

drohten Rahmens zu erhöhen. Damit befolgt sie Art. 63 StGB, welcher verlangt, dass die Strafe nach dem Verschulden des Täters zugemessen werde. Dass die Mitnahme eines Brecheisens, worin die Vorinstanz die besondere Gefährlichkeit erblickt, die Schuld erhöht, lässt sich nicht bestreiten. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe dieses Werkzeug nicht als Waffe, sondern nur zum Aufbrechen eines Fensters und eines Pultes mitgenommen. Allein wenn die Kriminalkammer im Brecheisen « eine gegebenenfalls ernsthaftige Waffe » erblickt, will sie damit zugleich feststellen, dass der Beschwerdeführer, wenn nötig, das Eisen tatsächlich als Waffe gebraucht hätte. An die Feststellung dieser Absicht ist der Kassationshof gebunden. Die Mitnahme des Brecheisens wäre zudem selbst dann Anzeichen einer besonderen Gefährlichkeit, wenn der Beschwerdeführer es nur als Werkzeug zum Einbrechen hätte gebrauchen wollen.

Nicht richtig ist dagegen, dass die Kriminalkammer auch noch des Beschwerdeführers « ganze Mitwirkung in dieser Gesellschaft » als einen die Tat nach Art. 137 Ziff. 2 Abs. 4 auszeichnenden Umstand betrachtet. Die Begehung als Mitglied einer Bande wird schon dadurch abgegolten, dass nach Art. 137 Ziff. 2 Abs. 2 der höhere Strafrahmen zur Anwendung kommt, und soll daher nicht ausserdem als Straferhöhungsgrund ins Gewicht fallen. Allein aus den Erwägungen über die Strafzumessung ergibt sich nicht, dass die erwähnte Fehlüberlegung die Höhe der ausgefallten Strafe tatsächlich beeinflusst habe.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

**35. Urteil des Kassationshofes vom 13. September 1946 i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen Rüeegger und Scheiwiller.**

*Art. 137, 145 StGB.* Die Sachbeschädigung, die der Dieb durch Einbrechen und dergleichen verübt, wird durch die Strafe des Diebstahls, selbst des ausgezeichneten, nicht abgegolten.

*Art. 137, 145 CP.* Les dommages à la propriété que le voleur cause par effraction ou autrement ne sont pas réprimés par la peine attachée au vol, même s'il s'agit d'un vol qualifié.

*Art. 137, 145 CP.* I danni alla proprietà, che il ladro causa mediante lo scasso o in altro modo, non sono repressi con la pena inerente al furto, anche se si tratta di furto qualificato.

A. — Am 9. Mai 1946 erklärte das Obergericht des Kantons Zürich Max Rüeegger und Elsa Scheiwiller des gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls sowie des unvollendeten Versuchs des gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls und Elsa Scheiwiller ausserdem der wiederholten Hehlerei schuldig. Es verurteilte Rüeegger zu anderthalb und Elsa Scheiwiller zu zwei Jahren Zuchthaus und stellte ersteren für zwei, letztere für drei Jahre in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ein. Dagegen sprach es beide von der auf Grund von Strafanträgen der Geschädigten erhobenen Anklage, sich durch bestimmte in der Zeit vom 6. Oktober bis 13. November 1945 verübte vollendete und versuchte Einbruchsdiebstähle ausserdem der Sachbeschädigung im Sinne des Art. 145 Abs. 1 StGB schuldig gemacht zu haben, frei, weil der vollendete bzw. versuchte Einbruchsdiebstahl die Sachbeschädigung konsumiere, der vom Einbrecher erfüllte Tatbestand der Sachbeschädigung in der Diebstahlsstrafe, insbesondere der Strafe des qualifizierten Diebstahls von Art. 137 Ziff. 2 Abs. 4 aufgehe.

B. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich ficht dieses Urteil mit der Nichtigkeitsbeschwerde an. Sie beantragt, es sei wegen Verletzung der Art. 68 Ziff. 1, 137 Ziff. 2 Abs. 4 und 145 StGB aufzuheben und die Sache zur Schuldigerklärung auch wegen Sachbeschädi-

gung gemäss Anklage und zur allfälligen Neubemessung der Strafe an das Obergericht zurückzuweisen.

C. — Rüegger und Elsa Scheiwiller beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung :*

1. — Im Gegensatz zu den früheren kantonalen Rechten, so namentlich auch dem zürcherischen Recht (§ 169 Ziff. 3 zürch. StGB), sieht das schweizerische Strafgesetzbuch im Einbrechen in ein Gebäude oder in einen Raum oder im Aufbrechen von Behältnissen nicht ein den Diebstahl erschwerendes Merkmal. Es bedroht den Dieb bloss dann mit schwererer Strafe, « wenn er den Diebstahl als Mitglied einer Bande ausführt, die sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl zusammengefunden hat », « wenn er das Stehlen gewerbsmässig betreibt » oder « wenn der Diebstahl auf andere Weise die besondere Gefährlichkeit des Täters offenbart » (Art. 137 Ziff. 2). Die besondere Gefährlichkeit des Täters im Sinne des letzteren Erschwerungsgrundes kann nun freilich unter anderem aus dem Einbrechen in einen Raum oder aus dem Aufbrechen von Behältnissen hervorgehen. Führen solche Begleitumstände des Diebstahls zur Anwendung des höheren Strafrahmens, so heisst das aber nicht, dass das Einbrechen oder Aufbrechen als solches durch die Schärfung der Strafe abgegolten werde. Der Qualifikationsgrund liegt im Falle des Art. 137 Ziff. 2 Abs. 4 StGB nicht in einem objektiven Merkmal der Tat, sondern in der Person des Täters. Der Dieb wird strenger bestraft nicht weil er eine besonders strafwürdige Tat begangen hat, sondern weil die Tat seine besondere Gefährlichkeit verrät, also aus einem Grunde, der ähnlich den Strafzumessungsgründen des Art. 63 StGB das Verschulden erhöht. Die Strafe des Diebstahls gilt daher auch in den Fällen, wo sie auf Grund von Art. 137 Ziff. 2 Abs. 4 geschärft wird, nur die Wegnahme des Diebsgutes, nicht auch die anlässlich des Diebstahls verübte Sachbeschädigung ab. Für

diese muss der Dieb gleich wie beispielsweise für den Hausfriedensbruch, den er anlässlich des Diebstahls begeht, besonders bestraft werden. Nach der Regel des Art. 68 Ziff. 1 StGB wird dann die Strafe der schwersten Tat angemessen erhöht, nötigenfalls bis auf die Hälfte über das angedrohte höchste Mass hinaus. Das gleiche gilt, wenn der Diebstahl bloss versucht wird, selbst wenn der Versuch nicht über den Beginn des Einbrechens hinaus gedeiht (vgl. BGE 71 IV 211), denn auch in diesem Falle wird der Einbrecher mit der Strafe des Diebstahls nur für die versuchte Wegnahme des Diebsgutes, nicht auch für die durch das Einbrechen verursachte Sachbeschädigung getroffen.

2. — Da das Obergericht Art. 145 Abs. 1 und Art. 68 Ziff. 1 StGB nicht angewendet hat, ist das Urteil aufzuheben und die Sache zur Mitbeurteilung der Beschwerdegegner wegen Sachbeschädigung und zur Neubemessung der Strafe zurückzuweisen. Dies ist umso nötiger, als das Obergericht die Beschwerdegegner nur des gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls und Diebstahlsversuchs (Art. 137 Ziff. 2 Abs. 2 und 3), nicht auch des vollendeten und versuchten Diebstahls im Sinne des Art. 137 Ziff. 2 Abs. 4 schuldig erklärt hat, von einer Berücksichtigung der Sachbeschädigung durch die Strafschärfung wegen gewerbs- und Bandenmässigkeit des Diebstahls aber zum vornherein nicht die Rede sein kann.

*Demnach erkennt der Kassationshof :*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Mai 1946 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.