

Dass der in Frage stehende, diesem gesetzlichen Regime unterstehende Fahrradweg zur Zeit des Stossverkehrs kaum genügt, kann vorliegend auch nicht als Schuldabschlussgrund im konkreten Falle eine Rolle spielen, da zu der fraglichen Stunde kein Stossverkehr herrschte.

Neben der dargestellten Regelung nach MFG und VVo bleibt jedoch bezüglich eines einseitigen Fahrradwegs die Möglichkeit einer besonderen örtlichen Regelung (Art. 3 Abs. 3 MFG) in dem Sinne, dass die Pflicht und das Recht seiner Benutzung nur für Radfahrer in derjenigen Richtung besteht, in welcher er rechts neben der Hauptstrasse liegt, sodass auf ihm Einwegverkehr herrscht, wie in dem vom Beschwerdeführer erwähnten Falle im Kanton Zürich. Eine solche örtliche Regelung liegt jedoch hier nicht vor.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

## II. ERÖFFNUNG UND ERWEITERUNG VON WARENHÄUSERN UND FILIALGESCHÄFTEN

### OUVERTURE ET AGRANDISSEMENT DE GRANDS MAGASINS ET DE MAISONS A SUCCURSALES MULTIPLES

#### 51. Urteil des Kassationshofs vom 25. Oktober 1937 i. S. Angst c. Meilen, Statthalteramt.

Erweiterung von Filialgeschäften (Bundesbeschluss vom 27. September 1935): Art. 7 ist auch auf Filialgeschäfte (Art. 3) anwendbar. — Begriff der Warenkategorie (Art. 7 Abs. 2 lit. b.).

A. — Emil Angst, Betriebsleiter der Filialen der Migros A.-G. in Zürich, dem auch die Filiale Meilen der Migros Zürich untersteht, wurde mit Urteil des Obergerichts Zürich wegen Übertretung der Art. 3 und 7 Abs. 2 lit. b des Bundesbeschlusses vom 27. September

1935 über das Verbot der Eröffnung und Erweiterung von Warenhäusern und Filialgeschäften mit Fr. 100.— gebüsst, weil er in den Monaten Mai oder Juni 1936 in der Filiale Meilen ohne Bewilligung den Verkauf von Bauernbrot und im August den Vertrieb von Ruch- oder Vollkornbrot aufgenommen und bis gegen Ende Januar 1937 fortgesetzt habe. In der Begründung wird ausgeführt, der Entscheid hänge davon ab, ob die in der Filiale Meilen neu eingeführten Brotsorten eine neue Warenkategorie im Sinne des Art. 7 Abs. 2 lit. b darstellen. Der Bundesrat habe die Frage in Beschwerdeentscheiden in analogen Fällen der Migros A.-G. bejaht. Aus der Definition des Begriffs Kategorie als einer Gruppe von Waren ergebe sich nicht notwendigerweise, dass die « Backwaren » — wovon die Migros in ihrem Laden in Meilen früher schon Biscuits, Konfekt, Gugelhopf, Kakes, Stollen, Knäckeibrot, Birnbrot und Eierzöpfe geführt hatte — eine einzige Kategorie bildeten. Der Bundesbeschluss verwende das Wort Kategorie je nach dem Zusammenhang mit den Waren- und Kaufhäusern einerseits, den Filialgeschäften gemäss Art. 3 andererseits in verschiedenem Sinne, der im einzelnen durch die Branche den besonderen Inhalt erhalte. Zwar könnten ohne logische Schwierigkeiten alle Backwaren als einheitliche Gruppe behandelt werden; allein auch eine weitere Unterteilung in

- a) Brotteig-Frischbackwaren,
- b) Brotteig-Dauerbackwaren,
- c) Patisserie-Frischbackwaren, und
- d) Patisserie-Dauerbackwaren

und die Bezeichnung dieser Gruppen als Kategorien sei möglich. Fasse man den Zweck des Bundesbeschlusses, kleine und mittlere Betriebe zu schützen, ins Auge, so müsse man dieser letztern Begriffsbestimmung der Warenkategorie beipflichten, denn nur diese Einteilung werde dem Schutzgedanken gerecht und entspreche daher dem Sinn des Bundesbeschlusses. Der Einwand, damit werde die Einführung volkshygienisch erwünschter Brotsorten verhindert, sei nicht stichhaltig; darüber könne im Bewilli-

gungsverfahren von den zuständigen Behörden befunden werden. Selbst wenn man bei den Brotteigbackwaren nicht zwischen Frisch- und Dauergebäck unterscheiden wollte, so wäre innerhalb der ganzen Kategorie das schon bisher geführte Knäckerbrot nur ein nebensächlicher Spezialartikel; ob die Warenkategorie «Brot» neu sei oder nicht, bestimme sich nach dem Hauptartikel derselben, dem Frischbrot.

B. — Gegen diesen Entscheid hat Angst Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Freisprechung, eventuell Rückweisung an die Vorinstanz zwecks Aktenergänzung.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung:*

1. — ...

2. — Der Beschwerdeführer nimmt den Standpunkt ein, hinsichtlich der Filialgeschäfte sei zur Bestimmung der Begriffe «Eröffnung» und «Erweiterung» der Art. 7 überhaupt nicht anwendbar; eine Erweiterung werde also nicht schon durch die Aufnahme neuer Warenkategorien begründet.

Im Bundesbeschluss vom 14. Oktober 1933 war allerdings das Verbot der Erweiterung von Filialgeschäften noch nicht enthalten, sondern lediglich der Bundesrat ermächtigt, die Vorschriften des Beschlusses, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigten, auf Filialgeschäfte von Grossunternehmungen des Detailhandels anwendbar zu erklären, wobei immerhin das Verbot im Titel des Bundesbeschlusses bereits angekündigt war. Trotzdem kann der Auslegung des Beschwerdeführers, der mit der Entstehungsgeschichte des heutigen Bundesbeschlusses argumentiert, nicht beigelegt werden. Art. 3 desselben verbietet in aller Form die Erweiterung von Filialgeschäften ohne Bewilligung, und Art. 7 Abs. 2 definiert den Begriff der Erweiterung, ohne die Filialgeschäfte auszunehmen. Ein Irrtum des Gesetzgebers kann nicht angenommen werden; dieser wollte offenbar die Definition der Erweiterung auch auf Filialgeschäfte angewendet wissen. Übrigens

stand die Umschreibung des Begriffes der Erweiterung im früheren Bundesbeschluss in einem andern Zusammenhang und war noch nicht so ausführlich, sodass auch nicht angenommen werden kann, man habe einfach vergessen, den (heutigen) Art. 7 zu ändern und die Filialgeschäfte auszunehmen (vgl. Art. 2 des Bundesbeschlusses vom 14. Oktober 1933). Wenn Art. 7 Abs. 2 für die Filialgeschäfte nicht gelten würde, enthielte der Bundesbeschluss überhaupt keine Begriffsbestimmung der Erweiterung von Filialgeschäften, was auffällig wäre, nachdem er für die Warenhäuser etc. eine solche gibt. Daraus den Schluss zu ziehen, dass die Erweiterung von Filialgeschäften durch Aufnahme neuer Warenkategorien infolgedessen erlaubt sei, ist jedoch nicht zulässig, da Art. 3 ausdrücklich nur die Filialgeschäfte betrifft und auch ihre Erweiterung ausdrücklich dem Bewilligungszwang unterstellt.

3. — Sobald aber auch Filialgeschäfte nicht durch Aufnahme neuer Warenkategorien erweitert werden dürfen, ist es unvermeidlich, unter einer Kategorie wenigstens teilweise etwas anderes zu verstehen, als bei den Warenhäusern. Denn es liegt auf der Hand, dass ein Warenhaus gerade deshalb ein solches ist, weil es verschiedenartige Kategorien führt (vgl. Art. 2 Abs. 1). Eine Grossunternehmung des Detailhandels auf dem Gebiete des Lebensmittel-, des Schuh- und des Textilienhandels (Art. 3) dagegen ist notwendig auf weniger und namentlich auf engere Kategorien beschränkt, sonst wäre sie ein Warenhaus mit Filialen oder würde jedenfalls die Bezeichnung als Grossunternehmung des Detailhandels der Lebensmittelbranche usw. nicht mehr verdienen. Wenn es in der Lebensmittelbranche noch verschiedene Warenkategorien gibt, was der Bundesbeschluss nach dem Gesagten voraussetzt, sind es offenbar engere Kategorien, da weniger Möglichkeiten der Einteilung der Waren bestehen als bei den Warenhäusern. Es liegt somit in der Natur der Sache, dass der Begriff der Kategorie nicht im ganzen Bundesbeschluss derselbe ist. Mit dieser Auffassung wird auch dem üblichen Sinn des Wortes kein

Zwang angetan, aus dem, wie die Vorinstanz mit Recht bemerkt, sich nicht ergibt, wie umfassend die Gruppe ist.

4. — Es sprechen nun, ausser den von der Vorinstanz angeführten, verschiedene Gründe dafür, das Brot nicht einfach unter die Kategorie *B a c k w a r e n* zu subsumieren und darauf abzustellen, dass die Migros früher schon die eingangs genannten Arten solcher geführt hat.

In erster Linie ist von Belang, dass das Brot das wichtigste Volksnahrungsmittel ist, während es sich bei den erwähnten Backwaren, und zwar denjenigen, die sich in ihrer Art dem Brote nähern, z. B. bei den Eierzöpfen und dergleichen, doch um Luxusgebäck handelt, das, schon wegen des Preises, nicht als Volksnahrungsmittel gelten kann. Das Brot, das als Nahrungsmittel in quantitativer Hinsicht stark ins Gewicht fällt und neben dem alle andern Backwaren in den Hintergrund treten, erscheint ohne weiteres als eine Kategorie für sich. Es dient im Haushalte andern Zwecken als die genannten übrigen Backwaren, nämlich recht eigentlich der Ernährung, während jene sich schon mehr den Genussmitteln nähern, wenn auch ihr Nährwert anerkannt ist, oder doch eben Luxusgebäcke sind. Es kann auch nicht gesagt werden, dass Brot eine einzige Ware und nicht eine Warenkategorie sei; denn es gibt bekanntlich, auch abgesehen von den Luxusbroten, nach Zusammensetzung und Herstellungsweise verschiedene Brotarten, wie die Migros selber mit der Führung von Bauernbrot und von Vollkornbrot beweist. Ein Blick auf die Brotgestelle einer modernen Bäckerei genügt, um darzutun, dass der Begriff des Brotes, und zwar unter Ausschluss der Spezialbrote wie Birnbrot usw., noch ein so weiter ist, dass er sehr wohl als Gattungsbegriff bezeichnet werden kann und muss.

Der Begriff der Backware hat als Begriffsmerkmal dasjenige der Herstellung durch Backen. Wie wenig zugänglich es in diesem Zusammenhange ist, auf dieses Kriterium abzustellen, zeigt sich schon daran, dass gewisse Backwaren, wie Biscuits, Konfekt, auch von andern Grossunternehmungen des Detailhandels mit Lebens-

mitteln geführt werden, z. B. gewissen Kaffeegeschäften; es liegt aber auf der Hand, dass diesen Geschäften deswegen nicht der Brotverkauf gestattet werden könnte.

Selbst wenn man aber auf das Backen abstellen wollte, wäre zu berücksichtigen, dass die Brotherstellung im Grossen einen Arbeits- und Backprozess, insbesondere aber technische Einrichtungen erfordert, die sich von denjenigen etwa der Biscuitbäckerei grundlegend unterscheiden.

Schliesslich kann nicht übersehen werden, dass der Bundesbeschluss, wenn auch in verfassungswidriger Weise, darauf abzielt, die kleinen und mittleren Betriebe vor übermächtiger Konkurrenz zu schützen. Diese ist aber beim Frischbrot, eben wegen seiner quantitativ überragenden Bedeutung, eine ganz andere als bei den übrigen Gebäcken. Durch den Brotverkauf der Grossunternehmungen werden die hauptsächlich auf Brotherstellung eingestellten Bäckereien in viel stärkerer Weise betroffen als durch den Verkauf von Süssigkeiten und Luxusbroten, die in jenen Bäckereien, wenn überhaupt, nur als Nebenartikel geführt werden.

Mit extensiver Auslegung einer Strafvorschrift hat das Abstellen auf die Bedeutung des Brotes nichts zu tun.

Das von der Filiale Meilen schon früher vertriebene Knäckebrot, ein nach besonderem, patentiertem Verfahren hergestelltes Trockenbrot von grosser Haltbarkeit, konnte die Migros, vorausgesetzt dass das Patent gültig ist, nur vom Patentinhaber beziehen oder kraft einer Lizenz herstellen. Es stellt somit einen ausgesprochenen Spezialartikel dar, der, falls man ihn noch trotz seinem Charakter als Dauerbackware in die Kategorie Brot einreihen wollte, neben dem Hauptartikel Frischbrot eine so verschwindend geringfügige Rolle spielt, dass es sich seinetwegen keineswegs rechtfertigt den Schluss zu ziehen, die Migros Meilen habe schon früher Brot abgesetzt.

Aus dem gleichen Grunde liegt auch ein Anlass zur Rückweisung zwecks Beweisaufnahme darüber, ob die

Migros Meilen früher schon gewisse andere Spezialbrote, namentlich Birnbrot, verkauft habe, nicht vor.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

1. — Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

### III. ORGANISATION DER BUNDESRECHTSPFLEGE

#### ORGANISATION JUDICIAIRE FÉDÉRALE

##### 52. Urteil des Kassationshofs vom 25. Oktober 1937

i. S. Walder gegen Aargau, Staatsanwaltschaft.

**Bedingter Strafvollzug:** Verweigerung desselben wegen Fehlens der Voraussetzung des Art. 335 Abs. 3 BStrP (Vorleben und Charakter) ist nicht zulässig ohne sachliche Substantiierung jener Annahme.

Das Obergericht des Kantons Aargau verurteilte Walder wegen Führens eines Autos in angetrunkenem Zustande mit Unfallfolge (Art. 17 Abs. 2, 25, 26 MFG) zu einer Gefängnisstrafe von 4 Tagen und einer Busse von Fr. 40.— und verweigerte den nachgesuchten bedingten Strafvollzug mit folgender Begründung: « Der Beklagte hat so wenig Einsicht in die Strafbarkeit seiner Handlungsweise bekundet, dass ihn voraussichtlich eine bloss bedingt ausgesprochene Strafe von künftigen ähnlichen Verfehlungen kaum abzuhalten vermöchte ».

Gegen dieses Urteil hat der Verurteilte fristgemäss Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Freisprechung, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung; eventuell sei ihm nur eine Geldbusse aufzuerlegen oder bei Ausfällung einer Freiheitsstrafe der bedingte Straferlass zu gewähren. Die Begründung besteht in einer Kritik der vorinstanzlichen Beweiswürdigung bezüglich der Frage der Angetrunkenheit und der Geschwindigkeit.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung:*

1. — Ob der Beschwerdeführer beim Unfall angetrunken war und welche Geschwindigkeit er hatte, sind Fragen tatsächlicher Natur und daher die Feststellungen der Vorinstanzen hierüber gemäss Art. 275 BStrP für den Kassationshof verbindlich, denn Aktenwidrigkeiten in dem in BGE 62 I 61 umschriebenen Sinne liegen nicht vor; die Kritik des Beschwerdeführers betrifft ausschliesslich die Zeugenwürdigung, deren Überprüfung eben dem Bundesgericht entzogen ist. Auf Grund dieser Feststellungen aber besteht die Verurteilung des Angeklagten wegen Widerhandlung gegen die Vorschriften der Art. 17 Abs. 2, 25 und 26 MFG zu Recht.

2. — Dagegen ist die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges durch die Vorinstanz vor Art. 335 BStrP nicht haltbar. Diese Bestimmung knüpft den bedingten Strafvollzug an bestimmte Voraussetzungen. Sind diese gegeben, so ist nach deutlicher Fassung des Gesetzes (« der Richter kann den Vollzug einer Gefängnisstrafe ..... aufschieben ») die Bewilligung des Strafaufschubs weiterhin in sein Ermessen gestellt. Dieses Ermessen ist jedoch kein völlig freies; Ermessen bedeutet nicht Willkür. Es kann nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, eine kriminalpolitisch so bedeutungsvolle und einschneidende Massnahme bei Vorhandensein der von ihm aufgestellten Voraussetzungen immer noch dem freien Befinden des Richters anheimzugeben, so etwa wie die Begnadigung zur freien Ausübung übertragen ist. Wenn er nicht überhaupt die Verpflichtung des Richters ausgesprochen hat, unter den angegebenen Voraussetzungen den Strafaufschub zu gewähren, so ist das im Bewusstsein geschehen, dass diese Voraussetzungen zwar im grossen und ganzen, aber bei der Vielgestaltigkeit der Erscheinungen nicht ausnahmslos genügen, um die Gewährung nur dort zu garantieren, wo sie nach Sinn und Geist der Institution angezeigt erscheint. Daraus folgt, dass bei Vor-