Urteilskopf

97 IV 10

4. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 6. April 1971 i.S. Müller gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.
Regeste (de):
Art. 159 Abs. 1 StGB. Ungetreue Geschäftsführung.

1. Als Geschäftsführer im Sinne dieser Bestimmung gilt ein die Gesellschaft tatsächlich leitendes Verwaltungsorgan einer Aktiengesellschaft (Erw. 2).

2. Mit der unentgeltlichen Überlassung einer Sacheinlage zu unbeschränktem Eigentum an einen Dritten verletzt das zur Verwaltung einer Aktiengesellschaft eingesetzte Organ die ihm von Gesetzes wegen auferlegte Pflicht zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens (Erw. 3).

3. Ein geschäftsführendes Organ einer Aktiengesellschaft muss sich die von ihm begangene widerrechtliche Verletzung des Gesellschaftsvermögens als Schädigung fremden Vermögens zurechnen lassen (Erw. 4).

Regeste (fr):
Art. 159 al.1 CP. Gestion déloyale.

1. Est gérant, selon cette disposition légale, un organe administratif d'une SA qui dirige effectivement la société (consid. 2).

2. L'organe préposé à l'administration d'une société anonyme viole son devoir légal d'assurer l'intégrité du patrimoine social lorsqu'il abandonne à un tiers la pleine propriété d'un apport en nature (consid. 3).

3. L'organe d'une société anonyme a porté atteinte à la fortune d'autrui lorsqu'il a illicitement lésé la fortune sociale (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 159 cpv. 1 CP. Amministrazione infedele.

1. È amministratore ai sensi di tale norma un organo amministrativo di una società anonima che dirige effettivamente la società (consid. 2).

2. L'organo preposto all'amministrazione di una società anonima viola il proprio dovere legale di assicurare l'integrità del patrimonio sociale quando abbandona ad un terzo la piena proprietà di un apporto in natura (consid. 3).

3. L'organo di una società anonima ha danneggiato il patrimonio altrui quando ha illecitamente danneggiato il patrimonio sociale (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 10

BGE 97 IV 10 S. 10

A.- Am 11. Juli 1966 gründete Müller die Immobilien AG Nord, die am 22. desselben Monats im Handelsregister eingetragen wurde. Als Beleg für die Gründung lag dem Notar u.a. ein Sacheinlagevertrag vom 11. Juli 1966 vor, dem zufolge die Biwara AG, vertreten durch Müller, in die zu gründende Gesellschaft, die ebenfalls durch Müller vertreten wurde, einen Inhaberschuldbrief im Betrage von Fr. 50'000.–, im III. Rang lastend auf der Liegenschaft Münstergasse 23, Zürich, einbrachte.

BGE 97 IV 10 S. 11

Der Anrechnungswert von Fr. 50'000.– wurde getilgt durch Zuerkennung von 50 als voll liberiert geltenden Aktien an die Biwara AG (48), an Müller (1) sowie an Wäfler (1), der in der Gründungsurkunde für die Dauer von drei Jahren zum einzigen Mitglied des Verwaltungsrates gewählt wurde. Nach dem Sacheinlagevertrag stand der Schuldbrief "sofort zu freier und uneingeschränkter Verfügung der Gesellschaft" und bildete den einzigen Vermögenswert der Immobilien AG Nord. Er war Müller seinerzeit von Auf der Maur zum Zwecke der Gründung einer Aktiengesellschaft übergeben worden. Nach der Gründung der Immobilien AG Nord erhielt dieser den Schuldbrief ohne Gegenleistung von Müller zurück und behielt ihn in seinem Besitz. Die Immobilien AG Nord, die in den folgenden Monaten keine Geschäfte tätigte, wurde tatsächlich von Müller geleitet, indem dieser den einzigen Verwaltungsrat Wäfler als Strohmann benutzte. Der letztere fragte im Herbst 1966 Müller an, ob die genannte Gesellschaft an Maurer verkauft werden könnte, womit sich jener einverstanden erklärte. Am 7. Oktober 1966 setzte Müller den Kaufvertrag auf und unterzeichnete ihn namens der Biwara AG als Verkäuferin und diese als "Fiduziarin Dritter". Gegenstand des Vertrages waren die 50 Inhaberaktien der Immobilien AG Nord, und als Kaufpreis wurde die Summe von Fr. 52'200.– verbrieft, während Maurer in Wirklichkeit nur Fr. 2'200.– zu bezahlen hatte. Am 8. Juni 1967 wurde über die Immobilien AG Nord, auf deren Namen Maurer bereits am 5. Oktober 1966 eine stark belastete Liegenschaft erworben hatte, der Konkurs eröffnet.

B.- Am 15. Mai 1970 verurteilte das Bezirksgericht Zürich Müller wegen Urkundenfälschung und betrügerischen Konkurses zu sechs Monaten Zuchthaus als Zusatz zu der vom Obergericht des Kantons Zürich am 17. November 1967 ausgefällten Zuchthausstrafe. Auf Berufung des Verurteilten hin sprach das Obergericht des Kantons Zürich diesen von der Anklage des betrügerischen Konkurses frei; dagegen verurteilte es Müller wegen Urkundenfälschung und ungetreuer Geschäftsführung zu einer Zusatzstrafe von fünf Monaten Zuchthaus.

C.- Müller führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, d-as Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zur Freisprechung zurückzuweisen.

BGE 97 IV 10 S. 12

Erwägungen

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Das Obergericht hat Müller der ungetreuen Geschäftsführung schuldig gesprochen mit der Begründung, er habe als einziger Handlungsfähiger und tatsächlicher Geschäftsführer der Immobilien AG Nord seine Pflicht, für den Bestand des Gesellschaftsvermögens zu sorgen und die juristische Person am Leben zu erhalten, verletzt; er habe nämlich nach der Gründung der AG den Schuldbrief, der das einzige Vermögen der Gesellschaft

gewesen sei, ohne Gegenleistung an Auf der Maur herausgegeben und damit die Gesellschaft ausgehöhlt und geschädigt.
Dem hält Müller entgegen, es bestehe keine Gesetzesvorschrift, wonach die Organe der Aktiengesellschaft für die Erhaltung des Grundkapitals zu sorgen hätten. Die unzähligen Fälle stiller Liquidation und des Handels mit Aktienmänteln, die unbeanstandet blieben, zeigten das Gegenteil. Das Gesetz befasse sich nur mit der Anzeigepflicht bei Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 725 OR). Im übrigen sei als ungetreuer Geschäftsführer nur strafbar, wer den Eigentümer wissentlich und willentlich am Vermögen schädige (BGE 81 IV 279). Nach seiner Meinung sei jedoch Auf der Maur Eigentümer sowohl des Schuldbriefes als über diesen auch der Immobilien AG Nord gewesen, da diese für ihn gegründet worden sei. Landläufig gelte denn auch als Eigentümer einer Aktiengesellschaft der Inhaber sämtlichen Aktien. Nach allem sei nicht einzusehen, wer geschädigt worden sei. Die Immobilien AG Nord habe bis zu ihrem Verkauf keine Geschäfte getätigt und habe somit keine Gläubiger gehabt. Der eigentliche Inhaber der Gesellschaft, Auf der Maur, aber habe das aufgewendete Geld erhalten und der Käufer Maurer eine Aktiengesellschaft, "wie er sie kannte und wollte". Diese Art Liquidation sei in der Praxis verbreitet und werde den Art. 744 und 745 OR gerecht: Der Gläubigerschutz entfalle, und der Aktionär erhalte sein Gut ungeschmälert zurück. Er, Müller, habe somit weder eine Fürsorgepflicht verletzt noch jemanden am Vermögen geschädigt, zumal nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes keinen Schadenersatzanspruch erlange, wer, ohne durch Irrtum, Täuschung oder Furcht beeinflusst zu sein, einer Handlung zustimme, deren Auswirkung auf sein Vermögen ihm in jeder Beziehung bekannt sei (volenti non fit iniuria).

2. Nach Art. 159 StGB macht sich der ungetreuen Geschäftsführung schuldig, wer jemanden am Vermögen schädigt, für das er infolge einer gesetzlichen oder einer vertraglich übernommenen Pflicht sorgen soll. Als Geschäftsführer im Sinne dieser Bestimmung gilt nicht nur, wer Rechtsgeschäfte nach aussen abzuschliessen hat, sondern auch, wer entsprechend seiner Fürsorgepflicht im Innenverhältnis für fremde Vermögensinteressen sorgen soll, insbesondere wer darüber in leitender Stellung verfügt (BGE 81 IV 278). Diese Umschreibung trifft auf die Verwaltung der Aktiengesellschaft zu, handelt es sich dabei doch um das Gesellschaftsorgan, dem unter Vorbehalt einer Kompetenzdelegation an Dritte von Gesetzes wegen als wesentliche Aufgabe die auf Erreichung des Gesellschaftszweckes gerichtete tatsächliche Führung der internen Geschäfte und die Vertretung der Gesellschaft nach aussen obliegen (Art. 717 OR; BÜRGI, N. 2 und 7 zu Art. 717 OR; SCHULTHESS, Funktionen der Verwaltung einer AG, Diss. Zürich 1967, S. 70/71). In diesem Rahmen hat die Verwaltung - entgegen der Auffassung von Müller - auch für die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens, mindestens im Umfang des statutarischen Grundkapitals zu sorgen. Das ist zwar nicht ausdrücklich vorgeschrieben, folgt aber aus der Natur der AG, die als Kapitalgesellschaft hinsichtlich Entstehung und Fortbestand vom Vorhandensein eines vorausbestimmten Grundkapitals abhängt. So ist dieses nach Massgabe der gesetzlichen Vorschriften bei der Errichtung der Gesellschaft einzuzahlen oder durch Sacheinlagen zu decken (Art. 620, 628, 633 OR). Sodann hat die Gesellschaft auf eine unversehrte Erhaltung des Grundkapitals hinzuwirken (SIEGWART, N. 2 der Einleitung zum 26. Titel des OR, sowie N. 5 zu Art. 620 OR; GUHL, Das schweizerische OR, 5. Auflage, S. 492; VON STEIGER, Das Recht der AG in der Schweiz, 4. Auflage, S. 97, 98 und 303). Deshalb sind nicht nur Kapitalrückzahlungen an die Aktionäre untersagt (BGE 87 II 181 E. 9 b), sondern es dürfen auch keine Dividenden, Gewinnanteile und dergleichen ausgeschüttet werden, wenn das Grundkapital unter die statutarisch festgelegte Höhe abgesunken ist (Art. 675 Abs. 2, 677 und 678 OR). Ergibt sich aus der Bilanz, dass die Hälfte des Grundkapitals nicht mehr gedeckt ist, so stellt sich die Frage des Weiterbestandes der Aktiengesellschaft (VON STEIGER, a.a.O., S. 250), und es hat die Verwaltung unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen

(Art. 725 Abs. 1 OR), damit die notwendigen Massnahmen zur Sicherung des noch vorhandenen Vermögens und zur Verbesserung der Lage ergriffen werden können (BÜRGI, N. 2 zu Art. 725 OR). Übersteigen die Passiven die Aktiven, muss der Richter benachrichtigt werden (Art. 725 Abs. 3 OR). Und schliesslich stellt eine Aktiengesellschaft, die vermögensmässig bis auf den Aktienmantel ausgehöhlt ist, überhaupt keine juristische Person mehr dar und ist im Handelsregister zu löschen (SIEGWART, N. 31 der Einleitung). Dass der Grundsatz des festen und beständigen Grundkapitals (BGE 65 I 147; BÜRGI, N. 30 und 34 zu Art. 680; VON STEIGER, a.a.O., S. 303), wie er in den genannten Vorschriften Ausdruck gefunden hat, auch die Gesellschaftsorgane verpflichtet und diese sich in ihrer Tätigkeit vom Kapitalschutzgedanken (vgl. BGE 87 II 181 unten) leiten lassen müssen, versteht sich von selbst. Die Gesellschaft lebt und wirkt durch ihre Organe, und diese sind eingesetzt, um den Gesellschaftszweck zu erreichen. Das aber ist nur möglich, wenn der Bestand der Gesellschaft selber gesichert ist. Da dieser jedoch entscheidend vom Bestand oder Verlust des Grundkapitals abhängt, obliegt der Verwaltung als dem geschäftsführenden Organ der Aktiengesellschaft auch die Fürsorge für die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens, und zwar mindestens im Umfang des statutarischen Grundkapitals. Derselbe Schluss ergibt sich aus der im Gesetz verankerten allgemeinen Treuepflicht der Verwaltung (Art. 722 OR), die eine strenge Wahrung der Gesellschaftsinteressen verlangt (BÜRGI, N. 8 zu Art. 722 OR; SCHULTHESS a.a.O., S. 53) und damit jede gesetz- oder statutenwidrige Schwächung des in der Höhe der Grundkapitalziffer gebundenen Gesellschaftsvermögens durch das Verwaltungsorgan verbietet (SIEGWART, N. 6 zu Art. 620 OR). Die Verwaltung, welche eine bei der Gründung der Gesellschaft eingebrachte und deren einzigen Vermögenswert darstellende Sacheinlage einem Dritten ohne entsprechende Gegenleistung herausgibt und solcherweise die Aktiengesellschaft aushöhlt, verletzt daher die genannte Pflicht zur Erhaltung des ihrer Sorge unterstellten Vermögens. Diese im zivilrechtlichen Bereich für die statutarische Verwaltung gültigen Grundsätze finden im Rahmen von Art. 159 StGB gleicherweise Anwendung auch auf all jene Personen, welche die Gesellschaft tatsächlich leiten, indem sie die Mitglieder des Verwaltungsrates, die Direktoren oder die Bevollmächtigten als Strohmänner benützen (BGE 81 IV 278,BGE 78 IV 30).

3. Im vorliegenden Fall war nach den Gesellschaftsstatuten die Geschäftsführung ausdrücklich der Verwaltung übertragen. Das ergibt sich aus § 14 der genannten Statuten, wonach die Verwaltung die geschäftsführende Behörde der Gesellschaft ist, die den gesamten Geschäftsverkehr überwacht und zur Vornahme aller Rechts- und Verwaltungsgeschäfte, welche nicht der Generalversammlung vorbehalten sind, berechtigt und verpflichtet ist, wobei ihr insbesondere die Durchführung aller zur Erreichung des Geschäftszweckes erforderlichen Handlungen obliegt. Wie ferner das Obergericht unter Verweisung auf die Erwägungen der ersten Instanz feststellt, hat Müller die Verantwortung für die Immobilien AG Nord getragen. Dieser sei es nämlich gewesen, der das einzige Kapital der Aktiengesellschaft, den Schuldbrief, bei Auf der Maur beschafft und in die Gesellschaft eingebracht habe. Er habe überdies die Buchführung besorgt und sämtliche Unterlagen der Gesellschaft aufbewahrt. Auch habe er treuhänderisch über den Schuldbrief des Auf der Maur, den Wäfler nicht einmal gekannt habe, verfügt und ihn dem Erstgenannten zurückgegeben, ohne den Verwaltungsrat Wäfler zu benachrichtigen oder gar seine Zustimmung einzuholen. Tatsächlich sei er der einzige Verfügungsberechtigte der AG gewesen und Wäfler habe bloss als Strohmann gedient. Stand demnach Müller die selbständige Verfügung über jenes Vermögen der Immobilien AG Nord zu (vgl. BGE 95 IV 66), so unterliegt es keinem Zweifel, dass er für die Erhaltung dieses Vermögens sorgen musste und es durch keine den Gesellschaftsinteressen zuwiderlaufenden Handlungen schwächen durfte. Die Herausnahme des Schuldbriefes aus der AG und seine unentgeltliche Überlassung zu unbeschränktem Eigentum an Auf der Maur fallen daher dem Beschwerdeführer als Verletzung jener Pflicht zur Last, die ihm als dem tatsächlich die Geschäftsführung innehabenden Organ der Aktiengesellschaft obgelegen hatte.

4. Demgegenüber kann nicht unter Berufung auf den Grundsatz "volenti non fit iniuria" geltend gemacht werden, es sei niemand geschädigt worden; Auf der Maur sei der wirkliche Eigentümer der AG gewesen und habe als Aktionär sein Gut ungeschmälert zurückerhalten, während der Käufer Maurer einen blossen Aktienmantel

habe erwerben wollen. Einmal stellt das Obergericht verbindlich fest, dass Auf der Maur von Müller über die Immobilien AG Nord nicht unterrichtet worden war, dass er keine Aktien besessen hat und nicht Organ der Gesellschaft

gewesen ist. Auf der Maur war auch nicht Aktionär der Biwara AG, noch war Müller Alleinaktionär dieser Gesellschaft. Er besass bloss die Hälfte der 100 Aktien. Des weitern übersieht Müller, dass ausser ihm und der von ihm vertretenen Biwara AG als "Fiduziarin Dritter" auch der Verwaltungsrat Wäfler eine Aktie besessen hatte, dieser jedoch nach dem angefochtenen Urteil von der Herausnahme des Schuldbriefes durch Müller nichts gewusst hat und somit auch seine Zustimmung dazu nicht hat geben können. Sodann verkennt die Beschwerde, 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 des Art. 159 StGB ist. Dieser strafrechtliche Schutz des Gesellschaftsvermögens besteht wie der von der Zivilrechtsordnung gewollte Kapitalschutz ausser im Interesse der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger auch in demjenigen der Gesellschaft selber. Wie bereits dargetan, sind Errichtung und Fortbestand der AG aufs engste mit dem Vorhandensein des gebundenen Gesellschaftsvermögens verknüpft, und es dient dieses zudem deren Zweckverfolgung und Kreditwürdigkeit (vgl. SIEGWART, N. 2 der Einleitung und N. 14 zu Art. 620 OR). Entsprechend wurde denn auch entschieden, dass sogar der Alleinaktionär einer Einmanngesellschaft (unter Vorbehalt von Ausnahmen, die sich für das Aussenverhältnis aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben) sich die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft entgegenhalten und eine widerrechtliche Verletzung des Gesellschaftsvermögens als Schädigung fremden Vermögens zurechnen lassen müsse (BGE 85 IV 231). Dann aber ist ein solcher Vorwurf erst recht einem Gesellschaftsorgan gegenüber am Platze, das mit der Person des Alleinaktionärs nicht identisch ist oder die Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft mit verteiltem Aktienbesitz innehat und das in Verletzung seiner Treuepflicht das Gesellschaftskapital geschwächt oder gänzlich verschleudert hat. Ist demnach im vorliegenden Fall die Immobilien AG Nord selber durch die Herausgabe des Schuldbriefs an Auf der Maur geschädigt worden, so ist entgegen der Meinung des Beschwerdeführers auch ohne Belang, dass diese Gesellschaft keine weiteren Geschäfte getätigt und deshalb keine Gläubiger gehabt hat. Eine Schädigung allfälliger Gesellschaftsgläubiger wäre

nach Art. 159 StGB ohnehin unerheblich, weil Müller nicht deren Vermögen, sondern dasjenige der Aktiengesellschaft zur Fürsorge anvertraut war.

5. Schliesslich kann der Beschwerdeführer auch daraus nichts für sich ableiten, dass die sogenannte stille Liquidation einer Aktiengesellschaft und der Handel mit Aktienmänteln in der Praxis häufig unbeanstandet bleiben. Damit ist die Rechtmässigkeit solcher Handlungsweisen nicht belegt. Ein nicht gelöschter, völlig inhaltloser Aktienmantel kann zu Täuschungen Anlass geben, und seine Verwertung stellt denn auch eine klare Umgehung der Vorschriften über die Auflösung der Aktiengesellschaft dar (SIEGWART, N. 45 der Einleitung). Dass es in der Praxis zumeist nicht zu Beanstandungen kommt, ist darauf zurückzuführen, dass die Handelsregisterführer von dem oft schwer erkennbaren Sachverhalt keine Kenntnis haben bzw. eine nachträgliche Aktivierung oder Reaktivierung des Mantels, die sich als nicht verwerflich herausstellt, ein Eingreifen der Behörde als nicht mehr geboten erscheinen lässt (SIEGWART, a.a.O., N. 33, 35, 40 und 55). Im vorliegenden Falle geht es

indes nicht um die Zulässigkeit der Mantelverwertung, sondern darum, ob die Handlungen Müllers als des geschäftsführenden Organs der Immobilien AG Nord, durch welche diese Gesellschaft völlig ausgehöhlt wurde, pflichtwidrig waren oder nicht. Das aber ist eine Frage, welche das Innenverhältnis zwischen Verwaltung und Gesellschaft, mit andern Worten, die Verantwortlichkeit der ersteren aus getreuer Geschäftsführung gegenüber der Aktiengesellschaft betrifft. Unter diesem Gesichtspunkt jedoch kann kein Zweifel darüber bestehen, dass Müller seine Pflicht zur Fürsorge für das Gesellschaftsvermögen verletzt und damit die Immobilien AG Nord als selbständige Vermögensträgerin im Sinne von Art. 159 StGB geschädigt hat. Er wurde daher zu Recht wegen ungetreuer Geschäftsführung verurteilt.

Dispositiv

Demnach erkennt der Kassationshof:
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.