Urteilskopf

129 IV 124

16. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes i.S. Y. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Nichtigkeitsbeschwerde) 6S.712/2000 vom 8. Januar 2003

Regeste (de):
Art. 159 Abs. 1 aStGB; ungetreue Geschäftsführung.

Die Entgegennahme von Schmiergeldern erfüllt den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung nur, wenn der Geschäftsführer durch die Zuwendung zu einem Verhalten verleitet wird, das sich gegen die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn richtet und sich schädigend auswirkt. Die blosse Verletzung der arbeitsvertraglichen Herausgabepflicht bleibt straflos (E. 4.1).

Regeste (fr):
Art. 159 al. 1 aCP; gestion déloyale.

L'acceptation de pots-de-vin réalise l'infraction de gestion déloyale uniquement si la prestation a conduit le gérant à adopter un comportement contraire aux intérêts économiques de l'employeur et porte préjudice à celui-ci. La simple violation de l'obligation de restituer, prévue dans le contrat de travail, n'est pas punissable (consid. 4.1).

Regesto (it):
Art. 159 cpv. 1 vCP; amministrazione infedele.

Mediante l'accettazione di tangenti viene commesso il reato di amministrazione infedele unicamente se l'amministratore è stato indotto da tale retribuzione ad adottare un comportamento contrario agli interessi patrimoniali del committente, così danneggiandolo. La semplice violazione dell'obbligo di restituzione, previsto nel contratto di lavoro, non è punibile (consid. 4.1).

Sachverhalt ab Seite 124

A.- Das Obergericht des Kantons Zürich erklärte Y. mit Urteil vom 5. Mai 2000 in zweiter Instanz der Gehilfenschaft zu qualifizierter ungetreuer Geschäftsführung im Sinne von Art. 25 in Verbindung mit Art. 159 Abs. 1 und 2 aStGB schuldig und verurteilte ihn zu 3 Monaten Gefängnis, unter Anrechnung von 10 Tagen Untersuchungshaft, mit bedingtem Strafvollzug bei einer Probezeit von 2 Jahren. Von weiteren Anklagepunkten sprach es ihn frei.

B.- Y. führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Die Vorinstanz stellt folgenden, für den Kassationshof verbindlichen Sachverhalt fest (Art. 277bis Abs. 1 BStP): Der Beschwerdeführer war im Tatzeitraum Inhaber der von ihm gegründeten E. AG mit Sitz in Zug, welche auf die Platzierung von ausländischen Wertpapieren in der Schweiz spezialisiert war. A. und B. waren bei der Alpha Bank, Zürich, (heute Gamma Bank [Namen

BGE 129 IV 124 S. 125

geändert]), im Range eines Vizedirektors als Börsenchef und Anlageberater angestellt. Am 6./7./8. Juli 1993 kaufte die Alpha Bank, für welche A. die Verkaufsverhandlungen führte, von der E. AG 500'000 Aktien der Firma Hanover Gold Corporation (Hanover Gold) zu Kursen zwischen USD 3.25 und USD 3.75. A. hatte mit dem Beschwerdeführer zuvor für den Fall des erfolgreichen Geschäftsabschlusses vereinbart, dass dieser (der Beschwerdeführer) seine Kommission von 10% (bezogen auf den Bezugspreis von USD 3.25) und einen Differenzbetrag, "der daraus resultierte, dass bei einem Teil der Aktien ein schlechterer Kurs als der ursprünglich offerierte in Anschlag gebracht wurde" an ihn weiterleiten würde. A. kassierte auf diesem Weg eine Schwarzzahlung in der Höhe von USD 380'000.-, an welcher er B., der sich im Anlagekomitee nach Absprache mit A. für das Investment eingesetzt hatte, beteiligte. Die Vorinstanz erklärte A. und B. der qualifizierten ungetreuen Geschäftsführung und den Beschwerdeführer der Gehilfenschaft dazu schuldig. In Bezug auf den Beschwerdeführer nimmt sie an, es könne keinem Zweifel unterliegen, dass er zu jenem Zeitpunkt gewusst habe, dass A. die Schwarzzahlung nicht habe der Alpha Bank zukommen lassen, sondern für sich privat habe verwenden wollen. (...)

3.

3.1 Der ungetreuen Geschäftsführung gemäss Art. 159 Abs. 1 aStGB macht sich strafbar, wer jemanden am Vermögen schädigt, für das er infolge einer gesetzlichen oder einer vertraglich übernommenen Pflicht sorgen soll. Der am 1. Januar 1995 in Kraft getretene Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 StGB ist nicht milder. Die kantonalen Behörden sind deshalb zu Recht von der Anwendbarkeit von Art. 159 aStGB ausgegangen (Art. 2 Abs. 2 StGB). Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung ist ein Verletzungs-, nicht ein Gefährdungsdelikt. Der Tatbestand ist erfüllt, wenn der Täter in der Stellung eines Geschäftsführers treuwidrig eine Schutzpflicht zur Wahrung fremder Vermögensinteressen verletzt hat und es dadurch zu einer Schädigung des anvertrauten Vermögens gekommen ist. In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz genügt. Ein Vermögensschaden liegt nach der Rechtsprechung vor bei tatsächlicher Schädigung durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nicht-Verminderung der Passiven oder Nicht-Vermehrung der Aktiven sowie dann, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es

BGE 129 IV 124 S. 126

in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist. Letzteres ist der Fall, wenn der Gefährdung im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss (BGE 120 IV 190 E. 2b; BGE 121 IV 104 E. 2c; BGE 122 IV 279 E. 2; BGE 123 IV 17 E. 3; ANDREAS DONATSCH, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, ZStrR 114/1996 S. 202 f.; MARTIN SCHUBARTH, Vermögensschaden durch Vermögensgefährdung, Mélanges Jean Gauthier, Berne 1996, S. 71 ff.). Geschäftsführer im Sinne von Art. 159 aStGB ist, wer in tatsächlich oder formell selbständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines andern für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat. Geschäftsführer ist nicht nur, wer Rechtsgeschäfte nach aussen abzuschliessen hat, sondern auch, wer entsprechend seiner Fürsorgepflicht im Innenverhältnis für fremde Vermögensinteressen sorgen soll (BGE 123 IV 17 E. 3b; BGE 120 IV 190 E. 2b; BGE 118 IV 244 E. 2a, je mit Hinweisen). Dass A. als Vizedirektor der Alpha Bank mit weitreichenden Entscheidungskompetenzen die Stellung eines Geschäftsführers zukam, steht ausser Frage.

3.2 Als Gehilfe ist nach Art. 25 StGB strafbar, wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet. Nach der Rechtsprechung gilt als Hilfeleistung jeder kausale Beitrag, der die Tat fördert, so dass sich diese ohne Mitwirkung des Gehilfen anders abgespielt hätte. Der Gehilfe fördert eine Tat, wenn er sie durch einen untergeordneten Tatbeitrag unterstützt bzw. wenn er die Ausführung der Haupttat durch irgendwelche Vorkehren oder durch psychische Hilfe erleichtert. Die Hilfeleistung muss tatsächlich zur Tat beitragen und die Erfolgschancen der tatbestandserfüllenden Handlung erhöhen. Nicht erforderlich ist, dass es ohne die Beihilfe nicht zur Tat gekommen wäre (BGE 121 IV 109 E. 3a; BGE 120 IV 265 E. 2c/aa). Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer mit seinem Verhalten grundsätzlich im Sinne von Art. 25 StGB Hilfe geleistet hat. Die Strafbarkeit des Gehilfen hängt aber von Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Haupttäters ab (limitierte Akzessorietät). Zu prüfen ist im Folgenden somit, ob A. sich der ungetreuen Geschäftsführung schuldig gemacht, namentlich ob er mit seinem Verhalten das Vermögen der Alpha Bank geschädigt hat.

4. Der an A. überwiesene Betrag setzt sich zusammen aus der Kaufpreisdifferenz und der dem Beschwerdeführer selbst zustehenden Kommission von 10% des Erlöses.

BGE 129 IV 124 S. 127

4.1 Bei der Überlassung der Kommission an A. hat der Beschwerdeführer vollständig auf den ihm zustehenden Gewinn aus der Platzierung der Aktien verzichtet. Die beiden Beteiligten haben diese Vereinbarung bereits im Verlaufe der Vertragsverhandlungen, mithin vor Abschluss der Transaktion getroffen. Im Gegensatz zum Anklagepunkt IV.C, bei welchem nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz der Mitangeklagte X. die von der Brokerin ausgerichteten Zuwendungen erst nach Abschluss des Geschäfts empfangen hat, so dass sie keinen Einfluss auf die Geschäftsführung haben konnten (vgl. Parallelfall 6S.711/2000 vom 8. Januar 2003), hat sich hier die Absprache auf die konkrete Geschäftsführung ausgewirkt. Denn das Zustandekommen des Geschäfts hing unbestrittenermassen vom Einverständnis des Beschwerdeführers mit der geforderten Zuwendung ab, was sich auch aus der Aussage des Beschwerdeführers im Untersuchungsverfahren ergibt, wonach für ihn nach dem ersten Geschäft klar geworden sei, dass A. "nur etwas macht, wenn er etwas zurück erhält dafür". Damit kommt dieser Geldleistung entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers der Charakter eines Bestechungs- oder Schmiergeldes zu. Nach Art. 321b OR wäre A. verpflichtet gewesen, diese Schwarzzahlung seiner Arbeitgeberin herauszugeben, der sie ursprünglich auch zugedacht war (vgl. REHBINDER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Art. 321b OR N. 1; ders., Berner Kommentar, Art. 321b OR N. 3; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Art. 321b OR N. 3). Indem A. die Zahlung nicht der Alpha Bank ablieferte, sondern in die eigene Tasche abzweigte, hat er seine Treuepflicht gegenüber seiner Arbeitgeberin verletzt. Zwar ist davon auszugehen, dass das Ausrichten bzw. Empfangen von privaten Schmier- oder Bestechungsgeldern - jedenfalls zum heutigen Zeitpunkt - grundsätzlich nicht verboten ist, sofern dies nicht unter Art. 4 lit. b UWG (SR 241) fällt (NIKLAUS SCHMID, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsde-

likte im Tätigkeitsbereich der Aktiengesellschaft, Schweizerische Aktiengesellschaft 46/1974 S. 116; HANS DUBS, Strafbarkeit der Privatbestechung, in: Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, S. 385; zu den gesetzgeberischen Bestrebungen s. Botschaft zur Revision des Korruptionsstrafrechts vom 19.4.1999, BBl 1999 S. 5522 f., und GÜNTER HEINE, Korruptionsbekämpfung im Geschäftsverkehr durch Strafrecht, ZBJV 138/2002 S. 533 ff. mit rechtsvergleichender Übersicht). Auch liegt in der Verletzung der Herausgabepflicht allein noch keine strafwürdige

ungetreue Geschäftsführung (ALEX VOLLMAR, Die ungetreue Geschäftsführung [Art. 159 StGB], Diss. Zürich 1978, S. 135 f., 139; DONATSCH, a.a.O., ZStrR 114/1996 S. 214; a.M. SCHMID, a.a.O., S. 118). Sofern die Vorinstanz den Schuldspruch der ungetreuen Geschäftsführung allein mit dieser Vertragsverletzung begründet, steht das angefochtene Urteil nicht im Einklang mit Bundesrecht. Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung ist nur erfüllt, wenn der Empfänger durch die Zahlung von Provisionen oder Schmiergeldern (als Gegenleistung für eine Bevorzugung) zu einem Verhalten verleitet wird, das sich gegen die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn richtet und sich somit schädigend auswirkt (SCHMID, a.a.O., S. 117; VOLLMAR, a.a.O., S. 137). Dies ist hier der Fall. Denn das Schmiergeld war ursprünglich als Gegenleistung für die getätigten Transaktionen für die Alpha Bank selbst bestimmt gewesen. Indem A. den Abschluss des Geschäfts von dieser Zuwendung an ihn persönlich abhängig machte und sich nur deshalb im Anlagekomitee für das Engagement der Bank in die Titel der Hanover Gold stark machte, stellte er seine privaten Interessen pflichtwidrig vor diejenigen seiner Arbeitgeberin. Damit hat er deren Vermögensinteressen verletzt. Hierin hat die Vorinstanz zu Recht eine ungetreue Geschäftsführung i.S. von Art. 159 StGB erblickt, wozu der Beschwerdeführer ohne Zweifel Hilfe geleistet hat (vgl. auch BGE 110 Ib 173 E. 5b S. 1181 f.). Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung fällt bei Zahlungen an Angestellte im privaten Geschäftsverkehr nur dann ausser Betracht, wenn sich diese nicht schädigend auf das Vermögen des Geschäftsherrn auswirken, was etwa dann der Fall ist, wenn die Zahlung als Schenkung erst nach Geschäftsabschluss erfolgt und auf diesen keinen Einfluss gehabt hat (vgl. Parallelfall 6S.711/2000 vom 8. Januar 2003). Was der Beschwerdeführer hiegegen einwendet, führt zu keinem anderen Ergebnis. Dass sich die Vereinbarung auf den Preis der Aktien ausgewirkt hat, trifft nicht zu. Denn A. hat die Titel an der Börse zum aktuellen Börsenpreis erstanden, auf dessen Entwicklung er keinen unmittelbaren Einfluss hatte. Entsprechend lässt sich die Schwarzzahlung auch nicht als eine Art Rabatt verstehen, der zivilrechtlich im Hinblick auf eine korrekte Preisgestaltung hätte an die Kunden weitergeleitet werden müssen (vgl. ANDREAS VON PLANTA, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Art. 433 OR N. 3). Es mag zutreffen, dass er bereit gewesen wäre, den Preis der Titel zu senken, um deren Verkauf zu fördern. A. hat die Titel aber, wie ausgeführt, an der Börse erworben. Die Täter haben somit in diesem

Anklagepunkt nicht einen verdeckten Aufschlag auf dem ursprünglich offerierten Preis vereinbart, der sich unmittelbar auf die Vermögensinteressen der Kunden ausgewirkt hätte. Fragen könnte sich höchstens, ob A., indem er die Titel an der Börse und nicht direkt beim Beschwerdeführer bzw. der von ihm beauftragten Abwicklungsbank zum günstigeren Platzierungspreis erwarb, nicht auch die Vermögensinteressen der Bankkunden verletzte. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, muss hier aber nicht geprüft werden, da der Beschwerdeführer nicht deswegen verurteilt wurde. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

4.2 Die an A. geleistete Schwarzzahlung bestand neben der Kommission des Beschwerdeführers aus einem Differenzbetrag beim Kaufpreis, der sich nach den Erwägungen der Vorinstanz daraus ergab, dass bei einem Teil der Aktien ein schlechterer Kurs als der ursprünglich offerierte in Rechnung gestellt wurde. Der Beschwerdeführer leitet daraus ab, es liege dieselbe Konstellation vor wie bei Kursschnittgeschäften, bei denen den Kunden Preise berechnet werden, die über denjenigen liegen, welche die Bank effektiv bezahlt. Das trifft bei der hier zu beurteilenden Konstellation nicht zu. Die Alpha Bank kaufte die Aktien der Hanover Gold direkt über ihre Broker an der Börse zu marktkonformen Preisen zwischen USD 3.25 und 3.75 pro Stück. Der Platzierungspreis der E. AG lag demgegenüber bei USD 3.-, zu welchem Preis A. die Aktien hätte kaufen können, wenn er sie wie bei früheren Geschäften mit der E. AG von deren Abwicklungsbank erworben hätte. Den Kunden wurden somit die offiziellen Marktpreise in Rechnung gestellt. Der Beschwerdeführer führt denn auch selbst aus, die Alpha Bank habe die Aktien der Hanover Gold an der Börse erworben und zwar 10'000 Titel zum Preis von USD 3.25, 90'000 Titel zu USD 3.50 und 400'000 Titel zu USD 3.75. Was er somit zusätzlich zu seiner Kommission an A. weiterleitete, waren keine betrügerisch erlangten Beträge, sondern lediglich die Differenz zwischen dem Kurs von USD 3.25 und den höheren Börsenkursen. Der Beschwerdeführer hat auch insofern auf einen Teil seines Gewinns verzichtet. Das ergibt sich deutlicher als im angefochtenen Urteil aus der Anklageschrift, welche ausführt, der Beschwerdeführer habe "seinen Gewinnanteil von 10% (bezogen auf den Bezugspreis von USD 3.25) zuzüglich den diesen Kurs von USD 3.25 übersteigenden Teil des Preises" an A. vergütet. Die Täter haben in diesem Anklagepunkt den Kunden somit keine überhöhten Preise verrechnet. Letztere sind daher insofern auch nicht geschädigt. Der an A. überwiesenen Kaufpreisdifferenz kommt

derselbe Charakter zu wie der Erstattung der Kommission. Was zu dieser ausgeführt wurde (oben E. 4.1), gilt im selben Masse auch hier. Was der Beschwerdeführer im Weiteren hiegegen einwendet, geht an der Sache vorbei. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.