

rechtigte das ihn nicht, wahllos jede beliebige Katze, insbesondere jene des Klägers, abzuschliessen.

Zudem setzt Art. 57 OR voraus, dass die Umstände die Tötung rechtfertigen. Selbst wenn der Beschwerdeführer durch die Katze des Klägers geschädigt worden wäre und er bevorstehenden weiteren Schaden hätte abwenden wollen, hätte er daher das Tier unter den vorliegenden Verhältnissen nicht töten dürfen. Dem Beschwerdeführer konnte zugemutet werden, die Katze, die er schon öfters in seinem Garten gesehen hatte, zu verscheuchen und, wenn das nichts genützt hätte, nach dem Besitzer zu forschen und bei ihm vorstellig zu werden. So dringlich und so erheblich war die Gefahr nicht, dass er diese Massnahme in guten Treuen hätte unterlassen dürfen. Die Berufung auf BGE 77 IV 196 hilft nicht. Der Beschwerdeführer hat sich nicht wie der Besitzer der Liegenschaft im dort beurteilten Falle in bedrängter Lage befunden, die ihm verunmöglicht hätte, ruhig zu überlegen, welche Massnahme objektiv gerechtfertigt sei und welche nicht. Der Beschwerdeführer durfte auch nicht voraussetzen, eine Ermahnung des Born wäre nutzlos, weil schon der Abschuss der Katze des Fritz Caflisch im Mai 1951 durch den Beschwerdeführer ihm eine Warnung hätte sein sollen. Der Beschwerdeführer durfte nicht annehmen, dass Born ihn als Katzenjäger kenne, und selbst wenn er diese Kenntnis hätte voraussetzen dürfen, hätte ihn das nicht berechtigt, jede Vorstellung bei Born zu unterlassen.

**23. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 30. Mai 1952**  
i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau gegen Friedlin.

*Art. 148 StGB* trifft auf den sog. Prozessbetrug nicht zu.

*L'art. 148 CP* ne vise pas l'escroquerie au procès.

*L'art. 148 CP* non è applicabile alla truffa processuale.

A. — Margrith Friedlin und ihr am 6. Juli 1948 ausserhelich geborenes Kind klagten beim Bezirksgericht

Baden gegen Ernst Hitz auf Entschädigung, Genugtuung und Unterhaltsbeiträge. Zur Begründung liess Margrith Friedlin in den Rechtsschriften durch einen Fürsprecher behaupten, der Beklagte habe ihr am 16. September 1947 beigezogen und sei der Vater des Kindes. In der formellen Parteibefragung vom 28. März 1950 versicherte sie, diese Behauptung sei richtig. Im Strafverfahren, das vor der rechtskräftigen Beurteilung der Vaterschaftsklage gegen sie eingeleitet wurde, gab sie dann zu, bewusst die Unwahrheit gesagt zu haben, weil sie geglaubt habe, sie könne den verheirateten Gustav Erzer, mit dem allein sie in der kritischen Zeit geschlechtlich verkehrt habe, nicht belangen. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau klagte sie daher wegen Betrugsversuches und falscher Beweisaussage der Partei an.

B. — Am 29. Januar 1952 sprach das Kriminalgericht des Kantons Aargau Margrith Friedlin von der Anklage des Betrugsversuches frei und beschloss, die Akten dem Bezirksgericht Baden zu überweisen zur Beurteilung der Anschuldigung wegen falscher Beweisaussage der Partei.

Den Freispruch begründete es damit, dass sich die Wahrheitspflicht der Parteien nach aargauischem Recht in der Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage gemäss §§ 223 ff. ZPO erschöpfe und die Verletzung dieser Pflicht nach Art. 306 StGB zu bestrafen sei. Unrichtige Parteienanbringen vor Gericht im Behauptungsstadium (Rechtsschriften) seien nicht strafbar, ja nicht einmal bloss disziplinarisch zu ahnden. Art. 306 StGB als Sonderbestimmung habe sich als ausreichend erwiesen; es bestehe kein Grund zur Annahme eines Prozessbetruges neben der falschen Beweisaussage der Partei.

C. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau führt Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 268 ff BStP mit dem Antrag, Margrith Friedlin sei auch wegen versuchten Betruges gemäss Art. 148 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 1 StGB zu bestrafen und die Sache daher zur Neuurteilung an das Kriminalgericht zurückzuweisen.

Die Beschwerdeführerin macht unter Berufung auf HAFTER, Strafrecht, besonderer Teil I 269; GERMANN, Das Verbrechen 276; GRAVEN, L'escroquerie en droit pénal suisse 33, geltend, Art. 148 und Art. 306 StGB seien als idealiter konkurrierende Bestimmungen anzuwenden, da sie verschiedene Rechtsgüter schützten. Selbst wenn man annehme, Prozessbetrug könnte nur durch eine falsche Beweisaussage begangen werden, müsste daher die Beschwerdegegnerin auch wegen Betruges verurteilt werden. Das habe auch einen praktischen Sinn, weil Betrug mit schwererer Strafe bedroht sei als die falsche Beweisaussage der Partei und nicht einzusehen sei, weshalb der Täter, der unter betrügerischen Angaben ein Urteil erwirkt, besser davonkommen sollte als jener, der auf üblichem Wege sein Ziel erreicht. Zudem sei nicht richtig, dass nach aargauischem Recht die Parteien nur in der formellen Befragung zur Wahrheit verpflichtet seien. Diese Pflicht bestehe, ohne dass die Zivilprozessordnung das ausdrücklich sage, auch im Behauptungsstadium. Die Fürsprecher würden denn auch für bewusst wahrheitswidrige Behauptungen in den Rechtsschriften disziplinarisch zur Rechenschaft gezogen, und es sei nicht einzusehen, weshalb für die Parteien andere Grundsätze gelten sollten als für die Parteivertreter. Im vorliegenden Falle seien die Merkmale des Betrugsversuches erfüllt; insbesondere habe die Beschwerdegegnerin durch raffinierte Kombination von Wahrem und Unwahrem, durch Machenschaften, die von besonderer Hinterhältigkeit zeugten, arglistig gehandelt.

D. — Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Nichtigkeitsbeschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

Sie macht unter Berufung auf VON CLERIC, SJZ II 141 ff., geltend, der Staat habe keine Veranlassung, sich um die Ermittlung der materiellen Wahrheit im Zivilprozesse zu kümmern, nachdem er sich in der Zivilprozessordnung mit der formellen Wahrheit begnüge. Hätte der sog. Prozessbetrug unter Strafe gestellt werden wollen, so wäre das ausdrücklich geschehen. Nachdem der Gesetz-

geber davon Umgang genommen habe, Täuschungen des Richters im Zivilprozess strafrechtlich zu ahnden, gehe es nicht an, das auf dem Umweg über den Betrug dennoch zu tun. Auch dürfe der Richter, der die Möglichkeit habe, den ganzen Prozessstoff frei zu würdigen, nicht einem Dritten gleichgesetzt werden, durch dessen Irrtum jemand geschädigt werde. Es würde zu absurden Ergebnissen führen, wenn man falsche Darstellungen einer Partei strafbar erklären wollte, obschon die aargauische Zivilprozessordnung eine allgemeine Wahrheitspflicht der Parteien nicht kenne. Es würde dann zur Regel werden, nach Abschluss des Behauptungsverfahrens den Zivilprozess einzustellen, um wegen der sich widersprechenden Behauptungen einen Strafprozess durchzuführen, wodurch das Beweisverfahren im Zivilprozess überflüssig würde. Auch eine Idealkonkurrenz zwischen Art. 148 und Art. 306 StGB komme nicht in Frage; letztere Bestimmung ahnde auch die gewinnsüchtige Absicht des Täters. Art. 148 drohe schwerere Strafe an als Art. 306, weil an das Verhalten einer Partei im Zivilprozess, der schliesslich ein Kampf sei, ein weniger strenger Massstab anzulegen sei als an das Verhalten ausserhalb eines Prozesses.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung:*

1. — Nach dem Vorentwurf Stooss, Art. 79, sollte wegen Betruges bestraft werden « wer jemanden durch Vorspiegeln falscher oder durch pflichtwidriges Verheimlichen wahrer Tatsachen täuscht, um sich oder einen andern auf fremde Kosten zu bereichern ». In der zweiten Lesung wurde der ersten Expertenkommission dann folgende Fassung vorgelegt (Art. 81): « Wer jemanden durch Vorspiegeln falscher oder durch Entstellen oder pflichtwidriges Verheimlichen wahrer Tatsachen zu einem Verhalten bestimmt, das ihn oder die Person, für die er handelt, schädigt, und dem Täter oder einem Dritten einen Vermögensvorteil sichert... » Hiezu bemerkte ein Mitglied der Kommission, durch die Worte « das ihn oder die Person,

für die er handelt, schädigt » werde der Fall, wo der Getäuschte und der Geschädigte nicht identisch seien, nicht vollständig gedeckt ; einen Betrug begehe z.B. auch, wer als Partei in einem Prozesse durch Beibringung gefälschter Beweismittel den Richter zur Ausfällung eines die Gegenpartei schädigenden Urteils bestimmt ; dieser Fall werde durch die Fassung des Entwurfs nicht getroffen. Nachdem auch der Vorsitzende die Ansicht geäußert hatte, dass der erwähnte Fall als Betrug bestraft werden solle, wurde der Verfasser des Entwurfes zunächst beauftragt, den Tatbestand so zu fassen, dass alle Fälle von Betrug, in denen der Getäuschte mit dem Geschädigten nicht identisch ist, getroffen werden. Dieser Auftrag wurde dann gegenstandslos, weil die Kommission noch in der gleichen Sitzung aus einem andern Grunde (Verzicht auf das Merkmal des Vermögensschadens) beschloss, die Fassung des ursprünglichen Entwurfes wieder herzustellen (Verhandlungen 4 540 ff. ; Vorentwurf 1896 Art. 81). Im Bericht über den Vorentwurf nach den Beschlüssen der Expertenkommission, 2. Teil S. 16, aus dem Jahre 1901 sagte Stooss denn auch über die Frage des sog. Prozessbetruges nichts, sondern bemerkte lediglich, dass der Betrug auch ohne Eintritt eines Vermögensschadens vollendet sei.

Auch später wurde über den Prozessbetrug nicht mehr gesprochen. Die mit der Durchsicht des Vorentwurfes von 1896 beauftragte kleine Expertenkommission schlug in Art. 89 des Vorentwurfes vom Juni 1903 erstmals die Wendung vor : « ... zu einem Verhalten bestimmt, durch welches der Irrende sich selbst oder einen Dritten am Vermögen schädigt, ... » So lautete dann auch der Vorentwurf vom April 1908 (Art. 90). Dass diese Worte auch den Prozessbetrug decken sollten, lässt sich den Erläuterungen Zürchers hiezu nicht entnehmen ; es wird darin (S. 156) nur hervorgehoben, dass die Identität zwischen Getäuschten und Geschädigten nicht nur in Fällen direkter Bevollmächtigung und Vertretung sondern auch dann entfalle, wenn der Schuldner berechtigt sei, ohne Prüfung der

Legitimation an den Inhaber der Schuldurkunde (z.B. eines Sparkassenbuches) auszuzahlen. Unter dem « Verhalten » des Irrenden scheint Zürcher eine Verfügung über das Vermögen des Geschädigten verstanden zu haben, wobei er schon eine dahingehende Willenserklärung des Irrenden für genügend hielt (Erläuterungen zum VE S. 156 ; Protokoll der zweiten Expertenkommission 2 339 f.).

Die Entstehungsgeschichte des Art. 148 StGB lässt somit nicht schliessen, dass unter dem Verhalten, durch das der Irrende einen andern am Vermögen schädigt, notwendigerweise auch die Ausfällung eines richterlichen Urteils im Prozesse um Vermögensrechte verstanden werden müsse. Übrigens ist der Richter an die Materialien nicht gebunden (BGE 69 IV 10, 71 IV 155).

2. — Legt man das Gesetz aus sich selbst heraus aus, so hält die Auffassung, dass die Erwirkung eines die Gegenpartei schädigenden Urteils durch Irreführung des Richters Betrug sei, trotz der von der Beschwerdeführerin angerufenen Stellen aus der schweizerischen Literatur nicht stand.

Das Wesen des Betruges besteht darin, dass der Täter durch die Irreführung oder die Benutzung eines schon bestehenden Irrtums den Willen eines Rechtssubjektes oder des Vertreters eines solchen beeinflusst, um es zu einer freiwilligen Verfügung über eigenes oder fremdes Vermögen zu veranlassen. Der Getäuschte oder die Person, die dieser vertritt, steht dem Betrüger oder einer von ihm vertretenen Person als Partei gegenüber. Daher liegt nicht Betrug sondern Diebstahl durch mittelbare Täterschaft vor, wenn der Täter jemandem (z.B. einem Dienstmann) arglistig vorgibt, eine sich im Gewahrsam eines Dritten befindende Sache (z.B. ein auf dem Bahnsteig stehender Koffer) gehöre ihm, dem Täter, und den Getäuschten dadurch veranlasst, sie wegzunehmen und dem Täter zu überbringen ; der Getäuschte greift hier als Werkzeug des Täters eigenmächtig in fremdes Vermögen ein ; der Täter

steht nicht einem Rechtssubjekt gegenüber, das er durch Täuschung zur freiwilligen Aufgabe des Besitzes bewegte.

