 — ungetreue Amtsführung durch Schädigung der bei einem Rechtsgeschäft zu wahren öffentlichen Interessen — Anwendung findet³. Die Begrenzung des Täterkreises geht nur in der Richtung, daß der Täter in einem gesetzlichen oder vertraglichen Bindungsverhältnis stehen muß.

2. Der Grundgedanke des Untreuetatbestandes liegt darin, daß der Täter die ihm gesetzlich zustehende oder vertraglich verliehene Macht über fremdes Vermögen mißbraucht⁴. Der Täter begeht einen Treubruch⁵. Dadurch unterscheidet sich die Untreue von andern Vermögensdelikten. Aber Schwierigkeiten der Abgrenzung bestehen. Im Verhältnis zur Veruntreuung (G. Art. 140) lösen sie sich in der Weise, daß diese die Bereicherungsabsicht und die Aneignung fremden Gutes voraussetzt. Man kann die Veruntreuung als einen aus dem allgemeinen Untreuetatbestand herausgehobenen Sonderfall, allerdings mit ganz allgemeinem

¹ CARTIER: 98ff., 129ff. (über die Vorentwürfe 1894 und 1896); BARTH: 17ff., 27ff. (spätere Entwürfe).

² Die bei der Gesetzesberatung gestellte Frage, ob Art. 159 auch auf Bankdirektoren und andere Angestellte in Privatbetrieben Anwendung finden kann (Prot. II. ExpKom. 2, 375f.) entscheidet sich danach, ob solchen Personen eine vertragliche Pflicht obliegt, für fremdes Vermögen zu „sorgen“. Das trifft nicht für jeden Angestellten zu. Über den Täterkreis ausführlich CARTIER: 116ff., 130ff. (Kritik der Entwürfe), 154f.

³ Vgl. ferner Art. 267 Ziff. 1 III: ungetreue Geschäftsführung eines diplomatischen Vertreters der Eidgenossenschaft.

⁴ BINDING: Lehrbuch, 1, 400f.; CARTIER: 96ff., 130.

⁵ Um die Ausbeutung eines Vertrauensverhältnisses zwischen dem Täter und dem Geschädigten braucht es sich nicht zu handeln; s. dagegen noch STOOSS: Motive zum VE. 1894, 171. Gut BARTH: 20ff.

Täterkreis, bezeichnen. Nur Art. 140 ist, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind, anzuwenden. Eine Konkurrenz mit Art. 159 ist auszuschließen¹; vgl. auch unten III. Weniger klar ist, um nur Beispiele zu nennen, das Verhältnis zwischen ungetreuer Geschäftsführung und Sachentziehung (Art. 143) oder Sachbeschädigung (Art. 145): Der Täter entzieht eine fremdem Vermögen zugehörige Sache, für die zu sorgen er verpflichtet ist, dem Berechtigten und schädigt ihn dadurch, oder er beschädigt oder zerstört eine fremde Sache, für die er sorgen soll. In solchen Fällen ist richtigerweise Idealkonkurrenz anzunehmen².

3. Man muß bei der Auslegung des Untreuetatbestandes über diese Grenzziehungen im klaren sein, um so mehr, als die sehr allgemein gehaltene Fassung des Art. 159 — Schädigung an Vermögen, für das der Täter zufolge gesetzlicher oder vertraglich übernommener Pflicht sorgen soll — zu Mißverständnissen verleiten kann. Im einzelnen ergibt sich:

Geschützt ist das Vermögen im weitesten Sinn, d. h. die Summe der geldwerten Beziehungen und der sonstigen wirtschaftlichen Rechte, die einer Person zustehen (oben § 42 II). Angriffsobjekt können sein bewegliche und unbewegliche Sachen, Rechte an solchen — z. B. ein Pfandrecht —, Forderungen, ein immaterielles Güterrecht. Ob eine Sache im Gewahrsam des zur Sorge verpflichteten Täters steht oder nicht, ist gleichgültig.

Erforderlich ist eine Vermögensschädigung. Sie kann in einer Verminderung der Vermögenssubstanz, auch im Verlust eines prozessualen Rechtes oder einer Beweisurkunde oder in einer Pflichtenvermehrung liegen³. Der Schaden muß durch ein doloses Verhalten des Pflichtigen verursacht oder mitverursacht sein. Das ist z. B. nicht anzunehmen, wenn aus Spekulationsgeschäften, die ein Vermögensverwalter mit Billigung seines Klienten vorgenommen hat, Verluste entstehen.

Das strafbare Verhalten kann auch eine Unterlassung sein:⁴ Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung eines Vertrages mit Dritten, woraus Schaden entsteht, Unterlassung der Geltendmachung eines Rechtsanspruchs, Nichtunterbrechung der Verjährung, Versäumung einer Frist oder eines Rechtsmittels, kurz jedes Schaden verursachende Nichtwahrnehmen eines Rechtes. Doch muß man sich hüten, in der Annahme einer ungetreuen Geschäftsführung zu weit zu gehen. Geschäftliches Ermessen

¹ Zutreffend CARTIER: 103 ff., 109; BARTH: 39 f.

² Abweichend wohl ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 163: die Untreuehandlung „besteht in Vermögensschädigung, es kann Sachbeschädigung sein“. Über Idealkonkurrenz von Untreue und Betrug CARTIER: 107 mit guten Beispielen. Vgl. auch FREUDENTHAL: 155; BARTH: 95 ff.

³ CARTIER: 110; BARTH: 74 ff.

⁴ Zutreffend die Formulierung bei CARTIER: 144: Jede ungetreue Besorgung fremder Geschäfte von vermögensrechtlicher Bedeutung unter Mißbrauch einer notwendig juristischen Verfügungsgewalt. Vgl. auch FREUDENTHAL: 144 f.

muß Spielraum haben. Entscheidend ist, ob der Täter mit Wissen und Willen geschädigt hat (unten 5).

4. Das Delikt vollendet sich mit dem Eintritt des Vermögensschadens. Ob im Zeitpunkt des Schadenseintritts die Verfügungsmacht des Täters, z. B. des Vormundes oder eines Bevollmächtigten, über das fremde Vermögen noch besteht, ist gleichgültig. Nur das zum Schaden führende Verhalten muß erfolgt sein zu einer Zeit, da die auf Gesetz oder Vertrag beruhende Sorgspflicht noch nicht völlig gelöst ist¹.

5. Strafbar ist nur das vorsätzliche Verhalten. Dolus eventualis reicht aus. Das Bewußtsein, in Verletzung einer gesetzlichen oder vertraglichen Sorgpflicht zu handeln, muß vorhanden sein². Auf das Motiv stellt das G., wenigstens im Grundtatbestand des Art. 159 Ziff. 1 I, nicht ab. Es kann Neid, Bosheit gegenüber dem Vermögensinhaber, aber auch Nachgiebigkeit gegenüber einem dritten Kontrahenten, die Absicht, den Dritten zu bereichern, sein³. Der Richter hat bei der Strafzumessung auf das Motiv im Einzelfalle Rücksicht zu nehmen.

Die Strafdrohung des Grundtatbestandes lautet auf Gefängnis.

III. Erschwert ist die ungetreue Geschäftsführung — Strafdrohung: Gefängnis bis zu 5 Jahren und Buße —, wenn der Täter aus Gewinnsucht (dans un but de lucre) handelt (Art. 159 Ziff. 1 II). Hier namentlich offenbart sich die Grenze gegenüber der Veruntreuung (Art. 140), die Aneignung fremden Gutes in Bereicherungsabsicht voraussetzt. Gewinnsucht ist Absicht auf — verpönten — Vermögensgewinn, bei der ungetreuen Geschäftsführung z. B. die Absicht, sich durch schädigende Geschäfte eine Provision zu verdienen⁴. Daß der Gewinn erzielt wurde, fordert das G. nicht.

IV. Ungetreue Geschäftsführung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt (Art. 159 Ziff. 2 und Art. 110 Ziff. 2/3)⁵.

§ 58. Sachhehlerei.

Literatur. STOOSS: Grundzüge, 2, 107ff. — GRETENER: Begünstigung und Hehlerei in historisch-dogmatischer Darstellung (1879). — BELING: VD. Bes. Teil, 7, 65ff., 201ff. — MICHEL: Über die Stellung der Begünstigung im Strafrechtssystem, Berner Diss. (1913). — ZULLIGER: Die Hehlerei, Berner Diss. (1933).

I. Wo die Sachhehlerei systematisch zutreffend untergebracht werden soll, ist zweifelhaft. Das G. Art. 144 hat sie, im Anschluß an

¹ Ungetreue Geschäftsführung ist auch nach Widerruf einer Vertretungsvollmacht noch möglich, solange das Vertretungsverhältnis nicht völlig liquidiert ist; BINDING: Lehrbuch, 1, 402.

² LUDWIG: ZschWR.N.F. 44, 53a.

³ ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 163.

⁴ Zum Begriff der Gewinnsucht oben § 28 II 3.

⁵ Dazu BARTH: 104ff.

Diebstahl, Raub, Veruntreuung und Unterschlagung in den Abschnitt der Delikte gegen das Eigentum eingestellt¹. Aber nicht nur an die genannten Delikte kann sich die Hehlertätigkeit anschließen, sondern auch an Betrug, Erpressung, Wucher usw.², allgemein an jede strafbare Handlung, durch die eine Sache³ erlangt worden ist⁴. Die bei der Hehlerei vorausgesetzte Vortat ist allerdings regelmäßig ein Vermögensdelikt. Aber der Vortatskreis ist weiter zu ziehen: Die vom Hehler übernommene Sache kann z. B. auch vom Vortäter eingeführtes oder erworbenes falsches Geld sein (Art. 244). Die Hehlerei kann sich ferner, um ein anderes Beispiel zu nennen, auf eine entwendete Urkunde oder auf ein Beweismittel, die sich auf Rechtsverhältnisse zwischen der Schweiz und einem ausländischen Staate beziehen (Art. 267 Ziff. 1 II diplomatischer Landesverrat), erstrecken⁵.

Die Gestaltung des Hehlereitbestandes in neuern Gesetzen (Freiburg Art. 86, Waadt Art. 203. eidg. G. Art. 144) stellt den vorläufigen Abschluß einer Entwicklung dar: Die Personenhehlerei bisheriger Rechte geht in der Begünstigung auf. Eine Sachbegünstigung im bisherigen Sinn ist nicht übernommen⁶. Das häufig verwendete Unterscheidungskriterium, wonach Sach- und Personenbegünstigung zur Sach- und Personenhehlerei werden, wenn der Täter um des eigenen Vorteils willen handelt,

¹ Ebenso Freiburg Art. 86.

² Waadt berücksichtigt das besser als das eidg. G. und Freiburg. Dem waadtländischen Art. 203 sind in der Anordnung des Gesetzes alle Aneignungsdelikte vorangestellt.

³ Nur durch eine strafbare Handlung erlangte körperliche Sachen sind Hehlereiobjekte, nicht auch der Erlös aus solchen. Die Hausfrau, die den Erlös von Diebstahlgut ihres Mannes im Haus verwendet, ist nicht Hehlerin; LANG: Prot. II. ExpKom. 2, 326; ZULLIGER: 41. Ob das befriedigend ist, bleibt fraglich, doch läßt sich nach den Gesetzestexten die Frage nicht anders lösen.

⁴ Nicht notwendig muß es eine fremde Sache sein. Sie kann herrenlos und durch Verletzung eines fremden Okkupationsrechtes erlangt worden sein. Der Vortäter kann auch als Schuldner eine zu Faustpfand gegebene Sache seinem Gläubiger entzogen haben (G. Art. 147 II); vgl. BELING: 78.

⁵ Beachtlich, daß Tessin Art. 171 ff. die Hehlerei zusammen mit der Begünstigung als Delikte gegen die Rechtspflege behandelt. Damit wird zwar die Hehlerei von der allzu engen Bindung an die Vermögensdelikte gelöst. Schutzobjekt ist aber bei der Hehlerei nicht die Rechtspflege, sondern das Interesse des durch die Vortat Verletzten. Dazu BELING: 91 f und namentlich 205 und 225 ff., der die Sachhehlerei als „Erscheinungsform“ der Vortat auffaßt und sie an die Seite der Teilnahme — nicht als Teilnahme selbst — in den Allgemeinen Teil verweist. Sachhehlerei ist Nachtäterschaft, die Perpetuierung eines durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Zustandes. BELINGS weitgespannte Formulierung lautet: „Wer einen rechtswidrigen Zustand, der durch eine rechtswidrige, einem strafrechtlichen Tatbestand unterfallende Handlung begründet worden ist, aufrechterhält“ (232).

⁶ ZELLER: JZ. 15, 386 sieht darin eine Lücke; Beispiel: Jemand gibt dem Dieb einen Ort an, wo er gestohlenen Gut sicher verstecken kann.

ist gefallen; zu diesen Entwicklungen vgl. Allg. Teil, § 47, insbesondere IV¹.

Im Grunde ist die Hehlerei gar kein Vermögensdelikt. Wenn hier die Erörterung im Zusammenhang mit den Vermögensdelikten erfolgt, so geschieht es, weil sie mit ihnen praktisch vor allem in Verbindung steht.

II. Voraussetzung der Hehlerei ist eine Vortat, eine von einem andern als dem Hehler begangene, abgeschlossene strafbare Handlung. Das ist selbstverständlich allen Rechten gemeinsam. Im übrigen aber herrscht bunte Verschiedenheit.

1. Einige Rechte folgen noch der gemeinrechtlichen Auffassung und behandeln Begünstigung und Hehlerei — meist ohne scharfe Scheidung — als Teilnahmeformen: BStG. von 1853 Art. 23ff. mit der Umschreibung, daß der Begünstiger (Hehler) dem Täter förderlich ist, indem er z. B. die durch das Verbrechen gewonnenen Sachen bei sich aufnimmt, gebraucht oder andern verkauft oder dem Täter behilflich ist, sich der ihm drohenden Strafe zu entziehen. Ähnlich bestimmen Luzern § 39, Schaffhausen § 64, Graubünden § 37, Aargau § 30. Die Ordnung ist, vom Standpunkt dieser Gesetze aus zutreffend, im Allgemeinen Teil erfolgt².

Andere Gesetze haben die enge Verbindung zwischen Begünstigung und Hehlerei in der Weise gelöst, daß die Hehlerei bei den Delikten gegen das Vermögen untergebracht wird. Beispiele: Zürich § 184 mit der Scheidung zwischen Sach- und Personenhehlerei³, gleich Solothurn § 153, ähnlich auch, im Anschluß an die §§ 258/59 des deutschen StGB., Baselstadt §§ 157/58. Genf behandelt die Sachhehlerei (Art. 334) als Vermögensdelikt, die Personenhehlerei (Art. 241) als Delikt gegen den Frieden und die öffentliche Sicherheit. Thurgau § 157 kennt nur einen Tatbestand der Sachhehlerei und zwar mit der Beschränkung, daß nur von durch Raub, Diebstahl oder Unterschlagung erworbenen Gegenständen die Rede ist⁴.

¹ Gute Darstellung des Verhältnisses zwischen Teilnahme, Begünstigung und Hehlerei BE. 42 I, 212ff. Die kantonalen Rechte bei StROOSS: Grundzüge, 2, 107ff.; ZULLIGER: 24ff.; 34ff. (Entwicklung der eidgenössischen Entwürfe). Für die scharfe Scheidung der Hehlerei von der Begünstigung hat sich schon 1879 die Schrift von GREYER eingesetzt. Trefflich BELING: 203ff., daß ein Tatbestand der Sachbegünstigung nicht beizubehalten ist, daß nur übrigbleibt „die sachgemäße Ausprägung der Partiererei als einer nicht den Vorteil für den Vortäter, sondern den Nachteil für den durch die Vortat Verletzten ins Auge fassenden Handlungsweise.“

² BELING: 98ff. Die Daten über Luzern sind durch die neuere Gesetzgebung überholt. Luzern hat in PolStG. § 103 noch eine besondere Bestimmung über Partiererei; dazu JZ. 31, 203, Nr. 170.

³ Dazu Zürcher Bl. 19, Nr. 68.

⁴ Damit sind die aus den bisherigen Rechten sich ergebenden hauptsächlichlichen Varianten des Hehlereitattbestandes erfaßt; weitere Daten bei ZULLIGER: 25ff.; BELING: 107ff., 137ff., 162ff., 167ff., 187 (über Genf).

2. Nur die Sachhehlerei (Partiererei), wie sie sich aus bereinigter gesetzgeberischer Anschauung (Freiburg, Waadt, eidg. G.) ergibt, ist hier weiter zu erörtern. Nach G. Art. 144 muß die gehehlte Sache durch eine strafbare Handlung erlangt worden sein. Die Vortat kann auch eine Übertretung, z. B. eine Entwendung (Art. 138), eine Jagdwilderei¹ sein. Der Nachweis irgendeiner persönlichen Beziehung zwischen Hehler und Vortäter ist nicht gefordert, ebensowenig ein direkter Erwerb vom Vortäter. Der Hehler braucht auch nicht zu wissen, worin die Vortat — Raub, Diebstahl, Veruntreuung usw. — besteht. Zunächst ist nur die objektive strafbare Erlangung der Sache durch die Vortat festzustellen². Gleichgültig ist daher auch, ob der Vortäter bestraft werden kann oder nicht (vgl. den in Art. 26 aufgestellten Grundsatz)³. Auch die Verjährung der Vortat oder, wenn es sich um ein Antragsdelikt handelt, das Fehlen eines Strafantrags befreit den Hehler nicht⁴. Die Vortat muß nach schweizerischem Recht strafbar sein⁵.

3. Art. 144 nennt als Hehlertätigkeit: Erwerben, Sichschenkenlassen, Zupfandnehmen, Verheimlichen, Absetzenhelfen⁶, vorausgesetzt, daß der Täter weiß oder annehmen muß, daß die Sache durch eine strafbare Handlung erlangt worden ist. Ob die vom G. abschließend aufgestellte Kasuistik ausreicht, ist fraglich. Allgemeiner bestimmt z. B. Obwalden PolStG. Art. 84 mit der Fassung „ankauft, eintauscht, zum Pfand nimmt, sonst an sich bringt oder überhaupt daraus widerrechtlichen Gewinn zieht“⁷.

¹ Die „Zollhehlerei“ ist in Art. 73 und 78 des eidg. Zollgesetzes vom 1. Oktober 1925 besonders geregelt.

² ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 150. Über die Vortat ZULLIGER: 46ff., 65f.

³ JZ. 21, 95, Nr. 93 (St. Gallen). Unbefriedigend Baselstadt: JZ. 15, 151, Nr. 107: Entgegennahme und Verbrauch von Holz, das ein 11jähriger, also noch nicht deliktfähiger Knabe gestohlen hatte, keine Hehlerei, dagegen Bestrafung wegen Unterschlagung. Gut ZULLIGER: 42ff., jedoch mit zum Teil anfechtbarer Kasuistik; anderer Meinung BELING: 67 und mehrheitlich die deutsche Literatur, die bei Unzurechnungsfähigkeit des Vortäters den „Hehler“ straflos lassen will.

⁴ Bei verjährter Vortat anderer Meinung BINDING: Lehrbuch, 1, 387.

⁵ Vgl. BELING: 68.

⁶ Sehr verschiedene Bezeichnung der Hehlertätigkeit in den kantonalen Rechten. Genannt werden z. B. noch Eintauschen (Obwalden PolStG. Art. 84), durch Kauf, Tausch oder auf andere Weise an sich bringen (St. Gallen Art. 61/62). Zusammenstellung bei STOOSS: 107f. Vgl. Zürcher Bl. 12, Nr. 66 und JZ. 9, 32, Nr. 38; 194, Nr. 175: Verheimlichen liegt schon vor, wenn jemand Räume, über die er verfügt, zur Aufbewahrung gestohlener Sachen überläßt. Vgl. auch Bl. 2, Nr. 15. — Daß das hehlerische Verhalten nie in einer Unterlassung bestehen kann, wie die herrschende Meinung annimmt (ZULLIGER: 50ff.), ist ganz unzutreffend. ZULLIGER: 56 gibt mit dem Bauern, der ein vom Knecht gestohlenen Stück Vieh bei seiner Herde beläßt, es also nicht zurückgibt, selbst ein Gegenbeispiel.

⁷ Vgl. den bemerkenswerten Fall JZ. 29, 135, Nr. 101: Entgegennahme gestohlenen Geldes als Darlehen. Die Strafwürdigkeit ist sicher, die Strafbarkeit

Daß das hehlerische Verhalten den Vortäter begünstigt oder einen weitem, über die Wirkung der Vortat hinausreichenden Erfolg — abgesehen von der Perpetuierung des rechtswidrigen Zustandes — bewirkt, z. B. dem Sacheigentümer größeren Schaden bringt, ist nicht erforderlich. Das erstgenannte Moment weist auf den entscheidenden Unterschied zwischen Hehlerei und Begünstigung hin, das zweite ist ein neuer Beweis dafür, daß die Hehlerei im Grunde kein Vermögensdelikt ist¹.

4. In der Gesetzgebung, aber auch in der Doktrin umstritten ist die Frage, ob die Hehlerei reines Vorsatzdelikt ist, oder ob, mit Bezug auf die Entgegennahme der Sache, auch Fahrlässigkeit ausreicht. Daß der Täter mit Wissen und Willen erwerben, zu Pfand nehmen usw. muß, ist selbstverständlich. Die Schwierigkeit liegt darin, ob beim Täter das Wissen darum, daß die von ihm entgegengenommene Sache durch eine strafbare Handlung erlangt worden war, gefordert wird, oder ob ein Annehmen müssen genügt. Zürich § 184 verlangt das Wissen des Täters². Andere Gesetze stellen dem Wissen das Wissen- oder Annehmenmüssen gleich: Solothurn § 153 bestimmt: „Sachen, von denen er (der Täter) weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie durch ein Verbrechen oder Vergehen erlangt worden sind“; ähnlich lauten Obwalden PolStG. Art. 84, Zug § 124, Baselstadt § 158, Appenzell I.-Rh. Art. 119 (mit Sicherheit annehmen kann)³. Sicher stellen dagegen St. Gallen Art. 61 und Graubünden PolStG. § 38 auch fahrlässige Hehlerei unter Strafe⁴. — Eigenartig bestraft Wallis neben der Hehlerei (Art. 317/18) auch die mala fides superveniens dessen, der zunächst gutgläubig Verbrechensgut übernommen, aber, nachdem er Kenntnis von der verbrecherischen Vortat erlangt hat, Anzeige an die Behörde unterläßt⁵.

nach Art. G. 144 zweifelhaft. Auch Begünstigung (Art. 305) liegt nicht vor. — Über die einzelnen Hehlerhandlungen und die bestehenden Streitfragen ZULLIGER 50ff.; BELING: 72ff.

¹ ZÜRCHER: Erläuterungen, 150, nennt sie ein Ungehorsamsverbrechen. Vgl. auch ZULLIGER: 36ff., der jedoch an der Bezeichnung der Hehlerei als Vermögensdelikt festhält.

² Dazu JZ. 17, 217, Nr. 168 und Zürcher Bl. 20, Nr. 48. Anders noch Bl. 1, Nr. 9, wo der strenge Nachweis des Wissens nicht gefordert, sondern als genügend erklärt wird, daß der Täter „von der Vortat habe Kenntnis haben müssen“. Darin liegt zum mindesten eine unscharfe Auslegung des Gesetzestextes.

³ StROOSS: Grundzüge, 2, 108f. meint zu dieser Ordnung: „Wer etwas wissen muß, der weiß es auch regelmäßig . . . Wenn der Richter annimmt, daß der Beschuldigte wissen mußte, so gilt dieser als Wissender. Wo freie richterliche Beweiswürdigung herrscht, ist der Unterschied der beiden Regelungen praktisch nicht bedeutend.“ Vgl. auch ZELLER: Kommentar zürcher. StGB. § 184, N. 5, ferner AargRSpr. 19, 180; 32, Nr. 36.

⁴ Zu St. Gallen — fahrlässige Hehlerei — JZ. 25, 100, Nr. 78.

⁵ Das ist keine Hehlerei, sondern eine polizeirechtliche Unterlassung; vgl. auch § 4 der zürcher. VO. vom 28. November 1911 betreffend die Pfandleiher und Feilträger (Zürcher. GSlg. 29, 328ff.): polizeiliche Bestrafung bei Unter-

Die in der Schuldfrage bestehende Unsicherheit spiegelt sich in den Beratungen über das eidg. G. wider. Aus der Entwicklung ist hervorzuheben, daß der VE. 1894 Art. 75 die Fassung: „Wer Sachen, von denen er weiß oder vermuten muß“ vorgeschlagen hatte, daß aber die Auffassung, damit sei die Möglichkeit einer fahrlässigen Hehlerei geschaffen, abgelehnt wurde¹. Die spätern E. enthalten die Fassung „weiß oder annehmen muß“², aber die Frage, ob damit nicht auch Fahrlässigkeit getroffen wird, ist nicht zur Ruhe gekommen³. Richtigerweise soll aber aus den Worten „annehmen muß“ nicht auf die Strafbarkeit fahrlässiger Hehlerei geschlossen werden. Man hat in ihnen nicht mehr als eine Beweiserleichterung zu erblicken. Wenn der deutliche Beweis nicht gelingt daß der Täter um die deliktische Erlangung der Sache wußte, dagegen — nach den Grundsätzen freier Würdigung — für den Richter feststeht, daß der Täter den Makel der von ihm übernommenen Sache annehmen mußte, so ist die Bezeichnung als vorsätzliche Hehlerei gerechtfertigt. Der Gedanke des Eventualdolus spielt hinein: Der Täter übernimmt z. B. Diebsgut. Er weiß nicht um die Herkunft, weil darüber nicht gesprochen wird, nach der Sachlage muß er aber die deliktische Erlangung annehmen. Trotzdem kauft er⁴. Dann hat er hehlen wollen. Bei der Betrachtung des Gesetzestextes kommt hinzu, daß es auch aller bewährten und vernünftigen Gesetzestechnik widersprechen würde, die vorsätzliche und die fahrlässige Tat unter die gleiche Strafdrohung zu stellen. Offen bleibt jedoch die Frage der Strafwürdigkeit fahrlässiger Hehlerei. Bejaht man sie⁵, dann muß der Gesetzgeber den Fahrlässigkeitstatbestand, wie

lassung einer Anzeige, wenn diesen Personen Gegenstände unter Umständen angeboten werden, „welche gegen den Inhaber den Verdacht des rechtswidrigen Erwerbes erwecken müssen.“ Zu dieser Frage zutreffend ZÜRCHER: Prot. I. ExpKom. 1, 397f., auch ZULLIGER: 53, 66ff. mit der zu billigenden Einschränkung, daß bei mala fides superveniens Hehlerei dann angenommen werden muß, wenn der bösgläubig gewordene Erwerber nachträglich die Sache verheimlicht.

¹ Stross: Prot. I. ExpKom. 1, 396f.

² Gleiche Formel in Art. 226: Wer Sprengstoffe . . . herstellt, die, wie er weiß oder annehmen muß, zu verbrecherischem Gebrauch bestimmt sind, . . .

³ Prot. II. ExpKom. 2, 326f., namentlich REICHEL: „Derjenige ist schuldig, der die im Leben übliche Vorsicht nicht übt und daraus einen Vorteil zieht und dazu gehört auch der, der nach den Umständen annehmen mußte, die von ihm erworbene Sache sei Gegenstand eines Vergehens gewesen.“ Darin liegt wohl der Fahrlässigkeitsgedanke. Über die nie ausgetragene Streitfrage zu § 259 des deutschen StGB. BINDIG: Lehrbuch, 1, 392f.; ZULLIGER: 60ff., 65, der mit Recht die verfehlte Auffassung, es handle sich um eine praesumptio doli, ablehnt; anderer Meinung KIRCHHOFER: Z. 48, 165 (Doluspraesumption).

⁴ Häufige Hehlerpsychologie; vgl. WEISS: Die Hehler, Kriminalist. Abhandlungen, herausgegeben von EXNER, Heft 13 (1930), namentlich 47f. (passive Hehler), auch DOERNER im Handwörterbuch der Kriminologie, 1, 643ff.; Stross: Motive VE. 1894, 166.

⁵ Wohl mit Recht dagegen BELING: 234f.

es z. B. in St. Gallen Art. 61 geschehen ist, deutlich formulieren und für ihn eine besondere, geringere Strafdrohung aussetzen.

Daß der Hehler aus Eigennutz oder in gewinnsüchtiger Absicht gehandelt haben muß — was freilich regelmäßig der Fall sein wird —, braucht nicht bewiesen zu werden. Bisherige Rechte, z. B. Zug § 124, Baselstadt § 158, haben allerdings das Moment, daß der Täter um des eigenen Vorteils willen gehandelt haben muß, in den Hehlereitattbestand eingefügt. Bei der Auffassung neuerer Gesetze, nach denen die Hehlerei nicht mehr Sachbegünstigung aus Eigennutz, sondern die Weiterführung und Sicherung eines durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Zustandes ist, wäre es falsch, nur den gewinnsüchtigen und eigennützigen Hehler zu bestrafen¹.

5. Daß die Gesetze, in denen Begünstigung und Hehlerei als Teilnahmeformen behandelt werden (oben 1), die Bestrafung des Hehlers nach der für die Vortat ausgesetzten Strafe abstufen, ist gegeben; vgl. z. B. Bundesstrafrecht von 1853, Art. 24f. Die Loslösung von dieser Auffassung und die Schaffung selbständiger und getrennter Tatbestände der Hehlerei und der Begünstigung führt auch zu selbständigen Strafdrohungen. Fraglich, insbesondere bei der Sachhehlerei, ist dabei, ob der Gesetzgeber die größere oder geringere Schwere der Vortat berücksichtigen soll. In Art. 144 des G. geschieht das derart, daß zunächst als Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis angedroht wird, daß aber „in besonders leichten Fällen“ auf Buße erkannt werden kann. Dadurch soll dem Richter insbesondere der Zwang erspart werden, den Hehler mit einer Freiheitsstrafe belegen zu müssen, während die Vortat z. B. eine bloße Übertretung ist, für die zu einer Buße verurteilt wird².

6. Erschwert, mit der Strafdrohung: Zuchthaus bis zu 10 Jahren und Buße, ist die gewerbsmäßige Hehlerei (Art. 144 III)³.

¹ So zutreffend, außer Art. 144 des G., auch Freiburg Art. 84, Waadt Art. 203. Vgl. StROOSS: Grundzüge, 2, 107, 109. Schon Zürich § 184, das die reinliche Loslösung der Hehlerei von der Begünstigung noch nicht gefunden hat, fordert bei der Sachhehlerei, im Gegensatz zur Personenhehlerei, nicht ein Handeln um des eigenen Vorteils willen; dazu Zürcher Bl. 1, Nr. 50; 2, Nr. 74; 12, Nr. 66 und namentlich 13, Nr. 98 (Ankauf gestohlener Kaninchen und Hühner zum Marktpreis). Anders ein früherer Entscheid: Z. 13, 444; dazu v. CLERIC: Rechtswidriger Vorteil (Lit. zu § 51): 163ff. Vgl. auch MICHEL: 14ff. (beim Hehler ist weder Eigennutz, noch die Absicht, den Vortäter zu begünstigen, erforderlich).

² LANG: Prot. II. ExpKom. 2, 325f.

³ Begriff der Gewerbsmäßigkeit, die bei der Hehlerei eine besonders große Rolle spielt, oben § 28 III 2. Neuenburg Art. 384 bezeichnet ausdrücklich als *receleur d'habitude* „tout prêteur sur gage, tout fripier, tout aubergiste, logeur ou cafetier convaincu du recel, tout individu, poursuivi simultanément pour deux ou plusieurs infractions de cette nature, et généralement tout receleur en état de récidive“. — Kriminalistisches Material über das gewerbsmäßige Hehler-

III. Konkurs- und Betreibungsverbrechen. Übertretungen.

§ 59. Grundlagen.

Literatur. STOOSS: Grundzüge, 2, 136 ff. — ZÜRCHER: Z. 2, 293 ff. — WACH: VD. Bes. Teil, 8, 1 ff., 25 ff., 87 ff. — SEGESSER v. BRUNEGG: Die Konkursverbrechen (des deutschen Rechts), Berner Habilitationsschrift (1914). — LÖFFLER: Z. 29, 73 ff. — ZÜRCHER: Das Betreibungs- und Konkursstrafrecht nach dem VE., Vortrag vor dem Schweizer. Kreditorenverband (1906). — APPENZELLER: Der Schuldverhaft und seine Abschaffung, Zürcher Diss. (1923). — TANNER: Die öffentlichrechtlichen Folgen (Ehrenfolgen) der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses, Zürcher Diss. (1924). — FRITZSCHE: JZ. 32, 289 ff., 305 ff. — HAFTER: Z. 49, 385 ff. — Angaben zu § 60 ff.

I. Einer strengen Systematik würde es besser entsprechen, die Konkurs- und Betreibungsdelikte im Abschnitt über die Vermögensverbrechen an zweiter Stelle — nach den Verbrechen gegen das Eigentum und andere dingliche Rechte (§§ 43—50) und vor den Verbrechen gegen das Eigentum und andere Vermögensrechte (§§ 51—58) — zu erörtern. Der Kreis der Schutzobjekte ist im Konkurs- und Betreibungsstrafrecht enger als bei Betrug, Erpressung, Wucher usw. Es handelt sich in der Hauptsache um Verletzung obligatorischer Pflichten eines Schuldners, um die Verletzung und Gefährdung von Gläubigerrechten. Nicht fremdes Vermögen in seiner Gesamtheit kommt als Schutzobjekt in Betracht.

Vertrags- und Gläubigerschutz liegen beim Privatrecht und beim Zwangsvollstreckungsrecht. Dem Exekutionsrecht standen allerdings während einer langen Zeit Strafen oder wenigstens strafartige Maßnahmen, insbesondere die Schuldhaft, zur Verfügung. Art. 59 III der BV. von 1874 hat sie mit dem lapidaren Satz: „Der Schuldverhaft ist abgeschafft“ für die ganze Eidgenossenschaft beseitigt¹.

tum bei WEISS: a. a. O. 36 ff. — Die ausschließliche Androhung von Zucht- hausstrafe gegenüber dem gewerbsmäßigen Hehler kritisiert nicht zu Unrecht ZULLIGER: 77 f. Nicht beizustimmen ist jedoch der Auffassung, daß der deliktische Wille des Hehlers immer geringer ist als derjenige des Stehlers. Unbegreiflich MICHEL: 17, der unter „Hehleri“ nur gewerbsmäßiges Hehlen verstanden wissen möchte. Höchstens kann man sagen, daß schon beim Gelegenheitshehler häufig eine Tendenz zur Gewerbsmäßigkeit vorhanden sein wird; vgl. SAUER: Gerichts- saal, 103, 32.

¹ Kantone gingen voran, z. B. Genf, Loi constitutionnelle du 26 avril 1849, Art. 20: „La contrainte par corps est abolie“; Zürich, Verf. von 1869, Art. 7 V: „Verhaft als Mittel zur Eintreibung von Schuldforderungen ist unstatthaft.“ Dazu STRÄULI: Zürcher. Verfassung, 52. Über die gesamtschweizerischen Ver- hältnisse APPENZELLER: namentlich 58 ff. Gute Darstellung der Entwicklung der Schuldvollstreckung von der Personal- zur Realexekution bei TANNER: I ff.; ferner FRITZSCHE: JZ. 32, 289 ff. Zur Bundesverfassung BURCKHARDT: Kommen-

II. Vertragsbruch und andere Verletzungen obligatorischer Pflichten berühren das Strafrecht regelmäßig nicht. Nur ausnahmsweise führen sie zu strafrechtlicher Reaktion: Eine Veruntreuung (G. Art. 140) kann eine Vertragsverletzung in sich schließen. Ungetreue Geschäftsführung (G. Art. 159) ist häufig zugleich Verletzung obligatorischer Pflichten. Einzelne Rechte, z. B. Schaffhausen § 226, haben schon bisher den Betrug im Zusammenhang mit Verträgen besonders hervorgehoben (oben § 51 II 1). Art. 97 des MilStG. stellt, im Abschnitt: Schwächung der Wehrkraft, die Nichterfüllung und die nicht gehörige Erfüllung eines Vertrages über die Lieferung von Heeresbedürfnissen — in einer Zeit, da Truppen zum aktiven Dienst aufgeboden sind — unter Strafe.

In diesen Kreis fügen sich die Konkurs- und Betreibungsdelikte ein¹. Allerdings nicht so, daß in jedem Fall der Beweis geführt werden muß, daß der Täter einzelne, ihm obliegende vertragliche Pflichten verletzt hat. Ein allgemeinerer Gedanke liegt dem Konkurs- und Betreibungstrafrecht zugrunde: Ein Schuldner, der in Vermögensverfall geraten ist oder dem der Verfall droht, ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß, was von seinem Vermögen noch vorhanden ist, seinen Gläubigern erhalten bleibt. Er ist ferner verpflichtet, Handlungen zu unterlassen, die eine ordnungsgemäße und klare Auseinandersetzung mit seinen Gläubigern verhindern oder erschweren. Ein Schuldner, der in einer bestimmten ungünstigen Vermögenslage sich befindet, ist der regelmäßige Täter. Man kann daher, wenn man den Begriff weit faßt, die Konkurs- und Betreibungsverbrechen als Sonderdelikte bezeichnen. Das rechtfertigt es, sie — wie auch die Delikte gegen immaterielle Güterrechte (unten §§ 67ff.) — an den Schluß der Vermögensverbrechen zu stellen.

III. Der enge Zusammenhang mit dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs von 1889 (SchKG.) liegt auf der Hand. Dessen Art. 25 Ziff. 3 bestimmt, daß die Kantone die zur Vollziehung dieses Gesetzes erforderlichen Strafbestimmungen aufzustellen haben. Das ist zum Teil in den kantonalen Einführungsgesetzen (EG.) zum SchKG., zum

tar (3. Aufl.), 564ff. mit weitem Angaben; FLEINER: Bundesstaatsrecht, 458. Aus der Rechtsprechung besonders bemerkenswert BE. 39 I, 45f. Vgl. ferner FABRE: De la contrainte par corps (Toulouse, 1933).

¹ Viel zitiert die durch v. LISZT aufgestellte Begriffsbestimmung, wonach das Wesen der Bankerottdelikte in der Verletzung oder Gefährdung der Forderungsrechte der Gläubiger von seiten des Schuldners liegt. „Die Forderungen der Gläubiger sind der eigentliche Angriffsgegenstand des Bankbruchs“; v. LISZT-SCHMIDT: Lehrbuch (25. Aufl.), § 137 II. WACH: 97 stellt fest, daß das Grunddelikt der schuldhaftige Angriff auf die Gläubigerforderungen durch Vereitelung oder Verkümmern ihrer Befriedigungsmöglichkeit und nicht etwa die schuldhaftige Verursachung des Vermögenszusammenbruchs (des Konkursgrundes) ist. Vgl. auch ZÜRCHER: Z. 2, 319; LÖFFLER: Z. 29, 75f.; SEGESSER: 17 (Geldforderungen der Gläubiger als Schutzobjekt). Über den Stand der Frage in der Literatur ferner WILLI (Lit. zu § 60): 30ff.

andern Teil in den Strafgesetzbüchern geschehen¹. Im eidg. StGB. erfolgt jetzt die Ordnung in den Art. 163—172 und, soweit es sich um Übertretungen handelt, in den Art. 323/324². Bemerkenswert und ein weiterer Beleg dafür, daß namentlich das Konkursstrafrecht als eine Art Sonderstrafrecht, das mit dem Zwangsvollstreckungsrecht eng verbunden ist, aufgefaßt wird, liegt auch darin, daß z. B. der deutsche Gesetzgeber die Bankerottdelikte in die Konkursordnung eingefügt hat (§§ 239—244).

Auf der Grundlage des SchKG. ergeben sich folgende Gruppen von Delikten gegen die Zwangsvollstreckung:

1. Die Konkursdelikte. Sie können nur verübt werden von Personen, über welche der Konkurs eröffnet werden kann oder bereits eröffnet worden ist. Die Konkursfähigkeit bestimmt sich zunächst nach Art. 39 und 40 des SchKG.: grosso modo die als Einzelkaufleute oder als kaufmännische Gesellschaften oder als Genossenschaften im Handelsregister eingetragenen Personen, ferner die eingetragenen Vereine (ZGB. Art. 52 I, 61) und die Geschäftsfirmer, die sich, ohne dazu verpflichtet zu sein, in das Handelsregister eintragen lassen (OR. Art. 934 II). Die Konkursfähigkeit bleibt noch während 6 Monaten, nachdem die Streichung im Handelsregister durch das schweizerische Handelsamtsblatt bekannt gemacht worden ist, bestehen (SchKG. Art. 40 I). Die Konkursfähigkeit erstreckt sich aber weiter, ohne Rücksicht auf eine Registereintragung, auf jeden Schuldner, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, oder der die Flucht ergriffen hat, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, oder der betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger begangen oder zu begehen versucht oder bei einer Betreibung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat. In allen diesen Fällen ist ein Gläubigerantrag auf Konkursöffnung möglich (SchKG. Art. 190 Ziff. 1). Endlich kann jeder Schuldner die Konkursöffnung gegen sich bewirken, indem er dem Gericht seine Zahlungsunfähigkeit erklärt (Art. 191)³.

¹ Die Zusammenstellung der kantonalen Rechtsquellen bei StROOSS: Grundzüge, 2, 136f. ist teilweise veraltet. Über die kantonalen Rechte vor der durch das eidg. SchKG. veranlaßten Novellengesetzgebung ZÜRCHER: Z. 2, 293ff. Quellangaben auch bei WILLI (Lit. zu § 60): 14ff.

² Da Art. 64 VI der BV. den Bund zur Gesetzgebung über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht befugt hat, wäre die eidg. Ordnung des Konkurs- und Betreibungsstrafrechts schon im Rahmen des SchKG. möglich und auch erwünscht gewesen. Man entschloß sich damals nicht zu diesem Eingriff in die kantonalen Strafrechtsdomänen. Eine gewisse, wenn auch lange nicht vollständige Einheitlichkeit wurde dadurch erzielt, daß zahlreiche kantonale Rechte den von ZÜRCHER: Z. 2, 340ff. ausgearbeiteten Entwurf eines Strafgesetzes betreffend Schuldbetreibung und Konkurs zur Grundlage nahmen. Dazu auch StROOSS: Grundzüge, 2, 140ff.

³ Zur Frage der Konkursfähigkeit JÄGER: Kommentar SchKG. (3. Aufl.) und Ergänzungsbände, Noten zu den im Text genannten Artikeln; BLUMEN-

2. Die Pfändungsdelikte. Sie werden im Zusammenhang mit einer auf Einzelpfändung oder auf Pfandverwertung gerichteten Betreibung (SchKG. Art. 42, 88ff.; 41, 151ff.) begangen. Zu beachten ist hier, daß für im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen (Steuern, Gebühren, Bußen usw.) die Betreibung auch gegenüber dem konkursfähigen Schuldner auf dem Wege der Pfändung oder der Pfandverwertung erfolgt (SchKG. Art. 43). — Zu den Pfändungsdelikten im weitern Sinne mag man auch die widerrechtliche Verfügung über mit Arrest belegte oder in einem Retentionsverfahren amtlich aufgezeichnete Sachen gemäß G. Art. 169 zählen.

3. Die Nachlaßvertragsdelikte. Im Vordergrund steht der in Art. 170 des G. aufgestellte Tatbestand: Erschleichung eines gerichtlichen Nachlaßvertrages. Beim Tatbestand des Stimmenkaufs (G. Art. 168) wird die aktive Gläubigerbestechung, um die Zustimmung zu einem gerichtlichen Nachlaßvertrag zu erlangen, unter Strafe gestellt. Strafbar ist auch der Gläubiger, der sich bestechen läßt.

4. Im Anschluß an zahlreiche Vorschriften des SchKG., die den geordneten Gang des Betreibungsverfahrens sicher stellen sollen, hat das G. in Art. 323/324 Ungehorsamstatbestände mit Übertretungscharakter aufgestellt.

5. Für das ganze Gebiet der Konkurs- und Betreibungsdelikte gilt der Satz, daß, wenn die deliktischen Handlungen im Geschäftsbetriebe einer juristischen Person verübt werden, die Strafbestimmungen auf die Direktoren, Bevollmächtigten, die Mitglieder der Verwaltungs- und Kontrollorgane und die Liquidatoren, die diese Handlungen begangen haben, Anwendung finden: G. Art. 172 I und 326 I und entsprechend schon kantonale Rechte, z. B. Zürich § 205; Bern § 55 des Einführungsgesetzes zum SchKG.¹

STEIN: Handbuch des schweizer. Schuldbetriebsrechtes (1911), 157ff., 594ff.; v. OVERBECK: Schuldbetreibung und Konkurs (1926), 6f., 143ff.; LEEMANN: Die Konkursgründe nach dem BGes. über Sch. und K., Berner Diss. (1905); GENTINETTA: Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung, Freiburger Diss. (1932); ZELLER: Kommentar zürcher. StGB. § 204, N. 2.

¹ Dazu ZÜRCHER: Z. 2, 333f., 343 und Erläuterungen zum VE. 1908, 181; Prot. II. ExpKom. 2, 418ff.; HARTMANN (Lit. zu § 60): 78ff.; BREHSE (Lit. zu § 61): 8f., 61ff. Mit dieser Bestimmung wird, jedenfalls für das Gebiet der Konkurs- und Betreibungsdelikte, die Delikts- und Straffähigkeit juristischer Personen abgelehnt. Rechtsprechung: Zürcher Bl. 14, 167 zu Zürich § 205, der — enger als G. Art. 172 — die strafrechtliche Haftung der Organe nur beim Konkurs einer juristischen Person, also nicht bei einem Pfändungsdelikt, vorsieht. Ob die zur Verantwortung gezogenen Einzelpersonen, z. B. ein Mitglied des Verwaltungsrates, persönlich konkursfähig sind oder nicht, spielt keine Rolle. Vgl. ferner Z. 17, 437ff. (Baselstadt: Haftbarkeit der Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft); JZ. 31, 315, Nr. 65 (Luzern: Strafflosigkeit der Organe einer Körperschaft, weil entsprechende Bestimmungen fehlen).

Bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, denen die juristische Persönlichkeit nicht zukommt, sind für die in deren Geschäftsbetrieb verübten Betreibungsdelikte die schuldigen Gesellschafter zu bestrafen (G. Art. 172 II und 326 II). Das muß nicht nur für die Kollektivgesellschaftler und die unbeschränkt haftenden Mitglieder einer Kommanditgesellschaft, sondern auch für den schuldigen Kommanditär gelten¹. Verantwortlich sind auch hier schuldige Direktoren, Bevollmächtigte und Liquidatoren.

6. Nach G. Art. 171 kann der Richter bei allen Konkurs- und Betreibungsverbrechen — mit Ausnahme des sog. Buchführungsdeliktes (Art. 166) — in jedem Falle auf Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit (G. Art. 52) erkennen. Die Einschränkung gemäß Art. 52 Ziff. 1 II, wonach ein zu Gefängnis Verurteilter nur dann mit Einstellung bestraft werden kann, wenn seine Tat eine ehrlose Gesinnung bekundet, gilt hier nicht. Aus der strengen Fassung des Art. 171 muß geschlossen werden, daß die Einstellung sogar möglich ist, wenn der Richter bei Vorliegen von Milderungsgründen statt zu Gefängnis bloß zu Haft oder Buße verurteilt (Art. 64, 65 i. f.)². — Als eine eigenartige Ergänzung des Konkurs- und Betreibungsstrafrechts setzt hier das BGes. vom 29. April 1920 betreffend die öffentlichrechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses (GesSlg. N.F. 36, 636f.) ein. Das Gesetz ist erst nach langen Bemühungen zustande gekommen³. Es trat an die Stelle der Rechte der Kantone, denen Art. 26 SchKG. das Recht verliehen hatte, „unter Vorbehalt bundesgesetzlicher Bestimmungen über die politischen Rechte der Schweizerbürger“ (BV. Art. 66) über die öffentlichrechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses zu bestimmen⁴. Das BGes. setzt mit der Feststellung ein, daß

¹ Bisherige Rechtsprechung auf Grund kantonaler Rechte, namentlich Zürcher Bl. 13, Nr. 97 und 24, Nr. 26: die Mitglieder einer Kollektivgesellschaft und die unbeschränkt haftenden Mitglieder einer Kommanditgesellschaft — nicht aber der Kommanditär — haben im Gesellschaftskonkurs als „in Konkurs geratene Schuldner“ zu gelten und sind unter diesem Titel strafrechtlich verantwortlich. Ebenso Bern, KREBS: Strafgesetze, N. 5 zu § 48 EG. zum SchKG.; BREHSE (Lit. zu § 61): 53f. Vgl. jetzt Prot. II. ExpKom. 8, 262ff. mit der Feststellung, daß nach G. Art. 172 II auch der Kommanditär zur Verantwortung gezogen werden kann.

² Art. 171 ist mit Recht als zu weitgehend und zu schematisch kritisiert worden; Prot. II. ExpKom. 8, 264ff.; vgl. insbesondere auch TANNER: 37ff.

³ Botschaft des Bundesrates: BBl. 1916, IV, 293ff. Über die Entstehung des Gesetzes TANNER: 43ff.

⁴ Die frühern, auf Grund von Art. 26 SchKG. erlassenen kantonalen Bestimmungen, die große Verschiedenheit zeigen, bei BRAND und WASEM: Sammlung der kantonalen Einführungsgesetze zum SchKG. (1904), 585ff.; SCHRÖTER: Die öffentlichrechtlichen Folgen usw. (1902). Vgl. ferner JAEGER: Kommentar SchKG. Art. 26; BLUMENSTEIN: Handbuch, 231ff.; TANNER: 23ff., 52ff. (automatisches und Verschuldenssystem).

fruchtlose Pfändung und Konkurs als solche die Einstellung im Stimmrecht nicht — mit automatischer Wirkung — nach sich ziehen, und es verbietet den Kantonen, einen Schuldner lediglich deshalb, weil er fruchtlos ausgepfändet oder in Konkurs geraten ist, mit Einstellung im Stimmrecht zu bestrafen (Art. 1 I und II)¹. Der Bundesgesetzgeber hat aber nicht gewagt, selbst die abschließende positive Ordnung zu treffen. Er hat lediglich zwei Rahmen geschaffen, innerhalb deren die Kantone normieren können:

a) Die Kantone können bestimmen, daß die Einstellung im Stimmrecht gegenüber fruchtlos gepfändeten Schuldnern und gegenüber Konkursiten bis auf die Dauer von 4 Jahren erfolgen kann, wenn gerichtlich festgestellt wird, daß der Schuldner seinen Vermögensverfall durch erhebliches Verschulden (*faute d'une certaine gravité*) verursacht hat (Art. 1 III). Damit ist den Kantonen ein neuer bundesrechtlicher Tatbestand zur Verfügung gestellt. Von den eigentlichen Konkurs- und Betreibungsdelikten ist er wohl zu unterscheiden². Immerhin handelt es sich um einen Straftatbestand — durch erhebliches Verschulden verursachten Vermögensverfall —, und die Anwendung stellt ein Strafurteil dar³.

b) Die Kantone können an die fruchtlose Pfändung und den Konkurs weitere öffentlichrechtliche Folgen, wie Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter, zur Ausübung patentierter Berufsarten usw., knüpfen (Art. 2 I). Nach der Fassung dieser Bestimmung erscheinen hier weder ein Schuldnachweis noch ein gerichtliches Urteil erforderlich. Die Kantone können diese Folgen automatisch eintreten lassen. Es handelt sich um Maßnahmenrecht, nicht um Strafrecht. Es ist der gleiche Gedanke, der Art. 18 der Militärorganisation (Ausschluß von Offizieren und Unteroffizieren, die in Konkurs fallen oder fruchtlos ausgepfändet werden,

¹ Diese Feststellung und dieses Verbot haben die frühern kantonalen Bestimmungen, die fast durchgängig gegenüber Konkursiten und fruchtlos ausgepfändeten entweder automatisch oder auf Grund eines Verfahrens Ehrenfolgen eintreten ließen, abgeschafft; vgl. BRAND und WASEM: 585 ff.

² Vgl. dazu BGes. Art. 1 II: Die Bestimmungen des kantonalen Strafrechts über die Einstellung im Stimmrecht „als Strafe bei Betreibungs- und Konkursvergehen“ bleiben vorbehalten. Liste der auf Grund des BGes. neu ergangenen kantonalen Rechte bei JÄGER: Kommentar SchKG., III. Ergänzung, 14; auch JZ. 19, 56. Vgl. ferner TANNER: 77 ff.; Zentralbl. f. Staats- und Gemeindeverwaltung, 37, 376 f. (Aargau: Zulässigkeit der Veröffentlichung fruchtlos ausgepfändeter).

³ Verneint im BE. 59 I, Nr. 13 mit der dunklen Begründung, „seiner innern Natur nach“ liege kein Strafurteil vor, sondern ein Rechtsnachteil als Zwangsmittel zur Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen; vgl. auch BURCKHARDT: BV. (3. Aufl.), 398, 602. Zutreffend über den Strafcharakter TANNER: 62 f. Vgl. noch JZ. 19, 220, Nr. 44 (Waadt): kein Recht der Kantone, für die Einstellung im Stimmrecht ein erhöhtes Minimum, z. B. ein Jahr, aufzustellen, da das BGes. eine Minimaldauer nicht vorsieht. Zum Tatbestand im ganzen TANNER: 59 ff.

von der Erfüllung der Dienstpflicht) und auch Art. 55 II des BGes. von 1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten (Umgestaltung oder Auflösung des Dienstverhältnisses wegen Konkurses oder fruchtloser Pfändung) zugrunde liegt.

Nach Art. 2 II des BGes. hat die Aufhebung der öffentlichrechtlichen Folgen einzutreten, wenn der Konkurs widerrufen wird (SchKG. Art. 195), wenn sämtliche zu Verlust gekommenen Gläubiger befriedigt sind oder wenn sie, obschon eine Befriedigung nicht erfolgt ist, der Rehabilitation beistimmen¹. Da diese Rehabilitationsnorm nur bei Art. 2 eingestellt ist, muß nach den Grundsätzen der Gesetzestechnik und feststehenden Auslegungsregeln zunächst geschlossen werden, daß sie die Aufhebung des Stimmrechtsentzuges nach Art. 1 III nicht erfaßt. Entstehungsgeschichte des Gesetzes und Vernunft führen jedoch zum gegenteiligen Ergebnis². — Interkantonal entfalten die über einen Konkursiten oder einen fruchtlos ausgepfändeten Schuldner verhängten öffentlichrechtlichen Beschränkungen grundsätzlich keine Wirkungen³. Zu beachten ist endlich, daß nach ZGB. Art. 173 II Ehrenfolgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses nicht aus dem Grunde verhängt werden dürfen, daß ein Ehegatte gegenüber dem andern zu Verlust gekommen ist⁴.

7. Die folgende Darstellung hält sich nicht an die Teilung: Konkursdelikte und Pfändungsdelikte. Sie faßt Zusammengehöriges in anderer Weise zusammen.

§ 60. Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug.

Literatur. Angaben zu § 59. — WILLI: Der betrügerische Bankerott, Zürcher Diss. (1917). — CORRODI: Der Pfändungsbetrug, Zürcher Diss. (1923). — WEGELIN: Z. 44, 92ff. — Ferner HARTMANN: Der leichtsinnige Bankerott, Zürcher Diss. (1919). — HAFTER: Z. 50, 1ff.

I. Das G. (Art. 163, 164) hat die beiden Tatbestände des betrügerischen Konkurses und des Pfändungsbetrugs in der Hauptsache übereinstimmend gestaltet⁵. Unterschiede ergeben sich aus der verschiedenen betriebsrechtlichen Stellung des delinquierenden Schuldners:

1. Der betrügerische Konkurs setzt als Täter einen konkursfähigen Schuldner (oben § 59 III 1) voraus. Das kommt in Art. 163 darin zum

¹ Gleich schon SchKG. Art. 26 II. Dazu JAEGER: Kommentar Art. 26, N. 4a und ff. Die Kantone haben die Rehabilitationsbehörde zu bestimmen. TANNER: 68ff. Die besondere Ordnung nach Art. 18 der MilOrg. bleibt natürlich vorbehalten.

² TANNER: 67f. — Der Vorwurf einer unsorgfältigen Redaktion kann dem Gesetzgeber nicht erspart werden.

³ So schon BE. 27 I, Nr. 1; TANNER: 75ff.

⁴ BE. 40 I, 41ff. (um der sittlichen Bedeutung des ehelichen Bandes willen); GMÜR: Kommentar Familienrecht (2. Aufl.), Art. 173, N. 16ff.

⁵ Analogie der Tatbestände: STOSS: Grundzüge, 2, 158; BINDING: Lehrbuch, 1, 421f.; LÖFFLER: Z. 29, 76ff.; WACH: 29.

Ausdruck, daß Strafbarkeit erst entstehen kann, wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet worden ist¹. In der Regel mag es ausreichen, daß nur unter der Voraussetzung der Konkurseröffnung betrügerische Handlungen des Schuldners strafrechtlich erfaßt werden. Andere ebenfalls strafwürdige Fälle sind jedoch möglich: Ein konkursfähiger Schuldner erklärt sich außergerichtlich zahlungsunfähig oder täuscht Zahlungsunfähigkeit vor. Zu einer Konkurseröffnung kommt es nicht, weil kein Gläubiger sie beantragt, z. B. wegen der Aussichtslosigkeit eines Konkurses. Vielleicht bringt der Schuldner auch einen außergerichtlichen oder sogar einen gerichtlichen Nachlaß zustande. Nach Art. 163 des G. bleibt ein solcher Schuldner, trotzdem er tatbestandsmäßige Handlungen (Vermögensverminderungen usw. zum Nachteil der Gläubiger) verübt hat, straflos. Die weiterreichende Fassung bisheriger Rechte — z. B. Zürich, Bern, Baselstadt —, die auf eingetretene oder auch auf nur vorgetäuschte Zahlungsunfähigkeit des konkursfähigen Schuldners abstellen, ist damit gerechtfertigt².

Im Gegensatz zum betrügerischen Konkurs ist der Pfändungsbetrug das Delikt des auf Pfändung betriebenen Schuldners (oben § 59 III 2). Der beim Bankerott aufgestellten Voraussetzung der Konkurseröffnung entspricht beim Pfändungsbetrug, daß nach Art. 164 des G. Bestrafung nur eintreten kann, wenn gegen den Schuldner ein Verlustschein ausgestellt worden ist (SchKG. Art. 149, 115)³.

2. Über allem Zweifel steht, wenigstens bei der Fassung der Art. 163/164 des G., daß es sich bei den Momenten Konkurseröffnung und Verlustscheinausstellung um objektive Strafbarkeitsbestimmungen han-

¹ So schon bisherige Rechte, z. B. Glarus § 142, Neuenburg Art. 413. Andere Rechte begnügen sich mit der Voraussetzung, daß der (konkursfähige) Schuldner zahlungsunfähig geworden ist oder sich fälschlich für zahlungsunfähig ausgibt Zürich §§ 200, 204, Bern Einführungsgesetz SchKG. § 48. Wieder anders bestimmt Baselstadt § 153: „Ein Schuldner, gegen welchen der Konkurs eröffnet worden ist, oder welcher sich außergerichtlich zahlungsunfähig erklärt hat.“

² Vgl. ZELLER: Kommentar zürcher. StGB. § 200, N. 2 (Hinweis auf einen vom zahlungsunfähigen Schuldner zur Vermeidung des Konkurses angestrebten Nachlaßvertrag); LANG und BOLLI: Prot. II. ExpKom. 2, 397; auch schon GREYER: Prot. I. ExpKom. 2, 553 ff. WILLI: 78 schlägt vor, als Voraussetzung nicht Konkurseröffnung, sondern nur Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu verlangen. Bemerkenswert Neuenburg, das von der Konkurseröffnung als Voraussetzung ausgeht, dann aber bestimmt (Art. 413 II, III): „Les dispositions ci-dessus sont applicables au débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite qui aura proposé un concordat. — Elles demeurent applicables alors même que la faillite aurait été révoquée ou le concordat homologué.“ Vgl. auch WACH: 97f., der auf die wahre oder irrig angenommene oder erdichtete Zahlungsunfähigkeit abstellen will.

³ Auch bei einem provisorischen Verlustschein (SchKG. Art. 115 II): Zürcher Bl. 28, Nr. 32, nicht aber beim Pfandausfallschein in der Betreibung auf Pfandverwertung (SchKG. Art. 158); vgl. Prot. II. ExpKom. 4, 120.

delt. Mit dem Verhalten des Täters haben sie nichts zu tun¹. Man wirft ihm nicht die schuldhaftige Verursachung des Vermögenszusammenbruchs vor, sondern gewisse betrügerische Handlungen, die er in bedrängter Vermögenslage zum Schaden der Gläubiger vorgenommen hat. Ein Kausalzusammenhang zwischen diesen Handlungen einerseits, Konkursöffnung oder Pfändung andererseits braucht nicht zu bestehen, muß jedenfalls nicht erwiesen werden².

II. Die betrügerischen Handlungen. Der im VE. 1894 (Art. 83) unternommene Versuch, den betrügerischen Konkurs und den Pfändungsbetrug ohne jede Kasuistik durch eine allgemeine Norm zu erfassen, ist aufgegeben worden³. Man kommt, trotz aller Bedenken gegen die Kasuistik, nicht darum herum, die beiden Tatbestände durch Hervorhebung einzelner, dem Täter zur Last gelegten Handlungen zu charakterisieren. Erst dadurch ergibt sich auch die notwendige Abgrenzung gegenüber den andern Konkurs- und Betreibungsdelikten, insbesondere gegenüber der Gläubigerbevorzugung (Art. 167) und gegenüber der Verfügung über betreibungsrechtlich beschlagnahmte Sachen (Art. 169).

Die Bezeichnungen betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug sollen nicht der Auffassung Vorschub leisten, daß es sich um Spezialfälle des Betrugs handelt. Die Abweichungen vom Betrugstatbestand ergeben sich aus den folgenden Erörterungen⁴.

¹ Allg. Teil, § 27. Vgl. SEGESSER: 47 ff., 52 (Umstände außerhalb der Handlung).

² Gut MÜLLER: Prot. II. ExpKom. 4, 115; StROOSS: Grundzüge, 2, 152; Zürcher Bl. 23, Nr. 52, S. 84; JZ. 29, 138; WACH: 96 f. (Grunddelikt nicht die Verursachung des Konkursgrundes, sondern der Angriff auf die Gläubigerrechte); LUDWIG: ZschwR.NF. 44, 46a. — Zu der Streitfrage, ob die Konkursöffnung objektive Strafbarkeitsbedingung oder Tatbestandsmoment ist, BREHSE (Lit. zu § 61): 23 ff., 36 ff.; WILLI: 43 ff. (mit zahlreichen Lit.-Angaben). WILLI meint, daß der Schuldner die Bankerotthandlungen mit dem Bewußtsein der eintretenden oder erfolgten Zahlungsunfähigkeit (oder Konkursöffnung) begangen haben müsse (45 f., 70, 78 f.). Aus Art. 163/164 des G. ergibt sich das nicht. Wegen der Beweisschwierigkeiten ist dieses Erfordernis auch abzulehnen. Für die Auffassung, daß Zahlungseinstellung und Konkursöffnung Tatbestandsmerkmale sind, ist neben andern SEGESSER: 52 ff. eingetreten. Dazu HAFTER: Z. 27, 311 f. Vgl. ferner HARTMANN: 37 ff. (Tatbestandsmerkmale: Zahlungseinstellung und Konkursöffnung als Symptome einer Gläubigergefährdung).

³ VE. 1894 Art. 83: „Schädigung der Gläubiger. Der Schuldner, der seinen Gläubigern Vermögen, das ihnen in einem Betreibungs- oder Konkursverfahren zukommen sollte, vorsätzlich entzieht und sie dadurch schädigt, wird . . . bestraft.“ Dazu StROOSS: Motive 1894, 173 f.; Prot. I. ExpKom. 1, 423 ff. und namentlich 2, 553 ff. Vgl. auch LUDWIG: ZschwR.NF. 44, 44a, der den betrügerischen Konkurs allgemein kennzeichnet als „absichtliche Vereitelung oder Erschwerung der Befriedigung der Gläubigerschaft eines falliten Schuldners durch denselben“.

⁴ In gewissen Fällen wird durch das Verhalten eines Schuldners auch der Betrugstatbestand erfüllt. Beispiel bei WILLI: 77 (Der Schuldner anerkennt der Konkursverwaltung gegenüber eine vorgetäuschte Forderung. Sie wird zuge-

barkeitsbedingung. Gegenüber dem konkursfähigen Schuldner muß der Konkurs eröffnet, gegenüber dem Pfändungsschuldner ein Verlustschein ausgestellt worden sein (oben § 60 I 1).

Zwei Handlungsgruppen sind unterschieden:

A. Der Schuldner hat durch argen Leichtsinns, unverhältnismäßigen Aufwand, gewagte Spekulationen oder grobe Nachlässigkeit in der Ausübung seines Berufes¹ seine Zahlungsunfähigkeit verursacht. Das Besondere liegt darin, daß hier der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Schuldners und der Zahlungsunfähigkeit bewiesen werden muß². Sie muß die Folge sein (dazu unten III). Konkursöffnung oder fruchtlose Pfändung müssen nur als Strafbarkeitsbedingung hinzukommen³.

B. Der Schuldner hat im Bewußtsein seiner bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert. Hier ist die Abgrenzung gegenüber betrügerischem Konkurs und Pfändungsbetrug nicht leicht (Vermögensverminderung; oben § 60 II 2). Sie ist darin zu sehen, daß bei diesen Delikten der Schuldner mit Schädigungsvorsatz betrügerische oder Werte zerstörende Handlungen vornimmt, während beim leichtsinnigen Konkurs und beim sog. Vermögensverfall schon der Schädigungsvorsatz fehlt⁴.

Das in den bisherigen Gesetzen in den Tatbestand des leichtsinnigen Konkurses eingefügte Buchführungsdelikt ist von Art. 165 des G. nicht übernommen. Art. 166 hat es selbständig gestaltet; unten § 62.

III. Zweifel ergeben sich in der Schuldfrage. Sind leichtsinniger Konkurs und Vermögensverfall Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsdelikte?⁵ Falsch wäre es jedenfalls, die beiden Tatbestände als die Fahrlässigkeits-

¹ Für die Wertung der einzelnen Handlungen ist zum Teil die bisherige kantonale Rechtsprechung (oben 1) verwendbar; vgl. auch HARTMANN: 90ff.

² So schon kantonale Rechte: Bern EG. § 52, Glarus EG. § 53, Schaffhausen § 228 a.

³ Gut BOLL: Prot. II. ExpKom. 2, 404: schuldhaftes Herbeiführung der Insolvenz, die dann im Betreibungs- oder Konkursverfahren zutage tritt; HARTMANN: 47f. (Gefährdung der Gläubiger durch Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit).

⁴ Auf die Schwierigkeit der Grenzziehung hat GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 4, 117 hingedeutet.

⁵ Streitfrage schon nach bisherigen Rechten: Zürcher Bl. 10, Nr. 205 und 206 (Verübung des Buchführungsdeliktes nach Zürich § 202 lit. a mit Vorsatz. Ferner: § 202 lit. a „setzt zum mindesten ein fahrlässiges Verhalten voraus“; also erfaßt der Tatbestand auch vorsätzliche Verübung). Ferner Bl. 15, Nr. 101 und JZ. 11, 213. — Die Auffassung: Fahrlässigkeitsdelikt wird namentlich in der Literatur vertreten: ZÜRCHER: Kommentar zürcher. StGB. § 302, N. 5 mit der unbefriedigenden Folgerung, daß Versuch und Teilnahme ausgeschlossen seien; CALAME: Prot. II. ExpKom. 4, 119; HARTMANN: 17, 74f. Zutreffend BINDING: Lehrbuch, 1, 439f.; ZELLER: Kommentar, § 202, N. 7.

Ordnungen zeigen Zerfahrenheit, zum Teil auch ein Übermaß unsicherer Kasuistik. Das wirkt sich in der Rechtsprechung aus¹.

Einen dem leichtsinngen Konkurs entsprechenden Deliktstatbestand des Pfändungsschuldners hat nur ein Teil der Kantone aufgestellt. Der E. Zürcher §§ 25/26 nennt den Tatbestand leichtsinniges Schuldenmachen. Er soll den Pfändungsschuldner treffen, der „durch liederlichen und arbeitsscheuen Lebenswandel seine Unzahlbarkeit herbeigeführt hat“. Kantonale Rechte, namentlich Zürich § 208, haben den Tatbestand in Anlehnung an die Bestimmungen über leichtsinngen Konkurs erweitert. Baselstadt § 154 c nennt neben dem Schuldenmachen die Verschleuderung von Waren oder Wertpapieren zu einer Zeit, da der Schuldner schon stark überschuldet war, ferner übermäßigen Verbrauch durch Aufwand, Spiel oder Differenzgeschäfte². Die welschen Kantone, mit Ausnahme von Tessin (EG. Art. 57), haben von einer Ordnung abgesehen. In der Praxis spielt der Tatbestand eine geringe Rolle³.

2. Das eidg. G. (Art. 165) weicht von den bisherigen Ordnungen erheblich ab. Sicher führt es zu größerer Klarheit.

Für den leichtsinngen Konkurs und den sog. Vermögensverfall⁴ ist der Tatbestand gleich gestaltet. Der Unterschied besteht in der Straf-

¹ In Zürcher Bl. 3, Nr. 45 wird, ohne eingehende Begründung, die Konkurs-eröffnung als Tatbestandsmerkmal, nicht als Strafbarkeitsbedingung bezeichnet; richtig dagegen JZ. 23, 170, Nr. 138. Zutreffend wird regelmäßig angenommen, daß der Beweis eines Kausalzusammenhangs zwischen Bankerrotthandlung und Konkursausbruch nicht geleistet, aber ein zeitliches Zusammentreffen festgestellt werden muß derart, daß die Vermögenslage, in welcher der Schuldner gehandelt hat, die Zahlungseinstellung erwarten ließ: Zürcher Bl. 3, Nr. 45; 10, Nr. 206; 31, Nr. 91. — Bei der Prüfung der einzelnen leichtsinngen Konkurshandlungen kommt dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum zu; Buchführungsdelikt: JZ. 18, 260, Nr. 200 (Schwyz); 27, 151, Nr. 121 (Baselstadt); Zürcher Bl. 10, Nr. 205/06; 14, Nr. 70; 26, Nr. 52; St. Gallen Kantonsgericht, Jahresbericht 1931, Nr. 25 (Haftung des Verwaltungsratspräsidenten einer AG.). — Spekulationen: Zürcher Bl. 24, Nr. 193 („jedes gewagte Geschäft“); St. Gallen Kantonsgericht 1934, Nr. 11. — Verschwenderischer Aufwand und schlechter Lebenswandel: JZ. 18, 260, Nr. 201 (Schwyz); 28, 298, Nr. 256 und Zürcher Bl. 31, Nr. 91.

² Weitere kantonale Daten SROOSS: Grundzüge, 2, 160ff. Zu Schaffhausen § 228a: BE. 14, Nr. 81.

³ Baselstädtische Urteile JZ. 27, 151, Nr. 122; Z. 45, 261f. WACH: 101 meint zu dem Tatbestand der „fahrlässigen“ Vereitelung der Gläubigerbefriedigung durch den Pfändungsschuldner, man sollte nicht mit Kanonen auf Mücken schießen. Die schweizer. Praxis scheint ihm einigermassen Recht zu geben. Aber ist die Schonung des liederlichen und oft bösarigen Pfändungsschuldner erfreulich?

⁴ Die Bezeichnung des Deliktes als „Vermögensverfall“ ist sprachlich unrichtig. Zutreffend wäre „leichtsinnige Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit“. Über die Entwicklung der Entwürfe HARTMANN: 21 ff.; vgl. ferner Prot. II. Exp-Kom. 2, 403ff.; 4, 116ff.

verfall ist aber, wenn der Täter an verschiedenen Orten gehandelt hat, für die Strafverfolgung eine Zusammenfassung in dem Sinne wünschenswert, daß das Verfahren am Ort der Konkursöffnung oder der Pfändungsbetreibung durchgeführt wird (oben § 60 III).

Von diesen übereinstimmenden Punkten abgesehen, sind die beiden Deliktgruppen gänzlich verschieden. Mit dem in der Literatur vertretenen¹ unklaren Begriff der Einheitlichkeit der Konkursdelikte ist nichts anzufangen.

II. Die leichtsinnigen Handlungen. Wie beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug kommt auch hier der Gesetzgeber nicht um eine Kasuistik herum.

1. Die bisherigen Rechte folgen zum Teil beim Tatbestand des leichtsinnigen Konkurses, mit Abweichungen im einzelnen, dem E. Zürcher (Z. 2, 340ff.). § 18 dieses E. nennt als Täter den in Konkurs geratenen Schuldner (Strafbarkeitsbedingung). Die strafbaren Handlungen gehen alle dem Konkursausbruch voraus². Vier Tatbestandsgruppen werden aufgestellt: Unterlassung oder Unordnung der Buchführung, so daß der Vermögensstand des Schuldners nicht ersehen werden kann; Vernachlässigung von Geschäft oder Beruf aus Arbeitsscheu, ferner die finanziellen Kräfte des Schuldners übersteigende Börsenspekulationen, „sofern hieraus für ihn Verluste entstanden“; die sichern Einkünfte übersteigender verschwenderischer Aufwand oder Herbeiführung des Vermögensverfalles durch Spiel und Trunksucht; Eingehung neuer erheblicher Schulden im Bewußtsein der Insolvenz und Verschwendung und Verschleuderung der auf diesem Wege erhobenen Gelder und Waren — unter Vorbehalt des Betrugstatbestandes. Diesem Vorbild folgten z. B. Zürich § 202 (Spekulationen, nicht nur Börsenspekulationen), Bern EG. § 51, Schaffhausen § 228, Thurgau EG. § 68. Aargau EG. § 51 und St. Gallen EG. Art. 51 lassen den Fall der Eingehung neuer Schulden beiseite, St. Gallen, weil es diesen Tatbestand als betrügerischen Konkurs wertet (Art. 54 II und dazu oben § 60 II 1). Weiter entfernen sich vom E. Zürcher die welschen Rechte, z. B. Neuenburg Art. 411 mit einer viel breiteren Kasuistik und Genf, das namentlich noch unlautere Wechselgeschäfte des Schuldners nennt (EG. Art. 60 Ziff. 2)³. — Die kantonalen

¹ Namentlich SEGESSER (Lit. zu § 59): 26ff. und HARTMANN: 50ff., der die Einheitlichkeit darin sieht, daß alle Bankerott-handlungen entweder direkt eine Gefährdung oder Verletzung der Gläubiger darstellen oder dann doch „Symptome solcher Beeinträchtigungen“ sind. Dem kann man zustimmen. Zu einem weiter sich auswirkenden, praktisch wertvollen Begriff der Einheitlichkeit gelangt man damit nicht.

² HARTMANN (Lit. zu § 60): 17.

³ Weitere kantonale Daten bei STOOS: Grundzüge, 2, 154ff.; HARTMANN: 19ff., 94; BREHSE: 9ff.

V. Art. 163/164 je Ziff. 2 des G. erklären auch den Dritten für strafbar, wenn er „betrügerische“ Handlungen zum Nachteil der Gläubiger vornimmt. Strafbarkeitsbedingung ist auch hier Konkursöffnung und Ausstellung eines Verlustscheins gegenüber dem Schuldner. Hier ist der Dritte, z. B. ein Hausgenosse, Täter¹. Der Schuldner selbst kann Anstifter oder Hilfe sein. Der Dritte kann die „betrügerischen“ Handlungen zum Vorteil des Schuldners, zu seinem eigenen Vorteil oder zum Vorteil eines Vierten vornehmen, z. B. auch Verheimlichung von Vermögensstücken in einem Nachlaßkonkurs durch die Ehegattin, um sie den Kindern zu retten.

VI. Strafen. Die Strafdrohungen für die betrügerischen Konkurs- und Pfändungsschuldner lauten in G. Art. 163/164 wie bei Diebstahl, Betrug usw. übereinstimmend auf Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder auf Gefängnis². Der Dritte, der betrügerische Handlungen vorgenommen hat, wird mit Gefängnis bestraft. — Die Anregung, bei einem Konkurswiderruf, sei es wegen nachträglicher Befriedigung der Gläubiger oder wegen Zustandekommens eines Nachlaßvertrags (SchKG. Art. 195), die Strafverfolgung fallen zu lassen, ist mit Recht nicht befolgt worden³.

§ 61. Leichtsinziger Konkurs und Vermögensverfall.

Literatur. Angaben zu §§ 59, 60, insbesondere HARTMANN. — STOOS: Grundzüge, 2, 154 ff., 160 ff. — BREHSE: Der leichtsinnige Bankerott, Zürcher Diss. (1920). — HAFTER: Z. 50, 129 ff.

I. Wie das G. in Art. 163/164 den betrügerischen Konkurs und den Pfändungsbetrug im wesentlichen übereinstimmend gestaltet, so faßt es, in noch engerer Verbindung, in Art. 165 die Tatbestände des leichtsinnigen Konkurses — Täter: ein konkursfähiger Schuldner — und des sog. Vermögensverfalls — Täter: ein Pfändungsschuldner — zusammen.

Zwischen den beiden Gruppen: betrügerischer Konkurs — Pfändungsbetrug und leichtsinniger Konkurs — Vermögensverfall bestehen Gemeinsamkeiten: Zunächst die außerhalb der Tat liegenden Strafbarkeitsbedingungen der Konkursöffnung und der Ausstellung eines Verlustscheins gegenüber dem Pfändungsschuldner, wobei der Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen deliktischer Handlung und Konkursöffnung oder fruchtloser Pfändung nicht erbracht werden muß (oben § 60 I 2). Bei allen vier Delikten tritt die Vollendung mit der Täterhandlung ein. Auch beim leichtsinnigen Konkurs und beim Vermögens-

¹ Dazu Prot. II. ExpKom. 2, 394 ff.

² Beachtlich BINDING: Lehrbuch, I, 422: Der bankerotte Kaufmann verdient härtere Strafe. Er verletzt noch die besondere Standespflicht der Kredit-treue.

³ Prot. II. ExpKom. 4, 109 ff.; s. unten § 61 V (leichtsinniger Konkurs).

aber nur als eine für die Praxis zurechtgemachte, allerdings zweckmäßige Fiktion gelten lassen¹. Art. 7 des G., wonach ein Delikt auch da als begangen gilt, wo der Erfolg eingetreten ist, kann deshalb hier nicht herangezogen werden, weil Konkursöffnung, Pfändung und Ausstellung eines Verlustscheins nicht der Erfolg der vom Täter verübten betrügerischen Handlungen, sondern außerhalb liegende Bedingungen der Strafbarkeit sind².

Der Versuch betrügerischer Handlungen ist möglich, aber die Bedingung der Konkursöffnung oder der Verlustscheinsausstellung muß auch hier erfüllt sein, um den Täter strafen zu können. Die im E. Zürcher § 14 vorgeschlagene Bestimmung, daß solche Handlungen konkursfähiger Personen „nach den Grundsätzen über den Versuch“ zu behandeln sind, wenn eine Strafverfolgung „schon vor Ausbruch des Konkurses“ angehoben wird (?), ist unhaltbar³.

Daß die Verjährung mit der (letzten) Bankerotthandlung und nicht erst mit der Konkursöffnung oder der Ausstellung eines Pfändungsverlustscheins zu laufen beginnt, ist nach der Auffassung, daß die Konkursöffnung usw. nicht zum Tatbestand gehört, gegeben⁴.

IV. Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug sind Vorsatzdelikte. Der Vorsatz bezieht sich auf die Handlung, durch die der Schuldner sein Vermögen vermindert oder zum Schein vermindert. Der Schuldner muß aber auch mit Wissen und Willen zum Nachteil seiner Gläubiger handeln. Auf das Handlungsmotiv, die Absicht, kommt es nicht an. Sie kann verschieden sein. Regelmäßig wird sie darin bestehen, daß der Schuldner sich selbst Vorteile sichern will. Möglich ist aber auch, daß er sich von Bosheit und Rache gegenüber seinen Gläubigern leiten läßt⁵.

¹ Dazu JZ. 32, 204, Nr. 42 (Baselstadt).

² Unzutreffend CORRODI: 57. Die korrekte Lösung würde in einer besondern gesetzlichen Bestimmung liegen, daß Verfahren wegen Konkurs- und Betreibungsdelikten am Ort der Konkursöffnung oder der Pfändungsbetreibung durchzuführen sind; ähnlich v. CLERIC: JZ. 22, 83. Vgl. noch WACH: 100 (Verbindung der mehreren Bankerotthandlungen durch die „Einheit des Konkurses“ (Konkursöffnung) zu einem einheitlichen Verbrechen); auch HARTMANN: 53 ff.; unten § 61 IV.

³ Die Bestimmung ist vereinzelt in kantonale Rechte übergegangen, z. B. St. Gallen EG. von 1921 Art. 55, Thurgau EG. § 63. Zutreffende Kritik von STOOS: Grundzüge, 2, 152; vgl. auch BINDING: Lehrbuch, 1, 429. Lehrreich über die Frage des Versuchs von Pfändungsbetrug Zürcher Bl. 15, Nr. 82, namentlich 147f.

⁴ So ZÜRCHER: Kommentar zürcher. StGB. § 52, N. 4; BREHSE: 47 ff. Anders, wenn man die Bedingungstheorie ablehnt, HARTMANN: 61.

⁵ StenBull. NR. 1935, 515, auch ZÜRCHER: Z. 2, 332. Vgl. ferner WILLI: 49 ff.; CORRODI: 51 ff. mit der zutreffenden Wendung, daß der Vorsatz des Täters gerichtet sein muß auf Schädigung der Gläubiger dadurch, daß Vermögensstücke ihrem Zugriff entzogen werden (53); vgl. auch Zürcher Bl. 33, 337.

stellen. Nachzuweisen ist wohl, daß der Schuldner im Bewußtsein des ihm drohenden Vermögenszusammenbruchs oder einer ihm bevorstehenden Pfändung und mit dem Vorsatz der Gläubigerschädigung die betrügerischen Handlungen vorgenommen hat. Bei den einer Konkursöffnung nachgehenden Handlungen muß unterschieden werden: Vermögensverminderung, aber auch die Beiseiteschaffung und Verheimlichung von Vermögen stellen betrügerischen Konkurs dar, wenn sie zwar nach der Konkursöffnung, aber vor der Aufnahme des Konkursinventars (SchKG. Art. 221ff.) erfolgen. Nach Errichtung des Konkursinventars ist dagegen nur Art. 169 (Verfügung über amtlich aufgezeichnete Sachen; unten § 64 II 3) anwendbar¹. Ob diese Abgrenzung befriedigt, ist höchst fraglich². Die Vortäuschung von Schulden und die Anerkennung vorgetäuschter Forderungen sind dagegen wohl immer betrügerischer Konkurs oder Pfändungsbetrug, gleichgültig, in welchem Zeitpunkt sie erfolgen. Das Buchführungsdelikt endlich wird regelmäßig der Konkursöffnung vorangegangen sein. Immerhin ist möglich, daß der Schuldner noch zwischen der Konkursöffnung und der Beschlagnahme der Bücher durch die Konkursverwaltung (SchKG. Art. 223 II) Fälschungen vornimmt³.

