

BStP im Zusammenhang mit den Bestimmungen über das Verfahren bei Übertretung fiskalischer Bundesgesetze gewürdigt haben.

Da Art. 279 BStP unter den Gesetzen, deren Übertretung nach den Vorschriften des vierten Teiles zu verfolgen sind, auch das Bundesgesetz über die gebrannten Wasser erwähnt, können Art. 49 Ziff. 3 Abs. 3 Satz 2 und Art. 41 StGB bei Verurteilung wegen Widerhandlungen gegen das Alkoholgesetz nicht angewendet werden. Die Vorinstanz hat daher zu Unrecht den Vollzug der Umwandlungsstrafe bedingt aufgeschoben und den Beschwerdegegner unter Probe gestellt.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, der angefochtene Urteilsspruch aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Vgl. auch Nr. 13. — Voir aussi n° 13.

## I. STRAFGESETZBUCH

### CODE PÉNAL

#### 24. Urteil des Kassationshofes vom 30. Oktober 1953 i. S. Schmid gegen Weidmann.

*Art. 31 StGB.*

- a) Der Rückzug des Strafantrages untersteht in bezug auf Ort und Form der Erklärung dem kantonalen, inhaltlich dagegen dem eidgenössischen Recht (Erw. 1).
- b) Ein bedingter Rückzug ist ungültig (Erw. 2).
- c) Unbedingter oder stillschweigend bedingter Rückzug ? (Erw. 3).
- d) Irrtum macht den Rückzug nicht unverbindlich (Erw. 4).

*Art. 31 CP.*

- a) Le lieu et la forme du retrait de plainte sont soumis au droit cantonal, son contenu en revanche au droit fédéral (consid. 1).
- b) Un retrait de plainte conditionnel n'est pas valable (consid. 2).
- c) Retrait sans condition ou retrait subordonné à une condition tacite (consid. 3) ?
- d) Une erreur ne supprime pas le caractère obligatoire du retrait (consid. 4).

*Art. 31 CP.*

- a) Il luogo e la forma della desistenza dalla querela sono determinati dal diritto cantonale; pel contenuto fa invece stato il diritto federale (consid. 1).
- b) La desistenza condizionale dalla querela non è valida (consid. 2).
- c) Desistenza senza condizioni o subordinata ad una condizione tacita (consid. 3) ?
- d) Un errore non invalida la desistenza dalla querela (consid. 4).

A. — In der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Bülach vom 11. Dezember 1952 anerkannte der wegen einfacher Körperverletzung angeklagte Robert Schmid, geb. 16. Juni 1933, die Entschädigungs- und Genugtuungsforderung von Fr. 332.40 des Hans Weidmann. Dieser zog daher seinen Strafantrag zurück, worauf das Bezirksgericht am gleichen Tage den Prozess als durch Rückzug des Strafantrages erledigt abschrieb und die Anerkennung der

Zivilansprüche des Geschädigten seitens des Angeklagten vormerkte.

Othmar Schmid, Vater des Angeklagten, beschwerte sich gegen diesen Beschluss mit dem Antrag, er sei aufzuheben, doch sei vom Rückzug des Strafantrages Vormerk zu nehmen. Er machte geltend, der vom Gericht bestellte Verteidiger habe für die Anerkennung zivilrechtlicher Ansprüche des Geschädigten keine Vollmacht des gesetzlichen Vertreters des Angeklagten besessen und der minderjährige Angeklagte selber sei nicht fähig gewesen, solche Ansprüche anzuerkennen.

Das Obergericht des Kantons Zürich hob am 29. Juni 1953 in teilweiser Gutheissung des Rekurses den Beschluss des Bezirksgerichtes auf und wies die Sache zu neuer Beurteilung an dieses zurück. Es pflichtete der Auffassung des Rekurrenten, dass die Anerkennung der Schadenersatz- und Genugtuungsforderung seinen Sohn nicht verpflichte, bei, erachtete aber den Rückzug des Strafantrages als ungültig. Richtig sei, dass beim Rückzug des Strafantrages einzig massgebend sei, was der Antragsberechtigte dem Gericht gegenüber erkläre, nicht was er sich dabei vorstelle, sodass z.B. ein Irrtum des Erklärenden in bezug auf den dem Rückzug zugrunde liegenden Vergleich die Gültigkeit des Rückzuges nicht beeinflussen könne. Wirksam sei aber der Rückzug nur, wenn überhaupt eine den rechtlichen Anforderungen genügende, ausdrückliche Erklärung abgegeben worden sei. Nach BGE 74 IV 81 liege im analogen Fall des Verzichts auf den Strafantrag eine ausdrückliche Erklärung nur vor, wenn sie eindeutig und vorbehaltlos zum Ausdruck bringe, dass der Berechtigte ein für allemal davon absehe, die Bestrafung des Täters zu verlangen. Diesen Anforderungen habe die Rückzugserklärung Weidmanns nicht entsprochen. Das Bezirksgericht, das beim Zustandekommen des ungültigen Vergleichs zwischen dem minderjährigen Angeklagten und dem Geschädigten selbst mitgewirkt habe, habe vielmehr eindeutig erkennen können, dass der Geschädigte den Rück-

zug des Strafantrages von der Anerkennung seiner Zivilansprüche durch den Angeklagten abhängig gemacht habe. Es habe denn auch offensichtlich nur deshalb eine vorbehaltlose Rückzugserklärung angenommen, weil es die Handlungsunfähigkeit des Angeklagten beim Abschluss des grundlegenden Vergleichs übersehen habe. Da aber die Wirksamkeit der Anerkennung des Angeklagten im Zeitpunkt der Rückzugserklärung des Geschädigten in der Schwebe gewesen sei, habe der Rückzug nicht als unbedingt und vorbehaltlos erklärt gelten können. Er wäre es lediglich geworden, wenn der Rekurrent nachträglich seine Zustimmung erteilt hätte, da die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Anerkennung durch den Angeklagten zurückgewirkt hätte, sodass auch die der Rückzugserklärung anhaftende Bedingung *ex tunc* dahingefallen wäre.

B. — Robert Schmid führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der Beschluss des Obergerichts sei aufzuheben, da er Art. 31 StGB verletze, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners.

Er macht geltend, Weidmann habe den Strafantrag vorbehaltlos zurückgezogen. Der Beweggrund spiele keine Rolle für die Frage der Gültigkeit des Rückzuges und es sei daher auch unerheblich, ob das Gericht den Beweggrund des Rückzuges habe erkennen können. Einen Rechtsnachteil erleide Weidmann nicht, da ihm der Weg des Zivilprozesses offen stehe, wenn er glaube, eine Forderung von Fr. 332.40 zu haben.

C. — Weidmann beantragt, die Nichtigkeitsbeschwerde sei abzuweisen. Er macht geltend, wenn der Beschwerdeführer seine Entschädigungsansprüche nicht anerkannt hätte, hätte er den Strafantrag nicht zurückgezogen. Der Rückzug sei auf Anraten des amtlichen Verteidigers und des Bezirksgerichtes erfolgt, und nur unter der Voraussetzung der Anerkennung seiner Entschädigungsansprüche.

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich beantragt unter Hinweis auf die Ausführungen des Obergerichts, die Beschwerde sei abzuweisen.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung :*

1. — Der Berechtigte kann seinen Strafantrag, der in gewissen Fällen, so auch bei einfacher Körperverletzung im Sinne des Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, Voraussetzung der Strafverfolgung ist (vgl. Art. 28 StGB), zurückziehen, solange das Urteil erster Instanz noch nicht verkündet ist (Art. 31 Abs. 1 StGB). Ein zurückgezogener Strafantrag kann nicht nochmals gestellt werden (Art. 31 Abs. 2 StGB).

Wie das kantonale Prozessrecht lediglich bestimmt, wo und in welcher Form der Strafantrag gestellt werden muss, wogegen es eine Frage des eidgenössischen Rechts ist, ob eine bestimmte Eingabe inhaltlich Strafantrag sei (BGE 69 IV 198, 78 IV 49), untersteht auch der Rückzug des Strafantrages dem kantonalen Prozessrecht nur in bezug auf Ort und Form der Erklärung, während das eidgenössische Recht bestimmt, wann inhaltlich ein gültiger Rückzug vorliegt. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde, mit der lediglich die Verletzung eidgenössischen Rechts gerügt werden kann (Art. 269 Abs. 1, 273 Abs. 1 lit. b BStP), ist daher einzutreten ; denn streitig ist nicht, ob der Beschwerdegegner den Rückzug am richtigen Ort und in der richtigen Form erklärt hat, sondern ob der Rückzug seinem Inhalte nach gültig ist.

2. — Das Obergericht ist der Auffassung, der Beschwerdegegner habe den Rückzug des Strafantrages nur unter der stillschweigenden Bedingung erklärt, dass seine Schadenersatz- und Genugtuungsforderung gültig anerkannt werde. Wäre dem so, so müsste die Strafverfolgung ohne Rücksicht darauf, ob die Bedingung erfüllt oder nicht erfüllt sei, schon deshalb fortgesetzt werden, weil das schweizerische Recht einen bedingten Rückzug des Strafantrages nicht kennt. Wie der Verzicht auf den Strafantrag (Art. 28 Abs. 5 StGB) eine vorbehaltlose Erklärung des Verletzten erfordert (BGE 74 IV 87), kann der Strafantrag auch nur vorbehaltlos zurückgezogen werden. Knüpft der Berechtigte den Rückzug an eine Bedingung, so hat das

nicht zur Folge, dass die Erklärung als unbedingt zu gelten hätte, sondern dass kein gültiger Rückzug vorliegt.

3. — Der Beschwerdegegner hat indessen den Rückzug des Strafantrages nicht bedingt erklärt, auch nicht bloss stillschweigend bedingt. Zur Bedingung kann ein Ereignis nur gemacht worden sein, wenn der Erklärende an die Möglichkeit seines Eintrittes überhaupt gedacht und den Willen gehabt hat, die Wirkung seiner Erklärung davon abhängig zu machen. Der Beschwerdegegner hat aber gar nicht daran gedacht, die Schuldanererkennung des Beschwerdeführers könnte unverbindlich sein. Er hat offensichtlich entweder wie das Bezirksgericht übersehen, dass der Beschwerdeführer noch nicht zwanzig Jahre alt war, oder aus Rechtsunkenntnis verkannt oder nicht daran gedacht, dass eine noch nicht zwanzig Jahre alte Person sich durch ihre Handlungen nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters verpflichten kann (Art. 11 Abs. 1, 19 Abs. 1 ZGB). Im einen wie im anderen Falle kann er den Willen, die Wirkung des erklärten Rückzuges von dieser Zustimmung abhängig zu machen, nicht gehabt haben, sondern ist er durch einen Irrtum, allenfalls sogar durch einen blossen Rechtsirrtum, zu einem bedingungslosen Rückzug des Strafantrages bewogen worden.

4. — Irrtum, welcher Art er auch sei, macht den Rückzug nicht unverbindlich.

Da die Zurücknahme des Strafantrages nicht eine dem Zivilgesetzbuch oder dem Obligationenrecht unterstehende, sondern eine vom Strafrecht und Strafprozess beherrschte Willenserklärung ist, sind die Art. 23 ff. OR nicht anwendbar. Es wäre denn auch ausgeschlossen, dass der Antragsteller binnen Jahresfrist seit der Entdeckung des Irrtums (Art. 31 OR) den Rückzug als unverbindlich erklären könnte, mit der Wirkung, dass das Strafverfahren, falls die Verfolgung noch nicht verjährt wäre, fortgesetzt werden müsste ; eine solche Verzögerung vertrüge sich mit Art. 29 StGB nicht, der das Antragsrecht nach Ablauf von drei Monaten, gerechnet vom Tage, an welchem dem Antrags-

berechtigten der Täter bekannt wird, erlöschen lässt und damit zum Ausdruck bringt, dass sich der Strafrichter mit einer Sache, um die der Verletzte sich länger als drei Monate nicht gekümmert hat, nicht mehr zu befassen habe.

Auch eine bloss analoge Anwendung der Art. 23 ff. OR, wobei allenfalls die Frist des Art. 31 OR durch eine kürzere ersetzt werden könnte, kommt nicht in Frage. Hätte der Strafgesetzgeber dem Antragsberechtigten gestatten wollen, den Rückzug des Strafantrages wegen Irrtums unverbindlich zu erklären, so hätte er das umsoeher gesagt und sagen müssen, als der Strafrichter nicht mit der gleichen Freiheit wie der Zivilrichter auf dem Wege der Analogie Recht sprechen darf, zumal dann nicht schlechthin, wenn sie sich zum Nachteil des Angeklagten auswirken würde; denn während der Zivilrichter auf jede am richtigen Ort und in der gehörigen Form erhobene Klage zugunsten der einen oder der anderen Partei urteilen muss, verlangt das Straf- und Strafprozessrecht nicht, dass jeder Kläger Gehör finde und der Täter für jede Tat bestraft werde. Die Frage, ob der Rückzug des Strafantrages wegen Irrtums unverbindlich sei, kann dem Strafgesetzgeber angesichts der eingehenden Regelung, die der Irrtum im Zivilrecht erfahren hat, nicht entgangen sein. Sie muss sich ihm umso mehr gestellt haben, als Art. 31 Abs. 2 StGB ausdrücklich bestimmt, ein zurückgezogener Strafantrag könne von dem, der den Rückzug erklärt hat, nicht nochmals gestellt werden. Auf eine Erneuerung des Strafantrages aber liefe es hinaus, wenn der Berechtigte den Rückzug wegen Irrtums als unverbindlich erklären könnte. Der Literatur und Rechtsprechung zum kantonalen und ausländischen Recht ist die Frage, ob prozessuale Erklärungen, insbesondere der Rückzug des Strafantrages, wegen Irrtums angefochten werden können, bekannt gewesen (vgl. z.B. BIZüR 15 Nr. 68; WAIBLINGER, Das Strafverfahren für den Kanton Bern, Art. 2 N. 14; BELING, Deutsches Reichsstrafprozessrecht 204 f.). Das Schweigen des Strafgesetzbuches kann nur dahin ausgelegt werden, dass auch der unter dem Ein-

fluss eines Irrtums erklärte Rückzug endgültig der Strafverfolgung ein Ende setzt.

Für diese Lösung sprechen auch sachliche Gründe. Nicht damit der Verletzte seine Ansprüche aus der strafbaren Handlung wirksamer verfolgen, das Antragsrecht zum Mittel des Marktens um den Schadenersatz oder die Genugtuung machen könne, auch nicht bloss damit er sein inneres Bedürfnis nach einer Züchtigung des Täters befriedige, lässt das Gesetz die Strafverfolgung in gewissen Fällen von seinem Antrag abhängen, sondern weil der Staat, der allein zu strafen berechtigt und verpflichtet ist, in diesen Fällen, zum Teil auch zur Schonung des Verletzten, dem das Strafverfahren Unannehmlichkeiten bringen kann (Eimischung der Behörden in seine persönlichen oder Familienangelegenheiten), keinen genügenden Anlass sieht, auch gegen den Willen des Verletzten einzuschreiten. Dieses verminderte, aber dennoch rein staatliche Interesse an der Strafverfolgung verträgt es durchaus, dass ein wegen Rückzugs des Strafantrages erledigtes Verfahren endgültig abgeschlossen bleibe, auch wenn sich herausstellt, dass der Verletzte den Strafantrag unter dem Einfluss eines Irrtums zurückgezogen hat. Dem Verletzten wird dadurch kein Unrecht zugefügt; insbesondere bleibt es ihm unbenommen, sich auf dem Wege des Zivilprozesses Schadenersatz und Genugtuung zu verschaffen.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Juni 1953 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.