

Nr. 20 Für eine strafrechtliche Durchgriffslehre bei Delikten der Verwaltung zum Nachteil juristischer Personen
In: " Lebendiges Strafrecht", Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, hrsg. von Hans Walder et al.,
Bern (Stämpfli) 1977

S. 165-190

Für eine strafrechtliche Durchgriffslehre bei Delikten der Verwaltung zum Nachteil juristischer Personen

I.

1. Der Aufschwung der juristischen Personen in unserem Jahrhundert und die zunehmende Verlagerung der wirtschaftlichen Aktivität unseres Landes auf solche darf als bekannt vorausgesetzt werden. Dabei steht die Aktiengesellschaft im Vordergrund, während Genossenschaft und GmbH an dieser Entwicklung weniger teilhaben. Die zahlenmässige Entwicklung der Aktiengesellschaften besonders in den letzten zwei Jahrzehnten ist eindrucklich: 87226 im Jahre 1974 gegenüber früheren Ziffern: 65383 (1970), 48712 (1965), 33883 (1960), 21303 (1950), 17471 (1942 als dem Jahr des Inkrafttretens des StrGB), 10941 (1927, dem ersten Jahr der gesonderten Ausweisung der Aktiengesellschaften im Statistischen Jahrbuch, das diese vorher zusammen mit den Genossenschaften aufführt) gegenüber vermutlich weniger als tausend Gesellschaften zur Jahrhundertwende¹.

2. Nicht immer wird deutlich genug gesehen, dass mit diesem zahlenmässigen Aufschwung der AG, die im folgenden allein betrachtet werden soll², ein *tiefgreifender Wandel der Funktion* dieses Rechtsinstituts eingetreten ist. Die Gesellschaft, dem Gesetzgeber als Modell vorschwebend und bis zu den Kriegen wohl auch vorherrschend, die auf einem korporativen Zusammenschluss vieler

¹ Angaben entnommen dem Statistischen Jahrbuch der Schweiz für 1975, S. 409, und 1956, S. 403.

² Die hier vertretene Auffassung lässt sich weitgehend unverändert auf die GmbH übertragen und müsste grundsätzlich auch bei der Genossenschaft gültig sein, obwohl bei dieser sich selten Anwendungsfälle finden dürften. Andere Verhältnisse bestehen bei der Stiftung, wobei immerhin bei den Familienstiftungen analoge Probleme nicht auszuschliessen sind.

beruht und durch beschränkten Einsatz dieser vielen die für bedeutende wirtschaftliche Unternehmungen erforderlichen Kapitalien vereinigt, besteht zwar auch heute noch, macht jedoch gesamthaft gesehen nur noch einen kleinen Prozentsatz aller Gesellschaften aus³. Durch eine liberale Aktienrechtstradition mit allen hier nicht näher zu untersuchenden Auswirkungen einerseits⁴ und einer sehr tiefen Ansetzung der Mindestkapitalgrenze andererseits wurde es möglich, dass die Form der AG in der statistisch weit überwiegenden Zahl Gesellschaften nicht zum Zweck körperschaftlichen Zusammenschlusses und kollektiver Kapitalbeschaffung gewählt wird, sondern lediglich, um die mit jeder Verleihung selbständiger juristischer Persönlichkeit verbundenen Wirkungen, wie die Isolierung eines Komplexes von Rechtsbeziehungen von der interessierten Person und die damit verbundenen leichten Übertragbarkeit und Teilbarkeit, oder Haftungsbeschränkung bzw. Anonymität zu erlangen.

3. Die Gründung einer AG kann durch das Bestreben veranlasst sein, für das vom Gründer bzw. Aktionär betriebene Unternehmen eine Haftungsbeschränkung zu erlangen und die Bildung eines dem Gläubigerzugriff entzogenen Privatvermögens zu ermöglichen. Neben der durch diese Entwicklung möglich gewordenen Erscheinung des "Einzelkaufmanns mit beschränkter Unternehmenshaftung" spielt aber vielleicht die grössere Rolle die Zielsetzung, einen Geschäftsbetrieb "personenunabhängig" zu machen, um etwa mit Blick auf den plötzlichen Tod des Firmeninhabers ein Erlöschen der von diesem geknüpften vertraglichen Beziehungen zu verhindern und eine Kontinuität des Unternehmens zu ermöglichen. Oft wird ein bisher als Einzelfirma betriebenes Unternehmen gerade im