III. Vollendung und Versuch. Gelten muß, daß betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug mit der Verübung einer der im G. genannten betrügerischen Handlungen vollendet sind. Schwierigkeiten, namentlich für die Verfolgbarkeit des Täters, können sich aber daraus ergeben, daß erst die Erfüllung der Strafbarkeitsbedingung (Konkursöffnung, Verlustschein) die Strafbarkeit begründet. Die Konkursöffnung z. B. erfolgt regelmäßig am Wohnsitz des Schuldners, die betrügerischen Handlungen können dagegen an einem andern oder an mehreren andern Orten, vielleicht auch im Ausland, verübt worden sein⁴. Da aber Verfolgung und Bestrafung des Täters richtigerweise an einem Ort durchgeführt werden müssen, haben Literatur und Rechtsprechung vielfach erklärt, das Delikt sei erst mit dem Konkursausbruch vollendet und als am Orte der Konkursöffnung begangen anzusehen⁵. Das kann man

¹ Anders im Hinblick auf §§ 200 Ziff. 1 und 203 des zürcher. StGB., Zürcher Bl. 23, Nr. 52 und JZ. 20, 46, Nr. 45 (betrügerischer Konkurs bei Veräußerung und Verpfändung von in das Konkursinventar aufgenommenen Gegenständen).

² Auf den nicht gerechtfertigten Unterschied in der Strafdrohung zwischen Art. 163/164 und 169 des G. hat namentlich CALAME: Prot. II. ExpKom. 2, 393, 413 aufmerksam gemacht.

³ Die aus der Unterscheidung zwischen vor- und nachgehenden betrügerischen Handlungen sich ergebenden Fragen sind bisher wenig abgeklärt worden; vgl. ZÜRCHER: Z. 2, 321f.; WILLI: 56ff.; JZ. 32, 204, Nr. 42 (Baselstadt).

⁴ JZ. 15, 301, Nr. 72: der zchweizer. Konkursit verheimlichte in Deutschland liegendes Gut; ähnlich Zürcher Bl. 24, Nr. 26.

⁵ Vgl. die Hinweise im Allg. Teil, 124, ferner WILLI: 73f.; HARTMANN: 55ff.; BREHSE: 50f.

ob Buchführungspflicht besteht oder nicht, falsche Bücher geführt oder täuschende Bilanzen aufgestellt hat¹.

3. Bei den betrügerischen Handlungen der Veräußerung, Zerstörung, Beschädigung, Unbrauchbarmachung, Beiseiteschaffung oder Verheimlichung muß es sich um Vermögensstücke des Schuldners handeln, die zur Konkursmasse oder zur Pfändung herangezogen werden können. Maßgebend sind die Bestimmungen des SchKG., insbesondere die Art. 91ff. Was nicht pfändbar ist und nicht zur Konkursmasse gezogen werden kann, ist nicht Deliktsgegenstand. Das gilt namentlich für die Kompetenzstücke (SchKG. Art. 92, 224)².

4. Bedeutung, namentlich für die Abgrenzung gegenüber andern Tatbeständen, hat die Unterscheidung zwischen vorgehenden und nachgehenden Bankerotts- und Pfändungsbetrugshandlungen. Entscheidende Zeitpunkte sind Konkurseröffnung und Pfändung, weiter aber auch der Zeitpunkt der amtlichen Aufzeichnung des beschlagnahmten Vermögens im Konkursinventar.

Die Anfangsgrenze der einer Konkurseröffnung oder Pfändung vorgehenden betrügerischen Handlungen läßt sich objektiv schwer fest-

¹ ZELLER: Kommentar zürcher. StGB. § 200, N. 5; WILLI: 63; vgl. auch Zürcher Bl. 26, Nr. 52 und LANG: Z. 41, 375f. — Daß es sich um eine nach kaufmännischen Regeln formal richtig gestaltete Buchführung oder Bilanzaufstellung handeln muß, ist nicht erforderlich. Auch ein falsch geführtes einfaches Konto- oder Notizbuch kann den Tatbestand erfüllen; ZÜRCHER: Kommentar zürcher. StGB. § 200, N. 6; HARTMANN: 89f. Vgl. ferner unten § 61 II 1 (Buchführungsdelikt beim leichtsinnigen Konkurs). — Bilanzen als Bestandteil der Buchführung; Fälle falscher Bilanzen: JZ. 29, 136ff. und Zürcher Bl. 32, Nr. 50.

² Da die Behörden und nicht der Schuldner über die Kompetenzqualität eines Vermögensstückes entscheiden, und da der Schuldner verpflichtet ist, alles, was er hat, anzugeben, ist immerhin zu erwägen, ob z. B. die Beiseiteschaffung oder Verheimlichung von Kompetenzstücken zu bestrafen ist. Durch eine solche Handlung werden aber die Gläubiger nicht geschädigt; gut LÖFFLER: Z. 29, 83f. Vorbehalten bleibt eine Ungehorsamsstrafe wegen ungenügender Vermögensangabe; vgl. SchKG. Art. 222 I und den Übertretungstatbestand in G. Art. 323 Ziff. 4. — Zu Zweifeln Anlaß gibt auch der Fall der Verheimlichung oder Beiseiteschaffung eines Eigentümerschuldbriefes (ZGB. Art. 859 II, 863). Pfändungsbetrug ist abzulehnen, weil es sich nicht um ein pfändbares Vermögensstück handelt: Zürcher Bl. 17, Nr. 51 und JZ. 14, 13f.; dazu Bl. 15, Nr. 186 und BE. 41 III, 266ff. mit der abweichenden Auffassung des Bundesgerichts, daß der Eigentümerbrief pfändbar ist. Zutreffend ist die Annahme der Unpfändbarkeit. Im Betreibungsverfahren soll aber ein solcher Brief beschlagnahmt werden, um eine Gläubigerschädigung durch Begebung zu verhindern; vgl. Zürcher Bl. 1, Nr. 107. — Pfändungsbetrug liegt nicht vor, wenn der Schuldner bei Vollziehung eines Arrestbefehls Vermögensstücke, die nicht im Arrestbegehren genannt sind, verschweigt: JZ. 9, 345, Nr. 82. Dagegen ist zweifelhaft das Urteil Zürcher Bl. 15, Nr. 83 und JZ. 11, 354, Nr. 92: kein Pfändungsbetrug durch Beiseiteschaffung von Retentionsgegenständen in Erwartung der Aufnahme einer Retentionsurkunde.

ein Vermögensminus durch vermehrte Passiven vorspiegelt. Wenn der Schuldner von dritter Seite vorgetäuschte Forderungen anerkennt oder deren Geltendmachung veranlaßt — z. B. eine nicht bestehende Frauengutsforderung¹ —, so sind auch Schuld und Verantwortung des Dritten zu prüfen (Anstiftung, Beihilfe)². Anders liegt der in Art. 163/164 Ziff. 2 hervorgehobene Fall, daß der Dritte betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger vornimmt; unten V. Die fälschliche Anerkennung einer nicht bestehenden Forderung kann auch durch Unterlassung, z. B. durch Nichtbestreitung im Konkurs-, Pfändungs- oder Prozeßverfahren, erfolgen.

Die dritte Gruppe von Täuschungshandlungen: Vorspiegelung eines geringern Vermögensbestandes, besonders durch falsche Buchführung oder Bilanz³, wird nur beim betrügerischen Konkurs ausdrücklich genannt. Daß sich aber auch der Pfändungsschuldner, der einen geringern Vermögensstand vorspiegelt — z. B. durch Vortäuschung von Schulden —, strafbar macht, ist klar. Damit gewinnt in Art. 163 Ziff. 1 III der Zwischensatz: „besonders durch falsche Buchführung oder Bilanz“ beim betrügerischen Konkurs entscheidende Bedeutung. Die bisherigen Rechte haben die sog. Buchführungsdelikte beim Bankerott in dem Sinne absolut gestaltet, daß der konkursfähige Schuldner strafbar sein soll, wenn er seine Rechnungs- und Handlungsbücher verheimlicht, beiseitegeschafft, gefälscht oder wahrheitswidrig geführt hat. Der nach dem eidg. G. erforderliche Nachweis der Vorspiegelung eines geringern Vermögensstandes braucht nicht erbracht zu werden⁴. Mißlich ist, daß im G. die Verheimlichung und Beiseiteschaffung der Geschäftsbücher, die der Schuldner mit dem Vorsatz, die Gläubiger dadurch zu schädigen, vorgenommen hat, nicht mehr genannt sind⁵. OR. Art. 957 verpflichtet die Firmen, die sich in das Handelsregister eintragen lassen müssen, zur Führung von Geschäftsbüchern⁶. Damit ist jedoch der Kreis der Schuldner, die das Buchdelikt gemäß G. Art. 163 Ziff. 1 III begehen können, nicht geschlossen. Auch der auf Grund von SchKG. Art. 190 Ziff. 1 und Art. 191 in Konkurs geratene Schuldner kann Täter sein. Entscheidend ist allein, ob er, gleichgültig,

¹ Ausdrücklich Neuenburg Art. 413 Ziff. 3: „S'il (le débiteur) a reconnu par contrat de mariage une dot qui n'a pas été réellement apportée, et si la femme cherche à faire valoir cet acte contre les créanciers de son mari.“

² Zürcher Bl. 33, Nr. 155: Abschluß eines fingierten Lohnabtretungsvertrages; der angebliche Cessionar als Gehilfe.

³ Der fälschlichen Herstellung steht die nachträgliche Verfälschung gleich.

⁴ Vgl. den E. ZÜRCHER, § 12 lit. c und dazu Z. 2, 330f. Kantonalrechtliche Beispiele Zürich § 200 Ziff. 3, Bern EG. § 48 Ziff. 3, Baselstadt § 153 Ziff. 3.

⁵ Gute Kennzeichnung der Buchführungsdelikte als Verdunkelung der Beweislage gegenüber den Konkursgläubigern bei WACH: 95f.

⁶ Dazu der konkursstrafrechtliche Tatbestand in G. Art. 166; unten § 62.

Bei Beschädigung, Zerstörung oder Unbrauchbarmachung von Vermögensgegenständen durch den Schuldner wird der Schädigungsvorsatz selten zweifelhaft sein. Das G. verwendet die Begriffe Zerstörung, Beschädigung und Unbrauchbarmachung gleich wie bei der Sachbeschädigung (Art. 145) und bei der Rechtsvereitelung (Art. 147); oben § 43 I 2 und § 45 II 1. Beispiele von Unbrauchbarmachung: Ungenießbarmachung von Nahrungsmitteln oder andere Einwirkung auf einen Gegenstand ohne Zerstörung oder direkte Beschädigung der Sachsubstanz. Bei unbeweglichem Gut können absichtliche Vernachlässigung von Haus und Hof, unsinniges Abforsten eines Waldes usw. als — teilweise Unbrauchbarmachung in Betracht kommen. Doch wird hier die Praxis vorsichtig und zurückhaltend sein.

Da Veräußerung, Beschädigung, Zerstörung, und Unbrauchbarmachung in Art. 163/164 nur beispielsweise genannt sind, können auch andere Vermögensverminderungen berücksichtigt werden, z. B. ungerechtfertigtes Verbrauchen, aber auch die Vermehrung der Passiven durch ungerechtfertigte Eingehung neuer Schulden¹ oder der Verzicht auf eine Forderung.

B. Vermögensverminderung zum Schein. Es handelt sich durchgehends um Täuschungsdelikte. Beim betrügerischen Konkurs stellt das G. (Art. 163 Ziff. 1 III) drei Gruppen, beim Pfändungsbetrug (Art. 164 Ziff. 1 III) zwei Gruppen von Beispielen auf.

Übereinstimmend werden die Beiseiteschaffung (ohne Zerstörung), z. B. Vermögensverschiebung ins Ausland, Verpfändung, und die Verheimlichung von Vermögensstücken genannt. Eine reale Vermögensverminderung erfolgt dadurch nicht².

Übereinstimmung besteht auch bei der zweiten Gruppe: der Täter täuscht Schulden vor, oder er anerkennt von dritter Seite vorgetäuschte Forderungen, oder er veranlaßt deren Geltendmachung. Das Entscheidende liegt hier überall darin, daß der Schuldner

¹ LÖFFLER: Z. 29, 84 stellt zutreffend fest, daß die Streichung des Beispiels: Eingehung neuer Schulden durch die ExpKom. wirkungslos bleibt.

² Aus der Rechtsprechung: Scheingeschäfte (Scheinveräußerungen) als Beiseiteschaffung von Vermögensstücken: Zürcher Bl. 16, Nr. 18; 22, Nr. 63; 27, Nr. 2 — Kein solches Scheingeschäft, wenn der Schuldner dem Pfändungsbeamten gegenüber gepfändete Gegenstände fälschlich als Eigentum eines Dritten bezeichnet; vgl. JZ. 32, 122, Nr. 93 und Zürcher Bl. 34, Nr. 110. Fraglich bleibt, ob das nicht Verheimlichung ist; vgl. dazu JZ. 33, 74, Nr. 13 (Baselstadt), auch LANG: Z. 41, 374f. Ferner JZ. 31, 107, Nr. 105 (fingierte Abtretung von Forderungen, um sie dem Gläubigerzugriff zu entziehen). Zu den Begriffen Beiseiteschaffung und Verheimlichung WILLI: 61 ff.; CORRODI: 44 ff. — Verheimlichen von im Ausland liegendem Gut des schweizerischen Konkursiten begründet Strafbarkeit: JZ. 15, 301, Nr. 72 (St. Gallen); Zürcher Bl. 24, 55; dazu unten III. — Keine Beiseiteschaffung oder Verheimlichung, wenn der Schuldner täuschende Angaben über die Bonität seiner Guthaben macht; Zürcher Bl. 31, Nr. 46.

2. Das eidg. G. (Art. 163/164) hat die Umschreibung der betrügerischen Handlungen beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug in den meisten Fällen gleich gestaltet. Es geht von der Zerteilung aus, daß der Schuldner sein Vermögen vermindert oder daß er es zum Schein vermindert und dadurch seine Vermögenslage verschleiert.

A. Vermögensverminderung: Das G. (Art. 163 Ziff. 1 II, 164 Ziff. 1 II) nennt als Beispiele die Veräußerung, Beschädigung Zerstörung, oder Unbrauchbarmachung von Vermögensgegenständen¹.

Nicht jede Veräußerung erfüllt den Tatbestand. Ein Verkauf von Vermögensstücken kann zweckmäßig, ja notwendig sein, sich aus dem Geschäftsbetrieb des Schuldners als selbstverständlich ergeben². Der Beweis des subjektiven Momentes, daß der Schuldner mit dem Vorsatz, die Gläubiger zu schädigen, gehandelt haben muß, wird hier von besonderer Bedeutung³.

Rechtsprechung setzt Schädigungsvorsatz und Schadenseintritt voraus: Zürcher Bl. 17, Nr. 50; 19, Nr. 163; 23, Nr. 52, S. 84 (Schädigungsvorsatz des Schuldners beim betrügerischen Konkurs); ferner für den Pfändungsbetrug Bl. 25, Nr. 68; 28, Nr. 32 und JZ. 25, 266, Nr. 188 (provisorischer oder endgültiger Verlustschein) Vgl. ferner JZ. 19, 154, Nr. 134 (kein Pfändungsbetrug, wenn die in Betreuung gesetzte Forderung gar nicht besteht, auch wenn der Schuldner die Betreuung durch Beseitigung von Vermögen usw. unwirksam machte). — Zu wenig beachtetes Argument für die im Text vertretene Auffassung: Nach Art. 91 und 222 I SchKG. hat der Schuldner dem Pfändungs- und dem Konkursbeamten seine Vermögensgegenstände anzugeben. Verheimlicht er ohne Schädigungsvorsatz und ohne daß ein Schaden eintritt, so trifft ihn nur eine Übertretungs-(Ungehorsams-)strafe: kantonale Einführungsgesetze und G. Art. 323 Ziff. 2 und 4). Die Bestrafung wegen betrügerischen Konkurses und wegen Pfändungsbetruges ist daher auf Fälle der vorsätzlichen Gläubigerschädigung- oder -gefährdung zu beschränken. Sehr gut das Basler Urteil: Z. 40, 247 ff. (mindestens erforderlich das Bewußtsein des Täters, daß seine Handlung für die Gläubiger schädigend sein kann). Über das Erfordernis des Schadenseintritts auch: J. Z. 32, 122, Nr. 92. Beachtlich noch JZ. 27, 219, Nr. 171 (Thurgau: Bestrafung wegen Pfändungsbetruges setzt eine rechtsgültig vorgenommene Pfändung voraus; nicht genügend eine bloße Frage des Betreibungsbeamten nach pfändbaren Aktiven bei zufälliger Begegnung im Wirtshaus).

¹ ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 173. Der in diesem VE. weiter genannte Fall: Eingehung neuer Schulden (Vermögensverminderung durch Vermehrung der Passiven) wurde als zu weitgehend gestrichen; Prot. II. ExpKom. 2, 392 ff.

² GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 395: „L'aliénation ne cause la diminution de l'actif que si elle est improductive ou pas suffisamment productive. Celui qui aliène pour un prix juste ne diminue pas son actif.“

³ Sorgfältige Erörterung der Tatfragen beim Verkauf eines Geschäftes durch einen zahlungsunfähig gewordenen Schuldner: Zürcher Bl. 24, Nr. 68. Vgl. BE. 34 II, 285: Die Veräußerung von Vermögensgegenständen durch einen Schuldner kann ein Beiseiteschaffen von Vermögen sein; JÄGER: Kommentar SchKG. Art. 271, Nr. 10 (Veräußerung in auffälliger Weise, zu viel zu geringem Preis oder ohne äußere Veranlassung). Ferner Zürcher Bl. 33, 338: Abtretung einer Forderung, um sie der Pfändung zu entziehen.

den Fall hervor, daß der Schuldner im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit „Vermögensstücke um unverhältnismäßig niedrige Preise veräußert“ oder Schulden erlassen hat. In eine noch reichere Kasuistik verliert sich Neuenburg Art. 413¹. — Zu unklarer Grenzziehung führt, wenn kantonale Rechte, dem Entwurf ZÜRCHER (§ 15) auch darin folgend, als betrügerischen Konkurs ferner bezeichnen unerlaubte Verfügungen des Schuldners über sein Vermögen nach Aufnahme eines konkursrechtlichen Güterverzeichnisses (SchKG. Art. 162ff.) und Verfügungen des Schuldners über Massegut nach ausgebrochenem Konkurs. Zum Teil sind das Bankerrotthandlungen, zum andern Teil handelt es sich dagegen um den Tatbestand der Verfügung über betriebsrechtlich beschlagnahmte Sachen (G. Art. 169); s. unten § 64².

Die kantonalrechtlichen Bestimmungen über den Pfändungsbetrug nennen, im wesentlichen übereinstimmend, als betrügerische Handlungen die Verheimlichung, Beseitigung und Vernichtung von Vermögensstücken durch den der Pfändungsbetreibung unterliegenden Schuldner. Sie fügen den Fall an, daß der Schuldner unter fälschlicher Schuldanererkennung unberechtigte Dritte zur Pfändung oder zur Teilnahme an einer Pfändung (vgl. SchKG. Art. 110/11, OR. Art. 529: Pfändungsanschluß) gelangen läßt³. Subjektiv fordern die meisten Rechte die Absicht des Schuldners, die gegen ihn gerichtete Betreibung ganz oder teilweise unwirksam zu machen (Zürich § 206 und ähnlich Bern EG. § 50). Dazu ist, insbesondere für die Bestimmung Zürichs, die Streitfrage entstanden, ob die Bestrafung eine Schädigung der betreibenden Gläubiger zur Voraussetzung hat oder ob, ohne Rücksicht auf einen Schadenseintritt, schon die durch den betriebenen Schuldner erfolgende Behinderung der ordnungsmäßigen Durchführung einer Pfändung bestraft werden soll. Nimmt man das an, so erhielte der Pfändungsbetrug den Charakter eines Ungehorsamsvergehens oder eines Deliktes gegen die Rechtspflege. Richtig ist jedoch die Auffassung, daß eine Gläubigerschädigung erforderlich ist. Beim betrügerischen Konkurs gilt das gleiche⁴.

¹ Weitere Daten über kantonale Rechte bei WILLI: 65ff.

² Vorläufig dazu STOOSS: Grundzüge, 2, 153, der unzutreffend das Massegut im Konkurs als eine für den Konkursiten fremde Sache darstellt, so daß der darüber verfügende Schuldner Diebstahl oder Unterschlagung begehe. Selbstverständlich steht das Massegut noch im Eigentum des Konkursiten; vgl. Zürcher Bl. 23, Nr. 52, auch WACH: 27.

³ Entwurf ZÜRCHER § 21 und dazu Z. 2, 336. Einzelangaben über die kantonalen Rechte bei STOOSS: Grundzüge, 2, 159 (Pfandentblößung); CORRODI: 25ff. — „Teilnahme an einer Pfändung“ = Anschlußpfändung im Sinne des SchKG.: Zürcher Bl. 16, Nr. 151 und JZ. 13, 53, Nr. 44, auch Bl. 33, 337.

⁴ ZÜRCHER: Kommentar zürcher StGB. § 200, N. 3 und § 206, N. 4 fordert sowohl beim betrügerischen Konkurs wie beim Pfändungsbetrug den auf Schädigung der Gläubiger gerichteten Vorsatz, was sich aus dem Gesetzestext nicht ohne weiteres ergibt; anderer Meinung ZELLER: Kommentar, § 206, N. 4. Die

1. Die bisherigen Rechte zeigen in der Aufzählung der betrügerischen Handlungen starke Verschiedenheiten. Der von den kantonalen Gesetzgebern vielfach verwendete Entwurf ZÜRCHER nennt beim betrügerischen Konkurs ganze oder teilweise Verheimlichung, Beseitigung oder böswillige Zerstörung des Vermögens; Verkürzung der Gläubiger durch wissentlich falsche Angaben oder Anerkennung von Schulden oder durch fingierte Geschäfte oder Verträge; Verheimlichung, Beseitigung, Fälschung oder wahrheitswidrige Führung der Geschäfts- und Rechnungsbücher (§ 13). Mit geringfügigen Abweichungen sind diese Bestimmungen von einer Reihe von Kantonen übernommen worden, z. B. Zürich § 200, Schwyz EG. zum SchKG. § 88 lit. a—c, Aargau EG. § 48 lit. a—c, Thurgau EG. § 62¹. Andere Kantone haben, zum Teil in noch breiterer Kasuistik, die Liste der Bankerott-handlungen erweitert. Beispiele: Bern EG. § 48 Ziff. 4 nennt noch den Fall, daß der Schuldner unter falschen Vorspiegelungen über seinen Vermögensstand neue Schuldverbindlichkeiten eingeht, zu deren Erfüllung er keine begründete Hoffnung haben kann². St. Gallen EG. Art. 54 II bestraft wegen betrügerischen Konkurses, wenn der Schuldner in bestimmter Voraussicht seines nahen Konkurses sich noch in erheblichem Maße Waren oder Geld auf Kredit verschafft oder Dritte veranlaßt, Verbindlichkeiten für ihn einzugehen³. Luzern § 228 und Glarus § 143 beziehen Fälle von Gläubigerbegünstigung ein. Sie nehmen überdies betrügerischen Konkurs an, wenn der Schuldner kurze Zeit vor der Zahlungseinstellung „beträchtliche Summen an Geld oder Waren eingenommen hat und deren Verwendung nicht nachzuweisen imstande ist“. Glarus § 143 lit. e hebt ferner

lassen, und der Betrag wird dem vermeintlichen Gläubiger ausbezahlt). Auch in solchen Fällen ist nur wegen betrügerischen Konkurses zu bestrafen. Es liegt ein besonders geregelter Betrugsfall vor; LÖFFLER: Z. 29, 84. Über das Verhältnis zwischen betrügerischem Konkurs und Betrug JZ. 29, 138 und gut 31, 28, Nr. 23 (St. Gallen: keine Idealkonkurrenz der beiden Delikte). Zur Frage im ganzen namentlich WEGELIN: Z. 44, 92 ff.

¹ Weitere Daten bei STROOSS: Grundzüge 2, 148; WACH: 25 ff. In meinem Text kann ich auf eine erschöpfende rechtsvergleichende Darstellung verzichten. Besonders zu nennen noch Baselstadt § 153 Ziff. 3, wonach auch dann betrügerischer Konkurs anzunehmen ist, wenn der Schuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, die Geschäftsbücher gar nicht oder so geführt hat, daß sein Vermögensstand nicht erkennbar ist. Fehlte die Schädigungsabsicht oder kann sie nicht bewiesen werden, so liegt nur leichtsinniger Bankerott vor (§ 154).

² Nach G. Art. 148 wäre das ein echter Betrugsfall. Nach Bern StGB. Art. 231 mit seiner engern, an das französische Recht sich anschließenden Betrugsbestimmung ist das mindestens zweifelhaft. Damit erklärt sich die Übernahme der Bestimmung in den Tatbestand des betrügerischen Konkurses.

³ Dazu Entscheidungen des Kantongerichts St. Gallen, 1935, Nr. 34, ferner WEGELIN: Z. 44, 92 ff.: Unsicherheit der Rechtsprechung über das Verhältnis des Art. 54 II EG. zum Betragstatbestand Art. 68 st.gall. StGB. — Vgl. auch unten § 61 II 1: leichtsinniger Konkurs nach kantonalen Rechten.

parallelen zum betrügerischen Konkurs und zum Pfändungsbetrug aufzufassen¹. Die dem Art. 165 gegebene Bezeichnung „Leichtsinziger Konkurs und Vermögensverfall“ läßt zunächst auf fahrlässiges Verhalten schließen. Doch ergibt sich schon bei der ersten in Art. 165 aufgestellten Gruppe von Handlungen, daß der Schuldner, der z. B. unverhältnismäßigen Aufwand treibt oder gewagte Spekulationen eingeht, sehr wohl mindestens mit Eventualvorsatz seine Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt haben kann. Erst recht hat man an vorsätzliches Verhalten bei dem Schuldner zu denken, der im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert hat. Immerhin bleibt das Eigenartige, daß die den leichtsinnigen Konkurs und den „Vermögensverfall“ erfüllenden Handlungen des Schuldners sowohl vorsätzlich wie fahrlässig verübt werden können, ohne daß das G. selbst eine Scheidung — etwa durch eine unterschiedliche Strafdrohung — durchführt². Es bleibt dem Richter überlassen, die Schuldgröße bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. — Entgegen der in Zürcher Bl. 15, Nr. 101 vertretenen Auffassung ist Beihilfe auch bei einem fahrlässig verübten Bankerottdelikt möglich und strafbar. Versuchte Fahrlässigkeit gibt es dagegen nicht³.

IV. Eine Mehrheit von „leichtsinnigen“ Handlungen, die der Täter im Zusammenhang mit der von ihm verursachten Zahlungsunfähigkeit verübt hat, ist als eine Einheit aufzufassen⁴. Sie entsteht durch die nachfolgende Konkursöffnung oder Pfändung. Es braucht zwischen den mehreren Handlungen nicht Realkonkurrenz angenommen zu werden. Diese ist dagegen möglich zwischen betrügerischen und leichtsinnigen Handlungen. Der in Konkurs geratene Schuldner, der z. B. Vermögensstücke beiseitegeschafft, aber auch durch unverhältnismäßigen Aufwand oder durch gewagte Spekulationen seine Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt hat, ist wegen betrügerischen und wegen leichtsinnigen Konkurses strafbar. Es geht nicht an, die Leichtsinnsstat in der betrügerischen spurlos verschwinden zu lassen⁵.

V. Strafen. Leichtsinziger Konkurs und Vermögensverfall sind nach G. Art. 165 mit Gefängnis zu bestrafen.

Während der leichtsinnige Konkurs von Amts wegen zu bestrafen ist, wird beim leichtsinnigen Vermögensverfall der Strafantrag eines Gläubigers, der einen Verlustschein gegen den Schuldner erlangt hat, gefor-

¹ Dagegen spricht, von der Verschiedenheit der Tatbestände abgesehen, auch die gesetzestechnische Gestaltung der Art. 163—165.

² Vgl. BREHSE: 34.

³ Zu diesen Fragen BINDING: Lehrbuch, I, 441, der, was ich ablehne, auch die Möglichkeit der Anstiftung zu Fahrlässigkeit annimmt.

⁴ Weshalb BINDING: Lehrbuch, I, 440 hier von einem fortgesetzten Verbrechen spricht, ist nicht verständlich.

⁵ Die Konkurrenzfrage ist umstritten. Zutreffend HARTMANN: 54 mit Angaben über den Stand der Literatur. Nicht haltbar BREHSE: 46f.

dert. Die Antragsfrist beträgt 3 Monate von der Zustellung des Verlustscheins an gerechnet. Doch ist das Antragsrecht einem Gläubiger versagt, der den Schuldner zu leichtsinnigem Schuldenmachen, zu unverhältnismäßigem Aufwand oder zu gewagten Spekulationen verleitet oder ihn wucherisch ausgebeutet hat (G. Art. 165 Ziff., 2)¹. — Widerruf des Konkurses oder nachträgliche Befriedigung der Pfändungsgläubiger führen nicht zur Aufhebung von Strafverfolgung und Strafe².

§ 62. Unterlassung der Buchführung.

Literatur. Angaben zu §§ 60, 61. — Verhandlungen des Schweizer. Juristenvereins 1925: Das Handelsstrafrecht, Referate von LUDWIG und BOVAY, ZschwR. N.F. 44, 1a und ff., 158a und ff. — HAFTER: Z. 50, 135ff.

I. Die kantonalen Rechte behandeln, im Anschluß an § 18 lit. a des E. Zürcher, die Unterlassung der Buchführung und die nicht ordnungsgemäße Buchführung eines Schuldners, wenn der Konkurs über ihn eröffnet worden ist, als leichtsinnigen Bankerott (oben § 61 II 1). In den Aufbau des Art. 165 des G., der den Nachweis des kausalen Zusammenhanges zwischen leichtsinnigen Handlungen und der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit erfordert, paßt das Buchführungsdelikt schlecht hinein³. Das hat zur Aufstellung des besondern Tatbestandes: Unterlassung der Buchführung mit der Strafdrohung Gefängnis oder Buße in Art. 166 geführt.

1. Täter kann nur der konkursfähige Schuldner gemäß SchKG. Art. 39 I sein, wobei G. Art. 172, die Anwendung auf juristische Personen und Handelsgesellschaften zu beachten ist.

Das deliktische Verhalten liegt darin, daß der Schuldner die ihm gesetzlich obliegende Pflicht zur ordnungsgemäßen Führung und Aufbewahrung von Geschäftsbüchern oder zur Aufstellung einer Bilanz verletzt. Nur wer verpflichtet ist, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen, hat auch die Pflicht, Geschäftsbücher zu führen, eine Bilanz auf-

¹ Ähnlich schon Zürich § 208; vgl. ferner Prot. II. ExpKom. 4, 117ff. — Bei dem Gläubiger, dem der Vorwurf wucherischer Ausbeutung gemacht wird, bleibt zweifelhaft, ob, bevor über die Zulassung des Strafantrags entschieden wird, zu Lasten des Gläubigers der Wuchertatbestand gerichtlich festgestellt werden muß. Richtiger ist wohl, daß die über die Antragszulassung entscheidende Stelle frei prüft, ob „wucherische Ausbeutung“ vorliegt oder nicht; so HILDEBRAND: Prot. II. ExpKom. 4, 121.

² Vgl. JZ. 28, 83, Nr. 84 (Thurgau). Anders Zürich § 210 und dazu BREHSE: 56f.

³ Zur Not könnte man das Buchführungsdelikt bei den Worten „grobe Nachlässigkeit in der Ausübung seines Berufes“ in Art. 165 unterbringen. Aber das ist unsicher, und die Schwierigkeit, den Beweis des Kausalzusammenhangs mit dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu erbringen, bleibt bestehen; vgl. HAFTER: Prot. II. ExpKom. 2, 404; LUDWIG: 46a; HARTMANN (Lit. zu § 60): 65.

zustellen und die Geschäftsbücher während 10 Jahren von dem Tage der letzten Eintragung an aufzubewahren (OR. Art. 747, 957, 958ff., 962)¹. Die Buchführungs- und Aufbewahrungspflicht ist ein Teil der Geschäftsführung. Aus den Bestimmungen darüber im Recht der Personenverbände (OR. Art. 555, 566, 599, 717, 765, 811f., 894ff.; ZGB. Art. 61 II und Art. 69) ergibt sich, welchen Einzelpersonen der Verbände diese Pflicht obliegt, wer also im Einzelfall als Täter in Betracht kommt². Ebenso bestimmt sich die Bilanzpflicht nach den Vorschriften des OR: Art. 558 I, 598 II, 600 III, 662ff., 805, 856, 958ff.³.

2. Die Verletzung dieser Pflichten muß derart sein, daß der Vermögensstand des Schuldners nicht oder nicht vollständig ersichtlich ist. Das wird immer zutreffen, wenn Bücher überhaupt nicht geführt oder nicht aufbewahrt wurden. Bei mangelhafter Buchführung oder Bilanzaufstellung ist es eine oft schwierig zu lösende Tatfrage, ob und wie weit der Vermögensstand des Schuldners ersehen werden kann.

3. Der mangelhafte Zustand oder das Fehlen der Bücher oder der Bilanz müssen im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gegeben sein, denn in diesem Moment ergibt sich die Notwendigkeit, den Vermögensstand des Schuldners festzustellen und eventuell mit einer strafrechtlichen Prüfung einzusetzen. Weiter zurückliegende Vernachlässigungen, die vor der Konkurseröffnung gutgemacht wurden, werden von Art. 166 nicht erfaßt⁴. Andererseits befreit eine der Konkurseröffnung nachfolgende Ordnung der Buchführung nicht von Strafe.

Wie bei den andern Konkursdelikten ist auch beim Tatbestand des Art. 166 die Konkurseröffnung Strafbarkeitsbedingung. Da nach Art. 43 SchKG. die Betreibung für Steuern, Abgaben und andere öffentlichrechtliche Leistungen an öffentliche Kassen auch gegen den konkursfähigen Schuldner auf dem Pfändungsweg erfolgt, geht für diese Fälle die Strafbarkeitsbedingung dahin, daß ein Verlustschein ausgestellt worden sein muß⁵.

4. Über die Schuldfrage besteht Unklarheit. Art. 166 ist mangelhaft gefaßt. Stellt man auf Art. 18 I des G. ab, so kann nur die vorsätz-

¹ Die Verletzung der Pflicht, Geschäftskorrespondenzen aufzubewahren (OR. Art. 962 II), wird von Art. 166 nicht erfaßt; s. dagegen Art. 325 II.

² ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 461. Aus der zivilistischen Literatur vgl. namentlich Verhandlungen des Schweizer. Juristenvereins 1926, Referate von ZIMMERMANN und SIEGWART, ZschWR.N.F. 45, 1a und ff., 193a und ff.

³ Vgl. ferner die besondern Bilanzvorschriften des BGes. von 1934 über die Banken und Sparkassen, Art. 6 und die Art. 20ff. der VO. vom 26. Februar 1935 nebst der dazu erlassenen Wegleitung für die Aufstellung und Gliederung der Jahresbilanzen usw. (Eidg. GesSlg.N.F. 51, 117ff.).

⁴ Vgl. HARTMANN (Lit. zu § 60): 49, 88f.

⁵ Dazu Prot. II. ExpKom. 4, 123f.

liche Unterlassung bestraft werden, weil sich, anders als beim Tatbestand des leichtsinnigen Konkurses, nicht schon aus der Fassung des Art. 166 die Strafbarkeit auch einer fahrlässigen Verübung ergibt. Die befriedigende Lösung läßt sich durch die ergänzende Heranziehung des Art. 325 gewinnen, der auch die fahrlässige Unterlassung der dem Kaufmann zur Pflicht gemachten Buchführung für strafbar erklärt. Das entspricht auch bisheriger kantonaler Rechtsprechung beim Buchführungsdelikt im Rahmen des leichtsinnigen Bankerottes (oben § 61 III).

Zwischen leichtsinnigem Konkurs und Unterlassung der Buchführung gemäß Art. 166 ist Konkurrenz möglich.

II. Unterlassene und unordentliche Buchführung sind Ordnungswidrigkeiten. Der Gesetzgeber hat sie aber, wenn über den Schuldner der Konkurs ausgebrochen ist, aus dem Übertretungsstrafrecht herausgehoben, sie zu Vergehen gemacht. Daneben stellt Art. 325 des G. die Unterlassung der Buchführung und die ordnungswidrige Führung schlechthin als *Übertretungstatbestände* mit der Strafdrohung Haft oder Buße auf. Es ist die strafrechtliche Sanktion zu den im OR. und im ZGB. enthaltenen Geboten (oben I 1)¹. — Das deliktische Verhalten ist in Art. 325 zum Teil anders bestimmt als in Art. 166. Dieser stellt nur auf die gesetzliche Pflicht zur ordnungsgemäßen Führung und Aufbewahrung von Geschäftsbüchern und zur Bilanzaufstellung ab. Art. 325 berücksichtigt überdies die Verletzung der gesetzlichen Pflicht, Geschäftskorrespondenzen aufzubewahren (vgl. OR. Art. 962 II). Die Verletzung der Bilanzierungspflicht wird in Art. 325 nicht ausdrücklich genannt. Sie ist aber wohl in der Verletzung der Pflicht zur ordnungsmäßigen Führung der Geschäftsbücher inbegriffen. Zutreffend ist in Art. 325 sowohl vorsätzliches wie fahrlässiges Verhalten ausdrücklich unter Strafe gestellt².

Die Verletzung kantonaler Bestimmungen, die für gewisse Berufe und Gewerbe: Pfandleiher, Feilträger, Gelddarleiher, Stellenvermittler usw. eine besondere Buchführungspflicht vorsehen, steht nicht unter Art. 325. Maßgebend sind hier nur kantonale Sonderstrafbestimmungen³.

¹ Das Bankengesetz von 1934 enthält für die ihm unterstehenden Banken und Finanzgesellschaften einige besondere Gebote: Pflicht zur Aufstellung von Jahresrechnungen und — in bestimmten Fällen — von Zwischenbilanzen (Art. 6); Strafdrohung in Art. 46, im Besondern lit. e. — OR. Art. 964 behält Strafbestimmungen wegen Verletzung der Pflicht zur Buchführung usw. ausdrücklich vor. Bisherige kantonale Daten bei SIEGMUND: Kommentar altes OR. 33. Titel, Art. 880, N. 2.

² Zum ganzen LUDWIG: 31a und ff.; ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 461 ff.; Prot. II. ExpKom. 7, 59f., 332f. — Art. 326 regelt, entsprechend wie es in Art. 172 für die Vergehen geschieht, die Anwendung des Art. 325 auf juristische Personen und Handelsgesellschaften.

³ ZÜRCHER: Erläuterungen, 461f.

§ 63. Gläubigerbevorzugung.

Literatur. STOOSS: Grundzüge, 2, 156f., 162. — ZÜRCHER: Z. 2, 328ff. — WACH: VD. Bes. Teil, 8, 76ff. — v. CLERIC: JZ. 19, 83f. — GÜNTENSPERGER: Die Gläubigerbevorzugung, Zürcher Diss. (1927). — HAFTER: Z. 50, 139ff.

I. Einzelne kantonale Rechte haben die Gläubigerbevorzugung beim Tatbestand des betrügerischen Konkurses eingereiht: Luzern § 228 lit. c, Glarus § 143 lit. e, Freiburg EG. SchKG. Art. 56 lit. d, Appenzell A.-Rh. Art. 122 lit. d, Neuenburg Art. 413 Ziff. 6. In der Mehrzahl der Rechte ist dagegen die Loslösung durchgeführt. Sie schließen sich zu meist an § 16 des Entwurfes Zürcher¹ an, der aber einen besondern Tatbestand der Gläubigerbegünstigung nur beim Konkursstrafrecht einstellt und die entsprechende Handlung des auf Pfändung betriebenen Schuldners als Pfändungsbetrug erfaßt (E. § 20 lit. c). Die nahe Beziehung besteht sowohl zum betrügerischen Konkurs wie zum Pfändungsbetrug. Die Besonderheit diesen Tatbeständen gegenüber liegt jedoch vor allem darin, daß der Schuldner einen einzelnen oder einzelne seiner Gläubiger bevorzugt (unten II).

Der Tatbestand der Gläubigerbevorzugung ist die strafrechtliche Ergänzung der in Art. 287 und 288 des SchKG. aufgestellten Bestimmungen über die Anfechtungsklage, der sog. paulianischen Tatbestände. Sie müssen zur Auslegung der Strafbestimmung herangezogen werden. Die Strafnorm gegenüber dem Schuldner braucht jedoch nicht so weit zu reichen wie das gegen den dritten Begünstigten sich richtende betriebsrechtliche Anfechtungsrecht (unten II 3).

II. Aus Art. 167 des G., der mit bisherigen Rechten weitgehend übereinstimmt, ergibt sich:

1. Strafbarkeitsbedingung ist, wie beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug, daß über den Schuldner der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist². Durch die ein-

¹ „Der Gemeinschuldner, welcher im Bewußtsein seiner Insolvenz und in Voraussicht seines Konkurses a) zur Sicherung bereits bestehender Verbindlichkeiten Pfandrechte errichtet, zu deren Bestellung er nicht früher schon verpflichtet war; b) eine Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel tilgt; c) nichtverfallene Schulden bezahlt, wird . . . bestraft; Z. 2, 343, 328ff. Die kantonalen Gesetzestexte bei GÜNTENSPERGER: 80ff. Die meisten stellen die Gläubigerbegünstigung durch den Konkurs- und den Pfändungsschuldner einander gleich; z. B. Zürich §§ 201, 207; Bern EG. SchKG. §§ 53, 54. Bestimmungen fehlen in Baselstadt, Waadt und Genf. Wallis Art. 313 bestraft ganz allgemein die vorsätzliche Begünstigung eines Gläubigers auf Kosten der andern als Betrug.

² Zürich § 207 fordert fruchtlose Auspfändung. Danach muß der auf Pfändung betreibende Gläubiger für seine Forderung ganz ungedeckt geblieben sein (leere Pfändungsurkunde; SchKG. Art. 115 I); vgl. Zürcher Bl. 2, Nr. 208. Nach G. Art. 167 genügt schon ein Teilverlust. Andere Rechte stellen nicht auf den Schadenseintritt ab, sondern begnügen sich mit der Absicht des Schuldners,

zelen Gläubigern gewährte Bevorzugung müssen andere Gläubiger geschädigt worden sein.

2. Voraussetzung ist nach Art. 167 ferner, daß der Schuldner die Begünstigung in einem Zustand der Zahlungsunfähigkeit vorgenommen hat. Das ergibt sich daraus, daß das G. subjektiv das Bewußtsein der Zahlungsunfähigkeit verlangt. Also muß auch der Zustand gegeben sein¹. Damit ist, deutlicher als beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug (oben § 60 II 4), die Anfangsgrenze strafbarer Begünstigungshandlungen festgestellt. — Nach erfolgter Konkursöffnung, aber vor der Aufnahme des Konkursinventars ist Gläubigerbegünstigung möglich². Nach erfolgter amtlicher Aufzeichnung kommt dagegen nur Art. 169 (Verfügung über amtlich aufgezeichnete Sachen) in Betracht³.

3. Das Strafrecht berücksichtigt die Tatbestände der Schenkungs-Pauliana (SchKG. Art. 286) nicht. Eine Gläubigerbevorzugung stellen Schenkungen und die ihnen gleichgestellten Geschäfte in der Regel nicht dar. Die Möglichkeit, mit der zivilrechtlichen Anfechtung solche Geschäfte rückgängig zu machen, wird als ausreichend betrachtet, ein Strafbefürfnis nicht angenommen. Unter Umständen können aber betrügerischer oder wenigstens leichtsinniger Konkurs oder die entsprechenden Pfändungsdelikte gegeben sein.

Wie die meisten bisherigen Rechte knüpft Art. 167 des G. an die drei Tatbestände der Überschuldungs-Pauliana (SchKG. Art. 287) an. Er ergänzt sie durch eine *clausula generalis*⁴. So ergeben sich folgende Straftatbestände:

eine Betreibung fruchtlos zu machen (z. B. Zug EG. § 55, Thurgau EG. § 72). Wieder andere fordern nur, daß der Schuldner, gegen den Betreibung angehoben wird, im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit und in Voraussicht seiner Betreibung die Begünstigungshandlung vorgenommen hatte (z. B. Bern EG. § 54, Solothurn § 165). Weitere kantonale Daten bei GÜNTENSPERGER: 45ff.

¹ GÜNTENSPERGER: 20ff. — Der Straftatbestand des Art. 167 hat Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zur Voraussetzung, der Anfechtungstatbestand nach SchKG. Art. 287 Überschuldung. Für die Anwendung des Art. 167 kommt richtigerweise nur ein Zustand dauernder Zahlungsunfähigkeit, nicht eine momentane Zahlungsstockung in Betracht; Prot. II. ExpKom. 4, 129.

² Vgl. SchKG. Art. 204 I: Ungültigkeit von Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkursöffnung in bezug auf zur Masse gehörende Vermögensstücke vornimmt. Das gilt vom Moment der Konkursöffnung an (SchKG. Art. 175, 197). — Kantonale Rechte, die strafbare Gläubigerbegünstigung nur annehmen, wenn der Schuldner in Voraussicht des Konkurses gehandelt hat, können Begünstigung nach erfolgter Konkursöffnung nicht als Gläubigerbevorzugung strafen; z. B. Zürich § 201 und dazu Zürcher Bl. 25, Nr. 6.

³ Vgl. Zürcher Bl. 24, Nr. 58; ferner oben § 60 II 4, unten § 64 II 3.

⁴ Zum ganzen sind Literatur und Rechtsprechung zu Art. 287f des SchKG. zu beachten, insbesondere JAEGER: Kommentar und Ergänzungsbände; BLUMENSTEIN: Handbuch des schweizer. Schuldbetriebsrechtes (1911), 880ff.; BRAND: Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach dem SchKG., Berner Diss.

a) Zahlung einer nicht verfallenen Schuld. Der zahlungsunfähig gewordene Schuldner hat aus eigenem Vermögen einem Gläubiger die noch nicht fällige Schuld bezahlt. Die Zahlung erfolgte in bar oder durch andere übliche Zahlungsmittel. Entscheidend ist die Nichtfälligkeit im Zeitpunkt der Zahlung, gleichgültig ist, ob Fälligkeit noch vor der Konkursöffnung oder der Pfändung eintrat. Auch die vorzeitige Abtragung einer Sachschuld muß, obschon der Gesetzestext Zweifel zuläßt, unter den Tatbestand fallen¹.

b) Ungewöhnliche Tilgung einer verfallenen Schuld. Art. 287 Ziff. 2 des SchKG. umschreibt diesen Tatbestand als Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel. Die Fassung in Art. 167: Tilgung einer „verfallenen“ Schuld anders als durch übliche Zahlungsmittel bedeutet zunächst das gleiche. Fraglich ist auch hier, ob die ungewöhnliche Tilgung einer Sachschuld miterfaßt wird. Das ist für SchKG. Art. 287 Ziff. 2 (verbo: Geldschuld) abzulehnen², während Art. 167 (verbo: Schuld) sich auch auf Sachschulden beziehen kann.

Ob ein Zahlungsmittel — oder besser: Tilgungsmittel — üblich oder nicht üblich ist, läßt sich allgemeingültig nicht feststellen. Das ist eine im Einzelfall zu entscheidende Tatfrage³. Bisherige Rechte haben bestimmter umschrieben, z. B. Zürich §§ 201 und 207: durch Überlassung von Waren oder Forderungen an Zahlungsstatt mit dem Zusatz „oder auf ähnliche Weise“. Gleich lautet Solothurn § 165 und ähnlich bestimmen Luzern § 228 lit. c und Glarus § 143 lit. e. Besonders wird also der nicht seltene Fall hervorgehoben, daß der in Vermögensverfall geratene Schuldner einzelne Geldgläubiger durch Hingabe von Waren befriedigt⁴.

(1902), 130ff.; BAUDAT: *L'action révocatoire du droit suisse*, Lausanner Diss. (1911), 45ff. HANGARTNER: *Die Gläubigeranfechtung im schweizer. Recht*, Zürcher Diss. (1929), 32ff.

¹ Vgl. BRAND: 172ff.; GÜNTENSPERGER: 38f. — Will man die Tilgung einer noch nicht fälligen Sachschuld hier nicht unterbringen, so ist mit der *clausula generalis* zu helfen; unten d.

² BRAND: 175; JAEGER: Kommentar, Art. 287, N. 9; HANGARTNER: 51. GÜNTENSPERGER: 33 will dagegen mit hier kaum ausreichender extensiver Auslegung helfen.

³ Eine Wegleitung versucht GÜNTENSPERGER: 33 „Eine Tilgung durch nicht übliche Zahlungsmittel liegt immer dann vor, wenn sie in einer Art erfolgte, die im Handelsverkehr, speziell im Verkehr der beteiligten Personen, als nicht normal angesehen werden muß, oder wenn sie nicht die oder (bei Wahlschulden) eine der geschuldeten Formen der Tilgung darstellt.“ Kasuistik mit Hinweisen auf die Rechtsprechung bei JAEGER: Art. 287, N. 9; HANGARTNER: 52; GÜNTENSPERGER: 34ff.

⁴ Dazu Prot. II. ExpKem. 4, 127f.: Eine gewisse Gefahr besteht, daß auch sehr geringfügige Fälle den Tatbestand erfüllen.

c) Unzulässige Sicherstellung einer Schuld. Nach SchKG. Art. 287 Ziff. 1 ist anfechtbar die Begründung eines Pfandrechts zur Sicherung bereits bestehender Verbindlichkeiten, deren Erfüllung sicherzustellen der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war. Die Reichweite des Pfandbegriffs bestimmt sich zunächst nach SchKG. Art. 37. Die Rechtsprechung hat jedoch die Anfechtbarkeit auf Sicherungsgeschäfte mit Pfandrechtswirkung überhaupt ausgedehnt¹. Die Fassung des Straftatbestandes in Art. 167 — „eine Schuld aus eigenen Mitteln sicherstellt, ohne daß er (der Schuldner) dazu verpflichtet war“ — geht ebensoweit.

Im Gegensatz zu SchKG. Art. 287, wonach der Schuldner die anfechtbaren Handlungen innerhalb der letzten 6 Monate vor der Pfändung oder der Konkurseröffnung vorgenommen haben muß, enthalten die Straftatbestände keine derartige zeitliche Beschränkung. Sie setzen lediglich voraus, daß der Schuldner zur Zeit des Handelns zahlungsunfähig war und sich dessen bewußt war².

d) Die *clausula generalis* kommt in Art. 167 in den Eingangsworten: Der Schuldner, der im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit und in der Absicht, einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen, darauf abzielende Handlungen vornimmt zum Ausdruck. Die Einzelstatbestände — Zahlung einer nicht verfallenen Schuld usw. — sind nur Beispiele. Sie bekommen ihren vollen Gehalt erst durch die Heranziehung der allgemeinen Formel, die überdies die Funktion hat, Fälle von Gläubigerbegünstigung zu erfassen, die durch die Beispielstatbestände nicht getroffen werden³.

Bei der Fassung des Generaltatbestands, der an SchKG. Art. 288 anknüpft, ergeben sich Zweifel mit Bezug auf den Zeitpunkt der Vollendung. Während die Beispielstatbestände voraussetzen, daß eine Zahlung, eine Schuldentilgung, eine Sicherstellung zugunsten eines Gläubigers

¹ BE. 38 II, 111 (Übereignung eines Akzeptes als Sicherstellung für eine andere Forderung); JÄGER: Kommentar, Ergänzungsband 1, Art. 287, N. 6 und namentlich HANGARTNER: 48f.; BE. 57 III, Nr. 39: Der Pfandbestellung stehen alle Geschäfte gleich, die wirtschaftlich Pfandrechtswirkung haben. Weitere Kasuistik bei GÜNTENSPERGER: 27 ff.

² Daraus ergibt sich die merkwürdige mögliche Konsequenz, daß eine vor der Sechs-Monate-Zeit erfolgte Schuldnerhandlung strafbar sein kann, jedoch mit der Anfechtungsklage gegenüber dem bevorzugten Gläubiger nicht mehr erreichbar ist.

³ Zürcher Bl. 16, Nr. 114 und JZ. 13, 53, Nr. 10 zu Zürich § 207: Keine straffbare Begünstigung die (ungerechtfertigte) Nichterhebung und der Rückzug des Rechtsvorschlages gegenüber den einen Betreibungsgläubigern, während andern gegenüber der Rechtsvorschlag aufrecht erhalten wird. Daß nach G. Art. 167 hier Bestrafung einzutreten hätte, erscheint nicht zweifelhaft. — Über die Tragweite des *clausula generalis* GÜNTENSPERGER: 39 ff.; vgl. auch HINDERLING: ZschwR. N.F. 54, 240 ff.

erfolgt sein muß, spricht der allgemeine Tatbestand von Handlungen, mit denen der Täter darauf abzielt, einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen. Die Entwicklungsgeschichte der Bestimmung führt jedoch zu der Annahme, daß nicht etwa schon Versuchs- oder gar Vorbereitungshandlungen den Tatbestand vollenden, sondern daß die Bevorzugung des einen auf Kosten anderer Gläubiger eingetreten sein muß¹. — Ein Gläubiger muß bevorzugt worden sein. Darin liegt einer der Unterschiede gegenüber den beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug (Art. 163/164) aufgestellten Tatbeständen, wonach der Schuldner Schulden vortäuscht, vorgetäuschte Forderungen anerkennt oder deren Geltendmachung veranlaßt. Darin liegt auch eine Begründung für den Unterschied in der Strafdrohung. Beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug täuscht der Täter. Bei der Gläubigerbevorzugung beschränkt er sich darauf, einzelne Gläubiger auf Kosten der andern besserzustellen (Wechselwirkung)².

4. Nach der Schuldseite hin ist gemäß G. Art. 167 zu beweisen, daß der Täter im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit (oben 2) und in der Absicht, einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen, gehandelt hat. Diese Handlung — die ungerechtfertigte Schuldentilgung usw. — muß er vorsätzlich begangen haben. Die Fassung des G. ist kaum glücklich³. Genügend sollte sein, daß der Schuldner vorsätzlich — mit Wissen und Willen — einem Gläubiger auf Kosten der andern Vorteile verschafft hat. Das erreicht er durch die Begünstigungshandlung. Dann war es unnötig, die Schädigungs- und Bevorzugungsabsicht noch besonders hervorzuheben⁴. Aus der Fassung ergibt sich die vielleicht gar

¹ Das Delikt wird allgemein als Gläubigerbegünstigung oder -bevorzugung bezeichnet. Bisherige Rechte, soweit sie sich nicht mit den Tatbeständen nach Maßgabe von SchKG. Art. 287 begnügen, fügen hinzu: auf ähnliche Weise begünstigen (Zürich §§ 201, 207) oder: in anderer Weise Gläubiger befriedigen und sie dergestalt begünstigen (Luzern § 228 lit. c). Die frühern eidgenössischen Entwürfe forderten ebenfalls die Wechselwirkung: Schaden—Begünstigung; VE. 1903 Art. 98, VE. 1908 Art. 100. Eine Verschiebung der Vollendung wurde nie erstrebt; Prot. II. ExpKom. 4, 125ff. Vgl. auch GÜNTENSPERGER: 47f.

² GÜNTENSPERGER: 14ff. — Die Gläubigerqualität kann zweifelhaft sein. Zürcher Bl. 16, Nr. 175 spricht sie dem Kommanditär im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft und zum unbeschränkt haftenden Gesellschafter ab und verneint damit die Möglichkeit einer Gläubigerbevorzugung. Ein wenig befriedigendes Resultat.

³ Anders noch HAFTER: Prot. II. ExpKom. 4, 129. Kritisch zur Gestaltung des Tatbestandes als Absichtsdelikt auch GÜNTENSPERGER: 78f.

⁴ Bisherige kantonale Rechte sehen diesen nach zwei Richtungen sich wendenden Schuldbeweis regelmäßig nicht vor. Anders z. B. Schwyz EG. SchKG. Art. 112: Vermögensverfügungen des Schuldners (im Sinne von SchKG. Art. 287) „in der Absicht, andere Gläubiger zum Nachteil des treibenden Gläubigers zu begünstigen“. Teilweise abweichend von der im Text vertretenen Auffassung GÜNTENSPERGER: 40f., 50ff.

nicht erwünschte Folge, daß der mit *dolus eventualis* handelnde Täter straflos bleibt.

5. Nach SchKG. Art. 287 II ist die Anfechtung der Schuldnerhandlung ausgeschlossen, wenn der begünstigte Gläubiger die Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt hat und bei der sog. Deliktspauliana gemäß Art. 288 setzt die Anfechtung voraus, daß dem Begünstigten die Begünstigungsabsicht des Schuldners erkennbar gewesen ist. Für den Straftatbestand sind diese Momente zunächst bedeutungslos. Dagegen fragt sich, ob der begünstigte Gläubiger, der zu der Bevorzugung angestiftet oder Beihilfe dazu geleistet hat, zu bestrafen ist¹. Richtigerweise soll der Gläubiger, der die ihn begünstigende Leistung lediglich annimmt, nicht bestraft werden. Die Gesetze schweigen. Sie behandeln den Gläubiger nicht als (notwendigen) strafbaren Teilnehmer, wie das z. B. beim Zweikampf und beim Ehebruch der Fall ist. Geht der Gläubiger aber mit Anstiftungs- oder Beihilfehandlungen über ein bloßes Annehmen hinaus, so besteht kein Grund, ihn straflos zu lassen².

6. Bisherige Rechte behandeln die Gläubigerbevorzugung als Antragsdelikt. Antragsberechtigt sind die benachteiligten Gläubiger; z. B. Bern EG. SchKG. §§ 53, 54, Schaffhausen §§ 227 d und e, Thurgau EG. SchKG. § 66. In der Mehrzahl der kantonalen Rechte und im G. Art. 167 fehlt jedoch das Antragsersfordernis. — In der Strafdrohung des Art. 167: Gefängnis kommt zutreffend zum Ausdruck, daß die Gläubigerbevorzugung ein weit weniger schweres Vergehen als betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug ist. Ein Gläubiger wird vom Schuldner begünstigt, während der Bankerotteur und der Pfändungsbetrüger trügen und täuschen und ihre Gläubiger regelmäßig lediglich um des eigenen Vorteils willen schädigen³. Durch den Tatbestand der Gläubigerbevorzugung soll

¹ Nicht klar ZELLER: Kommentar zürcher. StGB. § 201, N. 8; vgl. ferner Aarg. RSpr. 1, Nr. 97 und JZ. 19, 124; v. CLERIC: JZ. 16, 83f.; REICHEL: Prot. II. ExpKom. 4, 126. Die Strafbarkeit verneinen, jedenfalls beim bloßen Annehmen seitens des Gläubigers, in Übereinstimmung mit der herrschenden deutschen Lehre ZÜRCHER: Kommentar zürcher. StGB. § 201, N. 7; Z. 2, 298 (Strafbarkeit bei echter Teilnahme); Erläuterungen VE. 1908, 177; LANG: Prot. II. ExpKom. 4, 127; GÜNTENSPERGER: 76ff. (mit weitem Lit.-Angaben).

² Die Tat selbst kann nur der Schuldner begehen. Im Gegensatz zu Art. 163/164, je Ziff. 2 kann ein Dritter, z. B. ein Vertreter des Schuldners, nicht als Täter bestraft werden. Man mag die Gläubigerbevorzugung als reines Sonderdelikt bezeichnen. Dagegen müssen Anstiftung und Beihilfe durch eine Person, der die Schuldneigenschaft fehlt, strafbar sein; Allg. Teil, 221, 226. Vgl. immerhin BINDING: Lehrbuch, 1, 442, den begünstigten Gläubiger, der die Initiative zur Tat ergriffen hat, als Teilnehmer zu behandeln, heiße das Gesetz auf den Kopf stellen.

³ Gut dazu GÜNTENSPERGER: 5ff, 49f. (Verschiedenheit kantonalen Strafdrohungen, die für die uneinheitliche Wertung des Deliktes bezeichnend ist); vgl. auch Prot. II. ExpKom. 4, 126ff. WACH: 77f. betrachtet kaum zutreffend die Gläubigerbegünstigung als leichtern Fall des betrügerischen Konkurses und bezweifelt innere Berechtigung und praktischen Wert eines besondern Tatbestandes.

lediglich der Grundgedanke des Konkurs- und Betreibungsstrafrechtes gesichert werden, wonach der in Vermögensverfall geratene Schuldner verpflichtet ist, das, was von seinem Vermögen noch vorhanden ist, allen Gläubigern zu erhalten (oben § 59 II). In leichten Fällen rückt das Vergehen der Gläubigerbevorzugung in die Nähe des Übertretungsstrafrechts. Auch das muß zu deutlicher Scheidung vom betrügerischen Konkurs und vom Pfändungsbetrug führen.

7. Möglich ist unechte Gesetzeskonkurrenz von Gläubigerbegünstigung mit leichtsinnigem Konkurs und sog. Vermögensverfall. Das ergibt sich aus einer Vergleichung der Texte von Art. 165 Ziff. 1 mit Art. 167¹.

§ 64. Verfügung über betreibungsrechtlich beschlagnahmte Sachen (Verstrickungsbruch).

Literatur. STOSS: Grundzüge, 2, 153, 162ff. — FELIX: Die eigenmächtige Verfügung über eine amtlich gepfändete, mit Arrest belegte oder amtlich aufgezeichnete Sache, Zürcher Diss. (1925). — HAFER: Z. 50, 327ff.

I. Die in den kantonalen Rechten sog. Pfandunterschlagung war das vernachlässigte Stiefkind des Betreibungsstrafrechtes, abgesehen von der mißverständlichen Heranziehung des Unterschlagungsbegriffes².

Zunächst ist die Abgrenzung von der Rechtsvereitelung (Pfandkehr, Pfandunterschlagung) gemäß G. Art. 147 geboten. Sie betrifft widerrechtliche Verfügungen — Entziehung, Beschädigung usw. — über Sachen, an denen ein vertraglich oder gesetzlich begründetes Pfand- oder Retentionsrecht besteht (oben § 45 I). Der Tatbestand des Art. 169 ist dagegen ein Betreibungsdelikt, ein Bruch amtlicher Verstrickung, der in die verschiedenen Zwangsvollstreckungsverfahren hineinreicht. Das kommt, wenn auch nicht vollständig, in der Bezeichnung des Deliktes: Verfügung über gepfändete, mit Arrest belegte oder amtlich aufgezeichnete Sachen zum Ausdruck. Entscheidendes Moment ist, daß der Täter sich gegen eine amtliche Beschlagnahme verfehlt, während er bei der Rechtsvereitelung nach Art. 147 lediglich dingliche Gläubigerrechte schädigt³.

¹ G. Art. 165 Ziff. 1: „Der Schuldner, der . . . im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert hat“ und Art. 167: „Der Schuldner, der im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit“ Bevorzugungshandlungen vorgenommen hat. Ein Beispiel bei GÜNTENSPERGER: 11 (Ein Schuldner verschafft sich Waren auf Kredit und gibt sie zu Schleuderpreisen an Zahlungsstatt an einen Gläubiger, den er begünstigen will, weiter).

² Oft kritisiert; STOSS: Grundzüge, 2, 164f.; WACH: VD. Bes. Teil, 8, 29; FELIX: 16f.

³ In frühern Rechten ist dieser Unterschied nicht oder nur mangelhaft erkannt; FELIX: 11ff. Vgl. jetzt JZ. 31, 45, Nr. 37 (St. Gallen: Unterscheidung zwischen Pfandschmälerung und Pfandunterschlagung).

Die kantonalen Rechte spiegeln in ihrer Verschiedenheit die große Unsicherheit wider¹. Zum Teil übernehmen sie den Entwurf Zürcher² oder knüpfen an ihn an, z. B. Bern EG. SchKG. §§ 47, 49, Glarus EG. §§ 47—51, Aargau EG. §§ 44, 45, 47, 48 lit. d und e. Nach diesen Rechten kommt als Täter einer „Pfandunterschlagung“ nur der Schuldner in Betracht. Objekte sind gepfändete, mit Arrest belegte, in eine Retentionsurkunde und in ein Güterverzeichnis aufgenommene Gegenstände, ferner das Massagut im Konkurs. Besonders wird in einigen Gesetzen der Fall hervorgehoben, daß der Schuldner den Betrag einer ihm bezahlten gepfändeten Forderung nicht dem Betreibungsbeamten aushändigt. Als deliktische Handlungen werden vor allem genannt rechtswidriges Veräußern³, Verheimlichen, Beseitigen, Zerstören, Verbrauchen, absichtliches Zugrundegehenlassen der mit behördlichem Beschlagnahme belegten Gegenstände. — Zürich §§ 203 und 209 spricht dagegen allgemein von einem Schuldner, der zum Nachteil eines Gläubigers widerrechtlich „über Gegenstände verfügt, welche zwar sein Eigentum sind“, aber zur Sicherung der Gläubiger gepfändet oder amtlich aufgezeichnet worden sind. Zitiert werden SchKG. Art. 163/64 (konkursrechtliches Güterverzeichnis), 283 III (Retentionsurkunde), 299 (Inventar im Nachlaßvertrag). Diese Aufzählung ist unvollständig (s. unten II 2). Verfehlt ist auch, nur den Schuldner als Täter zu nennen und den Kreis der tauglichen Objekte auf Gegenstände, die Eigentum des Schuldners sind, zu beschränken⁴. — Besonders bemerkenswert ist die Ordnung der beiden Basel § 54 (Arrestverletzung), die den Tatbestand bei den Staatsdelikten, den Verbrechen gegen die öffentliche Ordnung, einstellen. Der Ungehorsamscharakter des Deliktes wird damit in den Vordergrund gerückt⁵. Luzern § 230 bis lit. c und PolStG. § 108 behandelt den Verstrickungsbruch dagegen zusammen mit der Verletzung vertraglicher Pfandrechte (Rechtsvereitelung).

II. Die beim Verstrickungsbruch besonders großen kantonalen Verschiedenheiten, die sich auch in den Strafdrohungen auswirken⁶, zwingen

¹ Zusammenstellung bei Stooss: Grundzüge, 2, 162f. und namentlich FELIX: 13ff.

² Z. 2, 341f. (Text) und 312ff.

³ So Aargau EG. § 44. Dazu AargRSpr. 36, Nr. 40 (erforderlich eine tatsächliche, das Besitzverhältnis ändernde Verfügung über den im Pfandnexus stehenden Vermögenswert; Beiseiteschaffung).

⁴ ZELLER: Kommentar zürcher. StGB. § 209, N. 1. Die zürcher. Rechtsprechung nimmt auch die Möglichkeit der Pfandunterschlagung an gepfändeten Forderungen an, solange Anzeige an den Drittschuldner nicht erfolgt ist (SchKG. Art. 99): Zürcher Bl. 2, Nr. 75; 15, Nr. 53 (Ort der Pfandunterschlagung da, wo der Schuldner das zu Unrecht eingezogene Geld für sich verbraucht).

⁵ Man beachte den Zusammenhang zwischen dem Verstrickungsbruch und dem allgemeinen Tatbestand: Bruch amtlicher Beschlagnahme; G. Art. 289; unten IV.

⁶ Daten bei FELIX: 19f.

zur Besinnung auf das Wesen des Delikts und lassen eine bündesrechtliche Erfassung des Tatbestandes als besonders wünschenswert erscheinen:

1. Nach Art. 169 des G.¹ kann nicht nur der Schuldner Täter sein. Neben dem Schuldner, der um eigenen Vorteils willen seine Gläubiger schädigt, sollen auch Dritte getroffen werden, die „zum Nachteil der Gläubiger“ eines Schuldners gegen bestimmte staatliche Vollstreckungsmaßnahmen verstoßen². Eine dem betriebenen Schuldner gehörende gepfändete Sache kann z. B. in Drittbesitz sein (SchKG. Art. 98), und der Dritte entzieht sie der Verstrickung. In eine Pfändung kann auch Dritteigentum einbezogen werden (SchKG. Art. 95 II). Anteile an Gemeinschaftsvermögen können von der Zwangsvollstreckung erfaßt werden und in der Betreuung auf Pfandverwertung brauchen Schuldner und Eigentümer des zur Verwertung gelangenden Gegenstandes nicht identisch zu sein. Als Täter eines Verstrickungsbruches können daher die verschiedensten Personen in Frage kommen³.

2. Handlungsobjekt ist eine in ein Betreibungsverfahren — im weitesten Sinne verstanden — verstrickte Sache. Zu untersuchen ist zunächst, wie weit der Sachbegriff des Art. 169 reicht. Daß er bewegliche und unbewegliche körperliche Sachen umfaßt, bedarf nicht weiterer Erörterung. Dagegen ist fraglich, ob der Straftatbestand auch anwendbar ist, wenn über gepfändete oder amtlich aufgezeichnete Forderungen und andere Rechte, z. B. über eine gepfändete Geschäftseinlage oder über einen Liquidationsanteil, eigenmächtig verfügt wird⁴. Das eidg. Strafgesetz ist, auch terminologisch, mit dem SchKG. möglichst in Einklang gebracht. Wo dieses neben den Sachen auch Forderungen und andere Rechte einbezieht, wird das ausdrücklich erwähnt, oder es werden die Worte Vermögen, Vermögensstücke, Vermögensgegenstände verwendet⁵. Das G. spricht, wenn es über den eigentlichen Sachbegriff hinausgehen will, ebenfalls von Vermögen und Vermögensstücken (Art. 163, 164 Ziff. 1), oder es nennt neben den Vermögensgegenständen noch besonders

¹ Die Entwicklung der Entwürfe hat FELIX: 20ff. dargestellt. Zu beachten Prot. I. ExpKom. 1, 429ff.; II. ExpKom. 2, 409ff.; 4, 134f.

² GREENER: Prot. I. ExpKom. 1, 431: Das Verbrechen richtet sich im Grunde gegen die Autorität des Staates; GAUTIER: Prot. II. ExpKom. II, 411: „Le délinquant . . . bafoue l'autorité.“

³ ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 2, 410f.; REICHEL: eodem, 411f. Beschränkungen ergeben sich immerhin: Der Dritte, der z. B. eine gepfändete Sache stiehlt, ist nicht wegen Verstrickungsbruchs, sondern wegen Diebstahls zu bestrafen. Entscheidend ist, daß der Täter mit dem Vorsatz handelt, die Zwangsvollstreckung gegenüber einem Schuldner zum Nachteil der Gläubiger ganz oder teilweise unwirksam zu machen. Das kann z. B. auch ein Vertreter oder ein Angehöriger des Schuldners sein. Viel zu eng FELIX: 58ff., 73, auch ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 179. Vgl. BINDING: Lehrbuch, I, 417.

⁴ Vgl. den Fall in Zürcher Bl. 35, Nr. 47 zu Zürich § 209.

⁵ Nachweise bei FELIX: 33ff.

„Forderungen und Rechte“ (Art. 323 Ziff. 2 und 3). Der Schluß ist, wenigstens bei strenger Auslegung, kaum abweisbar, daß nach Art. 169 nur der Verstrickungsbruch an Sachen strafbar ist¹. Das Resultat befriedigt nicht, namentlich nicht im Hinblick auf bisherige Rechte, die begründetermaßen auch die Möglichkeit eines Verstrickungsbruches an gepfändeten Forderungen annehmen; oben I.

Im übrigen ist zu unterscheiden:

a) Es handelt sich um eine in rechtsgültiger Weise amtlich gepfändete oder mit Arrest belegte Sache (SchKG. Art. 83 I, 89, 95ff., 275). Art. 169 des G. stellt die strafrechtliche Ausgestaltung und die Sanktion zu SchKG. Art. 96 I dar, wonach der Schuldner sich „jeder vom Betreibungsbeamten nicht bewilligten Verfügung“ über gepfändete oder mit Arrest belegte Vermögensstücke zu enthalten hat; vgl. auch SchKG. Art. 275 und 277. Maßgebend als Ausgangspunkt ist die Zeit der Pfändung oder des Arrestvollzuges. Sie sind erfolgt in dem Momente, da der Pfändungsbeamte einen Gegenstand als gepfändet oder mit Arrest belegt erklärt, nicht erst mit der Aufsetzung der Pfändungs- oder der Arresturkunde. Diese Urkunden haben nur deklaratorischen Charakter². Auch strafrechtlich ist von Bedeutung, daß bei Arrestgegenständen die dem Schuldner auferlegte Verfügungsbeschränkung nicht so weit geht wie bei gepfändeten Sachen. Nach SchKG. Art. 277 werden dem Schuldner die Arrestgegenstände „zur freien Verfügung“ überlassen, wenn er Sicherheit leistet, daß im Falle der Pfändung oder der Konkurseröffnung die Arrestgegenstände oder an ihrer Stelle andere Vermögensstücke von gleichem Werte vorhanden sein werden³.

Zu beachten ist, daß richtigerweise der durch die Konkurseröffnung erfolgende Beschlag des Schuldnervermögens in Art. 169 der Pfändung und der Arrestlegung nicht gleichgestellt ist⁴. Erst die eigenmächtige

¹ ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 179 und Prot. II. ExpKom. 2, 410; FELIX: 33ff., der darauf aufmerksam macht, daß die in der Strafbestimmung zitierten Artikel des SchKG. (Art. 96 usw.) nicht nur von Sachen, sondern von „Vermögensstücken“ handeln. Die strafrechtliche Sanktion des Art. 169 geht also weniger weit als die im SchKG. aufgestellten Verfügungsverbote. Ob das gewollt ist, bleibt zweifelhaft. — Der Schuldner, der über eine gepfändete Sache, die nachher, z. B. auf erhobene Beschwerde, als Kompetenzstück erklärt wird, verfügt, ist nicht wegen Verstrickungsbruches strafbar, da ein Nachteil für die Gläubiger nicht entsteht; ZELLER: Kommentar zürcher. StGB. § 209, N. 2; anderer Meinung EUGEN MEIER: Die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung, Zürcher. Diss. (1907), 94 und FELIX: 36f.

² BLUMENSTEIN: Handbuch, 351 (die Pfändungsurkunde als authentische Feststellung der geschehenen Pfändung); Archiv für Sch. und K., 10, 167. Zum Ganzen FELIX: 36ff., 40ff. und dort zitierte Literatur.

³ Dazu FELIX: 45f.

⁴ Zürcher Bl. 23, 82: Unterschiede in der Wirkung zwischen Konkurserkenntnis und eigentlicher betriebsrechtlicher Beschlagnahme, z. B. durch die Pfändung.

Verfügung über in das Konkursinventar aufgenommene Gegenstände läßt den Tatbestand des Verstrickungsbruches zur Wirkung gelangen. Jedoch kann für die Zeit zwischen Konkurseröffnung und Inventaraufnahme der Tatbestand des betrügerischen Konkurses in Frage kommen¹.

b) Es handelt sich um Sachen, die in einem Betreibungs-, Konkurs- oder Retentionsverfahren amtlich aufgezeichnet wurden. Darunter fallen selbstverständlich wiederum gepfändete und mit Arrest belegte Sachen — nachdem die Pfändungs- oder die Arresturkunde aufgestellt worden ist (SchKG. Art. 112, 276 I). Überdies umfaßt der Art. 169 Sachen, die in folgenden Urkunden verzeichnet werden: Güterverzeichnis im Konkursverfahren (SchKG. Art. 83 I, 162ff., 183 I), Konkursinventar² (SchKG. Art. 221 und dazu Art. 25ff. der VO. vom 13. Juli 1911 über die Geschäftsführung der Konkursämter), Retentionsurkunde (SchKG. Art. 283 III). Weiter müssen in Betracht kommen, obschon die darauf sich beziehenden Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsrechts in Art. 169 des StGB. nicht ausdrücklich angedeutet sind, Sachen, die im Nachlaßvertragsinventar aufgezeichnet sind (SchKG. Art. 299), soweit nicht der Sachwalter dem Schuldner eine Verfügung zugesteht (SchKG. Art. 298)³, ferner Sachen, die in das Güterverzeichnis bei der Bewilligung einer Notstundung aufgenommen wurden (namentlich SchKG. Art. 317 e, 317 h und 317 i). Das ist deshalb anzunehmen, weil es sich auch hier um Sachen handelt, die in einem Betreibungsverfahren — in weitem Sinne verstanden — amtlich aufgezeichnet wurden.

Gleichgültig für die Erfüllung des Tatbestandes ist, ob die der Verstrickung entzogene Sache sich im Gewahrsam des Schuldners oder im Drittgewahrsam oder in amtlicher Verwahrung befindet. In jedem Fall ist ein Verstrickungsbruch gegeben und, vorausgesetzt, daß er zum Nachteil der Gläubiger erfolgt, Art. 169 erfüllt. Die verschiedene Bewertung der Einzelfälle kann bei der Strafzumessung erfolgen; vgl. unten III.

¹ Prot. II. ExpKom. 4, 134; FELIX: 55f. und namentlich 82ff. Die Konsequenzen sind merkwürdig: X verfügt z. B. nach der Konkurseröffnung, aber vor der Inventaraufnahme eigenmächtig über Vermögensstücke. Dann gilt die schwere Strafdrohung des betrügerischen Konkurses (Art. 163). Für eine nach der Inventaraufnahme vorgenommene eigenmächtige Verfügung ist dagegen nur der mit leichterer Strafdrohung ausgestattete Art. 169 anwendbar. Überdies: Der Konkurschuldner steht in der Zeit zwischen Konkurseröffnung und Inventaraufnahme unter einem strengeren Recht als der Pfändungsschuldner, auch wenn beide sich in gleicher Weise verfehlen.

² Anders z. B. Zürich § 203, der nicht auf das Konkursinventar hinweist. Die unbefugte Veräußerung von in das Konkursinventar aufgenommenen Gegenständen wurde als betrügerischer Konkurs bestraft; Zürcher Bl. 23, Nr. 52.

³ BOLLI: Prot. II. ExpKom. 4, 134f. Dagegen hat sich REICHEL: eodem, gegen die Einbeziehung der im Nachlaßvertrags-Inventar verzeichneten Sachen ausgesprochen.

3. Die deliktische Handlung wird zunächst dahin umschrieben, daß der Täter „eigenmächtig zum Nachteil der Gläubiger verfügt“¹. Er beseitigt, verbirgt, verschenkt, verkauft oder schließt irgendein anderes Rechtsgeschäft über die amtlich verstrickte Sache ab. Zu der gemäß Art. 96 II SchKG. sich ergebenden Nichtigkeit solcher Geschäfte tritt die Strafbarkeit. Hier besonders empfindet man den Mangel, daß Art. 169 nur von Sachen, nicht auch von Forderungen und andern Vermögensrechten spricht, so daß bei strenger Auslegung der Schuldner, der z. B. über eine gepfändete Forderung eigenmächtig verfügt und den ihm bezahlten Betrag für sich verbraucht, nicht bestraft werden kann; oben 2. — Art. 169 hebt hervor, daß der Täter eigenmächtig verfügt haben muß. Das ist richtig im Hinblick auf die im SchKG. mehrfach wiederkehrende Klausel, wonach die zuständige Behörde eine Verfügung über amtlich beschlagnahmte Sachen zulassen kann; z. B. SchKG. Art. 96 I, 277, 298 I. — Die Verfügung muß zum Nachteil der Gläubiger² ausschlagen. Das hebt den Verstrickungsbruch über den Tatbestand: Bruch amtlicher Beschlagnahme (Art. 289) hinaus, macht ihn zum Vermögensdelikt³. Zu verstehen ist ein Vermögensnachteil in weitem Sinne: die Gläubiger erhalten aus der Zwangsvollstreckung weniger, als sie ohne den Verstrickungsbruch erhalten hätten, oder auch die Befriedigung wird durch das Verhalten des Täters verzögert. Bei der eigenmächtigen Verfügung über Retentionsgegenstände schädigt der Täter den Gläubiger zugleich an einem dinglichen Recht. Erforderlich ist der Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen der Verfügung des Täters und dem Gläubigernachteil⁴.

Als eine weitere Gruppe von Handlungen nennt der Art. 169 Beschädigen, Zerstören, Entwerten, Unbrauchbarmachen. Die zu fordernde Übereinstimmung mit der Täterhandlung bei der Sachbeschädigung (Art. 145) ist nicht völlig hergestellt. Das „Entwerten“ wird in Art. 145 nicht erwähnt. Praktisch ergeben sich aus dieser Differenz kaum bedeutsame Folgen: wer eine Sache unbrauchbar macht, entwertet sie und umgekehrt. Für die Tragweite der einzelnen Handlungen sei im übrigen auf die Erörterungen oben § 43 I 2 und § 45 II 1 verwiesen. Sie gelten in vollem Umfang auch für den Verstrickungs-

¹ Jede Veränderung des durch die Beschlagnahme geschaffenen Zustandes, wodurch ein Gläubiger geschädigt werden kann: Zürcher Bl. 32, Nr. 75 und JZ. 29, 265, Nr. 200 (Wegschaffung retinierter Gegenstände); Zürcher Bl. 35, Nr. 47 (widerrechtliche, die Gläubiger schädigende Verfügungen über einen gepfändeten Geschäftsanteil).

² Gläubiger kann selbstverständlich auch eine öffentlich rechtliche Körperschaft für Steuer-, Gebühren-, Bußenforderungen usw. sein; BINDING: Lehrbuch, I, 417.

³ LANG: Prot. II. ExpKom. 2, 412; LÖFFLER: Z. 29, 92f.

⁴ FELIX: 69f.

bruch¹. — Nach der Fassung des Art. 169 beziehen sich die Worte „zum Nachteil der Gläubiger“ nicht auf das Beschädigen, Zerstören usw. Mit diesen Handlungen wird aber regelmäßig ein Nachteil verbunden sein. Nach der Gestaltung des Verstrickungsbruches als eines gegen das Gläubigervermögen gerichteten Deliktes muß jedenfalls im Zweifelfall nachgewiesen werden, daß ein Schaden entstanden ist².

4. Ein Schönheitsfehler liegt darin, daß Art. 147 bei der Rechtsvereitelung nicht den Schadenseintritt, sondern nur die Absicht der Gläubigerschädigung verlangt, während beim Verstrickungsbruch nach Art. 169 der Gläubigernachteil zum Tatbestand gehört. Gründe für eine unterschiedliche Behandlung sind nicht zu erkennen. Auch hier ist die praktische Auswirkung dieses Unterschiedes kaum von Bedeutung. Auch der Täter einer Rechtsvereitelung (Art. 147) wird immer oder fast immer Schaden stiften; vgl. oben § 45 II 5.

Der Verstrickungsbruch ist Vorsatzdelikt. Der Vorsatz muß alle Tatbestandsmomente umfassen. Dolus eventualis, namentlich auch hinsichtlich der Schädigung, genügt. Leicht möglich sind hier Irrtümer — insbesondere auch bei als Täter in Betracht kommenden Drittpersonen — darüber, ob eine Sache rechtsgültig beschlagnahmt wurde, ob eine Verfügung über eine beschlagnahmte Sache zulässig war, ob ein Gläubigerrecht besteht usw. Mit Sorgfalt ist in solchen Fällen zu prüfen, ob und wie weit die Irrtumsbestimmungen (Art. 19/20) zur Anwendung gelangen können³.

III. Der Verstrickungsbruch nach G. Art. 169 ist im Gegensatz zu kantonalen Rechten⁴ und auch anders als die Rechtsvereitelung nach G. Art. 147 von Amtes wegen strafbar. Das Antragserfordernis rechtfertigt sich nicht, da der Täter nicht nur wie bei der Rechtsvereitelung Gläubiger schädigt, sondern überdies eine behördliche Beschlagnahme bricht⁵. Auch der allgemeine Tatbestand: Bruch amtlicher Beschlagnahme (G. Art. 289) ist Officialdelikt.

¹ Vgl. noch FELIX: 60ff. Möglich ist Begehung durch Unterlassung, z. B. Zugrundegehenlassen eines gepfändeten Tieres, das der Schuldner nicht füttert.

² Über strafbaren Versuch FELIX: 71ff., 80: namentlich der Fall, daß, trotzdem Schädigungsvorsatz vorlag, ein Nachteil für die Gläubiger nicht eintrat.

³ Nach SchKG. Art. 96 I hat der pfändende Beamte den Schuldner auf das Verfügungsverbot ausdrücklich aufmerksam zu machen.

⁴ Beispiel: Zürich §§ 203, 209 und dazu Zürcher Bl. 15, Nr. 51 und JZ. 12, 133, Nr. 28.

⁵ Der Entwurf ZÜRCHER §§ 10, 11 (Z. 2, 318 und 341) geht vom Antragserfordernis aus und sieht Verfolgung von Amtes wegen nur vor, wenn der Täter die amtlich beschlagnahmte Sache aus drittem Gewahrsam (vgl. z. B. SchKG. Art. 98) wegnimmt. So auch STOOSS: Grundzüge, 2, 164. Das befriedigt nicht. Will man dieser Unterscheidung Bedeutung beimessen, so kann das bei der Strafzumessung geschehen.

Die Strafdrohung des Art. 169 lautet auf Gefängnis, was im Vergleich zu der schwereren Drohung beim betrügerischen Konkurs (Art. 163) und der eigenartig verlaufenden Grenzlinie zwischen den beiden Delikten (oben II 2 a i. f.) bedenklich ist¹.

IV. Konkurrenz zwischen Art. 169 (Verstrickungsbruch) und Art. 289 (Bruch amtlicher Beschlagnahme) ist ausgeschlossen. Art. 169 ist die dem Art. 289 vorgehende Spezialbestimmung, die für alle Fälle eines Verstrickungsbruches in einem Zwangsvollstreckungsverfahren ausschließlich Anwendung finden muß, unter der Voraussetzung, daß für die Gläubiger ein Nachteil eintrat oder nach dem Vorsatz des Täters wenigstens gewollt war (Versuch)². Fehlt der Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung, so ist im Einzelfall die Anwendung des Art. 289 zu prüfen, dessen Tatbestand allerdings sehr eng gefaßt ist (Deliktshandlung nur: „der amtlichen Gewalt entzieht“)³.

§ 65. Stimmenkauf. Erschleichung eines Nachlaßvertrages.

Literatur. HAFTER: Z. 50, 336ff.

I. Zwei im G. Art. 168 und 170 im wesentlichen neu geschaffene Tatbestände. In bisherigen Rechten haben sie wenig Vorbilder⁴. Beiden Vorschriften liegt zugrunde, daß Täter getroffen werden sollen, die in täuschender und verfälschender Weise die ordnungsgemäße und saubere Durchführung bestimter betriebsrechtlicher Handlungen hindern oder gefährden. Sie richten sich gegen das Konkurs- und das Nachlaßvertragsverfahren, sind also im Grund Delikte gegen die Rechtspflege.

II. Stimmenkauf und -verkauf gemäß Art. 168 sind Bestechungsdelikte. Der Schuldner, der einem Gläubiger, um seine Stimme zu kaufen, besondere Vorteile zuwendet oder zusichert, begeht zugleich eine Art der Gläubigerbevorzugung. Doch ist mindestens zweifelhaft, ob dieser Sach-

¹ Vgl. die Kritik von CALAME: Prot. II. ExpKom. 2, 393, 413, ferner LÖFFLER: Z. 29, 93f.; FELIX: 29, 83ff.

² ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 377; FELIX: 27ff., 80f., 88ff. Die Erörterungen über das Verhältnis zwischen Art. 169 und 289 in Prot. II. ExpKom. 5, 212ff. und 8, 263ff. zeigen Unklarheiten. Gut KAISER: 8, 265f. Abzulehnen FELIX: 84, 92f., der Idealkonkurrenz zwischen Art. 169 und 289 für möglich hält.

³ Dazu gut FELIX: 94, 96 (Ergänzungsvorschläge).

⁴ Vgl. immerhin Waadt EG. SchKG. Art. 88: Stimmenverkauf des Gläubigers in einem Konkurs- oder Nachlaßvertragsverfahren; ZÜRCHER: Z. 2, 297. Ferner deutsche Konkursordnung § 243: Stimmenverkauf von Konkursgläubigern. Dazu namentlich der Kommentar zur deutschen KO. von ERNST JAEGER. Der Stimmenkäufer — der Schuldner, eventuell auch eine Drittperson — ist nicht strafbar; BINDING: Lehrbuch, 1, 445. Weitere Daten über ausländisches Recht WACH: VD. Bes. Teil, 8, 52. Die Quelle ist Art. 597 des französischen Code de commerce von 1838.

verhalt durch Art. 167 erfaßt wird. Die Aufstellung einer Sonderbestimmung mit deutlicher Bezeichnung der strafwürdigen Fälle war wünschenswert¹.

Der Art. 168 enthält drei Tatbestände, zwei der aktiven und einen Tatbestand der passiven Bestechung. Sie stehen unter der einheitlichen Strafdrohung: Gefängnis.

1. Der Schuldner wendet einem seiner Gläubiger oder dessen Vertreter für seine Stimme in der Gläubigerversammlung oder im Gläubigerausschuß oder für seine Zustimmung zu einem gerichtlichen Nachlaßvertrag besondere Vorteile zu, oder er sichert sie ihm zu (Ziff. 1 I). Daß hier nur der Schuldner, nicht auch ein Dritter, z. B. ein Gläubiger, der an der Stimmgebung ein Interesse hat, als Täter in Betracht kommt, ergibt sich aus der Fassung: „Wer seinem Gläubiger . . . zuwendet oder zusichert“². — Die Bestimmung bezieht sich auf die Stimmgebung in der Gläubigerversammlung und im Gläubigerausschuß im Konkurs (SchKG. Art. 235, insbesondere IV, 238, 252, 253, 255, 237), ferner auf die Gläubigerversammlung im Nachlaßvertragsverfahren (leg. c. Art. 300, 302), im besondern auf die Zustimmung der Gläubiger zum Nachlaßvertrag (Art. 302 III/IV). — Die Zuwendung oder Zusicherung³ muß im Hinblick auf die Stimmgebung, also vor der Stimmabgabe, erfolgt sein. Das ergibt sich deutlicher als aus der deutschen aus der französischen Fassung des Art. 168 (*pour gagner la voix d'un créancier . . . ou pour obtenir son consentement à un concordat judiciaire*). Ein dem Gläubiger nachträglich zugewendeter Vorteil, womit der Schuldner sich für die bereits vollzogene Stimmabgabe oder Zustimmung erkenntlich zeigen will, fällt nicht unter die Strafbestimmung. — Ein „besonderer Vorteil“ ist immer dann anzunehmen, wenn dem Gläubiger mehr zugewendet oder zugesichert wird, als ihm nach den Bestimmungen des Konkursrechts oder nach dem Nachlaßvertragsrecht zukommen soll. Daß, als Wirkung der Vorteils-

¹ Vgl. schon GREENER: Prot. I. ExpKom. 1, 428. Beachtlich GÜNTENSPERGER (Lit. zu § 63), 12: Das durch den Stimmenkauf verletzte Rechtsgut ist der Mehrheitswille und nicht das Forderungsrecht der Gläubiger. Die zur Bestechung gewährten Vermögensvorteile müssen auch nicht aus dem Vermögen des Schuldners stammen.

² Französischer Text: *Celui qui, pour gagner la voix d'un de ses créanciers . . .* Vgl. auch Prot. I. ExpKom. 2, 558. Nach den Entwürfen sollten auch Dritte Täter sein können, z. B. VE. 1908, Art. 101 und E. 1918, Art. 145; dazu ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 177. Die Ausdehnung auch auf Drittpersonen war richtig. Auch sie bestechen und stören das ordnungsgemäße Verfahren. Vgl. jetzt StenBull. StR. 1931, 521 und — zu der Streitfrage — namentlich Prot. II. ExpKom. 4, 130ff.

³ Dazu SchKG. Art. 314: Jedes Versprechen, durch welches der Schuldner einem Gläubiger mehr zusichert, als ihm nach dem Nachlaßvertrag gebührt, ist ungültig; Art. 316: Widerruf eines auf unredliche Weise zustande gekommenen Nachlaßvertrages.

zuwendung, eine Schädigung der andern Gläubiger sich ergibt, gehört nicht zum Tatbestand¹. Der Täter kann auch fremde Mittel zur Verfügung gehabt haben. Doch müssen es, nach richtiger Auffassung, immer Vermögensvorteile sein, die dem Gläubiger zugewendet oder zugesichert wurden.

2. Nach Art. 168 Ziff. 1 II ist ferner strafbar, wer dem Mitglied einer Konkursverwaltung für seine Stimme besondere Vorteile zuwendet oder zusichert². Danach kann — richtig, aber im Hinblick auf Abs. 1 merkwürdigerweise — jedermann, nicht nur der Schuldner, Täter sein. Der Ausdruck „Mitglied der Konkursverwaltung“ weist auf SchKG. Art. 237 II, 240ff. hin: Die Gläubigerversammlung kann an Stelle des Konkursamtes eine oder mehrere von ihr zu wählende Personen als Konkursverwaltung einsetzen. Der Straftatbestand erfaßt nur den Fall, daß eine mehrköpfige außeramtliche Konkursverwaltung besteht, denn nur bei ihr kommen Abstimmungen und ein Stimmenkauf in Frage. Der Schluß, daß, wer einer die Konkursverwaltung führenden Einzelperson Vorteile zuwendet oder zusichert, nicht strafbar sein soll, ist unerfreulich. Unklar bleibt überdies, worin die besondern Vorteile bestehen sollen. Die Bestimmung ist ungenügend überdacht. — Richtet sich die „Bestechung“ an einen Konkursbeamten, so ist die Anwendung des Art. 288 zu erwägen. Den außeramtlichen einzelnen Konkursverwalter im Zusammenhang des Art. 168 als Beamten zu betrachten, ist gewagt (vgl. SchKG. Art. 241³).

3. Wegen Stimmenverkaufs — passiver Bestechung — sind nach Art. 168 Ziff. 2 strafbar der Gläubiger, dessen Vertreter und „das Mitglied einer Konkursverwaltung“, die sich Vorteile zusichern oder zuwenden lassen. Der Konkursbeamte steht unter dem Bestechungstatbestand des Art. 315.

II. Das Delikt: Erschleichung eines gerichtlichen Nachlaßvertrages (G. Art. 170) führt in die Nähe der Betrugsbestimmung⁴. Für die bisherigen Rechte, die einen solchen Sondertatbestand nicht kennen, ist im Einzelfall namentlich zu untersuchen, ob sog. Prozeßbetrug (oben § 51 V 5) vorliegt. Die Sondernorm erscheint erstmals im VE. 1908 (Art. 103). Ihre Aufstellung wurde, kaum zureichend, damit begründet,

¹ Anders bei der Gläubigerbevorzugung nach Art. 167: Bevorzugung einzelner Gläubiger zum Nachteil anderer; oben § 63 II 3d, 4.

² Dazu Prot. II. ExpKom. 4, 133f.; 8, 262, 264.

³ Über die rechtliche Stellung der außeramtlichen Konkursverwaltung JAEGER: Kommentar SchKG. Art. 240, N. 5, Art. 241, auch REICHEL: Prot. II. ExpKom. 4, 133.

⁴ Bei der Erschleichung eines außergerichtlichen Nachlaßvertrages kann Betrug gegenüber einzelnen Gläubigern in Frage kommen; ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 3, 70; vgl. auch Löffler: Z. 29, 91; Lang: Prot. II. ExpKom. 2, 417.

daß die Tat gegenüber einer Gesamtheit von Personen, der Gläubiger-gemeinschaft, verübt wird und daß die Schadensfeststellung Schwierigkeiten bereitet¹.

1. Täter ist der Schuldner, aber auch ein Dritter, der „zum Vorteil des Schuldners“ eine tatbestandsmäßige Handlung vornimmt (Abs. 2).

Das deliktische Verhalten besteht darin, daß der Täter bei der Stellung eines Nachlaßvertragsbegehrens (SchKG. Art. 293) oder in dem sich anschließenden Verfahren die Gläubiger, die Nachlaßbehörde (kantonal gemäß SchKG. Art. 23 Ziff. 3) oder den behördlich bestellten Sachwalter (leg. cit. Art. 295) irreführt. Als Beispiele einer Irreführung nennt das G. falsche Buchführung oder Bilanz. Das knüpft an die Art. 293/94 des SchKG. an, wonach der Schuldner bei der Einreichung eines Nachlaßvertragsbegehrens eine Bilanz, aus welcher seine Vermögenslage ersichtlich sein soll, sowie ein Verzeichnis seiner Geschäftsbücher, wenn er zur Führung von solchen verpflichtet ist, vorzulegen hat. Materiell wird die Irreführung namentlich in der Verheimlichung von Aktiven, in der Vortäuschung von Schulden usw., kurz darin bestehen, daß ein geringerer Vermögensbestand vorgespiegelt wird². — Das Irreführen muß vorsätzlich geschehen, und es muß von der aus dem Zusammenhang leicht nachzuweisenden Absicht geleitet sein, eine Nachlaßstundung (SchKG. Art. 295 I und IV)³ oder die Genehmigung eines Nachlaßvertrages (Art. 306/07) zu erwirken.

2. Damit ist die Vollendung sehr weit vorgerückt. Daß die Nachlaßstundung oder gar die behördliche Vertragsbestätigung erreicht wurden, ist nicht notwendig. Doch ist der Beweis erforderlich, daß ein Gläubiger oder die Nachlaßbehörde oder der Sachwalter durch das täuschende Verhalten des Täters mindestens vorübergehend in einen Irrtum versetzt wurden. — Daß der Schuldner bereits einen Vorteil erlangt hat oder daß infolge der Irreführung Gläubiger zu Schaden gekommen sind, gehört nicht zum Tatbestand. Das Band, das den Art. 170 mit den Vermögensdelikten verbindet, ist dadurch sehr schmal geworden. Eine Gefähr-

¹ ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 180. Kritisch dazu LÖFFLER: Z. 29, 89f.

² Vgl. die entsprechenden Täterhandlungen beim betrügerischen Konkurs und beim Pfändungsbetrug (Art. 163/164). Art. 170 trifft nicht zu, wenn der Schuldner vor der Anbahnung eines Nachlaßvertragsverfahrens Vermögensstücke veräußert, zerstört, beschädigt oder entwertet. Das ist keine Irreführung; ZÜRCHER: Prot. II. ExpKom. 4, 138 und dagegen die von BOLLI: eodem, 136f. aufgestellte Forderung der Angleichung an den Bankerott-Tatbestand.

³ Wie, wenn die Irreführung sich im Rahmen einer Notstundung gemäß SchKG. Art. 317a und ff. oder beim Stundungsbegehren einer Bank nach Art. 29ff. des Bankengesetzes vom 8. November 1934 abspielt? Der Straftatbestand nach G. Art. 170 weist nur auf die Nachlaßstundung hin. Die Ausdehnung auf andere betriebsrechtliche Stundungen würde der ratio des Art. 170 entsprechen. Sie ist jedoch im Hinblick auf das strafrechtliche Analogieverbot kaum erreichbar.

dung der Gläubiger durch das irreführende Verhalten des Täters ist immerhin in jedem Fall anzunehmen. Im Vordergrund steht jedoch der Gedanke, daß der Art. 170 einen Täter treffen soll, der die Rechtmäßigkeit und Sauberkeit eines Nachlaßverfahrens in betrügerischer Weise stört. Das ist strafwürdig, auch wenn es nicht zu einem schädigenden Erfolg kommt¹.

3. Das SchKG. will die Rechtswohltat des Nachlaßvertrages nur dem ehrlichen Schuldner gewähren (vgl. namentlich Art. 306 Ziff. 1). Der Widerruf eines „auf unredliche Weise“ zustande gekommenen Nachlaßvertrages kann von jedem Gläubiger verlangt werden (Art. 316). Art. 170 des G. stellt dazu die ergänzende strafrechtliche Sanktion dar. Die im Vergleich zu Art. 163/164 (betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug) niedrige Strafdrohung — Gefängnis — ist mit der weiten Verschiebung des Vollendungszeitpunktes (oben 2) zu rechtfertigen. Zu beachten ist noch, daß nach SchKG. Art. 309 und 316 II beim Widerruf von Nachlaßstundung und Nachlaßvertrag und bei Verwerfung des Nachlaßvertrages gegenüber einem konkursfähigen Schuldner die sofortige Konkurseröffnung verlangt werden kann, und daß die Gläubiger auch den nicht konkursfähigen Schuldner, der betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger begangen oder zu begehen versucht hat (SchKG. Art. 190 Ziff. 1), sofort in den Konkurs treiben können. Dann entsteht, nach erfolgter Konkurseröffnung, die Frage, ob ein Schuldner, der z. B. bei seinem vorausgegangenen Nachlaßvertragsbegehren Vermögen verheimlicht hat, wegen betrügerischen Konkurses (Art. 163) zu bestrafen ist oder ob das durch Art. 170 ausgeschlossen wird. Die zutreffende Lösung wird sich aus der Sachlage im Einzelfall ergeben. Regelmäßig wird im Zeitpunkt der Konkurseröffnung kaum je eine Beurteilung des Täters wegen Erschleichung des Nachlaßvertrages bereits erfolgt sein. Dann steht aber einer Bestrafung wegen betrügerischen Konkurses nichts im Wege².

¹ Zu der gesetzgeberischen Frage, auf welchen Punkt — Schadenseintritt, Erwirkung der behördlichen Genehmigung des Nachlaßvertrages oder schon Irreführung — die Vollendung richtigerweise einzustellen ist, namentlich Prot. II. ExpKom. 4, 135 ff. Für den Eintritt des Schadens als „naturgemäßen“ (?) Zeitpunkt der Vollendung tritt LÖFFLER: Z. 29, 81 ein.

² Dazu ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 180f.: „wegen derselben Tatsachen“ kann nicht auch noch unter dem Titel des betrügerischen Konkurses eine Strafverfolgung angehoben werden. Das ist selbstverständlich nur dann zutreffend, wenn der Täter bereits wegen Erschleichung des Nachlaßvertrages verurteilt ist. Möglich ist auch, daß der Täter z. B. mit Vermögensverheimlichung einen Nachlaßvertrag erschlichen oder zu erschleichen versucht hat und daß, nachdem er nachträglich in Konkurs geraten ist, andere Bankerott-handlungen, z. B. Veräußerung, Zerstörung, Entwertung von Vermögensstücken, an den Tag kommen. Dann müssen sowohl Art. 163 wie Art. 170 zur Geltung kommen.

§ 66. Betreibungsrechtlicher Ungehorsam.

I. Das SchKG. stellt an einer Reihe von Stellen für den Konkurs- und Betreibungsschuldner und für gewisse Drittpersonen Gebote und Verbote auf und verpflichtet sie „bei Straffolge“ zu deren Beobachtung. Nach Art. 25 Ziff. 3 haben die Kantone die dafür erforderlichen Strafbestimmungen aufzustellen. In Erfüllung dieser Aufgabe — als Sicherung der „Vollziehung“ des eidg. SchKG. — haben die kantonalen Rechte in ihren Einführungsgesetzen Übertretungstatbestände geschaffen. Es sind reine Ungehorsamsdelikte. Sie hindern oder stören die Betreibungsrechtspflege. Zu diesen Tatbeständen gehört nicht, daß der Schuldner einen Vorteil erlangt oder erstrebt oder daß Gläubiger geschädigt werden. Das unterscheidet sie von den Konkurs- und Betreibungsverbrechen. Um Vermögensdelikte handelt es sich nicht. Das G. (Art. 323/324) faßt die Bestimmungen richtig mit der Bezeichnung: Ungehorsam im Betreibungs- und Konkursverfahren zusammen¹. Ihrem Wesen nach sind sie Übertretungen gegen die Staatsgewalt. In dieser Darstellung müssen sie jedoch wegen ihrer engen Beziehungen zu den Konkurs- und Betreibungsverbrechen hier erörtert werden.

II. Die Übertretungstatbestände der kantonalen Einführungsgesetze folgen vielfach dem Entwurf Zürcher², der im Anschluß an die Gebots- und Verbotsnormen des SchKG. die Fälle einzeln umschreibt. Einige Kantone — z. B. Glarus EG. §§ 42ff., Solothurn EG. Art. 5, Aargau EG. §§ 40f. — begnügen sich mit einem Hinweis auf die entsprechenden Bestimmungen des SchKG. und der Beifügung einer Strafdrohung³.

Da die Kantone für ihre Strafbestimmungen die Tatbestände aus dem Bundesgesetz zu übernehmen hatten, ergab sich im großen ganzen für dieses Gebiet materielle Einheitlichkeit. Auch für das eidg. StGB. war der Weg vorgezeichnet. Die nachfolgende Darstellung kann sich daher auf eine Erörterung der Art. 323/324 des G. beschränken⁴.

III. Ungehorsam des Schuldners (Art. 323). 1. SchKG. Art. 91 I und Art. 163 verpflichten den Schuldner unter Strafandrohung, bei der Pfändung und bei der Aufnahme eines Güterverzeichnisses im Konkurs-

¹ WACH: VD. Bes. Teil, 8, 25f., 91 nennt sie Prozeßdelikte.

² Z. 2, 340f., 299ff. (bemerkenswerte Erläuterungen und Hinweise auf frühere kantonale Rechte). Zu Art. 323/324 des G. ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 460ff.; Prot. II. ExpKom. 7, 56ff., 331f.; 8, 317f.

³ Als Beispiel Aargau § 40 I: Der betriebene Schuldner, welcher die ihm durch die Art. 91, 163, 222 und 229 des Bundesgesetzes auferlegten Pflichten verletzt, wird mit einer Geldbuße bis auf Fr. 30 bestraft. Texte der kantonalen Rechte bei BRAND und WASEM: Sammlung der kantonalen Einführungsgesetze zum SchKG. (1904), 207ff.

⁴ Art. 326 enthält die dem Art. 172 entsprechende Bestimmung: Juristische Personen und Handelsgesellschaften; dazu oben § 59 III 5.

verfahren anwesend zu sein oder sich vertreten zu lassen¹. Nach Art. 229 I hat der Konkurschuldner während des Verfahrens zur Verfügung der Konkursverwaltung zu stehen, soweit er nicht durch besondere Erlaubnis von dieser Pflicht befreit wird. Er hat grundsätzlich beim Konkursverfahren mitzuwirken.

2. Bei einer Pfändung hat der Schuldner seine Vermögensgegenstände, seine Forderungen und andern Rechte soweit anzugeben, als dies zu einer genügenden Pfändung nötig ist (SchKG. Art. 91). Der Arrestschuldner ist zur Angabe verpflichtet, soweit die Arrestvollziehung es erfordert (Art. 275, 91). Nach Art. 163 II und 91 hat der Schuldner bei der Aufnahme eines Güterverzeichnisses sein Vermögen vollständig anzugeben. Das gleiche gilt für die Aufnahme des Konkursinventars mit der weitern Pflicht des Schuldners, sein Vermögen dem Konkursamt zur Verfügung zu stellen (Art. 222 I und III).

3. Diese Gebote liegen den Straftatbeständen zugrunde, die in Art. 323 Ziff. 1—5 mit der Strafdrohung: Haft bis zu 14 Tagen oder Buße aufgestellt sind. Bloße Fahrlässigkeit bleibt straflos. — Bei der Verletzung der Angabepflichten wird die Grenzziehung zwischen Ordnungswidrigkeiten und den Verbrechen des betrügerischen Konkurses und des Pfändungsbetruges (Art. 163/164) von Bedeutung². Entscheidend ist das subjektive Moment: Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug setzen den Vorsatz der Gläubigerschädigung und ein vorsätzliches Täuschen und Verheimlichen voraus. Bei den Übertretungen handelt es sich dagegen um bloße Renitenz³. Die Grenze ist deutlich genug. Aber im Einzelfall ist sie, da es sich um die Feststellung und Wertung innerer Vorgänge handelt, nicht immer leicht zu ziehen.

IV. Ungehorsam dritter Personen: Art. 324 mit der Strafdrohung: Buße.

1. Strafbar ist, im Anschluß an SchKG. Art. 222 II und III, die erwachsene Person, die im Konkurs eines gestorbenen oder flüchtigen Schuldners, mit dem sie in einem Haushalt lebte, nicht alle Vermögensstücke angibt, obwohl sie das Konkursamt auf diese Pflicht aufmerksam gemacht hat (Strafbarkeitsbedingung). — Im Hintergrund steht auch hier der Tatbestand des betrügerischen Konkurses (Art. 163 Ziff. 2),

¹ Ein solches Gebot fehlt für die Inventaraufnahme beim Nachlaßvertrag (SchKG. Art. 299). ZÜRCHER: Z. 2, 300 Anm. 1 erklärt das mit dem Hinweis auf Art. 298 II, wonach gegenüber einem fehlbaren und renitenten Schuldner die Nachlaßstundung widerrufen werden kann.

² Verletzung der Verfügungsverbote bei der Pfändung (SchKG. Art. 96 I) und bei andern amtlich aufgezeichneten Sachen stellt immer das Vergehen des Verstrickungsbruches (G. Art. 169) dar; oben § 64. Ergänzende Übertretungstatbestände kommen hier nicht in Betracht.

³ ZÜRCHER: Z. 2, 308f.

wenn der Dritte zum Vorteil des Schuldners vorsätzlich verheimlicht, verschweigt, beseitigt usw.

2. Strafbar ist, anschließend an SchKG. Art. 232 II Ziff. 3, der Schuldner des Konkursiten, der trotz ergangener Aufforderung es unterläßt, sich binnen der Eingabefrist anzumelden.

3. Strafbar ist endlich, wer Sachen des Gemeinschuldners als Pfandgläubiger oder aus andern Gründen besitzt und sie trotz ergangener Aufforderung binnen der Eingabefrist dem Konkursamt nicht zur Verfügung stellt (SchKG. Art. 232 II Ziff. 4).

V. Im Verhältnis zu Art. 292 des G.: Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen und zu entsprechenden Bestimmungen bisheriger kantonaler Rechte — z. B. Zürich § 80, Zug § 44, Baselstadt § 52 — stellen die Ungehorsamstatbestände zum Konkurs- und Betreibungsrecht Spezialnormen dar, deren Aufstellung durch Art. 25 Ziff. 3 des SchKG. ausdrücklich vorgeschrieben wurde¹.

Besondere Disziplinarstrafbestimmungen gegenüber Konkurs- und Betreibungsbeamten und -angestellten enthält Art. 14 II des SchKG.

IV. Delikte gegen immaterielle Güterrechte.

Vorbemerkungen.

1. Der übliche, aber wenig bezeichnende Ausdruck immaterielle Güterrechte bedarf der Erklärung. Was heißt immaterielle Rechte? Rechte an Dingen, die nicht mit Händen zu greifen sind. Aber entscheidend ist hier nicht dieses Negative, sondern das Positive, daß es sich um Rechte besonderer Art handelt, die dem Menschen um seiner Persönlichkeit willen zustehen — Persönlichkeitsrechte, die sich für den einzelnen aus seinen wirtschaftlich-geschäftlichen Verhältnissen, in bestimmten Fällen auch aus seinen geistigen Potenzen ergeben. Aber der Kreis ist, wenn der hier zu gewährende strafrechtliche Schutz erklärt werden soll, enger zu ziehen. Es handelt sich um Persönlichkeitsrechte mit Vermögenswert². Das rechtfertigt die Einstellung der in Betracht zu ziehenden Straftatbestände bei den Vermögensdelikten. Der strafrechtlich weit zu fassende Vermögensbegriff, für den die Beschränkung auf in Geld abschätzbare Güter als nicht ausreichend zu gelten hat (s. oben

¹ ZÜRCHER: Z. 2, 307f weist nach, daß die kantonalen Tatbestände: Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen auf die Fälle des betreibungsrechtlichen Ungehorsams nicht passen. Das trifft auch für Art. 292 des G. zu (verbo: „Wer der . . . unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet.“).

² ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 163; HEROLD (Lit. zu § 69): 36ff. HUBER (Lit. zu § 67): 57ff., 74 weist den immateriellen Güterrechten, insbesondere dem Kredit, eine Stellung zwischen den Vermögensrechten und den reinen immateriellen Güterrechten zu. Sein Vermögensbegriff (54) ist zu eng.

§ 42 II), spielt hier seine Rolle. Namentlich bei den zum Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, des Kredites in bestimmten Fällen, der Urheberrechte usw. aufgestellten Straftatbeständen ist aber der Gedanke des Persönlichkeitsschutzes nicht beiseite zu schieben¹. Nur dadurch wird man diesen Bestimmungen gerecht.

2. Die weitgehende Ausgestaltung des Persönlichkeitsschutzes, wie sie namentlich durch Art. 28 des ZGB. und nach der vermögensrechtlichen Seite durch OR. Art. 48 (unlauterer Wettbewerb) und Art. 49 (Genugtuungsleistung bei Verletzung in den persönlichen Verhältnissen) geschaffen worden ist, läßt die Frage nach der Notwendigkeit von Strafbestimmungen begreiflich erscheinen². Aber das Bedürfnis, unter bestimmten Voraussetzungen gegen Angriffe auf sog. immaterielle Güterrechte auch strafrechtlich vorzugehen, besteht. Doch ist die strafgesetzegeberische Lösung, weil die Gefahr einer Überspannung droht, besonders schwierig. Die Straftatbestände sind eng zu fassen, auf besonders krasse Fälle zu beschränken.

Zwei Gruppen zeichnen sich ab: Strafbestimmungen zum Schutz des ehrlichen Handels, im einzelnen die Tatbestände der Kreditschädigung, des unlauteren Wettbewerbes und bestimmter Geheimnisverletzungen. Sie sind in der Hauptsache Teile eines Handelsstrafrechts; vgl. oben § 52 III und VIII. Sie sollen vor allem die wirtschaftliche Persönlichkeitssphäre des Handels- und Gewerbetreibenden schützen helfen³. Auf der andern Seite Schutz der Urheberrechte auf literarischen, künstlerischen und technischen Gebieten, dem sich der Schutz der Warenbezeichnungen, Muster und Modelle anschließt. Wenigstens beim Urheberrecht steht der Schutz der geistigen Persönlichkeit im Vordergrund.

Die strafrechtlichen Bestimmungen des Urheberrechts und des Rechts der Warenbezeichnungen, Muster und Modelle sind der Nebengesetzgebung überwiesen. Das ist deshalb richtig, weil diese Strafnormen nicht aus ihrer engen Verbindung mit zivil- und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen gelöst werden sollen. Dieser Teil des immateriellen Güterstrafrechts wird in der nachfolgenden Darstellung nur skizziert; unten

¹ Schön darüber JOSEF KOHLER in seinem dem Schweizer. Bundesgericht gewidmeten Buch: *Der unlautere Wettbewerb* (1914), 17ff. Vgl. auch HUBER: 58ff.: der Kredit ein Individualrecht als Produkt der kommerziellen Tüchtigkeit, der Umsicht und Gewissenhaftigkeit seines Trägers; anderer Meinung SCHAPIRA (Lit. zu § 67): 5ff. (reine Vermögensrechte).

² Vgl. die Einwände von WETTSTEIN und STUDER: Prot. II. ExpKom. 2, 379.

³ Gut GOLDSTEIN (Lit. zu § 68): 13ff. zum Tatbestand der Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen. Scharf gegen die Auffassung, daß es sich um den Schutz von Persönlichkeitsrechten handelt, SCHAPIRA: 11ff. Es handelt sich nach ihm nur um den Schutz von Vermögensrechten.

§ 69. Unabgeklärt ist aber auch, ob es gelingt, Tatbestände des unlautern Wettbewerbs so kurz, umfassend und prägnant zu formulieren, daß die Einfügung in das StGB. sich rechtfertigt; unten § 68. Dagegen besteht kein Zweifel, daß der Tatbestand der Kreditschädigung in das Gesetzbuch übernommen werden kann.

3. Die Tatbestände des Immaterialgüterstrafrechts sind fast durchgängig als Gefährdungsdelikte in dem Sinne gestaltet, daß ein Vermögensschaden nicht nachgewiesen werden muß. Das ist ein weiteres Zeichen dafür, daß auch der Schutz der Persönlichkeitsrechte eine Rolle spielt.

4. Bei der engen Verbundenheit des zivilrechtlichen mit dem strafrechtlichen Schutz der immateriellen Güterrechte ist das Verhältnis der beiden Sanktionen, die gegenüber Verletzungen möglich sind, abzuklären. Nach ZGB. Art. 28 I kann, wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, lediglich auf Beseitigung der Störung klagen. Die Ergänzung liegt in Art. 49 des OR.: bei Verschulden des Verletzten Anspruch auf Schadensersatz, eventuell auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung oder auf eine andere Art der Genugtuung. Bei unlauterem Wettbewerb kann auf Einstellung des unlauteren Geschäftsgebarens und im Fall des Verschuldens auf Schadensersatz geklagt werden (OR. Art. 48). Erfüllt jedoch der Täter einen der Straftatbestände, so ergibt sich die strafrechtliche Sanktion völlig unabhängig von den zivilrechtlichen Normen und Entscheidungen. Das gilt — gegenseitig für das Verhältnis Zivilrichter—Strafrichter — hinsichtlich der Sachverhalte und ihrer Bewertung, aber auch für die Voraussetzungen — Beurteilung der Schuld, der Zurechnungsfähigkeit usw. (OR. Art. 53)¹.

§ 67. Kreditschädigung und -gefährdung.

Literatur. HUBER: Der Credit (Creditanwartschaft) als selbständiges Rechtsgut, Zürcher Diss. (1905). — RIESER: Die kaufmännische Auskunftserteilung im Privat- und Strafrecht, Zürcher Diss. (1908), 99ff., 114ff. — SPECKER: Die Persönlichkeitsrechte, Zürcher Diss. (1911).

I. Der Kredit als rechtlich geschütztes Gut ist ein Vermögensrecht mit persönlicher Note. Kredit besitzt, wer das Vertrauen in seine Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit genießt². Jeder, der im

¹ Abklärung dieser Verhältnisse, vom Zivilrichter aus gesehen, durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung: BE. 42 II, 591: keinerlei Bindung des Zivilrichters an ein vorangegangenes Strafurteil; 48 II, 484: der zivilrechtliche Genugtuungsanspruch besteht unabhängig von einem Strafurteil. Immerhin wird in BE. 41 II, 445 und 42 II, 596 betont, daß auch schon in einer strafrechtlichen Verurteilung des Täters für den Verletzten eine Genugtuung (vgl. OR. Art. 49 II) gesehen werden kann. Siehe auch EGGER: Kommentar Personenrecht (2. Aufl.), Art. 28, N. 11 und dort Zit.

² HUBER: 9ff. mit Hinweisen auch auf nationalökonomische Literatur; BE. 31 II, 245; Z. 46, 115 (Baselstadt).

Lebens- und Vermögensverkehr steht, jeder Mensch, kann Träger dieses Rechtsgutes sein¹, vor allem aber der Handels- und Gewerbetreibende. Kein Zweifel besteht, daß auch organisierte Gemeinschaften, insbesondere die handelsrechtlichen Gesellschaften, die Kreditfähigkeit besitzen, also Objekt einer Kreditschädigung oder -gefährdung sein können. Die Streitfragen, die im Ehrverletzungsrecht hinsichtlich der Beleidigungsfähigkeit der Personenverbände bestehen (oben § 36 VIII 3), haben hier keinen Raum². Die Erklärung ist einfach: Es handelt sich nicht um die Frage, wer „Ehre“ haben kann, sondern um die andere, wem ein Vermögenswert von bestimmter immaterieller Art zukommt³. Die persönliche Note, die immerhin eine gewisse Beziehung zwischen Ehre und Kredit herstellt, liegt darin, daß das Vorhandensein oder das Fehlen der Kreditfähigkeit, namentlich in der Frage der Zahlungswilligkeit, auch die gesellschaftliche Geltung einer Person berühren kann⁴.

II. Ehre und Kredit, Ehrverletzung und Kreditschädigung, sind in der Gesetzgebung auseinanderzuhalten. Jemand mit einem moralisch schlechten Ruf kann Kredit genießen, und dem „Ehrenmann“ kann die Zahlungsfähigkeit, die ihm Kredit verschafft, fehlen⁵. Leicht möglich ist allerdings, daß im Einzelfall ein Angriff auf den Kredit eine Ehrverletzung in sich schließt (Idealkonkurrenz)⁶, und daß in der Praxis die Grenzen zwischen Beleidigung und Kreditschädigung nicht immer leicht zu ziehen sind.

Die gesetzgeberische Trennung zwischen Ehrverletzung und Kreditschädigung ist erst spät gelungen. Baselstadt § 131 I hat in Anknüpfung an § 187 des deutschen StGB. die Kreditgefährdung als einen besondern Fall der Verleumdung hervorgehoben. Das ist selbständig auch schon im StGB. von Wallis von 1858 Art. 275, geschehen. Zug § 89 und Solo-

¹ SPECKER: 112ff., der aber unzutreffend die Kreditschädigung in der Ehrverletzung aufgehen läßt.

² Gut St. Gallen, Amtsbericht des Kantonsgerichtes, 1932, Entscheidungen, Nr. 14: Kreditschmälerung gegenüber einer Kommanditgesellschaft (StGB. Art. 106 Ziff. 1); vgl. auch BE. 11, 203f.; HUBER: 61; BINDING: Lehrbuch, 1, 160, 499.

³ Dazu auch ZGB. Art. 53: Rechtsfähigkeit der juristischen Personen.

⁴ GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 378: „Si l'honneur est la bonne réputation au point de vue moral, le crédit est la bonne réputation au point de vue . . . de la situation économique.“ Ferner SPECKER: 115ff.: Der Kredit der wirtschaftliche Leumund einer Person. Zu eng die Auffassung, daß er nur ein Persönlichkeitsgut, kein Vermögensgut ist. Vgl. auch VINASSA (Lit. zu § 68): 82ff.

⁵ Prot. II. ExpKom. 2, 379f. (STUDER und THORMANN).

⁶ Beispiel: X behauptet wider besseres Wissen, der Kaufmann Y habe es durch Verschwendung und leichtsinnigen Lebenswandel so weit gebracht, daß er vor dem geschäftlichen Zusammenbruch stehe (Verleumdung und Kreditschädigung). Andererseits: die wissentlich unwahre Behauptung, Y stehe vor dem Zusammenbruch, stellt für sich allein nur eine Kreditschädigung oder -gefährdung dar. Vgl. auch HUBER: 51ff.; BINDING: Lehrbuch, 1, 499.

thurn §§ 129 I und 133 Ziff. 1 gehen insofern weiter, als sie die Kreditgefährdung nicht nur im Verleumdungstatbestand, sondern auch bei der üblen Nachrede berücksichtigen. Nach St. Gallen Art. 106 Ziff. 1 und Art. 107 Ziff. 1 könnte sich nach der Wortauslegung eine „Kreditschmälerung“ sogar in der Form der direkten Beschimpfung erfüllen. Aber das ist praktisch ausgeschlossen, weil das Kreditdelikt Rufgefährdung ist, also voraussetzt, daß der Täter seine Behauptungen Dritten gegenüber äußert. Die eidg. VE. haben zwar die Kreditschädigung von Anfang an aus den Beleidigungstatbeständen herausgelöst, aber sie zeigen Unsicherheit in der systematischen Einfügung des Deliktes: der VE. 1894 Art. 77 hat es bei den Vermögensdelikten, der VE. 1903 Art. 104 bei den Ehrverletzungen eingestellt. Im G. Art. 160 und auch schon in Freiburg Art. 97 hat die Kreditschädigung endlich den ihr gehörenden Platz im Vermögensstrafrecht gefunden¹.

III. Da die Kreditschädigung wie die Ehrverletzung, von der tätlichen Beschimpfung abgesehen, ein Gedankenäußerungsdelikt ist, fragt es sich, ob für die Art der Verübung gesetzgeberisch weitgehend Übereinstimmung der Tatbestände herbeigeführt werden soll. Das Problem zeigt sich deutlich in bisherigen Rechten: Kreditschädigung nur in der Form der Verleumdung, d. h. nur bei Behauptungen wider besseres Wissen (Beispiel: Baselstadt § 131 I), oder auch in der Form der üblen Nachrede (z. B. St. Gallen Art. 106 Ziff. 1 und Art. 107 Ziff. 2)? Freiburg Art. 97 und das eidg. G. Art. 160 haben die Loslösung der Kreditschädigung von der Ehrverletzung, aber auch vom unlauteren Wettbewerb richtig durchgeführt. Jedermann, auch ein Nichtmitbewerber, kann das Delikt verüben². Hinsichtlich der Begehungsart ergibt sich folgende Lösung:

1. Der Täter muß böswillig den Kredit eines andern erheblich geschädigt oder ernstlich gefährdet haben. Darin liegen, namentlich auch verglichen mit den Beleidigungstatbeständen, mehrfache Einschränkungen: Vorsatz genügt nicht. Böser Wille als Beweggrund muß festgestellt werden. Ob eine erhebliche Schädigung oder eine ernstliche Gefährdung eingetreten ist, hat der Richter nach freiem Ermessen zu bestimmen. Eine Unsicherheit in der Tragweite des Tatbestandes ergibt sich. Unsicher ist auch eine Grenzziehung zwischen Schädigung und Gefährdung des Kredites. Hat der Kredit, ein sehr empfindliches Rechtsgut, der ernstlich gefährdet wird, nicht bereits Schaden erlitten?³ Aus

¹ Weitere Daten zur geschichtlichen Entwicklung bei HUBER: 3ff., 48ff.,; ferner PASSOW: Die Kreditgefährdung in historischer, dogmatischer und kritischer Darstellung (1902), 1f.

² DAVID: Z. 42, 101.

³ HUBER: 18, 49ff. Es wäre ausreichend, nur von der Kreditgefährdung zu reden.

den Einschränkungen ergibt sich mit Bestimmtheit wenigstens so viel, daß der Straftatbestand mit aller Zurückhaltung angewendet werden und daß die zivilrechtliche Hilfe (OR. Art. 41, 49, auch ZGB. Art. 28) im Vordergrund stehen soll¹.

2. Der Täter muß unwahre Tatsachen behaupten oder verbreiten, die ein Kreditschädigung oder -gefährdung bewirken. Im übrigen gilt hinsichtlich der Tatsachenbehauptung und -verbreitung gleiches wie bei den Ehrverletzungen. Tatsachenbehauptung ist auch durch Unterlassung, z. B. durch Schweigen, wenn eine aufklärende Äußerung Pflicht wäre, möglich; oben § 37 I 2 und 3. Der Täter kann seine kreditschädigende Behauptung durch Wort, Schrift oder Bild, aber auch durch jedes andere zu einer Gedankenäußerung geeignete Mittel zum Ausdruck bringen; vgl. Art. 176. — Da die Kreditschädigung nur strafbar ist, wenn der Täter objektiv Unwahres behauptet oder verbreitet, befreit die Leistung des Wahrheitsbeweises von Strafe². Andererseits kann sich der Täter, wenn der Wahrheitsbeweis nicht gelingt, nicht darauf berufen, er habe berechnete Interessen wahrnehmen wollen. Die Wahrnehmung solcher Interessen genügt nicht, um Lügen zu rechtfertigen; oben § 39 IV 1.

3. Namentlich im Hinblick auf bisherige Rechte ist die Frage von Bedeutung, ob die Kreditschädigung nur in der Verleumdungsform oder auch in der Form der üblen Nachrede erfaßt werden soll. Zwischen G. Art. 160 und Freiburg Art. 97 besteht hier ein Unterschied. Das G. verlangt, daß die kreditschädigende Äußerung wider besseres Wissen erfolgt sein muß. Das ist die Verleumdungsformel (oben § 37 II). Freiburg geht weiter. Neben der verleumderischen Kreditschädigung — obwohl der Täter „die Unwahrheit seiner Behauptungen kennt“ — nennt der Art. 97 den weiteren Fall, daß der Täter die Wahrheit seiner Behauptungen „nicht genügend nachgeprüft hat“. Das ist Kreditschädigung in der Form übler Nachrede, wie sie in mehreren bisherigen Rechten vorgesehen ist. Strafbar ist danach auch der gutgläubige, aber leichtfertig behauptende Täter. Immerhin muß ihm nach der Fassung von Freiburg noch seine Böswilligkeit, der Wille, aus niedrigen Motiven zu schaden, nachgewiesen werden. Damit ist die Gefahr einer strafrechtlichen Über-

¹ Zu beachten, daß auch nach OR. Art. 49 die Verurteilung zur Leistung einer Genugtuung bei einer Verletzung in den persönlichen Verhältnissen die „besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens“ voraussetzt; vgl. BE. 23, 1148; BECKER: Kommentar OR. Art. 49, Nr. 7f.; HUBER: 27ff., 34ff. und dort zitierte ältere Literatur; WEISS: Sammlung von Entscheidungen zum ZGB. und OR. 3 I, 1498.

² HUBER: 70. Im Einzelfall bleibt die Frage offen, ob nicht, trotzdem die Wahrheit einer Behauptung bewiesen wird, wegen Formalbeleidigung gestraft werden kann; vgl. oben § 38 II, § 39 II 2.

spannung beseitigt¹. Kriminalpolitisch ist es wohl ausreichend, nur die verleumderische Kreditschädigung mit Strafe zu bedrohen und im übrigen sich mit zivilrechtlichen Sanktionen zu begnügen².

4. Art. 160 des G. bedroht die Kreditschädigung gleich wie die Verleumdung mit Gefängnis oder Buße. In Freiburg Art. 97 ist daneben auch die Haftstrafe vorgesehen, womit leichtern Fällen bloßer Übertretungscharakter zugeschrieben wird. Bei der Kreditschädigung kann die Urteilsveröffentlichung (G. Art. 61), unter Umständen auch die Veröffentlichung eines freisprechenden Urteils, womit ein Kreditunwürdiger an den Pranger gestellt wird, von Nutzen sein. — Die Kreditschädigung ist Antragsdelikt³. In den bisherigen Rechten, die das Delikt in den Ehrverletzungstatbeständen aufgehen lassen, geschieht die Verfolgung im Privatstrafklageverfahren. Das ist für die kantonalen Prozeßrechte auch im Hinblick auf Art. 160 des eidg. G. zu erwägen⁴.

5. Kreditschädigung und -gefährdung treten in den Kreis der Tatbestände des unlautern Wettbewerbes, wenn sie Mittel zur Schädigung von Konkurrenten sind; unten § 68.

IV. Einen an Art. 160 des G. anknüpfenden Sondertatbestand enthält Art. 48 des BGes. von 1934 über die Banken und Sparkassen. Die zum Schutz des „Kredites einer Bank“ aufgestellte Bestimmung fordert nicht Böswilligkeit. Es genügt, daß der Täter wider besseres Wissen unwahre Tatsachen behauptet oder verbreitet, woraus sich in der Regel auch seine Böswilligkeit ergeben wird. Jede Kreditschädigung oder -gefährdung — nicht nur die „erhebliche“ — erfüllt den Tatbestand. Die Strafdrohung ist eingegrenzter als in Art. 160 des G.: Buße bis zu 20000 Fr. oder Gefängnis bis zu 6 Monaten mit der Möglichkeit, die beiden Strafen zu verbinden⁵.

¹ Das ist von besonderer Bedeutung für die Tätigkeit von Auskunftfeien, für die kaufmännische Auskunfterteilung überhaupt, die häufig Gefahr läuft, den Kredit einer Person zu schädigen. Dazu HUBER: 71 ff., 77 und besonders RIESER: 99 ff., 114 ff.; Zürcher Bl. 19, Nr. 106 (zivilrechtlicher Entscheid: Aufnahme eines Schuldners in die von einem Kreditschutzverein herausgegebene schwarze Liste).

² So auch HUBER: 63 ff., 76.

³ Der Vorschlag von HUBER: 75 f., 78, Verfolgung von Amts wegen eintreten zu lassen, „wenn das Delikt begangen wurde gegen eine Bank oder ein großes Unternehmen, so daß durch dasselbe die Interessen größerer Kreise verletzt und eine Unsicherheit im Handels- und Verkehrsleben verursacht wurde“, ist gut gemeint, aber praktisch bedenklich; s. unten IV.

⁴ Die kantonalen Rechte haben freie Hand. Die zu enge Bestimmung in Art. 385 II des eidg. E. 1918, wonach nur für die Verfolgung von Tötlichkeiten und Ehrverletzungen den Kantonen ein Privatstrafklageverfahren anheimgegeben wurde, ist gestrichen worden.

⁵ Das Gesetzesmaterial zu dieser Bestimmung ist wenig aufschlußreich: BBl. 1934 I, 189; StenBull. StR. 1934, 270; StenBull. NR. 1934, 715 ff. Die Bemerkung des Berichterstatters, daß auch die fahrlässige Verbreitung falscher Gerüchte von der Bestimmung getroffen werde (717), ist irrig.

§ 68. Unlauterer Wettbewerb.

Literatur. WEISS: Die concurrence déloyale, ihr Begriff und ihre Behandlung im Zivil- und Strafrecht (1894) und Z. 8, 293ff. — SIMON: Gleicher Titel (1894). — SCHULER: Die concurrence déloyale und ihre Beziehungen zu Name, Firma, Marke, Fabrik- und Geschäftsgeheimnis, Zürcher Diss. (1895). — VALLOTTON: La concurrence déloyale et la concurrence illicite, Lausanner Diss. (1895). — MEILI: Der gesetzgeberische Kampf gegen Schädigungen im Bauhandwerk, in der illoyalen Konkurrenz usw. (1901). — MICHAEL MARTIN KOHLER: Das Verbrechen des unlauteren Wettbewerbs (1901), namentlich 35ff. — KORRODI: Die strafrechtliche Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Zürcher Diss. (1907). — GYGAX: Unlauterer Wettbewerb in Handwörterbuch der Schweizer. Volkswirtschaft, 3, 1122ff. — JOSEF KOHLER: Der unlautere Wettbewerb (1914), namentlich 67ff. — GERMANN: Vorarbeiten zur eidg. Gewerbegesetzgebung (1927), auch in Gesetzgebung und Rechtspraxis des Auslands, 1926, 210ff. und in der Festschrift für Carl Wieland (1934), 79ff. — IMBACH: Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs nach Luzerner Recht usw., Berner Diss. (1929). — MOROSOW: La concurrence illicite en droit suisse, Lausanner Diss. (1930). — DAVID: Z. 42, 92ff. — CANNER: JZ. 26, 337ff. — WOLF: JZ. 31, 145ff. — TEITLER: eodem, 291ff. Vgl. ferner VINASSA: Die Kundschaft, Berner Diss. (1925). — HIRZEL: Das Schmiergelderunwesen, Zürcher Diss. (1930). — BÜHLER: Die zivilrechtliche Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs in der Praxis des Bundesgerichts, Zürcher Diss. (1930). — GRÜNPETER: Die Regelung des Ausverkaufswesens, Berner Diss. (1934). — FREY: Der Ausverkauf, Zürcher Diss. (1935). — VAN DAM: Preisunterbietungen als Mißbrauch wirtschaftlicher Macht und als unzulässiger Wettbewerb, Basler Diss. (1935). — SCHAPIRA: Das Unternehmen und seine Kennzeichen, Zürcher Diss. (1935).

I. Unlauterer Wettbewerb ist die unerfreuliche Begleiterscheinung der grundsätzlich gewährleisteten Handels- und Gewerbebefreiheit (BV. Art. 31). Ihr gegenüber unlautern Machenschaften im Handels- und Gewerbebetrieb Grenzen zu setzen, ist eines der schwierigsten gesetzgeberischen Probleme¹. Nicht das Strafrecht, sondern zivilrechtliche Reaktionen gegen die Unlauterkeit und polizeirechtliche Bestimmungen zum Schutze des ehrlichen Handels stehen zunächst im Vordergrund. Nur soweit sich, gegenüber krassen Verletzungen, deren Ungenügen ergibt, hat das Strafrecht einzusetzen. Bevor das richtige Ausmaß einer strafrechtlichen Reaktion bestimmt werden kann, sind daher die Kreise der zivilrechtlichen und der vorbeugenden polizeirechtlichen Hilfen

¹ Über die Entwicklung, die zur Schaffung des die Freiheit einschränkenden Art. 34ter der BV. — „Der Bund ist befugt, auf dem Gebiete des Gewerbewesens einheitliche Bestimmungen aufzustellen“ — geführt haben und über dessen Auslegung BURCKHARDT: Kommentar BV. (3. Aufl.), 290ff. und Schweizer. Bundesrecht, 5, 394ff.; RÄBER: Die rechtliche Tragweite des Art. 34ter der schweizer. BV., Zürcher Diss. (1930); GERMANN: 9f., 64ff. Hauptaufgaben der Gewerbegesetzgebung, soweit sie hier interessiert: Bestimmungen gegen unlautern Wettbewerb, Ausverkäufe, Abzahlungsgeschäfte, Hausierwesen. Anregungen und Vorschläge zur bundesgesetzlichen Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs: eodem, 23ff., 34ff. (Notwendigkeit der umfassenden strafrechtlichen Bekämpfung durch die Bundesgesetzgebung).

abzugrenzen¹. Ist das geschehen, so ergibt sich die weitere Schwierigkeit, die Fälle eines strafwürdigen unlautern Wettbewerbs zu erkennen. Gesetzestechnisch kommt die Frage hinzu, ob es gelingt, über eine kasuistische Gestaltung hinaus einen generellen und zugleich umfassenden Straftatbestand zu bilden. Dazu ist Klarheit über den Begriff des unlautern Wettbewerbs notwendig. Er ist weit zu fassen. Nicht nur der einzelne ehrliche Gewerbetreibende ist gegenüber seinen Mitbewerbern gegen unlautere Praktiken zu schützen, die sich unmittelbar gegen ihn persönlich richten, sondern der Schutz muß sich gegen alle Machenschaften wenden, die geeignet sind, überhaupt den anständigen Handel und damit indirekt den einzelnen zu schädigen und zu gefährden: irreführende Reklame, trügerisches Versprechen von Vergünstigungen usw. Man kann diese Fälle als indirekten unlautern Wettbewerb bezeichnen². Damit reicht das Recht, insbesondere das Strafrecht gegen den unlautern Wettbewerb über den Schutz eines dem Einzelnen zustehenden immateriellen Güterrechts hinaus. Gewisse Erscheinungsformen des unlautern Wettbewerbs sind als Delikte gegen die öffentliche Ordnung anzusprechen³.

II. Die zivilrechtlichen Hilfen gegen den unlautern Wettbewerb stehen im Vordergrund. Sie sind hier nur anzudeuten. Das revidierte OR. Art. 48 hat die generell gefaßte Schutzbestimmung aufgestellt: „Wer durch unwahre Auskündigung oder andere Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigt oder in deren Besitz bedroht wird, kann die Einstellung dieses Geschäftsgebahrens und im Falle des Verschuldens Ersatz des Schadens verlangen“⁴. Die Klage aus Art. 48 geht nur auf Unterlassung und bei Verschulden des Beklagten auf Schadensersatz, doch besteht kein Zweifel, daß, wenn die

¹ Über Selbsthilfeorganisationen von Handel und Gewerbe gegen den unlautern Wettbewerb, GYGAX: 1124ff., 1134.

² Vom unlautern Wettbewerb ist das unlautere Geschäftsgebahren, in einem noch weitern Sinn: unlauteres Verhalten eines Geschäftsinhabers gegenüber der Kundschaft, zu unterscheiden. Bemerkenswert dazu Zürcher Handelskammer, Bericht über das Jahr 1934, 27ff.; vgl. auch SCHAPIRA: 57.

³ Vgl. GERMANN: 24; BE. 26 II, 537 bezeichnet das aus dem Fabrik- und Handelsmarkengesetz von 1890 sich ergebende Verbot, in geschäftlichen Anzeigen der Wahrheit zuwider auf gewerbliche Auszeichnungen (Medaillen, Diplome usw.) hinzuweisen, als prescription de police industrielle; JZ. 10, 328, Nr. 93 (Bern: über falsche Reklame). Gut auch SCHAPIRA: 57ff.

⁴ Dazu die Kommentare des OR. von FICK, von BECKER und von OSER und die dort zitierte Literatur und Rechtsprechung; WEISS: Sammlung eidg. und kantonaler Entscheidungen, 3 I, 1472ff. Kritisch und mit Ergänzungsvorschlägen zu Art. 48 OR.: GERMANN: 27ff., 120ff. und derselbe in der Festschrift für Wieland: 82ff.; vgl. auch VINASSA: 66ff. und namentlich BÜHLER: passim, MOROSOW: 20ff., SCHAPIRA: 49ff.; MAEDER: Der Reklameschutz in der Schweiz (zivilrechtliche), Berner Diss. (1935), insbesondere 84ff.; HEROLD (Lit. zu § 69): 82ff.

Voraussetzung: Verletzung in den persönlichen Verhältnissen gegeben ist, der Verletzte auch auf Grund von ZGB. Art. 28 und OR. Art. 49 vorgehen kann¹. Für eine im allgemeinen Interesse erfolgende Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs reichen diese privatrechtlichen Bestimmungen nicht oder nur ungenügend aus. Sie finden ihre — zunächst privatrechtliche — Ergänzung in den firmenrechtlichen Schutzbestimmungen des OR. (Art. 944ff.)² und durch die Sondergesetze über den gewerblichen Rechtsschutz, insbesondere das BGes. von 1890 betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen (Art. 24, 27) und durch das BGes. von 1900 betreffend die gewerblichen Muster und Modelle (Art. 24)³.

III. Der öffentlichrechtliche — polizei- und strafrechtliche — Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb ist auch in bisherigen Rechten schon in einem weiten Umfang gewährt. Die Übersicht ist erschwert, weil die Bestimmungen in den verschiedensten Sondergesetzen des eidgenössischen und kantonalen Rechtes zerstreut sind.

1. Die eigentliche Strafgesetzgebung gegen den unlauteren Wettbewerb lag bisher bei den Kantonen. Jedoch sind Teilgebiete vom Bundesrecht erfaßt, in der Gesetzgebung zum gewerblichen Rechtsschutz, im Urheber- und Patentrecht usw. Sie enthalten zugleich Wettbewerbsrecht, wenn auch die Bezeichnung unlauterer Wettbewerb nicht verwendet wird; unten § 70. Auch das BGes. von 1923 betreffend Strafbestimmungen zum Handelsregister- und Firmenrecht gehört mit einzelnen seiner Bestimmungen in diesen Kreis; oben § 52 III⁴.

¹ EGGER: Kommentar Personenrecht (2. Aufl.), Art. 28, N. 17 und 63; VINASSA: 74ff. Auch der Schutz gegen eine Namensanmaßung kann hier von Bedeutung werden; VINASSA: 92ff.; MAEDER: 78ff. (Reklameschutz).

² Vgl. MOROSOW: 50ff.; MAEDER: 47ff.

³ Standpunkt des Bundesgerichtes: Neben den Sondergesetzen sind die Bestimmungen gegen den unlauteren Wettbewerb, also namentlich OR. Art. 48, insoweit anwendbar, als die Sondergesetze die Verhältnisse nicht erschöpfend regeln. Die gemeinrechtlichen Bestimmungen gegen den unlauteren Wettbewerb haben hier subsidiäre Geltung. Zusammenstellung der Rechtsprechung bei GERMANN: 71, 255ff.; ALFRED WIELAND: JZ. 23, 211ff.: gegen die bloße Subsidiarität annehmende Auffassung des Bundesgerichtes; neben dem Anspruch aus dem Markengesetz soll dem Verletzten gleichzeitig ein Anspruch aus unlauterem Wettbewerb zustehen (Konkurrenz, nicht Subsidiarität). So jetzt namentlich PFISTER: Untersuchungen über das Verhältnis der Grundsätze über den unlauteren Wettbewerb zu den Bestimmungen der gewerblichen Spezialgesetze, Berner Diss. (1936) und dazu WIELAND: JZ. 33, 78ff. Vgl. ferner MAEDER: 57ff., 65ff. (Schutz der literarisch-künstlerischen und der Marken- und Musterreklame); MERTZLUFFT: Markenschutz und unlauterer Wettbewerb, Zürcher Diss. (1936).

⁴ Weiteres Beispiel: Art. 11 Ziff. 2 des BGes. von 1885 betreffend Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens

2. Die kantonalen Bestimmungen gegen den unlautern Wettbewerb, die zum Teil in den größern Rahmen einer Gesetzgebung über die Handels- und Gewerbepolizei eingefügt sind, zeigen in ihrer weitläufigen Kasuistik die große Kompliziertheit, aber auch die strafrechtliche Unsicherheit des Gebietes¹.

In das StGB. hat nur Freiburg eine umfassende strafgesetzliche Regelung aufgenommen. Art. 98 ist ähnlich wie Art. 161 des eidg. G. gestaltet; unten IV 1. Er richtet sich gegen das Abspenstigmachen der Kundschaft und die Schädigung eines Konkurrenten durch unehrliche Mittel. Er schützt also ein Persönlichkeitsrecht, ein immaterielles Güterrecht, die Kundschaft². Die andere, weiter ausgreifende Seite des indirekten unlautern Wettbewerbes findet ihre Bekämpfung in Art. 99 des freiburgischen StGB.: „Wer durch Anpreisungen oder sonstige Mittel der Veröffentlichung ... wider besseres Wissen darauf ausgeht, beim Publikum den falschen Glauben zu erwecken, es liege ein besonders günstiges Angebot vor, wird ... bestraft.“ Bemerkenswert ist für die Gesetzgebung von Freiburg das Bestreben, durch zwei generell gefaßte Tatbestände das ganze Gebiet zu erfassen. Angefügt wird — gleichfalls unter dem Oberbegriff: unlauterer Wettbewerb — ein besonderer Tatbestand der Verletzung eines Fabrikations- oder Geschäftsheimnisses (Art. 100); unten § 68³.

Die andern Kantone geben, soweit sie überhaupt regeln⁴, eine Ordnung nur in Sondergesetzen. Spezialgesetze gegen unlautern Wettbewerb haben erlassen⁵:

(Eidg. GesSlg. N.F. 8, 171 ff.): unwahre und verschleiernde Darstellung der Geschäftsverhältnisse, Veröffentlichung unwahrer Prospekte. Anwendbar sind hier nicht kantonale Gesetze; BURCKHARDT: Bundesrecht, 3, 80f. (Verhältnis des BGes. zum zürcher. Ges. gegen den unlautern Wettbewerb).

¹ GERMANN: 74 ff. gibt mit Hinweisen auf Gesetzgebung und Rechtsprechung eine vergleichende Darstellung der strafbaren Formen des unlautern Wettbewerbs. Vgl. auch die Aufzählung bei VINASSA: 71 ff. und die Darstellung der kantonalen Rechte bei IMBACH: 28 ff. und bei MOROSOW: 66 ff.; gut auch DAVID: Z. 42, 92 ff.

² Den Charakter der Kundschaft als Persönlichkeitsrecht betont besonders VINASSA: 106 ff. Vgl. auch CANNER: JZ. 26, 338 f.: bereits erworbene Kundschaft als Vermögens- und als Persönlichkeitsrecht. SCHAPIRA: 45 leugnet ein besonderes Recht an der Kundschaft. Er bezeichnet sie als „eine Eigenschaft des Unternehmens und durch das Recht am Unternehmen zu schützen“.

³ Das StGB. von Tessin enthält im Abschnitt: Frodi diverse nel commercio e nelle industrie Bestimmungen gegen Quantitätsverschleierungen (Art. 236) und gegen die Nachahmung fremder Kennzeichen, Marken usw. (Art. 237). Diese Vorschrift ist durch das eidg. Recht überholt.

⁴ Keine Bestimmungen, teilweise abgesehen von einzelnen Normen zur Bekämpfung von Mißbräuchen im Markt-, Hausier- und Ausverkaufswesen, haben Uri, Obwalden, Baselland, Schaffhausen, beide Appenzell und St. Gallen.

⁵ Zusammenstellung unter Hervorhebung der Bestimmungen über den Verbot von Fabrikations- und Geschäftsheimnissen als unlauterer Wettbewerb bei HEROLD (Lit. zu § 69): 91 ff.

Zürich: Ges. von 1911 gegen unlautern Wettbewerb im Handels- und Gewerbebetrieb¹. Die ursprünglich darin enthaltenen Bestimmungen über Ausverkäufe (§ 3) sind später herausgelöst und ersetzt worden durch das Ges. von 1917 über das Ausverkaufswesen mit einer dazu erlassenen VO von 1924 (Zürcher. GesSlg. 30, 523ff.; 33, 1ff.).

Aargau: Ges. von 1911 über Bekämpfung des unlautern Wettbewerbs und unlautern Geschäftsgebarens und das Verfahren bei Ausverkäufen².

Baselstadt: Ges. von 1916 betreffend den unlautern Wettbewerb. Die Strafdrohungen zu den im Ges. aufgestellten Tatbeständen finden sich im StGB. §§ 152ff. und im PolStG. § 166³.

Genf: Loi de 1927 sur la concurrence déloyale, les liquidations et les ventes au rabais, in Ersetzung des frühern Ges. von 1917/1922 sur la concurrence déloyale⁴.

Neuenburg, das bereits 1904 ein Ges. sur la concurrence déloyale et les liquidations erlassen und es durch ein gleichnamiges Ges. von 1922 ersetzt hat⁵.

Zug: Ges. von 1930 betreffend den unlautern Wettbewerb⁶.

Im Rahmen einer umfassenderen Handels- und Gewerbegesetzgebung haben über den unlautern Wettbewerb insbesondere bestimmt:

Schwyz: Ges. von 1902 über die Ausübung der Handelsgewerbe. Der Abschnitt „Allgemeine Handelspolizei“ (§§ 2—9) enthält die Vorschriften gegen den unlautern Wettbewerb⁷. Eine Ordnung gleicher Art hat

Luzern im Ges. von 1912 betreffend die Handelspolizei (§§ 1—7)⁸.

Nidwalden hat sich 1914 das Ges. über den Hausierverkehr, das Verfahren bei Ausverkäufen und die Bekämpfung unlautern Geschäfts-

¹ Gesetzestext mit kurzen Erläuterungen von GEORG COHN: Z. f. das ges. Handelsrecht, 69, 202ff.

² Aargauische Strafgesetze, herausgegeben vom Regierungsrat (1933), 133ff.

³ Erlasse betreffend die Strafrechtspflege für den Kanton Baselstadt (1932), 60f., 126f.

⁴ MOROSOW: 72f. — Über die bemerkenswert frühe Entwicklung des Genfer Wettbewerbsstrafrechts IMBACH: 37ff. Insbesondere beachtlich ein dort zitiertes Urteil von 1906, das deutlich unterscheidet zwischen unlauterem Wettbewerb im engeren Sinne (dénigrement d'un concurrent) und unlauterem Wettbewerb im weitern Sinne (fait de chercher, par des indications mensongères, à grossir aux yeux du public la valeur d'un produit ou d'une maison et à détourner aussi la clientèle des concurrents).

⁵ IMBACH: 39f.; MOROSOW: 71f. Text des Ges. Z. 18, 495ff.

⁶ Zuger GesSlg. 12, Nr. 67.

⁷ Vgl. Z. 17, 291ff.

⁸ Gesetzestext und kurze Erläuterung von GEORG COHN: Z. f. das gesamte Handelsrecht, 73, 263ff. und namentlich die eingehende Untersuchung von IMBACH: 3ff., 83ff. über die Entwicklung der Bekämpfung des unlautern Wettbewerbs im Kanton Luzern und über das Gesetz selbst.

gebarens gegeben¹. Das Wettbewerbsstrafrecht ist in den §§ 31—36 enthalten.

Waadt: Die Loi de 1920 sur la police de commerce enthält das Wettbewerbsstrafrecht in den Art. 17—19².

Glarus verbietet im Ges. von 1922 über die Handelspolizei (Revision von 1933) die Anwendung von Treu und Glauben im Verkehr widersprechenden oder einen schwindelhaften Charakter tragenden Mitteln, die zur Anpreisung des eigenen Geschäftes oder zur Herabsetzung des Konkurrenten dienen sollen (§ 26).

Wallis: Loi de 1923 sur l'exercice du commerce. Das Wettbewerbsstrafrecht ist in den Art. 5—14 geordnet.

Bern: Ges. von 1926 über den Warenhandel, das Wandergewerbe und den Marktverkehr (Art. 4ff.)³.

Tessin: Legge del 1926 regolante l'esercizio del commercio (Art. 2ff.).

Graubünden: Ges. von 1929 über die Ausübung von Handel und Gewerbe (Art. 36)⁴.

In der Anlage stimmen die kantonalen Wettbewerbsrechte weitgehend darin überein, daß sie den unlautern Wettbewerb im weitern Sinne (indirekter unlauterer Wettbewerb: oben I i. f.): irreführende Reklame, trügerische Versprechungen usw. in den Vordergrund stellen, ferner darin, daß sie zwar eine generelle Tatbestandsumschreibung versuchen, aber sie durch beispielsweise Aufzählung von Einzelfällen ergänzen. Die Möglichkeiten, unlautern Wettbewerb zu treiben, sind ungeheuer groß. Geschäftliche Schlaueit findet immer wieder neue Wege⁵. Schon die in den Gesetzen als Beispiele genannten Mittel sind zahlreich: irreführende Geschäfts- und Warenbezeichnungen, die namentlich zu Verwechslungen Anlaß geben können; Anmaßung von Titeln und Auszeichnungen eines andern; Herabsetzung eines Konkurrenten, sog. dénigrement oder Anschwärzung, eine der direktesten Arten des unlautern Wettbewerbs; Verleitung von Angestellten eines Konkurrenzgeschäftes zum Verrat von Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen; wahrheitswidrige Anpreisung

¹ Text: Z. 31, 228ff.

² IMBACH: 42f.; MOROSOW: 77f.

³ Entwürfe schon 1914 und 1922. Das Gesetz ist unter mühsamen Kämpfen zustande gekommen; vgl. IMBACH: 44ff.

⁴ Zusammenstellung der kantonalen Erlasse zur Förderung der Gewerbe (bis 1926): GERMANN: 235ff.; die ältere kantonale Gesetzgebung gegen unlautern Wettbewerb (bis 1907) bei KORRODI: VIIIf., 37ff., 46ff. Die ältern Texte ferner bei GYGAX: 1134ff. und bei JOSEF KOHLER: 69ff. JOSEF KOHLERS Buch enthält weiteres rechtsvergleichendes Material in reichem Maße.

⁵ Bezeichnend eine in mehreren Gesetzen vorkommende Bestimmung, wonach der Regierungsrat gegen neue im Gesetz nicht ausdrücklich genannte Formen des unlautern Wettbewerbs auf dem Verordnungswege vorgehen kann; z. B. § 7 des Luzerner Handelspolizeigesetzes.

von Waren und gewerblichen Leistungen; Führung erfundener Titel und Auszeichnungen; Ankündigung des Verkaufs von Waren, die aus einer Konkurs- oder Pfändungsmasse stammen, aber nicht mehr zur Masse gehören, wobei der Anschein erweckt wird, es handle sich um Zwangsvollstreckungsverkauf; Quantitäts- und Qualitätsverschleierungen; Lockartikel und Schleudern; Verkauf nach Hydra-, Schneeballen-, Gutscheine- und Sparsystemen; Bestechung von Angestellten eines Geschäftes, um bei Aufträgen vor den Konkurrenten bevorzugt zu werden¹. Diese und noch andere unlautere Wettbewerbsweisen finden sich in der Gesetzgebung kunterbunt durcheinandergewürfelt. Sie zeigen die Schwierigkeit, eine umfassende Ordnung zu treffen. — Besonders hinzuweisen ist noch auf eine zu §§ 1 und 2 des Zürcher Wettbewerbsges. weitgehend entwickelte Rechtsprechung, wonach diese Bestimmungen auch auf die freien Berufe Anwendung finden².

IV. Einheitliches Bundesstrafrecht zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs ist ein Bedürfnis. Der zivilrechtliche Schutz ist zwar durch OR. Art. 48 bereits bundesrechtlich geordnet. Solange jedoch nicht daneben ein einheitliches Wettbewerbsstrafrecht besteht, ergeben sich nicht zu rechtfertigende Verschiedenheiten und Unsicherheiten. Der bisherige Zustand, bei dem der strafrechtliche Schutz in den Kantonen verschieden ist und in einigen Kantonen ganz fehlt, ist namentlich auch deshalb unerträglich, weil die geschäftliche Konkurrenz interkantonal ist und der unlautere Wettbewerb sich leicht in Kantone verzieht, die wenig strenge oder keine Vorschriften besitzen³.

¹ Diese Liste im Anschluß an GERMANN: 75ff., der sie mit reichen Hinweisen auf Gesetzesgebung, Rechtsprechung und Literatur ausgestattet hat. Ferner KORRODI: 48ff. Gut HEROLD (Lit. zu § 69): 21ff. (Das Angriffsobjekt, die Kundschaft des Konkurrenten, ist das einzige Merkmal, das allen Arten des unlauteren Wettbewerbs gemeinsam ist.).

² Zürcher Bl. 14, Nr. 57: unberechtigte Führung des Titels „Professor“, vgl. auch BE. 50 I, Nr. 31; Bl. 14, Nr. 58: Geschäftsempfehlung als Graphologin durch eine Person, die nur aus der Hand wahrsagte; 20, Nr. 93: Unzulässigkeit des Gebrauchs des Titels „med. Zahnarzt“ durch einen Zahnarzt, der nicht Arzt ist; 22, Nr. 9: Titel „Doctor of Philosophy h. c. der Oriental University in Washington“, eines zweifelhaften Institutes; 33, Nr. 62: Firmatafel „Zahnpraxis“ eines Nicht-Zahnarztes; vgl. auch BURCKHARDT: Bundesrecht, I, 3f.: Bezeichnung eines Laboratoriums als „Schweizer. chemische Untersuchungsanstalt“ und als „Gewerbliche Chemieschule Zürich“.

³ GERMANN: 34f.; MOROSOW: 91ff. Vgl. ferner über die internationale Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs Art. 10bis der internationalen Übereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums, Revision von 1925 (Eidg. GesSlg. N.F. 45, 243ff.), wonach sich die vertragsschließenden Länder verpflichten, den Angehörigen des Verbandes einen wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu sichern. Die Schweiz kann das auf dem Gebiete des Strafrechts zureichend nur durch Bundesrecht tun; vgl. GERMANN: 35f., 116, 245ff.; IMBACH: 72ff.

Für den Bundesgesetzgeber ergeben sich technisch zwei Möglichkeiten: die Einfügung einer umfassenden generellen Bestimmung in das eidg. StGB. oder der Erlass eines Sondergesetzes gegen den unlautern Wettbewerb.

1. Schon seit den ersten Strafgesetz-Entwürfen (VE. 1894, Art. 78) war eine generelle Strafbestimmung vorgesehen. Im G. Art. 161 lautet sie:

„Wer jemandem die Kundschaft durch unehrliche Mittel, namentlich durch arglistige Kniffe, schwindelhafte Angaben, böswillige Verdächtigungen, abspenstig macht oder fernhält, wird, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Buße bestraft“¹.

Diese Bestimmung ist zu eng. Sie setzt den Erfolg voraus, daß einem andern die Kundschaft abspenstig gemacht oder ferngehalten worden ist. Die schwindelhafte Reklame und andere Fälle des unlautern Wettbewerbs im weitern Sinne werden nicht erfaßt². Das müßte zur Folge haben, daß die Kantone weiterhin berechtigt wären und sich veranlaßt sehen würden, in ihrem Handelspolizei- und Gewerbeamt ergänzende Bestimmungen gegen den unlautern Wettbewerb zu schaffen (G. Art. 335)³. Besser als Art. 161 des eidgenöss. G. ist die umfassendere Lösung in Art. 98 und 99 des StGB. von Freiburg; oben III 2.

2. Zutreffend ist die Ordnung in einem eidg. Sondergesetz. Ein bei der Bundesversammlung in Beratung stehendes Bundesgesetz über den unerlaubten Wettbewerb (Entwurf des Bundesrates vom 11. Juni 1934) soll sie schaffen⁴. Der Entwurf befaßt sich sowohl mit den aus einem unerlaubten Wettbewerb sich ergebenden zivilrechtlichen Ansprüchen (Art. 1 ff.) als auch mit dem Wettbewerbsstrafrecht (Art. 16 ff.). Der Straftatbestand in Art. 16 ist kasuistisch ausgestaltet. Er wird jedoch durch folgende generelle Formel eingeleitet:

¹ Materialien: VE. 1894 mit Motiven, 167f.; WEISS: Z. 8, 299ff.; ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 165ff.; Prot. II. ExpKom. 2, 382ff., wo noch von einigen Rednern strafrechtliche Bestimmungen gegen den unlauteren Wettbewerb grundsätzlich abgelehnt werden; StenBull. NR. 1929, 114f.; StR. 1931, 519f.; KORRODI: 133ff. — Nur für den Ausbau der zivilrechtlichen Bestimmungen gegen den unlautern Wettbewerb und gegen die strafrechtliche Bekämpfung spricht sich CANNER: JZ. 26, 341f. aus. Das befriedigt keineswegs.

² So auch WEISS: Z. 8, 301; DAVID: Z. 42, 102; GERMANN: 107ff. — Ein im VE. 1894, Art. 195, aufgestellter Übertretungstatbestand: „Wer eine Ware unter einer zur Täuschung des Käufers geeigneten Bezeichnung oder Gestalt ausbietet, feilhält, verkauft oder sonst in Verkehr bringt, wird . . . bestraft“, wurde gestrichen; Prot. I. ExpKom. 2, 735; vgl. WEISS: Z. 8, 304ff.

³ Anderer Meinung DAVID: Z. 42, 103.

⁴ Bisherige Gesetzesmaterialien: Vorarbeiten von GERMANN (s. Lit.-Angaben); E. und Botschaft des Bundesrates: BBl. 1934, 2, 513ff.; StenBull. StR. 1934, 318ff., 362ff.; 1936, 36ff.; StenBull. NR. 1935, 291ff. Vgl. auch BURCKHARDT: Schweizer. Bundesrecht, 5, 397f., ferner GYGAX: 1126ff. (interessante Daten zur Vorgeschichte), überdies GERMANN: ZschwR.NF. 55, 182ff. (bundesrechtliche Regelung der Ausverkäufe und ähnlicher Veranstaltungen).

„Strafbar ist, wer zur Beeinflussung des Wettbewerbs vorsätzlich oder grobfahrlässig andere dadurch in ihrer Kundschaft beeinträchtigt oder in deren Besitz bedroht oder in ihrem Kredit oder sonst in den Grundlagen ihrer Wettbewerbsfähigkeit schädigt oder gefährdet, daß er: — — —.“

Das Schicksal des Entwurfes ist zur Zeit noch unbestimmt. Kommt das Sondergesetz zustande, so muß Art. 161 des StGB. dahinfallen.

§ 69. Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses.

Literatur. STOSS: Grundzüge, 2, 171 ff. — GOLDSTEIN: Die Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses, Zürcher Diss. (1916). — RINGIER: Der strafrechtliche Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, Berner Diss. (1923). — HEROLD: Zivil- und strafrechtlicher Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen, Berner Diss. (1935). — FINGER: VD. Bes. Teil, 8, 345 ff., 371 ff., 397 ff. — DAVID: Z. 42, 102 f. — HAFTER: Festgabe für Fritz Fleiner (1937), 203 ff. — KOHLRAUSCH: ZgesStRW. 50, 30 ff., 50 f. — SCHMIDT: Z. 44, 284 ff.

I. Die Verletzung eines Fabrikations- oder eines Geschäftsgeheimnisses ist noch nicht unlauterer Wettbewerb¹. Der Täter kann allerdings ein ihm bekanntes Geheimnis zum Zwecke des Wettbewerbes verwerten oder andern mitteilen. Er kann aber auch andere Zwecke im Auge haben. In zahlreichen Gesetzen wird dagegen zutreffend die Verleitung von Angestellten und anderen Hilfspersonen eines Konkurrenzunternehmens zum Geheimnisverrat sowie die Verwertung solcher verräterischer Handlungen zum unlauteren Wettbewerb gezählt². Das geschieht jetzt auch in Art. 2 und 16 des E. zu einem BGes. über den unerlaubten Wettbewerb (oben § 68). Sieht man von diesem Fall ab, so ist die Frage zu prüfen, ob und wie weit die schlichte Geheimnisverletzung selbst unter Strafe zu stellen ist³. Sie gehört in das Strafgesetzbuch. Ob man die Bestimmung bei den Vermögensdelikten oder, wie auch vorgeschlagen wurde, im Anschluß an die Ehrverletzungen einsetzt, oder ob man sie in einem besondern Abschnitt: „Verbrechen gegen die Sicherheit des Handels- und Geschäftsverkehrs“ unterbringt (eidg. VE. 1903, Art. 160), ist von nebensächlicher Bedeutung⁴. Aber notwendig ist Klarheit über

¹ Gut RINGIER: 63; DAVID: Z. 42, 102 f.

