

30. Urteil des Kassationshofes vom 16. Juli 1943 i. S. Bay gegen Militärdepartement des Kantons Schwyz.

1. Art. 397 StGB.

- a) Diese Bestimmung kann auch dann angerufen werden, wenn die Strafe nicht mehr vollstreckbar ist.
- b) Sie stellt einen bundesrechtlichen Revisionsgrund auf.
- c) Sie gilt auch für die Revision von Urteilen, welche vor dem Inkrafttreten des StGB ausgefällt worden sind.
- d) Sie verlangt nicht, dass der Gesuchssteller die vorgebrachte (für den Richter neue) Tatsache zur Zeit des früheren Verfahrens noch nicht gekannt habe.
- e) Sie ermöglicht nicht, das Urteil *in iure* zu revidieren.
- f) Tatsachen sind im Sinne des Art. 397 StGB dann erheblich, wenn sie ein bedeutend milderer Urteil herbeiführen können, sei es auch bloss infolge eines allgemeinen Strafminderungsgrundes.

2. Art. 1 Abs. 1 BG vom 29. März 1901 betreffend die Ergänzung des BG vom 28. Juni 1878 über den Militärpflichtersatz.

Wer bei Verwendung seiner beschränkten Mittel nicht dem Militärpflichtersatz vor anderen Schulden den Vorrang gibt, handelt schuldhaft.

1. Art. 397 CP.

- a) Cette disposition peut encore être invoquée quand la peine a cessé d'être exécutable.
- b) Elle crée une cause de revision de droit fédéral.
- c) Elle s'applique aussi à la revision de jugements qui ont été rendus avant l'entrée en vigueur du CP.
- d) Elle n'exige pas que le requérant n'ait pas eu connaissance, lors du premier procès, du fait allégué (qui pour le juge constitue un fait nouveau).
- e) Elle ne permet pas de revoir l'application du droit par le premier jugement.
- f) Les circonstances invoquées ont le caractère de faits sérieux lorsqu'elles peuvent conduire à un jugement sensiblement plus favorable au condamné, fût-ce simplement par l'application d'une cause générale de réduction de la peine.

2. Art. 1^{er} LF du 29 mars 1901 complétant la LF du 28 juin 1878 sur la taxe d'exemption de la taxe militaire.

Commet une faute celui qui, dans l'application de ressources limitées, ne donne pas à la taxe militaire la préférence sus d'autres dettes.

1. Art. 397 CP.

- a) Questo disposto può essere invocato anche quando la pena non è più eseguibile.
- b) Esso crea un motivo di revisione di diritto federale.
- c) Esso si applica anche alla revisione delle sentenze pronunciate prima dell'entrata in vigore del CP.
- d) Esso non esige che l'istante non abbia conosciuto, nel corso del primo processo, il fatto allegato (che pel giudice costituisce un fatto nuovo).
- e) Esso non permette una revisione *in iure* del primo giudizio.

f) I fatti invocati sono rilevanti a' sensi dell'art. 397 CP, se possono provocare un giudizio sensibilmente più favorevole al condannato, non foss'altro che a motivo dell'applicazione d'una causa generale di riduzione della pena.

2. Art. 1 LF 29 marzo 1901 che completa la LF 28 giugno 1878 sulla tassa d'esenzione dal servizio militare.

E' in colpa colui che, nell'uso delle sue risorse limitate, non dà, rispetto ad altri debiti, la precedenza alla tassa d'esenzione dal servizio militare.

A. — Max Bay, obschon durch das Militärdepartement des Kantons Schwyz zweimal gemahnt, war Fr. 129.25 seines Militärpflichtersatzes für das Jahr 1940 schuldig geblieben und hatte erst bezahlt, als er dem Bezirksgericht Schwyz zur Bestrafung überwiesen worden war. Dieses verurteilte ihn wegen schuldhafter Nichtbezahlung des Militärpflichtersatzes zu zehn Tagen Gefängnis und entzog ihm das Stimmrecht auf zwei Jahre. Auf Berufung hin bestätigte das Kantonsgericht Schwyz am 18. Dezember 1941 dieses Urteil. Zur Begründung führte es aus, der Tatbestand der schuldhaften Nichtbezahlung sei dadurch erfüllt, dass der Angeklagte trotz zweimaliger Mahnung weder bezahlt, noch sich entschuldigt habe, es wäre denn, er hätte Entschuldigungsgründe vorbringen können, die zur Zeit der Rekurs- und Mahnfristen noch nicht bestanden hätten, was nicht der Fall sei. Die Strafe bemessend, berücksichtigte das Gericht, dass der Angeklagte in der Lage gewesen wäre, den geschuldeten Betrag rechtzeitig zu bezahlen; er habe auch in zweiter Instanz keinen triftigen Entschuldigungsgrund vorbringen können.

B. — Am 29. September 1942 reichte der Verurteilte beim Kantonsgericht Schwyz ein Gesuch um Revision dieses Urteils ein. Er machte geltend, dass er infolge finanzieller Bedrängnis gar nicht in der Lage gewesen sei, den Rest des für 1940 geschuldeten Militärpflichtersatzes rechtzeitig zu bezahlen. Er legte Bescheinigungen des Betreibungsamtes über damals gegen ihn laufende drückende Beteiligungen vor. Diese Tatsache sei dem Gericht bei Erlass des Urteils nicht bekannt gewesen, so dass sie gemäss Art. 397 StGB die Revision begründe.

Das Kantonsgericht ist auf das Gesuch nicht eingetreten, weil das behauptete Unvermögen keine neue Tatsache sei. Denn sie sei schon vor dem Urteil bekannt gewesen und hätte geltend gemacht werden können. Sodann sei unerheblich, ob Bay wirklich aus Unvermögen nicht bezahlt habe, denn der schuldhaften Nichtbezahlung des Militärflichtersatzes mache sich nicht nur schuldig, wer nicht innert den Mahnfristen bezahlt, obschon er bezahlen könnte, sondern auch, wer aus Unvermögen nicht bezahlt, ohne sich innert den Mahnfristen zu entschuldigen. Übrigens müsse nach wie vor daran festgehalten werden, dass Bay bei gutem Willen in der Lage gewesen wäre, den schuldigen Rest innert den Mahnfristen zu bezahlen. Vom 1. Januar 1940 bis 31. Dezember 1941 habe er dem Betreibungsamt in monatlichen Raten Fr. 1200.— bis 1700.— bezahlt. Er hätte auch den im Verhältnis zu diesen Beträgen kleinen Rest des Militärflichtersatzes leisten können und leisten sollen.

C. — Diesen Entscheid greift Bay mit Nichtigkeitsbeschwerde an. Er führt aus, gemäss Art. 397 StGB, der die direkt anwendbare Norm enthalte und auch auf die vor 1942 ergangenen Urteile anwendbar sei, komme nichts darauf an, ob das Unvermögen zur rechtzeitigen Leistung bereits vor dem Urteil bekannt war und hätte geltend gemacht werden können; massgebend sei nur, dass es dem Richter nicht bekannt gewesen sei. Die Tatsache des Unvermögens sei erheblich, denn Nichtbezahlung aus Unvermögen sei nicht schuldhaft. Nur Nichtbezahlung trotz Vermögens mache straffällig, nicht auch die Unterlassung des Unvermögenden, sich innert der Mahnfrist zu entschuldigen. Obschon das Kantonsgericht die Straffälligkeit schon in der Nichtentschuldigung innert der Mahnfrist gesehen habe, sei es doch auch davon ausgegangen, dass er rechtzeitig hätte bezahlen können. Dies habe es in den Erwägungen über die Strafbemessung ausdrücklich hervorgehoben. Jene Annahme aber sei durch das Revisionsgesuch erschüttert. Die Vorinstanz sei allerdings der

Meinung, Bay hätte den Militärflichtersatz rechtzeitig bezahlen können, wie seine Zahlungen an das Betreibungsamt auf andere Schulden bewiesen. Allein, infolge der Lohnzession auf Grund der Lohnpfändung seien die bezahlten Beträge gebunden gewesen, und übrigens habe der Militärflichtersatz keinen Vorrang vor anderen Schulden. Nachdem er diese bezahlt, habe ihm das Geld für jenen gefehlt.

D. — Das Militärdepartement des Kantons Schwyz beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Es kann dahingestellt bleiben, ob gemäss Art. 337 in Verbindung mit Art. 333 Abs. 2, 109 und 75 Abs. 2 StGB die Vollstreckung der ausgesprochenen Freiheitsstrafe und mit ihr gemäss Art. 73 Ziff. 2 StGB auch der Nebenstrafe des Stimmrechtentzuges bereits verjährt ist. Denn der Grundsatz ist allgemein anerkannt, dass aus ideellen Gründen die Revision eines Strafurteils auch dann noch verlangt werden kann, wenn die Strafe aus irgend einem Grunde nicht mehr vollstreckbar ist.

2. — Art. 397 StGB schreibt den Kantonen vor, gegenüber Urteilen in Sachen eidgenössischen Rechts wegen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, die dem Gerichte zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt waren, die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten zu gestatten. Dieser Wortlaut verleitet zur Meinung, dass die Bestimmung lediglich eine Weisung an die Kantone zur Aufstellung eines kantonrechtlichen Revisionsgrundes enthalte. Allein das ist nicht ihr Sinn; die Bestimmung stellt einen bundesrechtlichen Revisionsgrund auf. Wenn der Gesetzgeber das nicht durch die deutliche Fassung « gegenüber Urteilen ist die Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig » zum Ausdruck gebracht hat, so deswegen, weil er darin eine Einzelschrift des Revisionsverfahrens sah, die von den Kantonen bei der im übrigen ihnen obliegenden Ordnung dieses Rechtsmittels als Mini-

zum zu berücksichtigen sein würde. Als bundesrechtlicher Revisionsgrund untersteht seine Anwendung gemäss Art. 269 Abs. 1 BStrP der Prüfung des Kassationshofes.

3. — Der Revisionsgrund kann auch gegenüber Urteilen, die vor dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches ausgefällt worden sind, angerufen werden. Dies kraft der Bestimmung des Art. 401 Abs. 1 StGB, wonach das Gesetz mit dem 1. Januar 1942 in Kraft getreten ist. Die in Art. 2 Abs. 1 StGB vorgesehene Ausnahme hiervon erstreckt sich nicht auf verfahrensrechtliche Vorschriften (vgl. BGE 68 IV 39 und 62).

4. — Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kommt nach deutlicher Bestimmung des Art. 397 StGB nichts darauf an, ob die für die Revision vorgebrachte Tatsache dem Gesuchsteller im früheren Verfahren bereits bekannt gewesen ist oder nicht. Es genügt, dass sie der Richter nicht gekannt hat. Diese Ordnung, die aus dem Wesen der Officialuntersuchung im Strafverfahren folgt, hat der Gesetzgeber gewollt; er hat sie bereits in Art. 229 Ziff. 1 lit. a BStrP für die Revision der Urteile der Bundesstrafgerichte so getroffen (vgl. Botschaft zum Entwurf S. 55; AStenBull NR 1931 S. 781; Kassationshof 28. Mai 1935 i. S. Graber).

5. — Das angefochtene Urteil sieht die Strafbarkeit des Beschwerdeführers darin, dass er innert den Mahnfristen weder bezahlt, noch sich entschuldigt habe. Er wäre also wegen Fehlens der Entschuldigung sogar dann bestraft worden, wenn festgestanden hätte, dass er nicht bezahlen konnte. Nur wäre die Strafe weniger streng ausgefallen, wie aus den Erwägungen über ihre Bemessung hervorgeht. Der Beschwerdeführer macht geltend, der Mangel der Entschuldigung mache nicht strafbar, die so begründete Schuldigerklärung sei unhaltbar. Er habe aber das Urteil nicht mit der Nichtigkeitsbeschwerde angreifen können, weil in den Erwägungen anderswo festgestellt gewesen sei, dass er rechtzeitig hätte zahlen können, eine Feststellung, die zur Abweisung der Beschwerde genügt hätte. In der Tat ist nach Gesetz strafbar nur die schuldhafte Nicht-

leistung, worunter die Nichtleistung trotz Leistungsvermögens zu verstehen ist. Die Revisionsinstanz hat jedoch bei Beurteilung der Erheblichkeit der neuen Tatsachen oder Beweismittel das Urteil so zu nehmen, wie es lautet, nicht wie es richtigerweise lauten sollte. Denn das Rechtsmittel der Wiederaufnahme des Verfahrens erlaubt keine *revisio in iure*. Es ist also davon auszugehen, dass das Urteil die Schuldigerklärung auf den Mangel der Entschuldigung stützt. Dieser Tatbestand aber wird von der geltend gemachten neuen Tatsache des Unvermögens rechtzeitiger Leistung nicht berührt. Sogar wenn die Vorinstanz die Nichtleistung trotz Leistungsfähigkeit als weiteren Grund zur Schuldigerklärung herangezogen hätte und dieser durch die neue Tatsache erschüttert würde, müsste es bei der Schuldigerklärung bleiben, da sie immer noch durch den ersten Grund gestützt wäre.

6. — Wenn nicht den Freispruch, könnte dagegen die Tatsache des Unvermögens die Minderung der Strafe bewirken, denn die Ausfällung der Höchststrafe ist vom urteilenden Gericht unter anderem damit begründet worden, dass Bay zu leisten vermocht hätte.

Eine Tatsache, die lediglich das Strafmass beeinflusst, kann gemäss Art. 397 StGB Revisionsgrund sein. Im Unterschied zu anderen Gesetzen, welche meistens näher ausführen, dass die neuen Tatsachen und Beweismittel geeignet sein müssen, die Freisprechung des Verurteilten oder doch die Anwendung eines mildereren Strafgesetzes oder zum mindesten eine erhebliche Milderung der Strafe herbeizuführen, begnügt sich Art. 397 StGB, wie übrigens auch Art. 199 MStGO, mit dem Erfordernis der *Erheblichkeit* der neuen Tatsachen und Beweismittel. Er weicht damit auch vom Wortlaut des Art. 229 Ziff. 1 lit. a BStrP ab, wonach für die Revision gegenüber Urteilen der Bundesstrafgerichte Tatsachen oder Beweismittel zu berücksichtigen sind, welche gegen die Schuld sprechen oder ein leichteres Vergehen begründen. STÄMPFLI vertritt in der Textausgabe zum BStrP, Anm. II Ziff. 1 zu Art. 229, die

Auffassung, ein leichteres Vergehen liege nur dann vor, wenn ein milderes Strafgesetz zur Anwendung kommt oder strafferhöhende Tatumstände (Rückfall) wegfallen, nicht auch dann, wenn eine mildere Bemessung der Strafe bloss innerhalb des Rahmens des angewendeten Strafgesetzes in Frage steht. Der Begriff der Erheblichkeit im Sinne des Art. 397 StGB kann nicht so eingeschränkt werden. Das hiesse dem Wortlaut Gewalt antun. Es ist an die weiten Strafrahmen des Strafgesetzbuches zu denken, die je nach den Umständen, welche für die Strafzumessung massgebend sind und welche gerade von den neuen Tatsachen und Beweismitteln berührt sein können, für die gleiche Tat milde oder drakonische Strafe ermöglichen. Andererseits wäre eine sachliche Abweichung zwischen Art. 397 StGB und Art. 229 Ziff. 1 lit. a BStrP mit dem Ergebnis, dass der Bundesgesetzgeber den Kantonen in Strafsachen eidgenössischen Rechts die Revision in weiterem Rahmen vorschreibe, als er sie selbst bei Urteilen seiner Gerichte in gleichen Sachen zuliesse, nicht erträglich. Allein nichts zwingt zu der einschränkenden Auslegung der letzterwähnten Gesetzesbestimmung. Auf die Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des BStrP, die dazu angerufen wird (S. 55), lässt sie sich nicht stützen, denn die Botschaft gibt lediglich den Text des Entwurfes (und Gesetzes) wieder, und im Wortlaut findet jene Auslegung keinen Anhaltspunkt. Nach dem gewöhnlichen Sinn des Wortes ist leichter (*moins grave, meno grave*) ein Vergehen nicht bloss, wenn es unter ein milderes Strafgesetz fällt, sondern auch, wenn es bei Anwendung des gleichen Gesetzes der Schuld nach leichter ist. Die einschränkende Auslegung entspräche Gesetzen mit erheblich anderem Wortlaut (DStPO § 359: « ... die Freisprechung des Angeklagten oder in Anwendung eines milderen Strafgesetzes eine geringere Strafe zu begründen geeignet sind », ähnlich *bern.StrV* Art. 347).

