

## S. 24 / Nr. 8 Strafgesetzbuch (d)

## BGE 78 IV 24

8. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 5. März 1952 i. S. Rufli gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau.

## Regeste:

Art. 148 Abs. 1 StGB. Betrug zum Nachteil einer einfachen Gesellschaft oder Kollektivgesellschaft, an deren Vermögen der Täter beteiligt ist.

Art. 148 al. 1 CP. Escroquerie commise au préjudice d'une société simple ou d'une société en nom collectif au patrimoine de laquelle l'auteur participe.

Art. 148 cp. 1 CP. Truffa commessa a detrimento di una società semplice o di una società in nome collettivo, al cui patrimonio l'autore partecipa.

A. - Rufli schloss mit Fertig am 15. Mai 1950 einen Vertrag, wonach beide unter der Firma «Rufli und Fertig, Baden, Eisen- und Transportgeräte-Bau» gemeinsam Eisen- und Transportgeräte usw. herstellen, vertreiben und reparieren und Fabrik-Vertretungen übernehmen wollten. Sie bezeichneten ihr Verhältnis als einfache Gesellschaft.

## Seite: 25

Jeder Gesellschafter sollte Fr. 5000.- einlegen. Der Vertrag räumte beiden gleichen Anteil am Gewinn und Verlust ein und übertrug die Geschäftsführung beiden, mit der Bestimmung, dass sie «kollektiv zu zweien» verfügten.

Von Mitte Juni bis Ende August 1950 suchte Rufli Bestellungen für die von der Gesellschaft vertriebenen Arretierbügel auf. Durch unzutreffende telephonische Mitteilungen und Vorlage fingierter Bestellerlisten und Bestellscheine spiegelte er Fertig viele Bestellungen vor und veranlasste ihn dadurch, die angeblich bestellten Arretierbügel herstellen zu lassen und zu liefern und Rufli zur Deckung seiner Auslagen für Bahnabonnements und weiterer Spesen insgesamt Fr. 1900.- auszusahlen. Rufli wollte sich auf diese Weise unrechtmässig bereichern. Die angeblichen Kunden lehnten Annahme und Bezahlung der nicht bestellten Arretierbügel ab.

B. - Fertig reichte gegen Rufli Strafklage ein. Dieser unterzog sich der gegen ihn erhobenen Anklage auf Betrug in tatbeständlicher Hinsicht. Das Kriminalgericht des Kantons Aargau erklärte ihn am 30. November 1951 des fortgesetzten Betruges (Art. 148 Abs. 1 StGB) schuldig und verurteilte ihn in der Annahme, er habe das Verbrechen im Zustande verminderter Zurechnungsfähigkeit begangen, zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von fünf Monaten, unter Auferlegung einer dreijährigen Probezeit.

C. - Rufli führt Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 268 ff. BStP mit dem Antrage, das Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Freisprechung an das Kriminalgericht zurückzuweisen.

Sein einziger Einwand geht dahin, dass Fertig durch seine Machenschaften nicht geschädigt worden sei, da der Schaden durch die Bareinlage des Beschwerdeführers voll gedeckt sei. Der Beschwerdeführer habe sich am eigenen Vermögen geschädigt, was nicht strafbar sei. Er habe denn auch bis heute nie daran gedacht, seine Einlage zurückzuverlangen. Ob er Anspruch auf eine teilweise Rückerstattung habe, sei in einem allfälligen Zivilprozess abzuklären.

## Seite: 26

Abgesehen davon, dass erst nach durchgeführter Liquidation gesagt werden könne, ob der eine oder andere Gesellschafter geschädigt sei, bestreite der Beschwerdeführer nicht, im Sinne des Art. 538 Abs. 2 OR schadenersatzpflichtig zu sein

D. - Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

Gemäss Art. 544 Abs. 1 OR gehören Sachen, dingliche Rechte und Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben worden sind, den Gesellschaftern gemeinschaftlich nach Massgabe des Gesellschaftsvertrages. Diese Bestimmung gilt auch für die Kollektivgesellschaft (Art. 557 Abs. 2 OR). Daher ist unerheblich, ob man das vertragliche Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und Fertig als einfache Gesellschaft würdigt, als was die Parteien es im Vertrag bezeichnet haben, oder als Kollektivgesellschaft, wie sie nach Art. 552 OR auch ohne Eintragung in das Handelsregister immer dann vorliegt, wenn zwei oder mehrere natürliche Personen ohne Beschränkung ihrer Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern sich zum Zwecke vereinigen, unter einer gemeinsamen Firma ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben. Im einen wie im anderen Falle gehörte das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern zu gesamter Hand.

Keiner von ihnen war berechtigt, ohne Zustimmung des andern sich etwas davon anzueignen oder den andern durch Täuschung zu veranlassen, dass er ihm etwas daraus auszahle oder in die Auszahlung einwillige. Die Verfügung darüber stand nur beiden gemeinsam zu, was im Vertrag noch ausdrücklich vereinbart war. Indem der Beschwerdeführer sich durch arglistige Täuschung des Fertig aus dem Gesellschaftsvermögen Auszahlungen machen liess, verminderte er dieses und schädigte er den daran mitberechtigten Gesellschafter Fertig. Er bewirkte, dass Vermögen,

Seite: 27

das beiden gemeinsam gehörte, in sein, des Beschwerdeführers, Alleineigentum übergang. Dass er Fr. 5000.- zur Schaffung des Gesellschaftsvermögens beigetragen hatte, ändert nichts. Eine Forderung auf Rückzahlung dieses Beitrages besass er nur für den Fall der Liquidation und nur unter der Voraussetzung, dass das Gesellschaftsvermögen dazu ausreiche (Art. 549, 588 OR). Übrigens machte er auch gar nicht eine Forderung auf Rückzahlung seines Beitrages geltend, sondern Forderungen auf Ersatz von Reiseauslagen. Indem er sich dadurch Gesellschaftsvermögen auszahlen liess, minderte er nicht nur seinen eigenen künftigen Liquidationsanteil, sondern auch jenen des Mitgesellschafters. Ob und inwieweit, nachdem Fertig dem Schwindel auf die Spur gekommen ist, die Forderung auf Rückerstattung der zu Unrecht bezogenen Beträge an die Gesellschaft mit dem Liquidationsanteil des Beschwerdeführers verrechnet werden kann, ist unerheblich. Durch die Verrechnung würde nur die Ausgleichung eines bereits eingetretenen Schadens erreicht. Der Schaden als solcher wäre nicht ungeschehen gemacht, sondern bloss nachträglich gedeckt. Dass Fertig vor Einreichung der Strafklage die Sache als erledigt hätte betrachten wollen, wenn sich der Beschwerdeführer mit einer Pauschalzahlung von Fr. 1000.- zufrieden erklärt hätte, ändert nichts. Durch Verzicht auf eine Mehrforderung hätte der Beschwerdeführer lediglich dem Mitgesellschaftler den bereits eingetretenen Schaden ersetzt. Wie hoch der durch Betrug verursachte Schaden ist, kann dahingestellt bleiben; es genügt, dass das Kriminalgericht verbindlich und unwidersprochen überhaupt eine auf die arglistige Täuschung zurückzuführende Verminderung des Gesellschaftsvermögens festgestellt hat.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann