

straflos gelassen werden (Art. 23 Abs. 2 StGB). Anders der Täter, der ein zur Tötung an sich taugliches Gift in ungenügender Menge verabfolgt; er beginnt den Tatbestand des Verbrechenens zu verwirklichen, bleibt aber auf dem Wege zum Erfolge stehen, weil er nicht in genügendem Masse (mit genügend kräftiger Dosis) auf das Opfer einwirkt, gleich wie der Täter, der mit einem Stock zu schwach auf dieses einschlägt. Die Beschwerdeführerin müsste daher auch wenn die verabfolgte Menge Rattengift nicht ausgereicht haben sollte, um einen Menschen zu töten, wegen Tötungsversuchs nach Art. 21 oder 22 StGB bestraft werden, wobei dahingestellt bleiben kann, welche dieser beiden Bestimmungen angewendet werden müsste, da beide die gleichen Strafen androhen. Auch wäre das Verschulden der Beschwerdeführerin, die ihren Mann töten wollte und die angewendete Menge Gift für genügend hielt, nicht geringer; es bliebe dabei, dass bloss ein vom Willen der Täterin unabhängiger Umstand das Opfer vor dem Tod bewahrte. Ein neues Urteil könnte daher weder im Strafmass noch im Zivilpunkt für die Beschwerdeführerin günstiger ausfallen.

35. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 7. Oktober 1952 i. S. Brüscheiler gegen Jugendanwaltschaft Winterthur.

Art. 31 Abs. 1 StGB. Begriff des Urteils. Der Strafbefehl des Jugendanwalts nach zürcherischem Recht ist Urteil erster Instanz.

Art. 31 al. 1 CP. Notion du jugement. La décision de l'avocat des mineurs selon la procédure zuricoise est un jugement de première instance.

Art. 31 cp. 1 CP. Nozione della sentenza. La decisione del magistrato dei minorenni zurighese (Jugendanwalt) è un giudizio di prima istanza.

A. — Max Brüscheiler, geb. am 26. November 1934, der bis Mitte September 1951 bei Rudolf Kellenberger in der Metzgerlehre war, stahl seinem Lehrmeister im letzten

halben Jahr der Lehre mindestens Fr. 150.— und ein Paket Zigaretten.

Kellenberger stellte Strafantrag. Mit Strafbefehl vom 3. Dezember 1951 erklärte der Jugendanwalt von Winterthur Brüscheiler des Diebstahls fehlbar und verurteilte ihn in Anwendung von Art. 89, 95, 96 und 137 Ziff. 3 StGB zu einer bedingt vollziehbaren Einschliessungsstrafe von sieben Tagen. Als Kellenberger der Strafbefehl mitgeteilt wurde, schrieb er der Jugendanwaltschaft am 6./7. Dezember 1951, Brüscheiler solle wegen der Diebstähle nicht bestraft werden. Max Brüscheiler-Zürner, der Vater des Verurteilten, sah darin einen Rückzug des Strafantrags, erhob gegen den Strafbefehl Einsprache und beantragte Freisprechung seines Sohnes.

Am 29. Februar 1952 bestätigte das Bezirksgericht Winterthur den Entscheid des Jugendanwaltes. Es führte aus, nach Art. 47 EG zum StGB könne der Jugendanwalt in bestimmten Fällen einen Strafbefehl erlassen. Für die Wirkungen des Strafbefehls seien nach Art. 31 EG zum StGB die §§ 317 ff. StPO sinngemäss anzuwenden. Gemäss § 325 StPO erlange der Strafbefehl die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, soweit nicht rechtzeitig Einsprache erhoben wurde. Mit dem Erlass des Strafbefehls handle deshalb der Jugendanwalt als Richter; der Strafbefehl komme grundsätzlich einem gerichtlichen Urteil gleich. Daran ändere die Tatsache nichts, dass er durch die Einsprache dahinfallen könne und der Fall vor das Bezirksgericht komme. Mit Erlass des Strafbefehls habe eine richterliche Behörde gehandelt, sodass ein erstinstanzliches Urteil im Sinne des Art. 31 StGB vorliege. Der Rückzug des Strafantrags nach Eröffnung des Strafbefehls sei deshalb nicht zu beachten.

B. — Max Brüscheiler-Zürner führt gegen das Urteil des Bezirksgerichts Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 268 ff. BStP. Er beantragt, es sei in vollem Umfange aufzuheben und sein Sohn sei freizusprechen.

Er macht geltend, die Annahme des Bezirksgerichts,

der Strafbefehl des Jugendanwalts sei ein erstinstanzliches Urteil, verletze Art. 31 Abs. 1 StGB. Die Jugendanwaltschaft sei eine Verwaltungsbehörde, nicht ein Gericht, und könne deshalb kein Urteil erlassen. Da der Geschädigte den Strafantrag vor der Fällung des Urteils vom 29. Februar 1952 zurückgezogen habe, hätte das Bezirksgericht den Rückzug beachten sollen.

Der Beschwerdeführer hat gegen das Urteil des Bezirksgerichts auch eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich eingereicht.

Das Obergericht hat die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde am 12. Juni 1952 abgewiesen, soweit es darauf eintreten konnte.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. —

2. — Der Berechtigte kann seinen Strafantrag nur zurückziehen, «solange das Urteil erster Instanz noch nicht verkündet ist» (Art. 31 Abs. 1 StGB).

Ob ein Urteil im Sinne dieser Bestimmung vorliegt, kann in Jugendstrafsachen nicht davon abhängen, ob ein Richter oder eine Verwaltungsbehörde den Entscheid gefällt hat. Im Gegensatz zum Entwurfe des Bundesrates, Art. 87 ff., weist das Gesetz in Art. 91 ff. den Entscheid über die strafbare Handlung des Jugendlichen nicht dem Richter, sondern der «zuständigen Behörde» zu. In Jugendstrafsachen gilt somit nicht wie für das Strafverfahren gegen Erwachsene (Art. 345 Ziff. 1 Abs. 2 StGB), dass bloss die Beurteilung von *Übertretungen* einer Verwaltungsbehörde übertragen werden darf; ein Jugendlicher kann sich — wofür kantonales Recht massgebend ist — auch für Verbrechen und Vergehen vor einer Verwaltungsbehörde zu verantworten haben, und deren Entscheid kann Urteil sein (vgl. BGE 68 IV 158, 70 IV 121).

Ein solches setzt auch nicht voraus, dass die zuständige Behörde eine öffentliche Hauptverhandlung durchgeführt

habe, an welcher der Berechtigte den Strafantrag noch hätte zurückziehen können. Art. 31 Abs. 1 StGB soll das Markten zwischen Täter und Verletztem um den Rückzug des Strafantrages ausschliessen, nachdem die Behörde über die Rechtsfolgen der strafbaren Handlung entschieden hat. In der zweiten Expertenkommission wurde beantragt, den Rückzug bis zur Fällung des Urteils zweiter Instanz zuzulassen (Prot. I 172, Antrag Thormann). Dem wurde entgegengehalten, dass der Strafantrag vielfach benutzt werde, um dem Antragsteller Vermögensvorteile zu sichern, und dass die Möglichkeit des Rückzuges oft zum Spiel des Privaten mit den Gerichtsorganen werde. Dieses Spiel sei unwürdig, wenn ein Urteil noch nicht erlassen sei, und das Feilschen werde ominös, wenn der Staat gesprochen habe (Prot. I 178 f., Votum Geel). Aus diesem Grunde wurde der Rückzug nach Verkündung des Urteils erster Instanz ausgeschlossen.

Urteil ist daher jeder Entscheid der zuständigen Behörde, der verbindlich darüber erkennt, ob sich der Beschuldigte einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hat, und gegebenenfalls die Rechtsfolgen bestimmt, die diese Handlung nach sich zieht. Nicht nötig ist, dass der Entscheid formell und materiell rechtskräftig werde; ein Urteil liegt schon vor, wenn er nur unter der Voraussetzung Recht schafft, dass die Parteien sich ihm unterziehen (vgl. BGE 69 I 72 f., 74 IV 15) oder dass er von keiner Seite durch Appellation, Einsprache und dergleichen angefochten wird. Indem Art. 31 Abs. 1 StGB von einem Urteil *erster* Instanz spricht, ist er insbesondere gerade für jene Fälle aufgestellt worden, wo das Urteil erster Instanz angefochten wird und das Verfahren vor einer oberen Instanz weitergeht.

3. — Nach der Auslegung, die die Vorinstanz dem kantonalen Recht gibt (Art. 47, 31 EG zum StGB, § 325 StPO) und die das Bundesgericht auf Nichtigkeitsbeschwerde hin nicht überprüfen kann (Art. 269 Abs. 1, 273 Abs. 1 lit. b BStP), übt der Jugendanwalt, der einen Strafbefehl erlässt,

richterliche Funktionen aus und erlangt der Strafbefehl, gegen den nicht Einsprache erhoben wird, die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils. Nach dem Gesagten ist er daher auch Urteil im Sinne des Art. 31 Abs. 1 StGB.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

36. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 17. Oktober 1952 i. S. Grossenbacher gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

Art. 148 Abs. 2 StGB. Gewerbsmässigkeit des Betrugers.

Art. 148 al. 2 CP. Faire métier de l'escroquerie.

Art. 148 cp. 2 CP. Far mestiere della truffa.

A. — Grossenbacher war vom 28. April bis 11. Juni 1950 Reisender des Bildhauers Hermann Schudel. Er hätte Aufträge zur Ausbesserung von Grabsteinen einbringen sollen, bemühte sich aber in keinem einzigen Falle darum. Er erstellte 167 unwahre Bestellscheine und versah 111 davon mit einer falschen Unterschrift des angeblichen Bestellers. Er legte die unwahren Scheine seinem Arbeitgeber vor und veranlasste diesen dadurch, ihm in zahlreichen Fällen insgesamt Fr. 898.10 an Provisionen auszuzahlen. Einen weiteren Betrag von Fr. 452.30, den er auf diese Weise zu erschwindeln versuchte, zahlte ihm Schudel, der die Fälschungen inzwischen entdeckt hatte, nicht aus.

Von Anfang Dezember 1950 bis Ende Januar 1951 stand Grossenbacher als Reisender im Dienste des Josef Seiffe, für den er Bestellungen auf Damenkleider aufzunehmen hatte. Während dieser Zeit fertigte er sieben unwahre Bestellscheine an, versah sie selber mit der Unterschrift des angeblichen Bestellers und reichte sie Seiffe ein. Um den

Anschein zu erwecken, die Bestellungen seien wirklich erfolgt, leistete er aus eigenem Gelde Anzahlungen und stellte sie als solche der angeblichen Besteller hin. Er erwirkte auf diese Weise unrechtmässig die Auszahlung von Fr. 660.— als Provisionen. Der Schaden seines Arbeitgebers belief sich nach Abzug der «Anzahlungen» auf Fr. 390.—.

B. — Das Obergericht des Kantons Zürich, das diese und andere Handlungen Grossenbachers zu beurteilen hatte, erklärte den Angeklagten am 30. Juni 1952 des gewerbsmässigen Betruges, des gewerbsmässigen Betrugsversuches, der wiederholten und fortgesetzten Urkundenfälschung, der wiederholten und fortgesetzten Veruntreuung und der Amtsanmassung schuldig und verurteilte ihn zu einem Jahr und vier Monaten Zuchthaus und Fr. 50.— Busse und stellte ihn für zwei Jahre in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ein. Den gewerbsmässigen Betrug sah es darin, dass Grossenbacher dem Schudel Fr. 898.10 und dem Seiffe Fr. 390.— abgelistet hatte, den gewerbsmässigen Betrugsversuch darin, dass er gegenüber Schudel auf Erschwindelung weiterer Fr. 452.30 ausgegangen war. Es führte aus, der Einwand des Angeklagten, er habe die Beträge nicht gewerbsmässig begangen, könne nicht gehört werden. Wohl sei der Deliktsbetrag nicht sehr hoch. Immerhin handle es sich um 167 Aufträge, die der Angeklagte vorgetäuscht habe. Er habe überhaupt keine Kunden besucht, sondern sämtliche Aufträge fingiert. Auch habe er während dieser Zeit zur Hauptsache vom ertrogenen Gelde gelebt. Damit seien die Voraussetzungen für die gewerbsmässige Begehung des Deliktes erfüllt.

C. — Grossenbacher führt Nichtigkeitsbeschwerde mit den Anträgen, das Urteil sei dahin abzuändern, dass statt auf gewerbsmässigen Betrug bzw. Betrugsversuch lediglich auf gewöhnlichen Betrug bzw. Betrugsversuch zu erkennen und der Beschwerdeführer dementsprechend milder zu beurteilen, insbesondere nicht in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit einzustellen und nicht mit Busse zu belegen sei.