Urteilskopf

119 IV 129

23. Urteil des Kassationshofes vom 18. August 1993 i.S. G. gegen Generalprokurator des Kantons Bern (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 148 Abs. 2 StGB; gewerbsmässiger Betrug.

Gewerbsmässigkeit bejaht bei einem Täter, der innert 19 Monaten bei 23 Gebrauchtwagen den Kilometerstand durchschnittlich jeweils um ca. 50'000 km geändert und durch den Verkauf der Fahrzeuge unter Angabe des niedrigeren falschen Kilometerstandes ein regelmässiges Zusatzeinkommen von knapp Fr. 1'000.– pro Monat erzielt hat (Konkretisierung der Rechtsprechung).

Regeste (fr):
Art. 148 al. 2 CP; escroquerie par métier.

La circonstance aggravante du métier a été admise dans le cas où l'auteur, sur une période de 19 mois, avait abaissé d'une manière très importante (en moyenne de 50'000 km) le chiffre du compteur kilométrique de 23 véhicules usagés et s'était procuré régulièrement un gain mensuel supplémentaire de Fr. 1'000.– grâce à l'indication faussement basse donnée quant au kilométrage des véhicules qu'il vendait (concrétisation de la jurisprudence).

Regesto (it):
Art. 148 cpv. 2 CP; truffa per mestiere.

Truffa per mestiere ammessa in un caso in cui l'agente aveva, durante un periodo di 19 mesi, diminuito in modo assai considerevole (in media, di 50'000 km) il numero di chilometri figurante nel contachilometri di 23 veicoli usati, e s'era procurato regolarmente un reddito mensile supplementare di Fr. 1'000.– grazie all'indicazione falsamente bassa da lui formita circa il chilometraggio dei veicoli da lui venduti (concretizzazione della giurisprudenza).

Sachverhalt ab Seite 129

A.- G. betreibt seit Januar 1984 in O. eine Karosseriewerkstatt. Daneben handelt er mit Gebrauchtwagen. In der Zeit vom 19. April 1988 bis zum 17. November 1989 baute er an 23 Fahrzeugen den Kilometerzähler aus, stellte den Kilometerstand um einige tausend bzw. zehntausend Einheiten zurück und verkaufte die Wagen unter Angabe des niedrigeren falschen Kilometerstandes. In drei Fällen trug er den unrichtigen Kilometerstand überdies in den Kaufvertrag ein.

B.- Am 1. September 1992 sprach ihn das Strafamtsgericht X. schuldig des wiederholten einfachen Betruges und verurteilte ihn zu acht Monaten Gefängnis, bedingt bei einer Probezeit von drei Jahren, und zur Rückerstattung des unrechtmässig erzielten Gewinnes von Fr. 18'000.– an den Staat. Von der Anschuldigung der Urkundenfälschung sprach es ihn frei.

C.- Auf Appellation des stellvertretenden Prokurators 3 hin erklärte das Obergericht des Kantons Bern G. am 18. Dezember 1992

BGE 119 IV 129 S. 130

schuldig des gewerbsmässigen Betruges und bestrafte ihn mit einem Jahr Zuchthaus, bedingt bei einer Probezeit von drei Jahren, und mit einer Busse von Fr. 500.–. Zufolge Teilrechtskraft des erstinstanzlichen Urteils bestätigte es den Freispruch vom Vorwurf der Urkundenfälschung sowie die Verurteilung zur Rückerstattung des unrechtmässig erzielten Gewinnes von Fr. 18'000.– an den Staat.

D.- G. erhebt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache zu seiner Verurteilung wegen einfachen Betruges an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

Erwägungen

Erwägungen:

1. a) Das Strafamtsgericht führt aus, die neuere Rechtsprechung stelle hohe Anforderungen an die Gewerbsmässigkeit. Das Vorgehen des Beschwerdeführers liege nahe bei der Gewerbsmässigkeit, erfülle deren Voraussetzungen jedoch nicht. Die Manipulationen am Kilometerzähler stellten gegenüber dem gesamten Handeln des Beschwerdeführers nur einen vergleichsweise kleinen Teilaspekt dar. Er habe bei jedem dritten Wagen den Kilometerstand geändert. Darauf sei der kleinere Teil des Gesamtgewinns bei diesen Fahrzeugen zurückzuführen. Der Grossteil des Gewinns sei erzielt worden aufgrund der Arbeitsleistung (Instandstellen und Prüfen). Von namhaften Beträgen könne nicht gesprochen werden. Der Beschwerdeführer sei nicht berufsmässig vorgegangen. Sein Verschulden wiege objektiv schwer. Anderseits habe er sich seit Begehung der Taten klaglos verhalten. Er sei von Anfang an geständig gewesen und zeige aufrichtige Reue und Einsicht. Den Schaden habe er gutgemacht, soweit ein solcher von den Käufern geltend gemacht worden sei. Er lebe in geordneten Verhältnissen und geniesse einen guten Ruf.
b) Die Vorinstanz bejaht demgegenüber die Gewerbsmässigkeit. Ein gewichtiges Indiz für die Gewerbsmässigkeit liege darin, dass der Beschwerdeführer die strafbaren Handlungen im Rahmen seiner legalen Erwerbstätigkeit begangen habe. Er habe pro Wagen rund zwei Stunden Arbeit für die Manipulation am Kilometerzähler eingesetzt. Zudem sei die Suche nach geeigneten Fahrzeugen mit einem

BGE 119 IV 129 S. 131

Zeitaufwand verbunden gewesen. Er habe für die Manipulationen eine gewisse Fingerfertigkeit entwickeln müssen. In drei Fällen habe er in den Kaufverträgen den falschen Kilometerstand eingetragen, und er habe mehrmals die zu den Fahrzeugen gehörenden Servicehefte vernichtet. Während den hier zu beurteilenden 19 Monaten habe er 40 bis 50 Wagen umgesetzt. Dabei habe er an 23 Fahrzeugen, also an etwa jedem zweiten Wagen, den Kilometerstand geändert. Insgesamt habe er 1,2 Millionen Kilometer zurückgedreht. Der Gewinn aus der strafbaren Tätigkeit betrage Fr. 18'000.–. Es ergebe sich demnach ein Durchschnittsgewinn pro manipu-

liertes Fahrzeug von Fr. 782.– oder ein monatlicher Mehrgewinn von knapp Fr. 1'000.–. In einem Kleinbetrieb sei ein derartiger zusätzlicher Gewinn von erheblicher Bedeutung. Der Beschwerdeführer sei aufgrund einer im Immobilienbereich getätigten Fehlinvestition aus existentiellen Gründen auf die Mehreinnahme angewiesen gewesen. Die strafbare Tätigkeit habe wesentlich an die Finanzierung seiner Lebensgestaltung beigetragen. Ein Indiz für die Berufsmässigkeit stelle das systematische Vorgehen bzw. das Entwickeln einer eigentlichen Methode dar. Schon beim Einkauf der Gebrauchtwagen habe er darauf geachtet, Fahrzeuge zu erstehen, die für ihr Alter eine hohe Anzahl Kilometer, wenn möglich bereits über hunderttausend, aufgewiesen hätten. Er habe die Marke "Volkswagen" bevorzugt, da sich diese wegen ihrer Preisbeständigkeit für die Manipulationen besonders geeignet habe. Er habe einzig deshalb nur bei jedem zweiten Wagen den Kilometerstand zurückgedreht, weil nicht bei allen Fahrzeugen die Voraussetzungen dazu gegeben gewesen seien. Denn nach der Manipulation hätte der Kilometerstand jeweils ungefähr zum Alter des Wagens passen müssen. Der Beschwerdeführer hätte, wie er zugebe, die strafbare Tätigkeit fortgeführt, wenn sie nicht entdeckt worden wäre. Die angedrohte Mindeststrafe von einem Jahr Zuchthaus sei angemessen. Die Tat wiege objektiv schwer. In subjektiver Hinsicht bestätigt die Vorinstanz die zu Gunsten des Beschwerdeführers sprechenden Strafzumessungserwägungen des Strafamtsgerichts. c) Der Beschwerdeführer wendet im wesentlichen ein, seine Einkünfte aus der strafbaren Tätigkeit seien im Verhältnis zu seinen Gesamteinnahmen vergleichsweise unbedeutend gewesen. Er habe nur bei jedem dritten Fahrzeug den Kilometerstand geändert. Der Umstand, dass er die Manipulationen im Rahmen einer legalen Erwerbstätigkeit vorgenommen habe, lasse keinen Schluss auf Gewerbsmässigkeit zu. Die für die Manipulation aufgewendete Zeit

von anderthalb Stunden pro Fahrzeug sei gering. Er sei von der Anklage der Falschbeurkundung rechtskräftig freigesprochen worden. Deshalb dürfe es nicht als Indiz für die Gewerbsmässigkeit betrachtet werden, dass er in drei Fällen den falschen Kilometerstand in den Kaufvertrag eingetragen habe. Schliesslich sei hier die Mindeststrafe von einem Jahr Zuchthaus für gewerbsmässigen Betrug unverhältnismässig. Wiederholt begangener Betrug in 23 Fällen mit einem Gesamtdeliktsbetrag von Fr. 18'000.– werde normalerweise mit einer Strafe von unter einem Jahr Zuchthaus geahndet, insbesondere bei einem Ersttäter.

2. Im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde ist das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Behörde gebunden (Art. 277bis Abs. 1 BStP). Die Vorinstanz stellt fest, dass der Beschwerdeführer den Kilometerstand bei jedem zweiten Wagen geändert und dafür pro Fahrzeug zwei Stunden aufgewendet hat. Soweit der Beschwerdeführer von einem anderen Sachverhalt ausgeht, ist er nicht zu hören.

3. a) Betrug wird gemäss Art. 148 Abs. 1 StGB mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis (von mindestens drei Tagen, Art. 36 StGB) bestraft. Nach Art. 148 Abs. 2 StGB wird der Betrüger mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und mit Busse bestraft, wenn er den Betrug gewerbsmässig betreibt. Die Mindeststrafe beträgt in diesem Fall somit ein Jahr Zuchthaus (Art. 35 StGB).
Das Bundesgericht hat in BGE 116 IV 319 ff. seine Rechtsprechung zum Qualifikationsgrund der Gewerbsmässigkeit geändert. Nach der neuen Rechtsprechung liegt im Begriff des berufsmässigen Handelns der Ansatzpunkt für die Umschreibung der Gewerbsmässigkeit. Der Täter handelt berufsmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufes ausübt. Diese abstrakte Umschreibung gilt für das gesamte Vermögensstrafrecht. Sie kann aber nur Richtlinienfunktion haben. Eine Konkretisierung der Umschreibung ist angesichts der unterschiedlichen Phänomenologie und der unterschiedlich hohen Mindeststrafen nur für die einzelnen Tatbestände oder für einzelne Gruppen gleichartiger Tatbestände möglich. Eine quasi "nebenberufliche" delik-

tische Tätigkeit kann genügen. Wesentlich für die Annahme von Gewerbsmässigkeit ist, dass sich der Täter, wie aus den gesamten Umständen geschlossen werden muss, darauf eingerichtet hat, durch

deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen; dann ist die erforderliche soziale Gefährlichkeit gegeben. Es ist nach wie vor notwendig, dass der Täter die Tat bereits mehrfach begangen hat, dass er in der Absicht handelte, ein Erwerbseinkommen zu erlangen, und dass aufgrund seiner Taten geschlossen werden muss, er sei zu einer Vielzahl von unter den fraglichen Tatbestand fallenden Taten bereit gewesen. Der Richter hat bei der Entscheidung der Frage, ob im konkreten Fall Gewerbsmässigkeit gegeben sei, stets auch die Höhe der angedrohten Mindeststrafe zu berücksichtigen. Denn bei der Auslegung von Straftatbeständen ist auch der angedrohten Strafe Rechnung zu tragen (E. 4). b) Nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz hat der Beschwerdeführer in den zu beurteilenden 19 Monaten bei 23 Fahrzeugen den Kilometerstand geändert und dadurch einen Gewinn von insgesamt Fr. 18'000.– oder monatlich knapp Fr. 1'000.– erzielt. Er hat sich somit durch ein strafbares Verhalten von einiger Intensität ein regelmässiges Zusatzeinkommen verschafft. Er entwickelte eine bestimmte Methode und ging planmässig vor. Zudem hatte er sich darauf eingerichtet, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellten. Zu Recht hat die Vorinstanz den Eintrag des falschen Kilometerstandes in drei Kaufverträgen als weiteres Indiz für die Gewerbsmässigkeit berücksichtigt. Der insoweit erfolgte Freispruch von der Anklage der Falschbeurkundung aufgrund der neueren restriktiven Rechtsprechung des Bundesgerichts zu diesem Tatbestand (BGE 118 IV 364 f. mit Hinweisen) hinderte sie daran nicht. In Anbetracht dieser Umstände verletzt die Bejahung der Gewerbsmässigkeit Bundesrecht nicht. Sie lässt sich rechtfertigen auch unter Berücksichtigung der Strafdrohung. Die verhängte Mindeststrafe ist jedenfalls vertretbar auch mit Blick auf die zu Gunsten des Beschwerdeführers sprechenden Strafzumessungsgesichtspunkte und den Deliktsbetrag von Fr. 18'000.–.