³ Nach der Zusammenstellung bei MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, Grundriss des schweiz. Gesellschaftsrechts, 1974, S. 291, besitzt rund die Hälfte aller Aktiengesellschaften das Minimal-Aktienkapital von 50000 Franken, rund weitere 20% ein AK zwischen 50000 und 100000 Franken, während ein AK von einer Million Franken oder mehr nur knapp 5% aller Aktiengesellschaften aufweisen.

⁴ Es erfolge hier lediglich der Hinweis auf die – etwa im Vergleich zu Deutschland – vereinfachte Organstruktur (die Funktionen von Aufsichtsrat und Vorstand zusammengefasst in jenen des Verwaltungsrates), die weitgehend erhaltene Möglichkeit der Anonymität des Aktienbesitzes, die freiheitlichen Bilanzierungsvorschriften mit der – auch fiskalisch in vergleichsweise hohem Grad zugelassenen – Möglichkeit der Bildung von stillen Reserven.

Hinblick auf die Übertragung dieses Unternehmens in eine AG umgewandelt, sei es, dass ein Dritter das Unternehmen erwerben oder dessen Übergang auf Erben des Unternehmers ermöglicht werden soll. Bei Gesellschaften, die in einen grösseren Unternehmensverband ("Konzern") eingegliedert sind, besitzt die aus Übernahme resultierende oder durch Neugründung als solche beabsichtigte Verselbständigung einer Konzerngesellschaft ihre Begründung in betriebswirtschaftlich-organisatorischen Vorteilen. Wie heute meist bei wirtschaftlichen Entscheidungen spielen fiskalische Rücksichten mit und es werden Aktiengesellschaften gegründet, weil davon – oft bloss vermeintliche – Steuervorteile erwartet werden. Diese Beispiele sollen illustrieren, dass eine lange Reihe von durchaus ehrenwerten Gründen dazu verleiten kann, an die Stelle eines persönlich haftenden Einzelunternehmers eine von diesem allein beherrschte und mit ihm wirtschaftlich identische Aktiengesellschaft treten zu lassen.

Diese Entwicklung zur AG hin, die vom Gesetzgeber nicht vorausgesehen werden und deshalb von ihm auch nicht gewollt sein konnte, ist hier als gegeben hinzunehmen. Das Phänomen der Benutzung der AG zu ursprünglich wesensfremden Zwecken ist bisher in der Schweiz – in der diese Erscheinung besonders ausgeprägt ist – nicht umfassend auf ihre wirtschaftssoziologische Bedeutung hin untersucht worden, wie es, soviel ich sehe, auch weitgehend an begründeten Auffassungen darüber, ob die fragliche Entwicklung begrüssenswert oder nachteilig sei, fehlt. Es muss aber festgehalten werden, dass die zwar im Gesellschaftsrecht nicht vorgesehenen, aber doch durch dieses ermöglichten Erscheinungen in normativer Betrachtung als "zulässig" gelten müssen; es hat wenig Sinn, anzunehmen, die Einmann-Aktiengesellschaft sei eine praktisch zwar geduldete, im Hinblick auf OR 625 II aber doch "widerrechtliche" ("eigentlich", "im Grund") unzulässige Erscheinung⁵.

⁵ Eine Einschränkung der hier beschriebenen Tendenzen müsste vom Aktienrechts-Gesetzgeber ausgehen; in den bisherigen Reformbestrebungen sind in dieser Richtung wenig Bemühungen unternommen worden. In den in einem "Zwischenbericht" veröffentlichten Vorschlägen der 1968 vom Justiz- und Polizeidepartement eingesetzten Arbeitsgruppe kann ich kaum Ansätze einer derartigen Tendenz erkennen, wird doch nicht einmal eine Heraufsetzung der Mindestkapitalgrenze vorgesehen.

4. Es konnte nicht ausbleiben, dass die mit der Schaffung einer juristischen Person erreichte Anonymität, Haftungsbeschränkung und Loslösung der geschaffenen rechtlichen Beziehungen vom Interessierten zu verwerflichen Machenschaften ausgenützt wurde und wird, deren Resultat meist in einem Konkurs der Gesellschaft und damit der Schädigung deren Gläubiger, allenfalls in einer Benachteiligung von Mitaktionären, besteht. Diese Entwicklung wurde erleichtert durch das seinerseits erstaunliche und bisher nicht hinreichend erklärte sozialpsychologische Phänomen, dass Aktiengesellschaften tendenziell verhältnismässig viel Kredit geniessen, dass es anscheinend für eine AG oft leichter ist, Geldgeber zu finden, als dies z. B. für deren Alleinaktionär der Fall wäre. Damit ist die Entwicklung umgekehrt verlaufen, als sie zur Zeit der Aktiengesetzgebung vorausgesehen wurde; der Gesetzgeber geht noch davon aus, dass die AG eine Misstrauen bezeugende und Kredit nur mühsam findende Institution sein werde, weshalb er auch der Form der AG jene der mit einer voll haftenden natürlichen Person ausgestatteten Kommandit-Aktiengesellschaft an die Seite stellt, deren praktische Bedeutungslosigkeit für den der AG gemeinhin entgegengebrachten Kredit symptomatisch ist. Dieser Kredit ist nun aber umgekehrt auch Beweis dafür, dass die angedeuteten Missbräuche, wenn diese auch nicht verharmlost werden dürfen, aufs Ganze der gesellschaftsrechtlichen Praxis doch von untergeordneter Bedeutung sein müssen, weil andernfalls diese günstige Meinung über die Kreditwürdigkeit der Aktiengesellschaften sich nicht halten würde.

Es soll hier nicht versucht werden, vom Standpunkt des Privatrechtlers aus einen Überblick über die möglichen strafrechtlichen Tatbestände zu geben; diesbezüglich sei auf neuere einschlägige Arbeiten, die Darlegungen von W. SCHMIDLIN⁶ und zwei Aufsätze von N. SCHMID⁷, verwiesen.

⁶ W. SCHMIDLIN, Typische Wirtschaftsdelikte auf dem Gebiet des Aktienrechts, in ZStrR 85 (1969) 370-387.

⁷ N. SCHMID, Fragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Schwindel- und Strohmanggesellschaften, in ZStrR 87 (1971) 247-264, und Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsdelikte im Tätigkeitsbereiche der Aktiengesellschaft, in Schweiz. Aktiengesellschaft (SAG) 46 (1974) 101-119.

II.

1. Die vorstehenden Ausführungen sollten zeigen, dass bei einer Grosszahl (und vielleicht statistischen Überzahl) von Aktiengesellschaften nicht der vom Gesetzgeber vorausgesetzte korporative Tatbestand vorliegt, sondern als Gründer und Aktionär eine einzelne Person erscheint, in deren Interessen die Interessen der beherrschten AG aufgehen. Zur Gewinnung eines einfachen Modells sei das Beispiel des Alleinaktionärs der Einmanngesellschaft betrachtet, der seinerseits alleiniger Verwaltungsrat sei, der die Geschicke der Gesellschaft unter handelsrechtlichen Gesichtspunkten nach freiem Belieben bestimmen kann. Diesem Fall ist ohne weiteres gleichzustellen der andere, dass der Alleinaktionär (der, zumal in einer Konzerngruppe, seinerseits eine Aktiengesellschaft sein mag) einen Mann seines Vertrauens in die Verwaltung delegiert und ihm Weisungen für die Ausübung seiner Verwaltungsbefugnisse erteilt. – Dass sich die Verhältnisse nicht regelmässig in dieser "reinen" Form darstellen, ist klar. Immerhin sei hier festgehalten, dass gleich wie das genannte Modell etwa Tatbestände, zu betrachten sind, bei denen mehrere Aktionäre vorhanden sind, aber entweder alle gemeinsam handeln oder doch der Handelnde sich auf die Zustimmung der übrigen stützen kann. Keine Abweichung vom Modell vermöchte sodann der Umstand des Vorhandenseins von Minderheitsaktionären zu begründen, wenn diese ihrerseits keine eigenen Interessen an den gehaltenen Aktien haben, sondern diese treuhänderisch vom Mehrheitsaktionär übertragen erhalten haben.

Die im folgenden skizzierte strafrechtliche Problematik ergibt sich aus dem Umstand, dass in einem formalen, die selbständige Rechtspersönlichkeit der AG in gewohnter Weise in Rechnung stellenden Betrachtungsweise zwei Vermögensbereiche vorliegen: jener der Gesellschaft und jener des Aktionärs, während in Wahrheit die Gesellschaft ihrerseits Bestandteil des Vermögens des Aktionärs bildet und in einem wirtschaftlichen Sinn nicht als – auf den Aktionär bezogen – fremdes Vermögen gelten darf, kann der Aktionär doch jederzeit, wenn auch in einem besonderen Verfahren der Liquidation der Gesellschaft, deren Vermögen auch formal

wieder zu dem seinigen machen. Die Frage, die gestellt wird, geht dahin, ob im Rahmen der Straftatbestände, die den Schutz des Vermögens vor Beeinträchtigung durch aussenstehende Dritte zum Ziele haben, die Gesellschaft vor ihrem eigenen Herrn zu schützen sei.

Von den Straftatbeständen zum Schutz des Vermögens scheiden allerdings zahlreiche aus sachlogischen Gründen zum vornherein aus: Diebstahl, Entwendung und Raub, StrGB 137-139, fallen ausser Betracht, weil nach unserer Prämisse der Aktionär Gewahrsam am Gesellschaftsvermögen besitzt; Sachentziehung, StrGB 143, oder Sachbeschädigung gemäss StrGB 145 I können sich nicht aktualisieren, weil der Aktionär nicht gegen sich selber Strafantrag stellen wird. Betrug, StrGB 148, ist nicht möglich, weil die AG durch ihr Organ all jene Kenntnisse besitzt, die der Aktionär haben kann, so dass eine Irrtumserweckung unmöglich ist. Im Vordergrund steht *Veruntreuung*, StrGB 140, und besonders *ungetreue Geschäftsführung*, StrGB 159. Sodann kann auch ausserhalb der Vermögensdelikts-Tatbestände die Fremdheit eines Vermögens eine Rolle spielen, wie bei der Brandstiftung, StrGB 221 I; ein Beispiel hiezu gleich im folgenden.

2. In der gestellten Frage ist leading case BGE 85 IV 230/231: Der eine AG "beherrschende" Täter (ob dieser Allein- oder bloss Hauptaktionär gewesen sei, wird offengelassen) steckt ein seiner Aktiengesellschaft gehörendes Personenauto in Brand (dies im Zusammenhang mit der Inbrandsetzung eines Bildes im Hinblick auf einen versuchten Versicherungsbetrug, dessen strafrechtliche Erfassung nicht zur Diskussion steht). Das Bundesgericht nimmt in bezug auf das Auto Brandstiftung i. S. von StrGB 221 I an, weil die verursachte Feuersbrunst "zum Schaden eines andern" i. S. dieser Bestimmung verursacht worden sei. Zur Begründung wird ausgeführt, dass es keinen strafrechtlichen oder wirtschaftlichen Eigentumsbegriff gebe, sondern dass sich die Frage des Eigentums "auch im Strafrecht nach rechtlichen, nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten" bestimme, wobei "rechtlich" hier wohl privat- oder sachenrechtlich bedeutet. Die AG behalte ihre selbständige Rechtspersönlichkeit gegenüber ihren Aktionären, auch gegenüber dem Alleinaktionär, bei, sodass deren Vermögen für diesen ein fremdes sei.

