

Herr Christof Brack

## Kurzfassung: Aspekte zur Abgrenzung und Konkurrenz der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 StGB) zur Veruntreuung (Art. 138 StGB) in der Aktiengesellschaft

Die Arbeiten im Workshop NDS BWK II zur Thematik der Wirtschaftskriminalität im Lebenszyklus einer AG haben gezeigt, dass die Tatbestände der Veruntreuung und ungetreuen Geschäftsbesorgung im Rahmen der Beurteilung von pflichtwidrigem Organverhalten in einer AG eine bedeutende Rolle spielen. Dabei hat immer wieder die Abgrenzung der beiden Tatbestände ernsthafte Schwierigkeiten bereitet; wenig nachvollziehbar blieb denn auch die gemäss h.L. und Rechtsprechung zu praktizierende Regelung der Konkurrenz.

Motivation zur vorliegenden Diplomarbeit, die Geheimnisse der beiden Tatbestände und ihr Verhältnis zueinander besser zu ergründen, gab aber auch die mediale Omnipräsenz der ungetreuen Geschäftsbesorgung. So befindet sich der schamlos abkassierende Dorfkönig von Leukerbad bereits im Anklagezustand, allerdings in bester Gesellschaft, verfahrensmässig gleichauf mit dem Schweizer Chef der Deutschen Bank. Wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung wird aber auch in den Teppichetagen (so der Jargon der Presse) vormals renommierter Schweizer Firmen, so etwa in der Swissair, Rentenanstalt und Bank Vontobel, ermittelt. Während die Öffentlichkeit die ehemaligen Führungskräfte am liebsten nach den Methoden des New Yorker Staatsanwaltes Spitzer in Handschellen abgeführt sähe, bevorzugt die BAK III des Kantons Zürich, den Regeln der StPO folgend, die angeblichen Übeltäter mit weissem Kragen im stillen Kämmerlein zu befragen.

Die Bezirksanwälte sind nicht zu beneiden. Die vorliegende Untersuchung zeigt, dass die Abgrenzung der beiden Tatbestände sowohl in Bezug auf das Deliktsgut als auch den Täterkreis gemäss h.L. oft, zumindest vordergründig, auf Zufälligkeiten beruht. Zwar kann ein Verwaltungsrat, nicht aber ein faktisches Organ, Bargeld und Forderungen, nicht aber Immobilien, Immaterialgüter, Arbeits- und Maschinenleistungen veruntreuen. Wer nun klären will, weshalb faktische Organe als Täter einer Veruntreuung generell entfallen, wird in diversen Kommentaren und Urteilen auf immer wieder neue Definitionen des Anvertraut-Seins stossen, die mehr der Verwirrung denn der Problemlösung förderlich sind. Die Veruntreuung, einst ein Delikt zum ausschliesslichen Schutz des Eigentums an einer fremden beweglichen Sache, mutierte, dem Bedürfnis der Rechtsprechung folgend, immer mehr, aber eben doch nur teilweise, zum Vermögensschutz schlechthin und bedroht damit die Existenzberechtigung der ungetreuen Geschäftsbesorgung. Entsprechend schwierig werden deshalb Abgrenzungsversuche über die Gesetzssystematik und den Rechtsgüterschutz. Doch birgt auch der sog. Treubruchtatbestand nach Art. 158 Ziff. 1 StGB seine Tücken.

Hervorstechendes Abgrenzungskriterium ist vorerst die Geschäftsführereigenschaft in Bezug auf die Vermögensverwaltung. Die Anwender aber rügen die Unbestimmtheit, die schwachen Konturen der tatbestandsmässigen Handlung, da sich die treuwidrige Pflichtverletzung betreffend Vermögensfürsorge im Grundsatz nur aus dem Zivilrecht, hier namentlich dem Aktienrecht, ergeben kann. Als griffiges Abgrenzungskriterium verbleibt damit vorerst nur die ungerechtfertigte Bereicherungsabsicht: wenn sie entfällt, kann nurmehr Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, der sich im Gegensatz zum qualifizierten Treubruch gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB auf eine vorsätzliche Schädigung beschränkt, zur Anwendung gelangen.

In den Fallkonstellationen, in denen sich ein Sachverhalt unter beide Tatbestände subsumieren lässt, geht nach h.L. und Rechtsprechung die Veruntreuung generell vor. Die Begründung dieser Konkurrenz beschränkt sich auf den Hinweis, dass ansonsten der qualifizierte Tatbestand von Art. 138 Ziff. 2 StGB nicht zur Anwendung gelangen könnte. Der Verfasser empfiehlt diesbezüglich einen differenzierten Umgang mit der Konkurrenzfrage, da Art. 138 Ziff. 2 StGB ein gegenüber der Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 1 StGB) und ungetreuen Geschäftsbesorgung erweiterter Rechtsgüterschutz beinhaltet, der es trotz den im Rahmen dieser Arbeit noch zu begründenden Bedenken gegenüber der Anwendung des Veruntreuungstatbestandes im Einzelfall rechtfertigen mag, die Tätergruppen, die ein erhöhtes Vertrauen geniessen, ausschliesslich als „qualifizierte Veruntreuer“ im Sinne von Art. 138 Ziff. 2 StGB zu beurteilen. Im Rahmen des pflichtwidrigen Organverhaltens dürften dies Einzelfälle sein, da jedenfalls ein Verwaltungsrat kraft seiner Organstellung nicht als Vermögensverwalter nach Art. 138 Ziff. 2 StGB qualifiziert werden kann.

Eine kritische Beurteilung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Grenzbereich der beiden Tatbestände bestätigt die Vermutung, dass sich auch die Praxis mit der Abgrenzung und Konkurrenz der beiden Tatbestände schwer tut; es bleibt jedenfalls ungewiss, weshalb die Gerichte in einigen publizierten Fällen auf ungetreue Geschäftsbesorgung und nicht auf Veruntreuung erkannt haben. Zurück bleibt der Verdacht, dass es zuweilen den Juristen schwer fällt, die ihnen oft wenig vertrauten Regeln des kaufmännischen Rechnungswesens richtig umzusetzen bzw. buchhalterische Unterlassungen und Bewertungsprobleme zwecks Nachweis der Absicht ungerechtfertigter Bereicherung aufzudecken. - Ganz allgemein lässt sich treuwidriges Organverhalten denn auch plausibler unter den Begriff der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 StGB, als unter die der Treuhand nahe stehende Veruntreuung subsumieren.

Neue Impulse zur künftigen Lösung der akuten Abgrenzungs- und Konkurrenzproblematik liefert der Ansatz von DONATSCH, der in Frage stellt, ob das Geschäftsvermögen von Handelsgesellschaften in der für Art. 138 StGB typischen Weise generell als deren Organen anvertraut gelten könne. Wollte man dieser Auffassung folgen, so würde dies zur ausschliesslichen Anwendung von Art. 158 StGB bei pflichtwidrigem Organverhalten führen.

Der Verfasser folgt dieser klärenden Idee und prüft in der Folge unter den Aspekten des Organbegriffs, der Treuepflicht und der Beziehung der Organe zu Aktiven und Passiven der AG vertieft die typisierenden Merkmale des treuwidrigen Organverhaltens im vorliegenden Kontext.

Diese Untersuchungen führen zur Überzeugung, dass pflichtwidriges Organverhalten mit Bereicherungsabsicht, das heute gemäss h.L. und Rechtsprechung ausschliesslich als Veruntreuung bestraft wird (bzw. werden müsste), besser und mit Ausnahme von Art. 138 Ziff. 2 StGB nur als ungetreue Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB zu ahnden wäre. Im Weiteren bleibt im vorliegenden Kontext des pflichtwidrigen Organverhaltens in der AG nach der Meinung des Verfassers kein Raum für die Anwendung von Art. 138 Ziff. 1 StGB.