Urteilskopf

117 IV 408

70. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 8. März 1991 i.S. S. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Bern (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 71 Abs. 2 StGB; Zusammenfassung mehrerer strafbarer Handlungen zu einer verjährungsrechtlichen Einheit; fortgesetztes Delikt.

Ob und unter welchen Bedingungen eine Mehrzahl strafbarer Handlungen jeweils zu einer entsprechenden rechtlichen Einheit zusammenzufassen ist, ist in den Sachbereichen, in denen das fortgesetzte Delikt bisher Anwendung gefunden hat (Strafschärfung, Verjährung, Strafantragsfrist, ne bis in idem), gesondert zu beurteilen. Verzicht auf die Rechtsfigur des fortgesetzten Delikts (E. 2d).

Verschiedene strafbare Handlungen sind gemäss Art. 71 Abs. 2 StGB dann als eine Einheit (bei der die Verjährung für sämtliche Teilhandlungen erst mit der letzten Tat zu laufen beginnt) anzusehen, wenn sie gleichartig und gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet sind und ein andauerndes pflichtwidriges Verhalten bilden. Unter welchen genauen Voraussetzungen dies der Fall ist, kann nicht abschliessend in einer abstrakten Formel umschrieben werden (E. 2f).

Regeste (fr):
Art. 71 al. 2 CP; réunion de plusieurs infractions en une seule entité du point de vue de la prescription; délit successif.

Savoir si et à quelles conditions une pluralité d'infractions doit être réunie en une entité juridique qui les englobe doit être décidé séparément dans chacun des domaines où jusqu'ici la notion de délit successif trouvait application (aggravation de la peine, prescription, délai pour porter plainte, principe ne bis in idem). Renonciation à la figure juridique du délit successif (consid. 2d).

Plusieurs infractions distinctes doivent être considérées comme une entité au regard de l'art. 71 al. 2 CP (pour laquelle le délai de prescription ne commence à courir pour l'ensemble des actes délictueux qu'à partir du moment où le dernier a été commis), lorsqu'elles sont de même nature et qu'elles ont été commises au préjudice du même bien juridique et qu'elles constituent un comportement illicite durable. Savoir quelles sont les conditions exactes dans lesquelles ces exigences sont remplies ne peut être défini exhaustivement en une formule abstraite (consid. 2f).

Regesto (it):
Art. 71 cpv. 2 CP; riunione di più infrazioni in una sola entità sotto il profilo della prescrizione; reato continuato.

La questione se e a quali condizioni una pluralità d'infrazioni debba essere riunita in un'entità giuridica che le comprenda tutte va deciso separatamente in ognuno degli ambiti in cui sinora era applicata la nozione di reato continuato (aggravamento della pena, prescrizione, termine per presentare querela, principio ne bis in idem). Rinuncia alla figura giuridica del reato continuato (consid. 2d).

Più infrazioni distinte devono essere considerate come una sola ai fini dell'art. 71 cpv. 2 CP (secondo cui il termine di prescrizione decorre per l'insieme degli atti successivi solo a partire dal giorno in cui è stato commesso l'ultimo atto), quando esse siano della stessa indole, siano commesse a pregiudizio dello stesso bene giuridico e costituiscano un comportamento illecito durevole. Non possono essere definite esaurientemente con una formula astratta le condizioni precise che devono essere all'uopo adempiute (consid. 2f).

Sachverhalt ab Seite 409

BGE 117 IV 408 S. 409

A.- S. war Geschäftsführer der im Weinhandel tätigen G. AG. In der Zeit vom Sommer 1976 bis Ende 1981 bezog er mehrfach Wein anstatt unmittelbar für die G. AG auf Rechnung der von ihm

BGE 117 IV 408 S. 410

beherrschten V. SA und fakturierte die Lieferung anschliessend zu einem erhöhten Preis seiner Arbeitgeberfirma weiter.

B.- Am 8. Juni 1989 erklärte das Wirtschaftsstrafgericht des Kantons Bern S. der fortgesetzten qualifizierten ungetreuen Geschäftsführung gemäss Art. 159 Abs. 2 StGB schuldig und verurteilte ihn zu 18 Monaten Gefängnis bedingt, unter Auferlegung einer Probezeit von zwei Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 5'000.–. Die von der G. AG adhäsionsweise eingereichte Zivilklage sprach es dem Grundsatz nach zu und wies diese zur Berechnung der Höhe des geschuldeten Betrags an den Zivilrichter.

