

III. NULLA POENA SINE LEGE.

3. Urteil vom 28. April 1939

i. S. Neef gegen Staatsanwaltschaft und Obergericht Thurgau.

Nulla poena sine lege : Wo, wie nach thurgauischem Recht der leichtsinnige Bankerott ein Sonderdelikt ist, d. h. nur von dem in Konkurs geratenen Schuldner begangen werden kann, verstösst gegen diesen Grundsatz die Bestrafung eines Andern als desjenigen, über den der Konkurs eröffnet worden ist, auch dann, wenn er tatsächlich Geschäftsinhaber war.

Nulla poena sine lege : Lorsque — comme en droit thurgovien — seul le débiteur en faillite peut se rendre coupable de banqueroute frauduleuse, il est contraire au principe susénoncé de condamner une autre personne que le failli, même lorsque cette personne était en fait propriétaire de l'entreprise.

Nulla poena sine lege : Quando, come in diritto turgoviese, la bancarotta fraudolenta è un delitto speciale, cioè non può essere commesso che dal debitore caduto in fallimento, è contraria al principio sopra enunciato la condanna di colui che di fatto, ma non di diritto è proprietario dell'impresa.

A. — Das thurgauische Einführungsgesetz zum SchKG bestimmt in § 68 :

« Der in Konkurs geratene Schuldner, welcher :

- a) die durch Gesetz, Geschäftssitte und Umfang des Geschäftsbetriebes geforderten Bücher entweder gar nicht oder in solcher Unordnung geführt, dass daraus sein Vermögensstand nicht ersehen werden konnte, ebenso derjenige, welcher die übungsgemässen Bücherabschlüsse nicht gezogen ;... macht sich des leichtsinnigen Bankerotts schuldig und wird nach den Bestimmungen des § 62 dieses Gesetzes bestraft ».

B. — Der im Jahre 1927 von der thurgauischen Kriminalkammer wegen Betruges, betrügerischen und leichtsinnigen Bankerotts zu 2 Jahren Arbeitshaus verurteilte Rekurrent Ferdinand Neef-Hungerbühler gründete im Herbst 1932 in Dietlikon (Kt. Zürich) eine Konservenfabrik. Im Handelsregister wurde die Kommanditgesellschaft « Hans Neef & C^{ie}. » als Geschäftsinhaberin ein-

getragen. Hans Neef, der Sohn des Rekurrenten war unbeschränkt haftender Gesellschafter. Am 20. Februar 1933 wurde das Unternehmen in die Einzelfirma « Hans Neef » umgewandelt und am 30. September 1933 nach Erlen (Kt. Thurgau) verlegt. Ferdinand Neef besorgte die Geschäftsleitung ; sein Sohn betätigte sich als Arbeiter.

C. — Am 3. Dezember 1934 eröffnete das Bezirksgericht Bischofszell über die Firma den Konkurs. Auf Veranlassung des Ferdinand Neef, der den Gläubigern die Bezahlung einer Dividende zusicherte, zogen diese die Konkurseingaben zurück, sodass der Konkurs widerrufen wurde. Da der Rekurrent den übernommenen Verpflichtungen nicht nachkam, wurde am 11. September 1936 über den inzwischen nach Zürich übersiedelten Hans Neef der Konkurs neuerdings eröffnet, jedoch bereits am 17. September 1936 mangels Aktiven wieder als geschlossen erklärt.

D. — Auf Strafklage von zwei Gläubigern beschloss die thurgauische Anklagekammer nach durchgeführter Untersuchung am 3. Mai 1938 die Überweisung der Angeschuldigten wegen leichtsinnigen Bankerotts event. Gehilfenschaft dazu an das Bezirksgericht Bischofszell, das Hans Neef von der Anklage freisprach, den Rekurrenten dagegen zu einer Arbeitshausstrafe von 9 Monaten verurteilte. Das thurgauische Obergericht bestätigte auf Appellation hin das erstinstanzliche Urteil mit Entscheid vom 24. Januar 1939.

E. — Mit rechtzeitig erhobener staatsrechtlicher Beschwerde beantragt der Rekurrent die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils. Er macht die Verletzung von Art. 4 BV und § 9 Abs. 2 der thurgauischen Kantonsverfassung geltend.

Das Bundesgericht hat die Beschwerde gutgeheissen.

Aus den Erwägungen :

Nach § 68 EG SchKG wird wegen leichtsinnigen Bankerotts nicht jeder bestraft, der eine Bankerotthandlung

begangen hat, sondern nur der in Konkurs geratene Schuldner, der sich eine solche Handlung hat zuschulden kommen lassen. Die Rechtsprechung der thurgauischen Gerichte nimmt in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre an, es bedürfe keines Kausalzusammenhanges zwischen den Bankrotthandlungen und der Konkursöffnung (vgl. die nicht publizierten Entscheide des Bundesgerichtes i. S. Lenz vom 16. Mai 1930 und i. S. Duetsch vom 7. Oktober 1938). Dagegen muss zwischen Bankerotthandlung und Konkursöffnung ein tatsächlicher Zusammenhang insofern bestehen, als sich die Bankerotthandlung auf das Vermögen beziehen muss, das infolge der Konkursöffnung liquidiert wird. Dieselben Gläubiger, die durch die Bankerotthandlung benachteiligt werden können, müssen durch die Konkursöffnung benachteiligt sein (FRANK, Strafgesetzbuch, 17. Aufl. § 239 Ziff. VI S. 627; SYDOW-BUSCH-KRIEG, Konkursordnung, 16. Aufl. § 240 Note 2; EBERMAYR, Reichsstrafgesetzbuch, KO § 239 Note 19).

War der Rekurrent, wie das Obergericht annehmen durfte, der wirkliche Inhaber der Firma Hans Neef, so ist er zwar auch « Schuldner » der Firmagläubiger, aber doch nicht ihr « in Konkurs geratener Schuldner » geworden. Ein in Konkurs geratener Schuldner ist er nur insofern, als über ihn einige Jahre vor der Gründung der Konservenfabriken Dietlikon und Erlen ein Konkursverfahren durchgeführt und abgeschlossen worden war. Doch fällt jenes Verfahren hier ausser Betracht; denn die dem Rekurrenten vorgeworfenen Bankerotthandlungen stehen nicht mit dem seinerzeit über ihn durchgeführten, sondern allein mit dem im Jahre 1934 über den Sohn Hans Neef eröffneten Konkurs in einem tatsächlichen Zusammenhang.

Das Obergericht anerkennt, dass der Rekurrent nach dem Wortlaut von § 68 nicht als Haupttäter bestraft werden könne. Wenn es ihn gleichwohl als solchen bestraft hat, geschah dies ausschliesslich deshalb, weil es

annahm, die gesetzliche Bestimmung regle nur den Normalfall; ihm dürfe aber der vorliegende, mit dem im Gesetz geregelten wesensgleichen Tatbestand gleichgeachtet werden. Damit hat das Obergericht die Grenzen der ausdehnenden Gesetzesauslegung überschritten und einen Analogieschluss angestellt. Während die ausdehnende Auslegung dem Gesetz einen möglichst weiten, aber immer noch mit dem Wortlaut zu vereinbarenden Anwendungsraum gibt, besteht die Analogie darin, dass ein Rechtssatz auf einen Tatbestand angewendet wird, der ausserhalb des Wortlautes des Gesetzes liegt, aber mit dem vom Gesetz entschiedenen Tatbestand wesensgleich ist, d. h. nicht über den dem Gesetz zugrunde liegenden Rechtsgedanken hinausgeht. Die Bestrafung des Rekurrenten als Haupttäter mag dem dem Gesetze zugrunde liegenden Rechtsgedanken entsprechen, geht aber offensichtlich über den Gesetzeswortlaut hinaus und schafft durch Weglassung einer vom Gesetz aufgestellten formalen Strafbarkeitsvoraussetzung einen neuen Deliktstatbestand. Der Strafrichter, der in dieser Weise vorgeht, verletzt aber den — im Kanton Thurgau als § 9 in die Verfassung aufgenommenen — Grundsatz *nulla poena sine lege* (BGE 58 I S. 39 und dort zitierte Entscheide).

In dem Entscheid vom 12. November 1921 (Rechnenschaftsbericht pro 1921 Nr. 22) hat das Obergericht selbst erklärt, dass nur der in Konkurs geratene Schuldner das Delikt des leichtsinnigen Bankerottes begehen könne. Auch im Urteil vom 8. März 1938 hat es diesen Grundsatz nicht verlassen oder eingeschränkt; die darin vertretene Auffassung, dass im Konkurs einer juristischen Person auch ein bloss tatsächlicher Geschäftsleiter zu den « schuldigen Einzelpersonen der Verwaltungs- und Aufsichtsorgane » im Sinn von § 69 EG gehören könne, geht nicht über eine ausdehnende Gesetzesauslegung hinaus und kann daher zur Unterstützung des angefochtenen Entscheides nicht angerufen werden.

