

auf den schon vorhandenen Betriebseinrichtungen, nicht berücksichtigt zu werden brauchen.

(Ausführungen, dass die Berechnungen, auf Grund deren die Vorinstanz zur Annahme eines der Festsetzung der Busse zu Grunde zu legenden Gewinns (unrechtmässigen Vermögensvorteils) von mindestens Fr. 200 000.— gekommen sei, diesem Grundsatz widersprüchen.)

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichtsausschusses von Graubünden vom 30. April 1948 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**38. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 12. November 1948 i. S. Levy c. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt und Flad.**

*Art. 148 Abs. 1 StGB, Betrug.*

- a) Arglist (Erw. 1).
- b) Schon die Unterzeichnung, nicht erst die Erfüllung eines Darlehensvertrages schädigt den getäuschten Darleiher am Vermögen (Erw. 2).

*Art. 148 al. 1 CP, escroquerie.*

- a) Astuce (consid. 1).
- b) La signature d'un contrat de prêt suffit à léser la victime dans ses intérêts pécuniaires, même s'il n'est pas exécuté (consid. 2).

*Art. 148 cp. 1 CP, truffa.*

- a) Astuzia (consid. 1).
- b) Già la sottoscrizione di un contratto di mutuo e non soltanto la sua esecuzione lede il mutuante nei suoi interessi patrimoniali (consid. 2).

A. — Die Hawag A.G. in Basel handelte mit Weinen und Spirituosen und stellte Liköre her. Im Juli 1942 beauftragte ihr Geschäftsführer Henri Levy die Immobilien- und Kapital A.G. in Zürich, ihr einen Geldgeber zu suchen. Er übergab der Beauftragten ein das Datum des 30. Juli 1942 tragendes « Exposé » folgenden Inhalts:

« Seit Jahren bestehende, gut eingeführte Wein- und Spirituosenfirma in bedeutender Stadt der Nordostschweiz sucht zur Erweiterung ihres Geschäftsbetriebes und zur Vermehrung der Umlaufmittel einen Mitarbeiter mit einer Kapitaleinlage von Fr. 30/50 000.—.

Das Geschäft besteht in Form einer Aktiengesellschaft, und zwar seit ca. 8 Jahren.

Das Aktienkapital beträgt Fr. 50 000.— und ist voll einbezahlt. Das Kapital ist in wenigen Händen. Die Leitung besorgen tüchtige und anerkannte Fachleute.

Die Umsätze der Firma betragen jährlich ca. Fr. 300 000.—. Der Umsatz ist stets im Steigen begriffen, was vermehrtes Kapital erfordert. Die Reisetätigkeit wird von 3 Reisenden besorgt. Alte, gute und zahlungsfähige Kundschaft ist vorhanden. Die Kundschaft vergrössert sich ständig, da die Firma dazu übergegangen ist, die Grossisten zu beliefern.

Es werden sehr viele Schweizer Weine und Spirituosen geführt und auch verschiedene ausländische Spezialitäten, welche man dank der guten Beziehungen noch immer hereinbringen kann.

Gesucht wird ein aktiver und tüchtiger Kaufmann für den Innen- und teilweise auch für den Aussendienst; gute Salarierung und Beteiligung am Reingewinn wird zugesichert. Auch stilles Kapital würde hereingenommen, bei guter Verzinsung und Beteiligung am Reingewinn ev. Umsatzbonifikation.

Bilanzen und Angaben über die Umsätze stehen ernsthaften Herren jederzeit zur Verfügung. Schulden hat die Firma ausser den üblichen Warenkreditoren keine.»

Als der aus Rumänien zurückgekehrte Kaufmann Bruno Flad im Jahre 1944 durch ein Zeitungsinserat die nutzbringende Anlage seines Geldes anbot, meldete sich die Immobilien- und Kapital A.G., gab ihm eine Abschrift des Exposés, unter Weglassung des Datums, und benachrichtigte die Hawag A.G. In deren Namen schrieb Henri Levy dem Flad am 12. Juni 1944, die Immobilien- und Kapital A.G. teile mit, dass sich Flad an einer gut eingeführten, seriösen Firma aktiv zu beteiligen wünsche. Levy schlug eine Besprechung vor.

Eine solche kam noch im Juni zustande, und am 5. Juli 1944 trafen sich Levy und Flad zum zweitenmal. Letzterer nahm auf die Abschrift des Exposés Bezug, die er zur Hand hatte. Levy erklärte, es stimme, weil es älteren Datums sei, nicht mehr in allen Teilen, der Jahresumsatz der Hawag A.G. sei nämlich auf Fr. 600 000.— bis 700 000.— angestiegen. Obschon ihm der übrige Inhalt des Schriftstückes im wesentlichen noch gegenwärtig war, verschwieg er

dagegen bewusst, dass die Hawag A.G. ausser den « üblichen Warenkreditoren » noch zahlreiche andere Gläubiger hatte, denen sie mindestens Fr. 108 000.— schuldete. Auch die Angabe des Exposés, wonach die Hawag A.G. den Mitarbeiter mit der Kapitaleinlage « zur Erweiterung ihres Geschäftsbetriebes und zur Vermehrung der Umlaufmittel » suche, berichtigte Levy nicht. Er erklärte, die Hawag A.G. sei eine gutfundierte, nicht sanierungsbedürftige Firma, die wegen des guten Geschäftsganges vergrößert werden sollte. Das Darlehen, das sie suche, sei zum Bareinkauf von Waren bestimmt. Wenn Flad im Geschäft mitwirke, könnten Henri Levy und dessen Vater ganz der Reisetätigkeit nachgehen und dadurch den Umsatz erheblich erhöhen. Henri Levy wies Flad eine auf 30. Juni 1943 erstellte Bilanz vor, die einen ungefähr den Tatsachen entsprechenden Reingewinn von Fr. 4890.91 auswies, in welchem ein aus dem Geschäftsjahre 1941/42 vorgetragener Gewinn von Fr. 2148.69 inbegriffen war. Levy fügte bei, die vielen Privatbezüge seien nicht berücksichtigt, da die Bilanz für den Fiskus erstellt sei. Auch sei das Inventar zu niedrig bewertet. In Wirklichkeit waren aber auf Mobilien und Waren keine Abschreibungen vorgenommen worden. Levy erklärte ferner, das Geschäftsjahr 1943/44 schliesse noch viel besser ab. Wie er wusste, überstieg indes der Verlust dieses Jahres das Aktienkapital. Er war sich auch bewusst, dass die Hawag A.G. sanierungsbedürftig, ja sogar, dass sie konkursreif war. Mangels flüssiger Mittel war sie z. B. gegenüber einer Firma mit der Ablieferung von mindestens Fr. 28 000.— Erlös aus Kommissionsware im Rückstande, schuldete der eidgenössischen Steuerverwaltung an Warenumsatzsteuern Fr. 25 800.—, war mit der Zahlung zahlreicher, auch kleiner Schulden in Verzug, hatte zahlreiche Finanzwechsel im Umlauf und war genötigt, solche verlängern zu lassen, hatte im Februar und März 1944 drei Konkursandrohungen erhalten und sah sich zur Sanierung des Geschäftes veranlasst, Anna Levy, die Mutter des Henri, auf 30. Juni

1944 auf eine Forderung von Fr. 26 000.— verzichten zu lassen. Henri Levy wollte das Geld des Flad nicht zur Vergrößerung des Geschäftes, sondern zur Bezahlung dringlicher Wechselverpflichtungen. Mit dem Willen, ihn zu täuschen, verschwieg er das.

Flad, der bei Kenntnis der Lage der Hawag A.G. und der Absicht Levys die Verhandlungen abgebrochen hätte, liess sich täuschen. Er unterzeichnete am 5. Juli 1944 einen Vertrag, durch den ihn die Hawag A.G. gegen einen monatlichen Gehalt von Fr. 1500.— als Leiter ihres Büros anstellte, wogegen er sich verpflichtete, ihr gegen 5 % Zins Fr. 30 000.— zu leihen.

Am 7. August 1944 ordneten die Parteien das Anstellungs- und Darlehensverhältnis in einem eingehenderen neuen Verträge. Da Flad seit dem 5. Juli 1944 erfahren hatte, dass der Vater des Henri Levy, Lucien Levy, der in der Hawag A.G. bestimmend mitwirkte, seinerzeit in Konkurs gewesen war, verpflichtete sich die Hawag A.G., die Fr. 30 000.— durch « Debitorenzession » sicherzustellen, wobei sie sich ausbedang, dass diese den Kunden nicht anzuzeigen sei.

Nachdem Flad den neuen Vertrag unterzeichnet hatte, bat ihn Henri Levy, aus Gefälligkeit an seiner Stelle auf Rechnung des Darlehens einige Wechsel einzulösen, die gerade fällig seien; der Betrag werde in Kürze durch Eingang von Kundenguthaben gedeckt sein. Flad löste am 8. und 9. August 1944 sechs Wechsel von zusammen Fr. 11 478.65 ein und rundete den ausgelegten Betrag auf Fr. 11 500.— auf, indem er Henri Levy Fr. 21.35 bezahlte. Als ihn Levy in den folgenden Tagen um weitere Zahlungen bat, verlangte Flad Sicherstellung. Levy übergab ihm eine nicht unterzeichnete Liste von Schuldnern. Da Flad diese Sicherheit nicht genügte und er inzwischen von vielen Betreibungen gegen die Hawag A.G. Kenntnis erhalten hatte, trat er am 22. August 1944 vom Vertrag zurück. Die bezahlten Fr. 11 500.— erhielt er nicht zurück. Am 23. März 1945 wurde über die Hawag A.G. der Konkurs

eröffnet. In diesem fiel auf die Forderungen fünfter Klasse eine Dividende von 1,39 %.

B. — In wesentlicher Bestätigung eines Urteils des Strafgerichts erklärte das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt Henri Levy am 29. Juli 1948 des Betrugese schuldig (Art. 148 Abs. 1 StGB) und verurteilte ihn zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von acht Monaten und zur Zahlung von Fr. 11 335.— nebst 5 % Zins ab 8. August 1944. Es verwies auf die Erwägungen des Strafgerichts, dessen Urteil unter anderem ausführt, der Betrug sei am 5. Juli 1944 vollendet worden, denn schon die Eingehung der Schuldverpflichtung, nicht erst deren Erfüllung, habe das Vermögen Flads belastet und damit diesen geschädigt. Was der Angeklagte nachher zur Verwirklichung der beabsichtigten Bereicherung noch getan habe, sei tatbestandsmässig nicht mehr entscheidend, wohl aber für die Strafzumessung insofern von Bedeutung, als der endgültig verwirklichte Schaden nur Fr. 11 500.— betrage. Der Einwand, Flad sei durch die übergebene Zession gedeckt gewesen, ändere am Betrüge nichts, denn im Vertrag vom 5. Juli sei von Zession noch nicht die Rede gewesen und die Liste der Schuldner sei Flad erst nach der Einlösung der Wechsel übergeben worden. Immerhin liege darin ein Indiz, dass Levy den durch betrügerischen Vertragsschluss angerichteten Schaden so gut wie möglich zu decken versucht habe, was strafmindernd zu berücksichtigen sei. Nach den Ausführungen des Gutachters wäre Flad bis zur Höhe der bereits geleisteten Zahlungen gedeckt gewesen, wenn er die Zession angenommen hätte.

C. — Levy führt Nichtigkeitsbeschwerde mit den Anträgen, das Urteil des Appellationsgerichts sei aufzuheben, er sei freizusprechen und die Forderung des Zivilklägers sei abzuweisen.

Er macht geltend, zum Betrug fehle das Merkmal der Arglist; weder das Strafgericht noch das Appellationsgericht stelle es fest. Arglistig handle nur, wer Anstalten treffe, um den Belogenen an der Überprüfung der Angaben

zu verhindern oder sie zu erschweren. Flad sei ein gewiegter Kaufmann, der wisse, dass man bei jedem Handel aufpassen müsse. Der Beschwerdeführer ist sodann der Meinung, der Betrug sei nicht schon mit der Unterzeichnung des Vertrages vom 5. Juli 1944 vollendet worden. Flad habe sich damit bloss gegenüber dem Beschwerdeführer, nicht gegenüber Dritten, verpflichtet, habe also dem Leistungsbegehren noch immer die Einrede des Betrugese entgegenhalten und damit den Vermögensschaden abwenden können. Auch mit der Leistung der Fr. 11 500.— sei der Betrug nicht vollendet worden. Flad habe für dieses Geld Sicherheit verlangt, und sie sei ihm tatsächlich angeboten worden und hätte ihn gedeckt. Nicht durch das Verhalten des Beschwerdeführers, sondern durch sein eigenes Verhalten sei Flad mit den Fr. 11 500.— zu Schaden gekommen.

D. — Die Staatsanwaltschaft und Flad beantragen kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung:*

1. — Zum Tatbestand des Betruges genügt nicht, dass der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen irreführt oder den Irrtum eines andern benützt, sondern Art. 148 Abs. 1 StGB verlangt ausserdem, dass der Täter arglistig handle. Das tut er nicht schon immer dann, wenn er lügt. Arglist liegt nicht vor, wenn der andere die Lüge ohne besondere Mühe überprüfen kann, ihm die Überprüfung zuzumuten ist und ihn der Täter weder absichtlich davon abhält, noch nach den Umständen voraussieht, dass der Getäuschte die Überprüfung unterlassen werde (BGE 72 IV 13, 123, 128, 159). Allein auf diese Rechtsprechung kann sich der Täter nur berufen, wenn ihm nichts vorzuwerfen ist als eine einfache Lüge. Baut er ein ganzes Lügengebäude auf, das von besonderer Hinterhältigkeit zeugt, wendet er Kniffe an (manœuvres frauduleuses, vgl. GARRAUD, Traité du droit

pénal français (3) 6 333 ff.) oder stützt er die Lüge sonstwie durch Machenschaften (mise en scène, BGE 73 IV 23), so handelt er arglistig, unbekümmert darum, ob der Getäuschte sich durch Überprüfung der Angaben selbst schützen könnte.

Ein ganzes Gebäude von Lügen hat der Beschwerdeführer errichtet, um Flad hineinzulegen. Insbesondere gab er ihm bewusst wahrheitswidrig an, das Geschäft gehe gut, das Darlehen sei zu dessen Vergrösserung bestimmt, es würden damit Waren bar eingekauft, die Hawag A.G. habe nur Lieferantenschulden, sie sei eine gutfundierte, nicht sanierungsbedürftige Firma. Den grossen Verlust des Jahres 1943/44 verschwieg er bewusst, obschon Treu und Glauben ihn verpflichteten, davon zu sprechen, da er andererseits auf den Gewinn des Jahres 1942/43 Bezug nahm. Der Beschwerdeführer hat seine Lügen auch durch besondere Machenschaften gestützt. Solche lagen darin, dass er den Geldgeber durch die Vertrauen erweckende Vermittlung der Immobilien- und Kapital A.G. suchte, dass er das Exposé, das er dieser übergeben hatte und auf das sich Flad stützte, nur zugunsten (Umsatz), nicht auch zuungunsten (Schulden) der Hawag A.G. berichtigte, dass er durch Vorlegung einer Bilanz den Willen zu wahrheitsgemässer Auskunft vortäuschte und dass er Flad als Leiter des Büros anstellte mit der Angabe, sich dadurch selber mehr der Reisetätigkeit widmen zu können, was Flad in der Meinung, das Geschäft sei ausbaufähig und solle ausgebaut werden, bestärkte. Der Beschwerdeführer hat somit arglistig gehandelt.

2. — Zum vollendeten Betrug gehört, dass der Täter «den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt». Ein solches Verhalten lag schon darin, dass Flad am 5. Juli 1944 den Darlehensvertrag unterzeichnete. Dadurch belastete er sein Vermögen mit einer Schuld von Fr. 30 000.—. Freilich befand sich ihr Gegenwert, das zu leihende Geld, noch im Besitze Flads. Aber mit dem schrift-

lichen Vertrag hatte der Beschwerdeführer ein Mittel in der Hand, es ihm jederzeit abzufordern, in einer Betreibung auf Leistung des Darlehens die provisorische Rechtsöffnung zu erwirken oder Flad durch den Zivilrichter zur Leistung verurteilen zu lassen. Freilich war der Vertrag für Flad wegen absichtlicher Täuschung unverbindlich (Art. 28 OR). Die Einrede, die ihm zustand, konnte ihm jedoch erst vom Augenblick an nützen, wo er vom Betrüge Kenntnis hatte. Bis dahin belastete ihn der Vertrag mit allen Nachteilen, die eine verbindliche Unterschrift mit sich bringt. Zudem konnte die Einrede den Vermögensnachteil des Betrogenen, auf dem Prozesswege belangt zu werden oder selber einen Prozess (Aberkennungsklage) anheben zu müssen, um der Leistung zu entgehen, nicht ungeschehen machen. Bis der Richter die Unverbindlichkeit des Vertrages feststellen oder die Hawag A.G. sie ohne Urteil anerkennen würde, war Flad geschädigt. Ein bloss vorübergehender Schaden aber genügt zum Tatbestand des Art. 148 StGB (BGE 73 IV 226 f.). Zuzugeben ist, dass auch die teilweise Auszahlung des Darlehens dem Betrogenen Schaden zugefügt hat und die volle Auswirkung des Betruges auf das Vermögen Flads erst mit der Leistung der ganzen Darlehenssumme eingetreten wäre. Das ändert aber nichts daran, dass ein Teilschaden schon mit der Unterzeichnung des Vertrages eintrat.

War der Betrug in diesem Augenblick vollendet, so vermochte das spätere Angebot, das Darlehen durch Abtretung von Kundenguthaben sicherzustellen, daran nichts mehr zu ändern. Bloss für das Strafmass konnte es noch von Bedeutung sein. In diesem Sinne haben ihm die Vorinstanzen Rechnung getragen. Insbesondere haben sie dem Beschwerdeführer zugute gehalten, dass er, nachdem Flad die Fr. 11 500.— bereits ausgelegt hatte, durch Anbieten von Kundenguthaben den Schaden zu decken versucht hat.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.