

mierte, verschaffte er sich zunächst den Vorteil einer komfortableren Lebenshaltung auf den Geschäftsreisen. Ferner liessen sich die Wirte durch diese Konsumationen zu grösseren Bestellungen bewegen, was zur Folge hatte, dass die auf dem Umsatz berechneten Provisionen des Beschwerdeführers stiegen. Um diese teils unmittelbaren, teils mittelbaren Vorteile hat sich der Beschwerdeführer durch die unbestrittenermassen unrechtmässige Verwendung eingezogener Kundengelder bereichert.

b) Der Beschwerdeführer bestreitet denn auch die Bereicherungsabsicht nicht, weil ihm aus seinem Verhalten keine Vorteile erwachsen wären, sondern unter Berufung auf die Ersatzbereitschaft. Dabei verweist er auf seine Guthaben bei der Arbeitgeberin, aus denen diese ihren Schaden vollständig decken konnte. Gegenforderungen des Täters gegen den Geschädigten schliessen indessen die Verurteilung wegen Veruntreuung nicht ohne weiteres aus. Ob und unter welchen Umständen die Fähigkeit zum Ersatze durch Verrechnung den Täter zu entlasten vermag, was insbesondere bei Inkassoaufträgen näherer Prüfung bedarf (ZR 1945 Nr. 115, SJZ 1948 S. 128), kann hier offen bleiben, da beim Beschwerdeführer jedenfalls der *Ersatzwille* fehlte, er bei der unrechtmässigen Verwendung anvertrauten Gutes nicht willens war, es rechtzeitig zu ersetzen. Die Verrechnung von Gegenforderungen tritt nicht von selbst ein, sondern setzt eine Willenserklärung voraus (vgl. Art. 120 OR). In Abrechnungsverhältnissen kann deshalb der Ersatzwille höchstens angenommen werden, wenn derjenige, der anvertrautes Gut für sich verwendet hat, bei der Abrechnung die Verrechnung erklärt, nicht dagegen, wenn er die unrechtmässige Verwendung verheimlicht und erst dann zur Verrechnung bereit ist, wenn seine Verfehlungen entdeckt werden. So verhält es sich aber im vorliegenden Falle. Der Beschwerdeführer, der über die eingezogenen Gelder wöchentlich abzurechnen hatte, hat dabei nie die Verrechnung der zurückbehaltenen Gelder mit seinen

Forderungen gegen die Arbeitgeberin erklärt, sondern hat diese Inkassi verheimlicht; die Arbeitgeberin hat sie erst nach längerer Zeit zufällig entdeckt. Er war daher jedenfalls zum Ersatz auf den Zeitpunkt, auf den dieser zu leisten gewesen wäre, nicht gewillt, was für den Tatbestand der Veruntreuung genügt, auch wenn nicht noch durch besondere Machenschaften, wie die Unterdrückung von Rechnungsauszügen, die Entdeckung der Verfehlungen verhindert worden wäre. Die nach der Entdeckung erfolgte Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche des Beschwerdeführers und seiner Arbeitgeberin ist nachträgliche Schadensdeckung und ohne Einfluss auf die bereits vollendeten Veruntreuungen. Die gegenteilige Auffassung würde zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, dass ein Angestellter, der eine Kautions hinterlegt hat oder gegen seine Arbeitgeberin Forderungen besitzt, bis zu deren Höhe ungestraft das Vertrauen der Arbeitgeberin missbrauchen und das ihm von dieser anvertraute Gut für sich verwenden dürfte.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

10. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofs vom 27. Februar 1948 i. S. Wittwer gegen Staatsanwaltschaft des Oberlandes des Kantons Bern.

Betrügerischer Konkurs, Art. 163 Ziff. 1 StGB.

Die vorsätzliche Vereitelung bzw. Erschwerung der Zwangsvollstreckung setzt voraus, dass der Täter im Bewusstsein des ihm drohenden Vermögenszusammenbruchs handelte, sich also bereits in einer Vermögenslage befand, welche die konkrete Möglichkeit der Zwangsvollstreckung voraussehen liess.

Banqueroute frauduleuse, art. 163 ch. 1 CP.

L'intention de compromettre ou d'entraver l'exécution forcée suppose que l'auteur savait sa fortune menacée de la débâcle, autrement dit que, vu sa situation, il devait déjà prévoir l'éventualité de l'exécution forcée.

Bancarotta fraudolenta, art. 163, cifra 1 CP.
L'intenzione di compromettere o d'intralciaire l'esecuzione per debiti presuppone che l'autore sapesse che lo minacciava il suo tracollo finanziario; in altri termini, doveva già prevedere, data la sua situazione, l'eventualità dell'esecuzione per debiti.

A. — Louis Wittwer hatte 1939 unter der Firma seiner Mutter Berta Wittwer die Vertretung für einen Brennsparapparat « Economax » übernommen. In der Folge konstruierte er selber verschiedene Modelle von Brennsparapparaten, die er von Giessereien herstellen liess und unter dem Namen « Carbonex » zu Preisen vertrieb, welche das 5-20fache des Gestehungspreises ausmachten. Dabei war die Wirkung der Apparate, die in den Feuerraum der Heizkörper eingebaut die nachträgliche Verbrennung unverbrannter Gase herbeiführen sollten, sehr problematisch und stand jedenfalls in keinem Verhältnis zu den Anpreisungen und zum Verkaufspreis. Am 1. Februar 1942 gründete Wittwer für den Vertrieb der Apparate die « Carbonex GmbH » mit Sitz in Bern. Als Gesellschafter wurden seine Schwester Florette Wittwer und seine Freundin Simone Nicoletti eingetragen. Das Gesellschaftskapital von Fr. 20,000.— stammte von Wittwer, der auch Geschäftsführer war. Es wurde für die ganze Schweiz eine grosse Verkaufsorganisation aufgezogen mit Zentralen in Bern, Biel, Lausanne und Zürich, mit Leitern, Equipenchefs und einer grossen Zahl von Reisenden und Monteuren. Durch diese Organisation und vielfältige, zum Teil raffinierte Werbemethoden gelang es, einen grossen Absatz zu erzielen. Nach den Angaben Wittwers wurden insgesamt etwa 30,000 Apparate (im Preis von Fr. 45.50 bis Fr. 135.—) verkauft. Die Verkäufer, unter denen sich die verschiedensten Berufsarten, aber keine Heizungsfachleute befanden, arbeiteten ausschliesslich auf Provisionsbasis, weshalb sie den Verkauf mit allen Mitteln forcierten. Eine grosse Rolle spielten dabei auch die Zeugnisse von Kunden, die sich lobend über den « Carbonex » aussprachen. Für die Beibringung solcher Zeugnisse zahlte das Unternehmen eine Zeit lang

Prämien aus. Die Zeugnisse, öfters auf zweifelhafte Weise zustande gekommen, wurden vervielfältigt und den Verkäufern als Werbematerial zur Verfügung gestellt.

Eine auch nur einigermaßen richtige Buchführung bestand bei der « Carbonex GmbH » nicht. Wittwer hob bedeutende Summen ab, ohne sich dafür belasten zu lassen. Andere von ihm abgehobene Betriebsgelder wurden auf unkontrollierbare Konti angelegt. Über die Gelder der Gesellschaft verfügte Wittwer nach freiem Belieben. Auf allen Lieferungen der Fonderie de Fribourg S. A., der Hauptlieferantin der « Carbonex GmbH », erfolgten fiktive Preiszuschläge, die Wittwer dann auf sein Privatkonto abdisponierte. Es wurden nicht bestehende Schulden in Form von Lizenzgebühren anerkannt, ein Betrag von Fr. 13,000.— wurde ohne jede Gegenleistung als Zahlung an einen A. Cogniat in Biel gebucht. Wittwer persönlich bezog nach seinen eigenen Angaben rund Fr. 700,000.—; ohne Lohn und Vertrauensspesen betrogen die Bezüge nach der Rechnung des gerichtlichen Buchhaltungsexperten allein Fr. 392,000.—.

Im Januar 1942 beauftragte Wittwer die Treuhand- und Revisionsbüro Biel A.-G., für das Jahr 1941 zur Verwendung gegenüber den eidg. und kantonalen Steuerbehörden nachträglich eine Hauptbuchhaltung zu erstellen, die einen Reingewinn von Fr. 10,000.— bis 15,000.— aufweisen sollte. Die Buchhaltung wurde vom Leiter des Treuhandbureaus, Fritz Alioth, auf Grund der sehr mangelhaften Unterlagen erstellt, aber — entsprechend den Weisungen Wittwers — so, dass sie ein gänzlich falsches Bild vom Ertrag und Stand des Geschäftes ergab. Diese Buchhaltung verwendete Wittwer auch gegenüber der eidg. Preiskontrolle, die von der Carbonex GmbH die Belege für die Einstandspreise und für die Preiskalkulationen eingefordert hatte. Mit Verfügungen vom 18. April und 19. August 1942 setzte die EPK die Höchstpreise für die Normalmodelle herab. Die Carbonex GmbH verkaufte jedoch die Apparate zunächst noch zum alten

Preise weiter. Die EPK sah sich deshalb veranlasst, das Unternehmen vom 30. Oktober bis 29. November 1942 zu schliessen. Darauf trat Wittwer als Geschäftsführer zurück, und an seine Stelle trat ein bisheriger Filialleiter. Gegen Wittwer wurde wegen verschiedener kriegswirtschaftlicher Vergehen ein Strafverfahren eröffnet und sein ganzes erreichbares Vermögen beschlagnahmt. Am 26. Januar 1946 verurteilte ihn das kriegswirtschaftliche Strafappellationsgericht zu 2 Monaten Gefängnis und Fr. 16,000.— Busse und erklärte den unrechtmässigen Vermögensgewinn des Angeklagten im Betrage von Fr. 92,410.— als der Bundeskasse verfallen.

Seit der von der EPK verfügten Betriebssperre ging das Geschäft der Carbonex GmbH immer mehr zurück und zerfiel schliesslich ganz. Am 30. Januar 1945 wurde in Biel der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet. Es ergaben sich Schulden im Gesamtbetrag von Fr. 530,879.32, denen nur Fr. 51,837.65 Aktiven gegenüberstanden. Da diese beschlagnahmt waren und keiner der Gläubiger den verlangten Vorschuss von Fr. 3000.— leistete, musste der Konkurs eingestellt werden.

B. — Auf Anklage der Staatsanwaltschaft des Oberlandes wurde Wittwer vom Geschworenengericht des I. Bezirks des Kantons Bern mit Urteil vom 10. Mai 1947 wegen betrügerischen Konkurses (Art. 163 in Verbindung mit Art. 172 StGB) und Unterlassung der Buchführung (Art. 166, 172) zu zwei Jahren Gefängnis, abzüglich 4 Monate Untersuchungshaft, verurteilt als Zusatzstrafe zu der vom kriegswirtschaftlichen Strafappellationsgericht ausgefallten Gefängnisstrafe von 2 Monaten.

Von den Anklagen wegen gewerbmässigen Betrugs, Anstiftung zu Urkundenfälschung, des Gebrauchs einer gefälschten Urkunde, der Veruntreuung und des leichtsinnigen Konkurses wurde Wittwer freigesprochen.

C. — Mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde beantragt Wittwer Aufhebung der Verurteilung wegen

betrügerischen Konkurses und Rückweisung der Sache in diesem Punkte an die Vorinstanz, eventuell an die Kriminalkammer des Kantons Bern zur Freisprechung. Die Staatsanwaltschaft trägt auf Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde an.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

Die nach Art. 163 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB strafbaren Handlungen sieht die Vorinstanz darin, dass der Beschwerdeführer einerseits willkürlich über das Vermögen der — in der Folge in Konkurs gefallenen — Gesellschaft verfügte, Gelder teilweise für sich verbrauchte, teilweise sonst auf die Seite schaffte, andererseits nicht bestehende Schulden, namentlich fiktive Lizenzgebühren, anerkannte. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, durch diese Handlungen das Vermögen der Gesellschaft im Sinne von Art. 163 Ziff. 1 Abs. 2 vermindert oder im Sinne von Abs. 3 zum Schein vermindert zu haben.

Art. 163 StGB verlangt nicht, dass die dort genannten Handlungen des Schuldners für den Konkurs kausal gewesen seien. Doch müssen sie zum Nachteil der Gläubiger erfolgt sein, und zwar zu ihrem Nachteil im Hinblick auf die Befriedigung in der Zwangsvollstreckung. Der Schuldner, der in Vermögensverfall geraten ist oder dem der Verfall droht, soll das noch vorhandene Vermögen seinen Gläubigern erhalten. In der Verletzung dieser Pflicht liegt das Wesen der Konkurs- und Betreibungsdelikte (HAFTER Bes. Teil I S. 329). Als regelmässiger Täter kommt daher ein Schuldner in Betracht, der in einer bestimmten ungünstigen Vermögenslage sich befindet. Nach Art. 163 (und 164) StGB muss der den Gläubigern zugefügte Nachteil darin bestehen, dass die Zwangsvollstreckung, mit der beim — eingetretenen oder drohenden — Vermögenszerfall des Schuldners zu rechnen ist, vereitelt oder erschwert wird, und auf diese Vereitelung bzw. Erschwerung der Zwangsvollstreckung muss der

Vorsatz des Täters gerichtet sein. Die Tatsache für sich allein, dass die Vorkehren des Beschwerdeführers eine Benachteiligung der Gläubiger in dem nachher ausgebrochenen Konkurse zur Folge hatten, erfüllt mithin — entgegen der Auffassung der Vorinstanz — den Tatbestand des Art. 163 noch nicht; insbesondere liegt betrügerischer Konkurs nicht schon deswegen vor, weil die Carbonex GmbH nur vorgeschoben war, während in Wirklichkeit der Beschwerdeführer frei über die Gelder verfügte. Der Täter muss die Schädigung der Gläubiger mit Wissen und Willen herbeigeführt haben. Dies setzt voraus, dass er im Bewusstsein des ihm drohenden Vermögenszusammenbruchs handelte, sich also bereits in bedrängter Vermögenslage befand (HAFTER S. 336, 343) und daher die konkrete Möglichkeit der Zwangsvollstreckung voraussehen konnte und mit ihrem Eintritt rechnen musste (« en prévision de la faillite »; GAUTIER, 2. Expertenkomm. II S. 395). Dabei genügt freilich auch der Eventualdolus, und gleichgültig ist, welches das Motiv der Tat war, d. h. ob der Täter aus Eigennutz oder aus Bosheit gegenüber den Gläubigern oder aus welchem andern Beweggrunde immer gehandelt hat.

Der Beschwerdeführer behauptet, die eingeklagten Finanzoperationen einzig zum Zwecke der Steuerhinterziehung vorgenommen zu haben in einer Zeit, da das Unternehmen noch äusserst erfolgreich gearbeitet und kein Mensch an einen drohenden Vermögenszerfall gedacht habe. Sollte diese Darstellung zutreffen, so würde es am subjektiven Tatbestand des Art. 163 StGB fehlen. Wer in wirtschaftlich guter Lage Vermögen verschiebt oder verschleiert, um den Fiskus zu täuschen, macht sich allenfalls des Steuerbetrugs nach dem kantonalen Steuerstrafrecht (Art. 335 Ziff. 2 StGB) schuldig; zu einer vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung im Sinne von Art. 163 aber werden seine Handlungen bloss dadurch noch nicht, dass *nachher* Vermögenszerfall und Konkurs über ihn hereinbrechen und die Gläubiger ihretwegen zu

Schaden kommen. Das verhält sich auch nicht anders, soweit der Fiskus selber zu den so geschädigten Gläubigern gehört. Mit der Verheimlichung von Vermögen geht der Steuerpflichtige nicht daraus auf, die Zwangsvollstreckung des Fiskus zu vereiteln oder zu erschweren, sondern die Steuerforderung überhaupt nicht zur Entstehung gelangen zu lassen.

In tatsächlicher Hinsicht ist die Darstellung des Beschwerdeführers mindestens nicht zum vorneherein unwahrscheinlich. Zu seinem grossen Geldverbrauch erklärt die Vorinstanz selber, das Unternehmen sei sehr erfolgreich gelaufen und der Beschwerdeführer habe sich deshalb nicht ohne Veranlassung und äusserlich günstige Umstände den hohen Lebensstandard angewöhnt. Jedenfalls ein Teil der ihm vorgeworfenen Handlungen, namentlich persönliche Geldentnahmen und andere Vermögensverschiebungen zu seinen Gunsten, fielen demnach offenbar in die Blütezeit des Unternehmens, ja erklären sich gerade aus dem damals herrschenden Geldüberfluss. Dafür sprechen auch die weitem Feststellungen der Vorinstanz, dass es mit dem Geschäft erst seit der vorübergehenden Schliessung durch die EPK im November 1942 bergab ging und dass die kriegswirtschaftliche und gemeinrechtliche Strafverfolgung an der weitem Entwicklung und am Zusammenbruch einen bedeutenden Anteil hatten, während Geldabhebungen, Falschbuchungen und Anerkennung nicht bestehender Schulden jedenfalls schon vorher vorkamen und der Beschwerdeführer das Bieler Treuhandbüro bereits im Januar 1942 beauftragt hatte, eine für Steuerzwecke zurechtgemachte Hauptbuchhaltung zu erstellen. Die Behauptung des Beschwerdeführers, er habe bei der Verheimlichung und bei der Beiseiteschaffung von Vermögensbestandteilen nicht mit dem Vorsatz gehandelt, sie der Zwangsvollstreckung vorzuenthalten, hat unter diesen Umständen vieles für sich. Die Verhältnisse und Vorgänge sind jedoch in dieser Hinsicht nicht hinreichend abgeklärt; insbesondere steht nicht fest, ob

der Beschwerdeführer seine, das Vermögen der Gesellschaft tatsächlich oder scheinbar mindernden Handlungen nicht fortgesetzt hat, als dem Unternehmen bereits erkennbar der Zerfall drohte. Wäre dies der Fall, so käme für die Benachteiligung der Gläubiger nach Art. 163 StGB Eventualdolus in Betracht. Denn auch wenn der Beschwerdeführer mit seinen Machenschaften weiterhin Zwecke der Steuerhinterziehung verfolgte, schloss das nicht aus, dass er gleichzeitig ernsthaft mit dem Konkurs der Gesellschaft rechnete und dabei mit der aus seiner Handlungsweise sich ergebenden Gläubigerbenachteiligung einverstanden war (vgl. BGE 69 IV 79 f.). Direkter Vorsatz war gegeben, wenn er im Konkurs Vermögen der Gesellschaft verheimlichte oder falsche Schulden angab.

Die Sache muss daher an die Vorinstanz zurückgewiesen werden, damit sie den für die Frage des Vorsatzes im dargelegten Sinne massgebenden Tatbestand feststelle und gestützt darauf neu entscheide.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird dahin gutgeheissen, dass die Verurteilung wegen betrügerischen Konkurses aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

11. Urteil des Kassationshofes vom 24. März 1948 i. S. Schödler und Hagenbucher gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau.

Art. 167, 24, 25 StGB, Bevorzugung eines Gläubigers, Anstiftung und Gehülfschaft.

1. Absicht, einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen (Erw. 2).
 - a) Die Bevorzugung eines Gläubigers braucht nicht Beweggrund der Tat zu sein.
 - b) Eventuelle Absicht der Bevorzugung.
2. Bevorzugung (Erw. 5 a. E.).
3. a) Gehülfschaft und Anstiftung durch den Gläubiger ist strafbar (Erw. 4).
 - b) Merkmale der Anstiftung (Erw. 5).

Art. 167, 24, 25 CP. Avantages accordés à certains créanciers, instigation, complicité.

1. Desein de favoriser certains créanciers au détriment des autres (consid. 2).
 - a) Il n'est pas nécessaire que l'avantage procuré à un créancier soit le mobile de l'auteur.
 - b) Desein éventuel de favoriser.
2. Action de favoriser (consid. 5 i. f.)
3. a) La complicité et l'instigation de la part du créancier sont punissables (consid. 4).
 - b) Caractères de l'instigation (consid. 5).

Art. 167, 24, 25 CP. Favori concessi ad un creditore, istigazione, complicità.

1. Intenzione di favorire certi creditori a detrimento degli altri (consid. 2).
 - a) Non è necessario che il favore procurato ad un creditore sia il motivo dell'atto.
 - b) Intenzione eventuale di favorire.
2. Atto di favorire (consid. 5 i. f.)
3. a) La complicità e l'istigazione da parte del creditore sono punibili (consid. 4).
 - b) Caratteri dell'istigazione (consid. 5).

A. — Heinrich Schödler borgte von Hermann Hagenbucher Fr. 5500.—, wofür er am 5. November 1945 sechs Wechsel akzeptierte, die der Darleiher auf ihn zog. Der Borger stellte dem Darleiher in Aussicht, das Darlehen durch Verpfändung eines auf seiner Liegenschaft zu errichtenden Schuldbriefes sicherzustellen, was indessen nicht geschah.

Am 20. Mai 1946 erhielt Schödler von Hagenbucher ein neues Darlehen von Fr. 5000.—. Er unterzeichnete dafür einen Wechsel von Fr. 5350.— und liess ihn durch Albert Ritter verbürgen. Als er den Wechsel nicht einlösen konnte, unterzeichnete er einen neuen von Fr. 5700.—, und als er auch bei dessen Fälligkeit nicht zahlen konnte, einen solchen von Fr. 6000.—. Bei der zweiten Verlängerung hatte Hagenbucher das Gefühl, Schödler treibe dem Konkurs entgegen, und verlangte deshalb, dass seine Forderung durch einen auf den Liegenschaften des Schuldners zu errichtenden Schuldbrief sichergestellt werde. Schödler, der sich seiner Zahlungsunfähigkeit so gut bewusst war wie Hagenbucher, entsprach dem Begehren, indem er am 27. Juni 1946 seine Liegenschaften mit