Tatsachen sind demnach im Sinne des Art. 397 StGB dann erheblich (*sérieux, rilevanti*), wenn sie ein milderes

Urteil herbeiführen können. Allgemeine Strafminderungsgründe fallen sogut wie besondere Strafminderungsgründe in Betracht (ebenso Entscheidungen des MKG 1926-1935 Nr. 30, 1936-1940 Nr. 8). Die mögliche Abänderung des Urteils infolge der neuen Tatsache muss jedoch eine bedeutende sein. Das liegt im Begriff der Erheblichkeit der Tatsache und folgt zudem aus der Notwendigkeit verständiger Beschränkung des Rechtsmittels gegen rechtskräftige Verurteilung, die um ihrer formalen Geltung willen nur aus schwerwiegenden Gründen in Frage gestellt werden darf, und das fordert schliesslich auch die Ökonomie des Verfahrens, zumal die Revision andererseits dadurch erleichtert ist, dass die Tatsache nicht neu entdeckt zu sein braucht.

7. — Die Erheblichkeit der neuen Tatsache in diesem Sinne liesse sich im vorliegenden Falle kaum in Zweifel ziehen. Nun verneint aber der angefochtene Revisionsentscheid die behauptete neue Tatsache. Wohl geht er davon aus, dass der Beschwerdeführer zur massgebenden Zeit für andere Schulden betrieben war, sagt aber, wenn der Beschwerdeführer vom Januar 1940 bis Januar 1941 Fr. 1200.— bis 1700.— habe bezahlen können, so sei es ihm auch möglich gewesen, den im Verhältnis zu diesen Leistungen kleinen Restbetrag des Militärflichtersatzes ebenfalls abzutragen. Die Vorinstanz meint damit, dieser Schuld hätte der Vorrang gegeben werden sollen. Hiegegen erhebt sich der Beschwerdeführer. Jene Zahlungen, sagt er, hätten auf Grund von Lohnzessionen in Verbindung mit betriebsrechtlicher Beschlagnahme unabhängig von seinem Willen gemacht werden müssen. Übrigens geniesse der Militärflichtersatz nach Gesetz keinen Vorrang vor anderen Forderungen; darum könne nicht schuldig sein, wer seine Bezahlung hinter andere dringliche Zahlungen zurückstelle, nach denen ihm nur noch der allernotwendigste Lebensunterhalt verbleibe. Diese Auffassung ist zurückzuweisen. Bei der Lohnzession hätte sich der Schuldner die Leistung des Militärflichtersatzes sichern müssen.

