

S. 87 / Nr. 17 Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (d)

BGE 68 IV 87

17. Urteil des Kassationshofes vom 15. Juli 1942 i.S. Vogel gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zug.

Seite: 87

Regeste:

1. Art. 23 Ziff. 1 des BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931.

a) Die Überlassung eines inhaltlich unwahren Ausweispapieres an die Person, auf deren Namen es lautet, fällt nicht unter Abs. 2.

b) Die Ausstellung eines echten Ausweispapieres mit unwahrem Inhalt (Falschbeurkundung) fällt nicht unter Abs. 1.

2. Art. 336 lit. a StGB. Die Frage, ob ein unter kantonalem Recht und in Anwendung desselben gefälltes Urteil unter eidgenössischem Recht noch vollzogen werden dürfe, entscheiden die Vollzugsbehörden.

1. Art. 23 ch. 1 de la LF du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers.

a) La remise de papiers de légitimation dont le contenu est faux à la personne au nom de laquelle les papiers sont établis ne tombe pas sous le coup de l'al. 2.

b) La délivrance de papiers authentiques constatant des faits faux (faux immatériel) ne tombe pas sous le coup de l'al. 1.

2. Art. 336 litt. a CPS. Ce sont les organes d'exécution qui décident si un jugement rendu sous l'empire et en application du droit cantonal doit encore être exécuté sous l'empire du droit fédéral.

1. Art. 23 cifra 1 della legge federale 26 marzo 1931 concernente la dimora e il domicilio degli stranieri.

a) La consegna di documenti di legittimazione, il cui contenuto è falso, alla persona cui sono intestati, non è punibile in virtù del cp. 2.

b) Il rilascio di documenti di legittimazione autentici, che costatano fatti falsi, non è punibile in virtù del cp. 1.

Seite: 88

2. Art. 336 lett. a CPS. Spetta agli organi di esecuzione di decidere se una sentenza pronunciata sotto l'impero ed in applicazione del diritto cantonale debba essere ancora eseguita sotto l'impero del diritto federale.

A. - Im September 1938 stellte der Gemeindeschreiber von Menzingen im Namen des Einwohnerrates dem deutschen Auswanderer Albert Flegenheimer mit Einwilligung des Einwohnerpräsidenten eine auf 20. September 1934 zurückdatierte Niederlassungsbewilligung der Gemeinde Menzingen aus, in welcher als Tag der Hinterlegung des Heimatscheins fälschlicherweise der 7. September 1934 angegeben wurde. Die beiden Gemeindebeamten wurden zu ihrer Tat durch Edwin Vogel veranlasst und liessen sich dafür bezahlen.

B. - Durch Urteil vom 1./ 8. Juli 1941 erklärte das Strafobergericht des Kantons Zug Edwin Vogel der Anstiftung zur Fälschung eines fremdenpolizeilichen Ausweispapiers im Sinne des Art. 23 des BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 und der aktiven Beamtenbestechung im Sinne des § 51 Abs. 2 des zugerischen StG schuldig und verurteilte ihn zu fünf Monaten Arbeitshaus.

C. - Edwin Vogel erklärte rechtzeitig die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher er beantragt, das Urteil sei aufzuheben und die Sache sei zu seiner Freisprechung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er macht geltend, die Niederlassungsbewilligung sei echt und nur ihr Inhalt entspreche nicht den Tatsachen; auch sei sie Albert Flegenheimer als berechtigtem Inhaber überlassen worden. Die Veranlassung der beiden Gemeindebeamten, die Niederlassungsbewilligung auszustellen und sie Flegenheimer zu überlassen, sei daher weder Anstiftung zu dem in Art. 23 Ziff. 1 Abs. 1, noch zu dem in Art. 23 Ziff. 1 Abs. 2 des BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer umschriebenen Vergehen. Gestützt auf Art. 336 lit. a in Verbindung mit Art. 288 StGB sei das Urteil auch aufzuheben, soweit es ihn wegen aktiver Bestechung

Seite: 89

verurteilt habe, denn das Geld, welches Flegenheimer bezahlt habe, sei (als Steuer) für die Gemeinde, nicht für die beiden Beamten bestimmt gewesen, weshalb der Tatbestand der Bestechung nach eidgenössischem Recht nicht erfüllt sei.

D. - Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zug beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

- 1.- Gemäss Art. 23 Ziff. 1 Abs. 2 des BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer macht sich strafbar, wer echte, aber nicht ihm zustehende Ausweispapiere verwendet oder echte Ausweispapiere Unberechtigten zum Gebrauch überlässt. Diese Vorschrift trifft entgegen der Auffassung der Vorinstanz im vorliegenden Falle nicht zu. Die Niederlassungsbewilligung lautet auf Albert Flegenheimer, der somit der Berechtigte war. Der Umstand, dass in der Bewilligung falsche Tatsachen verurkundet worden sind und sie daher, so wie sie lautet, Flegenheimer nicht hätte ausgehändigt werden dürfen, machte ihn nicht zum Unberechtigten im Sinne des Art. 23 Ziff. 1 Abs. 2. Diese Bestimmung will nicht die Aushändigung inhaltlich falscher Ausweispapiere treffen, sondern verbieten, dass einer Person Ausweispapiere zum Gebrauch überlassen werden, welche auf den Namen einer anderen Person lauten. Die Auffassung der Vorinstanz hätte zur Folge, dass nach Art. 23 Ziff. 1 Abs. 2 bestraft werden müsste, wer einem anderen inhaltlich falsche Ausweispapiere überlässt, während unter dem Gesichtspunkt dieser Bestimmung straflos ausginge, wer solche Papiere annimmt und verwendet, denn vom ersten Teil des erwähnten Absatzes wird nach seinem Wortlaut nur erfasst, wer «nicht ihm zustehende» Ausweispapiere, d.h. solche eines andern, und nicht auch wer eigene, aber inhaltlich falsche Ausweispapiere verwendet.
- 2.- Art. 23 Ziff. 1 Abs. 1 des BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer unterscheidet einerseits

Seite: 90

falsche und andererseits echte, aber verfälschte fremdenpolizeiliche Ausweispapiere.

Als echt gilt eine Urkunde dann, wenn sie von der Person- oder Amtsstelle ausgestellt worden ist, welche ihr Wortlaut als Aussteller ausweist; mit anderen Worten, wenn sie unter wahrem Namen ausgestellt ist (BGE 34 I 372). Dagegen gilt eine Urkunde dann als falsch, wenn sie unter falschem Namen ausgestellt ist, wenn also der wirkliche Aussteller mit der durch die Urkunde als Aussteller bezeichneten Person oder Amtsstelle nicht identisch ist. Ob im übrigen der Inhalt der Urkunde mit den Tatsachen übereinstimmt, ist für die Frage, ob sie echt oder falsch sei, ohne Bedeutung. Die Ausstellung einer im erwähnten Sinne echten Urkunde mit unwahrem Inhalt wird denn auch in der Rechtslehre und Gerichtspraxis unterschieden von der Herstellung einer Urkunde unter falschem Namen. Sie gilt nicht wie diese als Urkundenfälschung schlechthin, sondern als Falschbeurkundung oder intellektuelle Urkundenfälschung. Diese Unterscheidung lag insbesondere auch dem BG über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, welches beim Erlass des BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer galt, zugrunde; das Bundesstrafrecht stellte die Falschbeurkundung nicht als Urkundenfälschung unter Strafe (BGE 34 I 371 ff.). Es ist daher nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber beim Erlass des BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer unter der Herstellung eines falschen Ausweispapiers auch die Falschbeurkundung verstanden habe. Zwar brauchte er den Tatbestand der Fälschung fremdenpolizeilicher Ausweispapiere nicht analog der Fälschung von Bundesakten zu regeln. Die Tatsache allein, dass der Wortlaut des Art. 23 Ziff. 1 Abs. 1 des BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, was die Umschreibung der Fälschung anbetrifft, vom Wortlaut des Art. 61 BStrR abweicht, lässt jedoch nicht den Schluss zu, die erstgenannte Bestimmung wolle auch die Falschbeurkundung erfassen. Hätte das BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer auch die

Seite: 91

Falschbeurkundung unter Strafe stellen wollen, so wäre dies mit Rücksicht auf die allgemein bekannte Unterscheidung zwischen der Herstellung einer falschen Urkunde und der Falschbeurkundung ausdrücklich gesagt worden, wie es z.B. im Militärstrafrecht und im schweizerischen Strafgesetzbuch der Fall ist (Art. 172 MStG, Art. 251, 317 StGB).

3.- Der Gemeindeschreiber von Menzingen hat die Niederlassungsbewilligung für Albert Flegenheimer - und zwar befugterweise im Namen des Einwohnerrates - mit der eigenen Unterschrift versehen. Die Niederlassungsbewilligung ist daher echt. Das angefochtene Urteil muss, soweit es den Beschwerdeführer wegen Anstiftung zur Fälschung eines fremdenpolizeilichen Ausweispapiers im Sinne des Art. 23 des erwähnten Bundesgesetzes schuldig erklärt und bestraft, aufgehoben werden. Der Beschwerdeführer ist durch die Vorinstanz von dieser Anschuldigung freizusprechen. Die Frage, ob seine Tat nach den kantonalen Bestimmungen über Urkundenfälschung strafbar sei (wobei gegebenenfalls auch das StGB angewendet werden kann, wenn es milder ist), bleibt der Entscheidung durch die kantonalen Behörden vorbehalten.

4.- Soweit sich die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Schuldigerklärung wegen aktiver Bestechung im Sinne des § 51 Abs. 2 des zugerischen StG richtet, ist sie unzulässig. Denn das angefochtene Urteil ist unter der Herrschaft des alten Rechts und nach altem Recht gefällt worden. Die Frage, ob der Beschwerdeführer auch unter neuem Recht noch bestraft werden könnte, stellte sich damals nicht,

und die andere Frage, ob das an sich richtige Urteil mit Rücksicht auf das inzwischen in Kraft getretene StGB noch vollzogen werden dürfe, ist nicht durch den Kassationshof, sondern durch die Vollzugsbehörden zu entscheiden. Art. 336 lit. a StGB gebietet nicht, dass ein unter altem Recht gefälltes Urteil aufzuheben sei, wenn das neue Recht die Tat nicht mehr mit Strafe bedroht, sondern es verbietet nur den Vollzug der Strafe.

Die Freisprechung von der Anschuldigung der

Seite: 92

Anstiftung zur Fälschung eines fremdenpolizeilichen Ausweispapiers hat zur Folge, dass die Strafe für aktive Beamtenbestechung (gegebenenfalls zusammen mit derjenigen für Urkundenfälschung) neu festzusetzen sein wird.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Strafobergerichts des Kantons Zug vom 1./ 8. Juli 1941 teilweise aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen