Urteilskopf

105 IV 172

47. Urteil des Kassationshofes vom 31. Juli 1979 i.S. W. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau (Nichtigkeitsbeschwerde)

Regeste (de):

Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Mitglieds des Verwaltungsrates einer AG für strafbare Handlungen Dritter im Geschäftsbetrieb.

Einem Verwaltungsratsmitglied kommt nicht schon Kraft seiner gesellschaftsrechtlichen Funktion Garantenstellung zu; entscheidend ist vielmehr seine tatsächliche Position im Unternehmen.

Der Garant ist als Vorsatztäter strafbar, wenn er die Tatbestandsverwirklichung erkennt oder als möglich voraussieht und sie dennoch nicht nach seinen Möglichkeiten in ihrer Wirkung aufhebt oder verhindert, weil er sie will oder zumindest in Kauf nimmt.

Regeste (fr):

Responsabilité pénale d'un membre du conseil d'administration d'une S.A. pour les actes commis dans l'administration de la société.

Le membre du conseil d'administration n'encourt pas une responsabilité pénale du seul fait de la fonction qu'il exerce en vertu des statuts; ce qui compte avant tout, c'est la place qu'il occupe en réalité dans l'entreprise.

L'auteur agit par dol éventuel lorsqu'il prévoit la réalisation de circonstances constitutives d'une infraction ou qu'il considère cette réalisation comme possible et qu'il ne fait pas ce qui est en son pouvoir pour en écarter, voire pour en atténuer les conséquences. En effet, on doit admettre dans ce cas qu'il veut ce résultat ou tout au moins qu'il s'en accommode.

Regesto (it):

Responsabilità penale di un membro del consiglio d'amministrazione di una società anonima per atti punibili commessi nell'esercizio dell'impresa.

Un membro del consiglio d'amministrazione non assume una responsabilità penale per il solo fatto della funzione che esercita in virtù dello statuto; determinante è la posizione che occupa effettivamente nell'impresa.

Il responsabile di una società è punibile per un reato intenzionale allorquando sia consapevole della realizzazione delle circostanze costitutive del reato o la preveda come possibile e non faccia ciò che è in suo potere per eliminarne od attenuarne le conseguenze. In tal caso egli vuole infatti questo risultato o quanto meno lo accetta.

Sachverhalt ab Seite 173

BGE 105 IV 172 S. 173

A.- a) W. ist einziges Verwaltungsratsmitglied der G. AG in Kreuzlingen. Weil das Warenangebot dieses Versandgeschäftes auch unzüchtige Schriften und Bilder umfasste, wurde gegen die Geschäftsführerin H. und gegen den Verwaltungsrat W. ein Strafverfahren eingeleitet. Am 2. Februar 1978 sprach das Obergericht des Kantons Thurgau die beiden Angeklagten der fortgesetzten unzüchtigen Veröffentlichung im Sinne von Art. 204 StGB schuldig und bestrafte W. mit einer Busse von Fr. 2'000.-, bedingt vorzeitig löschbar bei einer Probezeit von 2 Jahren. b) Dieses Urteil wurde, soweit es W. betraf, vom Bundesgericht in Gutheissung einer staatsrechtlichen Beschwerde am 25.

Oktober 1978 aufgehoben. Die staatsrechtliche Kammer für Beschwerden wegen Verletzung von Art. 4 BV kam zum Ergebnis, die Erwägung über die Beteiligung des W. am Delikt sei unklar; man könne die Ausführungen des Obergerichts dahin verstehen, dass W. als einziger Verwaltungsrat das Verkaufssortiment und den Inhalt der Kataloge hätte kennen müssen und dass er sich deswegen strafbar gemacht habe, auch wenn die tatsächliche Kenntnis der inkriminierten Publikationen nicht nachgewiesen sei. Die Urteilsbegründung lasse sich aber auch im Sinne der Annahme interpretieren, W. habe das Warensortiment tatsächlich gekannt; eine solche Feststellung würde jedoch gegen Art. 4 BV verstossen, da ein Beweis dafür fehle, dass W. Kenntnis vom Warensortiment gehabt habe. c) Das Obergericht des Kantons Thurgau gelangte in seinem neuen Entscheid vom 30. Januar 1979 wiederum zur Verurteilung des W. wegen fortgesetzter unzüchtiger Veröffentlichung. In den Erwägungen wird nun klargestellt, dass das Gericht W. nicht zur Last legt, "er habe positiv gewusst, dass speziell die im Urteil als unzüchtig erklärten Hefte durch Frau H. in Vertrieb gesetzt wurden". Der Schuldspruch wird auf die Aufsichtspflicht des W. als Verwaltungsrat gestützt und es wird ihm vorgeworfen, er habe durch Verletzung seiner Aufsichtspflicht die unzüchtigen Veröffentlichungen in Kauf genommen.

BGE 105 IV 172 S. 174

B.- Gegen dieses Urteil führt W. Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung. Obergericht und Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau haben sich mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde vernehmen lassen.
Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Obergericht betrachtet es nicht als erwiesen, dass der Beschwerdeführer vom Vertrieb der als unzüchtig erklärten Waren Kenntnis hatte. Es legt ihm aber Eventualvorsatz zur Last mit der Begründung, er habe seine Aufsichtspflicht als einziges Verwaltungsratsmitglied eines leicht überschaubaren Unternehmens verletzt und mit der Unterlassung der gebotenen Aufsicht über die Geschäftsführerin, welche bereits im Jahre 1975 wegen anderer im Versandhandel begangener Delikte bestraft worden war, die unzüchtigen Veröffentlichungen in Kauf genommen.
2. In ihrer Vernehmlassung macht die Vorinstanz geltend, ob Eventualvorsatz vorliege oder nicht, sei Tatfrage; ihre Feststellung, W. habe eventualvorsätzlich gehandelt, sei mithin für den Kassationshof verbindlich und könne mit Nichtigkeitsbeschwerde nicht angefochten werden. Im vorliegenden Fall ist jedoch die Annahme des Eventualvorsatzes nicht eine aus der Beweiswürdigung sich ergebende tatsächliche Feststellung über das effektive Wissen und Wollen des Beschwerdeführers, sondern eine rechtliche Überlegung, welche dazu dient, aus der Organstellung als Verwaltungsrat auf dessen strafrechtliche Verantwortung für Delikte im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit der juristischen Person zu schliessen. Der "festgestellte" Eventualvorsatz bezieht sich auch nicht darauf, dass der Beschwerdeführer in Kauf genommen hätte, sein Verhalten könnte einen entsprechenden tatbestandsmässigen Erfolg bewirken, sondern es wird ihm zur Last gelegt, er hätte durch gehörige Aufsicht die Deliktsbegehung einer Drittperson, der Geschäftsführerin, erkennen können und verhindern müssen. Bei dieser Argumentation handelt es sich somit nicht um blosse Feststellungen über Wissen und Wollen, sondern es geht um die Rechtsfrage der Garantenstellung eines Verwaltungsrates bei Delikten im Betrieb einer juristischen Person und um die Auslegung des bundesrechtlichen
BGE 105 IV 172 S. 175

Begriffs des Vorsatzes, insbesondere des Eventualvorsatzes. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher W. seine strafrechtliche Verantwortlichkeit für die unzüchtigen Veröffentlichungen durch seine Geschäftsführerin bestreitet, ist daher einzutreten.
3. Juristische Personen sind nicht deliktsfähig, sofern nicht ein Bundesgesetz (vgl. jetzt insbesondere Art. 7 VStrR) oder kantonales Recht die Deliktsfähigkeit ausdrücklich vorsehen (BGE 97 IV 203). Werden im Geschäftsbetrieb einer juristischen Person Straftaten verübt, so sind grundsätzlich die natürlichen Personen, welche handelten oder hätten handeln sollen, strafbar; denn nur natürliche Personen können sich im strafrechtlichen Sinne schuldhaft verhalten (SCHULTZ, AT, Bd. I, S. 108 f.). Wenn in Art. 172 und 326 StGB die Strafbarkeit verschiedener Organe (im weiteren strafrechtlichen Sinne, vgl. BGE 100 IV 42) für die von ihnen im Geschäftsbetrieb einer juristischen Person begangenen Betreibungsdelikte ausdrücklich geregelt ist, so bedeutet dies nicht, dass die handelnden Organe für andere im Geschäftsbetrieb begangene Delikte von vornherein nicht strafbar seien. Art. 172 und 326 StGB sind vielmehr erlassen worden, um die Organe juristischer Personen für die in diesen Bestimmungen aufgezählten Sonderdelikte bestrafen zu können, obschon nicht ihnen,

sondern lediglich der juristischen Person die Sondereigenschaft (etwa eines Schuldners) zukommt (BGE 100 IV 40 E. 2b, BGE 97 IV 203 f.). In Art. 172 und 326 StGB kommt aber auch deutlich zum Ausdruck, dass ein Organ, etwa der Verwaltungsrat, nicht allein kraft seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung bestraft wird, sondern dass nur jene Organe für Delikte im Geschäftsbetrieb einer juristischen Person strafbar sind, welche "diese Handlungen begangen haben" (Abs. 1), beziehungsweise jene, die "schuldig" sind (Abs. 2). Auch gemäss Art. 6 Abs. 1 VStrR finden bei Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben die Strafbestimmungen auf jene natürlichen Personen Anwendung, "welche die Tat verübt haben". Nach den allgemeinen Lehren des schweizerischen Schuldstrafrechts gibt es somit grundsätzlich keine von der konkreten Tatbeteiligung unabhängige strafrechtliche
BGE 105 IV 172 S. 176

Haftung der Organe einer juristischen Person für Delikte, welche in deren Betrieb von andern begangen werden. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid denn auch nicht direkt geltend gemacht, es bestehe eine Art formelle strafrechtliche Haftung des Verwaltungsrates, sondern sie leitete aus der Organstellung des Beschwerdeführers die Pflicht zur Überwachung des Warensortimentes bzw. der Handlungen der Geschäftsführerin ab und erblickte in der Unterlassung dieser pflichtgemässen Überwachung den Eventualvorsatz zum Vertrieb unzüchtiger Publikationen.
4. Soll die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers als sog. unechtes Unterlassungsdelikt (Nichtabwendung eines verpönten Erfolges) begründet werden - wie das die Vorinstanz in Anlehnung an BGE 96 IV 174 (Fall Bührle) tut - so setzt dies erstens eine Garantenstellung des W. inbezug auf das in Frage stehende Delikt und zweitens die schuldhafte, bei einem Vorsatzdelikt also zumindest eventualvorsätzliche Verletzung der Garantenpflicht voraus. a) Garant ist, wer gesetzlich oder vertraglich verpflichtet ist, die Verwirklichung eines Straftatbestandes zu verhindern oder in ihren Wirkungen aufzuheben. In BGE 96 IV 174 E. 4 hat das Bundesstrafgericht die Garantenpflicht des Angeklagten Dr. Bührle nicht schon, wie die Vorinstanz annimmt, aus der rechtlichen Funktion Bührles als einziger Komplementär der Kommanditgesellschaft und später als einziger Verwaltungsrat des in eine Aktiengesellschaft umgewandelten Unternehmens abgeleitet, sondern die Garantenstellung wurde entscheidend damit begründet, dass Bührle tatsächlich der oberste Leiter, das Haupt der Firma mit beherrschender Rolle und der nach aussen in Erscheinung tretende Inhaber war. Aus den Akten und den Feststellungen der Vorinstanz kann nicht gefolgert werden, dem Beschwerdeführer komme in der G. AG eine vergleichbare beherrschende Rolle zu. Er war zwar in der fraglichen Zeit einziger Verwaltungsrat und in seinem Treuhandbüro wurde die Buchhaltung der Aktiengesellschaft geführt. Dass er an diesem Unternehmen aus finanziellen oder persönlichen Gründen besonders interessiert gewesen wäre, lässt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen. Es fehlt jede Feststellung, die den Schluss erlauben würde, W. habe an der Planung und Durchführung der geschäftlichen Aktivität der G. AG über das bei einem externen, nicht in der Firma arbeitenden und nur mit wenigen Aktien beteiligten Verwaltungsrat übliche Mass hinaus Anteil genommen. Im Gegenteil hat sich W., was die Vorinstanz ihm gerade vorwirft, nur wenig
BGE 105 IV 172 S. 177

um das Unternehmen gekümmert. Die Bejahung der Garantenpflicht im vorliegenden Fall würde eine die im Falle Bührle angewandten Kriterien überschreitende, allgemein gefasste strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates für Delikte im Betrieb der juristischen Person voraussetzen. Zu einer solchen Ausdehnung der vom Bundesstrafgericht in BGE 96 IV 174 begründeten Rechtsprechung besteht hier kein Anlass. Abgesehen von den grundsätzlichen Einwänden, welche gegen die Konstruktion unechter Unterlassungsdelikte im Hinblick auf das Erfordernis der Bestimmtheit der Straftatbestände erhoben werden (vgl. STRATENWERTH, Strafrecht Allgem. Teil I, 2. Aufl., Köln etc., S. 272, Rdnr. 988; SCHULTZ, AT, Bd. I, S. 129), bestehen auch gewichtige spezielle Bedenken gegen eine allgemeine Garantenpflicht der Mitglieder des Verwaltungsrates hinsichtlich aller im Betrieb einer Aktiengesellschaft möglichen Straftaten. Für eine solche Garantenpflicht setzte sich Schmid ein (N. SCHMID, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsdelikte im Tätigkeitsbereich der Aktiengesellschaft, in der Zeitschrift "Schweizerische Aktiengesellschaft" 46/1974 S. 101 ff., insbes. S. 110 f.). Kritisch äusserten sich dazu SCHULTZ in seiner kurzen Besprechung des Bührle-Urteils (ZBJV 107/1971 S. 451 f.) und SCHUBARTH (Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherrn, ZStR 92/1976 S. 370 ff., insbes. S. 392 ff.) Zur Frage der kriminalpolitischen Notwendigkeit und der rechtsstaatlichen Zulässigkeit einer solchen Garantenpflicht braucht hier indessen nicht abschliessend Stellung genommen zu werden, da im vorliegenden Fall selbst bei Bejahung einer Garantenstellung die Strafbarkeit des Beschwerdeführers aus einem andern Grund nicht gegeben ist. b) Der Garant ist für deliktisches Verhalten Dritter als Täter strafrechtlich verantwortlich, wenn er die Garantenpflicht verletzt hat. Das ist bei einem Vorsatzdelikt wie der hier in Frage stehenden unzüchtigen Veröffentlichung dann der Fall, wenn der Garant die Verwirklichung eines Straftatbestandes durch einen Dritten erkennt oder voraussieht und

sie dennoch nicht nach seinen Möglichkeiten in ihren Wirkungen aufhebt oder verhindert, weil er sie will oder zumindest in Kauf nimmt. Die Frage, ob die Garantenpflicht verletzt sei, stellt sich bei einem Vorsatzdelikt somit erst, wenn feststeht, dass der Garant die Verwirklichung eines Straftatbestandes erkannte oder voraussah; denn nur erkanntes oder vorausgesehenes Verhalten
BGE 105 IV 172 S. 178

Dritter konnte er in seinen Wirkungen aufheben oder verhindern. Wenn in BGE 96 IV 175 oben gesagt wird, Bührle hätte für Abhilfe sorgen sollen, "als er erkennen konnte", dass die Leitung der Waffen-Verkaufsabteilung Vorschriften verletzte, so darf dieses "Erkennenkönnen" nicht im Sinne einer abstrakten Erkenntnismöglichkeit verstanden werden. Das Bundesstrafgericht hat Bührle denn auch richtigerweise nur für jene inkriminierten Handlungen verantwortlich gemacht, für welche es sein Mitwissen als bewiesen erachtete (BGE 96 IV 175 /176). Auch beim vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikt muss dem Garanten das konkrete tatbestandsmässige Wissen und Wollen nachgewiesen werden. Es wäre mit dem schweizerischen Schuldstrafrecht nicht vereinbar, den Vorsatz des Garanten zu vermuten oder gar zu fingieren. In der schweizerischen Gesetzgebung finden sich denn auch zahlreiche Bestimmungen, welche bei echten Unterlassungsdelikten die Kenntnis des Geschäftsherrn von den strafbaren Handlungen Dritter im Geschäftsbetrieb ausdrücklich verlangen (Art. 14 UWG, Art. 59 Abs. 2 ArbG, Art. 42 Abs. 2 GSchG u.a.m.; vgl. hiezu SCHUBARTH, a.a.O., S. 374 ff.). Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz nichts festgestellt, was belegen würde, dass der Beschwerdeführer von den als unzüchtig bezeichneten Waren im Sortiment der G. AG Kenntnis hatte. Die unbestrittene und dem Beschwerdeführer bekannte Tatsache, dass die Geschäftsführerin 1975 wegen anderer Verfehlungen im Versandhandel (Anpreisung von unerlaubten Abhörgeräten, unerlaubter Verkauf von Waffen) mit einer hohen Busse bestraft wurde, mag als Indiz dafür gewertet werden, dass Frau H. der Einhaltung gesetzlicher Schranken bei ihrer geschäftlichen Tätigkeit nicht immer die nötige Aufmerksamkeit schenkt. Damit ist aber auch nach Auffassung der Vorinstanz nicht bewiesen, dass der Beschwerdeführer die erneuten Verfehlungen seiner Geschäftsführerin erkannt oder vorausgesehen hat. Sah W. somit die Verwirklichung des Tatbestandes von Art. 204 StGB nicht voraus, konnte er sie auch nicht verhindern. Selbst wenn W. - in Ausdehnung der in BGE 96 IV 174 begründeten Rechtsprechung - als Garant qualifiziert würde, könnte er nicht wegen unzüchtiger Veröffentlichungen bestraft werden, da er die Garantenpflicht nicht verletzt hat.

BGE 105 IV 172 S. 179

c) Die Frage, ob der Beschwerdeführer infolge pflichtwidriger Unaufmerksamkeit die strafbaren Handlungen seiner Geschäftsführerin nicht vorausgesehen und nicht erkannt hat, braucht hier nicht beantwortet zu werden, da die fahrlässige unzüchtige Veröffentlichung kein gesetzlicher Straftatbestand ist und fahrlässiges Verhalten nicht zu einer Verurteilung wegen eines Vorsatzdeliktes führen kann. d) Auch eine weitgehende Anwendung der Konstruktion des unechten Unterlassungsdeliktes dürfte keinesfalls dazu führen, dass ein Verwaltungsrat generell für jedes Delikt selber als Täter strafrechtlich verantwortlich wäre, das er - retrospektiv beurteilt - durch geeignete Überwachung hätte voraussehen und verhindern können. Aus dem Wissen um die Vorstrafe der Geschäftsführerin lässt sich selbstverständlich nicht eine strafrechtlich abgesicherte Pflicht zur totalen Überwachung ableiten, mit der Folge, dass jedes durch Kontrolle voraussehbare und vermeidbare Delikt die Bestrafung des Garanten nach sich zöge. Jede Umschreibung der Garantenstellung muss im Erfordernis des Nachweises des subjektiven Tatbestandes eine klare, durch das Schuldprinzip gebotene Grenze finden (vgl. SCHUBARTH, a.a.O., S. 396). Daher ist der Beschwerdeführer freizusprechen, auch wenn man seine Garantenstellung grundsätzlich bejahen wollte.
Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 30. Januar 1979 aufgehoben, soweit es sich auf den Beschwerdeführer bezieht. Die Sache wird zur Freisprechung des Beschwerdeführers an die Vorinstanz zurückgewiesen.