

richterliche Funktionen aus und erlangt der Strafbefehl, gegen den nicht Einsprache erhoben wird, die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils. Nach dem Gesagten ist er daher auch Urteil im Sinne des Art. 31 Abs. 1 StGB.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

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

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

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 Betrugsversuches, 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 Erbschwindelung 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.

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 fortgesetzte 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

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 festzustellen, 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 Berufsverbrechers, 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 Gewinn-

sucht 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.

37. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 3. Oktober 1952 i. S. B. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau.

Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Begriff des Dienstboten.

Art. 191 ch. 1 al. 2 CP. Notion du domestique.

Art. 191 cifra 1 ep. 2 CP. Nozione del servo.

A. — B., Verwalter einer alkoholfreien Wirtschaft in Steckborn, fragte anfangs Juni 1948 die am 5. Februar 1933 geborene S. W., ob sie geneigt wäre, bei ihm für etwa zwei Wochen als Kindermädchen einzutreten, da seine Ehefrau vor der Geburt des dritten Kindes stehe. S. W. sagte nach Rücksprache mit ihren Eltern zu und trat die Stelle am 15. Juni 1948 an. Ein schriftlicher Vertrag wurde nicht abgefasst und die Höhe des Lohnes nicht genau vereinbart. S. W. leistete aber die Dienste gegen Lohn. Ausserdem wurde sie, wie Familie B., aus der Wirtschaftsküche verpflegt und hatte freie Unterkunft im Hause ; sie schlief in dem an das Schlafzimmer der Eheleute B. anstossenden Kinderzimmer. Anfänglich oblag ihr lediglich die Betreuung der beiden Kinder und die Besorgung der Privat-

wohnung. Später musste sie auch etwas im Geschäft mit-helfen, und gegen das Ende ihrer Anstellung, die bis Ende August 1948 verlängert wurde, da sich die Niederkunft der Frau B. bis 25. Juli 1948 verzögerte, oblag ihr hauptsächlich die Bedienung in der Wirtschaft und nur noch in der Freizeit auch die Betreuung der Kinder.

Am 26. Juli 1948 zwischen 3 und 4 Uhr morgens begab sich B. in das Schlafzimmer der S. W. und vollzog mit ihr im Bewusstsein, dass sie noch nicht sechzehn Jahre alt war, den Beischlaf. Frau B. befand sich damals im Kantons-spital Münsterlingen.

B. — B. wurde unter der Anklage der Unzucht mit einem Dienstboten unter sechzehn Jahren (Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) dem Geschwornengericht des Kantons Thurgau überwiesen und am 30. Juni 1952 in Anwendung der erwähnten Gesetzesbestimmung zu zwei Jahren Zuchthaus verurteilt und für drei Jahre über die Strafzeit hinaus in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit eingestellt.

C. — B. führt Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 268 ff. BStP mit den Anträgen, das Urteil der Kriminalkammer sei aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie ihn von der Anklage der Unzucht mit einem Dienstboten unter sechzehn Jahren freispreche.

Der Beschwerdeführer macht geltend, S. W. sei nicht sein Dienstbote gewesen. Es hätten seine *besondere* Autorität und die *besondere* Abhängigkeit gefehlt, die nach BGE 71 IV 192 zum Dienstbotenverhältnis gehörten. Sein Verhältnis zu S. W. sei absolut lose und locker gewesen. Es habe nur ganz kurze Zeit gedauert, wobei von Lohn überhaupt nicht die Rede gewesen sei, entgegen der Annahme der Kriminalkammer. S. W. habe lediglich zweimal von Frau B. ein Trinkgeld bekommen. Sie sei lediglich aus Güte zu den Kindern gekommen. Sie habe nicht im Sinne gehabt, in ein Dienstbotenverhältnis zu treten, sondern habe lediglich einige Tage die Kinder betreuen wollen. Solange Frau B. abwesend war, also auch zur Zeit der Tat, sei das S. W.s Aufgabe gewesen. Erst später habe sie auch