C.- Dagegen führt S. eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde. Er beantragt, das angefochtene Urteil vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer wendet sich nicht gegen die Beurteilung seines Verhaltens als qualifizierte ungetreue Geschäftsführung gemäss Art. 159 Abs. 2 StGB. Er macht jedoch geltend, die ihm zur Last gelegten strafbaren Handlungen seien zum grössten Teil verjährt. a) Die qualifizierte ungetreue Geschäftsführung gemäss Art. 159 Abs. 2 StGB wird mit Gefängnis bis zu fünf Jahren und Busse bestraft. Die Verfolgung dieser Straftat ist somit gemäss Art. 70 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 72 Ziff. 2 Abs. 2 Satz 2 StGB in jedem Fall nach siebeneinhalb Jahren verjährt. Wie die Vorinstanz verbindlich feststellt (Art. 277bis Abs. 1 BStP), hat der Beschwerdeführer die letzten Tathandlungen am 29. Dezember 1981 ausgeführt. Diese waren im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Urteils, mit dem die Strafverfolgung beendet wurde (BGE 116 IV 81 E. 1; BGE 115 Ia 325), mithin noch nicht verjährt. Die Vorinstanz hat die Verjährung auch bezüglich aller übrigen vom Beschwerdeführer seit dem Sommer 1976 begangenen strafbaren Handlungen verneint, da sämtliche Taten in einem Fortsetzungszusammenhang stünden. b) Das Gesetz umschreibt die Rechtsfigur des fortgesetzten Delikts nicht. Sie ist von Lehre und Rechtsprechung entwickelt worden. Danach ist ein fortgesetztes Delikt gegeben, wenn gleichartige

oder ähnliche Handlungen, die gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet sind, auf ein und denselben Willensentschluss zurückgehen (BGE 102 IV 77 E. 2a mit Hinweisen). Das fortgesetzte Delikt setzt sich zusammen aus mehreren strafbaren Handlungen. Rechtlich wird es jedoch als eine Straftat angesehen (BGE 101 IV 190; BGE 91 IV 66). Entsprechend befand das Bundesgericht, dass erstens bei einer fortgesetzten Tatbegehung eine Strafschärfung wegen Zusammentreffens strafbarer Handlungen nach Art. 68 StGB ausscheide (BGE 91 IV 66; BGE 90 IV 132), dass sich zweitens die Rechtskraft einer Verurteilung wegen eines fortgesetzten Delikts grundsätzlich auch auf jene Straftaten beziehe, die dem Richter nicht bekannt waren (BGE 90 IV 132), dass drittens beim fortgesetzten Delikt im Falle eines Antragsdelikts die Strafverfolgung nicht auf die dreimonatige Frist des Art. 29 StGB beschränkt bleibe, sondern der Täter auch wegen weiter zurückliegender Handlungen verfolgt werden dürfe (BGE 91 IV 66; BGE 80 IV 7 ff.), und dass viertens beim fortgesetzten Delikt die Verjährung für sämtliche Einzelakte erst mit der letzten Teilhandlung beginne; sei diese nicht verjährt, blieben auch alle übrigen Einzelhandlungen strafbar (BGE 105 IV 13 mit Hinweisen). c) Diese Rechtsprechung ist auf Kritik gestossen.

aa) Das Schrifttum wendete ein, der Ausschluss von Art. 68 StGB beim fortgesetzten Delikt sei mit dem Schuldprinzip nicht zu vereinbaren (SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, erster Band, 4. Aufl., S. 131; derselbe, ZBJV 102/1966, S. 55; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil I, § 19 N 19; NOLL/TRECHSEL, Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil I, 3. Aufl., S. 233; WERNER ARNOLD KNECHT, Das fortgesetzte Delikt im schweizerischen Strafrecht, Diss. Bern 1969, S. 99); es erscheine höchst zweifelhaft, den der Straferhöhung wegen Konkurrenz entgehen zu lassen, der aufgrund eines einzigen, aber dann um so festeren Entschlusses wiederholt delinquiert habe, doch Art. 68 StGB auf den anzuwenden, der sich immer wieder neu unter Überwindung innerer Widerstände entschliessen müsse, weitere Straftaten zu begehen (SCHULTZ, ZBJV 102/1966, S. 55). Im weiteren lasse sich die Verlängerung der Verjährung beim fortgesetzten Delikt nicht begründen; der Beginn der Verjährung werde unter Umständen in unverhältnismässiger Weise hinausgezögert, wenn der letzte Teilakt massgebend sein soll (im Fall BGE 72 IV 179 ff. um mehr als 20 Jahre), und die Absicht des

Gesetzgebers durchkreuzt, bestimmte Delikte schon in kurzer Zeit verjähren zu lassen (STRATENWERTH, a.a.O.; NOLL/TRECHSEL, a.a.O.; KNECHT, a.a.O., S. 70). Auf die Rechtsfigur des fortgesetzten Delikts sei daher gänzlich zu verzichten (STRATENWERTH, a.a.O.; NOLL/TRECHSEL, a.a.O.; SCHULTZ, a.a.O.; KNECHT, a.a.O., S. 98 ff.). bb) Auch die kantonale Rechtsprechung äusserte sich kritisch zum fortgesetzten Delikt. Das Kassationsgericht des Kantons Zürich vertrat in einem Entscheid im Jahr 1980 die Auffassung, diese Konstruktion sei im schweizerischen Recht jedenfalls entbehrlich (SJZ 77/1981, S. 236 f.). d) Das fortgesetzte Delikt umfasst mehrere selbständige strafbare Handlungen. Die Tateinheit ist bei ihm nur fingiert. Es geht daher nicht an zu sagen, weil das fortgesetzte Delikt eine Straftat sei, scheide bei ihm eine Strafschärfung wegen Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen gemäss Art. 68 StGB aus und könne es als Ganzes nicht vor seinem Abschluss - das heisst nicht vor Ausführung der letzten Teilhandlung - zu verjähren beginnen. Zu fragen ist vielmehr danach, ob und unter welchen Bedingungen es in den Bereichen, in denen das fortgesetzte Delikt bisher Anwendung gefunden hat (Strafzumessung, Verjährung, res iudicata, Strafantrag), gerechtfertigt oder sogar geboten ist, mehrere selbständige Straftaten zu einer rechtlichen Einheit zusammenzufassen. Die Antwort darauf kann angesichts der Verschiedenartigkeit der Problemstellungen und in Anbetracht dessen, dass die massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen voneinander abweichen, nicht eine einheitliche sein. Die anstehenden Fragen sind in den einzelnen Sachbereichen vielmehr gesondert zu erörtern (vgl. NOLL, ZStW

77/1965, S. 4). Aus dem Begriff des fortgesetzten Delikts lassen sich keine differenzierten Lösungen ableiten. Diese Rechtsfigur ist daher - entsprechend der in der herrschenden Lehre erhobenen Forderung - aufzugeben. e) Zur Frage, ob es sachlich gerechtfertigt sei, auf eine Strafschärfung gemäss Art. 68 Ziff. 1 StGB bei einer Mehrheit strafbarer Handlungen unter den Bedingungen des fortgesetzten Delikts gemäss bisheriger Praxis (BGE 91 IV 66; BGE 90 IV 132) zu verzichten, äusserte sich das Bundesgericht bereits. Es kam in BGE 116 IV 121 zum Schluss, der generelle Ausschluss von Art. 68 Ziff. 1 StGB unter Rückgriff auf das fortgesetzte Delikt lasse sich nicht begründen, und änderte entsprechend seine frühere Praxis mit dem Hinweis, die Rechtsprechung zum fortgesetzten

Delikt bedürfe auch in den übrigen Bereichen einer Überprüfung (E. 2b/cc). f) Hier ist nun zu entscheiden, welche Folgen sich aus der Aufgabe des fortgesetzten Delikts in bezug auf die Verjährung ergeben. aa) Der Beginn der Verjährung ist in Art. 71 StGB geregelt. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung beginnt die Verjährung, wenn der Täter die strafbare Tätigkeit zu verschiedenen Zeiten ausführt, mit dem Tag, an dem er die letzte Tätigkeit ausführt. Wie den Materialien zu entnehmen ist, verstand der Gesetzgeber unter der zu verschiedenen Zeiten ausgeführten Tätigkeit im Sinne von Art. 71 Abs. 2 StGB eine Mehrzahl strafbarer Handlungen, die zu einem einzigen Delikt zusammengefasst werden sollten (BGE 109 IV 86 mit Hinweis auf KNECHT, a.a.O., S. 1-13). Deutlicher als in der deutschen kommt das in der französischen Gesetzesfassung zum Ausdruck. Sie lautet: "La prescription court: si cette activité (coupable) s'est exercée à plusieurs reprises, du jour du dernier acte." Wann die "à plusieurs reprises" ausgeführte strafbare Tätigkeit zu einer Einheit zusammenzufassen ist, bei der die Verjährung für alle Einzelhandlungen erst mit der letzten Tat zu laufen beginnt, wurde bisher aufgrund der Voraussetzungen des fortgesetzten, aber auch des gewerbsmässigen Delikts bestimmt (BGE 105 IV 13 mit Hinweisen). Die Frage ist, wie die einzelnen strafbaren Tätigkeiten ("actes") nach der Aufgabe des fortgesetzten Delikts untereinander verbunden sein müssen, damit sie unter dem Gesichtspunkt des Verjährungsbeginns nach Art. 71 Abs. 2 StGB mit der letzten strafbaren Handlung als ein Ganzes betrachtet werden dürfen. Soweit beim gewerbsmässigen Delikt in bezug auf den Beginn der Verjährung die gleiche Praxis wie beim fortgesetzten Delikt Anwendung fand, war dies dadurch begründet, dass der erstere Begriff eine allenfalls fortgesetzte Begehung der Tat in sich schloss (BGE 107 IV 82; BGE 105 IV 13; vgl. auch BGE 116 IV 121). Infolge der Aufgabe des fortgesetzten Delikts können daher auch bei Gewerbsmässigkeit die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 71 Abs. 2 StGB nicht mehr in gleicher Weise bejaht werden. bb) Massgeblich für die Beantwortung der erwähnten sich neu stellenden Frage müssen nicht subjektive, sondern objektive Kriterien sein. Erforderlich sind, wie bisher beim fortgesetzten Delikt, die Gleichartigkeit der Begehungsweise und die Beeinträchtigung desselben Rechtsgutes. Die erforderliche Einheit ist zu bejahen,

wenn die gleichartigen und gegen dasselbe Rechtsgut gerichteten strafbaren Handlungen - ohne dass bereits ein eigentliches Dauerdelikt gegeben wäre (Art. 71 Abs. 3 StGB) - ein andauerndes pflichtwidriges Verhalten bilden. Unter welchen genauen Voraussetzungen dies der Fall ist, kann nicht abschliessend in einer abstrakten Formel umschrieben werden. Es wird vielmehr Sache der Praxis sein, im einzelnen die Kriterien hiefür herauszubilden, wobei sich der Richter von Sinn und Zweck der Verjährung (vgl. dazu SCHULTZ, a.a.O., S. 246; HAUSER/REHBERG, Strafrecht I, 4. Aufl., S. 215) leiten zu lassen hat. Klar ist, dass die andauernde Pflichtverletzung vom in Frage stehenden gesetzlichen Straftatbestand ausdrücklich oder sinngemäss mitumfasst sein muss (vgl. BGE 84 IV 17; BGE 75 IV 40). Wie beim Dauerdelikt wird nicht auf die Vollendung,

sondern auf die Beendigung der Straftat abzustellen sein (vgl. BGE 106 IV 296; STRATENWERTH, a.a.O., § 12 N 10). Ein andauerndes pflichtwidriges Verhalten ist beispielsweise gegeben bei dem, der seine Unterstützungspflichten stetig vernachlässigt und sich damit gemäss Art. 217 StGB strafbar macht; denn nach der Unterlassung der termingerechten Zahlung eines Unterhaltsbeitrags bleibt er weiterhin und andauernd in der Pflicht, die unterlassene Zahlung nachzuholen. g) Danach ist im hier zu beurteilenden Fall die Verbindung mehrerer strafbarer Einzelhandlungen zu einer verjährungsrechtlichen Einheit im Sinne von Art. 71 Abs. 2 StGB zu bejahen. Die Gleichartigkeit der Begehungsweise ist nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid (Art. 277bis Abs. 1 BStP) unstreitig gegeben. Darüber hinaus waren die Taten stets gegen das gleiche Rechtsgut gerichtet, und von den strafbaren Handlungen war immer derselbe Rechtsgutsträger betroffen. Schliesslich liegt ein andauerndes pflichtwidriges Verhalten vor. Der Beschwerdeführer wäre als Geschäftsführer nämlich nicht nur verpflichtet gewesen, gewinnbringende Geschäfte anstatt für sich selber für seine Arbeitgeberfirma abzuschliessen; er hätte sich auch um Ersatz des von ihm durch die Straftaten verursachten Schadens kümmern müssen. Dadurch, dass er das nicht tat, verletzte er andauernd seine Pflichten gegenüber dem Geschäftsherrn. h) Im Ergebnis hat die Vorinstanz somit kein Bundesrecht verletzt, wenn sie den Eintritt der Verjährung in bezug auf sämtliche vom Beschwerdeführer begangenen strafbaren Handlungen verneint hat.