

Täters stützen und dem Sinn und Geist des Gesetzes, dem Grundgedanken der Einrichtung des bedingten Strafvollzuges nicht widersprechen, der dahin geht, den Täter schon durch die in der ausgesprochenen Strafe liegende Warnung zu bessern, wenn dafür begründete Aussicht besteht und er diese Behandlung nach seiner Persönlichkeit verdient (BGE 73 IV 77, 84).

2. — Die fahrlässige Störung des öffentlichen Verkehrs und die fahrlässige Tötung sind im vorliegenden Falle darauf zurückzuführen, dass der Beschwerdeführer in einem Zustande, der als starke Angetrunkenheit, wenn nicht sogar als leichter Rausch zu bezeichnen ist, ein Motorfahrzeug geführt hat. Dieses Verhalten zeugt von einer solchen Hemmungs- und Skrupellosigkeit des Beschwerdeführers, dass er den bedingten Aufschub der Strafe nicht verdient. Wohl hat gerade der Alkohol die Hemmungen vermindert. Das wusste der Beschwerdeführer aber, wie ihm auch selbstverständlich bekannt war, dass ein Angetrunkenener seine Fähigkeiten zur Beherrschung des Fahrzeuges überschätzt, anders ausgedrückt, dass das Führen eines Motorfahrzeuges in angetrunkenem Zustande die anderen Strassenbenützer in hohem Masse gefährdet. Er hätte, wenn er nicht auf die Führung seines Wagens verzichten wollte, weniger oder keinen Alkohol trinken sollen. Durch sein Verhalten hat er auf Leben und Gesundheit anderer so wenig Rücksicht genommen dass es dem Sinn und Geiste des Gesetzes nicht widerspricht, ihn durch eine unbedingt vollziehbare Strafe an seine Pflicht zu erinnern, zumal eine solche Strafe, was nebenbei mitberücksichtigt werden darf (BGE 73 IV 80), durch Abschreckung auch allgemein das Verantwortungsgefühl der Motorfahrzeugführer stärken kann.

3. — Bleibt die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges somit im Rahmen des Ermessens, das dem Richter nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zusteht, so kommt nichts darauf an, ob die Vorinstanz den zweiten Absatz von Art. 41 Ziff. 1 richtig ausgelegt hat, d. h. ob Vorleben und

Charakter des Beschwerdeführers, wie sie sich aus der Vorstrafe wegen Drohung, dem Verhalten im Prozesse N. und im vorliegenden Prozesse sowie aus dem Fahren in angetrunkenem Zustande ergeben, die Erwartung nicht rechtfertigen, dass der Beschwerdeführer sich durch eine bedingt vollziehbare Strafe von weiteren Vergehen und Verbrechen abhalten liesse.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

37. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 8. Oktober 1948 i. S. Cottinelli gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden.

1. Art. 154 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Gewerbsmässigkeit des Inverkehrbringens gefälschter Ware (Erw. 2).
 2. Art. 48 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Gewinnsucht (Erw. 3).
 3. Art. 48 Ziff. 2 StGB. Wie ist die Busse für eine gewerbsmässig begangene Tat zu bemessen ? (Erw. 4). Grundsätze für die Berechnung des aus dem Vergehen gezogenen Gewinnes (Erw. 5).
 4. Art. 269 Abs. 1 BStP. « *In dubio pro reo* » ist kein Satz des eidgenössischen Rechts (Erw. 5 Abs. 1).
1. Art. 154 ch. 1 al. 2 CP. Faire métier de la mise en circulation de marchandises falsifiées (consid. 2).
 2. Art. 48 ch. 1 al. 2 CP. Cupidité (consid. 3).
 3. Art. 48 ch. 2 CP. Comment fixer l'amende lorsque l'auteur fait métier de l'infraction ? (consid. 4). Principes applicables au calcul du gain tiré de l'infraction (consid. 5).
 4. Art. 269 al. 1 PPF. Le principe « *in dubio pro reo* » ne constitue pas une règle du droit fédéral (consid. 5 al. 1).
1. Art. 154 cifra 1 cp. 2 CP. Mettere in circolazione per mestiere merci contraffatte (consid. 2).
 2. Art. 48 cifra 1 cp. 2 CP. Fine di lucro (consid. 3).
 3. Art. 48 cifra 2 CP. Commisurazione della multa quando l'autore fa mestiere dell'infrazione (consid. 4). Principi applicabili pel calcolo del profitto procurato dall'infrazione (consid. 5).
 4. Art. 269 cp. 1 PPF. Il principio « *in dubio pro reo* » non costituisce una regola del diritto federale (consid. 5 cp. 1).

A. — Da während des zweiten Weltkrieges die Einfuhr von Veltliner Wein immer schwieriger wurde, mischte Paul Cottinelli als kaufmännischer und technischer Leiter der A.-G. J. Cottinelli in Chur solchen Wein mit billigeren

anderen Sorten, namentlich italienischen, spanischen und französischen Ursprungs, und brachte das Gemisch als erstklassigen Veltliner in den Handel. Er wollte dadurch nicht nur den Rückgang des Geschäftsumsatzes vermeiden, sondern den Kundenkreis unter Ausnützung der Lage, in der sich die Konkurrenten befanden, dauernd vergrössern. Wenn man die am 1. Juli 1941 vorhanden gewesenenen 243 428 l, die im Inventar als Veltliner verzeichnet, in Wirklichkeit aber bereits verschnitten waren, als Veltliner in die Rechnung einsetzt, hat Cottinelli in der Zeit vom 1. Juli 1941 bis 26. März 1946 insgesamt 935 852 l Veltliner (46,76 %) mit 1 228 075 l anderen Weinen (53,24 %) gemischt und das Gemisch als Veltliner verkauft. Im Geschäftsjahr vom 1. Juli 1941 bis 30. Juni 1942 setzte er dem Veltliner, den Eingangsbestand an verschnittenem Wein inbegriffen, 26,47 % anderen Wein zu, im Geschäftsjahr 1942/43 45,06 %, im Geschäftsjahr 1943/44 58,02 %, im Geschäftsjahr 1944/45 58,53 % und vom 1. Juli 1945 bis 26. März 1946 86,48 %. Den Veltliner kaufte Cottinelli durchschnittlich für Fr. 2,504 je Liter ein, den anderen Wein durchschnittlich für Fr. 1,633. Aus dem Gemisch löste er durchschnittlich Fr. 2,214 je Liter. Sein Vorgehen erlaubte ihm, den Kundenkreis tatsächlich erheblich zu erweitern und den Geschäftsumsatz um mehr als das Doppelte zu steigern. Aufgedeckt wurden die Fälschungen im März 1946 durch die Betriebskontrolle der eidgenössischen Weinhandelskommission und des kantonalen chemischen Laboratoriums.

B. — Das Kreisgericht Chur sprach Cottinelli am 17. Januar 1948 des gewerbsmässigen Inverkehrbringens gefälschter Ware (Art. 154 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) schuldig, verurteilte ihn zu einer Gefängnisstrafe von drei Monaten, bedingt vollziehbar mit einer Probezeit von drei Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 50 000.— und verfügte die Veröffentlichung des Urteilspruchs auf Kosten des Angeklagten im Amtsblatt des Kantons Graubünden.

Die Staatsanwaltschaft erhob Beschwerde an den Aus-

schluss des Kantonsgerichtes mit dem Antrag, die Busse sei angemessen zu erhöhen. Der Angeklagte schloss sich der Beschwerde an, indem er beantragte, die Tat sei nicht als gewerbsmässige zu würdigen, Freiheitsstrafe und Busse seien angemessen herabzusetzen, die Bewährungsfrist auf zwei Jahre zu bemessen und von der Veröffentlichung des Urteils Umgang zu nehmen.

Der Ausschuss des Kantonsgerichtes hiess durch Urteil vom 30. April 1948 die Beschwerde der Staatsanwaltschaft dahin gut, dass er die Busse auf Fr. 200 000.— erhöhte. Die Anschlussbeschwerde wies er ab.

C. — Cottinelli ficht das Urteil der oberen Instanz mit der Nichtigkeitsbeschwerde an. Er beantragt, es sei aufzuheben und die Vorinstanz zu verhalten, die Beschwerde der Staatsanwaltschaft abzuweisen und seine Anschlussbeschwerde gutzuheissen.

D. — Die Staatsanwaltschaft beantragt, die Nichtigkeitsbeschwerde sei abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. —
2. — Der Beschwerdeführer bestreitet, dass seine Handlungen das Merkmal der Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 154 Ziff. 1 Abs. 2 StGB aufweisen. Zu Unrecht; gewerbsmässig vergeht sich, wer die Tat wiederholt begeht in der Absicht, zu einem Erwerbseinkommen zu gelangen, und mit der Bereitschaft, gegen unbestimmt viele zu handeln (BGE 70 IV 135, 71 IV 85, 115, 72 IV 109). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die Auffassung des Beschwerdeführers, Gewerbsmässigkeit läge nur vor, wenn er aus seiner Tat übermässige Gewinne gezogen und das Inverkehrbringen gefälschten Weines geradezu zur Existenzgrundlage gemacht hätte, hält nicht stand. Auf den tatsächlich erzielten Gewinn kommt überhaupt nichts an, sondern nur darauf, ob der Täter es auf ein Erwerbseinkommen abgesehen hatte. Auch ist gleichgültig, wie hoch dieses nach seiner Absicht sein sollte (BGE 72 IV 110)

und ob er es als Haupt- oder als Nebeneinkommen und als regelmässigen oder als bloss gelegentlichen Erwerb ansah (BGE 71 IV 85, 115). Übrigens stellt die Vorinstanz verbindlich fest, dass die hauptsächlichsten Einnahmen der A.-G. J. Cottinelli und damit des Beschwerdeführers aus dem Verkauf des gefälschten Weines herrührten. Dem Beschwerdeführer wäre somit selbst dann nicht geholfen, wenn in der erwähnten Richtung strengere Anforderungen an den Begriff der Gewerbmässigkeit gestellt würden. Ebenso wenig ist dieser Begriff dahin auszulegen, dass sich der Täter dem ehrlichen Leben entfremdet haben müsse, nicht mehr ernsthaft beabsichtige, je wieder einem ehrlichen Erwerbe nachzugehen; ein Gewerbe übt auch aus, wer zum vornherein die Absicht hat, es nach bestimmter Zeit oder nach dem Wegfall bestimmter Voraussetzungen wieder aufzugeben. Auch kommt für den Begriff der Gewerbmässigkeit nichts darauf an, ob der Täter aus Not oder aus Gewinnsucht das Vergehen zum Gewerbe macht.

3. — Ob der Beschwerdeführer sich aus Gewinnsucht vergangen hat, ist dagegen insofern von Bedeutung, als nur unter dieser Voraussetzung die Busse zwanzigtausend Franken übersteigen darf (Art. 48 Ziff. 1 StGB).

Die Vorinstanz hat die Gewinnsucht bejaht. Der Beschwerdeführer verneint sie, weil er den gefälschten Veltliner zu Preisen abgegeben habe, die unter den Einstandspreisen des echten Veltliners standen, und weil die Geschäftsergebnisse des Betriebes während der kritischen Kriegsjahre unbefriedigend gewesen seien. Allein mit diesen Argumenten vermag er sein Gewinnstreben weder vollständig zu widerlegen, noch als so geringfügig hinzustellen, dass es nicht als Ausfluss einer Sucht im Sinne der zitierten Bestimmung erschiene. Denn wie gross oder klein auch immer der Reinertrag aus dem Verkaufe des gefälschten Weines gewesen sein mag, bleibt doch die verbindliche Feststellung der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer durch sein Vergehen nicht nur den gewinnbringenden Hauptzweig des Geschäftes in eine bessere Zeit hat hin-

überretten wollen, sondern auf Erweiterung des Kundenkreises ausgegangen ist und in diesem Streben binnen kurzer Zeit den Umsatz des Geschäftes verdoppelt hat. Indem er die schwierige Lage, in der sich alle Importeure von Veltliner Wein befanden, zum Nachteil der Konkurrenten so hemmungslos ausnützte, um dem Geschäft auf strafbare Weise für die Zukunft eine Vorzugsstellung zu sichern, offenbarte er Gewinnsucht.

4. — Die Vorinstanz hat die Busse auf Fr. 200 000.— bemessen, weil sie den Gewinn, den der Beschwerdeführer aus seiner strafbaren Handlung gezogen hat, auf mindestens diesen Betrag beziffert. Sie ist der Auffassung, die für die gewerbmässige Tat in Art. 154 Ziff. 1 Abs. 2 vorgesehene Busse habe vor allem das Vergehen nachträglich unwirtschaftlich zu machen. Bei der Bemessung der Busse seien in Betracht zu ziehen der Umfang der Verfehlungen, der Grad des Verschuldens sowie der vom Täter beabsichtigte und der tatsächlich eingetretene Vermögensvorteil. Nach letzterem bestimme sich das Mindestmass der Busse.

Die Busse, auch die in Art. 154 Ziff. 1 Abs. 2 vorgesehene, ist Strafe. Sie soll wie jede solche den Rechtsbruch sühnen, den Täter bessern und allgemein abschreckend wirken. Dass sie auch oder sogar in erster Linie den Zweck habe, die Tat nachträglich unwirtschaftlich zu machen, ist nirgends zu ersehen. Dieser Zweck müsste notwendig dazu führen, die Busse nach dem Umfang der Bereicherung zu bemessen. Art. 48 Ziff. 2 ordnet die Bemessung aber allgemein und ohne Vorbehalt im Sinne des Strafcharakters. Der Betrag soll je nach den Verhältnissen des Täters so bestimmt werden, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden entspricht. Etwas anderes ist auch für Bereicherungsdelikte nicht vorgesehen. Gegen ihre Sonderbehandlung spricht Art. 48 Ziff. 3. Gehörte es zum Zwecke der Busse, die Bereicherung wegzuschöpfen, so wäre nicht zu verstehen, wieso diese beim Tode des Verurteilten seinen Erben zu belassen wäre. Dem Täter oder den sonstigen Nutzniessern der Tat den unrechtmässigen

Vorteil zu entziehen, wäre Sache der Konfiskation, nicht der Strafe; jene aber ist nach Art. 58 und 59 auch nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig.