² Kantonale Daten bei GERMANN: 85 ff.

³ Diese Sachlage ist bei der Beratung des StGB. in der Bundesversammlung verkannt worden. Art. 139 des E. sollte mit dem Hinweis auf die zu erwartende Sondergesetzgebung über den unlauteren Wettbewerb gestrichen werden; StenBull. StR. 1931, 519 f. Art. 16 Lit. b des E. zu einem Sondergesetz deckt aber den Inhalt des im Art. 162 des StGB. aufgestellten Tatbestandes keineswegs. Beachtlich Prot. I. ExpKom. 2, 15 ff.

⁴ Zur Frage der Systematik Prot. I. ExpKom. 2, 563 f.; GOLDSTEIN: 80 ff. RINGIER: 41 ff. (Hinweise auf die Wandlungen bei der Beratung der eidg. Entwürfe); vgl. ferner KORRODI: 143 ff.; KOHLRAUSCH: ZgesStRW. 50, 68 ff. Über die Entwicklung in den eidg. Entwürfen namentlich SCHMIDT: Z. 44, 287 ff.

die zu schützenden Interessen: Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse sind Persönlichkeitsrechte. Die Verletzung wird regelmäßig, wenn auch nicht immer, eine Verletzung oder wenigstens eine Gefährdung des Vermögens in sich schließen¹. Das genügt, um die Einstellung des Tatbestandes bei den Vermögensdelikten zu rechtfertigen. In den meisten Fällen verletzt oder gefährdet der Täter ein Immaterialgüterrecht (oben Vorbemerkung 1 vor § 67)².

II. Nur vier kantonale Strafgesetzbücher enthalten Bestimmungen über die Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen. Schaffhausen § 255 verbindet sie mit einer allgemeinen Norm: unbefugtes Eindringen in fremde Geheimnisse, um jemandem zu schaden oder um sich oder einem Dritten einen Vorteil zu verschaffen. Damit kann z. B. auch eine von außen her einsetzende Industrie- und Handelsspionage getroffen werden (unten IV). Anschließend hebt der § 255 den Fall besonders hervor, daß ein Angestellter eines Fabrikations- oder Handelsgeschäftes, entgegen der von ihm ausdrücklich übernommenen Verpflichtung, zum Nachteile seines Dienstherrn — ohne Unterschied, ob solches während des Dienstverhältnisses oder nach dem Austritt aus demselben geschah — andern Geheimnisse mitteilt, die ihm mit Beziehung auf diesen Beruf oder dieser Beschäftigung anvertraut sind³. Befriedigender, aber auch nicht umfassend genug, stellt Tessin Art. 238 den Angestellten oder den sonst in einer Fabrik oder Unternehmung Beschäftigten, der ein Geheimnis (un segreto concernente la fabbricazione o l'industria) verrät, unter Strafe. St. Gallen Art. 162 Ziff. 3 behandelt den unbefugten Gebrauch und das Preisgeben von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen an Unberechtigte als Vertrauensmißbrauch. Freiburg Art. 100 stimmt inhaltlich mit Art. 162 des eidg. StGB. (unten III) überein⁴. Dazu kommen die Bestimmungen einer Reihe kantonaler Wettbewerbsgesetze gegen den Geheimnisverrat. Die Einzelörterung kann hier unterbleiben⁵.

¹ FINGER: 383.

² BE. 23 I, 211; 25 II, 528: Kennzeichnung des Fabrikationsgeheimnisses als Persönlichkeitsrecht, „auf welchem möglicherweise die ganze Prosperität“ eines Betriebes beruht (a. a. O. 211); KORRODI (Lit. zu § 68): 109f.; JOS. KOHLER: Der unlautere Wettbewerb, 246. — Der Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses steht die Verletzung des Briefgeheimnisses nahe. Bei ihr spielt aber die Vermögensgefährdung oder -verletzung kaum eine Rolle. Sie gehört in die Nähe der Ehrverletzungstatbestände (oben § 41). Anders Charakter haben die Verletzungen des Amts- und des Berufsgeheimnisses (oben § 41 IV).

³ Die im Abschnitt der Delikte gegen Treu und Glauben stehende Bestimmung ist deswegen zu eng, weil sie nur den Angestellten, der eine Pflicht zur Geheimhaltung ausdrücklich übernommen hat, trifft.

⁴ Zu diesen kantonalen Rechten HEROLD: 89ff.

⁵ Daten bei FINGER: 398ff.; KORRODI (Lit. zu § 67): 106ff.; GOLDSTEIN: 79f.; HEROLD: 91ff. GERMANN: Vorarbeiten (Lit. zu § 68), 85ff. mit dem Hin-

III. Die dogmatische Erörterung des Tatbestandes kann an Art. 162 des eidg. G. anknüpfen, eine Vorschrift, die in Art. 100 des StGB. von Freiburg übernommen wurde.

1. Strafbar soll in erster Linie sein, wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das er zufolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollte, verrät (G. Art. 126 und Freiburg Art. 100, je Abs. 1): Geheimnisverrat.

Zunächst sind die Begriffe: Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis¹ abzuklären. Die Gesetze definieren nicht. Sie stellen auf den Richter ab. Es handelt sich um bestimmte geschäftliche Tatsachen, die nach dem Willen des Geschäftsinhabers nicht außerhalb des Betriebes stehenden Personen und erst recht nicht der Öffentlichkeit preisgegeben werden sollen. Die Geheimhaltung und der Wille dazu können sich erstrecken auf die Herstellung von gewerblichen Erzeugnissen, die dazu verwendeten Rohstoffe und Verfahren, auf die Betriebsorganisation, die Kenntnis von Bezugsquellen, Absatzmöglichkeiten, Kundschaft usw.². Ob im Einzelfall ein Geheimnis vorliegt, ist Tatfrage. Unnötig und auch kaum möglich ist, zwischen Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen scharfe Grenzen zu ziehen. — Im Vordergrund steht der Geheimhaltungswille des Betriebsinhabers. Aber er hat dann keine Bedeutung, wenn die geschäftliche Tatsache, die er geheimhalten möchte, bereits außerhalb seines Betriebes bekannt ist oder von jedermann wahrgenommen werden kann³.

Der Täterkreis beim Geheimnisverrat wird in Art. 162 I dahin umschrieben, daß es sich um jemanden handeln muß, der „zufolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht“ das Geheimnis bewahren sollte.

weis darauf, daß in der Mehrzahl der Fälle von Verletzung eines Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses nicht oder noch nicht unlauterer Wettbewerb liegt. Vgl. auch oben § 68 III, ferner HEROLD: 16ff. (Der unlautere Wettbewerb in Beziehung zum Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis), 24f. (Auseinanderhaltung der beiden Tatbestände).

¹ Ein müßiger Wortstreit ist, ob man von Fabrikations-, Geschäfts-, Gewerbe-, Unternehmens- oder Betriebsgeheimnis redet. Am Umfassendsten ist der Ausdruck: Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis. Zu den einzelnen Begriffen HEROLD: 30ff.

² Geschäftsbücher können Geschäftsgeheimnis sein: BE. 25 II, 529. Vgl. ferner RINGIER: 39; SCHMIDT: Z. 44, 304 unterscheidet zwischen Geschäftsgeheimnissen und „Geschäftserfahrungen“.

³ Zum Begriff „Geheimnis“ BINDING: Lehrbuch, 1, 502; FINGER: 295ff., 372, 374f. (Betriebs- und Geschäftsgeheimnis); RINGIER: 19ff., 25: Geheimnis jede ändern unbekannte Tatsache „an deren Geheimhaltung der oder die gemeinsam Beteiligten, darum Wissenden, ein positives Interesse haben“; 26ff. (Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis; nur relative Neuheit erforderlich, d. h. eine Neuheit, die zur Zeit ausschließlich in einem bestimmten Betrieb bekannt ist); HEROLD: 25ff., 34ff.

Die geheimzuhaltende Tatsache kann dem zur Bewahrung Verpflichteten auf verschiedene Art bekannt geworden sein: Sie kann ihm anvertraut worden sein, oder aber das Geheimnis ist ihm auf irgendeine andere Art zugänglich geworden, von ihm erlauscht, bei geschäftlicher Tätigkeit erfahren, durch Zufall bemerkt worden. Auf die Art der Kenntnisnahme kommt es zunächst nicht an. Wohl aber auf das Wissen darum, daß es sich um eine geheimzuhaltende Tatsache handelt und daß eine Rechtspflicht zur Geheimhaltung besteht. Diese Rechtspflicht soll nach G. Art. 162 und nach Freiburg Art. 100 entweder auf Gesetz oder auf Vertrag beruhen. Damit wird auf verschiedene Täterkreise hingewiesen: Eine gesetzliche Pflicht zur Geheimnisbewahrung besteht für Beamte, Behördenmitglieder, Rechtsanwälte, Notare usw. (G. Art. 320/321). Sie ist ferner in der Beamtengesetzgebung, z. B. in Art. 27 des BGes. von 1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten, vorgesehen¹. Einer solchen Person kann bei der Ausübung ihrer amtlichen oder beruflichen Tätigkeit ein Fabrikations- oder Geschäftsheimnis irgendeiner Unternehmung zugänglich werden. Verrät sie es, so sind die speziellen Normen über die Verletzung des Amts- und des Berufsheimnisses (G. Art. 320 und 321) und nicht der Tatbestand der Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsheimnisses zur Anwendung zu bringen². Im Vordergrund steht bei diesem Delikt durchaus der Fall, daß der Täter einer vertraglichen Pflicht zur Geheimnisbewahrung zuwiderhandelt. Diese Pflicht wird sich regelmäßig aus einem Dienstvertrag ergeben. Sie kann sich aber auch auf ein anderes Vertragsverhältnis, z. B. einen Werkvertrag oder einen Auftrag, gründen. Bisherige Gesetze, die im Anschluß an die deutsche Gesetzgebung gegen den unlautern Wettbewerb (Ges. von 1896 § 9, Ges. von 1909 § 17) als Täter lediglich Angestellte, Arbeiter und Lehrlinge eines Geschäftsbetriebes nennen³, sind zu eng. — Daß der Vertrag die Geheimhaltungspflicht im einzelnen umschreibt, ist nicht erforderlich. Es genügt, daß sie sich aus den Umständen ergibt und dem vertraglich Ver-

¹ Eine Sonderbestimmung enthält Art. 47 lit. b des eidg. Bankengesetzes von 1934, wonach strafbar ist, wer als Organ, Beamter, Angestellter einer Bank, als Revisor oder Revisionsgehilfe, als Mitglied der Bankenkommision, Beamter oder Angestellter ihres Sekretariates das „Berufsheimnis“ verletzt, wer hierzu verleitet oder zu verleiten sucht. Strafbar ist auch die Fahrlässigkeit. Diese Bestimmungen gehen als *lex specialis* allgemeinen Normen über die Verletzung des Geschäftsheimnisses vor. Vgl. LAVANCHY: Das Bankheimnis in der schweizerischen Gesetzgebung, Zürcher Diss. (1935); OTTO A. HUBER: Die Geheimhaltungspflicht des Beauftragten unter spezieller Berücksichtigung des Bankheimnisses, Berner Diss. (1936), 23 ff.

² Da nach G. Art. 320f. die Pflicht zur Geheimnisbewahrung auch nach Aufhebung des amtlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung besteht, kommt der Tatbestand des Verrates eines Geschäftsheimnisses auch dann nicht in Frage, wenn z. B. ein ehemaliger Beamter den Verrat begeht.

³ Daten bei KORRODI: 111.

pflichteten bewußt ist¹. Fraglich und umstritten ist, ob die Geheimhaltungspflicht nur für die Dauer des Vertragsverhältnisses oder auch für die Zeit nach der Vertragserledigung gelten soll, wie das z. B. Schaffhausen § 255 ausdrücklich vorsieht. Art. 162 des G. und Freiburg Art. 100 lassen die Frage offen. Der Richter hat im Einzelfall die berechtigten Interessen abzuwägen und nach Billigkeit zu entscheiden, ob trotz des Vertragsablaufs im Hinblick auf die Umstände und unter Berücksichtigung eines eventuellen Vertragstextes eine Bewahrungspflicht weiter bestand oder nicht².

Der Verrat besteht in der Mitteilung des Geheimnisses an Personen, denen gegenüber die geschäftliche Tatsache geheimgehalten werden soll, gleichgültig, ob sie innerhalb oder außerhalb des Betriebes stehen. Eine Veröffentlichung, z. B. in der Presse, erfüllt den Tatbestand ebenfalls³. Daß für den Geheimnisträger ein Schaden entstanden ist, braucht nicht bewiesen zu werden. Der Täter wird regelmäßig aus Eigennutz, um einer Belohnung willen, handeln. Aber möglich ist auch, daß ihn lediglich die Absicht, zu schaden, leitet, daß er aus Bosheit und Rache handelt, um das Ansehen eines Betriebes zu mindern. Strafbar macht sich endlich auch der Geheimnisverräter, bei dem niedrige Motive fehlen, der z. B. glaubt, durch die Preisgabe geheimgehaltener Tatsachen der Allgemeinheit oder der Wissenschaft zu nützen. Der Richter hat das Motiv bei der Strafzumessung zu berücksichtigen⁴.

2. Strafbar ist ferner, wer den vom Bewahrungspflichtigen verübten Geheimnisverrat sich zunutze macht (eidg. G. Art. 162 II, Freiburg Art. 100 II). Ob der Benutzer die Kenntnis des Geheimnisses direkt durch den Verräter oder durch einen Mittelsmann erhält, ist gleichgültig⁵. Der Nutznießer, eine außerhalb des Geschäftsbetriebes stehende Person,

¹ KORRODI: 113.

² Dazu GAUTIER: Prot. II. ExpKom. 2, 385. Rechtsvergleichend zu der Frage KOHLRAUSCH: ZgesStRW. 50, 44ff. In BE. 25 II, 528 wird, zu eng, erklärt: „L'employé qui quitte son patron reprend sa liberté et peut, sauf engagement contraire, utiliser à son profit ou communiquer à des tiers les secrets de commerce ou de fabrication que son service lui a fait connaître.“ Vgl. ferner KORRODI: 114f., 147 mit nicht unbegründeten Bedenken dagegen, daß die Lösung der Frage völlig dem Richterermessen überlassen bleibt; GOLDSTEIN: 86ff. Gegen eine zeitliche Begrenzung der Schweigepflicht RINGIER: 38. Vgl. auch G. Art. 320/321: Pflicht zur Geheimnisbewahrung auch nach Beendigung eines amtlichen Verhältnisses oder einer Berufsausübung.

³ Zweifelhaft und eher abzulehnen ist, daß der Ausdruck „verraten“ auch das unbefugte Verwerten zum eigenen Nutzen des Bewahrungspflichtigen umfaßt; anderer Meinung RINGIER: 61f.

⁴ RINGIER: 59 nimmt Straflosigkeit an bei einer Preisgabe von unsittlichen oder rechtswidrigen, in einem Betrieb geheimgehaltenen Vorgängen. Darüber sind Zweifel möglich.

⁵ RINGIER: 66f., 69.

wird häufig zum Verrat angestiftet haben. Dann ist er auch unter diesem Titel zur Rechenschaft zu ziehen. — Freiburg erklärt übereinstimmend mit den frühern eidg. E. (z. B. E. 1908 Art. 97), daß das Ausnutzen wissentlich geschehen muß. Tatsächlich handelt es sich um ein Vorsatzdelikt, das mit Wissen und Willen begangen werden muß¹. Ein wissentliches Ausnutzen ohne den Willen dazu ist kaum denkbar. — Täter ist die Person, der das Geheimnis von dem zur Bewahrung Verpflichteten verraten wurde. Strafbar ist aber auch, wer ein zu Unrecht veröffentlichtes Geheimnis ausnutzt. Regelmäßig wird es sich um einen Konkurrenten des Geheimnisträgers handeln. Die Beziehung zum unlautern Wettbewerb liegt nahe. Erforderlich ist jedenfalls, daß der Dritte sich das ihm verratene Geheimnis zunutze macht. Der bloße Weiterverrat, die Verbreitung, ist nicht strafbar.

3. Das Delikt nach Art. 162 III des G. und Freiburg Art. 100 III: die Fabrikations-, Geschäfts- und Industriespionage² soll nur strafbar sein, wenn die Auskundschaftung erfolgt ist, um das Geheimnis zum Zwecke des Wettbewerbes zu verwerten oder andern mitzuteilen. Das Auskundschaften aus andern Motiven und zu andern Zwecken, z. B. aus wissenschaftlichem Interesse an einer Fabrikationsart oder um ein Verfahren zu diskreditieren, wird nicht getroffen³. Auf ein uneigennütziges Interesse wird sich übrigens ein „Spion“ selten genug berufen können. — Die Auskundschaftung muß durch unerlaubte Mittel geschehen sein, was eigentlich selbstverständlich ist. Schwierigkeiten kann jedoch die Tragweite dieses Ausdrucks bereiten⁴. Das erschlichene Geheimnis muß zum Zwecke des Wettbewerbes verwertet oder andern mitgeteilt worden sein. Erst mit der Erfüllung dieser Absicht ist der Tatbestand vollendet. Dagegen braucht eine Schädigung des Geheimnisträgers nicht bewiesen zu

¹ Die Bemerkung von FINGER: 403, daß dieser Tatbestand in das gewerbliche Urheberrecht gehört, übersieht, daß nicht alle Fälle der Geheimnisausnutzung durch das gewerbliche Urheberrecht gedeckt werden; unter 5 und § 70 II 2.

² Über Industriespionage besonders KOHLRAUSCH: ZgesStrRW. 50, 30ff. (internationale Spionage), ferner unten IV und HAFTER: 203 ff.

³ Vgl. LANG: Prot. II. ExpKom. 2, 389. Gegen die Einschränkung des Tatbestandes Prot. I. ExpKom. 2, 17, auch STOOS: 2, 172, Anm.; GOLDSTEIN: 90f.; HEROLD: 102 (Beschränkung durch Einfügung der Wettbewerbsabsicht fehlerhaft).

⁴ Dazu KORRODI: 121ff., 148 mit Hinweisen auf kantonale Gesetze gegen den unlautern Wettbewerb. Unerlaubte Mittel: gesetzwidrige Handlungen, z. B. Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Hausfriedensbruch, Verletzung des Briefgeheimnisses, Vertragsverletzungen. Der Ausdruck „unerlaubte Mittel“ muß aber auch gegen die guten Sitten verstoßende Handlungen umfassen, z. B. das Aushorchen und das Abspenstigmachen von Angestellten, die Angestelltenbestechung, gleichgültig, ob sie für sich allein strafbar ist oder nicht. Der Einzelfall ist nach vernünftigem Ermessen zu beurteilen; RINGIER: 71 ff.; HEROLD: 101.

werden. — Eine Lücke besteht darin, daß, wer ein nach seinem Wissen durch unerlaubte Mittel ausgekundschaftetes Geheimnis, das ihm mitgeteilt wurde, sich zunutze macht, nicht strafbar ist¹.

4. Die Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen ist in ihrem ganzen Umfang Vorsatzdelikt. Eine Bestrafung tritt nur auf Antrag ein. Strafdrohung: Gefängnis oder Buße (Freiburg Art. 100, eidg. G. Art. 162).

5. Klarzustellen ist das Verhältnis des Tatbestandes der Geheimnisverletzung zum Patent- und Musterschutzrecht (BGes. von 1907/1928 betreffend den Erfindungsschutz; BGes. von 1900 betreffend die gewerblichen Muster und Modelle). Der durch diese Gesetze gewährte Schutz geht in anderer Richtung. Sie erfassen jedenfalls nicht direkt die Verletzungen von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen. Die Erfüllung des Tatbestandes der Nachmachung oder Nachahmung einer geschützten Erfindung oder eines hinterlegten Musters (Patentgesetz Art. 38 Ziff. 1, Musterschutzgesetz Art. 24 Ziff. 1) kann mit einer Geheimnisverletzung zusammenhängen, auf ihr beruhen. Aber das braucht nicht der Fall zu sein. Indirekt liegt ein gewisser Geheimnisschutz auch im Patent- und im Musterschutzrecht. Um so bedeutungsvoller wird der Tatbestand der Geheimnisverletzung, wenn es sich um Gegenstände, Verfahren und Herstellungsweisen handelt, die nicht patent- oder musterschutzfähig sind, oder auch bei Erfindungen, die der Erfinder nicht patentieren lassen will oder die noch nicht patentiert sind. Von besonderer Wichtigkeit ist hier der Schutz der chemischen und verwandter Industrien, denen im wesentlichen nur die Tatbestände gegen eine Geheimnisverletzung zur Verfügung stehen, da ihre Erfindungen und Verfahren von der Patentierung ausgeschlossen sind (Patentgesetz Art. 2 Ziff. 2 bis 4)².

Im Einzelfall ist endlich noch zu prüfen, ob neben einer Geheimnisverletzung nicht auch der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung (G. Art. 159) gegeben ist. Idealkonkurrenz der beiden Delikte ist möglich. Konkurrenz kann auch mit Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Hehlerei und Hausfriedensbruch gegeben sein³.

IV. Der Bundesbeschluß vom 21. Juni 1935 betreffend den Schutz der Sicherheit der Eidgenossenschaft (Eidg. GesSlg. N.F. 51,

¹ DAVID: Z. 42, 103 hat auf diese Lücke hingewiesen.

² Die chemische Industrie hat sich daher besonders für die Schaffung von Bestimmungen gegen den Geheimnisverrat eingesetzt. Vgl. namentlich ZÜRCHER und FORRER: Gutachten betr. Schutz des geistigen Eigentums auf dem Gebiete der Industrie (1892); unten § 70 II 2. Ferner STOOS: 2, 171 f.; GOLDSTEIN: 76 ff.; RINGIER: 18, 33 ff.; FINGER: 375, Nr. 1 (Patentschutz und Schutz gegen Geheimnisverrat stehen unabhängig nebeneinander).

³ Darüber KOHLRAUSCH: ZgesStRW. 50, 38 ff., 68.

482ff.)¹ hat in Art. 4 einen bundesrechtlichen Tatbestand: Wirtschaftlicher Nachrichtendienst im Interesse des Auslandes geschaffen. Man hätte sich nicht zu scheuen brauchen, das Delikt als wirtschaftlichen Landesverrat zu bezeichnen. Die Bestimmung ist mit einer in letzter Stunde erweiterten Fassung als Art. 273 in das G. eingefügt worden.

Die Anknüpfung an den Tatbestand: Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsheimnisses (G. Art. 162) ist offensichtlich. Aber der Interessenschutz geht in anderer Richtung. Der Staatschutz steht im Vordergrund, die Sicherheit der Eidgenossenschaft. Der Art. 4 stellt ein Staatsdelikt dar. Trotzdem ist eine kurze Erörterung hier am Platze. Sie soll namentlich die bedauerlich enge Fassung des „Spitzelgesetzes“ hervorheben. Der Art. 4 trifft nicht die sog. internationale Industrie- und Handelsspionage im vollen Umfang, was wünschenswert wäre, sondern nur einen kleinen Ausschnitt. Die Beschränkung läßt sich damit erklären, daß der Bundesbeschluß nur das Spitzeltum zugunsten fremder Staaten, ausländischer Behörden und Parteien treffen sollte². Aber gerade die internationale Industrie- und Handelsspionage (*espionage économique*) geht, verschieden von der politischen und der militärischen Spionage, regelmäßig andere Wege. Der Schutz gegen sie muß, auch im staatlichen Interesse, umfassend sein³. Der höchst unvollkommene Art. 4 des BBschl. enthält zwei Tatbestände:

1. Die Auskundschaftung eines Fabrikations- oder Geschäftsheimnisses, um es einer „fremden Regierung, Behörde, Partei oder ähnlichen Organisation oder ihren Agenten“⁴ zugänglich zu machen. Das ist die

¹ Botschaft und Entwurf: BBl. 1935 I, 742ff.; StenBull. NR. 1935, 213ff., 265ff., 289; StR. 1935, 219ff., 254. — Sog. Spitzelgesetz. Darüber HAFTER: 203ff.

² Die Botschaft des Bundesrates: a. a. O. 745 nennt als einziges Beispiel, daß im Interesse ausländischer Finanzämter Erhebungen bei Bankinstituten gemacht worden seien. Auch die parlamentarische Beratung ist wenig aufschlußreich: StenBull. NR. 219: die Bestimmung habe nur Sinn für den Schutz der Rüstungsindustrie; StR. 231: Der Schutz rein privater Interessen solle hier ausscheiden. Für die Fälle der Wirtschaftsspionage zugunsten Privater genüge die Ausweisung ausländischer Täter auf Grund von Art. 70 der BV. Wie aber, wenn der Täter ein Schweizer ist?

³ Darüber gut KOHLRAUSCH: a. a. O. 32ff.: das zu schützende Interesse ist ein Volksgut. Vgl. ferner Verhandlungen des 36. deutschen Juristentages (1931). Gutachten von SCHMIDT und WRABETZ, 1, 101ff., 231ff.; Verhandlungen, 2, 464ff., 827ff.; Deutsche JZ. 35, 275f.; SCHMIDT: Z. 44, 302f.; BOLLI: Prot. II. ExpKom. 2, 387f.: „Soll unsere Industrie gegenüber dem Auslande vogelfrei werden? Wir haben ein hohes Interesse, unsere heimische Industrie zu schützen.“

⁴ Gleiche Formel wie beim Tatbestand des politischen Nachrichtendienstes gemäß Art. 2 I des BBschl. Da mag diese Umschreibung des Kreises, dem das Geheimnis zugänglich gemacht werden soll oder mitgeteilt wird, vielleicht genügen. Sicher trifft das für den Wirtschaftsverrat nicht zu.

Spionage. Sie ist mit der in der bestimmten Absicht erfolgten Auskundschaftung vollendet.

2. Die Mitteilung eines Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses an eine „fremde Regierung, Behörde, Partei oder ähnliche Organisation oder ihren Agenten“. Das ist der Verrat im engeren Sinn. Täter ist der Inhaber eines Geheimnisses. Ob er es zu Recht besitzt oder durch einen Spion erlangt oder es selbst ausgekundschaftet hat, ist gleichgültig. — Eine Lücke besteht hier auch darin, daß, wer ein durch Spionage erlangtes Geheimnis sich selbst zunutze macht, nicht strafbar ist.

3. Die Strafdrohung lautet auf Gefängnis, in schweren Fällen auf Zuchthaus. Gegen Ausländer kann — weshalb nicht: muß? — auf Landesverweisung erkannt werden (Art. 6 II). Befriedigend ist, daß auch der im Ausland verübte Wirtschaftsverrat nach dem BBschl. strafbar sein soll (Art. 5). In der Praxis wird diese Bestimmung allerdings kaum sehr wirkungsvoll sein.

Nach Art. 6 sind — vorläufig — die allgemeinen Bestimmungen des Bundesstrafrechts von 1853 anwendbar. Sie enthalten keine Norm darüber, daß bei einem aus Gewinnsucht begangenen Delikt neben der Freiheitsstrafe auf Buße erkannt werden kann, auch wenn diese Strafe im einzelnen Tatbestand nicht angedroht ist. Beim Wirtschaftsverrat sollte neben der Freiheitsstrafe auch auf Buße erkannt werden. Daß das nach dem BBschl. nicht geschehen kann, ist ein weiterer schwerer Mangel.

§ 70. Strafrechtlicher Schutz der Urheberrechte.

Literatur. MEILI: Das Markenstrafrecht (1888). — MACKENROTH: Nebengesetze zum schweizer. OR. (1898), 121 ff. — STUBER: Die Patentierbarkeit chemischer Erfindungen, Berner Diss. (1907). — DUBLER: Der urheberrechtliche Schutz der Kunstwerke und der Muster und Modelle, Berner Diss. (1909). — SCHELBERT: Der Gegenstand des Urheberrechts, Zürcher Diss. (1915). — H. JAKOB MEYER: Das Urheberrecht an den Werken der Malerei, Zürcher Diss. (1923). — BRACHER: Entstehung und Bedeutung des schweizer. Patentwesens, Berner Diss. (1923). — MELLIGER: Das Verhältnis des Urheberrechts zu den Persönlichkeitsrechten, Berner Diss. (1929). — HEUBERGER: Das Urheberrecht an Werken der Tonkunst, Berner Diss. (1929). — GSELL: Der Schutz der Titel von Geisteswerken, Zürcher Diss. (1930). — GEMUSEUS: Das schweizer. Patentgesetz in seiner Anwendung auf chemische Erfindungen, Berner Diss. (1930). — BRETSCHER: Der Schutz geographischer Herkunftsbezeichnungen, Zürcher Diss. (1931). — CORRODI: Der Schutz des Bühnenwerks gegen Entstellung durch die Aufführung, Zürcher Diss. (1933). — WEBER: Bearbeitung und Urheberrecht, insbesondere die Bühnenbearbeitung, Zürcher Diss. (1935). — WILFRIED MEYER: Der Schutz gegen Änderung und Entstellung von Werken der bildenden Kunst, Zürcher Diss. (1937).

I. Urheber- und Erfinderrechte sind Persönlichkeitsrechte. Da sie regelmäßig einen Vermögenswert darstellen, im geschäftlichen Verkehr, wenigstens teilweise, an andere übertragen werden können, gelten sie als

immaterielle Güterrechte (Vorbemerkungen vor § 67)¹. Sie sind Gegenstand der Sondergesetzgebung des Bundes, die mit verwaltungsrechtlichen Bestimmungen den zivil- und den strafrechtlichen Schutz verbindet. Die Strafbestimmungen aus diesen Zusammenhängen herauszulösen und sie dem Strafgesetzbuch einzufügen, empfiehlt sich nicht². Die folgende Darstellung beschränkt sich auf eine kurze Übersicht:

II. Verletzung von gewerblichen Urheberrechten. 1. Das BGes. vom 30. März 1900 betreffend die gewerblichen Muster und Modelle bezeichnet als solche „eine äußere Formgebung, auch in Verbindung mit Farben, die bei der gewerblichen Herstellung eines Gegenstandes als Vorbild dienen soll“ (Art. 1). Damit ist, strafrechtlich und auch zivilrechtlich gesehen, das Angriffsobjekt einer Verletzung umschrieben. Der Schutz erstreckt sich nicht auf Herstellungsweise, Nützlichkeitszwecke und technische Wirkungen der nach dem Muster oder Modell hergestellten Gegenstände (Art. 2).

Strafbar sind widerrechtliche Nachmachung und Nachahmung eines hinterlegten Musters oder Modelles; Verkauf, Feilhalten, Inverkehrbringen und Einführen nachgemachter oder nachgeahmter Gegenstände und Teilnahmehandlungen an solcher Tätigkeit; Weigerung, über die Herkunft nachgemachter oder nachgeahmter Gegenstände Auskunft zu geben. Strafbar ist nur die vorsätzliche Tat. Erforderlich ist ein Strafantrag des Verletzten (Art. 24—27)³. Strafbar ist ferner das schwindelhafte Vorgeben — auf Geschäftspapieren, Anzeigen usw. —, ein Muster oder Modell hinterlegt zu haben (Art. 31). Das ist ein Fall des sog. indirekten unlauteren Wettbewerbs (oben § 68 I i. f.).

2. Das BGes. vom 21. Juni 1907 mit Abänderungen durch das BGes. vom 21. Dezember 1928 betreffend die Erfindungspatente schützt „gewerblich verwertbare Erfindungen“ (Art. 1 I). Von besonderer Bedeutung ist hier, daß chemische Erfindungen und Verfahren, Erfindungen und Herstellungsverfahren von auf anderm als chemischem Wege hergestellten Arznei-, Nahrungsmitteln usw., sowie Erfindungen und nicht rein mechanische Verfahren zur Veredlung von Textilfasern von der Patentierung ausgeschlossen sind (Art. 2 Ziff. 2—4)⁴.

¹ Über das Verhältnis: Persönlichkeitsrechte — literarisch-künstlerische Urheberrechte MELLIGER: 3ff. BINDING: Lehrbuch, 1, 465f. betrachtet die Urheber- und Erfinderrechte als reine Vermögensrechte.

² ZÜRCHER: Erläuterungen VE. 1908, 163 meint überdies, die Tatbestände seien noch nicht jener knappen Fassung fähig, wie sie ein StGB. erfordert. Vgl. auch H. J. MEYER: 94ff. — Beachtlich die Feststellung bei BINDING: Lehrbuch, 1, 467, daß es den Urhebergesetzen an erster Stelle auf Entschädigung, nicht auf Strafe ankommt.

³ DUBLER: 122ff.

⁴ Daher das Eintreten namentlich der chemischen Industrie für den Ausbau der Bestimmungen gegen die Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsheim-

Strafbar sind Nachmachung und Nachahmung von patentierten Erfindungen, widerrechtliches Inverkehrbringen oder gewerbsmäßiger Gebrauch, Mitwirkung bei solchen Handlungen, endlich die Weigerung, über die Herkunft rechtswidrig hergestellter oder in den Verkehr gebrachter Erzeugnisse Auskunft zu geben (Art. 38). Strafantrag ist erforderlich. Strafbar ist nur vorsätzliche Verübung (Art. 39—42). Die sog. Patentanmaßung, die Vorspiegelung in Geschäftspapieren, Anzeigen und auf Erzeugnissen, daß ein Patentschutz besteht, ferner die unbefugte Entfernung von auf Erzeugnissen oder deren Verpackung angebrachten Patentzeichen werden in Art. 46 unter Strafe gestellt.

3. Das Ges. vom 26. September 1890 mit Ergänzungen vom 21. Dezember 1928 betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen — Markenschutzgesetz — ist ein Teilstück auf dem Kampfgebiet gegen den unlauteren Wettbewerb (oben § 68 II). Der durch die Art. 24ff. gewährte Strafschutz ist ähnlich gestaltet wie im Patent- und im Musterschutzgesetz. Das gilt namentlich für den Schutz von Fabrik- und Handelsmarken. Das sind außer den Geschäftsfirmen „die Zeichen, welche zur Unterscheidung oder zur Feststellung der Herkunft gewerblicher und landwirtschaftlicher Erzeugnisse oder Waren dienen und auf diesen selbst oder deren Verpackung . . . angebracht sind“ (Art. 1—3, 4ff.: Erfordernis der Hinterlegung und Eintragung der Marke beim eidg. Amt für geistiges Eigentum)¹. Verboten ist ferner — mit näherer gesetzlicher Umgrenzung des Begriffes — die falsche Herkunftsbezeichnung von Waren (Art. 18—20, 24 lit. f.)². Verboten sind überdies täuschende Angaben über gewerbliche Auszeichnungen und Angaben von tatsächlich erfolgten Auszeichnungen auf Erzeugnissen, die mit den prämierten in keiner Beziehung stehen (Art. 21—23, 24 lit. f.)³. Die Vorspiegelung, eine Marke sei hinterlegt worden, das unbefugte Anbringen von Herkunftsbezeichnungen und von gewerblichen Auszeichnungen in geschäftlichen Veröffentlichungen werden in Art. 26 mit der Möglichkeit der Verfolgung von Amtes wegen⁴ unter Strafe gestellt. Im übrigen wird das Strafklagerecht für die einzelnen Tatbestände

nisses; oben § 69 III 5. Zu diesen Fragen des Schutzes chemischer Erfindungen im einzelnen die Arbeiten von STUBER und GEMUSEUS, auch BRACHER: 33f.

¹ MACKENROTH: 131 ff.

² Dazu BRETSCHER: insbesondere 79 ff.

³ Zu den Strafbestimmungen MEILL: 28 ff.; MACKENROTH: 155 ff.

⁴ Art. 26 III sagt: „von Amtes wegen oder auf Privatklage hin“; vgl. BRETSCHER: 82; ferner Zürcher Bl. 35, Nr. 56 und dort zitierte Entscheide (Markenrechtsverletzung als „Antragsdelikt“, nicht als Privatstrafklagedelikt. Für die Fragen des Rückzuges des Strafantrags ist kantonales Recht maßgebend).

in Art. 27 umschrieben. Für das ganze Gebiet gilt auch hier, daß nur die vorsätzliche Tat strafbar ist.

Eine Ergänzung der Markenschutzgesetzgebung liegt im BGes. vom 5. Juni 1931 zum Schutz öffentlicher Wappen und anderer öffentlicher Zeichen¹. Das Gesetz stellt in breiter Kasuistik Bestimmungen darüber auf, welche Wappen, Hoheitszeichen, Worte usw. nicht als Fabrik- und Handelsmarken eingetragen und nicht zu geschäftlichen Zwecken verwendet werden dürfen (Art. 1—8). Auch ausländische Wappen und Hoheitszeichen stehen unter gewissen Voraussetzungen unter dem Schutz (Art. 10—12). Die Strafbestimmung des Art. 13 enthält folgende Tatbestände: Vorsätzliche, den Verboten des Gesetzes widersprechende Benutzung, Nachmachung oder Nachahmung von Wappen, Fahnen oder andern Hoheitszeichen, Kontroll- und Garantiezeichen und -stempeln oder von andern Bild- und Wortzeichen; Verkaufen, Feilhalten oder sonstiges Inverkehrbringen, Durchfuhr durch die Schweiz von Gegenständen, die mit verbotenen Zeichen versehen sind.

III. Verletzung von literarischen und künstlerischen Urheberrechten. Das BGes. vom 7. Dezember 1922 betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst schützt literarische und musikalische Werke, Werke der bildenden Kunst und der Photographie, einschließlich der durch ein ihr verwandtes Verfahren hergestellten Werke (Art. 1 und 2), ferner Übersetzungen literarischer Werke und jede andere Wiedergabe eines eigenartigen Werkes der Literatur, Kunst oder Photographie (Art. 4). Der Geltungsbereich des Schutzes — Werke von Schweizerbürgern, von Ausländern — bestimmt sich nach Art. 6 des Ges. und nach den Staatsverträgen, insbesondere nach der Berner Übereinkunft vom 9. September 1886 (Revisionen von 1908 und 1928) zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst.

Das BGes. unterscheidet Urheberrechtsverletzungen und andere Übertretungen. Nach Art. 42 macht sich strafbar, wer unter Verletzung der urheberrechtlichen Bestimmungen ein Werk wiedergibt, in den Verkehr bringt, einen öffentlichen Vortrag oder eine öffentliche Vorführung oder Ausstellung veranstaltet. Als „andere Übertretungen“ gelten nach Art. 43 die zur Täuschung geeignete Anmaßung des Namens, des Kennzeichens oder des Pseudonyms eines Urhebers, die Unterlassung der deutlichen Angabe benutzter Quellen (vgl. Art. 25 I, 26 II, 27 II), die unbefugte Veröffentlichung von bestellten Personenbildnissen (vgl. Art. 29, 35). — Durchgehends ist auch hier nur die vorsätzliche Tat strafbar. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein (Art. 46/7)².

¹ BRETSCHER: 83ff. (zum Entwurf des Wappenschutzgesetzes).

² Zum Urheberstrafrecht DUBLER: 119ff.; H. J. MEYER: 94ff.; HEUBERGER: 73ff., 95ff.; GSELL: insbesondere 88f., 103f., 121ff. (Strafrechtlicher Schutz gegen Titelentlehnung und gegen Titeländerung).

IV. Die Sondergesetze zum Schutz der Urheberrechte schließen die Anwendung anderer Strafbestimmungen, insbesondere von Normen gegen den unlautern Wettbewerb nur insoweit aus, als angenommen werden kann, daß das Spezialgesetz eine erschöpfende Ordnung enthält oder erhöhten Rechtsschutz gewährt. Was das Bundesgericht (E. 40 II, 360) dergestalt mit Bezug auf die zivilrechtliche Haftung, insbesondere auf Grund der Art. 41ff. des OR., festgestellt hat¹, muß entsprechend auch für das Strafrecht gelten.

¹ Bestätigung BE. 54 II, 63ff.; 55 II, 66; 59 II, 26. Vgl. ferner GERMANN: Vorarbeiten (Lit. zu § 68), 70ff. und in der Festschrift für Wieland, 81 (mit weitem Zitaten). Gut EGGER: Kommentar Personenrecht (2. Aufl.), Art. 28, N. 12—17; BÜHLER (Lit. zu § 68): 90ff.

Sachverzeichnis.

Die Zahlen verweisen auf die Seiten.

