

S. 41 / Nr. 11 Strafgesetzbuch (d)

BGE 74 IV 41

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

Regeste:

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

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) Gehülfenschaft und Anstiftung durch den Gläubiger ist strafbar (Erw. 4).

b) Merkmale der Anstiftung (Erw. 5).

Seite: 41

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

1. Dessein 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) Dessein 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 concessa ad "n 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

Seite: 42

einem Inhaberschuldbrief von Fr. 6000. belastete und diesen Hagenbucher am 4. Juli 1946 als Faustpfand übergab. Hagenbucher hob noch am gleichen Tage Betreibung auf Pfandverwertung und am 9. August 1946 Wechselbetreibung an. Da Schödler Recht vorschlug, verkaufte Hagenbucher den Schuldbrief dem Wechselbürgen Ritter. Dieser gab ihn Hagenbucher wieder als Faustpfand.

Am 20. August 1946 wurde über Schödler der Konkurs eröffnet. Hagenbucher meldete eine Faustpfandforderung von Fr. 6000. an.

B. Das Bezirksgericht Baden erklärte am 22. April 1947 Schödler wegen der Verpfändung des Schuldbriefes der Bevorzugung eines Gläubigers gemäss Art. 167 StGB und Hagenbucher der Anstiftung dazu schuldig und verurteilte beide zu sechs Wochen Gefängnis.

Das Obergericht des Kantons Aargau wies die Beschwerde beider Verurteilten am 5. Dezember 1947 ab.

C. Schödler und Hagenbucher führen Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zu ihrer Freisprechung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Sie machen geltend, Schödler habe nicht beabsichtigt, Hagenbucher zu bevorzugen. Zudem sei er zur Pfandbestellung verpflichtet gewesen, weil er Hagenbucher beim Geschäft vom Herbst 1945

allgemein versprochen habe, alle Forderungen, die dieser gegen ihn erlangen werde, durch Faustpfand zu sichern. Hagenbucher bestreitet ausserdem, Schödler vorsätzlich zu einer unzulässigen Begünstigung bestimmt zu haben. Er habe die Pfandbestellung wirtschaftlich nicht für sich, sondern für Ritter verlangt, der als Wechselbürge das Risiko getragen habe. Auch habe er die Zahlungsunfähigkeit Schödlers nicht gekannt. Abgesehen hievon sei ein Gläubiger bloss deswegen, weil er von einem vor dem Zusammenbruch stehenden Schuldner Zahlung oder Sicherstellung verlange, nicht Anstifter zu Bevorzugung eines Gläubigers. Strafbar mache er sich nur, wenn er den Schuldner besonders

Seite: 43

bedränge, bedrohe oder auf ähnliche Weise auf ihn einwirke. Im vorliegenden Falle sei das nicht geschehen.

D. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau beantragt, die Beschwerden seien abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Der Schuldner, der im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit und in der Absicht, einzelne seiner Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen, darauf abzielende Handlungen vornimmt, insbesondere nicht verfallene Schulden bezahlt, eine verfallene Schuld anders als durch übliche Zahlungsmittel tilgt, eine Schuld aus eigenen Mitteln sicherstellt, ohne dass er dazu verpflichtet war, wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Gefängnis bestraft (Art. 167 StGB).

Schödler übergab am 4. Juli 1946, als er nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz bereits zahlungsunfähig war, seinem Gläubiger Hagenbucher einen auf den Liegenschaften Schödlers lastenden und in dessen Eigentum stehenden Inhaberschuldbrief im Nominalwert von Fr. 6000. als Faustpfand für die am 20. Mai 1946 begründete, sich anfänglich auf Fr. 5350. belaufende und später auf Fr. 5700., dann auf Fr. 6000. heraufgesetzte Schuld Schödlers. Dieser hat somit im Sinne des Art. 167 StGB aus eigenen Mitteln eine Schuld sichergestellt. Entgegen seinem in der Beschwerde vertretenen Standpunkt war er dazu nicht schon vom Herbst 1945 an verpflichtet. Denn das Obergericht trifft die tatsächliche, den Kassationshof bindende Feststellung, dass damals eine Sicherstellung nur für die am 5. November 1945 begründete erste Darlehensschuld von Fr. 5500. in Aussicht genommen wurde und Hagenbucher für das am 20. Mai 1946 gewährte zweite Darlehen Pfandsicherheit erst verlangte, als er das Gefühl bekam, Schödler treibe dem Konkurs entgegen. Am 20. August 1946 wurde dann über den Schuldner der Konkurs tatsächlich eröffnet.

Seite: 44

Damit sind alle objektiven Voraussetzungen zur Anwendung von Art. 167 StGB erfüllt.

2. Schödler war sich seiner Zahlungsunfähigkeit bewusst, als er Hagenbucher den Schuldbrief verpfändete. Das Obergericht stellt diese Tatsache verbindlich fest, was denn auch in der Beschwerde nicht mehr bestritten wird. Unbestritten ist ferner, dass Schödler das Pfand bewusst und gewollt bestellt hat, und aus dem Fehlen einer Vereinbarung darf auf sein Bewusstsein, dass er zur Pfandbestellung nicht verpflichtet war, geschlossen werden. Dagegen fragt es sich, ob das von Schödler bestrittene weitere subjektive Merkmal gefehlt habe, nämlich die «Absicht, einzelne seiner Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen».

Die dem Art. 167 StGB entsprechende Bestimmung des Vorentwurfes von 1908 (Art. 100) verlangte diese Absicht nicht. Die erwähnte Wendung geht zurück auf einen Antrag, den Hafter anlässlich der dritten Lesung in der zweiten Expertenkommission stellte, nachdem ein anderes Mitglied der Kommission eine Einschränkung der Bestimmung, etwa durch Aufnahme der Worte «in böswilliger Absicht», empfohlen hatte. Hafter begründete seinen Antrag dahin, dass man beim Vergehen der Bevorzugung eines Gläubigers vor allem auf die subjektive Seite abstellen müsse (Protokoll der 2. Exp. K. 4129). Es mag scheinen, dass er der deutschen Lehre und Rechtsprechung Rechnung tragen wollte, sei es der Auffassung, wonach der Schuldner die Absicht, einen Gläubiger vor den andern zu begünstigen (§ 241 deutsche Konkursordnung), nur dann habe, wenn die Begünstigung Beweggrund oder einer der Beweggründe der Tat ist (FRANK, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich Anm. VI zu § 59, Anm. IV zu § 241 KO; VON LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch des deutschen Strafrechts § 317 Anm. 10; GERLAND, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 628), sei es der Auffassung, dass zwar auf den Beweggrund nichts ankomme, aber mindestens das Bewusstsein der

Seite: 45

unzulässigen Bevorzugung des einen und der notwendig eintretenden Benachteiligung der andern Gläubiger, also direkter Vorsatz vorliegen müsse, eventueller Vorsatz nicht genüge (ALLFELD, Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 468 Anm. 31; von HIPPEL, Deutsches Strafrecht 2 S. 329 Anm. 6 und Lehrbuch des Strafrechts S. 136 Anm. 10; SCHÖNKE, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich § 59 IV 1; RGE 39 138). Allein der Wortlaut von Art. 167 StGB zwingt zur Anerkennung weder

der einen noch der anderen Auffassung; aus dem Protokoll der zweiten Expertenkommission ergibt sich auch nicht, dass der Antragsteller oder die Kommission der einen oder der anderen den Vorzug gegeben habe. Hafter selber hält heute seinen Antrag und die Fassung des Gesetzes «kaum für glücklich»; er meint, es sollte genügen, dass der Schuldner mit Wissen und Willen einem Gläubiger auf Kosten der andern Vorteile verschafft hat (HAFTER, Schweizerisches Strafrecht, besonderer Teil, 1357).

Als «Absicht» bezeichnet der allgemeine Sprachgebrauch den auf ein künftiges Handeln oder auf einen noch nicht eingetretenen Erfolg gerichteten Willen. Beabsichtigt ist, was man tun oder erreichen will, aber noch nicht getan bzw. noch nicht erreicht hat. Über den Beweggrund des Handelns ist damit an sich nichts gesagt. Daher ist das Wort «Absicht» im Texte des Gesetzes jedenfalls dann nicht in der Bedeutung eines bestimmten Beweggrundes zu verstehen, wenn es der Bestimmung auch ohne diese Auslegung einen vernünftigen Sinn gibt. Das trifft in jenen Fällen zu, wo der zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörende Tatbestand nach dem Wortlaut des Gesetzes hinter dem subjektiven, dem beabsichtigten Tatbestand zurückbleibt, so z.B. wenn die Bestimmung über Raub (Art. 139 StGB) die Begehung eines Diebstahls, die Bestimmung über Betrug (Art. 148 StGB) die unrechtmässige Bereicherung und die Bestimmung über Gefährdung durch Sprengstoffe (Art. 224

Seite: 46

StGB) die Begehung eines Verbrechens («verbrecherische Absicht») nur als subjektive, von der Absicht des Täters erfasste, nicht auch als objektive Merkmale nennen. So verhält es sich auch bei Art. 167 StGB, der die Absicht des Schuldners, einzelne seiner Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen, aber nicht auch den tatsächlichen Eintritt einer Bevorzugung verlangt. Die Vornahme von Handlungen, die darauf «abzielen», genügt zur Vollendung dieses Vergehens, wobei der Täter freilich erst bestraft wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist. Nicht nötig ist, dass die Bevorzugung eines Gläubigers zum Nachteil anderer auch Beweggrund der Tat sei. Es genügt, dass der Schuldner mit der vorsätzlich vorgenommenen Handlung einen Zustand herbeiführen will, von dem er weiss, dass er einen Gläubiger bevorzugen, andere benachteiligen werde. Von diesem Begriff der Absicht ist denn auch das Bundesgericht stillschweigend ausgegangen, als es zu der Frage Stellung genommen hat, ob die bloss eventuelle Absicht unrechtmässiger Bereicherung zum Tatbestand des Betruges genüge (BGE 69 IV 80; 72 IV 125), und auch die Anfechtung nach Art. 288 SchKG setzt nach der Rechtsprechung nicht voraus, dass die beabsichtigte Benachteiligung der Gläubiger geradezu Zweck des Rechtsgeschäftes gewesen ist (BGE 41 III 73). Der hier vertretenen Auslegung des Art. 167 StGB steht der Umstand nicht im Wege, dass das Gesetz in gewissen anderen Fällen, wo es einen über den objektiven Tatbestand hinausgehenden Vorsatz des Täters verlangt, nicht von «Absicht» spricht, sondern die Worte «um zu» (Art. 137, 140, 141, 185, 202, 204 usw.), «zum Zwecke» (Art. 153, 248), «gerichtet auf» (Art. 265, 266) oder «damit» (Art. 281, 288) gebraucht. Diese Mannigfaltigkeit im Ausdruck ist nicht notwendigerweise auf Unterschiede in der Bedeutung zurückzuführen. Das ergibt sich z.B. aus den Bestimmungen über die Fälschungen von Geld, wo ohne einleuchtenden Grund ein und

Seite: 47

derselbe Gedanke bald durch die Worte «um zu» (Art. 240, 241, 244), bald durch die Wendung «mit der Absicht» (Art. 243) ausgedrückt wird.

Nicht nötig ist sodann, dass die Absicht eine direkte sei. Die Eventualabsicht steht dieser gleich. Das hat das Bundesgericht bereits entschieden für den Fall der Bereicherungsabsicht (BGE 69 IV 80, 72 IV 125). Für die Absicht des Schuldners, einen Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen, ist es gleich zu halten. Mit Eventualabsicht handelt der Schuldner, wenn er nicht sicher ist, dass seine Handlung die Bevorzugung des einen Gläubigers und die Benachteiligung anderer zur Folge habe, wenn er jedoch diese Wirkung als möglich voraussieht und er sie für den Fall, dass sie eintrete, will. Wie beim Eventualvorsatz darf dabei das Wollen, wenn das Wissen um die Möglichkeit des Erfolges das einzige Indiz dafür ist, nur dann bejaht werden, wenn sich dem Schuldner der Eintritt des Erfolges als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Handeln vernünftigerweise nicht anders denn als Billigung des Erfolges ausgelegt werden kann. So wird z.B. ein Schuldner, der im Bewusstsein, dass er sehr wahrscheinlich nicht alle Gläubiger voll werden befriedigen können, eine auf Bevorzugung des einen Gläubigers abzielende Handlung vornimmt, nach Eröffnung des Konkurses oder Ausstellung eines Verlustscheines bestraft werden können. Die Vornahme der Handlung mit diesem Bewusstsein bedeutet, Gegenindizien vorbehalten, Billigung und damit Wollen des Erfolges für den Fall, dass er eintrete. In der Tat erscheint ein subjektiv so eingestellter Schuldner strafwürdig. Ein anderer, der dagegen trotz Bewusstseins seiner Zahlungsunfähigkeit einzelne Gläubiger befriedigt, weil er, wenn auch frivol, damit rechnet, seine finanzielle Lage wieder verbessern zu können, sodass seine Handlung keine Gläubiger benachteiligen werde, geht dagegen straflos aus, auch wenn sich seine

Erwartung als trügerisch erweist; er handelt nicht mit der von Art. 167 geforderten Absicht.

Seite: 48

3. Das Obergericht erklärt im Eingang seiner Erwägungen, das Bezirksgericht habe den eingeklagten Tatbestand mit zutreffender Begründung als Gläubigerbevorzugung im Sinne von Art. 167 StGB gewürdigt. Es sieht jedoch diese angeblich zutreffende Würdigung bloss darin, dass Schödler im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit die Schuld gegenüber Hagenbucher aus eigenen Mitteln sichergestellt habe, ohne dazu verpflichtet gewesen zu sein. Ob es auch die Ausführungen des Bezirksgerichts über die Absicht Schödlers, Hagenbucher zum Nachteil anderer Gläubiger zu bevorzugen, für richtig hält, sagt es nicht; es nimmt zu dieser Frage überhaupt nicht Stellung. Wäre es der Auffassung des Bezirksgerichts gefolgt, so wäre die direkte Absicht der Bevorzugung im Sinne des Art. 167 verbindlich verneint, nimmt doch das Bezirksgericht an, Schödler habe nicht andere Gläubiger schädigen, sondern nur die Eröffnung des Konkurses für einmal mehr verhindern wollen in der Hoffnung, sich rechtzeitig finanziell etwas erholen zu können. Auch die Eventualabsicht könnte mit den Feststellungen des Bezirksgerichts nicht bejaht werden, sieht dieses sie doch bloss darin, dass Schödler die Tatsache, für den Fall späterer Konkurseröffnung Hagenbucher zum Nachteil anderer Gläubiger zu begünstigen, offensichtlich «in Kauf genommen» habe. Diese Formel genügt nicht. Nach dem Gesagten fragt sich vielmehr, ob Schödler, falls er die Bevorzugung Hagenbuchers und die Benachteiligung anderer Gläubiger nicht als sicher vorausgesehen und sie gewollt, zum mindesten so ernsthaft mit ihrer Möglichkeit gerechnet hat (nicht etwa bloss hätte rechnen sollen), dass die Verpfändung des Schuldbriefes vernünftigerweise nicht anders denn als Billigung dieses Erfolges ausgelegt werden kann.

Das Obergericht hat zu diesen Fragen Stellung zu nehmen und neu zu urteilen.

4. Art. 167 StGB bedroht nur den Schuldner mit Strafe. Soweit die Teilnahme des Gläubigers notwendig

Seite: 49

ist, damit der Schuldner die Tat überhaupt begehen kann, ist daher der Gläubiger nicht strafbar; er kann die Leistung, die ihm der Schuldner macht, ungestraft annehmen. Beschränkt er sich aber nicht darauf, sondern stiftet er den Schuldner zur Tat an oder fördert er sie vorsätzlich durch Handlungen, die über die blosser Annahme der Leistung hinausgehen, so hat er sich auf Grund von Art. 24 bezw. 25 StGB wie jeder Anstifter oder Gehülfe zu verantworten. Dass er selber nicht Täter sein kann, weil er nicht Schuldner ist, ändert daran nichts, ebensowenig der Umstand, dass der Vorteil aus der Tat des Schuldners ihm, dem Anstifter oder Gehülfe, zugute kommen soll. Der Fall liegt nicht anders als der des Angeklagten, welcher durch Anstiftung zu falschem Zeugnis seine Lage im Strafverfahren verbessern will (BGE 73 IV 244), oder der des Verfolgten, welcher jemanden anstiftet, ihn, den Verfolgten, zu begünstigen (BGE 73 IV 239).

5. Nach der verbindlichen Feststellung des Obergerichts ist Schödler durch das Begehren Hagenbuchers zur Verpfändung des Schuldbriefes bestimmt worden. Der zum objektiven Tatbestand der Anstiftung (Art. 24 StGB) gehörende Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Anstifters und der Tat des Angestifteten ist mithin gegeben; einer Täuschung, Drohung oder dergleichen seitens des Anstifters bedarf es nicht. Objektiv setzt aber die Anstiftung voraus, dass die Tat des Angestifteten ein Verbrechen oder Vergehen sei (Art. 24 Abs. 1 StGB). Das wäre sie dann nicht, wenn die Vorinstanz Schödler mangels subjektiven Tatbestandes, nämlich wegen Fehlens der Absicht, Hagenbucher zum Nachteil anderer Gläubiger zu bevorzugen, freisprechen sollte (vgl. BGE 71 IV 135). Da diese Frage neu beurteilt werden muss, ist auch das Urteil gegen Hagenbucher aufzuheben und durch die Vorinstanz neu zu fällen. Der Freispruch Schödlers würde auch den Freispruch Hagenbuchers nach sich ziehen. Hagenbucher könnte nicht etwa wegen Versuchs

Seite: 50

der Anstiftung verurteilt werden; denn Bevorzugung eines Gläubigers ist bloss ein Vergehen (Art. 167, Art. 9 Abs. 2 StGB), und nach Art. 24 Abs. 2 StGB ist die versuchte Anstiftung nur strafbar, wenn der Anstifter den andern zur Begehung eines Verbrechens bestimmen will. Falls dagegen Schödler schuldig befunden wird, ist auch Hagenbucher schuldig zu sprechen.

Denn die subjektiven Voraussetzungen der Anstiftung sind erfüllt. Das Obergericht stellt in Übereinstimmung mit dem Bezirksgericht verbindlich fest, dass Hagenbucher die Zahlungsunfähigkeit Schödlers kannte und dass er wusste, dass die Bestellung des Faustpfandes seine Lage als Gläubiger zum Nachteil anderer Gläubiger verbessere. Den Konkurs sah er voraus; gerade deswegen verlangte er ja nach der Auffassung der Vorinstanzen das Pfand. Indem er sein Begehren trotz Kenntnis dieser Tatsachen mit Wissen und Willen stellte, wollte er auch, dass ihn Schödler zum Nachteil anderer Gläubiger bevorzuge. Ob er die Anstiftung im eigenen Interesse oder im Interesse des Bürgen Ritter beging, ist nicht erheblich. Bevorzugt im Sinne des Art. 167 ist der Gläubiger, wenn

er aus den Mitteln des Schuldners zum Nachteile anderer Gläubiger mehr erhält, als er auf dem Wege der Zwangsvollstreckung erhalten wurde. Darauf, ob die Tat letzten Endes dem Gläubiger selber oder vielmehr einem Dritten (Bürgen, Solidarschuldner usw.) zum Vorteil gereicht oder gereichen soll, ja ob sie überhaupt jemandem nützt, kommt nichts an.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichts des Kantone Aargau vom 5. Dezember 1947 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird