

SK-Nr. 2006 500

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Bratschi (Präsidentin i.V.), Oberrichter Rätz und Oberrichter Cavin sowie Kammerschreiber Wilhelm

vom 23. Oktober 2009

in der Strafsache gegen

A.

vertreten durch Fürsprecher X.

Angeschuldigter/Appellant

B. AG in Liquidation

vertreten durch Konkursamt Bern-Mittelland

Privatklägerin

wegen Veruntreuung, Urkundenfälschung

Regeste:

Erhält das Organ einer Aktiengesellschaft einen Check mit der Verpflichtung ausgehändigt, diesen resp. nach Einlösung desselben das Geld der Aktiengesellschaft abzuliefern, hat es alleinige Verfügungsmacht und die Forderung bzw. der Check gilt als anvertraut. Fremdheit der Forderung bejaht, da die B. AG keine Einmannaktiengesellschaft war und aus BGE 117 IV 259 E. 3b für den Tatbestand der Veruntreuung nichts abgeleitet werden kann (E. 4).

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Vorinstanz sprach den Angeschuldigten der Veruntreuung und Urkundenfälschung schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten dreimonatigen Gefängnisstrafe. Dagegen erklärte der Angeschuldigte die Appellation. Die Kammer bestätigte das erstinstanzliche Urteil.

Auszug aus den Erwägungen:

[...]

III. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

[...]

B. Veruntreuung

1. Allgemeines zur Veruntreuung

Gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB macht sich strafbar, wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet (Delikt gegen den Vermögenswert). Die tatbestandsmässige Handlung besteht bei der Veruntreuung von Vermögenswerten in einem Verhalten, durch welches der Täter eindeutig seinen Willen bekundet, den obligatorischen Anspruch des Treugebers zu vereiteln (BGE 133 IV 21 E. 6.1.1; 121 IV 23 E. 1c mit Hinweisen). Mit dieser Form der Veruntreuung wurde ein Auffangtatbestand zur so genannten Gutsveruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB geschaffen, wonach sich strafbar macht, wer sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache in Bereicherungsabsicht aneignet. Die Tatbestandsvariante von Abs. 2 soll diejenigen Fälle erfassen, die Abs. 1 strukturell gleichwertig sind, bei denen jedoch aus zivilrechtlichen Gründen die Fremdheit der Sache nicht gegeben oder zweifelhaft ist. Forderungen gelten als Vermögenswerte im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (MARCEL A. NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Basler Kommentar StGB Bd. II, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 138 StGB N. 25 und N. 29).

Als anvertraut gilt, was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse des Treugebers zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder einem anderen abzuliefern. Eine solche Verpflichtung kann auf ausdrücklicher oder stillschweigender Abmachung beruhen. Das Anvertrautsein von Vermögenswerten setzt dabei voraus, dass der Treuhänder ohne Mitwirkung des Treugebers über diese verfügen kann, ihm mithin Zugriff auf das fremde Vermögen eingeräumt worden ist. Daneben ist erforderlich, dass das Empfangene dem Treuhänder wirtschaftlich fremd ist. Dies ist der Fall, wenn der Treuhänder verpflichtet ist, dem Treugeber dessen Wert ständig zu erhalten (vgl. zum Ganzen BGE 133 IV 21 E. 6.2 mit weiteren Hinweisen).

Als Tathandlung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB gilt jedes Verhalten des Täters, durch welches er eindeutig seinen Willen bekundet, den obligatorischen Anspruch des Treugebers zu vereiteln. Die Gefährdung der Verwirklichung des obligatorischen Anspruchs des Treugebers bedeutet für diesen einen Vermögensschaden.

Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz und ein Handeln in unrechtmässiger Bereicherungsabsicht. Nach der Rechtsprechung bereichert sich bei der Veruntreuung von

Vermögenswerten unrechtmässig, wer die Vermögenswerte, die er dem Berechtigten jederzeit zur Verfügung zu halten hat, in seinem Nutzen verwendet, ohne fähig und gewillt zu sein, sie jederzeit sofort zu ersetzen (BGE 133 IV 21 E. 6.1.2; 118 IV 27 E. 3a und 32 E. 2a).

2. Erwägungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz führt aus, die S. AG habe der B. AG Rechnung in der Höhe von CHF 48'175.20 gestellt. Der Angeschuldigte habe als Geschäftsführer der S. AG und Verwaltungsratspräsident der B. AG von der E. AG einen Scheck in dieser Höhe erhalten. Dieser Betrag sei der Werklohn für die Arbeiten der B. AG und der S. AG gewesen und hätte diesen beiden Aktiengesellschaften je anteilmässig abgeliefert werden müssen.

Der Angeschuldigte habe den Scheck eingelöst. Die Herren C. selig und A. hätten gemeinsam und damit formell rechtsgültig entschieden, dass sie die anteiligen Beträge nicht den Gesellschaften zuführen, sondern schwarz einkassieren würden, mithin das Geld privat beziehen würden. Damit hätten sie den obligatorischen Anspruch der Aktiengesellschaften auf den Werklohn vereitelt. Damit sei offensichtlich die Absicht verbunden gewesen, sich und Herrn C. selig ungerechtfertigt zu bereichern. Selbst wenn zu Gunsten des Angeschuldigten davon ausgegangen würde, dass er sich zusammen mit Herrn C. selig als Eigentümer der B. AG gefühlt habe, so sei ihm entgegenzuhalten, dass der Verwaltungsrat der B. AG am 6. Mai 1997, nämlich zum Zeitpunkt der Einlösung des Schecks, und erst seit einem Monat aus den Herren A., C. sel., H. und J. sowie Frau K. bestanden habe und Mitglieder des Verwaltungsrates bekanntlich Aktionäre sein müssten (Art. 707 Abs. 1 aOR).

Damit sei der Tatbestand der Veruntreuung zum Nachteil der B. AG erfüllt. Offen bleibe der Deliktsbetrag. Der B. AG sei ein Schaden in der Höhe der anteilmässig geleisteten Arbeiten für die E. AG entstanden. Wie hoch dieser Anteil gewesen sei, habe nicht eruiert werden können. Auch könne aufgrund der hälftigen (schwarzen) Teilung zwischen den Herren C. selig und A. nicht zwingend davon ausgegangen werden, dass die beiden Aktiengesellschaften zu je 50 % Arbeiten ausgeführt hätten.

3. Vorbringen der Verteidigung

3.1 *Appellationsbegründung*

- a. Im relevanten Zeitpunkt - so die Verteidigung - sei der Appellant Verwaltungsratspräsident der B. AG und damit Organ dieser Firma gewesen. Die Frage, die sich im Zu-

sammenhang mit dem Schuldspruch wegen Veruntreuung stelle, sei die, ob das Organ einer Gesellschaft überhaupt eine Veruntreuung (am Vermögen der eigenen Gesellschaft) gemäss Art. 138 StGB begehen könne bzw. ob ihm das Vermögen der Gesellschaft – dazu habe ohne Zweifel auch die Forderung gegenüber der E. AG gehört – im rechtlichen Sinne anvertraut sei.

- b. DONATSCH führe in der ZStrR 114/1996, S. 219 f., aus, es mute doch eher seltsam an, davon auszugehen, dem Geschäftsführer einer Firma seien deren Aktiven und Passiven gewissermassen einzeln anvertraut. Bei derartigen Konstellationen stehe im Vordergrund, dass diese Geschäftsführer mit den zum Geschäftsvermögen gehörenden Vermögenswerten eine wirtschaftliche Tätigkeit zu entfalten hätten, deren Ergebnis sich im Gewinn niederschlagen solle. Dadurch unterscheide sich ihre Tätigkeit von derjenigen des Treuhänders, der in erster Linie gehalten sei, ihm anvertraute Vermögenswerte in ihrem Bestand zu erhalten bzw. technisch zu verwalten. Somit sollte pflichtwidriges Verhalten des Geschäftsführers einer Handelsgesellschaft bei Ausübung der Geschäftstätigkeit gemäss DONATSCH nicht unter den Tatbestand der Veruntreuung, sondern ausschliesslich unter denjenigen der ungetreuen Geschäftsbesorgung fallen.

Auch in ZStR 120/2002, S. 25, vertrete DONATSCH die Auffassung, es sei davon auszugehen, das Geschäftsvermögen von Handelsgesellschaften generell nicht in der für Art. 138 StGB typischen Weise deren Organen anvertraut sei. Es stehe nämlich nicht die Erhaltung anvertrauter Vermögenswerte in ihrem Bestand bzw. ihre technische Verwaltung im Vordergrund, sondern eine auf Gewinn abzielende wirtschaftliche Tätigkeit, bei der die Zusammensetzung des Vermögens laufend wechseln könne und bei der die Art des jeweiligen Vermögensbestandteiles kaum eine Rolle spiele.

Mit dieser Meinung vertrete DONATSCH zwar nicht die herrschende Lehre, allerdings weise er aus hiesiger Sicht zu Recht darauf hin, dass das Bundesgericht die durch die herrschende Lehre vertretene Regelung keineswegs konsequent verwirkliche (ZStR 120/2002, S. 23, Fn 71). Es könne dazu beispielhaft auf BGE 117 IV 259 ff. verwiesen werden: Es könne unter dem Licht der Bestimmung nach Art. 138 StGB ja wohl keinen Unterschied ausmachen, ob ein zugänglich gemachter Rechnungsbetrag zunächst verbucht und sodann als ungerechtfertigte Spesen wieder bezogen werde, oder ob der zugänglich gemachte Rechnungsbetrag direkt und an der Buchhaltung vorbei entgegengenommen werde. Im zitierten Entscheid sei jedoch eine Veruntreuung offensichtlich und in Übereinstimmung der Lehrmeinung DONATSCH nicht zur Debatte gestanden (Appellationsbegründung S. 5 f. = pag. 575 ff.).

3.2 Oberinstanzliche Verhandlung

- a. Anlässlich der oberinstanzlichen Verhandlung führte die Verteidigung ergänzend aus, der Verwaltungsrat der B. AG habe zwar aus mehreren Mitgliedern bestanden, die alle von Gesetzes wegen Aktionär gewesen seien. Dies heisse jedoch nicht, dass alle Aktionäre tatsächlich wirtschaftlich beteiligt gewesen seien. Vorliegend sei davon auszugehen, dass nicht alle Aktionäre wirtschaftlich beteiligt gewesen seien, jedenfalls sei dies nicht nachweisbar.
- b. Davon ausgehend, dass nur A. und C. sel. wirtschaftlich beteiligt gewesen seien, sei es nicht abwegig, wenn sie das Geld nicht als fremd betrachtet hätten. Die Verteidigung verweist in diesem Zusammenhang auf BGE 117 IV 259 Erw. 3b, bei welchem es einerseits um einen Alleinaktionär und andererseits um den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gehe. Nach Auffassung der Verteidigung soll es sich jedoch auch dann nicht um fremdes Geld handeln, wenn es sich um eine Zweimanngesellschaft handle und der Tatbestand der Veruntreuung zur Diskussion stehe, sofern sich die beiden Aktionäre einig seien.
- c. Weiter stelle sich die Frage, ob A. nicht aufgrund des Geschäftsganges berechtigt gewesen sei, sich einen Bonus auszahlen zu lassen. Die Umgehung der Buchhaltung sei einzig fiskalisch motiviert gewesen, weshalb nicht von einer Veruntreuung gesprochen werden könne.

4. Erwägungen der Kammer

- a. Die Verteidigung bestreitet, dass die Forderung der B. AG gegenüber der E. AG dem Angeschuldigten anvertraut gewesen sei. In der Appellationsbegründung wurde die Frage aufgeworfen, ob ein Organ einer Handelsgesellschaft überhaupt eine Veruntreuung begehen kann. Die Verteidigung verneint dies mit Hinweis auf die Lehrmeinung DONATSCH, wonach nicht davon auszugehen sei, dass dem Geschäftsführer die Aktiven und Passiven der Firma anvertraut seien.

A. hat die Forderung gegenüber der E. AG bzw. den Check mit der Verpflichtung empfangen, diesen Vermögenswert im Interesse der B. AG zu verwenden. Die Aktiengesellschaft hat als juristische Person begriffsnotwendig keine Verfügungsmacht über das Vermögen, da sie alleine über ihre Organe bzw. Vertreter handeln kann. STRATENWERTH weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass ein Konto (bzw. das Vermögen) als anvertraut erscheine, wenn der Inhaber des Kontos, wie bei juristischen Personen oder Unmündigen, allein durch einen Vertreter handeln könne (STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, BT I, § 13 N. 57). Davon aus-

gehend hatte der Angeschuldigte als natürliche Person die alleinige Verfügungsmacht über die Forderung bzw. den Check, den er von der E. AG ausgehändigt erhielt. A. hat den Check mit der Verpflichtung empfangen, ihn resp. nach Einlösung desselben das Geld, das der B. AG zugestanden hätte, abzuliefern. Die Forderung bzw. der Check wurde folglich dem Angeschuldigten anvertraut im Sinne der vorerwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

Die Kammer vertritt die Auffassung, dass die empfangene Forderung bzw. der Check für A. wirtschaftlich fremd war. Es ist zwar zutreffend, dass Organe als Teil der Gesellschaft für diese handeln (vgl. BSK NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N. 34b). Zu berücksichtigen ist jedoch, dass es sich bei den Organen einer Handelsgesellschaft faktisch nicht um einen gänzlich vereinnahmten Teil der Gesellschaft handelt, sondern dass diese Funktionen von natürlichen Personen wahrgenommen werden. Insofern ist in der Organstellung eine Schnittstelle zwischen der juristischen Person einerseits und der natürlichen Person andererseits zu sehen. Gemäss NIGGLI/RIEDO (BSK Art. 138 N. 45) kann nicht Objekt einer Veruntreuung sein, was der Täter nicht für einen andern, sondern für sich selbst empfängt. Nicht für sich selbst, sondern für einen Dritten empfängt jedoch, wer als Zahlungs- oder Inkassogehilfe, als direkter oder indirekter Stellvertreter eines andern handelt, insbesondere als Organ einer juristischen Person oder als Fiduziar (6S.57/2003, E. 3.1, BGE 118 VI 214, Pra 1995, Nr. 51, 159). Vorliegend hat A. die Forderung bzw. den Check nicht für sich selbst, sondern für die B. AG, empfangen, so dass die Forderung gegenüber der E. AG bzw. der Check durchaus Gegenstand einer Veruntreuung sein kann. Es besteht folgerichtig kein Anlass, eine natürliche Person, welche Organstellung hat, anders zu behandeln als einen gewöhnlichen Arbeitnehmer, der etwa mit der Verwaltung einer Kasse betraut wurde. Wäre für Personen, welche Organstellung haben ausschliesslich der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung anwendbar, würde dies eine Qualifikation im Falle des berufsmässigen Handelns ausschliessen (Art. 138 Ziff. 2 StGB), was nicht das Ziel des Gesetzgebers gewesen sein kann. Dass das Bundesgericht im von der Verteidigung erwähnten BGE 117 IV 259 ff. zwar den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung prüfte, nicht aber den Tatbestand der Veruntreuung, bedeutet nicht - wie die Verteidigung mutmasst - dass sich die höchststrichterliche Rechtsprechung der Lehrmeinung DONATSCH (ansatzweise) anschliesst, sondern hat vorab formelle Gründe.

- b. Die Tathandlung besteht darin, dass A. den Check der E. AG einlöste und schwarz einkassierte, mithin das Geld privat bezog. Damit vereitelte er den obligatorischen Anspruch der B. AG auf den Werklohn im Umfang von CHF 31'773.80.

- c. In subjektiver Hinsicht bestreitet die Verteidigung, dass der Angeschuldigte die Forderung der E. AG als fremd betrachtet habe. Der Angeschuldigte habe sich als Eigentümer der B. AG verstanden, zumal neben ihm nur C. sel. wirtschaftlich an der Gesellschaft beteiligt gewesen sei. Dieser Argumentation kann die Kammer jedoch nicht folgen. In Tat und Wahrheit bestand der Verwaltungsrat zum fraglichen Zeitpunkt aus vier Mitgliedern, die zwingend Aktionäre sein mussten (Art. 707 Abs. 1 aOR). Die Aktie ist per definitionem eine Teilsumme des Grundkapitals (vgl. Art. 620 OR; GUHL/DRUEY, 9. Auflage, § 26), so dass jeder Aktionär wirtschaftlich beteiligt sein muss, sei die Beteiligung noch so klein. Damit korreliert die Einzahlungspflicht des Aktionärs einerseits (Art. 680 ff. OR) und die Vermögensrechte (insbesondere das Recht auf Dividende, Art. 660 OR) andererseits.

Aus rechtlicher Sicht handelt es sich beim Angeschuldigten und bei der B. AG um zwei voneinander unabhängige Personen. Nimmt folglich der Angeschuldigte als natürliche Person einen Check zur Begleichung einer Forderung der B. AG entgegen, so handelt es sich um eine fremde Sache. Die Verschiedenheit der Rechtssubjekte und damit die Fremdheit des Vermögens des einen Rechtssubjekts für das andere ist auch im Strafrecht grundsätzlich beachtlich. A. ist Geschäftsmann und kann sehr wohl natürliche Personen und juristische Personen unterscheiden. Mit der Gründung einer AG soll u.a. gerade die Trennung von privatem und geschäftlichem Vermögen erreicht bzw. die Haftung auf das Einlagekapital beschränkt werden. Er musste sich folglich auch darüber im Klaren sein, dass er nicht berechtigt war, sich eigenmächtig und an der Buchhaltung vorbei einen Bonus auszahlen zu lassen. Ersatzbereitschaft war nicht vorhanden, zumal A. gemäss eigenen Angaben das Geld gut gebrauchen konnte (pag. 449 Z. 24).

- d. Der hier zu beurteilende Sachverhalt unterscheidet sich ganz wesentlich von jenem, welchen das Bundesgericht in vorerwähntem BGE 117 IV 259 zu beurteilen hatte. Einmal handelte es sich bei der B. AG nicht um eine Einmannaktiengesellschaft, an welcher nur der Angeschuldigte selbst wirtschaftlich beteiligt war. Zudem ist vorliegend der Tatbestand der Veruntreuung zu prüfen und nicht jener der ungetreuen Geschäftsbesorgung. Bei der Veruntreuung handelt es sich um ein Aneignungsdelikt, bei welchem das Vermögen als geschütztes Rechtsgut im Vordergrund steht (BSK NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N. 7). Bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung wird zwar ebenfalls das fremde Vermögen geschützt, das Gewicht liegt jedoch stärker auf der Verletzung einer Treuepflicht („Treuebruchtatbestand“) bzw. dem Missbrauch einer Ermächtigung („Missbrauchstatbestand“). Insofern erscheint es nachvollziehbar, dass das Bundesgericht im erwähnten Entscheid davon Abstand nahm, im Sinne einer streng zivilrechtlichen Betrachtungsweise dem Alleinaktionär die Selbständigkeit

der Einmannaktiengesellschaft entgegen zu halten, sondern vielmehr darauf abstellte, ob die Schädigung der Einmannaktiengesellschaft durch den sie beherrschenden einzigen Verwaltungsrat und Alleinaktionär gegen gesetzliche Pflichten betreffend die Sorge um das Vermögen der AG verstösst und damit im Sinne von Art. 159 aStGB tatbestandsmässig ist (BGE 117 IV 259 Erw. 3b). Für den Tatbestand der Veruntreuung kann daraus jedoch nichts abgeleitet werden.

- e. Nach dem Gesagten hat A. mit seinem Verhalten sowohl den objektiven als auch den subjektiven Tatbestand der Veruntreuung erfüllt. Rechtfertigungs- und/oder Schuldausschlussgründe liegen keine vor. Der Schuldspruch wegen Veruntreuung, begangen im Mai 1997 in U. oder V. zum Nachteil der B. AG, Deliktsbetrag von CHF 31'773.80, ist demnach zu bestätigen.

[...]