

## I. STRAFGESETZBUCH

## CODE PÉNAL

16. Urteil des Kassationshofes vom 1. Juni 1945  
i. S. Birchler gegen Ebnöther.*Art. 28 ff. StGB.*

In einem der Strafverfolgung dienenden Zivilprozess ist erst die Klage, nicht schon das Sühnebegehren Strafantrag, es sei denn, dass schon dieses den Streit rechtshängig macht.

*Art. 28 ss CP.*

Lorsque la poursuite pénale a lieu dans les formes du procès civil, c'est seulement la demande, non pas déjà la requête en conciliation, qui constitue la plainte pénale, à moins que cette requête ne crée elle-même la litispendance.

*Art. 28 ss. CP.*

Ove il procedimento penale abbia luogo nella forma del processo civile, va considerata come querela la domanda giudiziale (petizione di causa), non già la domanda di conciliazione, a meno che quest'ultima determini la litispendenza.

A. — Emilie Birchler hat seit 11. Mai 1943 von der Ehrverletzung Kenntnis, welche Pauline und Adeline Ebnöther ihr gegenüber begangen haben. Am 30. Juli 1943 verlangte sie die Abhaltung des Sühneversuchs, der am 28. August 1943 stattfand. Am 1. Oktober reichte sie die Strafklage ein. Das Kantonsgericht Schwyz trat durch Urteil vom 24. Januar 1945 darauf nicht ein. Da nach dem schwyzerischen Prozessrecht das Verfahren mit der Einreichung des Rechtsbegehrens beim Vermittler nicht von selbst seinen Fortgang nimmt, sondern der Kläger immer noch frei ist, es durch Einreichung der Weisung samt Klageschrift — wofür sechzig Tage offen stehen — fortzuführen oder nicht, sieht das Kantonsgericht unter Verweisung auf BGE 69 IV 195 erst in der letzteren Vorkehr den Strafantrag im Sinne des Art. 28 StGB, für den die dreimonatige Frist vor dem 1. Oktober abgelaufen war.

B. — Mit Nichtigkeitsbeschwerde macht die Klägerin geltend, die erwähnte Rechtsprechung des Kassationshofes sei auf Strafklagen, die im Wege des Zivilprozesses behandelt werden, nicht anwendbar, denn im Zivilprozess müsse sich der Kläger immer wieder aktiv betätigen, wenn das Verfahren weiter gehen soll; dieses nehme, wenn einmal eingeleitet, nicht von selbst seinen Lauf. Im Zivilprozess sei der Sühneversuch mit dem übrigen Verfahren organisch verbunden, zumal wenn, wie im Kanton Schwyz, die Einreichung der Weisung mit der Klage innert bestimmter Frist seit Abhaltung des Sühneversuchs stattzufinden habe.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung :*

Gemäss Urteil des Kassationshofes in BGE 69 IV 195 gilt ein Vermittlungsbegehren als Strafantrag im Sinne von Art. 28 StGB nur, wenn es die Strafverfolgung in Gang bringt, ohne dass es einer weiteren Erklärung des Antragstellers bedarf. Wie der Kassationshof bereits im Urteil Möslin gegen Knöpfel vom 29. September 1944, wo es sich um das Vermittlungsbegehren im st. gallischen Ehrverletzungsprozess handelte, erklärt hat, ist dieses Erfordernis zugeschnitten auf den Strafprozess mit seinem Offizialbetrieb. Wenn die Strafverfolgung im Zivilprozess stattfindet, wo die Fortführung des Verfahrens weitgehend dem Kläger obliegt und die Unterlassung gewisser Prozesshandlungen die diesem Verfahren eigentümlichen Säumnisfolgen hat, entspricht ihm die Einreichung der Klage. Durch sie wird der Wille zur Strafverfolgung vorbehaltlos geäussert. Bis dahin bleibt diese nicht bloss aufgeschoben, sondern ungewiss, nicht anders als in dem im ersten Präjudiz behandelten Falle aus dem Kanton Luzern. Erst mit dieser Vorkehr ist also der Wille zur Strafverfolgung endgültig geäussert, somit der Strafantrag gestellt. Der Sühneversuch ist lediglich vorbereitende Handlung, welche die Entschliessung noch frei lässt. Die Nichteinreichung der Klage bleibt ohne prozessuale Sanktion, während die

Nichtvornahme weiterer Prozesshandlungen nach Einreichung der Klage die prozessualen Säumnisfolgen zeitigt. Das zeigt, wie sehr Sühneversuch und Klageeinreichung auf verschiedener Linie stehen. Richtig ist, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Zivil- und Betreibungssachen den Aussöhnungsversuch als Klageanhebung gelten lässt. Aber nicht im Sinne der Begründung der Rechtshängigkeit, sondern nur mit Bedeutung für die Wahrung einer Klagefrist, ohne solche für die übrigen Wirkungen der Rechtshängigkeit, wie insbesondere Einlassungspflicht und Festlegung des Gerichtsstandes; das ist also nicht im Sinne der Kundgabe des endgültigen Willens zur Verfolgung des Anspruchs. Das Bundesgericht sagt es deutlich, dass als (fristwahrende) Klageanhebung auch eine bloss vorbereitende Handlung genüge, mit welcher der Kläger *zum erstenmal* in bestimmter Form den Schutz des Richters anrufe (BGE 42 II 103). Für den Strafantrag bedarf es nach dessen ganzem Sinn und Zweck mehr als eine erstmalige, vorläufige Anrufung der Strafverfolgungsbehörde. Sie muss endgültig, unbedingt sein. Diesem Erfordernis lässt sich auch im Zivilprozess Rechnung tragen, sei es, dass der Gesetzgeber die Rechtshängigkeit mit der Einreichung des Begehrens um den Aussöhnungsversuch verbindet, sei es, dass er, wie beispielsweise § 203 der schwyzerischen ZPO bei drohendem Ablauf der Frist, die Klage schon gleichzeitig mit dem Sühnebegehren einzureichen gestattet, sei es endlich, dass der Strafantragsteller den bloss vorbereitenden Aussöhnungsversuch so frühzeitig anbegehrt, dass die Klage noch in der dreimonatigen Frist des Art. 29 StGB eingereicht werden kann. Die gesetzliche Antragsfrist wird durch das dem Strafantrag obligatorisch vorausgehende Sühnebegehren auch in letzterem Falle nicht gekürzt. Nur ist der Antragsteller gehalten, den Antrag vor Ablauf der drei Monate vorzubereiten. Sollte sich dies mit dem Wesen der Antragsfrist nicht vertragen, so könnte es höchstens dazu führen, dass von Bundesrechts wegen die Einreichung der Privatklage auch ohne Wei-

sungsschein, vor Abschluss des Sühneverfahrens, entgegen-  
genommen werden müsste, nicht könnte es umgekehrt  
bewirken, das Weisungsbegehren als Strafantrag zu behan-  
deln und so die bundesrechtliche Antragsfrist von drei  
Monaten um die zur Einreichung des Weisungsscheins  
samt Klageschrift gesetzte Frist zu verlängern, zumal alles  
dafür spricht, dass die Entscheidung, ob Strafverfolgung  
eintrete oder nicht, möglichst rasch falle. Wenn vor dem  
Inkrafttreten des Strafgesetzbuches dem lediglich vorbe-  
reitenden Aussöhnungsversuch in mehreren Kantonen die  
Wirkung des Strafantrages zukam, so lag darin die Aner-  
kennung bedingter Antragstellung durch das kantonale  
Strafrecht. Das eidgenössische Strafrecht kennt eine solche  
nicht. Dass es damit ins kantonale Prozessrecht eingreife  
(vgl. SJZ 40 357), ist eine verkehrte Betrachtung.

Im Kanton Schwyz begründet das Vermittlungsbegehren  
nicht die Rechtshängigkeit der Klage. Nicht dieses ist  
also Strafantrag, sondern erst die Einreichung der Weisung  
mit der Klageschrift. Im vorliegenden Falle erfolgte sie  
nach Ablauf der Antragsfrist.

*Demnach erkennt der Kassationshof :*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

**17. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 4. Mai 1945  
i. S. Honegger gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.**

1. Die Strafmilderung nach Art. 66 StGB darf weniger weit oder  
weiter gehen als jene nach Art. 65. Sie darf sich in der Herab-  
setzung der Strafe innerhalb des angedrohten ordentlichen  
Rahmens erschöpfen.
2. Verminderte Zurechnungsfähigkeit des Verurteilten steht der  
Einweisung in eine Verwahrungsanstalt nach Art. 42 StGB  
nicht im Wege, wenn der Verurteilte nicht einer Heilbehandlung  
bedarf oder pflegebedürftig ist (Art. 14, 15 StGB).
1. L'atténuation libre de la peine selon l'art. 66 CP peut aller  
plus loin ou moins loin que l'atténuation de la peine selon  
l'art. 65. Elle peut se borner à la réduction de la peine dans  
les limites tracées par la loi pour l'infraction considérée.

2. La responsabilité restreinte du condamné ne s'oppose pas à ce  
qu'il soit renvoyé dans une maison d'internement en vertu de  
l'art. 42 CP, si toutefois il n'a pas besoin d'être traité ou hospi-  
talisé (art. 14, 15 CP).
1. L'attenuazione libera della pena in conformità dell'art. 66 CP  
può, nel singolo caso, essere meno ampia di quella stabilita  
dall'art. 65. La libera attenuazione può limitarsi anche alla  
diminuzione della pena in senso stretto (nell'ambito della  
comminatoria di legge).
2. La scemata responsabilità del condannato non ne esclude il  
ricovero in uno stabilimento a' sensi dell'art. 42 CP, sempre che  
non si renda necessario l'internamento del delinquente in una  
casa di salute o di custodia (art. 14, 15 CP).

*Aus den Erwägungen :*

1. — Begehung der Tat in verminderter Zurechnungs-  
fähigkeit verpflichtet den Richter, die Strafe nach freiem  
Ermessen zu mildern (Art. 11 StGB). Das bedeutet gemäss  
Art. 66 Abs. 1 StGB, dass er an die Strafart und das Straf-  
mass, die für die Tat angedroht sind, nicht gebunden ist.  
Die Beschwerdeführerin meint, in dieser über Art. 65 StGB  
hinausgehenden Ermächtigung zur Milderung der Strafe  
liege zugleich das Gebot, in diesen Fällen zum mindesten  
die in Art. 65 vorgesehene ordentliche Milderung eintreten  
zu lassen, also beispielsweise statt auf Zuchthaus ohne  
bestimmte Mindestdauer bloss auf Gefängnis von sechs  
Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen. Dem ist nicht  
so. Schon der Wortlaut des Art. 66, der eine solche mini-  
male Milderung nicht nennt, spricht dagegen. Allerdings  
wollte der Gesetzgeber den Richter in den nach Art. 66 zu  
ahndenden Fällen ermächtigen, die Strafe mehr zu mil-  
dern, als es Art. 65 für die in Art. 64 geregelten Fälle zu-  
lässt. Andererseits erlaubt aber Art. 66 auch, in der Mil-  
derung weniger weit zu gehen, also innerhalb des auf die  
Tat angedrohten Strafrahmens zu bleiben. Da Art. 64 StGB  
es ins freie Ermessen des Richters stellt, beim Vorliegen  
einer der in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen  
einen *Strafmilderungsgrund* anzunehmen (« der Richter  
*kann* die Strafe mildern... »), ist die zwingende Vorschrift  
des Art. 65 über das Mass der Milderung tragbar. Die