- Abgabenhinterziehung: s. Defraude.
Absteigequartier 145.
Abstimmungsgeheimnis, Verletzung 213.
Abtreibung 7, 11, 13, 22, 42, 51, 75, 76 ff., 122, 173.
—, gewerbsmäßige 79.
—, passive 79.
—, sich dazu anerbieten 80; s. auch Lohnabtreibung, Selbstabtreibung.
Abtreibungsmittel 78.
Affekttötung: s. Totschlag.
Amerikanisches Duell 26, 61.
Amtsdelikte 3, 213, 243.
Amtsanmaßung, betrügerische 274.
Amtsehrverletzung 201, 209f.
Amtsführung, ungetreue 243, 319.
Amtsgeheimnis, Verletzung 213, 389, 391.
Amtsmißbrauch 95, 98, 138, 243.
Amtspflichtverletzung 3, 35.
Amtsunterschlagung 243.
Androhung ernstlicher Nachteile 91, 93f.
Aneignungsdelikte 228 ff., 322.
animus injuriandi 206.
Anlocken zur Unzucht 142, 160, 173, 174f.
Annahme einer Duellforderung 62f.
Anpreisung von Gegenständen zur Verhütung der Schwangerschaft und zur Verhütung von Ansteckung mit Geschlechtskrankheiten 170, 173.
Anpreisung zu Wettbewerbszwecken 383.
Ansteckung mit Geschlechtskrankheiten 32f., 168, 170, 173.
Anstößige Veröffentlichungen 170f.
Anwaltsuntreue 318.
Arbeitsfreiheit, Verletzung 95f.
Arbeitslosenunterstützung, betrügerische Erlangung 278.
- Arrestverletzung: s. Verstrickungsbruch.
Auflauern: s. Raub.
Aufreizung zum Zweikampf 63.
Ausbeutungsdelikte 294, 295.
Ausbeutung des Aberglaubens und der Leichtgläubigkeit 284f.
— fremder Arbeitskraft 69.
— von Kindern 107, 295.
— von Minderjährigen 306f.
— eines Volksnotstandes: s. Sozialwucher.
—, wucherische, einer finanziellen Notlage, der Abhängigkeit, der Geisteschwäche und Unerfahrenheit, der Charakterschwäche und des Leichtsinns 299f.
— und Begünstigung fremder Unzucht 118, 138ff.
Auskundenschaftung eines Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses: s. Wirtschaftsspionage.
Aussetzung 13, 22, 42, 50, 51 ff., 72, 75, 80, 122.
Ausspielung 314.
Automatenmißbrauch 283f.
- Balgerei 45.
Bandendiebstahl: s. Diebstahl.
Bandenraub 256, 257.
Bankerottedelikte 329f.; s. auch Konkursdelikte.
Bannbruch 280.
Bart- und Zopfabschneider: s. Haarabschneider.
Beamtenbedrohung 86.
Beamtenbeleidigung: s. Amtsehrverletzung.
Beamtennötigung 95.
Beamtendelikte 3.
Beamtenveruntreuung 243.
Bedrohung 86 ff., 93f., 96, 112, 255.

- Bedrohung mit Delikten 87.
 — mit dem Tode 257.
 —, bedingte 89.
 —, mittelbare 89.
 Begünstigung der Unzucht mit Jugendlichen 138, 145f., 148f.
 Begünstigung: s. Sachhehlerei.
 Beihilfe zur Selbstabtreibung der Schwangeren 79.
 Beiseiteschaffen von Vermögen 340, 343, 349, 360.
 Belästigung durch Gewerbsunzucht 160, 173f.
 Beleidigende Handlungen an schweizerischen Hoheitszeichen 210.
 Beleidigung 178, 181ff., 193, 211, 214, 376.
 —, gegenseitige 199.
 —, mittelbare 184.
 — eines fremden Staates 187.
 — privater organisierter Gemeinschaften 187.
 — von Behörden und Beamten: s. Amtsehrverletzung.
 — von Geistlichen 210.
 — von Toten: s. Verleumdung.
 — s. auch Formalbeleidigung, Kollektivbeleidigung.
 Berechtigte Interessen, Wahrnehmung 179, 201, 204ff., 378.
 Bereicherungsdelikte 229f.
 Berufsgeheimnis, Verletzung 213, 389, 391.
 —, bei Banken 391.
 Berufspflichtverletzung 35.
 Beschädigung 219.
 Beschimpfung 35, 122, 173, 181f., 189ff., 193, 194ff., 203ff., 377.
 — eines fremden Volkes oder einer fremden Regierung 210.
 — von staatlichen Abzeichen 210.
 —, öffentliche, von Militärpersonen 210.
 Beseitigung der Kindesleiche 22.
 Bestechung 331, 366f.
 — eines Konkursbeamten 368.
 — eines Mitgliedes der Konkursverwaltung 368.
 — von Angestellten 393.
 — s. auch Gläubigerbestechung.
 Bestialität: s. widernatürliche Unzucht.
 Beteiligung am Raufhandel 43, 45ff.
- Betreibungsrechtlicher Ungehorsam 331, 371ff.
 Betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger 336ff., 345, 349, 370.
 Betrügerischer Konkurs 5, 8, 274, 334ff., 348f., 353f., 357f., 363, 366, 369, 370, 372.
 Betrügerische Schädigung politischer Rechte 266.
 — Verleitung zum Beischlaf 128, 266.
 Betrug 4, 8, 113, 216, 230, 244, 258ff., 276ff., 291f., 301, 303, 320, 322, 328, 336f., 345, 346, 368, 393f.
 —, ausgezeichneter 270, 274, 285.
 —, gewerbsmäßiger 274.
 —, Begehungsort 271f.
 — gegenüber einem Dienstherrn 274.
 — gegenüber einem Mündel 274.
 — gegenüber einem öffentlichen Beamten 270, 274.
 — zum Nachteil von Angehörigen 274f.
 — bei Verträgen 261, 329.
 — im Zusammenhang mit unsittlichen und widerrechtlichen Geschäften 268f.
 — verübt durch Schweigen 261f., 278, 282.
 — durch Verwendung gefälschter Stempel, Urkunden usw. 274.
 Betrugsähnliche Tatbestände 275ff.
 Betreibungsdelikte 217f., 225, 328ff., 371.
 — im Geschäftsbetrieb juristischer Personen 331.
 — im Geschäftsbetrieb von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften 332.
 Betriebsgeheimnis: s. Geschäftsgeheimnis.
 Beurkundung, falsche 243, 281.
 Bevorzugung eines Gläubigers: s. Gläubigerbevorzugung.
 Beziehungen zum Ausland, Störung 210.
 Bilanzpflicht, Verletzung 351f.
 Bilanzverschleierung 287, 341f., 369.
 Blinder Passagier 283.
 Blutschande 116, 132f.
 Börsenwucher 307f.
 Bordellbetrieb 139, 141, 144, 150, 155, 175.
 Boykottandrohung 90, 92, 95.

- Brandstiftung, gemeingefährliche 4, 49, 221, 276.
 —, an eigener Sache 275f.
 Briefgeheimnis, Verletzung 389, 393; s. auch Geheimnisverletzung.
 Brieföffnung: s. Briefgeheimnis.
 Bruch amtlicher Beschlagnahme 360, 365f.
 Buchführungsdelikte 5, 332, 341ff., 346ff., 350ff., 369.
- Chantage 137, 288, 293ff.
- Defraude 267, 278ff., 284.
 Deliktspauliana 358.
 Diebstahl 4ff., 222ff., 227ff., 236ff., 243ff., 249ff., 266, 268, 274, 283f., 291, 303, 322f., 338, 345, 361, 393, 394.
 —, ausgezeichneter 246ff.
 —, bandenmäßiger 6, 246ff., 250.
 —, bewaffneter 246ff.
 —, gewerbsmäßiger 6, 247, 248, 250.
 —, qualifizierter 246, 253.
 —, räuberischer 254, 291.
 — zum Nachteil von Angehörigen 6, 248.
 —, Wertgrenzen 245f.
 Diebstahlähnliche Tatbestände 248ff.
 Dienstwucher 298.
 Dingliche Rechte, Delikte gegen 217ff.
 Doppeldienen: s. Prävarikation.
 Drohung 7, 86ff., 100, 117, 258.
 —, schwere 88f., 93, 118, 120, 288f., 291f.
 — gegen Beamte: s. Beamtenbedrohung.
 — mit rechtswidrigen Nachteilen 89f.
 — mit Streik 90.
 Duell: s. Zweikampf.
 Duldung gewerbsmäßiger Kuppelei in Mietsräumen 145, 172.
 — gewerbsmäßiger Prostitution in Mietsräumen 174.
- Ehebetrug 128, 266.
 Ehebruch 116, 358.
 Ehe, mehrfache 116.
 Ehrbegriff 178ff.
 Ehrgefühl, Verletzung 198.
 Ehrengefährdung 184.
 Ehrenerklärung 192, 207f.
 Ehrennot 250.
- Ehrenrührige Nachrede 190f.
 — Tatsachenbehauptungen 195, 208, 378f.
 Ehrverletzung 4, 31, 178ff., 188ff., 214, 376ff.; s. auch Amtsehrverletzung.
 —, allgemeiner Tatbestand 188f.
 — gegenüber einer Behörde 187.
 — gegenüber juristischen Personen und anderen organisierten Gemeinschaften 185ff., 376.
 — durch die Presse 182, 205, 210.
 —, Beweis des guten Glaubens 201, 203f.
 —, Strafbefreiung, -kompensation, -milderung 192f., 199ff., 208.
 —, Verfolgungsverjährung 207.
 —, Wahrheitsbeweis 201ff., 378.
 —, Wahrnehmung berechtigter Interessen: s. berechnigte Interessen.
 —, Widerruf 192f., 207f.
 Ehrverletzungsklage, Ehrverletzungsprozeß 179, 208f.
 Eigentumsdelikte 217ff., 258ff., 291, 322.
 Einbruchdiebstahl 246, 248.
 Eindringen, unrechtmäßiges: s. Hausfriedensbruch.
 Einschleichen 112.
 Einsperren 98ff.
 Eisenbahngefährdung 13.
 Elektrizitätsdiebstahl: s. Energieentziehung.
 Elternpflichten, Verletzung 66, 70.
 Energieentziehung (Energiediebstahl) 216, 223, 251ff.
 Enteignung 228f., 266.
 Entführung 66, 85f., 100, 102, 103ff., 123, 151, 153f.
 — einer Frau 104ff.
 — einer Geisteskranken, Willenlosen oder Wehrlosen 106.
 — eines Kindes 103f., 107f.
 — zur Unzucht 101, 104ff., 108.
 Entwenden 246, 249ff., 253, 257, 324.
 Entziehungsdelikte 219, 225, 252; s. auch Sachentziehung, Energieentziehung.
 Entziehen aus amtlicher Gewalt 366.
 Entziehen eines Unmündigen aus der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt und Vorenthalten 104, 107.

- Erpressung 8, 86, 92, 103, 108, 113, 118, 137, 175, 213, 230, 253, 255f., 266, 274, 288ff., 295, 301, 303, 322, 328.
 —, gewerbsmäßige 294.
 —, räuberische 254, 291.
 Erfindungspatente: s. Patentverletzung.
 Erregung öffentlichen Ärgernisses: s. öffentliches Ärgernis.
 Erschleichung eines gerichtlichen Nachlaßvertrags 331, 366, 368ff.
 Erziehungspflichten, Verletzung 55.
 Euthanasie 11.
 Exhibition 132, 162.
 exceptio veritatis 201ff., 378.
- Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis, Auskundschaftung 395f.
 —, Verletzung 213, 215, 383, 390f.
 Fabrikations-, Geschäfts- und Industriespionage: s. Wirtschaftsspionage.
 Fälschungsdelikte 274.
 Fälschung des Personenstandes 22.
 Fahrkartenbetrug 283.
 Falsche Anschuldigung 7.
 Familie, Delikte gegen die 116, 214.
 Festnahme 97ff., 101.
 Feldfrevel: s. Wald- und Feldfrevel.
 FINDERpflichten, Mißachtung 234, 238f.
 Firmenmißbrauch 281; s. auch unlauterer Wettbewerb.
 Fischerei, unberechtigte 218.
 Fischfrevel 244.
 Flegelleien 196.
 Fleischesverbrechen 116.
 Formalbeleidigung 196ff., 203, 206, 378.
 Forstfrevel: s. Wald- und Feldfrevel.
 Frauen- und Kinderhandel 101, 104, 118, 135, 140, 150ff., 165, 170, 295.
 Frauenraub: s. Entführung.
 Freiheitsberaubung 5, 85, 96ff., 103, 112, 255, 294.
 — zu Unzuchtswirken 101f.
 Freiheitsdelikte 84ff., 117, 119, 254, 288.
 Frieden und öffentliche Sicherheit, Verletzung 221, 323.
 —, persönlicher, Verletzung 108.
 Friedensbürgschaft 90.
 Fremde Staaten, Delikte gegen 3.
 Fürsorgepflicht, Verletzung 54.
 furtum possessionis 227.
 — usus 222, 229.
 —, usurpatio fundi 231.
 Fundunterschlagung (Fundaneignung) 233, 236ff., 242f.
- Gefährdungsbegriff 47, 48ff.
 Gefährdungsdelikte 47ff., 64, 78, 312, 375.
 Gefährdungstatbestand, allgemeiner 74, 76.
 Gefährdung von Leib und Leben 47ff.; s. auch Lebensgefährdung.
 Gemeingefährliche Delikte 64, 221.
 Gemeingefährdung 49.
 Gefangenhalten 97ff.
 Geheimnisse, Verletzung privater 86f., 211ff., 374, 388ff.; s. auch Briefgeheimnis, Berufsgeheimnis, Geschäftsgeheimnis, Fabrikationsgeheimnis, Schriftgeheimnis.
 Geheimnisverrat 388f., 390ff.
 Geistige Entwicklung, Schädigung und Gefährdung 51, 64, 67.
 Geisteskrankheit, Herbeiführung von 39f.
 Geldunterschlagung 216, 240f.
 Geschäftsgeheimnis, Verletzung 213, 215, 388ff.
 Geschäftskorrespondenz, Verletzung der Aufbewahrungspflicht 351f.
 Geschlechtsehre, Verletzung 116, 118, 121.
 Geschlechtliche Freiheit, Delikte gegen die 7, 42, 117f., 123.
 Geschlechtsleben, Delikte gegen das 3, 101, 115ff.
 Geschlechtskrankheiten, Gefährdung durch 75; s. auch Ansteckung, Anpreisung von Mitteln zur Verhütung.
 Geschlechtsverkehr, außerehelicher 118f., 138f., 176.
 — zwischen Ehegatten 119, 124, 162.
 — zwischen Jugendlichen 129.
 — zwischen Verlobten 142, 146.
 — s. auch Konkubinat, Prostitution, Unzucht, widernatürliche Unzucht.
 Gesundheitsgefährdung 72.
 —, schwere 51, 65.
 — von Kindern, Untergebenen, unmündigen und weiblichen Angestellten 55.

- Gesundheitsschädigung 29 ff., 38, 51, 100, 64 f., 119, 256.
 — von Kindern, untergebenen unmündigen und weiblichen Angestellten 64 f.
 Gewalt 91, 92 ff.
 Gewaltsame Wegnahme 253 f.
 Gewaltsverübung 254 ff.
 Gewerbegeheimnis: s. Geschäftsgeheimnis.
 Gewerbepflicht, Verletzung 35.
 Gewerbsmäßigkeit 143 f., 274, 294, 303, 327.
 Gift 36 ff.
 Giftmord 16.
 Glaubens- und Kultusfreiheit, Störung der 210.
 Gläubigerbenachteiligung 328, 336, 363 ff.
 Gläubigerbestechung 331, 367 f.
 Gläubigerbevorzugung (-begünstigung) 5, 336, 353 ff., 366, 368.
 Gleichgeschlechtliche Unzucht 102, 120, 157 ff., 174.
 Glücksspiele 310 ff., 317.
 Grausamkeit 102, 122, 135, 160, 257.
 Grenzverrückung 231, 274.
 Gründungsschwindel (unwahre Angaben bei Handelsgesellschaften und Genossenschaften) 286 ff.
 Haarabschneider 30 f.
 Handlungsfreiheit, Verletzung 85, 92 f.
 Handtaschendiebstahl 255.
 Hausfriedensbruch 86 f., 108 ff., 209, 284, 393 f.
 Hausierhandel mit Losen 316.
 Hausrecht, Verletzung 109 f.
 Heblerei 8, 268, 274, 303, 321 ff., 394.
 Hehlertätigkeit 324 ff.
 —, gewerbsmäßige 327.
 —, Unterlassung einer Anzeige an die Behörde 325.
 Herabwürdigung, gesellschaftliche 179, 183 f., 376; s. auch Ehrverletzung.
 Herausforderung zum Zweikampf 62 f.
 Heirat als Strafaufhebungsgrund 138.
 Heiratsschwindel 266.
 Hochstapelei 283.
 Hofrecht, Verletzung 110.
 Hoheitszeichen, staatliche, Beschädigung 221.
 Holzfrevel: s. Wald- und Feldfrevel.
 Haft, Schweizer. Strafrecht, Bes. Teil, 1. Hälfte.
 Homosexualität: s. gleichgeschlechtliche Unzucht.
 Hotelbetrug 281, 283.
 Immaterielle Güterrechte, Delikte gegen 217, 329, 373 ff.
 Imstichelassen eines Hilflosen 49, 52.
 — eines Verletzten 54.
 Individualwucher 305 f.
 Industrie und Handelsspionage: s. Wirtschaftsspionage.
 Injurie, einfache 189.
 Injurienprozeß 208.
 Interessen, berechnete: s. Ehrverletzung.
 — des Einzelnen, Delikte gegen 2, 214.
 —, Gemeinschaftsinteressen (Kulturgüter), Delikte gegen 2, 116, 214.
 —, spezifisch staatliche, Delikte gegen: s. Staatsdelikte.
 Inverkehrbringen von unzüchtigen Gegenständen 169.
 — von Schundliteratur 171.
 Internierung einer Person unter der Vorspiegelung, sie sei geisteskrank 102.
 Irreführung der Rechtspflege 7.
 — durch arglistige Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen oder durch Benutzung eines bestehenden Irrtums 259 ff., 264, 269; s. auch Erschleichung eines gerichtlichen Nachlaßvertrags.
 Jagd, unberechtigte, Jagdwilderei 218, 324; s. auch Forst- und Waldfrevel.
 Jugendschutz 133, 143, 145, 154, 169, 172, 175.
 Kastration 40 f.
 Kartellwucher 305 f.
 Kasernierung 175.
 Kautionschwindel 262.
 Kinderhandel: s. Frauen- und Kinderhandel.
 Kindermißhandlung 7, 13, 35, 42, 51, 63 ff., 66 ff., 71, 73.
 Kinderraub: s. Entführung.
 Kindesmord 18.
 Kindesötung 6, 10, 18 ff., 54, 77.
 —, fahrlässige 22.
 Kindesotschlag 18.
 Koalitionen: s. Arbeitsfreiheit.

- Kollektivbeleidigung 185.
 Konkubinat 176f.
 Konkursdelikte 217f., 225, 328f.,
 330ff., 371.
 Körperschädigung: s. Körperverletzung.
 Körperverletzung 5, 7, 12f., 29ff.,
 43ff., 47, 50, 53, 56ff., 62, 64f., 67,
 70, 75, 78, 80, 119, 195f., 209, 256f.
 —, einfache 34ff., 42.
 —, fahrlässige 12, 35, 56, 62, 209.
 —, gefährliche 36ff.
 —, lebensgefährliche 38f., 256.
 — schwere 13, 36ff., 42, 53, 62, 64,
 122, 257.
 —, mit erheblichem bleibenden Nach-
 teil 39f.
 — mit tödlichem Ausgang 39, 65.
 —, Schuldhaftung 41ff.
 — mit Einwilligung des Verletzten 34,
 40.
 — gegenüber einem Wehrlosen 38.
 Körperliche Bewegungsfreiheit, Verhin-
 derung oder Beeinträchtigungen 85.
 Kraftdiebstahl: s. Energieentziehung.
 Krankheitsverbreitung 6, 33, 50; s.
 auch Ansteckung mit Geschlechts-
 krankheiten.
 Kreditbetrug 281f.
 Kreditgefährdung und -schädigung
 196, 210, 215, 374, 375ff.
 Kreditschwindel 262.
 Kreditwucher 295, 297, 298.
 Kulpakompensation 12.
 Kundenfang 267, 271, 383.
 Künstlerische Darstellung sexueller
 Vorgänge 167.
 Kuppelei 27, 101, 117f., 135, 137,
 138ff., 146f., 149ff., 153ff., 173,
 268, 295.
 —, bordellmäßige 141, 144.
 —, gewerbsmäßige 139, 141, 143, 145,
 153, 155.
 —, schwere 143ff.
 —, Duldung in Mietsräumen 141.
 Kupplerische Zuhälterei 148.
 Landdiebstahl 231.
 Landesverrat 213.
 —, diplomatischer 322.
 —, wirtschaftlicher 395f.
 Lebensgefährdung 12, 34, 38, 50ff., 55,
 57, 70, 71ff., 78f.
 Leib und Leben, Gefährdungen 47ff.,
 59.
 Leichenschändung 157, 161.
 Leichtsinziger Konkurs 5, 345, 346ff.,
 350, 352, 354, 359.
 Leichtsinziges Schuldenmachen 347,
 350.
 Leistungserschleichung 283.
 Logisprellerei 283.
 Lohnabtreibung 79f.
 Lohnlistenbetrug 277.
 Lotterieveranstaltung 313ff.
 Lustmord 17.
 Mädchenhandel: s. Frauen- und Kin-
 derhandel.
 Markenrechtsverletzung 383, 398.
 Menschenraub 103, 151.
 Mensur 56, 58, 60, 62; s. auch Zwei-
 kampff.
 Meuchelmord 16.
 Mietwucher 300ff.
 Militärdienstpflichtige: s. Selbstver-
 letzung.
 Militärische Verbrechen 3.
 Militärpersonen: s. Beschimpfung.
 Mißbrauch der Notlage oder Abhängig-
 keit einer Person 137, 155, 160.
 — der Unerfahrenheit und des Ver-
 trauens einer Frau 136.
 — eines Kindes zum Beischlaf oder zu
 einer ähnlichen Handlung 130ff.
 Mißhandlung 30f., 36, 67, 196; s. auch
 Kindermißhandlung.
 Modellschutzverletzung 397.
 Mord 6, 10f., 14, 15f., 18, 21, 23, 26,
 62, 254.
 Motorfahrzeug und Fahrrad, Ent-
 wendung zum Gebrauch 222, 224f.
 Mundraub: s. Entwendung.
 Musterschutzverletzung 394, 397.
 Nachlaßvertragsdelikte 331, 366ff.
 Nachrede: s. ehrenrührige Nachrede,
 üble Nachrede, Verleumdung, Kre-
 ditschädigung und Gefährdung, un-
 lauterer Wettbewerb.
 Nachrichtendienst, wirtschaftlicher, im
 Interesse des Auslandes: s. Landes-
 verrat.
 Nachwucher 303, 307.
 Nekrophilie, Nekrosadismus: s. Lei-
 chenschändung.

- Niederkunftsverheimlichung 22.
 Notentwendung 249f.
 Nothilfe, Unterlassung einer gebotenen 54.
 Nötigung 3, 63, 85ff., 89, 90ff., 99ff., 103f., 109, 118f., 151, 161, 253ff., 258, 288f.; s. auch unzüchtige Nötigung.
 — bei Wahlen und Abstimmungen 95.
 — gegenüber einem Arbeitswilligen 95f.
 Nötigungsmittel 92f.
 Notstands begriff 249.
 Notstandshilfe: s. Schwangerschaftsunterbrechung.
 Notwehr 46, 94, 113, 198f., 255; s. auch Selbsthilfe.
 Notwehrüberschreitung 17.
 Notzucht 82, 86, 91f., 101, 118ff., 128ff., 133, 139, 162, 256, 288.
- Obhutpflicht, Verletzung** 54, 66.
 Öffentliches Ärgernis 117, 157f., 164, 176.
 Öffentliche Ordnung: s. Staatsdelikte.
 — Sittlichkeit, Verletzung 117f., 164, 167.
 — unzüchtige Handlungen 118, 121, 157, 162ff., 172.
 — Wappen und andere öffentliche Zeichen, Verwendung zu geschäftlichen Zwecken 399.
 Okkupationsrechte, Verletzung fremder 218.
 Onanie 132, 162.
 Operation, ärztliche 33f.
- Parteiverrat: s. Prävarikation.**
 Partiererei: s. Hehlerei.
 Pasquill 210.
 Patentmaßung 398.
 Patentverletzung 394, 398.
 Paulianische Tatbestände 353.
 Personenhehlerei 322f., 327.
 Persönlichkeitsrechte 373.
 Pfanddefraudation: s. Pfandunterschlagung.
 Pfandkehr: s. Rechtsvereitelung.
 Pfandschmälerung 359.
 Pfändungsdelikte 331, 354.
 Pfändungsbetrug 8, 338, 354, 357f.
 Pfandunterschlagung 225ff., 359f.
 Pflegepflicht, Verletzung 66.
- Pietätsgefühl, Verletzung: s. Verleumdung und üble Nachrede gegen einen Verstorbenen.
 Postsendungen, unsittlicher Natur 165.
 —, Telegramme und Radiogramme, Vorenthaltung 243.
 Post-, Telegraphen- und Telephonheimnis, Verletzung 213.
 Postunterschlagung 243.
 Prämienanleihen und -lose, Handel mit 315ff.
 Prämienbetrug 277.
 Prävarikation 318f.
 Preßfreiheit, Verletzung 182, 205.
 Preßdelikte 168; s. auch Ehrverletzung durch die Presse.
 Preisgabe anvertrauter Geheimnisse durch Angestellte 389.
 Privatklageverfahren: s. Ehrverletzungsklage.
 Prostitution, Prostituierte 118, 138f., 143f., 146ff., 150, 159f., 173ff.
 Provisionswucher 297.
 Provokation 17, 198f.
 Prozeßbetrug 266, 269ff., 368.
 Prozeßdelikte 371.
 Prozeßpartei, betrügerische Schädigung der 266.
 Prügelei 45.
- Qualitäts- und Quantitätsverschleierung** 383, 386.
- Ratenloshandel** 316.
 Raub 5, 7, 86, 92, 102, 228ff., 247, 249, 253ff., 266, 290f., 322ff.
 —, bewaffneter 256.
 — zur Nachtzeit 256.
 — zum Nachteil von Angehörigen 257.
 — mit Einbruch, mit Einsteigen, mit Auflauern 256.
 Raubmord 254.
 Räuberischer Diebstahl: s. Diebstahl.
 Räuberische Erpressung: s. Erpressung.
 Raufhandel 43ff., 51.
 —, Beteiligte 47.
 Realinjurie: s. tätliche Beschimpfung.
 Rechtspflege, Delikte gegen die 271, 322, 366.
 Rechtsvereitelung 217f., 225ff., 340, 359f., 365.
 Reglementierung der Prostitution 144, 175.

- Religionsvergehen 2.
 Retorsion 199f.
 Ring- und Kartellwucher 305f.
 Rufgefährdung oder -verletzung 190ff.,
 198, 294.
 Rufuntergrabung, planmäßige 192.
- Sachbegriff 216.
 Sachbegünstigung 322.
 Sachbeschädigung 6, 112, 209, 217ff.,
 222ff., 228, 230f., 252f., 283, 320,
 340, 364.
 Sachentziehung 217, 222ff., 228, 230.
 Sacherpressung 291.
 Sachhehlerei: s. Hehlerei.
 Sachwucher 295f., 298, 307.
 Schädigungsdelikte 217.
 Schamhaftigkeit, Verletzung 121, 123.
 Schändung 82, 101, 118f., 123ff., 128,
 130, 139, 161, 164.
 — einer bewußtlosen Person 125.
 — einer blödsinnigen oder geistes-
 kranken Person 125.
 — einer zum Widerstand unfähigen
 Person 125f.
 Schatzfindung (Schatzaneignung) 234,
 238f., 243.
 Scheingeschäfte (Scheinveräußerung)
 340.
 Schelt- und Schimpfwörter 197.
 Schenkungspauliana 354.
 Schieber- und Kettenhandel 305.
 Schlägerei: s. Raufhandel.
 Schmähschrift 210.
 Schmuggel 278.
 Schneeballgeschäfte 316f.
 Schriftgeheimnis, Verletzung 211,
 212ff.; s. auch Geheimnisverletzung.
 Schuldentilgung, ungewöhnliche 355.
 —, ungerechtfertigte 357.
 Schuldhaft 328.
 Schund und Schmutz, Schund- und
 Schmutzliteratur 171f.
 Schutzalter 107, 133, 136, 154, 169.
 —, absolutes 129.
 Schwächung der Wehrkraft 329.
 Schwangerschaftsunterbrechung, straf-
 lose 81f.
 —, Notstandshilfe 81ff.
 —, Verletzung der Anzeigepflicht 81.
 Schwangerschaftsverhütung, Anprei-
 sung von Gegenständen 83f., 168,
 170, 173.
- Schwangerschaftsverheimlichung 22,
 168.
 Schwarzfahrer: s. Strolchenfahrer.
 Schweigegehd 294.
 Selbstabtreibung 79.
 Selbsthilfe 94, 114, 230, 242, 244, 272.
 Selbstmord 13f., 92.
 —, Verleitung und Beihilfe 6, 10, 13f.,
 23, 25ff., 61.
 —, Teilnahme 26, 28.
 Selbsttötung: s. Selbstmord.
 Selbstverletzung 33f.
 — eines Militärdienstpflichtigen 34.
 Sicherheitsgefühl, Verletzung 87.
 Sicherstellung einer Schuld, unzu-
 lässige 356.
 Sittlichkeitsdelikte 83, 115, 116ff., 214.
 Sittlichkeit, Übertretungen gegen die
 118, 172ff.
 Simulation von Krankheiten und Un-
 fällen 276f.
 Sodomie: s. widernatürliche Unzucht.
 Sozialwucher 295, 300, 305f.
 Spekulations- und Börsengeschäfte:
 s. Verleitung.
 Spielapparate, Spielautomaten 311.
 Spielbankbetrieb 311ff.
 — in Kursälen 312.
 Spiel, verbotenes 312.
 Spionage: s. Wirtschaftsspionage.
 Spitzeltum zugunsten fremder Staaten,
 ausländischer Behörden und Par-
 teien 395.
 Sprengstoffdelikte 4.
 Staatsdelikte 2f., 210, 213f., 278, 360,
 371, 381, 395.
 Sterbehilfe 11, 24.
 Stehlen: s. Diebstahl.
 Sterilisierung 40f.
 Steuerbetrug 267, 278f.
 Steuerdelikte 279ff.
 Steuerhinterziehung 279f.
 Stimmzettelfälschung 266.
 Stimmenkauf 331, 366.
 Stimmenverkauf 366, 368ff.
 Straßenraub 256.
 Streik, Ausschreitungen 96.
 —, Drohung 90.
 Strolchenfahrt 222, 224, 229.
- Tätliche Beschimpfung 30f., 101, 181,
 189, 195f., 203.
 Tätlichkeiten 31f., 35, 195f., 199, 379.

- Tätlichkeiten, fahrlässige 35.
 Täuschungsdelikte 340.
 Täuschung von Beamten 278.
 — von Behörden 280.
 — in bezug auf Handelsregister und Firma 280f.
 — über Nationalität des Geschäfts 280.
 — durch Anmaßung des Namens, Kennzeichens oder Pseudonyms des Urhebers 399.
 — durch Unterdrückung der Quellenangabe 399.
 Tierquälerei 161, 221.
 Titellentlehnung und -änderung 399.
 Toleranzhäuser 144.
 Tombola: s. Ausspielung.
 Totenfrieden, Störung 161, 210; s. auch Leichenschändung.
 Totschlag 6, 10f., 14f., 16ff., 18, 21, 23f., 26, 39, 62.
 Tötung 4, 6, 10ff., 18, 21ff., 26, 35, 39, 43f., 47, 50, 53, 56f., 59, 61f., 70ff., 75, 77f., 91, 258.
 —, fahrlässige 7, 11ff., 22, 25, 35, 56, 62.
 — auf Verlangen 7, 10, 23ff., 28.
 — des Einwilligenden 24.
 — der Frucht 76f.; s. auch Abtreibung.
 Treu und Glauben im Verkehr, Verletzung 258, 389.
 Trennungsbefehl, Ungehorsam gegen 177.
 Überanstrengung, Begriff 68.
 Überanstrengung von Kindern und Untergebenen 7, 13, 35, 42, 51, 63ff., 67ff., 73, 295.
 Übertragung ansteckender Krankheiten: s. Ansteckung mit Geschlechtskrankheit, Krankheitsverbreitung.
 Überschreitung des Züchtigungsrechts 66.
 Überschuldungs-Pauliana 354.
 Überschwemmung, Verursachung 49.
 Üble Nachrede 184, 189ff., 192ff., 198, 200f., 203ff., 377f.
 —, unbesonnene 206.
 — als Selbstzweck 204.
 — mit Bezug auf Verstorbene: s. Verleumdung.
 Unbrauchbarmachung 219.
 Unfruchtbarmachung: s. Sterilisation.
 Ungetreue Amtsführung 319.
 — Geschäftsführung 233, 241, 318ff., 329, 394.
 — eines diplomatischen Vertreters der Eidgenossenschaft 319.
 — zum Nachteil eines Angehörigen 321.
 Ungezogenheiten 196.
 Unlauteres Geschäftsgebahren 381.
 Unlauterer Wettbewerb 209, 215, 267, 281, 374f., 377, 379, 380ff., 393, 397f., 400.
 —, indirekter 381, 383, 385, 397.
 Unsittliche Schriften und Bilder: s. Veröffentlichungen.
 Untauglichmachen zur Erfüllung der Militärdienstpflicht 14, 34.
 Unterbrechung der Schwangerschaft: s. Schwangerschaft.
 Unterdrückung von Tatsachen: s. Irreführung.
 Unterlassung der Buchführung: s. Buchführungsdelikte.
 Unterlassung gebotener Nothilfe: s. Nothilfe.
 Unternehmungsgeheimnis: s. Geschäftsgeheimnis.
 Unterschlagung 215, 217, 222ff., 228ff., 232ff., 249, 253, 266, 268, 318, 322ff., 359, 393f.
 —, einfache 233ff., 338.
 Unterstützungsspflicht, Vernachlässigung 70.
 Untreue: s. ungetreue Geschäftsführung.
 Unzucht mit abhängigen Personen 118, 128, 132ff.
 — mit Anstaltspfinglingen 133f., 161.
 — mit Beschuldigten und mit Gefangenen 133f.
 — mit Kindern 66, 118, 128ff., 135, 154, 160.
 — mit Jugendlichen, Begünstigung 138f., 145.
 — mit Pflegebefohlenen 135, 154, 161.
 — mit Personen, die in ihrer geistigen Gesundheit wesentlich beeinträchtigt sind 126f.
 — mit Schwachsinnigen 123ff., 126f., 161.
 —, gewaltsame 86, 91, 118ff.
 —, gewerbsmäßige: s. Prostitution.

- Unzucht, gleichgeschlechtliche: s. Wiedernatürliche Unzucht.
- Unzuchtsdelikte, einfache 115, 156ff.
- Unzüchtig, Begriff 166f.
- Unzüchtige Aufführungen 170f.
- Belästigung 122, 173; s. auch Anlocken zur Unzucht.
- Gegenstände, in Verkehr bringen, Vorzeigen, Übergeben, Verbreiten 132, 168f.
- Handlungen 102, 119f., 121ff., 130ff., 157, 162, 164, 166; s. auch Öffentliche unzüchtige Handlungen.
- vor einem Kinde 131f.
- mit einem Kinde 130.
- Nötigung 118f., 120ff., 124, 128, 133, 135f., 162, 256, 288.
- Reden 121, 132.
- Veröffentlichungen: s. Veröffentlichungen.
- Urkundenfälschung 93, 281.
- Urkundenvernichtung und Beschädigung 221.
- Urheberrecht, Verletzung 396ff., 399.
- , gewerbliches 397f.
- , literarisches und künstlerisches 399.
- Urhebername, -Kennzeichen, -Pseudonym, Anmaßung 399.
- Verabreichen geistiger Getränke an Kinder 48, 51, 55, 66, 70f.
- Verächtlichmachen 191.
- Verbreiten gemeingefährlicher Krankheiten: s. Krankheitsverbreitung.
- Verbreitung und Vertrieb unzüchtiger und unsittlicher Veröffentlichungen: s. Veröffentlichungen.
- Verdunkelung der Beweislage gegenüber den Konkursgläubigern 341.
- Verfügung über amtlich aufgezeichnete Sachen 343, 354, 359.
- über amtlich gepfändete und beschlagnahmte Sachen: s. Verstrickungsbruch.
- Verführung 23, 101, 105, 118, 128, 135ff., 139, 145, 155, 160, 295.
- Vergiftung 38.
- , gemeingefährliche 38.
- von Fischbeständen 218.
- Verhaftung, unrechtmäßige: s. Freiheitsberaubung.
- Verheimlichung der außerehelichen Niederkunft 23, 139.
- Verheimlichung der Schwangerschaft: s. Schwangerschaft.
- und Beiseiteschaffung der Geschäftsbücher 341.
- von Vermögen 340, 343.
- Verhütung der Schwangerschaft: s. Schwangerschaft.
- Verkehrsdelikte 12.
- Verletzungsdelikte 49.
- Verleitung, Begriff 27.
- zum Selbstmord: s. Selbstmord.
- zu Spekulationen und Börsengeschäften 307ff., 350.
- eines Kindes zu einer unzüchtigen Handlung 131.
- unmündiger Pflegebefohlener zu einer unzüchtigen Handlung 145.
- abhängiger Personen zu einer unzüchtigen Handlung 133.
- Verleumdung 7, 184, 188f., 190ff., 198, 200ff., 205, 207, 210, 255, 376f.
- fahrlässige 193, 206.
- und üble Nachrede gegen einen Verstorbenen oder einen Verschollenen erklärten 187f., 193f.
- Verleumderische Kreditschädigung 378.
- Vermögensbegriff 214f., 361f., 373.
- Vermögensdelikte 214ff., 266, 271, 289, 322f., 325, 328f., 364, 369, 371, 373, 389.
- Vermögensrechte, Delikte gegen 217, 258.
- Vermögensentziehung 217.
- Vermögenserpresung 291.
- Vermögensschädigung, betrügerische 266f.
- , boshafte 285.
- Vermögensverminderung 339f., 343f., 348.
- zum Schein 339, 340f., 344.
- Vermögensverfall 345ff., 359.
- Vermögensverschiebung 217, 273, 340.
- Vernachlässigung eines Kindes 13, 51, 67.
- Vernichtung lebensunwerten Lebens 11.
- Veröffentlichung geheimer behördlicher Verhandlungen und Untersuchungen 213.
- von Gelegenheit zur Unzucht 142, 160, 173.
- unbefugte, von Bildnissen 399.

- Veröffentlichungen künstlerische (Darstellung sexueller Vorgänge) 167.
 —, unzüchtige und unsittliche 5, 83, 118, 121, 135, 142, 152, 157, 162, 164ff., 168, 170ff.
 — s. auch Anpreisungen.
 —, wissenschaftliche, über sexuelle Fragen 167.
 Versicherungsbetrug 34, 275, 276ff.
 Verspottung äußerer Eigenschaften 183, 191.
 Verstrickungsbruch 225f., 331, 336, 359ff., 372.
 — an gepfändeten Forderungen 362.
 Verstümmelung 39.
 Vertrauensmißbrauch 136, 318.
 Verweilen, verbotswidriges; s. Hausfriedensbruch.
 Verwandtentötung 16.
 Verunehrung einer Leiche: s. Leichenschändung.
 Veruntreuung 3, 228, 231ff., 239ff., 249, 253, 319, 321f., 324, 329.
 — zum Nachteil eines Angehörigen 242.
 — und Entzug von Pfandsachen und Retentionsgegenständen: s. Rechtsverteilung.
 vis absoluta, vis compulsiva 93.
 volenti non fit injuria 207.
 Völkerrecht, Delikte gegen das 3.
 Vorschußschwindel 262.
 Vorgetäuschte Forderung, Anerkennung 340, 343.
 —, Veranlassung ihrer Geltendmachung 340.
 Vortäuschung von Schulden 340, 343.
 Waffe 36f., 58.
 Wahlgeheimnis, Verletzung 213.
 Wahrnehmung berechtigter Interessen: s. berechnigte Interessen.
 Wald- und Feldfrevel 246, 250f.
 Warenbetrug 261.
 Warenwucher 298.
 Wasserbauten, Beschädigung 221.
 Weglegung: s. Aussetzung.
 Werkzeug, gefährliches 36f.
 Wettbewerbsfähigkeit, Schädigung oder Gefährdung 388.
 Wetten, gewerbsmäßige 310f., 317f.
 Widernatürliche Unzucht 101, 120f., 124, 135f., 138, 140, 146, 157ff., 162, 174, 294.
 — mit Tieren 157, 161.
 Wirtschaftsspionage 389, 393ff.
 —, internationale 395.
 Wirtschaftsverrat: s. Landesverrat.
 Wucher 8, 230, 274, 285, 294ff., 322, 328, 350.
 —, generellbegrifflich 297.
 —, gewerbsmäßiger 301, 303f.
 —, wirtschaftlicher 298.
 —, Begehungsart und -zeit 302f.
 Wucherfreiheit 296.
 Wucherähnliche Tatbestände 306ff.
 Wucherische Ausbeutung Minderjähriger 306f.
 Wucherliches Kreditgeben 306.
 Zahlung einer nicht verfallenen Schuld 355.
 Zechprellerei 262f., 281ff.
 Zerstören 219.
 Zinstaxenüberschreitung 296f., 302.
 Zinsverbot 296.
 Zinswucher 298.
 Zollbetrug 267, 278, 280.
 Zolldelikte 8, 280.
 Zollhehlerei 280, 324.
 Zollhinterziehung 280.
 Zollpfandunterschlagung 225, 280.
 Züchtigungsrecht, Überschreitung 34.
 Zuhälterei 118, 146ff., 295.
 —, aktive 148ff.
 —, passive 146ff.
 Zweikampf 51, 56ff., 73, 358.
 —, Teilnahme 60f.
 Zweikampfbeleidigung 63.