Der hier vertretenen Auffassung entspricht auch die

Rechtsprechung des zürcherischen Obergerichtes und die deutsche Literatur und Praxis: die erstere hat bei der Anwendung von § 202 lit. a des zürch. STG, der mit § 68 des thurgauischen EG übereinstimmt, stets an dem Grundsatz festgehalten, dass beim leichtsinnigen Bankerott nur der in Konkurs geratene Schuldner in Betracht falle, und hat einen Angeklagten, der unter dem Namen eines andern Familienangehörigen ein Geschäft betrieb, freigesprochen (Blätter Bd. 15 Nr. 101; Bd. 26 Nr. 52). Die letztere hat bei Auslegung von § 240 KO stets angenommen, dass gestützt auf die Konkurseröffnung der Urheber der Bankerottthandlungen nur dann zur Verantwortung gezogen werden dürfe, wenn sich die Konkurseröffnung gegen ihn selbst richtete (Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen Bd. 25 S. 121/2; 29 S. 105/6; 49 S. 322; 65 S. 413; FRANK, I. c. § 239 Ziff. VIII, § 240 Ziff. VI; SYDOW-BUSCH-KRIEG, I. c. S. 519; OLSHAUSEN, Kommentar 9. Aufl. KO § 239 Note 6 lit. d; EBERMAYR, I. c. KO § 239 Note 2).

Der Zustand, wie er gemäss § 68 des EG besteht, mag das Rechtsempfinden verletzen. Er hat zwar nicht, wie die Staatsanwaltschaft behauptet, zur Folge, dass ein Unschuldiger für den Schuldigen bestraft wird; denn wenn denjenigen, der seinen Namen für den Geschäftsbetrieb hergegeben hat, kein strafrechtlich erhebliches Verschulden trifft, muss er freigesprochen werden (PFLEGHART, SJZ Bd. 19 S. 98). Möglich ist aber, dass der Hauptschuldige straffrei bleibt, während der Wenigerschuldige bestraft wird. Diese Lücke kann nur der Gesetzgeber ausfüllen. Im schweiz. Strafgesetzbuch geschieht dies wenigstens teilweise dadurch, dass der Konkurseröffnung die Ausstellung eines Verlustscheines gleichgestellt wird.

IV. STAATSVERTRÄGE

TRAITÉS INTERNATIONAUX

4. Arrêt du 3 février 1939

dans la cause **dame Magnus-Lévy contre Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois et Speelmann.**

Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs.

La Convention ne concerne que la tutelle des mineurs proprement dite, à l'exclusion de la puissance paternelle. L'art. 7, qui réserve aux autorités locales le soin de prendre les mesures nécessaires dans tous les cas d'urgence, ne s'applique lui-même qu'en rapport avec une tutelle.

C'est au regard du droit étranger qu'il faut examiner si la puissance de l'époux survivant sur ses enfants équivaut à une véritable tutelle.

Haager Übereinkunft zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige vom 12. Juni 1902.

Die Übereinkunft gilt nur für bevormundete, nicht auch für unter elterlicher Gewalt stehende Minderjährige. Daher ist auch Art. 7, der den zuständigen Ortsbehörden in allen dringenden Fällen die Sorge für den Erlass von Massnahmen vorbehalten, nur im Zusammenhang mit einer Vormundschaft anwendbar.

Ob die elterliche Gewalt des überlebenden Ehegatten über seine Kinder einer eigentlichen Vormundschaft gleichkommt, beurteilt sich nach ausländischem Recht.

Convenzione dell'Aia, del 12 giugno 1902, concernente la tutela dei minorenni.

La convenzione concerne soltanto la tutela dei minorenni propriamente detta, esclusa la potestà dei genitori. L'art. 7, che riserva alle autorità locali il compito di prendere i provvedimenti necessari in tutti i casi urgenti, si applica soltanto in connessione con una tutela.

La questione di sapere se la potestà del coniuge superstite sui propri figli equivale ad una tutela vera e propria va esaminata alla stregua del diritto estero.

A. — Hélène-Suzanne Speelmann, née en 1930, est la fille de Benjamin Speelmann, citoyen hollandais, domicilié à Amsterdam. Comme les parents vivaient en mauvaise intelligence, l'enfant a été, dès l'âge de 13 mois, confiée à sa grand'mère maternelle, dame Magnus-Lévy, demeurant actuellement à Lausanne. La mère de la fillette est