Nichts hindert jedoch den Richter, dem ethischen Grundsatz, wonach dem Täter die Früchte des Verbrechens nicht zu belassen sind (vgl. BGE 71 IV 148, 72 IV 104, 74 IV 22), insofern Rechnung zu tragen, als er bei der Abwägung des Verschuldens und der Würdigung der Verhältnisse des Täters (Einkommen, Vermögen usw.) den aus dem Verbrechen gezogenen Gewinn mitberücksichtigt. Je grösser dieser, desto grösser ist das Verschulden und desto grösser in der Regel auch die finanzielle Leistungsfähigkeit des Schuldigen. Damit wird der Gewinn tatsächlich von der Busse erfasst, nicht unmittelbar und absolut, aber im Rahmen der Straffunktion der Busse und eingeordnet in die Bemessungsnormen des Art. 48 Ziff. 2. Daraus folgt auch, dass die Auffassung der Vorinstanz, das Mindestmass der Busse bestimme sich nach dem tatsächlich erzielten Vermögensvorteil, nicht schlechthin zutrifft. Die Busse wird in der Regel mindestens auf den Betrag dieses Vorteils festgesetzt werden können; sie kann aber auch darunter bleiben oder darüber hinaus gehen, je nach dem gesamten Verschulden und den gesamten Verhältnissen des Täters. So ist z. B. auf dessen Unterhaltspflicht gegenüber seiner Familie Rücksicht zu nehmen. Deren materielle Existenz darf auf einen bescheidenen Stand herabgesetzt, aber nicht gefährdet oder sogar zugrunde gerichtet werden.

5. — Soweit die Feststellung der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer mit den Fälschungen einen Gewinn von Fr. 200 000.— erzielte, von dem für die Bemessung der Busse massgebenden Begriff des unrechtmässigen Vermögensvorteils ausgeht, ist sie tatsächlicher Natur und deshalb für den Kassationshof verbindlich (Art. 277 bis Abs. 1 BStP). Der Beschwerdeführer kann ihr daher nicht die Buchhaltung und die Gutachten entgegenhalten, aus denen sich ein viel kleinerer Gewinn ergebe. Ob der Buch-

haltung, auf welche die Gutachten abstellen, Glauben zu schenken sei, war eine Frage der Beweiswürdigung, auf der die Tatsachenfeststellung beruht und die deshalb vom Kassationshof nicht zu überprüfen ist. Der Einwand des Beschwerdeführers, es liege ein Verstoss gegen den bundesrechtlichen Grundsatz vor, dass die dem Angeklagten zur Last gelegten Strafhandlungen nachgewiesen sein müssen, geht fehl; denn die Vorinstanz nimmt eben einen Gewinn von Fr. 200 000.— als bewiesen an. Ebensowenig kann der Beschwerdeführer die Beweiswürdigung mit der Behauptung anfechten, sie verstosse gegen den Grundsatz *in dubio pro reo*; das ist kein Grundsatz des eidgenössischen Rechts (BGE 69 IV 152).

Rechtsfrage des eidgenössischen Rechts ist es dagegen, ob die Vorinstanz den für die Abwägung des Verschuldens und der Verhältnisse des Beschwerdeführers massgebenden Begriff des Gewinnes angewendet hat.

Der Gewinn, den der Beschwerdeführer aus seinem Vergehen gezogen hat, entspricht nicht dem Unterschiede zwischen dem Einkaufs- und dem Weiterverkaufspreise des Weines, sondern nur dem, was ihm nach Abzug der Unkosten als Reingewinn geblieben ist. Denn auf den Unterschied zwischen dem Stand, den das Vermögen des Beschwerdeführers ohne die strafbare Handlung gehabt hätte, und dem Stand, auf den er es durch diese gebracht hat, kommt es an. Mit der Begründung, dass die Buchhaltung unzuverlässig sei, darf über die Unkosten des strafbaren Weinhandels nicht hinweggegangen werden. Will das Gericht nicht auf die Angaben der Buchhaltung abstellen, so muss es die wirklichen Unkosten auf anderem Wege ermitteln, wenn nötig mit Hilfe von Sachverständigen. Gemeint sind nicht die Geschäftsunkosten schlechthin, sondern nur die Unkosten aus dem strafbaren Zweig des Geschäftes, wobei jene Aufwendungen, die auch dann nötig gewesen wären, wenn der Beschwerdeführer diesen Zweig nicht eingeführt hätte, z. B. Zinsen und Abschreibungen

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 Salariierung 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