

AJP/PJA

1/2005, S. 115 ff.

Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

[Seite 115] Entscheidbesprechungen / Discussions d'arrêts actuels

7. Strafrecht / Droit pénal

7.3. Strafrecht – Besonderer Teil – allgemein / Droit pénal –
Partie spéciale – en général

(3) Hehlerei durch Verwendung eines Spitzhammers?

BUNDESGERICHT, KASSATIONSHOF, 26.2.2004, X. C. STAATSANWALTSCHAFT DES
KANTONS THURGAU, **6S.455/2003**, NICHTIGKEITSBESCHWERDE.

Bemerkungen von Prof. Dr. HANS VEST, St. Gallen;

und cand. iur. STEPHAN EICHENBERGER, Assistent, St. Gallen

[Seite 116] Zusammenfassung des Sachverhalts:

Ein Bekannter des Beschwerdeführers hatte im Oktober 1998 bei seinem damaligen Arbeitgeber einen gebrauchten hydraulischen Spitzhammer der Marke "Rammer S 56" im Wert von Fr. 25 000.- bis Fr. 64 000.- gestohlen. Tags darauf verkaufte er den Spitzhammer dem Beschwerdeführer X., der "weder um die deliktische Herkunft gewusst, noch seriösen Verdacht geschöpft" habe, für Fr. 7000.-. Zwei oder drei Monate später liess der Beschwerdeführer den Spitzhammer auf die Farben seines Unternehmens umspritzen. Erst in einem späteren Zeitpunkt, d.h. im Juli oder August 1999, erhielt er vom Diebstahl Kenntnis. In der Folge benutzte er das Gerät weiter und unterliess es, die Polizei zu benachrichtigen.

In erster Instanz wurde X. vor der Bezirksgerichtskommission Arbon der Hehlerei schuldig erklärt und zu drei Tagen Gefängnis unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs sowie zu einer Busse von Fr. 6000.- verurteilt. Die vom Beschwerdeführer geführte Berufung sowie eine Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft befand das Obergericht des Kantons für unbegründet und bestätigte das erstinstanzliche Urteil. Anschliessend ergriff der Beschwerdeführer X. die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde und stellte den Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache zwecks Freispruchs an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht schützte das Urteil des Obergerichtes und wies die Nichtigkeitsbeschwerde von X. ab.

Zusammenfassung der Erwägungen:

Der Beschwerdeführer X. macht geltend, er habe den Spitzhammer nach Kenntnis der deliktischen Herkunft zwar weiterverwendet, jedoch sei dies im bisherigen Rahmen geschehen. Weiter habe er keine Vorkehrungen getroffen, das Gerät im Sinne von **Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB** zu verheimlichen. Die Vorinstanz dagegen nimmt in rechtlicher Hinsicht an, X. sei, nachdem er von der Herkunft des in Frage stehenden Gegenstandes erfahren habe, nicht bloss untätig geblieben, sondern habe den Spitzhammer weiter benutzt, als ob dieser sein Eigentum wäre. Dadurch habe X. den Eindruck erweckt, das Gerät gehöre nach wie vor zu seinem Maschinenpark, und damit die Wiedererlangung der Sache erschwert (E. 2).

Gemäss **Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB** macht sich der Hehlerei u.a. schuldig, wer eine fremde Sache, von welcher er weiss oder annehmen muss, dass sie ein anderer durch eine strafbare Handlung gegen das Vermögen erlangt hat, verheimlicht. Verheimlichen ist jede Tätigkeit, durch welche dem Berechtigten oder der Behörde das Auffinden der Sache verunmöglicht oder erschwert wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Täter die Sache versteckt oder sie an einen Ort bringt, wo sie nicht vermutet wird, sie weiterverkauft oder wenn er den Besitz an der Sache abstreitet oder die Sache dem polizeilichen Zugriff entzieht. "Blosses Schweigen oder Untätigbleiben ist als Verheimlichen nur strafbar, wenn eine Auskunftspflicht oder Handlungspflicht besteht (BGE 76 IV 188 E. 2; **86 IV 218 E. 3**). Eine allgemeine Rechtspflicht, den Besitz einer gestohlenen Sache dem Eigentümer oder einem anderen Berechtigten oder der Polizei zu melden, gibt es nicht. Eine solche Pflicht besteht nur für den Finder einer verlorenen Sache (**Art. 720 Abs. 1 ZGB, Art. 332 StGB**)" (E. 3.1).

Das Unterlassen des Beschwerdeführers, den Eigentümer oder die Polizei zu benachrichtigen, kann mangels Rechtspflicht nicht als Verheimlichen im Sinne von **Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB** qualifiziert werden. Die Vorinstanz stellte verbindlich fest, dass der Beschwerdeführer den Spitzhammer weder versteckte, noch an einen Ort brachte, wo er schwerer auffindbar war. Er blieb jedoch nicht untätig, sondern setzte den auf die Unternehmensfarben umgespritzten Spitzhammer unverändert auf seinen Baustellen ein und erweckte so bewusst den Eindruck, er sei der rechtmässige Eigentümer. "Ein solches Verhalten war (...) generell geeignet, der Polizei und dem Eigentümer das Auffinden der Sache zu erschweren." Dass der Beschwerdeführer dabei "nur" sein früheres Verhalten aufrecht erhielt, bedeutet "einzig, dass er durch sein Tun das Auffinden der gestohlenen Maschine nicht noch mehr erschwerte als schon zuvor; das Erschweren aber hielt er aufrecht" (E. 3.2). Eine solche strafrechtliche Sanktionierung der Weiterverwendung der Sache begründet auch faktisch nicht die Pflicht, den Besitz einer gestohlenen Sache der Polizei oder dem Eigentümer zu melden. Es genügt, Handlungen zum Zweck der Verheimlichung zu unterlassen, um der strafrechtlichen Verfolgung zu entgehen. Die Vorinstanz stellt damit zu Recht fest, dass der Weitergebrauch des gestohlenen Spitzhammers als Verheimlichen im Sinne von **Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB** zu würdigen ist (E. 3.2).

Bemerkungen:

Der vom Beschwerdeführer käuflich erworbene Spitzhammer war vom Verkäufer gestohlen worden. Damit stellt der Spitzhammer unzweifelhaft eine Sache dar, welche ein anderer im Sinne von **Art. 160 StGB** "durch eine strafbare Handlung gegen das Vermögen erlangt hat". Die Tathandlungen sind im Gesetz abschliessend genannt: Erwerben, sich schenken lassen, zum Pfand nehmen und veräussern helfen. Andere Erschwerungen oder Vereitelungen der Wiedererlangungsansprüche des Berechtigten sind nicht erfasst (BSK-WEISSENBERGER, Art. 160 N 28). Subjektiv erfordert die Hehlerei Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt. Der Vorsatz muss bei Vornahme der jeweiligen hehlerischen Handlung gegeben sein; dolus subsequens, d.h. nach der Tat entstandener Vorsatz, ist unbeachtlich (BSK-WEISSENBERGER, Art. 160 N 58; **BGE 105 IV 306**). Die nachträgliche **[Seite 117]** Erlangung der Kenntnis genügt nur, wenn der Täter weitere hehlerische Handlungen vorgenommen hat, nicht aber, wenn er untätig geblieben ist (STRATENWERTH /JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. A., Bern 2003, § 20 N 18).

Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer zunächst ohne Kenntnis der Herkunft den Spitzhammer gekauft und ihn in der Folge – immer noch ohne Kenntnis der deliktischen Herkunft – auf die Unternehmensfarben umgespritzt und gebraucht. Bis zu diesem Zeitpunkt fehlte dem Beschwerdeführer der Vorsatz, der für die Hehlerei erforderlich ist. Folglich ist der Straftatbestand der Hehlerei weder für das Umspritzen noch für den Gebrauch bis zur Kenntnisnahme der deliktischen Herkunft des Spitzhammers erfüllt. Da der Beschwerdeführer weder den Gegenstand versteckte, noch gegenüber der Polizei den Besitz verleugnete, steht einzig zur Diskussion, ob er sich der Hehlerei dadurch schuldig gemacht hat, dass er den Spitzhammer nach Kenntnisnahme von dessen deliktischer Herkunft weiter in seinem Unternehmen verwendete. Nach Ansicht des Bundesgerichtes

blieb der Beschwerdeführer durch die Benützung des "Rammers S 56" nicht untätig, sondern hielt dadurch nach aussen bewusst den Anschein aufrecht, er sei der rechtmässige Eigentümer. Sein Verhalten sei generell geeignet gewesen, der Polizei und dem Eigentümer das Auffinden des Spitzhammers zu erschweren. Das Bundesgericht erblickt somit im unveränderten Weitergebrauch des Werkzeuges nach Kenntnis von dessen deliktischer Herkunft ein Verheimlichen i.S.v. **Art. 160 StGB**.

Verheimlichen bedeutet, "dem Berechtigten, einem für diesen Handelnden oder der Polizei das Auffinden der Sache wenigstens zeitweilig zu erschweren oder zu verhindern". Verheimlichen liegt bspw. vor, wenn die Sache an einen Ort verbracht wird, wo sie niemand erwartet oder wenn die Identifizierung der Sache erschwert wird, z.B. durch Umspritzen (BSK-WEISSENBERGER, Art. 160 N 38 ff.). Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Urteil stellt sich die Frage, ob die Bestrafung des Weitergebrauchs und die damit verbundene extensive Auslegung des Begriffs "Verheimlichen" letztlich nicht doch dazu führt, dass eine Pflicht geschaffen wird, den gestohlenen Gegenstand der Polizei zu melden. Welche alternativen Handlungsmöglichkeiten würden bleiben, wenn der Weitergebrauch ein Verheimlichen im Sinne des Gesetzes darstellt? Um einer Bestrafung zu entgehen, müsste einerseits auf den Gebrauch der Maschine verzichtet werden und andererseits dürfte die Maschine weder verkauft, noch an einen anderen Ort gebracht werden. Die Maschine müsste also am jeweiligen Standort "eingemottet" werden. Der andere mögliche Ausweg besteht darin, die Sache dem früheren Eigentümer zurückzugeben oder die Polizei zu benachrichtigen. Nach dem vorliegenden Urteil des Bundesgerichtes soll der "Täter" hingegen gerade keine Pflicht gehabt haben, den Besitz der gestohlenen Sache der Polizei mitzuteilen. Davon abgesehen hätte der Beschwerdeführer nur die Alternative gehabt, den Spitzhammer in seinem Maschinenpark zu lagern, um der Bestrafung wegen Hehlerei entgehen zu können. Hätte er ihn dabei nicht gerade an vorderster Front abgestellt, was bei einem Werkzeug naheliegt, das nicht mehr benutzt werden darf, hätte er sich eventuell den Vorwurf eingehandelt, die Sache zu verstecken.

