

S. 152 / Nr. 36 Strafgesetzbuch (d)

BGE 78 IV 152

36. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 17. Oktober 1952 i. S. Grossenbacher gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

Regeste:

Art. 148 Abs. 2 StGB. Gewerbsmässigkeit des Betrugers.

Art. 148 al. 2 CP. Faire métier de l'escroquerie.

Art. 148 cp. 2 CP. Far mestiere della truffa.

A. - Grossenbacher war vom 28. April bis 11. Juni 1950 Reisender des Bildhauers Hermann Schudel. Er hätte Aufträge zur Ausbesserung von Grabsteinen einbringen sollen, bemühte sich aber in keinem einzigen Falle darum. Er erstellte 167 unwahre Bestellscheine und versah 111 davon mit einer falschen Unterschrift des angeblichen Bestellers. Er legte die unwahren Scheine seinem Arbeitgeber vor und veranlasste diesen dadurch, ihm in zahlreichen Fällen insgesamt Fr. 898.10 an Provisionen auszuzahlen. Einen weiteren Betrag von Fr. 452.30, den er auf diese Weise zu erschwindeln versuchte, zahlte ihm Schudel, der die Fälschungen inzwischen entdeckt hatte, nicht aus.

Von Anfang Dezember 1950 bis Ende Januar 1951 stand Grossenbacher als Reisender im Dienste des Josef Seiffe, für den er Bestellungen auf Damenkleider aufzunehmen hatte. Während dieser Zeit fertigte er sieben unwahre Bestellscheine an, versah sie selber mit der Unterschrift des angeblichen Bestellers und reichte sie Seiffe ein. Um den

Seite: 153

Anschein zu erwecken, die Bestellungen seien wirklich erfolgt, leistete er aus eigenem Gelde Anzahlungen und stellte sie als solche der angeblichen Besteller hin. Er erwirkte auf diese Weise unrechtmässig die Auszahlung von Fr. 660.- als Provisionen. Der Schaden seines Arbeitgebers belief sich nach Abzug der «Anzahlungen» auf Fr. 390.-.

B. - Das Obergericht des Kantons Zürich, das diese und andere Handlungen Grossenbachers zu beurteilen hatte, erklärte den Angeklagten am 30. Juni 1952 des gewerbsmässigen Betrugers, des gewerbsmässigen Betrugs -versuches, der wiederholten und fortgesetzten Urkundenfälschung, der wiederholten und fortgesetzten Veruntreuung und der Amtsanmassung schuldig und verurteilte ihn zu einem Jahr und vier Monaten Zuchthaus und Fr. 50.- Busse und stellte ihn für zwei Jahre in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ein. Den gewerbsmässigen Betrug sah es darin, dass Grossenbacher dem Schudel Fr. 898.10 und dem Seiffe Fr. 390.- abgelistet hatte, den gewerbsmässigen Betrugsversuch darin, dass er gegenüber Schudel auf Erschwindelung weiterer Fr. 452.30 ausgegangen war. Es führte aus, der Einwand des Angeklagten, er habe die Betrüge nicht gewerbsmässig begangen, könne nicht gehört werden. Wohl sei der Deliktsbetrag nicht sehr hoch. Immerhin handle es sich um 167 Aufträge, die der Angeklagte vorgetäuscht habe. Er habe überhaupt keine Kunden besucht, sondern sämtliche Aufträge fingiert. Auch habe er während dieser Zeit zur Hauptsache vom ertrogenen Gelde gelebt. Damit seien die Voraussetzungen für die gewerbsmässige Begehung des Deliktes erfüllt.

C. - Grossenbacher führt Nichtigkeitsbeschwerde mit den Anträgen, das Urteil sei dahin abzuändern, dass statt auf gewerbsmässigen Betrug bzw. Betrugsversuch lediglich auf gewöhnlichen Betrug bzw. Betrugsversuch zu erkennen und der Beschwerdeführer dementsprechend milder zu beurteilen, insbesondere nicht in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit einzustellen und nicht mit Busse zu belegen sei.

Seite: 154

Aus den Erwägungen:

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt gewerbsmässig, wer in der Absicht, zu einem Erwerbseinkommen zu gelangen, und mit der Bereitschaft, gegen unbestimmt viele zu handeln, die Tat wiederholt (BGE 70 IV 135, 71 IV 85, 115, 72 IV 109, 74 IV 141, 76 IV 239).

Der Beschwerdeführer hat zwar den Betrug und Betrugsversuch wiederholt begangen und auch die Absicht gehabt, durch diese Verbrechen zu einem Erwerbseinkommen zu gelangen, wie aus den Feststellungen des Obergerichts, er habe zur Hauptsache vom ertrogenen Gelde gelebt und für Schudel überhaupt keine Bestellungen aufgesucht, geschlossen werden muss. Allein das Obergericht schweigt sich darüber aus, ob er auch bereit gewesen sei, gegen unbestimmt viele zu handeln, d.h. bei passender Gelegenheit auch andere Personen als bloss Schudel und Seiffe zu betrügen. Von selbst versteht sich das nicht. Die Bereitschaft, das Verbrechen gegenüber beliebigen Personen zu begehen, kann als Merkmal der Gewerbsmässigkeit nicht fallen gelassen werden. Erst in dieser

Bereitschaft zeigt sich die besondere soziale Gefährlichkeit des Täters, deretwegen das gewerbsmässige Verbrechen gegenüber dem nicht gewerbsmässigen mit schärferer Strafe (vgl. Art. 119 Ziff. 3, 137 Ziff. 2, 144 Abs. 3, 148 Abs. 2, 153 Abs. 2, 154 Ziff. 1 Abs. 2, 156 Ziff. 2, 157 Ziff. 2, 199 StGB) bedroht wird. Die bloss fort gesetzte Begehung, d.h. die auf einem einheitlichen Willensentschlusse beruhende in gleichartiger oder ähnlicher Form sich abspielende Wiederholung des Verbrechens gegen das gleiche Rechtsgut (BGE 68 IV 99, 72 IV 165, 184), die von der Vorinstanz hier bejaht worden ist, genügt nicht. Das ergibt sich aus Art. 156 Ziff. 2 StGB, wo die fortgesetzte Erpressung gegen die nämliche Person auf gleicher Stufe neben der gewerbsmässigen Erpressung als Strafschärfungsgrund genannt wird, also nach Auffassung des Gesetzgebers sich mit dieser nicht deckt - Wer das Verbrechen fortgesetzt gegen die

Seite: 155

gleiche Person begeht, handelt, auch wenn er sich dadurch ein Einkommen verschaffen will, nicht notwendigerweise gewerbsmässig, weil die fortgesetzte Verübung an sich nichts darüber sagt, ob er bereit wäre, bei Gelegenheit sich auch zum Schaden weiterer Opfer zu bereichern, ähnlich wie der Inhaber eines erlaubten Gewerbes jeden ihm passenden Kunden annehmen will. Nicht notwendig ist, dass der Täter bereit wäre, gegenüber jeder beliebigen Person zu handeln. Wie der Gewerbetreibende seine Kunden aussuchen kann, handelt auch der Verbrecher schon dann gewerbsmässig, wenn er seine Opfer nur in bestimmten Kreisen sucht, das Verbrechen nur gegenüber Personen begehen will, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, z.B. nur gegenüber vertrauenswürdigen Personen, Freunden, Hausgenossen oder Arbeitgebern (BGE 71 IV 86, 115; vgl. auch BGE 78 IV 62). Immer aber ist nötig, dass er bereit sei, gegenüber unbestimmt vielen Personen, die diese Voraussetzungen erfüllen, sich zu vergehen.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben. Die Vorinstanz hat fest zustellen, ob der Beschwerdeführer bereit war, unbestimmt viele Personen (Arbeitgeber) zu betrügen. Wenn nein, sind die Bestimmungen über einfachen Betrug und Betrugsversuch anzuwenden. Andernfalls ist der Beschwerdeführer des gewerbsmässigen Betruges und Betrugsversuches schuldig. Nicht stand hält sein Einwand, gewerbsmässiger Betrug sei «das Delikt des eigentlichen Berufsverbrechens, der primär davon ausgeht, aus seiner verbrecherischen Tätigkeit den Lebensunterhalt zu fristen»; das Bundesgericht hat die Auffassung, dass sich der Täter dem ehrlichen Leben entfremdet haben müsse, d.h. gar nicht mehr ernsthaft einem ehrlichen Erwerbe nachzugehen beabsichtigte, schon wiederholt abgelehnt (BGE 74 IV 142). Ebensowenig verlangt die Gewerbsmässigkeit «eine lang anhaltende, durch besonderes Raffinement ausgezeichnete Tatbegehung». Der Beschwerdeführer geht auch fehl, wenn er die Gewerbsmässigkeit glaubt verneinen zu können, weil er nicht in erster Linie aus Gewinnsucht

Seite: 156

sich vergangen habe, sondern vor seiner Ehefrau nicht als untätig und arbeitslos habe dastehen wollen; die Absicht, sich durch das Verbrechen Einnahmen zu verschaffen, braucht nicht der einzige oder vorherrschende Beweggrund zu sein; gewerbsmässig handelt schon, wer sich von ihr bloss teilweise bestimmen lässt (BGE 72 IV 110).

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird dahin teilweise gutgeheissen, dass das Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. Juni 1952 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird