

BGE 99 IV 80

Bundesgericht (BGE), 1973-07-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_99 IV 80](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_99_IV_80)

FR: ATF 99 IV 80

IT: DTF 99 IV 80

Regeste

Regeste Art. 153 und 154 StGB: Warenfälschung und Inverkehrbringen gefälschter Waren setzen eine Substanzveränderung der Ware, zumindest ein Nachmachen der Ware oder eine Verringerung des Warenwertes voraus (Erw. 3). Art. 148 StGB, Betrug: 1. Der Gast wird bei Abgabe anderer als bestellter Ware betrogen, wenn seine Schädigung sowie die Arglist und Bereicherungsabsicht des Täters gegeben sind (Erw. 4). 2. Umschreibung der Gewerbmässigkeit; die soziale Gefährlichkeit des Täters ist keine Voraussetzung (Erw. 7 und 8).

Erwägungen

E. 3

Mit den kantonalen Gerichten und der Verteidigung ist festzustellen, dass es an sich nahe liegen würde, die Abgabe von Wein und Fleisch anderer Herkunft als der auf Wein- und Speisekarten angegebenen Art. 153 oder 154 StGB zu unterstellen. Die kantonalen Gerichte verweisen jedoch zutreffend auf die bundesgerichtliche Praxis, wonach diese Straftatbestände eine Substanzveränderung der Ware oder mindestens ein Nachmachen der Ware oder eine Verringerung des Warenwertes verlangen (BGE 97 IV 65 , BGE 94 IV 109 mit Verweisungen). BGE 99 IV 80 S. 83 a) Diese Praxis ist freilich nicht unbestritten. SCHWANDER (Schweiz. Strafgesetzbuch, 2.A. Nr. 572, S. 355) vertritt die Auffassung, entscheidend sei die Verwechslungsgefahr; es komme darauf an, ob Schein und Sein übereinstimmen; auch eine blosser Falschdeklaration, z.B. über die Herkunft des Weines, sei als Warenfälschung zu bestrafen. Die Praxis des Bundesgerichts führe zum unbefriedigenden Ergebnis, dass wegen Warenfälschung milder bestraft werde, wer gepantschten Wein falsch deklarieren, während der Verkauf unverschnittenen, falsch deklarierten Weines der schweren Betrugsstrafe unterliege. Ob diese Kritik berechtigt ist - der Kassationshof hat sich bereits in BGE 84 IV 97 damit auseinandergesetzt - braucht im vorliegenden Fall aus zwei Gründen nicht entschieden zu werden. Einmal haben die Beschwerdeführer die Ware selbst nicht falsch deklariert, wie das etwa durch Aufkleben falscher Etiketten oder durch das Umgiessen des Cressier in Epessesflaschen hätte geschehen können. Sie haben Originalware in neutraler Präsentation abgegeben, aber durch die Speise- und Weinkarte eventuell auch mündlich in Aussicht gestellt, andere Ware zu liefern. Solche unwahren, mündlichen oder schriftlichen Zusicherungen, ohne dass die Ware selbst manipuliert wurde, sind auch nach Auffassung Schwanders keine Warenfälschung (SCHWANDER, a.a.O.). Zum andern erschöpfte sich das Verhalten der Täter, wie es aus dem Urteil der Vorinstanz hervorgeht, nicht in einer blossen Abgabe anderer als der bestellten und erwarteten Ware. b) Art. 153 und 154 StGB setzen weder Bereicherungsabsicht noch eine Schädigung voraus (BGE 97 IV 66 E. 7 mit Verweisungen). Handelt der Täter aber in Bereicherungsabsicht und veranlasst er den

Käufer durch arglistige Irreführung zu einem vermögensschädigenden Verhalten, dann ist er nach Art. 148 StGB wegen Betruges strafbar. Wer ohne diese Voraussetzungen des Betrugstatbestandes dem Käufer lediglich andere Waren liefert, als dieser bestellte oder aufgrund von Preislisten oder mündlichen Äusserungen erwartete, bleibt straflos. Das mag als Mangel empfunden werden. Es wäre jedoch Sache des Gesetzgebers, einen neuen Straftatbestand zu schaffen, falls dies als notwendig erscheint. Hat der Täter die besonderen Voraussetzungen des Art. 148 BGE 99 IV 80 S. 84 StGB erfüllt, so ist es nicht unbillig, ihn demgemäss zu bestrafen, auch wenn sich seine Tat auf die Abgabe von Lebensmitteln bezieht. Sein Verhalten ist nicht weniger strafwürdig als das vieler anderer kleinen Betrüger.

E. 4

Die Verteidigung anerkennt, dass der Gast bei der Abgabe anderer als der bestellten Ware getäuscht worden ist. Dagegen bestreitet sie die Arglist, die Bereicherungsabsicht der Täter und die Vermögensschädigung der Kunden. a) Mit Recht kritisiert die Beschwerde nicht die verbindlich festgestellte Tatsache, dass X. Literkaraffen eigens dazu angeschafft hat, um auch bei der Bestellung eines ganzen Liters Waadtländerwein nicht eine etikettierte Literflasche aufstellen zu müssen. Dagegen wendet die Beschwerde ein, die Abgabe in Karaffen sei landesüblich, die Anschaffung also nicht eine "besondere Veranstaltung", die den Vorwurf der Arglist rechtfertige. Der Einwand hilft den Beschwerdeführern nichts. Im Gegenteil. Gerade der Umstand, dass in andern Lokalen häufig Literkaraffen verwendet werden, ermöglichte es X., den Cressier unauffällig anstelle des bestellten Waadtländers aufzutischen und zugleich eine Kontrolle durch den Gast auszuschliessen. Im Lokal der Beschwerdeführer waren vorher keine Literkaraffen gebraucht worden. Bei Bestellung eines ganzen Liters wurde vielmehr die etikettierte Originalflasche aufgestellt. Die Beschwerdeführer hätten also entweder in solchen Fällen den richtigen Wein servieren und dadurch Gefahr laufen müssen, dass bei Nachbestellung eines kleineren Quantums der Gast den Geschmacksunterschied gemerkt hätte oder sie hätten den Cressier in leere Féchy- oder Eppessesflaschen umfüllen müssen, was nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz die Aufmerksamkeit des Personals erregt und die Kontrollmöglichkeit des Gastes sowie die Entdeckungsfahr überhaupt gesteigert hätte. Die Vorinstanz durfte ohne Rechtsverletzung annehmen, die Anschaffung von Literkaraffen zur erfolgreichen Täuschung der Kunden und zur Erschwerung der Überprüfung sei arglistig im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 148 StGB (BGE 76 IV 95 ; Handkommentar GERMANN, 9. Auflage S. 258/59; SCHWANDER a.a.O., Nr. 566). Dazu kommt der weitere Umstand, auf den die Vorinstanz ebenfalls mit Recht verwiesen hat. X. weihte nur den Buffetburschen und dessen Frau ein; diese beiden und Y. füllten am BGE 99 IV 80 S. 85 Buffet den falschen Wein in die Karaffen; vor dem Servierpersonal wurde das geheim gehalten; es konnte dem Gast in guten Treuen bestätigen, den bestellten Wein aufgetischt zu haben. Der Gast, der normalerweise nur mit dem Servierpersonal zu tun hat, konnte ohne besondere unübliche Erkundigungen dem Schwindel nicht auf die Spur kommen. Auch diese Massnahme zusammen mit der erstgenannten ist mit Recht als Arglist beurteilt worden. Dass es sich dabei um sehr einfache Vorkehren handelte und man unlautere Machenschaften ohnehin nicht an die grosse Glocke zu hängen pflegt, entkräftet entgegen der Ansicht der Beschwerde den Vorwurf nicht. Die Frage, ob eine arglistige Machenschaft auch in einem Unterlassen bestehen kann oder ob ein positives Tun unbedingt erforderlich ist, mag hier offen bleiben. Das Verhalten der Eheleute X. ging jedenfalls über das hinaus, was man als Unterlassungsdelikt bezeichnen kann (99 IV 222, Erw. 5 und 6). Wie die

Vorinstanz ausführt, hat Y. die Machenschaften ihres Ehemannes nicht nur geduldet, sondern stillschweigend unterstützt, indem sie gegen besseres Wissen Cressier statt des bestellten Waadtländers ausschenkte. Sie ist somit als Mittäterin anzusehen. Mittäterschaft ist nämlich gegeben, wenn der zweite Täter sich massgeblich an der Entschliessung oder Planung und an der Ausführung der Tat beteiligt (BGE 85 IV 23). Zudem ist nach ständiger Rechtsprechung besonders auf das Mass des schuldhaften Willens abzustellen (BGE 91 IV 221 , BGE 85 IV 133 /4, BGE 81 IV 62). Nach dem angefochtenen Urteil hat Y. nicht nur an der Ausführung der Tat massgeblich mitgewirkt, sondern sie hat auch den deliktischen Erfolg gewollt. Wenn dem aber so ist, muss die Arglist der Ehefrau bejaht werden. Y. hat zumindest die Arglist ihres Ehemannes übernommen, falls sie nicht selbständig zu seinen Machenschaften beigetragen hat. Im übrigen ist die Verteidigung selber der Auffassung, dass für beide Eheleute dieselben Überlegungen anzustellen seien. b) Auch für die Abgabe des Hirschfleisches hat die Vorinstanz ohne Rechtsverletzung Arglist des Ehemannes X. angenommen. An sich genügt hierfür schon ihre Feststellung, dass "X. alles tat, um die Gäste überhaupt nicht auf den Gedanken kommen zu lassen, dass etwa ungewohnt schmeckendes Rehfleisch vielleicht Hirschfleisch sein konnte" und dass ein Laie ohnehin in einem bekannten Restaurant nicht auf die Idee BGE 99 IV 80 S. 86 kommt, es werde ihm eine andere als die bestellte Fleischsorte vorgesetzt, zumal wenn beide Gerichte ähnlich aussehen und schmecken. X. hat sich nach diesen Ausführungen also darauf verlassen, dass die Gäste die Herkunft des Fleisches nicht überprüfen würden. Darüber hinaus hat er, obwohl er Hirschfleisch verarbeitete, überhaupt kein solches auf der Speisekarte aufgeführt. Er tat das nach Feststellung der Vorinstanz, damit die Gäste gar nicht auf den Gedanken gebracht würden, Hirschfleisch zu erhalten. Auch sollte der Gefahr vorgebeugt werden, dass ein Gast einmal Hirsch, einmal Reh bestellen und Verdacht schöpfen könnte, wenn er keinen Unterschied feststellt. X. hat also einerseits den Umstand ausgenützt, dass der Getäuschte eine Überprüfung unterlassen werde und er hat zusätzliche Massnahmen getroffen, um die Gefahr einer Überprüfung noch besser auszuschalten. Das aber ist Arglist im Sinne von Art. 148 StGB (BGE 87 IV 12 , BGE 86 IV 205 , BGE 78 IV 26 , BGE 77 IV 84 , BGE 76 IV 95). c) Das Obergericht stellt fest, dass X. sowohl bei der Abgabe des Neuenburgers statt Waadtländers, wie bei der Verwendung von Hirschfleisch für Reh in der Absicht unrechtmässiger Bereicherung gehandelt hat. Ebenso wird der subjektive Tatbestand des Betrugs generell für Y. bejaht, wobei sich aus dem Urteil ergibt, dass die Vorinstanz sich im klaren war, dass die Bereicherungsabsicht mit zu diesem Vorsatz gehört. Die Feststellung bezieht sich auf einen inneren Tatbestand; sie ist daher der Überprüfung des Kassationshofes entzogen (Art. 273 Abs. 1 lit. b und art. 277 bis Abs. 1 BStP). Die Beschwerde hat denn auch mit Recht darauf verzichtet, die Bereicherungsabsicht vor Bundesgericht zur Diskussion zu stellen. d) Dagegen bestreitet die Nichtigkeitsbeschwerde, dass die Kunden geschädigt und die Eheleute X. bereichert worden sind. Auch hierbei handelt es sich um eine Bemängelung verbindlicher Feststellungen der Vorinstanz. Die Beschwerde ist insoweit unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Rechtsfrage und vom Kassationshof zu überprüfen ist dagegen, ob die Vorinstanz von einem richtigen Begriff der Schädigung und Bereicherung ausgegangen ist. Das ist zu bejahen. Der Cressier war im Ankauf billiger als der Féchy und insbesondere als der Epesses. Im System der freien Marktwirtschaft mit freier Preisgestaltung ist der Kunde nicht bereit, wesentlich für einen im Einkauf billigeren Wein den gleichen oder höheren Preis zu bezahlen wie für einen teureren. Dazu BGE 99 IV 80 S. 87 kommt, dass die Kundschaft der Beschwerdeführer den Cressier nicht einmal zum Normalpreis

konsumierten, weil sie Waadtländer vorzogen. X. hätte den Wein entweder mit Verlust im eigenen Betrieb verarbeiten oder bestenfalls zu einem wesentlich reduzierten Preis in seinem Restaurant absetzen können. Durch sein Täuschungsmanöver brachte er die Gäste dazu, den Wein überhaupt zu geniessen und zum vollen Preis des teureren Waadtländers zu bezahlen. Vermögensvorteil für X. und Schädigung der Kundschaft sind offensichtlich. Bei den Wildspezialitäten hatte X. festgestellt, dass seinen Gästen die vielen Knochen des Rehflisches missfielen. Wollte er keinen Umsatzrückgang riskieren, so musste er entweder das teurere, knochenfreie Fleisch verwenden oder die Preise herabsetzen, bzw. die Portionen erhöhen. Durch die Verwendung des ausgebeinten Hirschfleisches täuschte er vor, knochenfreies Rehfleisch ohne Preiserhöhung und ohne Reduktion der Portionen zum Normalpreis abzugeben, was sich auf seinen Umsatz günstig auswirkte. Sein finanzieller Vorteil ist offensichtlich, auch wenn nicht unmittelbar ein Mehrerlös resultierte. Aber auch die Schädigung der Kunden ist ausgewiesen und zwar selbst dann, wenn man fälschlicherweise ausgebeintes Hirschfleisch und nicht ausgebeintes Rehfleisch auf die gleiche Ebene stellt. Gleichwertigkeit der versprochenen und erbrachten Lieferung schliesst dennoch eine Schädigung nicht aus, wenn die gelieferte Sache nicht die zugesicherten Eigenschaften aufweist (BGE 72 IV 126 E. 3; GERMANN, a.a.O. S. 260).

E. 5

Was von der Verteidigung sonst noch vorgebracht wird, vermag die Verurteilung wegen Betruges auch nicht als rechtsverletzend darzutun. So ist es belanglos, wieviele Kunden einen Geschmacksunterschied feststellten und wieviele dies beanstandeten. Ebensowenig hilft den Beschwerdeführern der Umstand, dass es in der gleichen Lage Weine verschiedener Qualität und vom gleichen Rebberg verschieden gute Jahrgänge gibt. Zuzugeben ist, dass Gesetzgebung und Praxis gewisse Zusätze und Änderungen bei Weinen, Lebensmitteln und anderen Waren gestatten und dass auch bei Qualitäts- und Materialbezeichnungen teilweise gewisse Toleranzen bestehen. Veränderungen, die von Gesetz und Verordnung zugelassen werden, sind aber offenkundig; der Käufer weiss, dass er damit rechnen muss. Er ist an sich nicht getäuscht und der Verkäufer handelt jedenfalls BGE 99 IV 80 S. 88 nicht arglistig. Wer aber statt eines bestellten Rehpfeffers Hirschfleisch und statt Féchy Cressier vorgesetzt bekommt, dazu noch zum teureren Preis der bestellten Ware, der ist betrogen. II. Nichtigkeitsbeschwerde des Generalprokurators

E. 6

Schon vor Obergericht hatte der Anklagevertreter die Verurteilung der Eheleute X. wegen gewerbsmässigen Betrugs beantragt und eine Strafe von 14 Monaten Zuchthaus bedingt für den Ehemann, von 12 Monaten Zuchthaus bedingt für die Ehefrau gefordert. Das Obergericht hat die Gewerbsmässigkeit verneint. X. habe durch seine Machenschaften die Gäste nur geringfügig oder zum Teil gar nicht geschädigt; er sei im übrigen als reeller Wirt bekannt und geschätzt; seine zwar verwerfliche Entgleisung sei nicht Ausdruck einer rücksichtslosen Missachtung sozialer Normen, welche eine besondere Gefährlichkeit verrate. Unter Hinweis auf BGE 94 IV 20 führt die Vorinstanz aus, diese soziale Gefährlichkeit sei die eigentliche Voraussetzung für die Annahme von Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 148 StGB . Wo die soziale Gefährlichkeit fehle, sei die Mindeststrafe von einem Jahr Zuchthaus nicht zu rechtfertigen und deshalb die Gewerbsmässigkeit zu verneinen. Der Generalprokurator rügt mit Nichtigkeitsbeschwerde diese Auslegung des Art. 148 StGB als rechtsverletzend. Die soziale Gefährlichkeit sei nicht Voraussetzung der Gewerbsmässigkeit als Qualifikationsmerkmal. Entscheidend sei vielmehr die Bereitschaft,

gegenüber unbestimmt vielen Personen zu handeln in der Absicht, zu einem Erwerb zu gelangen.

E. 7

Gewerbsmässig handelt, wer in der Absicht, zu einem Erwerbseinkommen zu gelangen und mit der Bereitschaft, gegenüber unbestimmt vielen zu handeln, die Tat begeht (BGE 94 IV 21 , BGE 88 IV 19 , BGE 86 IV 207 je mit Verweisungen; GERMANN, a.a.O. S. 146-148). Nicht notwendig ist, dass es sich dabei um den hauptsächlichen oder regelmässigen Erwerb des Täters handelt. Auch eine gegenüber einem Einzelnen begangene Tat kann gewerbsmässig sein, wenn die Umstände den Schluss zulassen, dass der Täter bereit war, gegenüber unbestimmt vielen oder bei jeder sich bietenden Gelegenheit zu handeln (BGE 86 IV 207 E. 1; nur scheinbar anders BGE 94 IV 21). Weitere Kriterien werden weder vom Gesetz (der Begriff ist für das ganze StGB derselbe; BGE 88 IV 20) noch von der BGE 99 IV 80 S. 89 Praxis (BGE 79 IV 11 ff.) gefordert. Das gilt auch für die von der Vorinstanz vertretene Auffassung, Gewerbsmässigkeit setze eine besondere soziale Gefährlichkeit des Täters voraus, die ausser den bereits erwähnten Kriterien nachgewiesen sein müsse. Es ist zwar richtig, dass in dem von der Vorinstanz zitierten BGE 94 IV 20 E. 2 der Satz steht, "gewerbsmässiges Handeln wird schärfer bestraft, weil die Bereitschaft gegen unbestimmt viele zu handeln sozial besonders gefährlich ist". Schon aus dem Wortlaut ergibt sich, dass damit kein zusätzliches Begriffsmerkmal eingeführt werden sollte. Auch die anschliessende Folgerung, massgebend sei somit, ob diese Bereitschaft beim Täter selber bestehe, zeigt, dass nur die Bedeutung der Bereitschaft hervorgehoben werden sollte, gegenüber unbestimmt vielen zu handeln. In diesem Umstand liegt die soziale Gefährlichkeit. Das Urteil hebt hervor, dass die Gewerbsmässigkeit daher nicht bejaht werden dürfe, wenn die eingeklagte Handlung zwar im Gewerbebetrieb vorgenommen wird, wenn aber nicht der Täter, sondern nur sein Abnehmer bereit war, gefälschte Ware an beliebig viele Personen weiter zu veräussern. Eindeutig wird die Bedeutung des zitierten Satzes auch durch den darin enthaltenen Hinweis auf BGE 86 IV 11 und BGE 88 IV 19 . In diesen beiden Urteilen hat der Kassationshof wiederum die herkömmliche Umschreibung verwendet und die soziale Gefährlichkeit des Täters hervorgehoben, der bereit ist, gegenüber beliebigen Personen zu handeln. In beiden Urteilen wird die Auffassung abgelehnt, Gewerbsmässigkeit setze eine soziale Entfremdung, eine niedrige Gesinnung des Täters etc. voraus. Wegen gewerbsmässigen Betrugs kann auch bestraft werden, wer nicht aus niedriger Gesinnung, sondern aus einer Notlage delinquent. Die Auffassung der Vorinstanz, das hohe Strafminimum von Art. 148 Abs. 2 StGB beweise, dass Gewerbsmässigkeit nur bei besonderer sozialer Gefährlichkeit des Täters angenommen werden dürfe, ist vom Bundesgericht bereits früher zurückgewiesen worden unter Berufung auf die Tatsache, dass das StGB den gleichen Begriff der Gewerbsmässigkeit auch bei andern Tatbeständen verwendet, wo erheblich mildere Strafen angedroht sind (BGE 79 IV 11 ; dazu auch GERMANN, a.a.O. S. 147 unten). Es besteht kein Anlass, von dieser Praxis abzuweichen.

E. 8

Ob der Täter bereit war, gegen unbestimmt viele zu handeln, ist Tatfrage (BGE 86 IV 207 E. 1). Das angefochtene BGE 99 IV 80 S. 90 Urteil hat sie für den Kassationshof verbindlich bejaht. Es hat daraus auch die richtige Schlussfolgerung gezogen, dass damit "an sich die Voraussetzungen für die Annahme der Gewerbsmässigkeit vorliegen würden". Dass sich X. aus den ertrogenen Einnahmen ein Erwerbseinkommen verschaffen wollte, wird von der Vorinstanz zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber einerseits aus der

Schilderung seines Vorgehens, anderseits aus der eben zitierten Schlussfolgerung, nachdem die Notwendigkeit dieser Voraussetzungen von der Vorinstanz nicht verkannt worden ist. Wenn das Obergericht schliesslich die Gewerbsmässigkeit dennoch verneint hat, so lediglich deshalb, weil es fälschlich als weitere Voraussetzung die soziale Gefährlichkeit des Täters im allgemeinen, eine rücksichtslose Missachtung sozialer Normen für erforderlich hielt. Damit hat die Vorinstanz Art. 148 Abs. 2 StGB verletzt. Die Beschwerde des Generalprokurators ist begründet. Dispositiv Demnach erkennt der Kassationshof: 1.- Die Nichtigkeitsbeschwerde der Eheleute X. wird abgewiesen. 2.- Die Nichtigkeitsbeschwerde des Generalprokurators wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit sie die Eheleute X. des gewerbsmässigen Betruges schuldig spreche und die Strafe entsprechend neu festsetze.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.