Auf der gleichen Linie liegt BGE 97 IV 10: Bei der Gründung einer AG wird das Aktienkapital durch Einbringung einer Sacheinlage (Inhaberschuldbrief) liberiert. Der Schuldbrief, der nicht dem Gründer gehörte, wurde in der Folge von diesem dem Eigentümer zurückerstattet. Die AG blieb inaktiv; die Aktien der Gesellschaft, die weder Aktiven noch Passiven besass, wurden vom Täter nach einigen Monaten einem Dritten, der Kenntnis von der Sachlage hatte, für den Preis von 2200 Franken verkauft. Die in der Folge vom Käufer der mittellosen AG getätigten Geschäfte führten zu deren Konkurs. Der Gründer und nachherige Verkäufer der AG wurde wegen Urkundenfälschung⁸ und ungetreuer Geschäftsführung, letztere begangen durch die unentgeltliche Weggabe des die Sacheinlage ausmachenden Schuldbriefes (an dessen ursprünglichen Eigentümer), verurteilt. Die Einrede, dass der Alleinaktionär⁹ niemanden geschädigt und, da in seinem Vorgehen durch den massgeblichen Gesellschaftswillen gedeckt, auch keine Fürsorgepflicht verletzt habe, wurde nicht gehört. Das Bundesgericht nahm an, dass die Verwaltung "für die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens, mindestens im Umfang des statutarischen Grundkapitals, zu sorgen" habe (S. 13), und führte aus: "Dieser strafrechtliche Schutz des Gesellschaftsvermögens (sc. nach StrGB 159) besteht wie der von der Zivilrechtsordnung gewollte Kapitalschutz ausser im Interesse der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger auch in demjenigen der Gesellschaft selber" (S. 16).

Es darf hier bei der Nennung dieser beiden höchstrichterlichen publizierten Entscheidungen sein Bewenden haben; Hinweise auf weitere, in gleiche Richtung weisende nicht veröffentlichte Gerichtsentscheidungen (allerdings teilweise ohne hinreichende Angaben zum Tatbestand, die eine Beurteilung ermöglichen würden, ob im hier unterstellten Sinne ein Alleinaktionär Täter war) vgl. bei SCHMID in ZStrR 87 259/260 und SAG 1974 113/114.

⁸ Die Begründung der Verurteilung wegen Urkundenfälschung wird in publizierten BGE nicht ersichtlich; vgl. dazu SCHMID in ZStrR 87 257.

⁹ Genau besehen besass dieser bloss eine Aktie, während 48 Aktien von einer beherrschten anderen AG und eine weitere von einem Dritten gehalten wurden. Dieser letztere Umstand kann aber – entgegen dem Bundesgericht S. 16 – nicht im Ernst ins Gewicht fallen, hatte der Dritte doch als bloss fiduziarischer Eigentümer seiner Aktie keine selbständigen Interessen an der Gesellschaft.

2^{bis}. Die hier zum Ausdruck gelangende Auffassung hat in der Literatur Zustimmung gefunden¹⁰; vgl. die bereits zit. SCHMIDLIN in ZStrR 85, bes. 381 (zu BGE 85 IV 230/231), und SCHMID in ZStrR 87, bes. 257 ff., und in SAG 1974, bes. 113-116. SCHMID räumt zwar ein, dass es nicht primär darum gehe, die AG zu schützen, "sondern die dahinterstehenden Menschen, nämlich die Aktionäre, die Gläubiger und die Öffentlichkeit im allgemeinen" (S. 114). Trotzdem teilt er die Auffassung, "dass die wirtschaftliche Identität zwischen Täter und AG die Anwendung der strafrechtlichen Bestimmungen nicht ausschliesst" und der Satz "volenti non fit iniuria" keine Berücksichtigung finden könne (a. a. O.); er postuliert demnach "die uneingeschränkte Anwendung von Art. 722 OR und Art. 159 StrGB " auch für die Einmann-AG (S. 115). Der Verfasser erkennt, dass die behandelte Frage besondere Bedeutung bei der abhängigen Gesellschaft in konzernmässigen Unternehmenszusammenschlüssen besitzt, folgerichtig nimmt er an, "dass die Verwaltung der einzelnen Konzerngesellschaft grundsätzlich deren Interessen in den Vordergrund zu stellen hat, ... der Verwaltungsrat hat eine Treuepflicht der AG gegenüber und muss eine Verfolgung von Sonderinteressen, also auch jener des Konzerns unter Benachteiligung der Interessen der AG, unterlassen. Jede Konzerngesellschaft ist grundsätzlich so zu führen, als wäre sie unabhängig; auch der Geschäftsverkehr ist in diesem Sinne zu gestalten" (S. 115). Der Verfasser verkennt nicht, dass die "erwähnten Prinzipien aber oft nicht beachtet" werden, dass bisher nur das Steuerrecht sich mit dem Phänomen befasst hat und kaum Strafurteile bekannt sind. Trotzdem wird an den oben genannten Prinzipien festgehalten, wenn auch einschränkend gefordert, dass dieselben "nach einem den Gegebenheiten des Geschäftslebens" ausgerichteten Massstab "vernünftig angewendet werden" (S. 116).

3. Was heisst nun aber hier "vernünftige Anwendung"? Es ist für den Praktiker tröstlich, hören zu dürfen, dass in den ihn interessierenden Sachverhalten Strafverfahren anscheinend die Ausnahme

¹⁰ Immerhin distanziert sich G. STRATENWERTH in seinem Schweiz. Strafrecht, Besonderer Teil I, Bern 1973, S. 260, von der These, dass die Gesellschaft selber ein Interesse habe, nicht geschädigt zu werden, mit dem Hinweis, dass das Strafrecht nur menschliche Interessen schütze.

bilden; der Wissenschaftler indessen darf bei der Feststellung, dass ein laut verkündeter Grundsatz in den allermeisten Fällen seiner Anwendbarkeit nicht angewendet wird, nicht ruhig bleiben, sondern muss sich die Frage nach der Richtigkeit des Grundsatzes stellen.

Wollte man die vom Bundesgericht vertretene und von der Literatur unterstützte Auffassung konsequent anwenden, wonach, um den Straftatbestand von StrGB 159 zu vermeiden, der Verwaltungsrat, auch wenn er selber Alleinaktionär oder von diesem bestellt und in seinem Verhalten gedeckt ist, ausschliesslich die Gesellschaftsinteressen zu wahren habe, wären die Auswirkungen nicht abzusehen. Da irgendwie geartete Verbindungen mehrerer juristischer Personen heute im Bereich der grossen, aber auch zusehends der mittleren Unternehmungen die Regel sind, bei derartigen Verbindungen aber die geschäftlichen Entscheidungen des Einzelunternehmens wenn nicht durchwegs, so doch von Fall zu Fall und besonders in wichtigen Entschlüssen, im Hinblick auf das "Konzerninteresse" (was das im einzelnen auch heissen möge), damit aber nicht im Eigeninteresse und vermutungsweise gegen dieses Eigeninteresse der verwalteten Gesellschaft, getroffen werden¹¹, müssten die kleinen und grossen Wirtschaftsführer unseres Landes ausnahmslos als in höchstem Masse tatverdächtig gelten. Aber Gleiches kann auch ausserhalb der Privatwirtschaft vorkommen: Jahrelang musste der Schreibende ein in die Rechtsform einer privatrechtlichen AG gekleidetes und rein aktienrechtlichen Grundsätzen unterliegendes kommunales Elektrizitätswerk beobachten, das den erzeugten Strom keineswegs, wie es die Interessen der Gesellschaft erfordert hätten, zu Marktpreisen verkaufte, sondern billiger abgab, wobei niemand an die Strafverfolgung der die Verwaltung bildenden angesehenen Politiker dachte, obwohl im fraglichen Tatbestand – anders als nach der hier getroffenen Prämisse – das Gemeinwesen nicht Alleinaktionär war, sondern durch das genannte Vorgehen ein privater Minderheitsaktionär unschön benachteiligt wurde.

¹¹ Beispiel ist vor allem die nicht marktkonforme Entgeltung der zwischen den Gesellschaften ausgetauschten Leistungen. Anlass sind Überlegungen der Bilanzierungs- oder Finanzierungspolitik, steuerliche Rücksichten usw.

Zu welchen unsinnigen Resultaten die Anwendung des Grundsatzes von BGE 85 IV 230/231 im Tatbestandskreis der dort beurteilten Brandstiftung führen müsste, habe ich an anderer Stelle zu zeigen versucht¹²: Es müsste derjenige als Brandstifter verfolgt werden, der seine Zeit in einem Ferienhaus zubringt, das zufälligerweise nicht ihm persönlich, sondern einer von ihm beherrschten AG gehört, und der am 1. August mit auf Kosten der AG gekauftem Holz ein vaterländisches Feuer entfacht. Durch neuere Entscheidungen und die zit. Literatur belehrt, müsste man aber wohl noch weiter gehen: Schon die Anschaffung von Brennholz auf Kosten der AG, die patriotischer Gefühle nicht fähig ist, stellt ungetreue Geschäftsführung dar, wenn nicht gar bereits der Erwerb des Ferienhauses für Rechnung der sicher nicht erholungsbedürftigen AG als solche qualifiziert werden muss.

4. Die Einsicht ist unabweislich, dass die konsequente Anwendung der bundesgerichtlichen Grundsätze zu absurden Resultaten führen würde, die niemand wünscht und deren sachliche Rechtfertigung nicht zu finden wäre; wenn schon die Aufsplitterung wirtschaftlicher Unternehmen in mehrere verbundene juristische Personen zugelassen wird, ist nicht einzusehen, weshalb es nicht dem freien Belieben der Beteiligten überlassen bleiben darf, wie konzernintern Gewinne und Verluste gelagert werden, wenn dadurch nur Dritte nicht benachteiligt werden. Und den Erwerb eines Ferienhauses auf den Namen einer aus irgendwelchen Gründen gerade zu diesem Zweck gegründeten AG, aber auch die Anschaffung des dazu gehörigen Brennholzes, wird man nicht pönalisieren wollen, und zwar sogar dann nicht, wenn die Statuten, irgendwelchen Vorbildern abgeschrieben, als Gesellschaftszweck beispielsweise den "Betrieb von Handelsgeschäften" nennen würden.

Wenn nun aber ein strafrechtlicher Grundsatz, wie auch dessen Verfechter fordern, "vernünftig angewendet werden" muss¹³, ruft dies zwangsläufig der Frage, welches die entsprechenden vernunftleitenden Gesichtspunkte sein können, welche die Anwendung des

¹² BUCHER, Neue Aspekte der Rechtsfähigkeit, bes. bei juristischen Personen, in Aargauisches Beamtenblatt 1967 93-100, 105-113, hier bes. 108/109.

¹³ SCHMID in SAG 1974 116.

Grundsatzes regeln und damit einschränken müssen, und es wird zwangsläufig der Grundsatz als solcher in Frage gestellt, denn allgemein hat wohl zu gelten, dass Straftatbestände ohne weitere Rechtfertigung der Vernünftigkeit anwendbar sein müssen.

III.

1. Es scheint bei einigen Straftatbeständen eine alte strafrechtliche Streitfrage zu sein, ob das Strafrecht privatrechtliche Begriffe und Rechtsverhältnisse als gegeben hinzunehmen habe oder aber umgekehrt autonom bestimme. Auch der Empfänger der vorliegenden Festgabe hat sich in ZStrR 78 (1962) 168 f. zu diesem Problem geäußert. In zwei neueren Entscheiden hat das Bundesgericht den Standpunkt eingenommen, das Strafrecht sei gegenüber dem Zivilrecht autonom in dem Sinne, dass etwa der Begriff der Sache im Zusammenhang von Vermögensdelikten anders als im sachenrechtlichen Sinne verstanden werden könne (BGE 87 IV 117 f., bestätigt in BGE 88 IV 17). Umgekehrt wurde jedoch in den beiden in vorliegendem Zusammenhang interessierenden Entscheidungen angenommen, das Strafrecht habe sich privatrechtlicher Betrachtungsweise in dem Sinne unterzuordnen, dass die vom Privatrecht geschaffene Verselbständigung der Rechtspersönlichkeit juristischer Personen vom Strafrecht als gegeben hingenommen werden müsse¹⁴.