Der Entscheid des Bundesgerichtes mag zwar mit dem Grundgedanken der Vorschrift von **Art. 160 StGB** übereinstimmen. Nach der Perpetuierungs- bzw. Restitutionsvereitelungstheorie ist Hehlerei strafbar, weil der durch die Vortat eingetretene rechtswidrige Zustand aufrecht erhalten bzw. die Wiedererlangung der Sache erschwert oder verunmöglicht wird (BSK-WEISSENBERGER, Art. 160 N 7 f. mit weiteren Hinweisen; STRATENWERTH/JENNY, a.a.O., § 20 N 1; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, Strafrecht III, 8. A., Zürich etc. 2003, 266 f.). Der Gebrauch eines Werkzeugs kann dessen Auffindung unter besonderen Umständen sicherlich erschweren. Dies gilt im vom Kassationshof entschiedenen Fall aber nur, weil der "Rammer S 56" vorgängig umgespritzt worden ist. Sonst hätte die berufsmässige Verwendung des Spitzhammers im Gegenteil die Chance seiner Restitution an den Eigentümer wohl erhöht. Aber auch der Nichtgebrauch etwa in Form eines "unauffälligen" Herumstehenlassens einer Sache kann ihre Wiedererlangung möglicherweise erschweren. Der entscheidende Punkt ist, dass die Vorschrift über Hehlerei gerade nicht jede Form der Restitutionsvereitelung erfasst. Vielmehr muss der Täter die Sache in Kenntnis ihrer deliktischen Herkunft erwerben, sich schenken lassen, zum Pfand nehmen, verheimlichen oder veräussern helfen (BSK-WEISSENBERGER, Art. 160 N 28 ff.; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, a.a.O., 270 ff.; TRECHSEL, Kurzkommentar, 2. A., Zürich 1997, Art. 160 N 8 ff.). Andere Arten des Umgangs mit dem Gegenstand, die deren Wiedererlangung erschweren, bleiben somit nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes straflos. Würde dem Urteil des Bundesgerichtes gefolgt, wäre das Auffinden der Sache durch fast jedes (Nicht-)Handeln erschwert. Dem Täter bliebe kaum eine andere Handlungsalternative, als den Besitz der gestohlenen Sache der Polizei zu melden. Das wäre an sich (zivilrechtlich) wünschenswert. Nur ist der Betroffene dazu, wie das Bundesgericht richtig festhält, aus strafrechtlicher Sicht nicht verpflichtet.

Anders als das Bundesgericht entschied der Oberste Gerichtshof Österreichs in folgendem Fall: A. liess sich von ihrem Freund B. u.a. ein goldenes Armband und eine goldene Halskette, die B. durch einen Einbruchsdiebstahl erbeutet hatte, schenken. B. erklärte A. dabei, von seiner Grossmutter einen grösseren Betrag zum Kauf einer Wohnung erhalten zu haben, woran A. nicht zweifelte. Am nächsten Tag erfuhr A., dass B. einen Einbruch

begangen hatte und der Schmuck aus der Beute stammte. A. behielt die geschenkten Sachen, die wiederum einen Tag später von der Polizei sichergestellt wurden. Gegen A. wurde wegen Hehlerei nach § 164 öStGB Anklage erhoben. Die damalige Fassung von § 164 öStGB lautete wie folgt (Bundesgesetz vom 23. Januar 1974, BGBl 60): "(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen ist zu bestrafen, wer 1. (...); 2. eine Sache, die ein anderer durch eine mit Strafe bedrohte Handlung gegen ein fremdes Vermögen erlangt hat, kauft, zum Pfand nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht oder [Seite 118] verhandelt; 3. (...). (2) (...). (3) (...)." (Nach der heute geltenden Gesetzesfassung von § 164 öStGB wird derjenige bestraft, der "den Täter einer mit Strafe bedrohten Handlung gegen fremdes Vermögen dabei unterstützt, eine Sache, die dieser durch sie erlangt hat, zu verheimlichen oder zu verwerten" (Abs. 1). Ebenso ist zu bestrafen, "wer eine solche Sache kauft, sonst an sich bringt oder einem Dritten verschafft" (Abs. 2).) Nach den Ausführungen des Obersten Gerichtshofes erfüllt ein bloss passives Verhalten den Begriff des Verheimlichens im Sinne des Gesetzes nicht. Vielmehr sei eine aktive Tätigkeit zu verlangen, welche die Wiedererlangung der Sache erschwerte. Die gerichtliche Beweisaufnahme hatte ergeben, dass A. den Schmuck zwar behalten, aber keine Handlungen vorgenommen hat, welche die Wiedererlangung erschwert hätten. Da der Oberste Gerichtshof auch keine Grundlagen für Feststellungen in Richtung einer (aktiven) Verheimlichungshandlung erkennen konnte, urteilte er in der Sache selbst und sprach die Angeklagte A. frei (Urteil des Obersten Gerichtshofes 10 Os 68/85 vom 30. Juli 1985; gefunden am 3. November 2004 auf <<http://www.ris.bka.gv.at/jus>>).

Der Straftatbestand von Art. 160 StGB stimmt in Bezug auf die Tathandlung des Verheimlichens mit § 164 des österreichischen Strafgesetzbuches überein. Nach letzterem soll "die potentielle Vereitelung oder Erschwerung der Wiedererlangung einer abhanden gekommenen Sache durch den Berechtigten nur dann" erfasst werden, "wenn jener Erfolg durch ein Verhalten bewirkt wird, welches darauf abzielt, die Entdeckung des Tatobjektes zu verhindern" (MAYERHOFER, Strafgesetzbuch, 5. A., Wien 2000, § 164 N 22). Ein Verheimlichen im Sinne von § 164 öStGB liegt erst vor, "wenn dem betreffenden Verhalten ein vom Täter vorsätzlich zum Einsatz gebrachter Verschleierungseffekt innewohnt". Das Auffinden der verhehlten Sache muss "über das mit der bestimmungsgemässen normalen Disposition des Täters verbundene Mass hinaus" behindert werden (MAYERHOFER, a.a.O., § 164 N 22). Kann das Behalten bzw. das Tragen des Schmuckes von A. im österreichischen Fall mit dem Gebrauch der Maschine durch X. verglichen werden? Der Oberste Gerichtshof stellte fest, dass ein blosses Behalten bzw. Tragen des Schmuckes nicht als Verheimlichen im Sinne des Gesetzes gelten kann. Das Bundesgericht dagegen hat den Weitergebrauch des Spitzhammers als Verheimlichen eingestuft, weil es darin ein Verhalten erblickt hat, welches das Auffinden der Sache durch den Berechtigten erschwert. Diese Schlussfolgerung ist (zumindest) in dieser generellen Form nicht schlüssig, da auch der Nichtgebrauch einer gehehlten Sache deren Restitution potentiell erschweren kann. Vor allem aber ist klarzustellen, dass Art. 160 StGB kein allgemeines Verbot der Erschwerung der Rückgabe der Sache an den Berechtigten statuiert. Erfasst werden vielmehr einzig und allein die gesetzlich geregelten Tathandlungen. Das vom Bundesgericht behauptete allgemeine Gebrauchs- bzw. Verwendungsverbot an durch eine strafbare Handlung gegen ein Vermögen erlangten Gegenständen findet im Gesetz keine Stütze. Anders formuliert, der Entscheid des Kassationshofes verstösst gegen das in Art. 1 StGB verankerte Analogieverbot.

Das wahre Motiv für diese Überdehnung der Auslegung könnte darin zu sehen sein, dass der Verdacht bestand, dass der Beschwerdeführer sehr wohl schon beim Erwerb bzw. beim Umspritzen des Spitzhammers gewusst habe, dass das Werkzeug gestohlen worden war. Falls diese Vermutung zutreffen sollte, würde es dem Bundesgericht schlecht anstehen, die von den Vorinstanzen verhängte materiellrechtlich verbräunte Verdachtsstrafe bestätigt zu haben (vgl. zur Problematik HANS VEST, Vorsatznachweis und materielles Strafrecht, Bern 1986). Den kantonalen Instanzen sei empfohlen, offensichtliche Ausreden als solche zu qualifizieren und nicht auf materiell-strafrechtliche Auffangkonstruktionen auszuweichen. Im Fall der Hehlerei verweist die Formel des "Wissens oder Annehmen-Müssens" im subjektiven Tatbestand sogar ausdrücklich auf diesen Ausweg (vgl. STRATENWERTH/JENNY, a.a.O., § 20 N 19).