Urteilskopf

117 IV 259

47. Urteil des Kassationshofes vom 22. März 1991 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern gegen X. (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 159 StGB. Ungetreue Geschäftsführung durch den einzigen Verwaltungsrat zum Nachteil einer Einmannaktiengesellschaft.

1. Die Einmannaktiengesellschaft ist auch für den sie als einziger Verwaltungsrat beherrschenden Alleinaktionär jemand anderer, und ihr Vermögen ist für ihn ein fremdes (E. 3).

2. a) Eine Vermögensdisposition des einzigen Verwaltungsrats auf Kosten der Einmannaktiengesellschaft, die als (verdeckte) Gewinnausschüttung zu qualifizieren ist, ist nur dann pflichtwidrig und erfüllt den objektiven Tatbestand von Art. 159 StGB, wenn das nach ihrer Vornahme verbleibende Reinvermögen - Aktiven minus Forderungen gegen die Gesellschaft - der AG nicht mehr zur Deckung von Grundkapital und gebundenen Reserven ausreicht (Änderung der Rechtsprechung) (E. 4 und 5a).

b) Eine Vermögensdisposition des einzigen Verwaltungsrats auf Kosten der Einmannaktiengesellschaft, die als Aufwand zu qualifizieren ist, ist dann pflichtwidrig und erfüllt den objektiven Tatbestand von Art. 159 StGB, wenn dadurch erstens das nach den zwingenden aktienrechtlichen Kapitalschutzbestimmungen zu erhaltende Mindestreinvermögen der AG angegriffen wird und zweitens (kumulativ) der Aufwand mit den Pflichten des Geschäftsführers zur sorgfältigen Verwaltung der Geschäfte der AG nicht zu vereinbaren ist; ob diese zweite Voraussetzung erfüllt sei, hängt von den gesamten Umständen des konkreten Falles ab, zu denen einerseits die finanzielle Situation des Unternehmens und anderseits Umfang, Art und Zweck des Aufwandes gehören (E. 5b).

Regeste (fr):
Art. 159 CP. Gestion déloyale par un administrateur unique au détriment d'une société à un seul actionnaire.

1. Une société anonyme à un seul actionnaire est une personne distincte, même pour l'actionnaire unique formant à lui seul le conseil d'administration; ses biens sont donc pour celui-ci le bien d'autrui (consid. 3).

2. a) La disposition par l'administrateur unique de biens appartenant à une société à un seul actionnaire, si elle peut être qualifiée de distribution (cachée) de dividendes, n'est contraire aux devoirs de fonction et ne remplit les conditions objectives de l'art. 159 CP que si la fortune nette - actifs moins les dettes de la société - subsistant après le prélèvement ne suffit plus à équilibrer le capital social et les réserves obligatoires (changement de jurisprudence) (consid. 4 et 5a).

b) La disposition par l'administrateur unique de biens appartenant à une société à un seul actionnaire, si elle peut être qualifiée de dépense, est contraire aux devoirs de fonction et remplit les conditions objectives de l'art. 159 CP lorsque, de ce fait, premièrement la fortune nette minimum de la société, telle qu'elle est constituée en application des règles impératives du droit des sociétés sur la protection du capital, est entamée, et deuxièmement (de manière cumulative) lorsque la dépense n'est pas compatible avec les devoirs de l'administrateur relatifs à la gestion diligente des affaires de la société; savoir si cette deuxième condition est réalisée dépend de l'ensemble des circonstances du cas concret, parmi lesquelles, d'une part, la situation financière de l'entreprise et, d'autre part, l'importance, la nature et le but de la dépense (consid. 5b).

Regesto (it):
Art. 159 CP. Amministrazione infedele da parte di un amministratore unico a detrimento di una società anonima

con un solo azionista.

1. Una società anonima con un solo azionista costituisce una persona distinta anche per l'azionista unico solo amministratore della società; il suo patrimonio è pertanto per lui un patrimonio altrui (consid. 3).

2. a) Un atto di disposizione compiuto dall'amministratore unico a scapito del patrimonio di una società anonima con un solo azionista e nel quale sia ravvisabile una distribuzione (occulta) di dividendi è contrario ai doveri di tale amministratore e adempie la fattispecie legale obiettiva dell'art. 159 CP solo se il patrimonio netto - attivi meno i debiti della società - rimanente dopo il prelevamento non è più sufficiente a coprire il capitale sociale e le riserve obbligatorie (cambiamento della giurisprudenza) (consid. 4 e 5a).

b) Un atto di disposizione compiuto dall'amministratore unico a scapito di una società anonima con un solo azionista e nel quale sia ravvisabile una spesa è contrario ai doveri di tale amministratore e adempie la fattispecie legale obiettiva dell'art. 159 CP se, in primo luogo, viene così intaccato il patrimonio minimo della società, quale dev'essere preservato in virtù delle norme imperative del diritto delle società anonime concernenti la protezione del capitale, e se (cumulativamente), in secondo luogo, la spesa non è compatibile con i doveri dell'amministratore relativi alla gestione diligente degli affari della società; sapere se tale seconda condizione sia realizzata dipende dall'insieme delle circostanze concrete, tra cui, da un lato, la situazione finanziaria dell'impresa, e, dall'altro, l'importanza, la natura e lo scopo della spesa (consid. 5b).

Sachverhalt ab Seite 261

BGE 117 IV 259 S. 261

A.- Das Kriminalgericht des Kantons Luzern sprach X. am 23. September 1988 des untauglichen Versuchs der Veruntreuung, der fortgesetzten ungetreuen Geschäftsführung, des betrügerischen Konkurses, der Unterlassung der Buchführung sowie der Bevorzugung eines Gläubigers schuldig und verurteilte ihn deswegen zu drei Jahren Zuchthaus, abzüglich zwei Tage Untersuchungshaft, sowie zu Fr. 10'000.– Busse. Die II. Kammer des Obergerichts des Kantons Luzern stellte mit Entscheid vom 16. Januar 1990 das Verfahren betreffend untauglichen Veruntreuungsversuch infolge Verjährung ein, sprach X. abweichend von der 1. Instanz von der Anklage der fortgesetzten ungetreuen Geschäftsführung sowie der Bevorzugung eines Gläubigers frei und verurteilte ihn wegen betrügerischen Konkurses sowie Unterlassung der Buchführung zu einer Zuchthausstrafe von 18 Monaten, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von vier Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 1'000.–.

B.- Die Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der Entscheid des Obergerichts sei insoweit aufzuheben, als X. von der Anklage der fortgesetzten ungetreuen Geschäftsführung freigesprochen wurde, und die Sache sei zur Verurteilung und Bestrafung von X. auch wegen fortgesetzter ungetreuer Geschäftsführung an die Vorinstanz zurückzuweisen. X. hat keine Vernehmlassung zur Beschwerde eingereicht.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Kriminalgericht warf dem Beschwerdegegner vor, er habe als Alleinaktionär, faktisch einziger Ver-

waltungsrat und alleiniger Geschäftsführer der mit einem voll liberierten Grundkapital von Fr. 500'000.– ausgestatteten E. AG in der Zeit von Juni 1983 bis Juni 1984 die E. AG auf verschwenderische Art mit Privatbezügen (wie Miete für seine Residenz im Hotel National in Luzern, Alimente für seine Tochter aus erster Ehe, Leasingraten für einen PW Mercedes 500 SEC) sowie mit weiteren Aufwendungen für seinen privaten Lebensunterhalt (teure Bar- und Restaurantbesuche, Einkäufe in exklusiven Geschäften) belastet und die E. AG dadurch um rund Fr. 120'000.– geschädigt. Dem Beschwerdegegner wurde im weiteren zur Last gelegt, er

habe den Tatbestand von Art. 159 StGB auch dadurch erfüllt, dass er im Rahmen seines - schliesslich gescheiterten - Engagements für die Übernahme eines Unternehmens Aufwendungen (Arbeitszeit, Sekretariat, Reisespesen usw.) der E. AG im Umfang von ca. Fr. 50'000.– belastete, ohne dass diese hiefür einen Gegenwert erhielt, und dass er im Rahmen seiner Bemühungen, für sich die Titelrechte an einem deutschen Verlag und an dessen Zeitschriften zu erwerben, in der Zeit vom 1. Juli 1983 bis zum 10. September 1984 der E. AG rund Fr. 100'000.– entnahm. Dem Beschwerdegegner wurde sodann vorgeworfen, er habe letztlich auf Kosten der E. AG im Hinblick auf einen schliesslich gescheiterten Liegenschaftsverkauf an eine Unternehmung von dieser für sich privat im März und im April 1984 Möbel im Wert von rund Fr. 25'000.– bezogen. Schliesslich wurde ihm zur Last gelegt, er habe sich der ungetreuen Geschäftsführung zum Nachteil der E. AG auch dadurch schuldig gemacht, dass er für diese trotz angespannter Lage ein Hotel für die Dauer von zehn Jahren pachtete.

2. Nach Art. 159 Abs. 1 StGB wird wegen ungetreuer Geschäftsführung mit Gefängnis bestraft, wer jemanden am Vermögen schädigt, für das er infolge einer gesetzlichen oder vertraglich übernommenen Pflicht sorgen soll. Gemäss den Ausführungen im angefochtenen Urteil bestand zwischen dem Beschwerdegegner in dessen Eigenschaft als Alleinaktionär, faktisch einziger Verwaltungsrat und alleiniger Geschäftsführer der E. AG einerseits und der Aktiengesellschaft anderseits wirtschaftliche Identität, war die E. AG daher für den Beschwerdegegner nicht jemand anderer und ihr Vermögen für ihn kein fremdes, hat der Beschwerdegegner durch den von ihm betriebenen überrissenen Privataufwand zu Lasten der E. AG letztlich sich selbst geschädigt und liegt zudem bei der gegebenen Konstellation praktisch eine Rechtfertigung vor. Das Obergericht hat nicht übersehen, dass diese Betrachtungsweise der bundesgerichtlichen Rechtsprechung widerspricht. Es verweist auf BGE 97 IV 10 und BGE 85 IV 224 und gibt im angefochtenen Urteil die Erwägungen des letztgenannten Entscheides, der eine Brandstiftung (Art. 221 StGB) betraf, ausführlich auszugsweise wieder. Es kann dieser Rechtsprechung unter Berufung auf einige Autoren aber nicht folgen. Die Staatsanwaltschaft macht in ihrer Nichtigkeitsbeschwerde unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und

verschiedene Autoren geltend, dass die Aktiengesellschaft nicht nur nach aussen, sondern auch im Verhältnis zu den Gesellschaftern selbständig sei und Trägerin eigenen Vermögens bleibe. Sie hält fest, dass der Aktionär, der "durch Verfügungshandlungen die Grundsätze unserer Rechtsordnung über die Erhaltung des Grundkapitals verletzt", rechtswidrig handle, und sie übernimmt damit wörtlich eine Meinungsäusserung von W. SCHMIDLIN (Typische Wirtschaftsdelikte auf dem Gebiet des Aktienrechts, ZStrR 85/1969 S. 370 ff., 381). Ihres Erachtens ist nicht ersichtlich, inwiefern entsprechend einer Bemerkung im angefochtenen Urteil "praktisch eine Rechtfertigung" vorliege; von einer "straflosen Selbstschädigung" könne jedenfalls entgegen der Meinung der Vorinstanz keine Rede sein. Die Betrachtungsweise des Obergerichts erscheint der Staatsanwaltschaft übrigens auch deshalb reichlich fragwürdig, weil nur schon beim zufälligen Vorhandensein eines

zweiten (Gefälligkeits-)Aktionärs, der eine einzige Aktie besitzt und durch eine ungetreue Geschäftsführung allenfalls marginal geschädigt würde, Art. 159 StGB offensichtlich angewendet werden müsste.

3. a) Nach der Rechtsprechung des Kassationshofes muss sich der Alleinaktionär einer Einmannaktiengesellschaft die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft grundsätzlich entgegenhalten und entsprechend auch eine widerrechtliche Verletzung des Geschäftsvermögens als Schädigung fremden Vermögens zurechnen lassen. So hat das Bundesgericht in BGE 85 IV 230 E. 3 entschieden, der Täter, der ein Auto der von ihm beherrschten Aktiengesellschaft in Brand steckt, verursache eine Feuersbrunst "zum Schaden eines andern" (Art. 221 Abs. 1 StGB). Zur Begründung führte es aus, die Frage des Eigentums beurteile sich auch im Strafrecht nach rechtlichen, nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten; ein strafrechtliches oder wirtschaftliches Eigentum könne es nicht geben. Die Aktiengesellschaft als selbständige Vermögensträgerin sei daher mit Bezug auf ihr Eigentum ungeachtet der wirtschaftlichen Identität zwischen Gesellschaft und Alleinaktionär ein anderer im Sinne von Art. 221 StGB. Der Kassationshof hat sich in BGE 97 IV 10 ff. ausführlich mit der Frage auseinandergesetzt, unter welchen Umständen eine Vermögensverfügung zum Nachteil einer AG den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung erfüllt. Er hat sich dabei in E. 2 dieses Entscheides eingehend mit der Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen das geschäftsführende Organ durch eine

Vermögensverfügung zum Nachteil der AG seine gesetzlichen Pflichten verletzt. Der Kassationshof hat dabei festgehalten, dass die Verwaltung auch für die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens zu sorgen hat, "mindestens im Umfang des statutarischen Grundkapitals" (S. 13 Mitte, S. 14 Mitte); dies ergibt sich gemäss den Ausführungen im zitierten Entscheid "aus der Natur der AG, die als Kapitalgesellschaft hinsichtlich Entstehung und Fortbestand vom Vorhandensein eines vorausbestimmten Grundkapitals abhängt", sowie aus verschiedenen Bestimmungen des OR, die unter anderem auf die "unversehrte Erhaltung des Grundkapitals" hinzielen, so etwa Art. 620, 628, 633, 675 Abs. 2, 677, 678, 725 OR. Der Kassationshof hat sich sodann in E. 4 von BGE 97 IV 10 ff. mit dem Einwand des damaligen Beschwerdeführers auseinandergesetzt, dass der Tatbestand von Art. 159 StGB infolge des Grundsatzes "volenti non fit iniuria" nicht erfüllt sei. Das Gericht hat diesen Einwand verworfen und dabei unter anderem festgehalten, dass "die Aktiengesellschaft, selbst in der Form einer Einmanngesellschaft, selbständige Vermögensträgerin ist und ihr Vermögen nicht nur nach aussen, sondern auch im Verhältnis zu den einzelnen Gesellschaftsorganen ein fremdes im Sinne von Art. 159 StGB ist" (S. 16). Es hat ausgeführt, dieser strafrechtliche Schutz des "Gesellschaftsvermögens" bestehe wie der von der Zivilrechtsordnung gewollte "Kapitalschutz" ausser im Interesse der Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger auch in demjenigen der Gesellschaft selber, da, wie bereits dargetan, Errichtung und Fortbestand der AG aufs engste mit dem Vorhandensein des "gebundenen Gesellschaftsvermögens" verknüpft seien und dieses zudem der Zweckverfolgung und der Kreditwürdigkeit der AG diene (S. 16). Der Kassationshof hat in diesem Zusammenhang auf BGE 85 IV 231 verwiesen, wonach sogar der Alleinaktionär einer Einmanngesellschaft sich die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft entgegenhalten und eine widerrechtliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens als Schädigung fremden Vermögens zurechnen lassen müsse (S. 16, sämtliche Hervorhebungen nicht im Original). Er hat in BGE 97 IV 10 ff. sodann festgehalten, es sei entgegen der Meinung des Beschwerdeführers ohne Belang, dass die AG keine weiteren Geschäfte getätigt und deshalb keine Gläubiger gehabt habe; denn eine Schädigung allfälliger Gesellschaftsgläubiger wäre nach Art. 159 StGB ohnehin unerheblich, da dem Beschwerdeführer nicht deren Vermögen, sondern dasjenige der AG zur Fürsorge anvertraut sei (S. 16/17).

b) An der Rechtsprechung kann nicht festgehalten werden, soweit darin davon ausgegangen wird, der Alleinaktionär müsse sich ausnahmslos die rechtliche Selbständigkeit der Einmannaktiengesellschaft entgegenhalten lassen. Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung bereits in BGE 109 IV 112 implizit in Frage gestellt, wo es als selbstverständlich angenommen hat, dass der Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft, die nach ihrer Zweckbestimmung im Interesse der Muttergesellschaft arbeiten soll, Gewinne durch die Muttergesellschaft direkt abschöpfen lassen durfte. Wohl ist die Einmannaktiengesellschaft auch für den sie als einziger Verwaltungsrat beherrschenden Alleinaktionär jemand anderer, und ihr Vermögen ist für ihn ein fremdes. Diese Verschiedenheit der Rechtssubjekte und damit die Fremdheit des Vermögens des einen Rechtssubjekts für das andere ist auch im Strafrecht grundsätzlich beachtlich (so auch W. SCHMIDLIN, Typische Wirtschaftsdelikte auf dem Gebiet des Aktienrechts, ZStrR 85/1969 S. 370 ff., 378 ff.; N. SCHMID, Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen, ZStrR 105/1988 S. 183 unten; derselbe, Fragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Schwindel- und Strohmanngesellschaften, ZStrR 87/1971 S. 247 ff., 257; derselbe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsdelikte im Tätigkeitsbereiche der Aktiengesellschaft, SAG 46/1974 S. 101 ff., 114; SCHULTZ, ZBJV 108/1972 S. 357 zu BGE 97 IV 10 ff.). Mit dieser Erkenntnis ist aber entgegen dem in BGE 85 IV 230 E. 2 und BGE 97 IV 10 ff. erweckten Eindruck noch nichts darüber entschieden, ob eine bestimmte Handlung bzw. eine bestimmte Vermögensdisposition des Alleinaktionärs und einzigen Verwaltungsrats zum Nachteil bzw. auf Kosten der Einmannaktiengesellschaft auch - beispielsweise nach Art. 221 oder 159 StGB - strafbar sei. Vielmehr fragt sich weiter, ob erstens die Schädigung der Einmannaktiengesellschaft durch den sie beherrschenden einzigen Verwaltungsrat und Alleinaktionär gegen gesetzliche Pflichten betreffend die Sorge um das Vermögen der AG verstosse und damit im Sinne von Art. 159 StGB tatbestandsmässig sei und ob und inwieweit zweitens eine tatbestandsmässige Schädigung der AG durch Einwilligung nach dem Grundsatz "volenti non fit iniuria" gerechtfertigt werden könne.

4. Für Handlungen, die der Geschäftsführer einer AG in dieser Eigenschaft, als Organ der AG, vornimmt, haftet grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen. Eine persönliche Haftung des Geschäftsführers und Verwaltungsrats besteht nur unter bestimmten

Voraussetzungen (Art. 754 ff. OR, Art. 55 Abs. 3 ZGB). Da grundsätzlich nur das Vermögen der AG gegenüber Dritten haftet, enthält das Aktienrecht eine ganze Reihe von Bestimmungen, die den Schutz des Gesellschaftsvermögens bezwecken. Diese Vorschriften muss auch der faktisch einzige Verwaltungsrat bzw. Geschäftsführer und Alleinaktionär einer Einmannaktiengesellschaft beachten. Wer für seine geschäftliche Tätigkeit eine Einmannaktiengesellschaft errichtet und auf diese Weise seine Haftung für die Geschäftstätigkeit beschränkt ("Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung"), hat auch die aus der Errichtung der Einmannaktiengesellschaft sich ergebenden Konsequenzen zu tragen (vgl. BGE 85 IV 231). Die Einmannaktiengesellschaft ist wie jede andere AG eine selbständige juristische Person und als solche aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben (Art. 53 ZGB). Sie kann somit insbesondere selbständige Trägerin von Vermögen sein. Die Einmannaktiengesellschaft ist wie jede AG eine reale Person, nicht nur eine Fiktion oder gewissermassen ein zweites Portemonnaie, über dessen Inhalt der einzige Verwaltungsrat und Alleinaktionär nach Belieben verfügen könnte (FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Band I/Lieferung 1, § 1 N 96 mit Hinweisen; CHRISTOPH VON GREYERZ, Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, S. 52 f.). Auch der mit dem Alleinaktionär identische Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Einmannaktiengesellschaft hat die Pflichten zu beachten, die das Aktienrecht der Verwaltung und der Geschäftsführung der AG auferlegt. Eine Handlung des Geschäftsführers, die im Widerspruch zu diesen gesetzlichen Pflichten steht, erfüllt den objektiven Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung im Sinne von Art. 159 StGB, wenn als Folge der pflichtwidrigen Handlung des Geschäftsführers die Einmannaktiengesellschaft am Vermögen geschädigt wird.

5. Zu prüfen ist, unter welchen Voraussetzungen eine Vermögensdisposition des einzigen Verwaltungsrats und Alleinaktionärs auf Kosten der Einmannaktiengesellschaft im Sinne von Art. 159 StGB gegen gesetzliche Pflichten verstösst. a) Eine Vermögensdisposition, die als (verdeckte) Gewinnausschüttung (an den Verwaltungsrat bzw. an den Alleinaktionär) zu qualifizieren ist, ist dann pflichtwidrig, wenn sie im Widerspruch zu zwingenden aktienrechtlichen Bestimmungen steht, welche den Schutz des Gesellschaftsvermögens bezwecken. Über diese Vorschriften,

die nach ihrer "ratio legis" gerade auch dem Schutz Dritter dienen, welche mit der AG in Kontakt kommen, kann sich auch ein Alleinaktionär einer Einmannaktiengesellschaft nicht hinwegsetzen. Dies bedeutet nicht, dass dadurch strafrechtlich, über den Tatbestand von Art. 159 StGB, letztlich nur eine Fiktion geschützt werde. Erstens ist, wie gesagt, auch die Einmannaktiengesellschaft nicht nur eine - strafrechtlich allenfalls nicht schützenswerte - Fiktion, sondern, wie jede AG, eine reale Person, die insbesondere Trägerin von Vermögen sein kann, welches strafrechtlich geschützt ist. Zweitens muss nach den aktienrechtlichen Vorschriften das Vermögen der AG und damit der Einmannaktiengesellschaft gerade auch im Interesse Dritter in einem gewissen Umfang erhalten bleiben und dient somit der strafrechtliche Schutz des Vermögens der Einmannaktiengesellschaft auch "realen menschlichen Interessen" (siehe zu dieser Frage STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, § 14 N 17). Zwar fällt bei der Einmannaktiengesellschaft der Schutz von Aktionären insoweit ausser Betracht, doch bleibt der Schutz etwa von Arbeitnehmern und andern schon vorhandenen und künftigen Gläubigern der AG. Die Interessen der Gläubiger der AG an der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens in einem gewissen Umfang werden nicht allein durch die Konkursdelikte (Art. 163 ff. StGB) geschützt, welche als objektive Strafbarkeitsbedingung die Konkurseröffnung voraussetzen, sondern auch durch Art. 159 StGB (andere Auffassung NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, S. 224). Wohl ist der mittelbare Schaden der Gläubiger der AG als solcher kein im Sinne von Art. 159 StGB relevanter Vermögensschaden und ist der Geschäftsführer einer AG nicht schon dann und deshalb gemäss Art. 159 StGB strafbar, wenn und weil infolge seiner Handlung die Gläubiger der AG mittelbar geschädigt werden (vgl. schon BGE 97 IV 16 /17); doch muss der Geschäftsführer das Vermögen der AG, welches allein Handlungsobjekt von Art. 159 StGB ist, nach den aktienrechtlichen Bestimmungen gerade auch zum Schutz der realen menschlichen Interessen Dritter in einem gewissen Umfang erhalten. Das Aktienrecht will durch eine ganze Reihe von zwingenden Vorschriften sicherstellen, dass der AG stets ein Reinvermögen - d.h. Aktiven minus Passiven - mindestens im Umfang von Grundkapital und gebundenen Reserven erhalten bleibt (vgl. dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, § 1 N 16 ff., § 29 N 1 ff.; CHRISTOPH VON GREYERZ,

op.cit., S. 61 ff.). Eine als (verdeckte) Gewinnausschüttung zu qualifizierende Vermögensdisposition auf Kosten der AG steht daher dann und insoweit im Widerspruch zu den gesetzlichen Pflichten im Sinne von Art. 159 StGB, wenn und als das nach ihrer Vornahme verbleibende Reinvermögen der Einmannaktiengesellschaft, d.h. die Aktiven nach Abzug der Passiven, nicht mehr zur Deckung von Grundkapital und gebundenen Reserven ausreicht (vgl. insoweit schon BGE 97 IV 13 E. 2). Eine als (verdeckte) Gewinnausschüttung zu qualifizierende Vermögensdisposition kann insoweit, als sie das Reinvermögen der Einmannaktiengesellschaft im zu erhaltenden Mindestumfang angreift, auch nicht nach dem Grundsatz "volenti non fit iniuria" gerechtfertigt sein, da sie gegen zwingende aktienrechtliche Bestimmungen verstösst. b) Eine Vermögensdisposition des einzigen

Verwaltungsrats und Alleinaktionärs, die als Aufwand zu qualifizieren ist, ist wie die (verdeckte) Gewinnausschüttung nicht im Sinne von Art. 159 StGB pflichtwidrig, solange das Reinvermögen der Einmannaktiengesellschaft - Aktiven minus Passiven - im Umfang von Grundkapital und gebundenen Reserven unberührt bleibt. Das Vermögen der Einmannaktiengesellschaft, die der Alleinaktionär als einziger Verwaltungsrat beherrscht, kann gegenüber diesem strafrechtlich nach Art. 159 StGB nur insoweit geschützt sein, als es gemäss den zwingenden aktienrechtlichen Vorschriften gerade auch im Interesse der Gläubiger der AG erhalten bleiben muss; wo die Vermögenserhaltung nur im Interesse des Alleinaktionärs liegt, kann dieser in eine Vermögensverminderung einwilligen. Vermögensdispositionen des einzigen Verwaltungsrats und Alleinaktionärs auf Kosten der Einmannaktiengesellschaft, welche das Reinvermögen der AG im Umfang von Grundkapital und gebundenen Reserven unberührt lassen, können daher nicht nach Art. 159 StGB strafbar sein, gleichgültig ob sie als (verdeckte) Gewinnausschüttung oder als - bei objektiver Betrachtungsweise allenfalls unverhältnismässiger - Aufwand zu qualifizieren sind. Eine als Aufwand zu qualifizierende Vermögensdisposition auf Kosten der Einmannaktiengesellschaft ist aber, im Unterschied zur (verdeckten) Gewinnausschüttung, nicht schon dann und deshalb im Sinne von Art. 159 StGB pflichtwidrig, wenn und weil durch sie das Reinvermögen der AG im Umfang von Grundkapital und gebundenen Reserven angegriffen wird. Vielmehr stellt sich erst unter dieser Voraussetzung die Frage, ob die als Aufwand zu qualifizierende Vermögensdisposition im Sinne von

Art. 159 StGB pflichtwidrig sei. Ein das Reinvermögen der AG im Umfang von Grundkapital und gebundenen Reserven vermindernder Aufwand des einzigen Verwaltungsrats und Alleinaktionärs ist dann im Sinne von Art. 159 StGB pflichtwidrig, wenn er mit den Pflichten des Geschäftsführers zur sorgfältigen Verwaltung der Geschäfte der Gesellschaft (Art. 722 OR) nicht zu vereinbaren ist. Ob dies der Fall sei, hängt von den gesamten Umständen des konkreten Falles ab, zu denen einerseits die finanzielle Situation des Unternehmens und anderseits Umfang, Art und Zweck des Aufwandes gehören.

6. Ein und dieselbe Handlung des Geschäftsführers kann im Fall der Eröffnung des Konkurses über die AG sowohl den Tatbestand von Art. 159 StGB als auch Konkurstatbestände gemäss Art. 163 ff. StGB erfüllen. In diesem Fall besteht unter anderem wegen der Verschiedenheit der durch die genannten Strafbestimmungen geschützten Rechtsgüter Idealkonkurrenz. Allerdings handelt es sich dabei um eine Art von überschneidender Idealkonkurrenz (vgl. dazu BGE 113 IV 67), da sich in einem Fall, in dem die AG gerade infolge von im Sinne von Art. 159 StGB tatbestandsmässigen Handlungen ihres Geschäftsführers in Schwierigkeiten gerät und schliesslich über sie der Konkurs eröffnet wird, Art. 159 StGB einerseits und Art. 163 ff., insbesondere Art. 165 StGB anderseits in ihrem Unrechtsgehalt nicht unerheblich überschneiden.

7. Die Vorinstanz wird demnach abzuklären haben, ob und inwieweit die dem Beschwerdegegner von der 1. Instanz als ungetreue Geschäftsführung im Sinne von Art. 159 StGB zur Last gelegten Vermögensdispositionen auf Kosten der E. AG, die zum einen Teil als (verdeckte) Gewinnausschüttungen und zum andern Teil als Aufwand zu qualifizieren sind, im Sinne der vorstehenden Ausführungen pflichtwidrig sind. Sie wird sodann prüfen müssen, ob der Beschwerdegegner eine allfällige Tatbestandsverwirklichung (pflichtwidrige Schädigung der E. AG) zumindest in Kaufgenommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt habe. Der Eventualvorsatz des Beschwerdegegners in bezug auf eine allfällige ungetreue Geschäftsführung zum Nachteil der E. AG kann jedenfalls entgegen der knappen Eventualbegründung im angefochtenen Urteil nicht kurzerhand mit der Erwägung verneint werden, es sei kaum anzunehmen, dass der Beschwerdegegner jemals angenommen habe, er schädige durch seine Geschäftsführung zulasten der E. AG fremdes Vermögen.