Urteilskopf

117 IV 119

25. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 12. August 1991 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft gegen R. und Z. (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
1. Gewerbsmässige Hehlerei (Art. 144 Abs. 3 StGB).

Fall einer Gruppe von drei Personen, die in wechselnder Zusammensetzung insbesondere Lebensmittel stahl, welche von dem an den Diebstählen jeweils nicht beteiligten Gruppenmitglied durch Mitverzehr gehehlt wurden. Gewerbsmässigkeit in bezug auf die Hehlerei unter anderem unter Hinweis auf die vergleichsweise niedrigen Deliktsbeträge verneint (E. 1c).

2. Rückfall (Art. 67 StGB).

Die angerechnete Untersuchungshaft ist jedenfalls dann nicht der Strafverbüssung im Sinne von Art. 67 StGB gleichzusetzen, wenn sie an eine bedingt vollziehbare Strafe angerechnet wurde und der bedingte Strafvollzug erst nach den neuen Taten gerade wegen derselben widerrufen worden ist (E. 2).

Regeste (fr):
1. Recel par métier (art. 144 al. 3 CP).

Cas où trois personnes volaient notamment de la nourriture, en agissant par équipes de deux formées de manière variable et où le butin, du fait de la consommation commune, était recelé par celui des trois qui n'avait pas participé au vol. Qualification du métier refusée, s'agissant du recel, en raison notamment de la faible valeur relative des biens recelés (consid. 1c).

2. Récidive (art. 67 CP).

La détention préventive ne doit en tout cas pas être assimilée à une peine subie au sens de l'art. 67 CP, lorsqu'elle est imputée sur une peine assortie du sursis dont l'exécution n'est ordonnée que postérieurement aux nouvelles infractions qui ont entraîné la révocation (consid. 2).

Regesto (it):
1. Ricettazione per mestiere (art. 144 cpv. 3 CP).

Caso in cui tre persone, agendo due per volta, in composizione variabile, rubavano generi alimentari che, per essere in seguito consumati in comune, erano ricettati da colui che non aveva partecipato al furto. Qualificazione del mestiere negata, con riferimento alla ricettazione, tra l'altro in ragione dello scarso valore relativo delle cose ricettate (consid. 1c).

2. Recidiva (art. 67 CP).

Il carcere preventivo non può essere assimilato ad una pena scontata ai sensi dell'art. 67 CP quando sia computato nella pena sospesa condizionalmente, la cui esecuzione venga ordinata solo dopo la commissione dei nuovi reati che hanno comportato la revoca della sospensione (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 120

BGE 117 IV 119 S. 120

A.- Das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft sprach in zweiter Instanz mit Urteil vom 23. Januar 1990 R. und Z. des bandenmässigen und gewerbsmässigen Diebstahls, der fortgesetzten Hehlerei, der wiederholten Sachbeschädigung sowie der Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und gegen das Strassenverkehrsgesetz schuldig und bestrafte sie mit je einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 10 Monaten und einer bedingt vorzeitig löschbaren Busse von Fr. 150.– bzw. Fr. 200.–. Ihnen wird vorgeworfen, zusammen mit einer dritten Person eine Bande gebildet und insbesondere in der Zeit von Juli 1988 bis Anfang März 1989 teilweise alleine, meistens aber in wechselnder Zusammensetzung zu zweit zahlreiche Diebstähle begangen und das jeweils von den andern Mitgliedern der Gruppe erbeutete Diebesgut teilweise, unter anderem durch Mitverzehr gestohlener Lebensmittel, gehehlt zu haben.

B.- Die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Verurteilung von R. und Z. auch wegen gewerbsmässiger Hehlerei, im Falle von Z. unter Anwendung von Art. 67 StGB. Von den Beschwerdegegnern gingen keine Vernehmlassungen ein.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. c) Im Lichte der neuen Rechtsprechung (BGE 116 IV 319) ist die Gewerbsmässigkeit in bezug auf die den Beschwerdegegnern zur Last gelegte fortgesetzte Hehlerei klarerweise zu verneinen. Zwar haben die Beschwerdegegner, die keiner geregelten Arbeit nachgingen, innert drei Monaten unter acht bzw. neun Malen Hehlereien an Waren im Wert von insgesamt etwas mehr als Fr. 1'000.– (so die Beschwerdegegnerin R.) bzw. von total knapp Fr. 2'000.– (so der Beschwerdegegner Z.) verübt und damit einen Teil ihres vergleichsweise anspruchslosen Lebensunterhalts finanziert. Insoweit kann davon ausgegangen werden, dass sie sich auf

BGE 117 IV 119 S. 121

eine deliktische Tätigkeit eingerichtet hatten. Von einem namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung der Lebensgestaltung kann dabei jedoch auch unter Berücksichtigung der vergleichsweise bescheidenen Ansprüche der Beschwerdegegner nicht gesprochen werden. Insbesondere sind aber die fraglichen Deliktsbeträge in absoluten Zahlen niedrig; die Höhe des Deliktsbetrages ist zwar nicht das einzige, aber doch ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung der Frage, ob Gewerbsmässigkeit gegeben sei. Angesichts der niedrigen Deliktsbeträge wäre die Annahme von Gewerbsmässigkeit und damit die Ausfällung einer vergleichsweise sehr hohen Zuchthausstrafe von mindestens einem Jahr, wie Art. 144 Abs. 3 StGB sie vorsieht, höchstens dann allenfalls gerechtfertigt, wenn aussergewöhnliche Umstände vorlägen, die gerade in bezug auf die Hehlerei auf eine grosse kriminelle Energie und damit eine erhebliche soziale Gefährlichkeit der Beschwerdegegner schliessen liessen. Solche Umstände sind offensichtlich nicht gegeben. Jeder der beiden Beschwerdegegner beging die fortgesetzte Hehlerei jeweils an Waren, vorwiegend Lebensmitteln, welche sein Partner allein oder zusammen mit dem Dritten gestohlen hatte, und jeder trat insoweit nach den zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil lediglich in der passiven Rolle des Beschenkten und gleichsam als Konsument auf. Hinzu kommt,

dass nach den weiteren zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid die Beschwerdegegner insoweit gar nicht wegen Hehlerei hätten verurteilt werden können, wenn sie sich nicht auf den Mitverzehr der von den Partnern gestohlenen Waren beschränkt, sondern sich an diesen Diebstählen als Mittäter aktiv beteiligt hätten (vgl. dazu TRECHSEL, Kurzkommentar, Art. 144 StGB N 18, STRATENWERTH, Strafrecht Bes. Teil I, 3. Aufl., § 15 N 27). Gerade unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs, dem nach Meinung der Beschwerdeführerin Rechnung zu tragen ist, wiegt das in den Hehlereien liegende Unrecht nicht schwer. Das Schwergewicht sowohl des Handlungs- als auch des Erfolgsunwerts liegt in einem Fall der vorliegenden Art, in dem eine Gruppe von drei Personen sich zusammenschloss, um durch Straftaten in wechselnder Zusammensetzung einen Teil des Lebensunterhalts zu finanzieren, in den Diebstählen, nicht in den daran anschliessenden Hehlereien an den von den Partnern gestohlenen Waren. Die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft ist daher in diesem Punkt abzuweisen.

BGE 117 IV 119 S. 122

2. a) Gegenüber dem Beschwerdegegner Z. verneinte die Vorinstanz den Strafschärfungsgrund des Rückfalls gemäss Art. 67 StGB. Dieser war mit Urteil des Strafgerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 1. Juni 1988 zu einer bedingt aufgeschobenen Gefängnisstrafe von drei Monaten, abzüglich die Untersuchungshaft von einem Tag, erstanden am 23./24. Februar 1988, verurteilt worden. Im nunmehr in Frage stehenden Strafverfahren widerrief das Strafgericht Basel-Landschaft als erste Instanz den bedingten Strafvollzug für diese Gefängnisstrafe, was im Berufungsverfahren vor Obergericht unangefochten blieb. Im angefochtenen Urteil kommt die Vorinstanz zum Schluss, infolge der Anrechnung von einem Tag Untersuchungshaft habe der Beschwerdegegner zwar eine Gefängnisstrafe innert weniger als fünf Jahren vor seinen neuen strafbaren Handlungen teilweise verbüsst. Als Strafverbüssung im Sinne des Art. 67 StGB habe die ausgestandene Untersuchungshaft aber nach der Lehre grundsätzlich nur dann zu gelten, wenn sie auf eine unbedingt ausgesprochene Strafe angerechnet worden sei. Dass im vorliegenden Fall die bedingt ausgesprochene Strafe bezüglich der alten Taten im Verfahren betreffend die neuen Taten für vollstreckbar erklärt wurde, ändere nichts daran, dass die Anwendung von Art. 67 StGB ausgeschlossen sei. Die Vorinstanz hält sodann fest, dass die Gleichsetzung von einem Tag ausgestandener Untersuchungshaft mit einer verbüssten Freiheitsstrafe dem Sinn und Zweck von Art. 67 StGB zuwiderliefe, da ein einziger Tag Untersuchungshaft keine ernste Mahnung sei, deren Missachtung die Strafschärfung für den Rückfalltäter im Sinne von Art. 67 StGB einzig rechtfertige. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Anwendung von Art. 67 im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis könne nicht von der Zahl angerechneter Tage Untersuchungshaft abhängen und auch nicht davon, ob die Anrechnung seinerzeit auf eine bedingte oder unbedingte Freiheitsstrafe erfolgt sei; massgebend sei nach der ratio legis allein, dass der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre bereits einen entsprechenden Freiheitsentzug (egal von welcher Dauer) durchgemacht gehabt habe und sich dadurch dennoch nicht von weiteren Straftaten habe abhalten lassen; dies treffe vorliegend zu.
b) Nach Art. 67 StGB liegt Rückfall vor, wenn der Täter zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt wird und zur Zeit der Tat noch nicht fünf Jahre vergangen sind, seit er eine Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe ganz oder teilweise verbüsst hat.

BGE 117 IV 119 S. 123

Die ausgestandene Untersuchungshaft wird im Falle ihrer Anrechnung an die ausgefällte Strafe nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich der Strafverbüssung im Sinne von Art. 67 StGB gleichgesetzt (BGE 84 IV 9, 103 IV 148). Diese Rechtsprechung ist in der Literatur kritisiert worden (insbesondere SCHULTZ, Strafrecht Allg. Teil II, 4. Aufl., S. 85, derselbe, ZBJV 114/1978, S. 464 f.; ferner RIKLIN, Rückfall und Bewährung im schweizerischen Strafrecht, ZStrR 102/1985, S. 275). Ob an ihr festzuhalten ist, kann hier offenbleiben. Wird einem Verurteilten, dem die Untersuchungshaft angerechnet wird, der bedingte Strafaufschub zugebilligt, so bezieht sich dies auf die ganze ausgesprochene Strafe und nicht bloss auf den nach

dieser Anrechnung noch zu verbüssenden Strafrest. Die Wirkung der Anrechnung tritt somit nicht schon mit der Rechtskraft des Urteils ein, sondern erst, wenn der bedingte Strafvollzug wegen Nichtbewährung widerrufen wird (BGE 84 IV 10 mit Hinweis; STRATENWERTH, Strafrecht Allg. Teil II, § 7 N 110 Fn. 14; eingehend SCHWANDER, Der Rückfall, ZStrR 80/1964, S. 356). Demnach sind vorliegend die Voraussetzungen des Rückfalls trotz der Verbüssung von einem Tag angerechneter Untersuchungshaft weniger als fünf Jahre vor den neuen Taten nicht erfüllt, da die Anrechnung an eine bedingte Strafe erfolgte und der bedingte Strafvollzug erst nach der Verübung der jetzt zur Beurteilung stehenden Straftaten gerade wegen derselben widerrufen worden ist. Allerdings wird in der Regeste zu BGE 84 IV 8 und zu BGE 103 IV 148 in gleicher Weise ausgeführt, Rückfall sei auch dann gegeben, "wenn die frühere Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe nicht vollstreckt, jedoch durch Anrechnung der Untersuchungshaft ganz oder teilweise als getilgt erklärt worden ist". Nach einer zutreffenden Bemerkung im angefochtenen Urteil ist jedoch nicht der Text der Regeste, sondern sind die Erwägungen im Entscheid massgebend. In den genannten Bundesgerichtsentscheiden wurde, wie die zitierten Erwägungen in BGE BGE 84 IV 10 zeigen, entgegen dem durch den Wortlaut der Regeste erweckten Anschein nicht erkannt, angerechnete Untersuchungshaft gelte auch bei Gewährung des bedingten Strafvollzugs in jedem Fall als im Sinne von Art. 67 StGB massgebliche Strafverbüssung. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist somit auch in diesem Punkt abzuweisen.