

sondern hatte im benachbarten Elternhause Unterkunft. Dass sie dafür einen umso höheren Lohn erhielt, ist unerheblich. Sie war nicht Familiengenossin des Bestohlenen. Das Kriminalgericht hat sie daher von Amtes wegen zu verfolgen.

4. Urteil des Kassationshofes vom 22. März 1946 i. S. Alder gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt.

Art. 137, 148 StGB. Die Strafe wegen Diebstahls gilt den Betrug, dessen sich der Dieb beim Verkauf der gestohlenen Sache durch Verschweigung ihrer Herkunft schuldig macht, nicht ab.

Art. 137, 148 CP. La peine infligée pour le vol ne réprime pas l'escroquerie dont le voleur se rend coupable lorsqu'il vend la chose volée en taisant sa provenance.

Art. 137, 148 CP. La pena inflitta pel furto non reprime la truffa, di cui il ladro si rende colpevole, quando vende la cosa rubata sottacendone la provenienza.

A. — Alder stahl am 2. und am 9. August 1944 je ein Fahrrad. Vom einen verkaufte er die Räder samt Bereifung, vom andern bloss die Bereifung, indem er beiden Käufern gegenüber falsche Angaben machte, die ihn als Eigentümer der Kaufsache erscheinen lassen sollten. Die Käufer liessen sich täuschen. In der Meinung, sie erwürben Eigentum, leistete der eine eine Anzahlung und bezahlte der andere den Kaufpreis ganz. Im Strafverfahren gegen Alder wurden die gestohlenen Räder und Bereifungen bei den Käufern beschlagnahmt.

B. — Während das Strafgericht des Kantons Basel-Stadt Alder bloss wegen Diebstahls bestrafte, verurteilte ihn das Appellationsgericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft am 16. Oktober 1945 gestützt auf Art. 137 Ziff. 1, Art. 148 Abs. 1 und Art. 68 Ziff. 1 StGB wegen Diebstahls und Betruges zu vier Monaten Gefängnis.

C. — Alder hat gegen das Urteil des Appellationsgerichts Nichtigkeitsbeschwerde erklärt mit dem Antrag, es sei aufzuheben und er sei bloss wegen Diebstahls, und zwar milder, zu bestrafen. Er macht geltend, die Ver-

wertung des Diebsgutes sei straflose Nachtat. Der Dieb sei strafrechtlich als Eigentümer der gestohlenen Sache zu betrachten. Würde man auf den zivilrechtlichen Begriff des Eigentums abstellen, so könnte der Täter sich durch den Diebstahl nie bereichern, weil er zivilrechtlich nie Eigentümer des Diebsgutes werde. Die Bestrafung wegen Betruges sei auch deshalb ungerechtfertigt, weil nur entweder der Bestohlene oder der Käufer der gestohlenen Sache, nie beide gleichzeitig geschädigt würden, denn wenn ersterer die Sache zurückerhalte, erleide er keinen Schaden, wenn sie dagegen dem Käufer verbleibe, sei dieser nicht geschädigt. Zudem sei die Bereicherungsabsicht des Diebes bei der Wegnahme der Sache und bei deren Verkauf auf ein und dasselbe Objekt, den Wert der gestohlenen Sache, gerichtet; auch deshalb dürfe nicht sowohl wegen Diebstahls als auch wegen Betruges bestraft werden. Die Bestrafung wegen Betruges würde auch zu ungleicher Behandlung führen; der Dieb, der mit Hehlern zusammen arbeitet, würde nicht wegen Betruges bestraft, wohl aber der harmlosere Dieb, der das Diebsgut irgend einem Dritten verkauft.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. — Der Beschwerdeführer bestreitet mit Recht nicht, dass er durch die Wegnahme der beiden Fahrräder in der Absicht, sich damit unrechtmässig zu bereichern, den Tatbestand des Diebstahls (Art. 137 Ziff. 1 StGB) erfüllt hat. Er bestreitet auch nicht, die Käufer der Bestandteile arglistig über die Herkunft der Kaufsache irregeführt und sie so zum Abschluss des Kaufes und zur teilweisen beziehungsweise ganzen Bezahlung des Kaufpreises bewogen zu haben. Den Tatbestand des Betruges (Art. 148 Abs. 1 StGB) sieht er nicht verwirklicht, weil er nicht die Absicht gehabt habe, sich durch den Verkauf der Bestandteile von den gestohlenen Fahrrädern unrechtmässig zu bereichern, und weil die Schädigung der Bestohlenen die Schädigung der Käufer ausschliesse.

Die Tatsache, dass sich der Verkäufer der gestohlenen Sache schon durch den Diebstahl hat bereichern wollen, steht jedoch der Absicht unrechtmässiger Bereicherung beim Verkaufe nicht im Wege. Wie das Bundesgericht bereits am 3. Dezember 1943 in Sachen Wagner ausgeführt hat (BIZüR 43 S. 25, ebenso das Militärkassationsgericht in MKGE 4 Nr. 177), will sich der Dieb durch den Verkauf des Diebsgutes einer Sache entledigen, die für ihn, weil sie nicht in seinem Eigentum steht, minderen Wertes ist, und will sich dafür den vollwertigen Kaufpreis verschaffen. Diese Absicht geht auf eine andere Bereicherung als jene, die er sich durch den Diebstahl hat verschaffen wollen. Der Diebstahl soll ihn in den Besitz der Sache setzen, damit er mit dieser umgehen könne, als ob er ihr Eigentümer wäre, der Verkauf dagegen soll ihn zum Eigentümer des Kaufpreises machen, der ihm mehr wert ist. Der Täter weiss grundsätzlich auch, dass diese Bereicherung unrechtmässig ist, weil sie auf Kosten des getäuschten Käufers geht, denn diesem kann der Dieb entgegen seiner Verpflichtung (Art. 184 Abs. 1 OR) das Eigentum an der Sache nicht verschaffen, weil er es selber nicht hat. Eine gesetzliche Vorschrift besteht nicht, auf die der Beschwerdeführer seine Auffassung, der Dieb sei strafrechtlich als Eigentümer der gestohlenen Sache zu betrachten, stützen könnte. Wenn das Strafgesetz den Dieb bestraft wissen will, weil er sich durch die Wegnahme der fremden Sache die Rechte eines Eigentümers anmasset, so heisst das nicht, dass es ihn in strafrechtlicher Hinsicht nun auch als Eigentümer *anerkenne*, ihm also erlaube, mit der Sache ungestraft so zu verfahren, als ob er ihr Eigentümer wäre, sie also z. B. in einer Weise, die mit ihrem gewohnten Gebrauch nichts zu tun hat, ungestraft zu beschädigen oder zu zerstören (vgl. BGE 71 IV 207 unten). Wenn der Dieb jemanden durch arglistige Täuschung veranlasst, eine gestohlene Sache zu kaufen, wird er übrigens für diese Tat nicht deshalb bestraft, weil er über die ihm nicht gehörende Sache verfügt, sich also so benimmt, als käme ihm die Stellung eines Eigentümers, die er sich schon durch den Diebstahl

hat anmassen wollen, wirklich zu, sondern weil er den Käufer bewusst und gewollt hineinlegt. Mit der Fiktion, der Dieb sei durch den Diebstahl strafrechtlich Eigentümer geworden, wäre ihm nur geholfen, wenn sie ihm erlauben würde, dem Käufer das versprochene Eigentum zu verschaffen. Das ist aber nicht der Fall.

Damit ist auch gesagt, dass der Beschwerdeführer die Käufer bewusst und gewollt *geschädigt* hat. Der Schaden tritt nicht erst ein, wenn der Käufer — was im vorliegenden Falle übrigens zutrifft — die Sache dem Eigentümer zurückgeben muss, sondern schon im Augenblick, wo er den Kaufpreis oder einen Teil desselben bezahlt, denn die Sache ist den Preis nicht wert, da der Käufer daran nicht Eigentum erhält und somit Gefahr läuft, sie entschädigungslos hergeben zu müssen. Wird die Sache dem Bestohlenen zurückgegeben, so wird dadurch der Diebstahl nicht ungeschehen gemacht. Der Tatbestand dieses Verbrechens ist mit der Wegnahme der Sache in der Absicht unrechtmässiger Bereicherung erfüllt, unbekümmert darum ob die Tat den Bestohlenen bleibend schädigt, ja ob sie ihn überhaupt schädigt.

2. — Sind somit objektiv und subjektiv sowohl die Merkmale des Diebstahls als auch jene des Betruges erfüllt, so kann sich nur noch fragen, ob die Bestrafung für den ersteren die Anwendung der Bestimmung über Betrug und die Erhöhung oder Schärfung der Strafe deshalb ausschliesst, weil die Vorschrift über den Diebstahl auch den nachfolgenden Betrug erfassen würde. Der Beschwerdeführer vertritt diese Auffassung mit dem Schlagwort der « straflosen Nachtat ». Wie jedoch das Bundesgericht am 19. Oktober 1945 in Sachen Behrenstamm ausgeführt hat, steht das Strafgesetzbuch nicht auf dem Boden, dass bei objektivem oder subjektivem Zusammenhang verschiedener strafbarer Handlungen die Strafe für die eine auch die andere abgelte, so dass entweder die Vortat oder die Nachtat « straflos » sei, will Art. 68 Ziff. 1 StGB das Schärfungsprinzip doch sogar dann angewendet wissen, wenn mehrere Gesetzesbestimmungen durch *ein*

und dieselbe Handlung verletzt werden. Vorbehalten bleiben die Ausnahmen, in denen dem Gesetz selbst deutlich zu entnehmen ist, dass die Vor- oder die Nachtat nicht nach der auf sie selbst zutreffenden Bestimmung gestüht, sondern nach der Vorschrift über die Haupttat mitgestüht werden soll, wie beispielsweise die Wegnahme (Diebstahl) nach Gewaltverübung in Diebstahlsabsicht (Raub) von der Bestimmung über Raub miterfasst wird (BGE 71 IV 207 ff.). Eine solche Ausnahme liegt nicht vor, wenn der Dieb die durch den Diebstahl geschaffene Lage ausnützt, um jemanden zu betrügen. Nach der Bestimmung über Diebstahl wird er bestraft, weil er die Sache gestohlen hat, nach der Bestimmung über Betrug, weil er jemanden um den Kaufpreis prellt. Eine Unbilligkeit liegt in der Anwendung beider Bestimmungen und in der Erhöhung oder Schärfung der Strafe nicht. Wer nach Begehung des Diebstahls jemanden betrügt, findet ein weiteres Opfer, macht mehr als der, der bloss stiehlt. Ist der Käufer über die Herkunft der Sache im Bilde, so betrügt der Dieb ihn nicht, vergeht sich also insofern weniger schwer. Wenn jedoch der Dieb, welcher Hehler hat, als gefährlicher erscheint, kann die Strafe innerhalb des gesetzlichen Rahmens erhöht oder gegebenenfalls nach Art. 137 Ziff. 2 oder bei wiederholtem Diebstahl nach Art. 67 oder 68 StGB verschärft werden.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

5. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 8. März 1946 i. S. Filliger gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern.

Art. 148 Abs. 1 StGB. Anforderungen an die Täuschungshandlung beim Betrug.

Art. 148 al. 1 CP. Conditions que doit remplir l'action de tromper en matière d'escroquerie.

Art. 148 cp. 1 CP. Condizioni cui deve soddisfare l'atto d'ingannare in materia di truffa.

Aus den Erwägungen :

Zum Betrug gehört weiter, dass der Täter « jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder den Irrtum eines andern arglistig benutzt ». Mit dieser Anforderung an den Tatbestand gibt das schweizerische Strafgesetzbuch dem Betrug eine Mittelstellung zwischen dem Betrüge im Sinne der französischen und demjenigen im Sinne der deutschen Auffassung. Ohne so weit zu gehen wie das französische Recht, das namentlich die Anwendung besonderer Kniffe seitens des Täters (« manœuvres frauduleuses », « mise en scène ») verlangt (vgl. GARRAUD, Traité du droit pénal français (3) 6 333 ff.) und an das sich die Rechte der welschen Kantone anlehnten, lässt es doch nicht wie die deutsche Auffassung (vgl. FRANK, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (17) § 263 Anm. II 1), die in verschiedenen deutschschweizerischen Kantonen vorherrschte, jede Lüge, auf welche die Gegenpartei hereinfällt, genügen. Das wurde sowohl in den Erläuterungen zum Vorentwurf von 1908, als auch in der zweiten Expertenkommission hervorgehoben (ZÜRCHER, Erläuterungen zum VE S. 155; Protokoll 2. ExpK 2 340, Votum Gautier). Der Verfasser der Erläuterungen erklärte, dass die Lüge erst dann zur betrügerischen Handlung werde, wenn etwas geschehen sei, um die Nachprüfung zu verunmöglichen oder wenigstens zu erschweren; das komme zum Ausdruck in den Worten « Vorspiegelung oder Unterdrückung ». Diese Worte deuten in der Tat darauf hin, dass eine bloss falsche Angabe, die der Gegner ohne besondere Mühe auf ihre Richtigkeit hin überprüfen kann, nicht genügt. Eine Ausnahme ist zu machen, wenn der Überprüfung zwar objektiv nichts im Wege steht, der Getäuschte jedoch durch den andern arglistig abgehalten wird, sie vorzunehmen; auch in diesem Falle kann von Vorspiegelung oder Unterdrückung gesprochen werden.

Eine Vorspiegelung in diesem Sinne hat sich der Angeklagte nicht zu Schulden kommen lassen. Wohl versicherte