Urteilskopf

99 IV 80

18. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 6. Juli 1973 i.S. X. und Y. gegen Generalprokurator des Kantons Bern.
Regeste (de):
Art. 153 und 154 StGB: Warenfälschung und Inverkehrbringen gefälschter Waren setzen eine Substanzveränderung der Ware, zumindest ein Nachmachen der Ware oder eine Verringerung des Warenwertes voraus (Erw. 3).

Art. 148 StGB, Betrug:

1. Der Gast wird bei Abgabe anderer als bestellter Ware betrogen, wenn seine Schädigung sowie die Arglist und Bereicherungsabsicht des Täters gegeben sind (Erw. 4).

2. Umschreibung der Gewerbsmässigkeit; die soziale Gefährlichkeit des Täters ist keine Voraussetzung (Erw. 7 und 8).

Regeste (fr):
Art. 153 et 154 CP: La falsification de marchandise et la mise en circulation de marchandises falsifiées impliquent une modification de la substance même de la marchandise ou, pour le moins, une contrefaçon de celle-ci ou une atteinte portée à sa valeur (consid. 3).

Art. 148 CP, escroquerie:

1. Lorsqu'il reçoit une autre marchandise que celle qu'il avait commandée, le consommateur n'est victime d'une escroquerie que dans la mesure où son dommage, ainsi que l'astuce et le dessein d'enrichissement de l'auteur sont établis (consid. 4).

2. Définition de la notion de métier; le danger que l'auteur représente pour la société n'en constitue pas l'un des éléments (consid. 7 et 8).

Regesto (it):
Art. 153 e 154 CP: La falsificazione di merce e la messa in circolazione di merce falsificata presuppongono una modificazione della sostanza della merce o, perlomeno, una contraffazione della medesima o una menomazione del suo valore (consid. 3).

Art. 148 CP, truffa:

1. Il consumatore che riceve una merce diversa da quella ordinata è vittima di una truffa solo in quanto il suo danno, così come l'astuzia e lo scopo di arricchimento dell'autore siano provati (consid. 4).

2. Definizione della nozione di mestiere; la pericolosità sociale dell'autore non ne costituisce elemento (consid. 7 e 8).

Sachverhalt ab Seite 80

BGE 99 IV 80 S. 80

A.- X. betreibt seit 1968 mit seiner Ehefrau Y. das Hotel Restaurant Z. in A. a) Im Jahre 1969 erhielt er wegen der kleinen Waadtländer Weinernte erheblich weniger Féchy und Epesses, als er benötigte. Er kaufte daher 2000 Liter Neuenburger Cressier zu Fr. 3.30 pro Liter. Da dieser bei seinen Gästen keinen Anklang fand, ging er dazu über, den Cressier anstelle von Féchy (Einstandspreis Fr. 3.25 - Fr. 3.50) oder Epesses (Einstandspreis Fr. 4.- -Fr. 4.20) auszuschenken. Damit Gäste und Servierpersonal die

BGE 99 IV 80 S. 81

Unterschiebung nicht bemerkten, wurde der Cressier auch bei Bestellungen von einem Liter in eigens zu diesem Zweck angeschafften Karaffen ausgeschenkt. Normalerweise servierte man den offenen Wein bei X. in Karaffen von 2, 3 und 5 dl und in etikettierten Flaschen von 1 Liter. Insgesamt wurden auf diese Weise höchstens 824 Liter Cressier als Féchy oder Epesses ausgeschenkt. Y. wusste um diese Machenschaften und schenkte selbst am Buffet Cressier anstelle von Waadtländerwein aus. b) In der Saison 1969 gab X. in seinem Restaurant anstelle von bestelltem Rehpfeffer zu etwa 50% Hirschpfeffer ab. In der Saison 1970 bot er auf seiner Speisekarte und der Wildspezialitätenkarte verschiedene Rehgerichte an, aber kein Hirschfleisch. Tatsächlich wurden jedoch mit wenigen Ausnahmen die als Reh angebotenen Speisen mit Hirschfleisch hergestellt. So wurden mindestens 310 kg Hirschpfeffer und 123,8 kg Hirschschnitzel anstelle des bestellten Rehfleisches serviert. Einen direkten Mehrerlös erzielte X. damit nicht, da das verwendete ausgebeinte Hirschfleisch bei gleichen Portionen ebensoviel kostete wie Rehfleisch mit Knochen. Dagegen wäre Rehfleisch ohne Knochen erheblich teurer gewesen. Die Wildspeisen ohne Knochen waren bei den Kunden viel beliebter als das vorher servierte nicht ausgebeinte Rehfleisch. Y. hatte mit der Unterschiebung von Hirschfleisch nichts zu tun. c) X. servierte in seinem Restaurant verschiedentlich Truthahnfleisch, wenn auf der Karte die Fleischsorte nicht genau bezeichnet war, wenn also z.B. Schnitzel, Pikata oder Geschnetzeltes nach Züricher Art aufgeführt war. Lautete die Bezeichnung Kalbsschnitzel, Kalbspikata usw. dann verwendete er allerdings Kalbfleisch. Als er in der Folge Schweinefleisch billiger als Truthahn erwerben konnte, verwendete er bei den nicht näher bezeichneten Speisen Schweinefleisch.

B.- Am 4. Mai 1972 verurteilte das Amtsgericht Burgdorf die Eheleute X. und Y. wegen Widerhandlung gegen das Lebensmittelgesetz, begangen durch den Verkauf von Cressier anstelle von Féchy und Epesses, X. ausserdem wegen der Abgabe von Hirschpfeffer und Hirschfleisch anstelle von Rehpfeffer und Rehfleisch. Dafür wurde er mit 2 Monaten Haft, bedingt vollziehbar auf eine Probezeit von einem Jahr, und einer Busse von Fr. 1000.– bestraft. Y. wurde eine Busse von Fr. 200.– auferlegt.

BGE 99 IV 80 S. 82

Die gegen dieses Urteil von der Staatsanwaltschaft erhobene Berufung wurde am 12. Oktober 1972 von der I. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Bern teilweise gutgeheissen. X. wurde des fortgesetzten Betruges schuldig erkannt, begangen durch Verkauf einer nicht bestimmbaren aber maximal 824 lt ausmachenden Menge Weisswein der Sorte Cressier als solchen der Marken Féchy und Epesses, sowie durch Verkauf von mindestens 310 kg Hirschpfeffer, der als Rehpfeffer und 123,8 kg Hirschschnitzel, die als Rehschnitzel erklärt worden waren. Y. wurde des fortgesetzten Betruges schuldig erkannt, begangen durch Verkauf einer nicht bestimmbaren aber höchstens 824 lt ausmachenden Menge Weisswein der Sorte Cressier als solchen der Marken Féchy und Epesses. X. wurde zu einer bedingt aufgeschobenen Gefängnisstrafe von 8 Monaten abzüglich der erstandenen Untersuchungshaft, die Ehefrau zu einer bedingt aufgeschobenen Gefängnisstrafe von 3 Monaten

verurteilt.

C.- Gegen das obergerichtliche Urteil haben der Ankläger und der Verteidiger Nichtgkeitsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben. Der Generalprokurator des Kantons Bern beantragt die Aufhebung des Urteils und die Rückweisung der Sache zur Verurteilung der beiden Angeklagten wegen gewerbsmässigen Betrugs sowie zur neuen Festsetzung der Strafe. Der Verteidiger der Angeklagten beantragt die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz sur Neubeurteilung. Aus der Begründung ergibt sich, dass die Voraussetzungen des Betrugstatbestandes bestritten werden, die Verurteilung wegen Verletzung des Lebensmittelgesetzes dagegen unangefochten ist.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

I. Nichtigkeitsbeschwerde der Eheleute X.

3. Mit den kantonalen Gerichten und der Verteidigung ist festzustellen, dass es an sich nahe liegen würde, die Abgabe von Wein und Fleisch anderer Herkunft als der auf Wein- und Speisekarten angegebenen Art. 153 oder 154 StGB zu unterstellen. Die kantonalen Gerichte verweisen jedoch zutreffend auf die bundesgerichtliche Praxis, wonach diese Straftatbestände eine Substanzveränderung der Ware oder mindestens ein Nachmachen der Ware oder eine Verringerung des Warenwertes verlangen (BGE 97 IV 65, BGE 94 IV 109 mit Verweisungen).

a) Diese Praxis ist freilich nicht unbestritten. SCHWANDER (Schweiz. Strafgesetzbuch, 2.A. Nr. 572, S. 355) vertritt die Auffassung, entscheidend sei die Verwechslungsgefahr; es komme darauf an, ob Schein und Sein übereinstimmten; auch eine blosse Falschdeklaration, z.B. über die Herkunft des Weines, sei als Warenfälschung zu bestrafen. Die Praxis des Bundesgerichts führe zum unbefriedigenden Ergebnis, dass wegen Warenfälschung milder bestraft werde, wer gepantschten Wein falsch deklariere, während der Verkauf unverschnittenen, falsch deklarierten Weines der schweren Betrugsstrafe unterliege.
Ob diese Kritik berechtigt ist - der Kassationshof hat sich bereits in BGE 84 IV 97 damit auseinandergesetzt - braucht im vorliegenden Fall aus zwei Gründen nicht entschieden zu werden. Einmal haben die Beschwerdeführer die Ware selbst nicht falsch deklariert, wie das etwa durch Aufkleben falscher Etiketten oder durch das Umgiessen des Cressier in Epessesflaschen hätte geschehen können. Sie haben Originalware in neutraler Präsentation abgegeben, aber durch die Speise- und Weinkarte eventuell auch mündlich in Aussicht gestellt, andere Ware zu liefern. Solche unwahren, mündlichen oder schriftlichen Zusicherungen, ohne dass die Ware selbst manipuliert wurde, sind auch nach Auffassung Schwanders keine Warenfälschung (SCHWANDER, a.a.O.). Zum andern erschöpfte sich das Verhalten der Täter, wie es aus dem Urteil der Vorinstanz hervorgeht, nicht in einer blossen Abgabe anderer als der bestellten und erwarteten Ware. b) Art. 153 und 154 StGB setzen weder Bereicherungsabsicht noch eine Schädigung voraus (BGE 97 IV 66 E. 7 mit Verweisungen). Handelt der Täter aber in Bereicherungsabsicht und veranlasst er den Käufer durch arglistige Irreführung zu einem vermögensschädigenden Verhalten, dann ist er nach Art. 148 StGB wegen Betruges strafbar. Wer ohne diese Voraussetzungen des Betrugstatbestandes dem Käufer lediglich andere Waren liefert, als dieser bestellte oder aufgrund von Preislisten oder mündlichen Äusserungen erwartete, bleibt straflos. Das mag als Mangel empfunden werden. Es wäre jedoch Sache des Gesetzgebers, einen neuen Straftatbestand zu schaffen, falls dies als notwendig erscheint. Hat der Täter die besonderen Voraussetzungen des Art. 148

StGB erfüllt, so ist es nicht unbillig, ihn demgemäss zu bestrafen, auch wenn sich seine Tat auf die Abgabe von Lebensmitteln bezieht. Sein Verhalten ist nicht weniger strafwürdig als das vieler anderer kleinen Betrüger.

4. Die Verteidigung anerkennt, dass der Gast bei der Abgabe anderer als der bestellten Ware getäuscht worden ist. Dagegen bestreitet sie die Arglist, die Bereicherungsabsicht der Täter und die Vermögensschädigung der Kunden. a) Mit Recht kritisiert die Beschwerde nicht die verbindlich festgestellte Tatsache, dass X. Literkaraffen eigens dazu angeschafft hat, um auch bei der Bestellung eines ganzen Liters Waadtländerwein nicht eine etikettierte Literflasche aufstellen zu müssen. Dagegen wendet die Beschwerde ein, die Abgabe in Karaffen sei landesüblich, die Anschaffung also nicht eine "besondere Veranstaltung", die den Vorwurf der Arglist rechtfertige. Der Einwand hilft den Beschwerdeführern nichts. Im Gegenteil. Gerade der Umstand, dass in andern Lokalen häufig Literkaraffen verwendet werden, ermöglichte es X., den Cressier unauffällig anstelle des bestellten Waadtländers aufzutischen und zugleich eine Kontrolle durch den Gast auszuschliessen. Im Lokal der Beschwerdeführer waren vorher keine Literkaraffen gebraucht worden. Bei Bestellung eines ganzen Liters wurde vielmehr die etikettierte Originalflasche aufgestellt. Die Beschwerdeführer hätten also entweder in solchen Fällen den richtigen Wein servieren und dadurch Gefahr laufen müssen, dass bei Nachbestellung eines kleineren Quantums der Gast den Geschmacksunterschied gemerkt hätte oder sie hätten den Cressier in leere Féchy- oder Epessesflaschen umfüllen müssen, was nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz die Aufmerksamkeit des Personals erregt und die Kontrollmöglichkeit des Gastes sowie die Entdeckungsgefahr überhaupt gesteigert hätte. Die Vorinstanz durfte ohne Rechtsverletzung annehmen, die Anschaffung von Literkaraffen zur erfolgreichen Täuschung der Kunden und zur Erschwerung der Überprüfung sei arglistig im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 148 StGB (BGE 76 IV 95; Handkommentar GERMANN, 9. Auflage S. 258/59; SCHWANDER a.a.O., Nr. 566). Dazu kommt der weitere Umstand, auf den die Vorinstanz ebenfalls mit Recht verwiesen hat. X. weihte nur den Buffetburschen und dessen Frau ein; diese beiden und Y. füllten am

Buffet den falschen Wein in die Karaffen; vor dem Servierpersonal wurde das geheim gehalten; es konnte dem Gast in guten Treuen bestätigen, den bestellten Wein aufgetischt zu haben. Der Gast, der normalerweise nur mit dem Servierpersonal zu tun hat, konnte ohne besondere unübliche Erkundigungen dem Schwindel nicht auf die Spur kommen. Auch diese Massnahme zusammen mit der erstgenannten ist mit Recht als Arglist beurteilt worden. Dass es sich dabei um sehr einfache Vorkehren handelte und man unlautere Machenschaften ohnehin nicht an die grosse Glocke zu hängen pflegt, entkräftet entgegen der Ansicht der Beschwerde den Vorwurf nicht. Die Frage, ob eine arglistige Machenschaft auch in einem Unterlassen bestehen kann oder ob ein positives Tun unbedingt erforderlich ist, mag hier offen bleiben. Das Verhalten der Eheleute X. ging jedenfalls über das hinaus, was man als Unterlassungsdelikt bezeichnen kann (99 IV 222, Erw. 5 und 6). Wie die Vorinstanz ausführt, hat Y. die Machenschaften ihres Ehemannes nicht nur geduldet, sondern stillschweigend unterstützt, indem sie gegen besseres Wissen Cressier statt des bestellten Waadtländers ausschenkte. Sie ist somit als Mittäterin anzusehen. Mittäterschaft ist nämlich gegeben, wenn der zweite Täter sich massgeblich an der Entschliessung oder Planung und an der Ausführung der Tat beteiligt (BGE 85 IV 23). Zudem ist nach ständiger Rechtsprechung besonders auf das Mass des schuldbaren Wollens abzustellen (BGE 91 IV 221, BGE 85 IV 133 /4, BGE 81 IV 62). Nach dem angefochtenen Urteil hat Y. nicht nur an der Ausführung der Tat massgeblich mitgewirkt, sondern sie hat auch den deliktischen Erfolg gewollt. Wenn dem aber so ist, muss die

Arglist der Ehefrau bejaht werden. Y. hat zumindest die Arglist ihres Ehemannes übernommen, falls sie nicht selbständig zu seinen Machenschaften beigetragen hat. Im übrigen ist die Verteidigung selber der Auffassung, dass für beide Eheleute dieselben Überlegungen anzustellen seien. b) Auch für die Abgabe des Hirschfleisches hat die Vorinstanz ohne Rechtsverletzung Arglist des Ehemannes X. angenommen. An sich genügte hiefür schon ihre Feststellung, dass "X. alles tat, um die Gäste überhaupt nicht auf den Gedanken kommen zu lassen, dass etwa ungewohnt schmeckendes‚Rehfleisch'vielleicht Hirschfleisch sein konnte" und dass ein Laie ohnehin in einem bekannten Restaurant nicht auf die Idee

kommt, es werde ihm eine andere als die bestellte Fleischsorte vorgesetzt, zumal wenn beide Gerichte ähnlich aussehen und schmecken. X. hat sich nach diesen Ausführungen also darauf verlassen, dass die Gäste die Herkunft des Fleischs nicht überprüfen würden. Darüber hinaus hat er, obwohl er Hirschfleisch verarbeitete, überhaupt kein solches auf der Speisekarte aufgeführt. Er tat das nach Feststellung der Vorinstanz, damit die Gäste gar nicht auf den Gedanken gebracht würden, Hirschfleisch zu erhalten. Auch sollte der Gefahr vorgebeugt werden, dass ein Gast einmal Hirsch, einmal Reh bestellen und Verdacht schöpfen könnte, wenn er keinen Unterschied feststellt. X. hat also einerseits den Umstand ausgenützt, dass der Getäuschte eine Überprüfung unterlassen werde und er hat zusätzliche Massnahmen getroffen, um die Gefahr einer Überprüfung noch besser auszuschalten. Das aber ist Arglist im Sinne von Art. 148 StGB (BGE 87 IV 12, BGE 86 IV 205,BGE 78 IV 26,BGE 77 IV 84,BGE 76 IV 95).
c) Das Obergericht stellt fest, dass X. sowohl bei der Abgabe des Neuenburgers statt Waadtländers, wie bei der Verwendung von Hirschfleisch für Reh in der Absicht unrechtmässiger Bereicherung gehandelt hat. Ebenso wird der subjektive Tatbestand des Betrugs generell für Y. bejaht, wobei sich aus dem Urteil ergibt, dass die Vorinstanz sich im klaren war, dass die Bereicherungsabsicht mit zu diesem Vorsatz gehört. Die Feststellung bezieht sich auf einen inneren Tatbestand; sie ist daher der Überprüfung des Kassationshofes entzogen (Art. 273 Abs. 1 lit. b und art. 277 bis Abs. 1 BStP). Die Beschwerde hat denn auch mit Recht darauf verzichtet, die Bereicherungsabsicht vor Bundesgericht zur Diskussion zu stellen. d) Dagegen bestreitet die Nichtigkeitsbeschwerde, dass die Kunden geschädigt und die Eheleute X. bereichert worden sind. Auch hiebei handelt es sich um eine Bemängelung verbindlicher Feststellungen der Vorinstanz. Die Beschwerde ist insoweit unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Rechtsfrage und vom Kassationshof zu überprüfen ist dagegen, ob die Vorinstanz von einem richtigen Begriff der Schädigung und Bereicherung ausgegangen ist. Das ist zu bejahen. Der Cressier war im Ankauf billiger als der Féchy und insbesondere als der Epesses. Im System der freien Marktwirtschaft mit freier Preisgestaltung ist der Kunde nicht bereit, wissentlich für einen im Einkauf billigeren Wein den gleichen oder höheren Preis zu bezahlen wie für einen teureren. Dazu

kommt, dass die Kundschaft der Beschwerdeführer den Cressier nicht einmal zum Normalpreis konsumierten, weil sie Waadtländer vorzogen. X. hätte den Wein entweder mit Verlust im eigenen Betrieb verarbeiten oder bestenfalls zu einem wesentlich reduzierten Preis in seinem Restaurant absetzen können. Durch sein Täuschungsmanöver brachte er die Gäste dazu, den Wein überhaupt zu geniessen und zum vollen Preis des teureren Waadtländers zu bezahlen. Vermögensvorteil für X. und Schädigung der Kundschaft sind offensichtlich. Bei den Wildspezialitäten hatte X. festgestellt, dass seinen Gästen die vielen Knochen des Rehfleisches missfielen. Wollte er keinen Umsatzrückgang riskieren, so musste er entweder das teurere, knochenfreie Fleisch verwenden oder die Preise herabsetzen, bzw. die Portionen erhöhen. Durch die Verwendung des ausgebeinten

Hirschfleisches täuschte er vor, knochenfreies Rehfleisch ohne Preiserhöhung und ohne Reduktion der Portionen zum Normalpreis abzugeben, was sich auf seinen Umsatz günstig auswirkte. Sein finanzieller Vorteil ist offensichtlich, auch wenn nicht unmittelbar ein Mehrerlös resultierte. Aber auch die Schädigung der Kunden ist ausgewiesen und zwar selbst dann, wenn man fälschlicherweise ausgebeintes Hirschfleisch und nicht ausgebeintes Rehfleisch auf die gleiche Ebene stellt. Gleichwertigkeit der versprochenen und erbrachten Lieferung schliesst dennoch eine Schädigung nicht aus, wenn die gelieferte Sache nicht die zugesicherten Eigenschaften aufweist (BGE 72 IV 126E. 3; GERMANN, a.a.O. S. 260).

5. Was von der Verteidigung sonst noch vorgebracht wird, vermag die Verurteilung wegen Betruges auch nicht als rechtsverletzend darzutun. So ist es belanglos, wieviele Kunden einen Geschmacksunterschied feststellten und wieviele dies beanstandeten. Ebensowenig hilft den Beschwerdeführern der Umstand, dass es in der gleichen Lage Weine verschiedener Qualität und vom gleichen Rebberg verschieden gute Jahrgänge gibt. Zuzugeben ist, dass Gesetzgebung und Praxis gewisse Zusätze und Änderungen bei Weinen, Lebensmitteln und anderen Waren gestatten und dass auch bei Qualitäts- und Materialbezeichnungen teilweise gewisse Toleranzen bestehen. Veränderungen, die von Gesetz und Verordnung zugelassen werden, sind aber offenkundig; der Käufer weiss, dass er damit rechnen muss. Er ist an sich nicht getäuscht und der Verkäufer handelt jedenfalls

nicht arglistig. Wer aber statt eines bestellten Rehpfeffers Hirschfleisch und statt Féchy Cressier vorgesetzt bekommt, dazu noch zum teureren Preis der bestellten Ware, der ist betrogen.

II. Nichtigkeitsbeschwerde des Generalprokurators

6. Schon vor Obergericht hatte der Anklagevertreter die Verurteilung der Eheleute X. wegen gewerbsmässigen Betrugs beantragt und eine Strafe von 14 Monaten Zuchthaus bedingt für den Ehemann, von 12 Monaten Zuchthaus bedingt für die Ehefrau gefordert. Das Obergericht hat die Gewerbsmässigkeit verneint. X. habe durch seine Machenschaften die Gäste nur geringfügig oder zum Teil gar nicht geschädigt; er sei im übrigen als reeller Wirt bekannt und geschätzt; seine zwar verwerfliche Entgleisung sei nicht Ausdruck einer rücksichtslosen Missachtung sozialer Normen, welche eine besondere Gefährlichkeit verrate. Unter Hinweis auf BGE 94 IV 20 führt die Vorinstanz aus, diese soziale Gefährlichkeit sei die eigentliche Voraussetzung für die Annahme von Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 148 StGB. Wo die soziale Gefährlichkeit fehle, sei die Mindeststrafe von einem Jahr Zuchthaus nicht zu rechtfertigen und deshalb die Gewerbsmässigkeit zu verneinen. Der Generalprokurator rügt mit Nichtigkeitsbeschwerde diese Auslegung des Art. 148 StGB als rechtsverletzend. Die soziale Gefährlichkeit sei nicht Voraussetzung der Gewerbsmässigkeit als Qualifikationsmerkmal. Entscheidend sei vielmehr die Bereitschaft, gegenüber unbestimmt vielen Personen zu handeln in der Absicht, zu einem Erwerb zu gelangen.

7. Gewerbsmässig handelt, wer in der Absicht, zu einem Erwerbseinkommen zu gelangen und mit der Bereitschaft, gegenüber unbestimmt vielen zu handeln, die Tat begeht (BGE 94 IV 21, BGE 88 IV 19, BGE 86 IV 207 je mit Verweisungen; GERMANN, a.a.O. S. 146-148). Nicht notwendig ist, dass es sich dabei um den hauptsächlichen oder regelmässigen Erwerb des Täters handelt. Auch eine gegenüber einem Einzelnen begangene Tat kann gewerbsmässig sein, wenn die Umstände den Schluss zulassen, dass der Täter bereit war, gegenüber unbestimmt vielen oder bei jeder sich bietenden Gelegenheit zu handeln (BGE 86 IV 207 E. 1; nur scheinbar anders BGE 94 IV 21). Weitere Kriterien werden weder vom Gesetz (der Begriff ist für das ganze StGB derselbe; BGE 88 IV 20) noch von der

Praxis (BGE 79 IV 11ff.) gefordert. Das gilt auch für die von der Vorinstanz vertretene Auffassung, Gewerbsmässigkeit setze eine besondere soziale Gefährlichkeit des Täters voraus, die ausser den bereits erwähnten Kriterien nachgewiesen sein müsse. Es ist zwar richtig, dass in dem von der Vorinstanz zitierten BGE 94 IV 20 E. 2 der Satz steht, "gewerbsmässiges Handeln wird schärfer bestraft, weil die Bereitschaft gegen unbestimmt viele zu handeln sozial besonders gefährlich ist". Schon aus dem Wortlaut ergibt sich, dass damit kein zusätzliches Begriffsmerkmal eingeführt werden sollte. Auch die anschliessende Folgerung, massgebend sei somit, ob diese Bereitschaft beim Täter selber bestehe, zeigt, dass nur die Bedeutung der Bereitschaft hervorgehoben werden sollte, gegenüber unbestimmt vielen zu handeln. In diesem Umstand liegt die soziale Gefährlichkeit. Das Urteil hebt hervor, dass die Gewerbsmässigkeit daher nicht bejaht werden dürfe, wenn die eingeklagte Handlung zwar im Gewerbebetrieb vorgenommen wird, wenn aber nicht der Täter, sondern nur sein Abnehmer bereit war, gefälschte Ware an beliebig viele Personen weiter zu veräussern. Eindeutig wird die Bedeutung des zitierten Satzes auch durch den darin enthaltenen Hinweis auf BGE 86 IV 11 und BGE 88 IV 19. In diesen beiden Urteilen hat der Kassationshof wiederum die herkömmliche Umschreibung verwendet und die soziale Gefährlichkeit des Täters hervorgehoben, der bereit ist, gegenüber beliebigen Personen zu handeln. In beiden Urteilen wird die Auffassung abgelehnt, Gewerbsmässigkeit setze eine soziale Entfremdung, eine niedrige Gesinnung des Täters etc. voraus. Wegen gewerbsmässigen Betrugs kann auch bestraft werden, wer nicht aus niedriger Gesinnung, sondern aus einer Notlage delinquiert. Die Auffassung der Vorinstanz, das hohe Strafminimum von Art. 148 Abs. 2 StGB beweise, dass Gewerbsmässigkeit nur bei besonderer sozialer Gefährlichkeit des Täters angenommen werden dürfe, ist vom Bundesgericht bereits früher zurückgewiesen worden unter Berufung auf die Tatsache, dass das StGB den gleichen Begriff der Gewerbsmässigkeit auch bei andern Tatbeständen verwendet, wo erheblich mildere Strafen angedroht sind (BGE 79 IV 11; dazu auch GERMANN, a.a.O. S. 147 unten). Es besteht kein Anlass, von dieser Praxis abzuweichen.

8. Ob der Täter bereit war, gegen unbestimmt viele zu handeln, ist Tatfrage (BGE 86 IV 207 E. 1). Das angefochtene

Urteil hat sie für den Kassationshof verbindlich bejaht. Es hat daraus auch die richtige Schlussfolgerung gezogen, dass damit "an sich die Voraussetzungen für die Annahme der Gewerbsmässigkeit vorliegen würden". Dass sich X. aus den ertrogenen Einnahmen ein Erwerbseinkommen verschaffen wollte, wird von der Vorinstanz zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber einerseits aus der Schilderung seines Vorgehens, anderseits aus der eben zitierten Schlussfolgerung, nachdem die Notwendigkeit dieser Voraussetzungen von der Vorinstanz nicht verkannt worden ist. Wenn das Obergericht schliesslich die Gewerbsmässigkeit dennoch verneint hat, so lediglich deshalb, weil es fälschlich als weitere Voraussetzung die soziale Gefährlichkeit des Täters im allgemeinen, eine rücksichtslose Missachtung sozialer Normen für erforderlich hielt. Damit hat die Vorinstanz Art. 148 Abs. 2 StGB verletzt. Die Beschwerde des Generalprokurators ist begründet.

Dispositiv

Demnach erkennt der Kassationshof:

1.- Die Nichtigkeitsbeschwerde der Eheleute X. wird abgewiesen. 2.- Die Nichtigkeitsbeschwerde des Generalprokurators wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit sie die Eheleute X. des gewerbsmässigen Betruges schuldig spreche und die Strafe entsprechend neu festsetze.