

« verfolgen » stehen. Anlässlich der Schlussabstimmung äusserten sich die eidgenössischen Räte zu der erwähnten Änderung nicht.

Das Gesetz sieht somit im Strafantrag eher eine Prozessvoraussetzung. Das einzige Argument, welches in der Beratung der ersten Expertenkommission für die gegen- teilige Auffassung angeführt wurde, wird von der Lehre heute nicht mehr anerkannt. Damals sagte man, es sei nicht wünschenswert, dass die Polizei vorsorgliche Massnahmen treffe, solange ein Antrag nicht gestellt sei, und dem beuge man nur vor, wenn man den Antrag zur Strafbarkeitsbedingung mache. Heute gelten solche Massnahmen als zulässig und unter Umständen wünschenswert, auch wenn ein Strafantrag noch fehlt.

Wäre der Antrag Strafbarkeitsbedingung, so könnte die Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnen, bevor er gestellt ist. Diese Folge wäre stossend. Auch ist es natürlicher, beim Fehlen des Strafantrags die Verfolgung einzustellen, nicht den Täter freizusprechen; denn der Richter hat sich über die Schuld dessen, der bloss mangels Strafantrags nicht bestraft wird, nicht auszusprechen.

6. — Ist der Strafantrag daher bloss als Prozessvoraussetzung zu betrachten, so hindert sein Rückzug nur die Verfolgung des Vortäters, nicht auch die Bestrafung des Hehlers, denn dieser ist nicht Teilnehmer an der Vortat. Auch setzt die Bestrafung des Hehlers nicht voraus, dass der Vortäter bestraft werde. Im vorliegenden Fall hat sich der Vortäter strafbar gemacht und kann bloss nicht verfolgt werden. Das genügt, den Hehler zu betrafen. Ob Hehlerei auch dann vorläge, wenn die Vortat eine bloss objektiv strafbare Handlung und der Vortäter aus subjektiven Gründen nicht strafbar wäre, braucht nicht entschieden zu werden.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargäu vom 29.

Januar 1943 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

16. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 21. Mai 1943 i. S. Elsasser gegen Generalprokurator des Kantons Bern.

1. *Art. 148 Abs. 1 StGB.* Betrug, begangen dadurch, dass der Irrende zum Abschluss eines widerrechtlichen Geschäftes und zur Vorleistung bestimmt wird (Erw. 3).
2. *Art. 18 Abs. 2 StGB.* Eventualvorsatz (Erw. 4 und 5).
3. Eventuelle Bereicherungsabsicht beim Betrug (Erw. 8).

1. *Art. 148 al. 1^{er} CP. Escroquerie* consistant à amener la personne induite en erreur à conclure un marché illicite et à exécuter d'avance la prestation (consid. 3).
2. *Art. 18 al. 2 CP. Dol éventuel* (consid. 4 et 5).
3. Intention éventuelle de s'enrichir en cas d'escroquerie (consid. 8).

1. *Art. 148 cp. 1 CP: Truffa* consistente nell'indurre la persona ingannata a concludere un negozio giuridico illecito e ad eseguire in anticipo la sua prestazione (consid. 3).
2. *Art. 18 cp. 2 CP. Dolo eventuale* (consid. 4 e 5).
3. Intenzione eventuale di arricchirsi in caso di truffa (consid. 8).

A. — Das eidgenössische Kriegsernährungsamt teilte Ernst Hertig vom Juli 1941 bis Februar 1942 zur Herstellung chemischer Produkte 10,294 kg. Zucker zu, der auf Böden von Lagerhäusern und Bahnwagen zusammengewischt wurde. Hertig verkaufte einen Teil des Zuckers in Verletzung der Zuteilungsbedingungen an Bäcker weiter. Er suchte in der Folge Käufer für wesentlich mehr Ware, als er besass oder an weiteren Zuteilungen durch das Kriegsernährungsamt erwarten konnte. Werner Elsasser war ihm dabei behilflich. Im November oder Dezember 1941 bot Elsasser dem A. und dem B. fünf Tonnen Zucker an und verlangte Vorauszahlung des Preises von Fr. 11,500.—. Beide Interessenten lehnten das Angebot ab. Im März 1942 führte Elsasser die Bäckermeister C. und D. mit Hertig zusammen. Dem erstgenannten offerierten Elsasser und Hertig gegen Vorauszahlung eine Tonne Zucker für Fr. 2500.—. C. lehnte ab. D. kaufte

Hertig zwei Tonnen Zucker ab und leistete Fr. 3500.— zum voraus. Die Ware erhielt er nicht. Elsasser verkaufte ferner Bäckermeister F. am 18. März 1942 fünf Tonnen Zucker und versprach Lieferung für die folgende Woche. Hertig hatte ihm gesagt, die Zuckerzuteilungen kämen nun am laufenden Band, er solle Interessenten suchen. F. bezahlte Elsasser den Kaufpreis von Fr. 12,500.— zum voraus. Den Zucker erhielt er nicht. Am 27. März 1942 wurden Elsasser und Hertig verhaftet. Ersterer besass von dem von F. erhaltenen Gelde noch Fr. 7714.20, während er Fr. 4785.80 zur Bezahlung von Schulden und für persönliche Bedürfnisse verwendet hatte.

B. — In Bestätigung des Urteils des Amtsgerichts von Bern erklärte die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern am 15. Januar 1943 Elsasser des Betrugs zum Nachteil des F., des Betrugversuchs zum Nachteil des A., des B. und des C. und der Gehülfschaft bei Betrug zum Nachteil des D. schuldig und verurteilte ihn zu zwei Jahren Gefängnis und zu zweijähriger Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit.

C. — Der Verurteilte erklärte die Nichtigkeitsbeschwerde.

Er beantragt Aufhebung des Urteils und Rückweisung der Sache zur Freisprechung. Er macht geltend, im Zusammenhang mit widerrechtlichen Rechtsgeschäften sei ein Betrug nicht möglich, weil der Zahlende weder Anspruch auf die Gegenleistung noch auf Rückleistung der Zahlung habe. Ein rechtlich erheblicher Schaden liege nicht vor, und wenn er vorläge, wäre er mit der Irreführung nicht kausal. Ferner hält der Beschwerdeführer dafür, die Vorinstanz habe zu Unrecht den Vorsatz bejaht. Gestützt auf die Zusicherungen des Hertig und eines gewissen Kohler sei er guten Glaubens gewesen, den Zucker liefern zu können.

D. — Der Generalprokurator des Kantons Bern beantragt Abweisung der Beschwerde, indem er auf die Begründung des angefochtenen Urteils verweist.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

3. — Betrug erfordert nach Art. 148 StGB, dass der Irrende zu einem Verhalten bestimmt wird, durch das er sich selbst oder einen anderen am Vermögen schädigt. Eine solche Schädigung ist auch möglich, wenn das Verhalten des Irrenden im Abschluss eines widerrechtlichen Geschäftes besteht und er vorleistet, ohne die Gegenleistung zu erhalten. Sein Vermögen wird dadurch um den Wert seiner Leistung vermindert. Wie in einem erlaubten Geschäft die Schädigung nicht davon abhängt, ob er Anspruch auf die Gegenleistung hat bzw. seine eigene Leistung zurückfordern kann, ist in einem widerrechtlichen Geschäft der Schaden nicht schon deshalb zu verneinen, weil ihm diese Ansprüche nicht zustehen. Da im erlaubten Geschäft trotz der Möglichkeit des rechtlichen Ausgleichs der Schaden bejaht wird, läge es im Gegenteil umso näher, ihn auch zu bejahen, wenn ein Ausgleich auf dem Rechtswege nicht durchgesetzt werden kann. In Wirklichkeit kommt es jedoch auf die rechtliche Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Ausgleichs nicht an, sondern auf den wirtschaftlichen Einfluss, welchen das Verhalten des Irrenden auf sein Vermögen hat.

Auch am Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Irrtum fehlt es nicht, denn nicht weil weder die Gegenleistung gefordert noch die eigene Leistung zurückgefordert werden kann, ist der Irrende geschädigt, sondern weil er geleistet hat. Eher wäre daran zu denken, den Irrtum zu verneinen, mit der Begründung, der Leistende habe gewusst, dass er keinen rechtlichen Anspruch auf die Gegenleistung erhalte, noch seine eigene Leistung zurückfordern könne. Aber auch diese Überlegung wäre falsch, denn geleistet wird nicht im Vertrauen darauf, nötigenfalls auf dem Rechtsweg den Ausgleich herbeiführen zu können, sondern im Vertrauen darauf, dass die Gegenpartei tatsächlich in der Lage und trotz Widerrechtlichkeit des Geschäftes gewillt sei, zu leisten. In

diesem Vertrauen sieht sich der Irrende getäuscht, und dieser Irrtum ist für die Hingabe der eigenen Leistung bestimmend.

Ein Widerspruch zwischen Zivil- und Verwaltungsrecht einerseits und Strafrecht andererseits entsteht nicht. Bestraft wird nicht, weil der Betrüger sein zivilrechtlich nicht einklagbares Versprechen nicht hält und seine vom Verwaltungsrecht verbotene Gegenleistung nicht erfüllt, sondern weil er in der Absicht, sich unrechtmässig zu bereichern, den Betrogenen arglistig zu einer Leistung veranlasst, auf welche er nicht Anspruch hat. Dass das Zivilrecht die Mittel nicht an die Hand gibt, den betrügerischen Erfolg rückgängig zu machen, heisst nicht, dass das Strafrecht auch von Strafe absehen müsse. Es bestraft nicht um des Geschädigten, sondern um der öffentlichen Ordnung willen. Die Bereicherung, die sich der Betrüger arglistig verschafft, ist unrechtmässig auch dann, wenn der Betrogene sie nicht zurückfordern kann.

4. — Nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz offerierte Elsasser wesentlich mehr Zucker, als Hertig besass oder bei weiteren Zuteilungen durch das Kriegsernährungsamt hätte abgeben können. Elsasser behauptet jedoch, guten Glaubens gewesen zu sein, der Zucker sei lieferbar.

Das Amtsgericht sprach ihm diesen guten Glauben ab und nahm vorsätzliche Täuschung der Käufer an. Das Obergericht bezeichnet die Auffassung der ersten Instanz angesichts des Vorgehens des Beschwerdeführers gegen F. als vertretbar, legt sich aber selber nicht darauf fest, sondern erklärt bloss, dass jedenfalls *dolus eventualis* vorliege. Die Akten sprechen in der Tat gegen die Annahme, Elsasser sei sich bewusst gewesen, dass er nicht liefern könne.

5. — Wenn man die Täuschung im Versprechen einer nicht lieferbaren Ware erblickt, kommt somit nur *Eventualvorsatz* in Frage. Er ist in der Literatur und Rechtsprechung bisher allgemein dem direkten Vorsatz gleich-

gestellt worden, unter der Herrschaft des Bundesstrafrechts namentlich auch vom Bundesgericht (z. B. BGE 53 I 335, 61 I 415).

Für das zu vereinheitlichende schweizerische Strafrecht wies bereits der Vorentwurf Stoons von 1893, Art. 12, die heutige Definition des Vorsatzes auf: « Vorsätzlich handelt, wer ein Verbrechen mit Wissen und Willen begeht. » Ob damit auch der eventuelle Vorsatz getroffen sei, war zunächst umstritten. Strooss, der die Frage in den Motiven zum Vorentwurf von 1893, S. 26, noch bejaht hatte, gelangte in den Motiven zum Vorentwurf von 1894, S. 151, zum gegenteiligen Schluss, und nach ihm auch ZÜRCHER in den Erläuterungen zum Vorentwurf von 1908, S. 48 f. und in der zweiten Expertenkommission, Protokolle I 149, sowie GAUTIER, ebenda S. 146. Die entscheidende Wendung kam erst in der Beratung der eidgenössischen Räte. In der nationalrätlichen Kommission wurde beantragt, es sei über den *Eventualvorsatz* eine besondere Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen. Dies wurde abgelehnt. In der Beratung des Nationalrates stellten sich die Berichterstatter mit einlässlicher Begründung auf den Standpunkt, der Begriff des Vorsatzes, wie er formuliert sei, umfasse auch den *Eventualvorsatz*. Auf dieser Grundlage nahm der Nationalrat die Bestimmung ohne weitere Diskussion an (Sten. Bull. 1928 87 f.). Gleich ging es im Ständerat, dessen Kommission sich der Auffassung der nationalrätlichen Berichterstatter angeschlossen hatte (Sten. Bull. 1931 140).

Angesichts dieses Ergebnisses der parlamentarischen Beratung muss als Vorsatz im Sinne des Art. 18 StGB auch der *Eventualvorsatz* gelten, vorausgesetzt dass der Wortlaut der Bestimmung diese Auslegung nicht geradezu ausschliesst.

Dies ist nicht der Fall. Das Gesetz verlangt, dass die Tat mit Wissen und Willen ausgeführt werde. Das heisst, dass der Täter die Tatbestandsmerkmale, insbesondere auch den Erfolg kennen und wollen muss. Das *Wissen*

ist nicht nur dann vorhanden, wenn der Täter sicher ist, dass die objektiven Tatbestandsmerkmale gegeben sind, sondern auch dann, wenn er bloss weiss, dass ihre Verwirklichung ernsthaft möglich ist. Solches Wissen ist nicht notwendigerweise auch mit dem *Wollen* verbunden. Bei der bewussten Fahrlässigkeit kennt der Täter die Möglichkeit, dass der objektive Tatbestand der strafbaren Handlung sich verwirkliche, ebenfalls. Er verhält sich ihr gegenüber jedoch ablehnend, vertraut darauf, dass der Erfolg nicht eintrete. Wer dagegen mit Eventualvorsatz handelt, ist mit dem als möglich vorausgesehenen Erfolg einverstanden, will ihn für den Fall, dass er eintreten sollte.

Ob der Täter so gewollt habe, ist eine Frage des Beweises, der nicht leichthin als erbracht erachtet werden darf, wenn das Wissen um die Möglichkeit des Erfolges das *einzige* Indiz für das Wollen ist. Dies hiesse, sich in Wirklichkeit mit dem Wissen als einzigem subjektivem Merkmal begnügen. Vielmehr kann das Wissen als einziges Indiz für das Wollen nur dann ausreichen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolges als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Handeln vernünftigerweise nicht anders denn als Billigung dieses Erfolges ausgelegt werden kann. Aber selbst in solchen Fällen können Gegenindizien diesen Schluss entkräften, denn wer frivol auf Nichteintritt selbst eines für wahrscheinlich gehaltenen Erfolges vertraut, handelt nicht mit Eventualvorsatz.

8. — Es bleibt das Tatbestandsmerkmal der Bereicherungsabsicht. Absicht ist eine besondere Art des Vorsatzes. Daher genügt, wie der eventuelle Vorsatz im allgemeinen, die eventuelle Absicht.

Die Vorinstanz folgert die Bereicherungsabsicht des Beschwerdeführers aus seiner Betätigung im Schwarzhandel, denn wer in solchem Handel zu stark übersetzten Preisen verkaufe, tue es einzig in der Absicht, sich zu bereichern. Das ist richtig in bezug auf den Schwarzhandelsge Gewinn, lässt aber nicht schon den Schluss zu,

dass sich Elsasser daneben auch noch auf betrügerische Weise an den Käufern bereichern wollte. Es kommt vielmehr darauf an, ob er sich der eventuellen Unmöglichkeit, den Zucker zu liefern, von Anfang an bewusst war und sich für diesen Fall vornahm, das Vorausbezahlte trotzdem zu behalten. Dieser Wille dürfte daraus abgeleitet werden können, dass Elsasser von dem von F. erhaltenen Gelde binnen wenigen Tagen mehrere tausend Franken für sich persönlich verwendete, obschon er wusste, dass er nicht imstande war, es zu ersetzen.

**17. Urteil des Kassationshofes vom 21. April 1943
i. S. Stadtrat Luzern und Konsorten gegen Flüeler.**

Das Strafgesetzbuch schützt die Ehre der Behörde nicht, wohl aber die Ehre ihrer Mitglieder, wenn und soweit die gegen die Behörde gerichtete Äusserung das einzelne Mitglied in der Ehre verletzt.

Le code pénal ne protège pas l'honneur de l'autorité, mais bien celui de ses membres, si et dans la mesure où les propos dirigés contre l'autorité atteignent ses membres dans leur honneur personnel.

Il codice penale non protegge l'onore dell'autorità, ma l'onore dei suoi membri se e in quanto le espressioni dirette contro l'autorità colpiscono i suoi membri nel loro onore personale.

A. — Dr. Fritz Flüeler nahm am 13. Februar 1941 in der Zeitung « Die Tat » Stellung zu der Verwerfung des städtischen Voranschlages durch die Stimmberechtigten von Luzern. Er wies billigend hin auf die Eingabe eines Aktionskomitees an den Regierungsrat, welche die Hauptgründe der Verwerfung auseinandersetze, und schrieb: « Der Bürger wird grosse Augen machen, wenn er zwischen den Zeilen lesen kann, dass wir nicht nur politische Löhne, sondern sogar politische Pösteli haben. ... Mit dieser Versorgungspraxis aus parteipolitischen Gründen muss nun wohl endlich Schluss gemacht werden. »

Wegen diesen Sätzen stellte der Stadtrat von Luzern gegen den Verfasser Strafantrag wegen Amtsehrbeleidigung.