Wohl besitzt diese Forderung vor anderen kein Privileg im gewöhnlichen Sinne. Nichtsdestoweniger fällt dem Ersatzpflichtigen auf, für die Erfüllung dieser Verpflichtung ganz besonders besorgt zu sein. Er darf sich ihr sowenig entziehen, wie sich der Militärpflichtige, etwa mit der Begründung, er habe dringliche Schulden und müsse zu ihrer Abtragung dem Verdienst nachgehen, einem Aufgebot entziehen darf. Sonst wird er strafbar wegen Ungehorsams, als was die schuldhafte Nichtbezahlung des Militärpflichtersatzes aufgefasst wird. Gerade darin liegt für ihn der Zwang, dieser Schuld den Vorrang vor anderen Schulden zu geben, deren Nichtbezahlung nicht mit solcher Sanktion ausgestattet ist. Wer diesen Zwang verkennt und die Zahlung hintanstellt, handelt schuldhaft im Sinne des Gesetzes, ohne dass er sich auf Rechtsirrtum im Sinne des Art. 20 StGB berufen kann, wie der Beschwerdeführer es subsidiär tut.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

31. Entscheid des Kassationshofes vom 23. Juli 1943 i. S.

E. Luder & Co. gegen Edelmann.

Art. 268 Abs. 3 BStrP.

Einstellungsbeschluss letzter Instanz ist für den Privatstrafkläger nach zürcherischem Recht nicht der die Einstellungsverfügung des Bezirksanwaltes schützende Rekursentscheid des Staatsanwaltes (§§ 39, 402 Ziff. 1 zürch. StPO), sondern erst der Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten (bezw. der Anklagekammer), durch den das Begehren des Geschädigten um Zulassung der Privatstrafklage abgewiesen wird (§§ 46, 47 zürch. StPO).

Art. 268 al. 3 PPF.

En droit zurichois, l'ordonnance de non-lieu rendue en dernière instance n'est pas, en ce qui concerne l'accusateur privé, la décision du Ministère public confirmant sur recours la mesure de suspension prise par le Procureur de district (§§ 39, 402 ch. 1 PP zurich.), mais la décision du Président du tribunal (ou de la Chambre d'accusation) rejetant la requête par laquelle le lésé demande l'autorisation d'intenter l'action privée (§§ 46, 47 PP zurich.).

Art. 268 cp. 3 PPF.

Secondo il diritto zurighese, il decreto di non doversi procedere emesso in ultima istanza non è, per quanto concerne l'accusatore privato, la decisione del Pubblico ministero che conferma, su ricorso, la misura di sospensione presa dal Procuratore di distretto (§§ 39, 402 cifra 1 PPZ), ma la decisione del Presidente del tribunale (o della Camera d'accusa) che respinge la domanda del lesò di essere autorizzato a promuovere l'azione privata (§§ 46, 47 PPZ).

Erwägungen :

Der Bezirksanwalt hat die auf Anzeige des Geschädigten hin an Hand genommene Strafverfolgung gegen die Beschuldigten gemäss § 39 zürch. StPO mit Genehmigung des Staatsanwaltes eingestellt. Der hiergegen vom Anzeiger gemäss § 402 Ziff. 1 erklärte Rekurs ist von der Staatsanwaltschaft abgewiesen worden. Diese Verfügung ist endgültig in dem Sinne, dass die Strafverfolgung vom öffentlichen Ankläger nicht durchgeführt wird. Hingegen steht dem Geschädigten gemäss § 46 das Recht zu, die Privatstrafklage zu betreiben, auf die hin die Anklagebehörde (Bezirksgerichtspräsident) über die Zulassung der Strafverfolgung durch den Privatstrafkläger entscheiden wird. Erst diese Entscheidung, wenn sie im Sinne der Einstellung ausfällt, wird also für den Privatstrafkläger der Einstellungsbeschluss letzter Instanz im Sinne von Art. 268 Abs. 3 BStrP sein.

Bei dieser Ordnung des zürcherischen Überweisungsverfahrens fehlt überdies dem Anzeiger im Verfahren bei der Staatsanwaltschaft die Eigenschaft des Privatstrafklägers; er erlangt sie erst im anschliessenden besondern Privatstrafklageverfahren. Darum geht ihm die Legitimation zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft ab. Denn diese setzt voraus, dass er im kantonalen Überweisungsverfahren als Privatstrafkläger anerkannt war.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.