Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.18/2003 /bmt

Urteil vom 6. Juni 2003
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Karlen,
Gerichtsschreiber Boog.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christoph Hohler, Badenerstrasse 75, 8004 Zürich,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zug, Aabachstrasse 1, Postfach 760, 6301 Zug.

Gegenstand
betrügerischer Konkurs (Art. 163 Ziff. 1 aStGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Strafgerichts des Kantons Zug, Berufungskammer, vom 13. Dezember 2002.

Sachverhalt:
A.
Das Einzelrichteramt des Kantons Zug sprach X._____ mit Urteil vom 28. Dezember 2001 des betrügerischen Konkurses gemäss Art. 163 Ziff. 1 aStGB und der mehrfachen Urkundenfälschung gemäss Art. 251 Ziff. 1 aStGB schuldig und verurteilte ihn zu drei Monaten Gefängnis, mit bedingtem Strafvollzug und einer Probezeit von vier Jahren. In zwei Punkten sprach es ihn von der Anklage des betrügerischen Konkurses bzw. der Urkundenfälschung frei. In zwei weiteren Punkten stellte es das Verfahren zufolge Verjährung ein. Eine hiegegen vom Beurteilten geführte Berufung hiess das Strafgericht des Kantons Zug, Berufungskammer, mit Urteil vom 13. Dezember 2002 teilweise gut und sprach X._____ von der Anklage der mehrfachen Urkundenfälschung gemäss Art. 251 Ziff. 1 aStGB frei. In teilweiser Gutheissung der Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft erhöhte das Strafgericht die ausgesprochene Strafe auf fünf Monate Gefängnis, mit bedingtem Strafvollzug und einer Probezeit von vier Jahren.
B.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben.
C.
Das Strafgericht des Kantons Zug, Berufungskammer, verzichtet auf Gegenbemerkungen. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zug beantragt in ihrer Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Nach den für den Kassationshof verbindlichen tatsächlichen Feststellungen (Art. 277bis Abs. 1 BStP) stand der Beschwerdeführer im relevanten Zeitraum ab 1991 im Mittelpunkt einer ganzen Gruppe von Gesellschaften, welche zur Hauptsache im Verleih von EDV-Personal sowie im Immobilien-/Treuhandbereich tätig waren. Hiezu gehörten namentlich:

- die A._____ SA, Liestal (A._____ SA/BL; Konkurseröffnung: 1.2.1994),

- die B._____ AG, Zürich (B._____ AG/ZH; Konkurseröffnung: 2.6.1994) und

- die C._____ AG, Dietikon/ZH (C._____ AG/ZH; Konkurseröffnung: 9.9.1998).

Gegenstand des Schuldspruchs wegen betrügerischen Konkurses gemäss Art. 163 Ziff. 1 aStGB bildet die Überführung von EDV-Mandaten von der A._____ SA/BL und der B._____ AG/ZH an die C._____ AG/ZH (Sachverhalt D).
1.2 Die Vorinstanz stellt in diesem Zusammenhang für den Kassationshof verbindlich fest, die A._____ SA/BL und die B._____ AG/ZH hätten als Verleiher von EDV-Personal mit ihren Kunden (Einsatzfirmen) Arbeitnehmerüberlassungsverträge abgeschlossen, in denen sie sich diesen gegenüber zur Leistung der Arbeitnehmer gegen Entgelt verpflichteten. Das Kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Baselland (KIGA/BL) habe der A._____ SA/BL mit Entscheid vom 27. Oktober 1992 die nach dem neuen Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG [SR 823.11]Art. 12) nunmehr auch für den privaten Personalverleih erforderliche Bewilligung verweigert, und der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft habe am 11. Mai 1993 eine hiegegen erhobene Beschwerde abgewiesen. Der Beschwerdeführer habe daher mit D._____, Dietikon/ZH, und der C._____ AG/ZH ab 1. Januar 1993 eine Kooperationsvereinbarung getroffen. Danach sollten 17 EDV-Mandate der A._____ SA/BL und 7 EDV-Mandate der B._____ AG/ZH, welche gar nicht erst um eine Bewilligung bei den zuständigen Behörden des Kantons Zürich nachgesucht hatte, mit EDV-Mandaten der über die notwendigen Bewilligungen
verfügenden C._____ AG/ZH zusammengelegt und durch diese weitergeführt werden. Für die Mandatsvermittlung seien dem Beschwerdeführer bzw. der von ihm im März 1993 gegründeten E._____-Stiftung 50 % der C._____ AG/ZH-Aktien übergeben worden. Die A._____ SA/BL und die B._____ AG/ZH hätten keinerlei Gegenleistung erhalten. Die Gesellschaften seien am 1. Februar bzw. 2. Juni 1994 in Konkurs gefallen, wobei die A._____ SA/BL mit Fr. 1,084 Mio zu Verlust kam und der Konkurs über die B._____ AG/ZH bei einem Forderungstotal von Fr. 8'436.30 mangels Aktiven wieder eingestellt wurde.
Hinsichtlich des Werts der übertragenen EDV-Mandate nehmen die kantonalen Instanzen an, diese hätten gemäss Kooperationsvereinbarung einen Jahresdeckungsbeitrag (Honorarerträge abzüglich direkt zurechenbare Personal- und Nebenkosten) von rund Fr. 600'000.– aufgewiesen. Im Zusammenhang mit der Aktivierung der eingebrachten Neumandate habe ein diplomierter Bücherexperte im Auftrag der C._____ AG/ZH einen Goodwill zu Fortführungswerten von Fr. 500'000.– bzw. zu Liquidationswerten von Fr. 250'000.– ermittelt. Die dem Beschwerdeführer übertragene Beteiligung an der C._____ AG/ZH von 50% habe per Ende 1993 einen Wert von Fr. 382'500.– aufgewiesen.
1.3
1.3.1 Das Einzelrichteramt des Kantons Zug gelangte gestützt auf die von den Parteien geschlossene Kooperationsvereinbarung sowie der Bewertungsüberlegungen des beigezogenen Bücherexperten zum Schluss, die EDV-Mandate seien im Zeitpunkt der Kooperationsvereinbarung für die A._____ SA/BL und die B._____ AG/ZH nicht wertlos gewesen. Dabei ging es zu Gunsten des Beschwerdeführers vom Liquidationswert der Mandate von Fr. 250'000.– aus. Indem der Beschwerdeführer die über seine Gesellschaften laufenden EDV-Mandate an die C._____ AG/ZH weitergegeben habe, habe er das Vermögen dieser beiden in der ersten Hälfte 1994 Konkurs gegangenen Gesellschaften vermindert und so das Exekutionssubstrat im Umfang von mindestens Fr. 250'000.– deren Gläubigern vorenthalten.
1.3.2 Der Beschwerdeführer stellte sich demgegenüber im erstinstanzlichen Verfahren auf den Standpunkt, die EDV-Mandate hätten für die A._____ SA/BL bzw. die B._____ AG/ZH weder direkt noch indirekt einen realisierbaren Wert dargestellt. Auf Grund der fehlenden Personalvermittlungsbewilligung seien sie am 1. Januar 1993 absolut frei gewesen und hätten von jedem Markteilnehmer in dieser Branche entschädigungslos übernommen werden können. Sie hätten daher zum vornherein nicht zur späteren Konkursmasse gehört, da die Vertragsverhältnisse nicht pfändbarer Natur gewesen seien.
1.3.3 Die Vorinstanz stellt zunächst fest, die C._____ AG/ZH habe von der A._____ SA/BL lediglich 15 EDV-Mandate und von der B._____ AG/ZH 6 Mandate übernommen.

In rechtlicher Hinsicht gelangt sie zum Schluss, es spiele keine Rolle, ob die Arbeits- und Verleihverträge zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 11. Januar 1993 noch rechtsbeständig gewesen seien. Die A._____ SA/BL und die B._____ AG/ZH hätten beachtliche Vorarbeit dafür geleistet, dass ein neuer Rechtsträger, nämlich die C._____ AG/ZH, die vormaligen Arbeits- und Verleihverträge der beiden Gesellschaften habe weiterführen bzw. mit deren ehemaligen Arbeitnehmern und Kunden entsprechende neue Verträge habe eingehen können. Diese Vorarbeit habe in der Erarbeitung eines soliden Kunden- und Arbeitnehmerstammes bestanden, der einen abzugeltenden Wert darstelle. Zu den wichtigsten Pflichten eines Verwaltungsrates gehörten die Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und einer ausreichenden Kapitalbasis der Gesellschaft. Der Beschwerdeführer sei daher verpflichtet gewesen, die durch die A._____ SA/BL und die B._____ AG/ZH erbrachte Vorarbeit von der C._____ AG/ZH abgelten zu lassen bzw. die mit der C._____ AG/ZH vereinbarte "Vermittlungsprovision" in die beiden Gesellschaften zu leiten, was er indessen nicht getan habe. Diese hätten überhaupt keine äquivalente Gegenleistung erhalten.

Nach Auffassung der Vorinstanz entsprach die vorenthaltene "Vermittlungsprovision" dem 50-prozentigen, auf den Beschwerdeführer bzw. die von ihm im März 1993 gegründete E._____-Stiftung übertragenen Aktienanteil der C._____ AG/ZH. Der Wert dieses Aktienanteils habe sich im Bereich von Fr. 100'000.– bewegt. Es sei daher von einem Deliktsbetrag in dieser Grössenordnung auszugehen.
2.
2.1 Gemäss Art. 163 Ziff. 1 aStGB wird der Schuldner, der zum Nachteil der Gläubiger sein Vermögen zum Scheine vermindert, namentlich Vermögensstücke beiseiteschafft, wenn über ihn der Konkurs eröffnet worden ist, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft. Das Wesen der Konkurs- und Betreibungsdelikte liegt in der Verletzung der Pflicht durch den in Verfall geratenen Schuldner bzw. durch denjenigen, dem Verfall droht, das vorhandene Vermögen seinen Gläubigern zu erhalten (BGE 74 IV 33, S. 37; vgl. auch BGE 97 IV 18 E. 1a).

Werden die in den Art. 147 und 163 - 170 aStGB unter Strafe gestellten Handlungen im Geschäftsbetrieb einer juristischen Person begangen, so finden gemäss Art. 172 Abs. 1 aStGB die Strafbestimmungen auf die Direktoren, Bevollmächtigten, die Mitglieder der Verwaltungs- oder Kontrollorgane und die Liquidatoren Anwendung, die diese Handlungen begangen haben.
Der Beschwerdeführer war ab 23. Januar 1991 bei der A._____ SA/BL und ab 31. Januar 1991 bei der B._____ AG/ZH einziges Mitglied des Verwaltungsrats mit Einzelunterschrift. Die Bestimmung von Art. 163 aStGB ist daher auf ihn anwendbar.
2.2 Beim Tatbestand des betrügerischen Konkurses greift der Schuldner nicht direkt in fremdes Vermögen ein. Er schädigt oder gefährdet die Interessen seiner Gläubiger vielmehr indirekt dadurch, dass er seinen Gläubigern Vermögen, das ihnen in einem Betreibungs- oder Konkursverfahren zukommen sollte, vorsätzlich entzieht und sie dadurch schädigt. Angriffsobjekt des betrügerischen Konkurses ist daher das Schuldnervermögen, soweit es nach Betreibungsrecht dem Zugriff der Gläubiger im Konkurs offen steht, nicht aber Vermögen, das seiner Natur nach oder kraft besonderer Vorschrift der Zwangsvollstreckung entzogen ist (BGE 103 IV 227 E. 1c mit Hinweisen).

Aus der allgemeinen Zweckbestimmung der Konkurs- und Betreibungsdelikte folgt, dass die Tathandlung der Verminderung des Schuldnervermögens im Sinne von Art. 163 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB in der Schmälerung des gegenwärtigen oder zukünftigen Exekutionssubstrats besteht, mithin nicht nur durch eine Entäusserung oder Entwertung von Vermögensgegenständen, sondern durch jede Verringerung der im Konkursfall der Befriedigung der Gläubiger dienenden Aktiven, etwa auch durch Vermehrung der Passiven durch Begründung ungerechtfertigter neuer Schulden, bewirkt werden kann (BGE 97 IV 18 E. 1a).
2.3
2.3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, es fehle sowohl am Tatobjekt als auch an der Tathandlung im Sinne von Art. 163 Ziff. 1 aStGB. Ein "solider Kunden- und Arbeitnehmerstamm" und die entsprechende Vorarbeit stellten kein Vermögen bzw. keine Vermögensstücke im Sinne des Gesetzes dar. Dies gelte umso mehr, als die Arbeits- und Verleihverträge zum Zeitpunkt der Vereinbarung vom 11. Januar 1993 nicht oder zumindest nicht vollumfänglich rechtsbeständig gewesen seien. Dasselbe gelte auch für die EDV-Mandate, die mangels einer Bewilligung der kantonalen Behörde nicht pfändbarer Natur gewesen seien.

2.3.2 Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

Der Zwangsvollstreckung unterliegen sämtliche dem Schuldner zustehenden Güter, namentlich Geld, Wertpapiere, Forderungen, Immaterialgüterrechte und andere Rechte, soweit sie einen aktuellen, in Geld schätzbaren Verkehrswert aufweisen, d.h. legal gegen Geld übertragen bzw. eingetauscht werden können. Kommt einem Gegenstand kein realisierbarer Vermögenswert zu, ist seine Pfändbarkeit ausgeschlossen, weil die Pfändung von vornherein den gesetzlichen Zweck der vermögensrechtlichen Befriedigung des Gläubigers nicht erfüllen kann (Georges Vonder Mühll, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Art. 92 N 1; Lukas Handschin/ Daniel Hunkeler, ebd., Art. 197 N 7 und 49; Schwander, Betreibungs- und Konkursdelikte I, Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug, SJK 1128, S. 5; vgl. auch Urteil des Kassationshofs 6S.601/1997 vom 15.1.1998 E. 4c, nach welchem die Verheimlichung eines pfändbaren Vermögenswerts, dessen Verwertung von vornherein und offensichtlich keinen Überschuss ergeben kann, den objektiven Tatbestand des Pfändungsbetruges nicht erfüllt). Nach der Rechtsprechung begeht eine konkursreife Gesellschaft, die ihr Vermögen im Interesse eines Gläubigers (oder eines Dritten) an eine andere Gesellschaft
verschiebt, ohne eine entsprechende Gegenleistung zu erhalten, eine Bankrotthandlung (BGE 93 IV 16 E. 1a).

Der Umstand, dass die A._____ SA/BL und die B._____ AG/ZH mangels Personalvermittlungsbewilligung die EDV-Mandate nicht mehr weiterführen konnten, macht diese nicht wertlos. Davon ist offenbar auch der Beschwerdeführer ausgegangen. Denn wie die Vorinstanz feststellt, hat er mehrfach anerkannt, dass die überlassenen EDV-Mandate maximal Fr. 250'000.– wert gewesen seien, wobei dieser Wert nur von einer Gesellschaft habe realisiert werden können, welche über eine AVG-Bewilligung verfüge bzw. die Mandate weiterführen könne.

Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann hier offen bleiben, da die Vorinstanz die strafbare Handlung im Vorenthalten der Entschädigung für die Vermittlung der Geschäftsbeziehungen erblickt (vgl. BGE 105 IV 319 E. a; zum Verkauf des sog. Goodwill vgl. BGE 119 II 222 E. 2a; ferner Lukas Handschin/Daniel Hunkeler, a.a.O., Art. 197 N 48; vgl. auch Art. 418u Abs. 1 OR für den Entschädigungsanspruch des Agenten für Erweiterung des Kundenkreises [hiezu BGE 122 III 66 E. 3d, S. 72 mit Hinweisen]). Dass die EDV-Mandate auf ein Unternehmen übertragen werden konnten, welches über die notwendigen Bewilligungen verfügte, und dass die Vermittlung der Mandate unter diesen Umständen eine geldwerte Leistung darstellt, steht ausser Frage. Dieser Auffassung sind im Grunde auch der Beschwerdeführer und sein Vertragspartner gewesen, haben sie doch in der Kooperationsvereinbarung festgeschrieben, die Hälfte des Aktienkapitals der C._____ AG/ZH werde dem Beschwerdeführer als Entschädigung "für die Vermittlung der Mandate" übertragen. Indem der Beschwerdeführer diese an ihn tatsächlich ausgerichtete Gegenleistung, deren Wert die Vorinstanz in der Grössenordnung von rund Fr. 100'000.– ansiedelt, nicht an die beiden Gesellschaften weiterleitete,
hat er in diesem Umfang die Zugriffsrechte der Gläubiger beeinträchtigt. Das angefochtene Urteil verletzt somit Bundesrecht nicht.

Was der Beschwerdeführer im Weiteren zur Tathandlung ausführt, geht an der Sache vorbei. Der gegen ihn erhobene Vorwurf lautet nicht dahin, er habe zum Schaden der vor dem Konkurs stehenden Gesellschaften auf den Abschluss gewinnbringender Geschäfte verzichtet und damit deren Vermögen nicht vermehrt. Angelastet wird ihm vielmehr, dass er das Vermögen der Gesellschaften zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger vermindert hat. Dies fällt nicht unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung bzw. Geschäftsbesorgung, sondern erfüllt den Tatbestand des betrügerischen Konkurses im Sinne von Art. 163 aStGB.
3.
3.1 Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe die Strafe nicht nach Art. 64 Abs. 5 StGB gemildert.
3.2 Nach Art. 64 Abs. 5 StGB kann der Richter die Strafe mildern, wenn seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist und der Täter sich während dieser Zeit wohl verhalten hat. Eine Strafmilderung gemäss dieser Bestimmung fällt nach der Praxis in Betracht, wenn die Strafverfolgung der ordentlichen Verjährung nahe ist (BGE 117 IV 127 mit Hinweisen; Urteil des Kassationshofs 6S.534/1999 vom 1.3.2000 [nicht publizierte E. 3a und b von BGE 126 IV 84]mit Hinweisen).
3.3 Die strafbare Handlung des Beschwerdeführers, der Abschluss der Kooperationsvereinbarung vom 11. Ja-

nuar 1993, lag zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils knapp zehn Jahre zurück.

Der Tatbestand des betrügerischen Konkurses gemäss Art. 163 Ziff. 1 aStGB ist ein Verbrechen (Art. 9 Abs. 1 StGB). Die Strafverfolgung verjährt bei strafbaren Taten, die mit Zuchthaus bedroht sind, nach der milderen Bestimmung von Art. 70 aStGB (Art. 2 Abs. 2 StGB) in zehn Jahren. Die Voraussetzung der verhältnismässig langen Zeitdauer seit der strafbaren Handlung ist somit erfüllt. Die Vorinstanz sieht von einer Strafmilderung indes ab, weil der Beschwerdeführer in dieser Zeit wegen einer Geschwindigkeitsübertretung zu einer Busse von Fr. 1'000.– und wegen einer fahrlässigen Körperverletzung zu einer Busse von Fr. 400.– verurteilt worden ist. Insofern habe er sich nicht wohl verhalten.
Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet. Wohlverhalten bedeutet im Wesentlichen das Fehlen von strafbaren Handlungen (Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl. Zürich 1997, Art. 64 N 25). Indem der Beschwerdeführer vom Bezirksgericht Höfe und vom Polizeirichteramt des Kantons Zug wegen Verletzungen des Strassenverkehrsrechts zu zwei Bussen verurteilt werden musste, hat er sich offensichtlich nicht legal bewährt. Dass die Verfehlungen auf einem anderen Gebiet liegen als die dem Verfahren zugrunde liegenden Straftaten, ist entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ohne Bedeutung. Dass die Vorinstanz den Strafmilderungsgrund von Art. 64 Abs. 5 StGB nicht berücksichtigt, ist somit nicht zu beanstanden. Jedenfalls verletzt sie damit nicht ihr Ermessen.
4.
Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Kosten (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug und dem Strafgericht des Kantons Zug, Berufungskammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 6. Juni 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: