

S. 205 / Nr. 47 Strafgesetzbuch (d)

BGE 71 IV 205

47. Urteil des Kassationshofes vom 19. Oktober 1945 i.S. Behrenstamm und Sennhauser gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

Seite: 205

Regeste:

1. Art. 251, 148 StGB. Wer eine Urkunde fälscht und damit betrügt, ist sowohl wegen Urkundenfälschung als auch wegen Betruges zu bestrafen.

2. Art. 21, 137 StGB. Beginn der Ausführung des Verbrechens bei versuchtem Einbruchsdiebstahl.

1. Art. 251, 148 CP. Celui qui falsifie un titre et s'en sert pour escroquer quelqu'un doit être à la fois puni pour faux dans les titres et pour escroquerie.

2. Art. 21, 137 CP. Début de l'exécution du crime dans le cas de tentative de vol par effraction.

1. Art. 251, 148 CP. Chi falsifica un documento e se ne serve per truffare qualcuno, dev'essere punito tanto per falsificazione d'un documento quanto per truffa.

2. Art. 21, 137 CP. Inizio dell'esecuzione d'un reato nel caso di tentativo di furto mediante scasso.

A. Am 25. Mai 1944 schrieben Hermann Behrenstamm und Rudolf Sennhauser auf einen von Max Epstein blanko unterzeichneten Briefbogen, den Sennhauser seinerzeit entwendet hatte, den Text eines erfundenen «Schuld- und Darlehensvertrages», wonach Epstein versprochen hätte, dem Inhaber der Urkunde am 26. Mai 1944 zur Rückzahlung eines Darlehens samt Zins Fr. 11200. zu leisten. Die Fälscher hatten die Absicht, die vorgetäuschte Forderung gegenüber den Erben Epsteins geltend zu machen. Gemäss Verabredung mit Sennhauser brachte Behrenstamm die Urkunde am gleichen Tage einem Rechtsanwalt und beauftragte ihn mit dem Inkasso. Die Bemühung des Rechtsanwaltes bei der Schwester des Verstorbenen hatte nicht Erfolg.

In den Nächten vom 27. auf den 28. und vom 28. auf den 29. Juli 1944 versuchte Björn Smith mittels eines Dietrichs, in zwei Filialgeschäfte des Lebensmittelvereins Zürich einzudringen, in der Absicht, dort Lebensmittel und andere Waren zu stehlen. Behrenstamm und Sennhauser standen beide Male abmachungsgemäss Schmiere. Beide Taten des Smith misslangen, weil sein Dietrich sich nicht eignete.

Seite: 206

B. Das Obergericht des Kantons Zürich, vor welchem sich Behrenstamm und Sennhauser am 28. Juni 1945 zu verantworten hatten, erblickte in der Anfertigung des «Schuld- und Darlehensvertrages» eine Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB, in der Geltendmachung des Vertrages einen vollendeten Betrugsversuch im Sinne von Art. 148 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 1 StGB und in der Mitwirkung bei den von Smith begangenen Einbruchsversuchen wiederholte Versuche gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 137 Ziff. 1 und 2 und Art. 21 Abs. 1 StGB. Für diese und andere Verbrechen, auf welche sich das Verfahren miterstreckte, verurteilte das Obergericht Behrenstamm zu einem Jahr und sechs Monaten und Sennhauser zu einem Jahr und acht Monaten Gefängnis und stellte jeden für zwei Jahre in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ein.

C. Beide Verurteilte haben die Nichtigkeitsbeschwerde erklärt mit dem Antrag auf Aufhebung des Urteils und Rückweisung der Sache an das Obergericht zu neuer Beurteilung. Behrenstamm will von der Anklage der Urkundenfälschung, Sennhauser von der des Betrugsversuches freigesprochen werden. Behrenstamm erblickt in der Anfertigung der Urkunde eine straflose Vorbereitungshandlung zum Betrugsversuch, Sennhauser dagegen im Gebrauch der Urkunde eine straflose Nachtat zur Urkundenfälschung. Beide Verurteilte beantragen ausserdem Freisprechung von der Anklage des wiederholten Diebstahlsversuchs, weil die Ausführung des Diebstahls nicht schon mit dem Einbrechen beginne, dieses vielmehr bloss Vorbereitungshandlung sei.

D. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich beantragt die Abweisung beider Beschwerden.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Die Beschwerdeführer bestreiten mit Recht nicht, dass an sich der Wortlaut des Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB auf die Anfertigung des «Schuld- und

Seite: 207

Darlehensvertrages» zutrifft. Sie haben in der Absicht, sich einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, die echte Unterschrift eines andern benutzt, um eine unwahre Urkunde herzustellen. Auch dagegen wenden sie mit Recht nichts ein, dass ihr weiteres Verhalten vom Wortlaut des Art. 148 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB erfasst wird. Sie haben in der Absicht, sich

unrechtmässig zu bereichern, durch Vorspiegelung einer Schuld Epsteins dessen Erben arglistig irreführen und sie so zur Bezahlung der behaupteten Schuld zu bestimmen versucht.

Verbunden sind die beiden Handlungen durch die von Anfang an gehegte Absicht der Täter, sich unrechtmässig in den Besitz von Fr. 11200. zu setzen, und ferner dadurch, dass das Erzeugnis der einen bei Begehung der anderen verwendet wurde, die eine Handlung (Urkundenfälschung) also zur Vorbereitung der andern (Betrugsversuch) diene. Aus dieser Verbundenheit leiten die Beschwerdeführer ab, dass die nach der einen Bestimmung auszusprechende Strafe auch die unter die andere Bestimmung fallende Handlung abgelte. Behrenstamm hält dafür, dass die auf die Vortat, Sennhauser dagegen, dass die auf die Nachtat zutreffende Bestimmung entfalle. Nach dem Standpunkt des ersteren wäre also die Vortat, wie in der Literatur gesagt wird, «straflos», nach dem Standpunkt des letzteren dagegen die Nachtat.

2. «Straflosigkeit» der Vortat oder Nachtat heisst nicht, dass der Täter nur für die Haupttat bestraft werden darf, es bedeutet bloss, dass die Vortat beziehungsweise Nachtat nicht nach der auf sie selbst zutreffenden Bestimmung bestraft, sondern durch die auf die Haupttat anwendbare Bestimmung mitgesühnt werden soll. Etwas anderes liesse sich mit Vernunftgründen nicht vertreten. Denn sowohl unter dem Gesichtspunkt des Erfolges als auch unter dem der Schuld ist es etwas anderes, ob jemand beispielsweise bloss stiehlt, oder ob er vorher eine Türe einschlägt oder nach Begehung des Diebstahls die gestohlene Sache absichtlich in einer Weise beschädigt, die mit

Seite: 208

der blossen Eigentüternutzung nichts zu tun hat, oder sie vernichtet. Die Strafe der Haupttat muss wegen der Vor- oder der Nachtat erhöht werden. Ob das bloss auf Grund von Art. 63 StGB geschehe, in der Annahme, der Tatkomplex bilde eine einzige strafbare Handlung, oder ob der Richter Art. 68 StGB anwende, weil er mehrere Gesetzesbestimmungen als verletzt ansieht, kommt im Ergebnis immer dann auf das gleiche heraus, wenn er die Strafe innerhalb des für die Haupttat angedrohten Rahmens zuzmisst. Nur wenn der Richter findet, der für die Haupttat angedrohte Strafrahmen reiche wegen der Vortat oder der Nachtat nicht aus, ist es von Bedeutung, ob man eine einzige oder mehrere Strafbestimmungen als verletzt ansieht. Dann ist es aber nicht unbillig, eine Mehrheit von Delikten anzunehmen und die Strafe in Anwendung von Art. 68 über den für die Haupttat angedrohten Rahmen hinaus zu schärfen. Diese Bestimmung selbst setzt der Schärfung eine Grenze, die sie erträglich macht, schreibt Art. 68 doch vor, dass das höchste Mass der angedrehten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöht werden darf und der Richter an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden ist. Zudem gilt auch bei Anwendung des Art. 68 die allgemeine Regel des Art. 63, wonach die Strafe dem Verschulden des Täters angepasst werden soll. Unter der Herrschaft des Erfolgsstrafrechts, zumal wenn es beim Zusammentreffen strafbarer Handlungen die Strafe kumuliert, kann die Theorie der straflosen Vortat beziehungsweise straflosen Nachtat Härten mildern. Unter der Herrschaft des Schuldstrafrechts und des Schärfungsprinzips des Art. 68 fällt diese Überlegung dahin.

Ja Art. 68 schliesst die Theorie der straflosen Vortat und der straflosen Nachtat geradezu aus. Diese Bestimmung lässt bei Verletzung mehrerer Strafbestimmungen durch ein und dieselbe Handlung (Idealkonkurrenz) alle Bestimmungen anwenden und will, dass die Strafe erhöht und gegebenenfalls über den Rahmen der schwersten angedrohten Strafe hinaus verschärft werde. Da wäre es

Seite: 209

widerspruchsvoll, den Täter besser wegkommen zu lassen, wenn er die mehreren Bestimmungen nicht durch eine einzige, sondern durch mehrere subjektiv und objektiv zusammenhängende Handlungen verletzt. Art. 68 StGB schreibt denn auch für das Zusammentreffen mehrerer strafbaren Handlungen (Realkonkurrenz) das gleiche vor wie für den Fall der Idealkonkurrenz, ohne zu unterscheiden, ob die mehreren Handlungen unabhängig sind oder objektiv und subjektiv irgendwie zusammenhängen. Nur unter einer Rechtsordnung, welche, wie beispielsweise das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (§ 73) und das bernische Strafgesetzbuch von 1866 (Art. 58), die Strafe bei Idealkonkurrenz nach dem Absorptionsprinzip bestimmen, bei Realkonkurrenz dagegen ein anderes Prinzip anwenden, z.B. die Strafe schärfen, kann jene Unterscheidung eine praktische Bedeutung haben, nämlich dann, wenn man die Vortat bzw. Nachtat einerseits und die Haupttat andererseits wegen ihrer objektiven und subjektiven Verbundenheit als Tateinheit behandeln will.

3. Schliesst somit nach dem schweizerischen Strafgesetzbuch der objektive und subjektive Zusammenhang zwischen den Einzelhandlungen eines Tatkomplexes die Anwendung mehrerer Strafbestimmungen und die Schärfung nach Art. 68 grundsätzlich nicht aus, so gibt es doch Ausnahmen, wenn dem Gesetz selbst die Entscheidung gegen die Strafbarkeit der Vor- oder Nachtat deutlich zu entnehmen ist. Dies ist beispielsweise der Fall für die Wegnahme (Diebstahl) nach Gewaltverübung in Diebstahlsabsicht (Raub), denn das Gesetz kann unmöglich die letztere Tat im Randtitel und in Ziffer 2 des Art. 139 als Raub und den Täter als Räuber bezeichnen, ohne zugleich die Wegnahme der Sache abgelten zu wollen. Wenn nun in Art. 251 Ziff. 1 Abs. 3 der Gebrauch der

gefälschten Urkunde durch den Fälscher selbst nicht wie der Gebrauch durch einen Dritten unter Strafe gestellt ist, so heisst das wohl, dass er nicht als Delikt eigener Art (Urkundengebrauch) strafbar sein soll, dagegen bedeutet es

Seite: 210

keineswegs, dass der Gebrauch der Urkunde durch den Fälscher selbst dann nicht strafbar sein soll, wenn er den Tatbestand eines anderen Delikts, insbesondere des Betruges, erfüllt. Der letztere Schluss dürfte nur gezogen werden, wenn jeder Gebrauch einer falschen Urkunde zum Zwecke der Täuschung an sich eine strafbare Handlung enthielte. Es kommt jedoch vor, dass der Täter mit der falschen Urkunde jemanden täuscht, ohne den Tatbestand einer besonderen Strafbestimmung zu erfüllen. In solchen Fällen hat es einen Sinn, den Gebrauch der Urkunde von Art. 251 (oder Art. 252) erfassen zu lassen, wenn ein Dritter der Täter ist, den Gebrauch durch den Fälscher selbst dagegen nicht besonders abzugelten. Erfüllt dagegen der Gebrauch der Urkunde den Tatbestand einer anderen Gesetzesbestimmung, so liegt ein Grund nicht vor, sie nicht anzuwenden. Die gegenteilige Auffassung würde zum unbefriedigenden Ergebnis führen, dass der Fälscher beispielsweise nach Verjährung der Fälschung mit der falschen Urkunde straflos betrügen könnte oder dass, wer in der Absicht der Erreichung eines geringfügigen nicht vermögensrechtlichen Vorteils fälscht, die Urkunde dann aber zu bedeutender Bereicherung und Schädigung braucht, nur für den bei Vornahme der Fälschung beabsichtigten Erfolg bestraft werden dürfte.

Ebensowenig ist dem Gesetz ein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass umgekehrt bei Bestrafung wegen Betruges diejenige wegen der Vortat, der Urkundenfälschung, entfalle. Der Beschwerdeführer Behrenstamm folgert es aus dem Charakter der Urkundenfälschung als Gefährdungsdelikt, das im Verletzungsdelikt des Betruges aufgegangen sei. Wohl war die Gefahr des Gebrauchs der gefälschten Urkunde das gesetzgeberische Motiv, die Fälschung ohne Rücksicht auf den Gebrauch unter Strafe zu stellen. Aber das erklärt nur, warum die Fälschung um ihrer selbst willen bestraft wird, und bedingt nicht, dass sie neben dem durch den Gebrauch begangenen Betrug straflos bleiben soll. Die Fälschung ist denn auch textlich nicht als Gefährdungsdelikt gefasst (vgl. z.B. Art. 237). Im

Seite: 211

vorliegenden Falle konkurriert übrigens mit der Urkundenfälschung nicht Betrug, sondern Betrugsversuch. Dass dieser die Fälschung erst recht nicht konsumiert, ergibt sich daraus, dass er milder bestraft werden kann als diese (vgl. einerseits Art. 148 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 und andererseits Art. 251 Ziff. 1 StGB), der Täter also durch Fortsetzung der verbrecherischen Absicht über das Stadium der Urkundenfälschung hinaus den Strafraum nach unten erweitern würde, somit besser wegstäme, als wenn er bloss gefälscht hätte.

4. Im Gegensatz zu ehemaligen kantonalen Rechten erwähnt das Strafgesetzbuch das Einbrechen nicht als ein den Diebstahl qualifizierendes Merkmal. Objektiv betrachtet beginnt daher der Diebstahl nicht schon mit dem Einbrechen, auch dann nicht, wenn es als eine die besondere Gefährlichkeit des Täters offenbarende Handlung (Art. 137 Ziff. 2 Abs. 4 StGB) angesehen wird. Allein das Verbrechen oder Vergehen fängt nach dem Strafgesetzbuch nicht erst mit dem Beginn jener Handlung an, die, wenn sie beendet wird, das Delikt ausmacht, beim Diebstahl also mit dem Wegnehmen der Sache. Zur «Ausführung» des Verbrechens oder Vergehens (Art. 21 Abs. 1 StGB) gehört schon jede Tätigkeit, welche nach dem Plane, den sich der Täter gemacht hat, auf dem Wege zum Erfolg den letzten entscheidenden Schritt darstellt, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt. Dass diese subjektive Betrachtungsweise gilt, ergibt sich aus der Regelung, welche das Gesetz dem untauglichen Versuch zuteil werden lässt (Art. 23 StGB). Eine Handlung, die objektiv zum Erfolg führen könnte, fehlt einem solchen Versuch; der Täter wird bestraft, weil seine Tätigkeit nach seiner Vorstellung einen verbrecherischen Erfolg haben soll. Den untauglichen Versuch seiner subjektiven Merkmale wegen strafbar erklären kann aber vernünftigerweise nur ein Gesetz, das beim Versuch überhaupt auf dem Boden der subjektiven Theorie steht, wie sie z.B. auch von GERMANN (Das Verbrechen im neuen Strafrecht, S. 66 ff.) gelehrt wird.

Deshalb haben die Diebstahlsversuche des Smith und

Seite: 212

seiner beiden Schmiere stehenden Mittäter Behrenstamm und Sennhauser schon damit begonnen, dass ersterer mit einem Dietrich in die Geschäftslokale einzudringen versuchte, aus denen er Waren zu stehlen beabsichtigte. Was die drei taten, war der Beginn des entscheidenden Schrittes, der sie nach ihrer Vorstellung zum verbrecherischen Erfolg führen sollte.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden abgewiesen