[AZA 0]
6S.928/1999/odi

KASSATIONSHOF
****

28. Januar 2000

Es wirken mit: Bundesgerichtspräsident Schubarth, Präsident des Kassationshofes, Bundesrichter Wiprächtiger, Kolly und Gerichtsschreiber Briw.

_____

In Sachen

GeneralprokuraturdesKantons B e r n, Beschwerdeführerin,

gegen

H._____, Beschwerdegegner, vertreten durch Fürsprecherin Christina Mühlematter, Seilerstrasse 2, Bern,

betreffend
gewerbsmässiger Betrug sowie Versuch dazu(Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern [1. Strafkammer]vom 8. Juli 1999 [Nr. 169/I/99]), hat sich ergeben:

A.- H._____ eröffnete am 13. Oktober 1997 im Zusammenhang einer beabsichtigten Übernahme eines Tea Rooms bei der Berner Kantonalbank in Biel ein Konto, ohne eine Einlage zu tätigen. Zudem bezog er 50 Korrespondenz- Checks, welche auf dieses neu eröffnete Konto lauteten. In der Folge sprach er bei verschiedenen Banken vor, eröffnete - teilweise unter Angabe einer Fantasie-Adresse, jedoch unter seinem richtigen Namen - jeweils neue Konti und liess sich einen auf sich selbst lautenden ungedeckten Korrespondenz-Check gutschreiben. Kurze Zeit später bezog er die gutgeschriebenen Barbeträge teils via Bankomat, teils in einer anderen Filiale der Bank, wo man ihn nicht kannte. Einige Banken verweigerten ihm in der Folge die Auszahlung des verlangten Betrages mangels erfolgter Gutschrift. In diesen Fällen versuchte H._____ kein zweites Mal, doch noch eine Auszahlung zu erwirken. In zwei Fällen bezog er mit den ungedeckten Checks auch Waren, so bei der Firma Meyer-Schuckardt in Zürich einen Ledermantel und im Restaurant "Gotthard" in Brugg Getränke.

B.-Das Kreisgericht VIII Bern-Laupen fand am 12. Januar 1999 H._____ des Betruges sowie des Versuchs dazu, gewerbsmässig begangen, in 27 Fällen schuldig und bestrafte ihn mit 30 Monaten Gefängnis, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 13. November 1996.

AufAppellationH. _____shintratdie 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern am 8. Juli 1999 auf einen Schuldspruch mangels Anfechtung nicht ein (I) und stellte fest, dass das Urteil des Kreisgerichts in Rechtskraft erwachsen war, insoweit es in einem Fall dem Verfahren wegen Verjährung keine weitere Folge gegeben hatte (II/A) und insoweit H._____ in acht Fällen wegen gewerbsmässigen Betrugs schuldig gesprochen worden war (II/B); es sprach ihn in 17 Fällen von der Anklage des gewerbsmässigen Betrugs und des Versuchs dazu frei (III), fand ihn schuldig des Betrugs in zwei Fällen (Bezahlung von Waren bei der Firma Meyer- Schuckardt in Zürich und im Restaurant "Gotthard" in Brugg) und bestrafte ihn mit 15 Monaten Gefängnis, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 13. November 1996 (IV).

C.- Die Generalprokuratur des Kantons Bern erhebt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts bezüglich der Freisprüche in den Ziff. III/1 - 14 des angefochtenen Dispositivs aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung (Schuldigerklärung wegen gewerbsmässigen Betrugs und entsprechender Neu-

bemessung der Strafe) an die Vorinstanz zurückzuwiesen.

D.- Das Obergericht des Kantons Bern verzichtete auf Gegenbemerkungen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Es ist unbestritten, dass der Beschwerdegegner seine Opfer getäuscht und in Bereicherungsabsicht die betroffenen Banken und Geschäfte zu einer schädigenden Vermögensverfügung veranlasst oder zu veranlassen versucht hatte. Strittig ist, ob er auch arglistig gehandelt hat.
Die Vorinstanz ist dieser Frage in einer ausführlichen und sorgfältigen Würdigung nachgegangen (zur rechtlichen Würdigung im Einzelnen siehe E. 4):

a) Zuerst prüft sie, ob ein Lügengebäude und besondere Machenschaften gegeben seien. Sie verneint dies, obwohl sie nicht ausser Acht lässt, dass der Beschwerdegegner gewisse Vorgehensweisen benutzt hatte, welche zu seinen Ungunsten gewertet werden müssten (angefochtenes Urteil S. 10 - 13).

b) Im Weiteren prüft sie, ob Arglist hinsichtlich der bloss falschen Angaben gegeben sei. Sie hält fest, dass eine Überprüfung möglich, nicht schwierig und zumutbar gewesen wäre, und verneint ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien (angefochtenes Urteil S. 13 - 15).

c) Zur Frage einer Opfermitverantwortung hält sie fest, dass die Banken grundsätzlich gehalten seien, Checks nicht ungeprüft einzulösen (angefochtenes Urteil S. 16).

d) In einer Zusammenfassung führt sie abschliessend aus, der Beschwerdegegner habe sich keiner besonderer Machenschaften und keines Lügengebäudes bedient. Daraus gehe auch hervor, dass die betroffenen Banken seine Angaben ohne weiteres hätten überprüfen können. Eine Prüfung hätte keiner besonderen Mühe bedurft, sie wäre zumutbar gewesen, der Beschwerdegegner habe die Banken nicht von einer Prüfung abgehalten, und es habe zwischen ihm und der jeweiligen Bank kein besonderes Vertrauensverhältnis geherrscht, aufgrund dessen er mit dem Verzicht auf eine Prüfung hätte rechnen können. Sowohl die in gewissen Fällen erwähnten bankinternen Weisungen als auch die angesprochene Konvention der Bankier-Vereinigung wiesen auf eine Überprüfung hin. Das Tatbestandselement der Arglist sei damit in Bezug auf die Sachverhalte, welche Banken beträfen, nicht erfüllt, insbesondere wegen der durch die Banken nicht wahrgenommenen Opfermitverantwortung. Diverse Banken seien sich ihrer Nachlässigkeit im Nachhinein auch bewusst gewesen, so die Regio-Bank Solothurn (”Dies war umso leichter für ihn, weil wir uns fahrlässig verhalten haben. ”) oder die Nidwaldner Kantonalbank (Rapport der Kantonspolizei:
”Ergänzend sei erwähnt, dass der Bankbeamte in Buochs seine Vorschriften nicht genau eingehalten hat, indem er den Check nicht ’nach Eingang’ gutgeschrieben hat, weshalb es H._____ gelang, den Betrag von Fr. 8’000. – widerrechtlich zu beziehen. ”). Die Anzeigen der Banken seien denn auch teilweise sehr spät eingereicht worden, oder die Banken hätten nichts unternommen, was ebenfalls auf eine gewisse Gleichgültigkeit hinweise; dies werde durch den beschränkten Erfolg der Warnungsmeldungen noch unterstrichen. Die Banken hätten mithin die ihnen zukommenden Vorsichtspflichten nicht in genügendem Masse wahrgenommen, und es fehle somit an der Arglist (angefochtenes Urteil S. 17).

2.- Die Beschwerdeführerin sieht in dieser Auffassung der Vorinstanz eine Verletzung von Bundesrecht (zu den Rügen im Einzelnen siehe E. 4):

a) Man könne vorab nicht der Art und Weise folgen, wie die Vorinstanz das Vorliegen besonderer Machenschaften geprüft habe. Zum einen könne aus der Tatsache, dass die einzelnen Falschelemente ohne weiteres hätten aufgedeckt werden können, nichts darüber ausgesagt werden, ob das analysierte Verhalten als Inszenierung qualifiziert werden könne, welche den Erfordernissen der besonderen Machenschaften entspreche. Ob eine Inszenierung vorliege, sei im Gegenteil grundsätzlich anhand des Tätervorgehens und nicht anhand der Kontrollierbarkeit des Wahrheitsgehalts der einzelnen Inszenierungselemente zu prüfen. Die Vorinstanz vermische auf unzulässige Weise die Rechtsfrage nach dem Vorhandensein eines Lügengebäudes mit jener nach der Exis-

tenz besonderer Machenschaften im Rechtssinne, welche selbständig zur Annahme der arglistigen Täuschung führen könnten. Zum andern gewichte sie das Element des Fehlens einer Urkundenbenutzung zu stark (Beschwerdeschrift S. 4).

b) Die rechtliche Würdigung einer Inszenierung im Rechtssinne gebiete, dass man zuerst die einzelnen Elemente analysiere und sie in einem zweiten Schritt in den Gesamtkontext stelle. So könnten einzelne Punkte, die isoliert betrachtet als untergeordnet erscheinen mögen, in der Gesamtwertung ein wichtiges Steinchen im Puzzle der Inszenierung bilden. Es sei der Vorinstanz vorzuwerfen, dass sie diese Zwei-Stufen-Prüfung nicht vorgenommen habe, so dass ihre Würdigung der einzelnen Elemente gleichsam isoliert und auseinander gerissen dastehe. Die Beschwerdeführerin legt im Weiteren dar, dass aus ihrer Sicht das geschilderte Vorgehen des Beschwerdegegners gesamthaft betrachtet eine Inszenierung darstelle und als besondere Machenschaften zu werten sei, so dass der Bank als Checknehmerin bei Beachtung der üblichen Usanzen eine Deckungskontrolle gar nicht mehr möglich gewesen sei (Beschwerdeschrift S. 5 - 7).

c) Zur Opfermitverantwortung führt die Beschwerdeführerin aus, dies dürfe nicht zur Bedeutungslosigkeit des Prinzips von Treu und Glauben im Geschäftsleben führen. Bei einer Bank handle es sich um einen Dienstleistungsbetrieb, welcher ein berechtigtes Interesse daran habe, seine rechtsgeschäftlichen Beziehungen im Alltag möglichst kulant und rasch abzuwickeln und zu seinen Kunden weitest möglich ein Vertrauensverhältnis zu pflegen. Würden für jedes kleine Alltagsgeschäft Rückfragen und Überprüfungen vorgenommen, gerate der Grundsatz von Treu und Glauben rasch zur leeren Hülle. Es wäre sachfremd, bei der Vielzahl präsentierter Checks zu verlangen, keine schweizerische Bank dürfe mehr einen Bankcheck zum Inkasso entgegennehmen, bevor sie dessen Deckung kontrolliert habe. Wenn der Check weiterhin als reines Zahlungsmittel Verwendung finden solle und nach der gesetzlichen Konstruktion Zahlungsfähigkeit des Ausstellers vermutet werde, dürfe das Strafrecht diese Rechtsfigur des Zivilrechts nicht derart aushöhlen, dass es jeden Schutz von Art. 146 Abs. 1 StGB durch Verneinung der Arglist einfach versage. Im zum beurteilenden Fall sei der Beschwerdegegner systematisch und unter Ausnützung des Deckungserfordernisses nach Obligationenrecht
arglistig so vorgegangen, dass der Bank als Checknehmerin bei Beachtung der üblichen Usanzen eine Deckungskontrolle gar nicht mehr möglich gewesen sei, weil er den ihm aufgrund des präsentierten Checks auf dem Konto eröffneten Kredit schon abgehoben gehabt habe. Indem der Beschwerdegegner vorausgesehen habe, dass bis zur Valutierung respektive Präsentation des Checks mehrere Tage ohne dessen Bonitätsprüfung vergehen würden, habe er zur vorherigen Plünderung seiner Konten den checkrechtlichen Irrtum der Bank, die von ihm ausgestellten und indossierten Wertpapiere seien durch Guthaben gedeckt, systematisch ausgenützt (Beschwerdeschrift S. 8 - 10).

3.- Arglist, eines der objektiven Merkmale des Betrugstatbestands von Art. 146 StGB, ist nicht gegeben, wenn sich das Opfer mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit selbst hätte schützen bzw. den Irrtum durch ein Minimum zumutbarer Vorsicht hätte vermeiden können (BGE 120 IV 122 E. 6a/bb; 122 IV 246 E. 3a). Eine bloss falsche Angabe, welche die Gegenpartei ohne besondere Mühe auf ihre Richtigkeit hin überprüfen kann, gilt daher seit je her nicht schon als Arglist. Bei einem Lügengebäude und bei besonderen Machenschaften, die begrifflich zu unterscheiden sind, kommt es dagegen auf eine Überprüfbarkeit nicht an (BGE 119 IV 28 E. 3a; 122 IV 197 E. 3d).

Allerdings sind bei einer Summierung von Lügen ein Lügengebäude und mithin Arglist erst dann anzunehmen, wenn die Lügen von besonderer Hinterhältigkeit zeugen und derart raffiniert aufeinander abgestimmt sind, dass sich auch das kritische Opfer täuschen lässt. Ist das nicht der Fall, scheidet Arglist jedenfalls dann aus, wenn das vom Täter gezeichnete Bild insgesamt, als Ganzes, wie auch die falschen Angaben für sich allein in zumutbarer Weise überprüfbar gewesen wären und schon die Aufdeckung einer einzigen Lüge zur Aufdeckung des ganzen Schwindels geführt hätte (BGE 119 IV 28 E. 3c). Präzisiert wurden in diesem Entscheid somit nur die Voraussetzungen des Lügengebäudes; ist ein solches aber anzunehmen, erfüllt dieses wie bisher das Arglist-Kriterium.

Als besondere Machenschaften (machinations) gelten dagegen Erfindungen und Vorkehrungen sowie das Ausnützen von Begebenheiten, die allein oder gestützt durch Lügen oder Kniffe (manoeuvres frauduleuses) geeignet sind, das Opfer irrezuführen oder es in seinem Irrtum zu bestärken. Diesen Sachverhalt erfüllt insbesondere

das Vorlegen rechtswidrig erlangter oder gefälschter Urkunden und Belege. Machenschaften kennzeichnen sich durch intensive, planmässige und systematische Vorkehren, nicht aber notwendigerweise durch eine besondere tatsächliche oder intellektuelle Komplexität. Diese Inszenierungen können an sich einfach sein wie der Verkauf anderer als der bestellten Waren (BGE 122 IV 197 E. 3d mit Hinweisen). In diesem Entscheid wurden denn auch wegen der Verwendung gefälschter, verfälschter und inhaltlich unwahrer Urkunden und Belege besondere Machenschaften und entsprechend die Arglist im prozessualen Vorgehen bejaht.

4.- a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass eine Inszenierung im Sinne der Arglist-Rechtsprechung des Bundesgerichtes vorliege, sei grundsätzlich anhand des Tätervorgehens und nicht - wie dies die Vorinstanz getan habe - der Kontrollierbarkeit des Wahrheitsgehaltes der einzelnen Inszenierungselemente zu prüfen; die Überprüfbarkeit von Angaben gehöre vielmehr ins Kapitel des Lügengebäudes.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Auch beim Vorgehen mittels Machenschaften ist der Grundgedanke des Einbezugs des Opfers zu berücksichtigen (BGE 122 IV 197 E. 2d S. 205; so auch Ursula Cassani, Der Begriff der arglistigen Täuschung als kriminalpolitische Herausforderung, ZStrR 117/1999 S. 162; Hans Wiprächtiger, Entwicklungen im revidierten Vermögensstrafrecht, AJP 1999 S. 383). Es trifft nach dem Gesagten auch nicht zu, dass bei einem Lügengebäude und bei besonderen Machenschaften stets Arglist gegeben ist, gleichgültig, ob die Überprüfbarkeit der Angaben möglich, zumutbar oder voraussehbar gewesen sei oder nicht.

b) Im Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, die rechtliche Würdigung einer Inszenierung im Rechtssinne gebiete, dass man zuerst die einzelnen Elemente analysiere und sie in einem zweiten Schritt in den Gesamtkontext stelle. Die Vorinstanz habe das nicht getan, sondern ihre Würdigung der einzelnen Elemente gleichsam isoliert und auseinander gerissen betrachtet.
Diese von der Beschwerdeführerin als (einzig) richtig empfohlene Methode ergibt sich indessen nicht aus dem Bundesrecht. Abgesehen davon, hat die Vorinstanz sehr sorgfältig die für und die gegen eine Inszenierung sprechenden Umstände gegeneinander abgewogen und hat anschliessend in einem Gesamtbild festgehalten, das Vorgehen des Beschwerdegegners könne nicht als Machenschaft qualifiziert werden, indem zwar punktuell gewisse Ansätze für ein koordiniertes täuschendes Verhalten vorlägen, ohne aber bereits die Qualität der Machenschaften im Rechtssinne zu erreichen (angefochtenes Urteil S. 11 - 13, insbesondere S. 13).

c) Darüber hinaus macht die Beschwerdeführerin im Einzelnen geltend, das Vorgehen des Beschwerdegegners präsentiere sich so, dass es gesamthaft betrachtet als Inszenierung und damit als besondere Machenschaft zu werten sei. Zur Untermauerung dieser Rüge trifft sie indessen teilweise tatsächliche Feststellungen, die sich nicht auf das vorinstanzliche Urteil stützen können. Insoweit ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP).

d) Im Übrigen verletzt die Verneinung von besonderen Machenschaften kein Bundesrecht. Die Vorinstanz führt aus, der Beschwerdegegner habe keine falschen Urkunden zur Täuschung verwendet. Im Weiteren verlange auch der Schutz des Grundsatzes von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht, dass sein Verhalten bereits strafrechtlich erfasst werde: Auf der Gegenseite stünden ausgebildete Spezialisten, und sachdienliche Vorkehrungen seien ohne weiteres möglich, ohne dass der Geschäftsablauf zur Sicherung des rechtmässigen Ganges allzu stark eingeschränkt würde. Durch das bloss unzutreffend ausgefüllte Antragsformular für die Krediteröffnungen mit Angabe einer Falschadresse werde der Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr nicht verletzt. Die Tatsache, dass auf seinem Konto bei der Berner Kantonalbank in Biel keine Deckung vorhanden und er nicht gewillt gewesen sei, eine Deckung zu ermöglichen, habe er weder durch Belege noch durch Handlungen, welche sein konkludentes Verhalten glaubwürdig erscheinen lassen würden, gestützt. Um sein Ziel zu erreichen, habe der Beschwerdegegner keine technischen Aufwendungen machen müssen. Auch habe er nicht ein ganzes Lügengebäude errichtet, jedenfalls reiche die Angabe einer Falschadresse bei
der Eröffnung der Konti hierzu nicht aus. Zu Gunsten des Beschwerdegegners sei davon auszugehen, dass dieser ursprünglich tatsächlich mit den Korrespondenz-Checks Verpflichtungen für das in Aussicht genommene Café habe erfüllen wollen. Es könne also nicht davon ausgegangen werden, dass er bereits mit der Eröffnung dieses Kontos in Biel von langer Hand seine eigentlichen Betrugshandlungen geplant habe. Allerdings dürfe nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Beschwerdegegner gewisse Vorgehensweisen benutzt habe, welche

zu seinen Ungunsten gewertet werden müssten. So habe er zum Beispiel in der Regel Banken gewählt, welche über Filialen verfügt hätten, in welchen er das Geld nach Eröffnung des Kontos schliesslich habe beziehen können. Er habe sich so darauf verlassen können, dass man ihn in den Filialen nicht gekannt habe. Auch seien die Bezüge jeweils recht rasch nach Kontoeröffnung erfolgt, so dass der Kontostand von Fr. 0.– nicht zwingend von der Normalität entfernt gewesen sei. Negativ zu werten seien auch seine Angaben in einem Fall bezüglich eines zu erwartenden Eingangs eines grossen Geldbetrages in den nächsten Tagen oder der im gleichen Fall erfolgte Hinweis auf den Besitzer eines Geschäfts. Schliesslich sei
festzuhalten, dass er in einzelnen Fällen gleich zwei Konti eröffnet habe, weil dies nach seinen Angaben besser ausgesehen habe, oder dass er teilweise einen falschen Grund für die Kontoeröffnung angegeben habe. Im Gesamtbild lägen damit zwar namentlich punktuell gewisse Ansätze für eine koordiniertes täuschendes Verhalten vor, ohne aber bereits die Qualität der Machenschaften im Rechtssinne zu erreichen.

Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen, soweit auf ihr Vorbringen überhaupt eingetreten werden kann. Wie eben erwähnt, ist der Vorinstanz nicht entgangen, dass gewisse Vorgehensweisen des Beschwerdegegners zu seinen Ungunsten gewertet werden könnten (zum Beispiel die von der Beschwerdeführerin erwähnte Wahl von Banken mit Filialen); sie misst diesem Vorgehen indessen bei der Gesamtbetrachtung nicht eine überragende Bedeutung zu. Nicht von Belang kann in diesem Zusammenhang sein, dass der Beschwerdegegner falsche Adressen oder Fantasie-Adressen angab, ebenso, dass er "überzeugend und selbstsicher" auftrat und sich mit einem "gültigen Schweizerpass" auswies. Und schliesslich legt die Beschwerdeführerin auch nicht dar, inwiefern der Bank als Checknehmerin bei "Beachtung der üblichen Usanzen" eine Deckungskontrolle gar nicht mehr möglich gewesen wäre. Der Hinweis darauf, dass der Beschwerdegegner den ihm aufgrund des präsentierten Checks auf dem Konto eröffneten Kredit schon abdisponiert gehabt habe, vermag nicht zu genügen. Auf den checkrechtlichen Aspekt wird im Übrigen nachfolgend bei der Frage einer Opfermitverantwortung zurückzukommen sein.

e) Bei der Opfermitverantwortung geht es der Beschwerdeführerin vor allem um die Opfermitverantwortung von Banken im Allgemeinen sowie um den checkrechtlichen Aspekt:

aa) Zur Opfermitverantwortung von Banken im Allgemeinen macht die Beschwerdeführerin geltend, bei einer Bank handle es sich nicht zuletzt um einen Dienstleistungsbetrieb, welcher ein berechtigtes Interesse daran habe, seine rechtsgeschäftlichen Beziehungen im Alltag möglichst kulant und rasch abzuwickeln und zu seinen Kunden weitest möglich ein Vertrauensverhältnis zu pflegen. Würden für jedes kleinere Alltagsgeschäft Rückfragen und Überprüfungen vorgenommen, gerate der Grundsatz von Treu und Glauben rasch zur leeren Hülle.

Unbestrittenermassen kann eine Opfermitverantwortung auch bei einer Bank angenommen werden, jedenfalls dann, wenn eine Überprüfung zumutbar erscheint (BGE 119 IV 28 E. 3b; vgl. auch Cassani, a.a.O., S. 163/164 sowie 168 ff.). Der von der Beschwerdeführerin erwähnte Entscheid des Kassationshofes vom 16. April 1997 i.S. R. L. besagt nichts anderes, sondern verweist ebenfalls auf BGE 119 IV 28. Richtig ist, wie die Beschwerdeführerin unter Berufung auf einen Entscheid des Kassationshofes vom 28. Juni 1994 i.S. C. F. ausführt, dass die Opfermitverantwortung nicht dazu führen darf, dass der Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsleben bedeutungslos wird. Wie oben erwähnt, ist dies indessen vorliegend nicht der Fall.

bb) Zum checkrechtlichen Aspekt hält die Vorinstanz fest, die Opfermitverantwortung treffe erst bei einer eigentlichen Leichtfertigkeit ein. Wenn nun ein bislang unbekannter Kunde bei einer Bank erscheine und einen Check über Fr. 8'000. – zur Einlösung präsentiere, so dürfe dieser Betrag mit Sicherheit nicht einfach freigegeben werden. Daran vermöge auch der Bestand eines oder sogar zweier Konti auf den Namen des Beschwerdegegners, ohne irgendwelche Aktivsaldi, nichts zu ändern. Jedenfalls bei höheren Beträgen als Fr. 5'000. – vermöge eine Standardisierung nicht mehr Platz zu greifen; es sei eine individuelle Prüfung angezeigt. Wenn nun Banken aus Gründen der Nachlässigkeit, möglicherweise aber auch aus Gründen der Rationalität von Geschäftsabwicklungen, die notwendigen Überprüfungshandlungen nicht vorgenommen hätten, so sei dies die freie Entscheidung dieser Banken, was nicht zu einer strafrechtlichen Erfassung des Täuschenden führen solle.

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die schweizerische Checkrechtlösung, die nur Bankiers als Be-

zogene zulasse, diene der Durchsetzung der dem Checkrecht zugrunde liegenden Zwecksetzung, wonach dieser als reines Zahlungsmittel Verwendung finden solle. Banken seien als Bezogene prädestiniert für die Gewährleistung der Zahlungsfähigkeit. Es wäre sachfremd, bei der Vielzahl präsentierter Checks zu verlangen, keine schweizerische Bank dürfe mehr einen Bankcheck zum Inkasso entgegennehmen, bevor sie dessen Deckung kontrolliert habe. Im Zeichen des Dienstes am Kunden würden Checks immer wieder ohne Rückfragen honoriert, naturgemäss bei kleineren Beträgen. Wenn der Check weiterhin als reines Zahlungsmittel Verwendung finden solle und nach der gesetzlichen Konstruktion Zahlungsfähigkeit des Ausstellers vermutet werde, dürfe das Strafrecht diese Rechtsfigur des Zivilrechts nicht derart aushöhlen, dass es den Schutz von Art. 146 Abs. 1 StGB durch Verneinung der Arglist einfach versage. Der Beschwerdegegner sei systematisch und unter Ausnützung des Deckungserfordernisses nach Obligationenrecht arglistig so vorgegangen, dass der Bank als Checknehmerin bei der Beachtung der üblichen Usanzen eine Deckungskontrolle gar nicht mehr möglich gewesen sei, weil der Beschwerdegegner den ihm aufgrund des präsentierten Checks auf dem Konto eröffneten Kredit schon aufgehoben gehabt habe, indem der Beschwerdegegner vorausgesehen habe, dass bis zur Valutierung respektive Präsentation des Checks mehrere Tage ohne dessen Bonitätsprüfung vergingen. So habe er durch vorherige Plünderung seiner Konten den checkrechtlichen Irrtum der Banken, die von ihm ausgestellten und indossierten Wertpapiere seien durch Guthaben gedeckt, systematisch ausgenützt. Eine genauere Bonitätskontrolle wäre nicht zumutbar und nach den Usanzen der Bankiervereinigung auch nicht üblich, respektive die Überprüfung durch das sofortige Abheben durch den Beschwerdegegner auch unterlaufen worden.

Mit der Übergabe des Checks als Zahlung übernimmt der Zahlende die Gewähr, dass daraus eine Zahlung im Nominalbetrag resultiert. Art. 1103 OR verankert diese Pflicht des Zahlenden, d.h. des Ausstellers, indem er das Ausstellen ungedeckter Checks verbietet (dazu Peter Jäggi/Jean Nicolas Druey/Christoph von Greyerz, Wertpapierrecht, Basel 1985, S. 281 ff.). Allerdings ist ein Check im Sinne von Art. 1103 Abs. 1 OR auch dann als gedeckt zu betrachten, wenn die Bank die für die Deckung notwendigen Mittel als Kredit zur Verfügung stellt (Harry Zimmermann/Fritz Zimmermann, Kommentar des schweizerischen Checkrechts, Zürich 1964, S. 97). Die Missachtung von Art. 1103 Abs. 1 OR allein erfüllt den Betrugstatbestand noch nicht. Weiss aber der Aussteller, dass keine Deckung vorhanden ist, so wird der Checknehmer getäuscht, wenn er, sich auf das Deckungserfordernis gemäss Obligationenrecht verlassend, das Papier entgegennimmt (Niklaus Schmid, Missbräuche im modernen Zahlungs- und Kreditverkehr, Bern 1982, S. 45). Zwar hat angesichts des Massenverkehrs mit Checks die Bank nur begrenzte Prüfungsmöglichkeiten. Es darf ihr deshalb nicht zugemutet werden, sämtliche Checkeinlösungen eingehend zu prüfen. Verdachtsmomente, die jedem sorgfältigen Bankier hätten auffallen müssen, darf die Bank nicht übergehen. Liegen sie vor, sind vielmehr entsprechende Abklärungen zu treffen (BGE 121 III 69 E. 3c betr. Art. 1112 OR).
Ein solcher Verdachtsgrund, der nach einer näheren Abklärung ruft, kann etwa dann vorliegen, wenn ein der Bank unbekannter Checkeinreicher einen Check mit einem höheren Betrag zur Zahlung vorlegt. Zu Recht hat die Vorinstanz unter Berufung auf die Konvention XIII der Schweizerischen Bankiervereinigung einen solchen höheren Betrag jedenfalls bei Summen ab Fr. 5'000. – angenommen (angefochtenes Urteil S. 16). Selbst wenn man vom Massenverkehr mit Checks ausgeht und davon, dass der Check dem bargeldlosen Zahlungsverkehr dient, ist eine derartige Überprüfung ohne weiteres zumutbar (Schmid, a.a.O., S. 46). Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, ist sie mit einem e-mail, per Fax oder durch einen Telefonanruf ohne weiteres und ohne grossen Aufwand (auch kostenmässig) möglich (vgl. dazu ausführlich Zimmermann/Zimmermann, a.a.O., S. 327 ff.; Willi Wismer, Das Tatbestandselement der Arglist beim Betrug, Diss. Zürich 1988, S. 180/181). Festzuhalten bleibt schliesslich noch, dass sich die Frage, ob und welche Abklärungen erforderlich sind, nicht allgemein entscheiden lässt, sondern von den Umständen des Einzelfalls abhängt (BGE 121 III 69 E. 3c). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wird diese "Rechtsfigur des Zivilrechts" (der Check) nicht ausgehöhlt, sondern es wird bloss der Bank bei einem entsprechenden Verdachtsgrund eine zumutbare Überprüfungspflicht auferlegt. Offen bleibt, wie zu entscheiden wäre, wenn der Check nicht einer Bank, sondern an private Gläubiger übergeben würde (vgl. dazu Schmid, a.a.O., S. 45).

Mit der Vorinstanz und entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hätte die Überprüfung des Kontostandes bei der Berner Kantonalbank gezeigt, dass beim Beschwerdegegner keinerlei finanzielle Leistungsfähigkeit vorhanden war (angefochtenes Urteil S. 13). Wie die Vorinstanz im Übrigen zutreffend ausführt, waren verschiedene Banken durchaus in der Lage, derartige Prüfungen vorzunehmen, weshalb es in etlichen Fällen auch

nicht zu einer Auszahlung gekommen war, so zum Beispiel bei der AEK Thun oder bei der Solothurner Bank (angefochtenes Urteil S. 14 oben).

f) Zusammenfassend verletzt die Vorinstanz in den Fällen, in denen sie eine Arglist verneint, kein Bundesrecht.

5.- Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Es sind keine Kosten zu erheben (Art. 278 Abs. 2 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.- Es werden keine Kosten erhoben.

3.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht (1. Strafkammer) des Kantons Bern schriftlich mitgeteilt.

———————

Lausanne, 28. Januar 2000

Im Namen des Kassationshofes
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: