

S. 237 / Nr. 62 Strafgesetzbuch (d)

BGE 73 IV 237

62. Urteil des Kassationshofes vom 31. Oktober 1947 i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen Leuenberger.

Seite: 237

Regeste:

Art. 305 StGB. Von der Bestrafung des Anstifters, der jemanden bestimmt, ihn, den Anstifter, zu begünstigen, kann in Anwendung von Art. 305 Abs. 2 StGB Umgang genommen werden.

Art. 305 CP. Le 2e al. permet de ne pas punir celui qui décide une autre personne à le soustraire à une action pénale.

Art. 305 CP. In applicazione del capoverso secondo, il giudice può prescindere dal punire colui che ha indotto un'altra persona a sottrarsi ad un procedimento penale.

A. Anlässlich einer Verhandlung vor dem Divisionsgericht 7 B vom 28. Februar 1946 floh die verhaftete Angeklagte Charlotte Leuenberger. Am gleichen und am folgenden Tage verleitete sie zwei Bekannte, ihre Flucht zu unterstützen. Das Bezirksgericht Zürich verurteilte daher Charlotte Leuenberger wegen wiederholter Anstiftung zu Begünstigung im Sinne von Art. 24 und 305 StGB. Das Obergericht des Kantons Zürich, an das die Verurteilte appellierte, sprach sie dagegen am 20. Juni 1947 frei.

Es führte aus, wer sich durch das Zusammenwirken mit einem anderen der Strafverfolgung entziehe, handle aus dem gleichen Selbstschutztrieb wie einer, der durch alleiniges Handeln nach diesem Ziele trachte. Da Art. 305 StGB diesen Trieb achte, indem er straffrei lasse, wer sich selbst begünstigt, müsse auch straffrei sein, wer sich zur Erreichung des Zieles mit einem anderen zusammenschliesst. Wer das tue, sei nicht von vornherein gefährlicher als wer allein handle. Das gelte im besonderen für den Begünstigten, der sich als Gehülfe an der Begünstigung beteiligt, aber auch für den Anstifter, der zur Begünstigung seiner selbst den Anstoss gibt. Zwar nehme der Anstifter auf den Willen eines zur Tat noch nicht Entschlossenen bestimmend Einfluss. Er sei aber nicht strafwürdiger als der Mittäter oder der Gehilfe, weil er kein anderes Rechtsgut verletze als diese. Schutzobjekt

Seite: 238

des Art. 305 sei nicht das Interesse daran, dass jemand nicht zu einer unerlaubten Handlung angestiftet werde, sondern das Interesse an einer ungehinderten Strafrechtspflege. Die Frage der Strafbarkeit der Anstiftung zur Begünstigung des Anstifters müsse deshalb im Rahmen der gesamten Teilnahmelehre gelöst werden. Hier ergebe sich die Strafflosigkeit der Selbstbegünstigung wie für den Täter auch für den Mittäter. Nun wäre es stossend, wenn der weniger intensiv handelnde Gehülfe und der Anstifter bestraft werden müssten. Um das über den Wortlaut und den Sinn des Art. 305 hinausgehende Interesse daran zu schützen, dass der Begünstigte nicht zu einer Begünstigungshandlung anstifte, wäre die Aufstellung eines besonderen Tatbestandes der Anstiftung zu Selbstbegünstigung erforderlich. Das gehe auch aus der gleichen Problemstellung beim Tatbestand der Befreiung von Gefangenen (Art. 310 StGB) hervor. Das Obergericht erklärt ferner die in Art. 305 Abs. 2 StGB bei nahen Beziehungen zwischen Täter und Begünstigtem zugelassene Strafbefreiung für möglich, unbekümmert ob der Beschuldigte Täter, Mittäter, Gehülfe oder Anstifter sei. In ganz besonderem Masse sei dieser Entschuldigungsgrund gegeben, wenn Täter und Begünstigter identisch seien. Für eine einschränkende Auslegung der Strafnorm und eine weitgehende Zulassung von Entschuldigungsgründen spreche auch der Umstand, dass das Strafgesetzbuch den Tatbestand der Begünstigung weit fasse, indem es nicht voraussetze, dass der Begünstigte sich eines Vergehens schuldig gemacht habe. Der erwähnte Entschuldigungsgrund bekomme dadurch in Fällen, wo der Begünstigte zu Unrecht strafrechtlich verfolgt wurde, ein besonderes Gewicht.

B. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich führt gegen dieses Urteil Nichtigkeitsbeschwerde. Sie beantragt, es sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung der Schuldfrage und zur Festsetzung der Strafe an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Seite: 239

Charlotte Leuenberger beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 305 Abs. 1 StGB ist strafbar, wer jemanden der Strafverfolgung, dem Strafvollzug oder dem Vollzug einer der in Art. 42 bis 45 vorgesehenen Massnahmen entzieht. Eine Bestimmung, die

auch den mit Strafe bedrohen würde, der sich selbst der Verfolgung oder dem Vollzug der Strafe oder Massnahme entzieht, fehlt im Gesetz. Diese Handlung, die sogenannte Selbstbegünstigung, ist als solche nicht strafbar. Zu unterscheiden, ob der Begünstigte als alleiniger Täter auftritt oder zusammen mit einem oder mehreren andern Mittäter ist, rechtfertigt sich dabei nicht. Fraglich ist dagegen, ob der Begünstigte auch dann nicht strafbar ist, wenn er nicht als Mittäter handelt, also die Begünstigung nicht selber verübt (mitverübt), sondern Gehülfe bei der von einem anderen ausgeführten Begünstigung ist, also das Vergehen des anderen unterstützt, dessen Erfolg freilich dem Gehülften, nicht dem andern zugute kommen soll. Diese Frage braucht jedoch nicht entschieden zu werden. Angenommen, der als Gehülfe handelnde Begünstigte sei nicht strafbar, so folgt daraus nicht, dass auch der Anstifter, der einen andern bestimmt, ihn, den Anstifter, zu begünstigen, nicht bestraft werden könne. Wohl wird er wie der Gehülfe und der Täter oder Mittäter in der Regel vom Wunsche, sich selbst zu schützen, zur Tat bewogen. Dieser Beweggrund macht jedoch an sich eine Handlung nicht straflos. Sonst wäre z. B. auch der Gefangene, der, um entweichen zu können, eine Sache beschädigt, das Gefängnis anzündet, einen Wärter verletzt und dergleichen, nicht strafbar. Das gleiche gälte für einen Angeklagten, der, um ein günstiges Urteil zu erwirken, einen Zeugen zu falschen Aussagen anstiftet, ein Fall, der von der Rechtsprechung des Bundesgerichts als strafbare Anstiftung behandelt wird, obwohl ein Angeklagter in eigener Sache nicht falsches Zeugnis

Seite: 240

ablegen kann (BGE 72 IV 99 und Urteil des Kassationshofes vom 17. Oktober 1947 i. S. Gass, BGE, 73 IV 244).

Auch die Überlegung, dass der Anstifter, der jemanden bestimmt, ihn zu begünstigen, das gleiche Rechtsgut verletze wie einer, der als Täter, Mittäter oder Gehülfe sich selbst begünstigt, dringt nicht durch. Freilich ist, wie das Obergericht ausführt, Schutzobjekt des Art. 305 nicht das Interesse daran, dass niemand zu einer strafbaren Handlung angestiftet werde, sondern diese Bestimmung will die Strafrechtspflege schützen. Dem Schutze jenes Interesses dient jedoch Art. 24 StGB, der nicht nur der Tat des Angestifteten vorbeugen, sondern ebensosehr diesen vor den Zumutungen des Anstifters bewahren will. Art. 24 Abs. 1 StGB, der die Anstiftung mit der Strafe der Tat bedroht, beruht nicht auf der Fiktion, der Anstifter habe die Tat selber begangen, sondern auf dem Gedanken, dass er grundsätzlich die gleiche Strafe verdiene wie der, den er zur Begehung eines Verbrechens oder Vergehens verleitet und damit ins Verderben geschickt hat (vgl. BGE 70 IV 70). Dieser Grund trifft auch für den Begünstigten zu, der jemanden zur Begünstigung anstiftet. Das Strafbare seiner Tat liegt nicht darin, dass er durch das Mittel der Anstiftung sich selber der Strafverfolgung, dem Strafvollzug oder dem Vollzug einer sichernden Massnahme entzieht (indirekte Selbstbegünstigung), sondern darin, dass er durch seine Zumutungen den Begünstigten zur Verübung eines Vergehens verleitet und der Strafverfolgung aussetzt. Das tut nicht, wer als Gehülfe (oder Mittäter) die vom andern aus eigenem Antrieb unternommene Begünstigung fördert.

Aus Art. 310 StGB lässt sich ebenfalls nichts für die Auffassung des Obergerichtes ableiten. Die Frage, ob der Gefangene, der einen andern anstiftet, ihn zu befreien, straflos sei, wird durch den Wortlaut dieser Bestimmung nicht beantwortet, vielmehr muss die Lösung durch analoge Überlegungen wie bei Art. 305 gesucht werden. Das Obergericht meint, es wäre unbillig, einen Gefangenen,

Seite: 341

der zu seiner Befreiung anstiftet, sich aber bei deren Ausführung passiv verhält, zu bestrafen, während ein anderer, der nicht anstiftet, aber bei der Befreiung aktiv mitwirkt, straflos sei. Es verkennt, dass der Gefangene im einen Fall jemanden zur Verübung eines Vergehens verleitet, im anderen dagegen bloss das vom Täter aus eigenem Antrieb verübte Vergehen unterstützt.

2. Art. 305 Abs. 2 StGB erlaubt dem Richter, von einer Bestrafung Umgang zu nehmen, wenn der Täter in so nahen Beziehungen zu dem Begünstigten steht, dass sein Verhalten entschuldbar ist. Unter dem Täter versteht diese Bestimmung jeden, der in Anwendung von Art. 305 Abs. 1 bestraft werden müsste also nicht nur den Täter im engeren Sinne, sondern auch den Teilnehmer. Es ist nicht einzusehen, weshalb z. B. der Ehemann, der die Gattin begünstigt, von Strafe befreit werden könnte, während er bestraft werden müsste, wenn er, um den gleichen Erfolg herbeizuführen, einen andern zu ihrer Begünstigung anstiftet oder ihm dabei hilft. Wohl zeichnet sich der Fall der Anstiftung dadurch aus, dass der Anstifter einen anderen zum Vergehen bestimmt. Allein wenn das die Tat des Anstifters nach den besonderen Umständen so verwerflich macht, dass selbst die nahe Beziehung des Begünstigten zum Anstifter sie nicht entschuldigt, lässt Art. 305 Abs. 2 die Bestrafung zu; diese Bestimmung zwingt den Richter nicht, sondern ermächtigt ihn bloss, von Strafe zu befreien.

Kann somit der Anstifter, der in nahen Beziehungen zum Begünstigten steht, grundsätzlich von Strafe befreit werden, so ist es auch zulässig, wenn er selber der Begünstigte ist, denn sich selber steht er am nächsten. Der Richter wird von Strafe Umgang nehmen, wenn nicht die Anstiftung zum Vergehen

so verwerflich war, dass selbst die Identität des Anstifters mit dem Begünstigten sie nicht entschuldigt.

3 . Aus den Erwägungen des Obergerichts ergibt sich, dass es die Beschwerdegegnerin in Anwendung von Art.

Seite: 342

305 Abs. 2 StGB freigesprochen hätte wenn es nicht der Meinung gewesen wäre, Art. 305 treffe auf den vorliegenden Fall überhaupt nicht zu. Da nach dem Gesagten die Freisprechung nach Art. 305 Abs. 2 in seinem Ermessen stand, erscheint das Urteil im Ergebnis nicht als falsch. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen