

# **BGer 6P.96/1999 vom 1. Februar 2000**

Bundesgericht, 2000-02-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6P.96\\_1999](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6P.96_1999)

FR: TF 6P.96/1999 du 1 février 2000

IT: TF 6P.96/1999 del 1 febbraio 2000

## **Regeste**

Verfahren

## **Erwägungen**

### **E. 2**

a) Der Beschwerdeführer hat unstreitig das Forderungspaket "R." von der S. AG gekauft. Die Vorinstanz kommt in Würdigung der Beweise zu folgendem Ergebnis: Der Beschwerdeführer wusste beim Kauf, dass der wirtschaftlich Berechtigte an den Forderungen Y. war; dass sich Y. in einer desolaten finanziellen Lage befand; dass zwischen Leistung und Gegenleistung ein krasses Missverhältnis bestand; dass damit das Vermögenssubstrat der Gläubiger von Y. geschmälert würde. Die Vorinstanz nimmt an, der Beschwerdeführer sei zu bestrafen wegen betrügerischen Konkurses nach Art. 163a StGB. Der am 1. Januar 1995 in Kraft getretene Tatbestand der Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung nach Art. 164 nStGB sei nicht milder. b) Der Beschwerdeführer macht geltend, diese Auffassung verletze Bundesrecht. Zwar werde bei weiter Auslegung sein Verhalten allenfalls von Art. 163 aStGB erfasst. Nach Art. 164 nStGB sei das aber nicht mehr der Fall. Nach dieser neuen Bestimmung sei sein Verhalten straflos. Die Vorinstanz hätte Art. 164 nStGB als milderes Recht anwenden und ihn freisprechen müssen. Er beruft sich auf ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. Peter Albrecht (Basel) vom 11. Januar 1999, das im vorinstanzlichen Verfahren zu den Akten gegeben wurde. c) Am 1. Januar 1995 ist das neue Vermögensstrafrecht in Kraft getreten. Hat jemand ein Konkursdelikt vor diesem Datum verübt, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so sind die neuen Bestimmungen anzuwenden, wenn sie für den Täter milder sind ( Art. 2 Abs. 2 StGB ). Ob eine neue Bestimmung im Vergleich zur alten milder sei, entscheidet sich nicht aufgrund eines abstrakten Vergleichs. Massgebend ist die konkrete Betrachtungsweise. Es kommt darauf an, nach welcher Bestimmung der Täter für die zu beurteilende Tat besser wegkommt ( BGE 119 IV 145 E. 2c; 114 IV 81 E. 3b mit Hinweisen). d) Bei der Revision des Vermögensstrafrechtes sind die Konkurs- und Betreibungsdelikte teilweise neu gegliedert worden. Bei der vorsätzlichen Gläubigerschädigung unterscheidet das Gesetz nicht mehr, wie das alte Recht, nach der Art der Betreibung (auf Konkurs oder Pfändung, Art. 163 und 164 aStGB), sondern danach, ob der Schuldner sein Vermögen nur zum Schein oder wirklich vermindert (Art. 163 und 164 nStGB; vgl. HANS WIPRÄCHTIGER, Das revidierte Vermögensstrafrecht und die Änderungen im Bereich der Konkurs- und Betreibungsdelikte, CFPG Band 18, Diritto penale economico, Lugano 1999, S. 73 ff). Art. 164 nStGB erfasst die wirkliche Vermögensminderung. Die Bestimmung lautet: 1. Der Schuldner, der zum Schaden der Gläubiger sein Vermögen vermindert, indem er Vermögenswerte beschädigt, zerstört, entwertet oder unbrauchbar macht, Vermögenswerte unentgeltlich oder gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert veräussert, ohne

sachlichen Grund anfallende Rechte ausschlägt oder auf Rechte unentgeltlich verzichtet, wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft. 2. Unter den gleichen Voraussetzungen wird der Dritte, der zum Schaden der Gläubiger eine solche Handlung vornimmt, mit Gefängnis bestraft. Der Grund für die geringere Strafdrohung beim Dritten liegt darin, dass dieser im Gegensatz zum Schuldner keine unmittelbaren Pflichten gegenüber den Gläubigern hat. Auch wenn der Dritte als Gehilfe oder Anstifter des Schuldners handelt, unterliegt er - in Anwendung von Art. 26 StGB - der geringeren Strafdrohung von Ziff. 2 (vgl. BGE 112 Ib 225 E. 3a S. 229). In der Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 24. April 1991 wird zu Art. 164 nStGB Folgendes gesagt: Im Unterschied zum geltenden Recht ist der Katalog der Varianten der Tathandlung ("Vermögen vermindert") abschliessend; das wird durch den Wegfall des Begriffs "namentlich" gekennzeichnet. Diese Änderung wurde im Vernehmlassungsverfahren mitunter beanstandet; insbesondere wurde die Befürchtung ausgesprochen, durch den Wegfall von "namentlich" würden andere denkbare Begehungsweisen von der Strafbarkeit ausgeschlossen. Dieser Systemwechsel ist allerdings bewusst vollzogen worden. Unter Art. 164 sollen nur klare, schwere Sachverhalte fallen, die eine Verbrechenstrafe rechtfertigen. Daher ist auf die Bestimmtheit der Vorschrift besonderes Gewicht zu legen (BBJ 1991 II 1061). Im vorliegenden Fall geht es um die Tatbestandsvariante der Veräusserung von Vermögenswerten gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert gemäss Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 nStGB. Diese Variante lehnt sich an die "Schenkungs pauliana" nach Art. 286 SchKG an (Botschaft a.O.). Schuldner im Sinne von Art. 164 Ziff. 1 nStGB ist Y. Der Beschwerdeführer ist Dritter. Seine Strafbarkeit ist also zu prüfen aufgrund von Art. 164 Ziff. 2 nStGB. Diese Bestimmung nimmt mit der Wendung "unter den gleichen Voraussetzungen" Bezug auf die in Ziff. 1 umschriebene objektive Strafbarkeitsbedingung, d.h. die Eröffnung des Konkurses über den Schuldner oder die Ausstellung eines Verlustscheines gegen ihn (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 1062; der Eröffnung des Konkurses und der Ausstellung eines Verlustscheines ist gleichgestellt der Liquidationsvergleich [Art. 171 Abs. 1 nStGB]). Die objektive Strafbarkeitsbedingung ist hier erfüllt. Am 4. September 1991 wurde über Y. der Konkurs eröffnet. Gemäss Ziff. 2 ist strafbar der Dritte, der "eine solche Handlung" vornimmt. Gemeint ist damit eine der in Ziff. 1 aufgezählten Handlungen (Botschaft, a.a.O., S. 1062; vgl. auch GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 5. Aufl., Bern 1995, § 23 N. 16; JÖRG REHBERG/NIKLAUS SCHMID, Strafrecht III, 7. Aufl., Zürich 1997, S. 273). In Ziff. 1 Abs. 3 ist einzig die Veräusserung erfasst, nicht aber der Erwerb. Der Beschwerdeführer hat das Forderungspaket erworben. Insoweit bildet Ziff. 2 für seine Verurteilung keine Grundlage. Veräussert wurde das Forderungspaket von Y. bzw. von der für diesen treuhänderisch handelnden S. AG. Es stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführer wegen Mittäterschaft oder Teilnahme an der Veräusserung zur Rechenschaft gezogen werden kann. Die Veräusserung setzt notwendig den Erwerb durch einen andern voraus. Es ist hier ein Fall gegeben der sog. notwendigen Teilnahme. Darunter versteht man die Erscheinung, dass manche Straftaten einen Tatbestand verwirklichen, der zu seiner Erfüllung notwendig die Beteiligung mehrerer erfordert (CLAUS ROXIN, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1993, vor § 26 N. 32). Dabei kann es sich nicht nur um Teilnahme, sondern auch um eine mittäterschaftliche Mitwirkung handeln (GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., Bern 1996, § 13 N. 148; JÖRG REHBERG, Strafrecht I, 6. Aufl., Zürich 1996, S. 135). Im

zubeurteilenden Fall geht es um ein sog. Begegnungsdelikt. Dabei wirken die verschiedenen Beteiligten auf dasselbe Ziel hin, aber von verschiedenen Seiten her und mit unterschiedlichen Tätigkeitsakten (ROXIN, a.a.O., N. 33; PHILIPPE GRAVEN/BERNHARD STRÄULI, *L'infraction pénale punissable*, 2. Aufl., Bern 1995, S. 314/5). Beispiele eines Begegnungsdelikts bilden etwa der Wucher ( Art. 157 StGB ) oder die Gläubigerbevorzugung ( Art. 167 StGB ). Der Wucherer nimmt die Vermögensvorteile, der Bewucherte gibt sie; der Schuldner zahlt eine nicht verfallene Schuld, der Gläubiger nimmt die Zahlung entgegen. Wirkt bei derartigen Tatbeständen der notwendige Teilnehmer nicht weitergehend mit, als begriffsnotwendig ist, damit der andere die Straftat überhaupt begehen kann, so ist er nach der Rechtsprechung nur strafbar, wenn das Gesetz auch ihn zum Täter stempelt ( BGE 80 IV 22 E. 2c S. 32). Das ist auch die Auffassung der Literatur (GRAVEN/STRÄULI, a.a.O., S. 315; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5. Aufl., Zürich 1998, S. 226; STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, § 13 N. 149 mit weiteren Hinweisen). Nicht als strafbar erklärt das Gesetz die notwendige Teilnahme im genannten Beispiel der Gläubigerbevorzugung. Wie das Bundesgericht entschieden hat, ist der Gläubiger, der die Leistung des Schuldners lediglich annimmt, nicht strafbar. Der Gläubiger macht sicherst dann strafbar, wenn er den Schuldner zur Tat anstiftet oder wenn er die Tat vorsätzlich durch Handlungen fördert, die über die blosser Annahme der Leistung hinausgehen. In diesem Fall hat sich der Gläubiger aufgrund von Art. 24 bzw. 25 StGB wie jeder Anstifter oder Gehilfe zu verantworten ( BGE 74 IV 40 E. 4; 75 IV 106 E. 2 S. 112). Auch im vorliegenden Fall stellt das Gesetz die notwendige Teilnahme nicht unter Strafe. Hat der Beschwerdeführer das Angebot zum Erwerb der Forderungen lediglich angenommen und keine darüber hinausgehenden Handlungen vorgenommen, die als Anstiftung, Gehilfenschaft oder gegebenenfalls Mittäterschaft zu qualifizieren wären, ist er deshalb nach Art. 164 nStGB nicht strafbar. In Art. 168 Abs. 3 StGB (Bestechung bei Zwangsvollstreckung) hat der Gesetzgeber die notwendige Teilnahme ausdrücklich unter Strafe gestellt. Daraus ist zu schliessen, dass dort, wo das Gesetz zur notwendigen Teilnahme schweigt, der Gesetzgeber diese nicht bestrafen wollte. Dafür sprechen bei Art. 164 nStGB auch die Materialien. Wie dargelegt hat der Gesetzgeber in Art. 164 nStGB die Tathandlungen bewusst abschliessend umschrieben und auf die Bestimmtheit der Vorschrift besonderes Gewicht gelegt. Für die Straflosigkeit des Erwerbs gibt es auch Gründe. Das von Art. 164 nStGB erfasste Unrecht besteht in der Verminderung des Vermögens des Schuldners, und diese Verminderung wird bewirkt durch die Veräusserung. Eine solche Veräusserung vornehmen kann auch der Dritte, wenn er als Vertreter des Schuldners handelt (vgl. PETER ALBRECHT, *Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, Besonderer Teil*, 2. Band, Bern 1990, Art. 163 N. 16; YANN WERMEILLE, *La diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et la gestion fautive*, ZStrR 117/1999 S. 373 mit Hinweisen). Selbst wenn es sich bei der Straflosigkeit des Erwerbs des notwendigen Teilnehmers um ein gesetzgeberisches Versehen handeln sollte, würde das nichts daran ändern, dass es für eine Bestrafung insoweit an der gesetzlichen Grundlage fehlt. Gemäss Art. 1 StGB ist strafbar nur, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht. Das ist beim Erwerb von Vermögenswerten durch den notwendigen Teilnehmer in Konstellationen wie hier nicht der Fall. Sollte der Gesetzgeber der Auffassung sein, dieses Verhalten sei strafwürdig, hat er eine gesetzliche Bestimmung zu erlassen, die es ausdrücklich unter Strafe stellt. e) Die Vorinstanz stellt nicht fest, dass der Beschwerdeführer Handlungen vorgenommen hätte, die über den Erwerb des Forderungspakets hinausgingen. Dies wurde

dem Beschwerdeführer im Übrigen auch gar nicht vorgeworfen. Hater lediglich das Angebot zum Kauf des Forderungspaketes angenommen, ist er straflos. f) Wie hier entscheidet die deutsche Rechtsprechung und Lehre beim Tatbestand des Bankrotts gemäss § 283 dStGB. Verschiedene der in dieser Bestimmung beschriebenen Bankrotthandlungen setzen die Mitwirkung eines Drittentypischerweise, teils sogar begrifflich voraus. Insoweit besteht Einigkeit, dass die Partner jener Geschäfte in den Grenzen der notwendigen Teilnahme straffrei bleiben sollen (WALTER GROPP, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, Tübingen 1992, S. 227/8; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl., München 1997, § 283 N. 65 mit Hinweisen). g) Die Beschwerde ist in diesem Punkt begründet. Das angefochtene Urteil wird aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.

### **E. 3**

Auf die weiteren Einwände, es fehle am Schaden und die Kostenauflegung im kantonalen Verfahren verletze das Europäische Auslieferungsübereinkommen, braucht damit nicht mehr eingetreten zu werden, zumal die Sache nun ohnehin verjähren dürfte. Wie dargelegt hat die Vorinstanz das angefochtene Urteil nur 11 Tage vor Eintritt der absoluten Verfolgungsverjährung gefällt. Damit hörte die Verjährung zu laufen auf (BGE 121 IV 64 E. 2). Mit der Eröffnung des vorliegenden Urteils des Bundesgerichts nimmt sie ihren Fortgang (BGE 111 IV 87 E. 3a mit Hinweis). Lausanne, 1. Februar 2000

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.