Ebensowenig tut er das, wenn er einen Richter durch Täuschung veranlasst, ein für die Gegenpartei ungünstiges Urteil zu fällen (vgl. hiezu auch GRÜNHUT, Zur Lehre vom Prozessbetrug, in Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 13 144 ff; derselbe in SZStrR 51 72). Der Richter ist weder selber Rechtssubjekt, noch handelt er als Vertreter eines solchen. Er steht über den Parteien, tritt nicht an der Seite der einen in rechtsgeschäftlichen Verkehr mit der andern, und die Gegenpartei des Täters gibt ihre im Streite liegenden Vermögensrechte auch nicht freiwillig, sondern unter dem Drucke des durch Täuschung des Richters zustande gekommenen Urteils auf. Die Wahrheitspflicht im Prozesse, soweit sie überhaupt besteht, dient nicht dem Schutze der freien Willensbildung im rechtsgeschäftlichen Verkehr und der von ihr abhängenden Vermögensrechte der Parteien, sondern dem Interesse des Staates an einer zuverlässigen Rechtsprechung und dem Frieden unter den Parteien, der durch das Urteil hergestellt werden soll. Der Richter verfügt nicht über Vermögensrechte, die er nach Art einer Privatperson oder eines Vertreters des Gemeinwesens (z.B. einer Behörde, die Subventionen zuspricht) zu wahren hätte und wozu er oder ein hinter ihm stehender Dritter des Schutzes des Art. 148 StGB bedürfte. Er spricht Recht, und zwar nicht nur wenn er eine Klage abweist, den Beklagten verurteilt oder ein feststellendes Urteil fällt, sondern auch wenn er unmittelbar gestaltend (z.B. durch Zuspruch des Eigentums) in das Vermögen der Parteien eingreift.

Es besteht auch kein praktisches Bedürfnis, den sogenannten Prozessbetrug nach Art. 148 zu bestrafen, umsoweniger als das ohnehin nur zum Schutze von Vermögensrechten möglich wäre und nicht zu ersehen ist, weshalb in diesen Fällen schärfere Strafe nötig sein sollte als in Fällen, wo das arglistig erschlichene Urteil den Prozessgegner um andere Rechte bringt. Gegen die Irreführung des Richters

schützen bundesrechtlich die Strafnormen betreffend falsche Beweisaussage der Partei (Art. 306 StGB) und falsches Zeugnis, falsche Begutachtung und falsche Übersetzung (Art. 307 SrGB) sowie betreffend Anstiftung und Gehilfenschaft zu diesen Verbrechen (Art. 24, 25 StGB), ferner die Bestimmungen über Urkundenfälschung und dergleichen (Art. 251 ff, 317, 318 StGB). Auch können die Kantone die Verletzung der Wahrheitspflicht im Prozesse als Übertretung kantonaler Prozessvorschriften mit Strafe bedrohen (Art. 335 Ziff. 1 Abs. 2 StGB; BGE 76 IV 282). Hätte dem Bundesgesetzgeber das nicht genügt, so hätte er Art. 306 StGB weiter gefasst. In den Fällen schliesslich, wo die Parteien sich über die Täuschung des Richters einig sind (Scheinprozesse), um ein Urteil zu erlangen, mit dem sie im Vollstreckungsverfahren einen Dritten zu schädigen versuchen, greifen die Bestimmungen über betrügerischen Konkurs und Pfändungsbetrug Platz (Art. 163, 164 StGB).

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

**24. Urteil des Kassationshofes vom 30. Mai 1952 i. S. Schmid gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau.**

*Art. 153, 154 StGB.*

- a) Verfälschen von Würsten durch künstliche Färbung (Erw. 1).
- b) Ist es zum Zwecke der Täuschung im Handel und Verkehr erfolgt? (Erw. 2).
- c) Gewerbmässigkeit (Erw. 3).

*Art. 153 et 154 CP.*

- a) Falsification de saucisses par l'emploi d'un colorant artificiel (consid. 1).
- b) L'infraction a-t-elle été commise en vue de tromper autrui dans les relations d'affaires? (consid. 2).
- c) En faire métier (consid. 3).

*Art. 153 e 154 CP.*

- a) Contraffazione di salsicce mediante l'uso di una sostanza colorante artificiale (consid. 1).
- b) Il reato è stato commesso a scopo di frode nel commercio e nelle relazioni di affari? (consid. 2).
- c) Professionalità nel reato (consid. 3).