In der Kontroverse des Verhältnisses des Strafrechts zum Privatrecht soll hier nicht Stellung genommen, sondern gezeigt werden, dass das Privatrecht, entgegen dem, was die Vertreter der oben dargelegten Auffassung anzunehmen scheinen, keine Grundlage für eine formalistische, d. h. auf Wertung des Einzelfalles verzichtende Betrachtungsweise bietet, dass mit Berufung auf zivilrechtliche

¹⁴ BGE 85 IV 230: "... ein strafrechtliches oder wirtschaftliches Eigentum gibt es nicht ... Die gleichen Grundsätze müssen auch gelten, wenn es sich um Eigentum einer juristischen Person handelt ..." Im Ansatz genau gleich BGE 97 IV 13 f., wie die dortigen einlässlichen Verweisungen auf gesellschaftsrechtliche Prinzipien des OR zeigen.

Verhältnisse nicht ein Verzicht auf materiale Betrachtung (Beantwortung der Frage: "Ist jemand zu Schaden gekommen?") begründet werden kann und damit auch mit einem Abstellen auf Zivilrecht (dieses allerdings als eine Gesamtheit verstanden und nicht bloss auf einige formale Prinzipien ohne rechtlichen Gehalt reduziert) ein ähnliches Ergebnis erreicht wird, wie es den Vertretern einer autonomen strafrechtlichen Betrachtung vorschweben muss.

2. In der gesellschaftsrechtlichen Praxis des In- und Auslandes ist es ein seit vielen Jahrzehnten angetroffener, wenn auch erst in neuerer Zeit systematisch erfasster Sachverhalt, dass der durch Verleihung selbständiger Rechtspersönlichkeit an eine juristische Person verbundene Effekt der Verselbständigung rechtlicher Beziehungen in bestimmten Zusammenhängen ausser Betracht bleibt und die Verhältnisse so gehandhabt werden, wie wenn die juristische Person nicht rechtlichen Bestand hätte. Dieser heute als "*Durchgriff durch den Schleier der juristischen Persönlichkeit*" (oder kurz "Durchgriff") bezeichnete Mechanismus lag etwa BGE 71 II 272 zugrunde, wo das Bundesgericht zu Recht angenommen hatte, dass das eine Aktiengesellschaft bindende Konkurrenzverbot und weitere damit verbundene Verpflichtungen sich auch auf eine Tochtergesellschaft, deren sämtliche Aktien von der verpflichteten Gesellschaft gehalten wurden, erstrecken und die Tochter sich nicht auf den (formal an sich zutreffenden) Standpunkt stellen könne, sie sei nicht Vertragspartei und deshalb nicht gebunden. Im Entscheid SJZ 54 21 f. Nr. 3 war in einer Betreuung Mobilien gepfändet worden, das der Schuldner auf eine von ihm beherrschte juristische Person übertragen hatte. Die von der juristischen Person erhobene Eigentumsansprüche wurde, ohne Umweg über paulianische Anfechtung, abgewiesen und damit das formal verselbständigte Vermögen der juristischen Person dem beherrschenden Schuldner zugerechnet. In BGE 55 II 23 f. hat das Bundesgericht angenommen, dass die Verlängerung der zivilrechtlichen Verjährung auf die Dauer der strafrechtlichen Verjährung gemäss OR 60 II nicht nur gegenüber dem Täter selber, sondern auch hinsichtlich Forderungen gegenüber der AG, als deren Organ der Täter gehandelt hat, wirke. Schliesslich kann noch auf die weiteren Durchgriffsentscheidungen

BGE 81 II 459 ff. und 53 II 30 E. 2 wenigstens hingewiesen werden¹⁵.

Spektakulärer als die bisherige privatrechtliche Durchgriffspraxis ist in der Schweiz der mit Selbstverständlichkeit in fester Praxis geübte *fiskalische Durchgriff*, der besonders bei Handänderungen einer Immobilien-Aktiengesellschaft eine entscheidende Rolle spielt. In einer Reihe von Bundesgerichtsentscheidungen werden Regeln in dem Sinn entwickelt, dass die Kantone, und zwar sogar ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage, ermächtigt sind, den Aktienverkauf, der privatrechtlich als Wertpapierkauf zu qualifizieren ist, steuerlich wie die Übertragung der Liegenschaft selber zu behandeln, d. h. Handänderungs- und Grundstückgewinnsteuern zu erheben, Dabei steht nach der bundesgerichtlichen Doppelbesteuerungspraxis die Steuerhoheit demjenigen Kanton zu, in dessen Gebiet die von der verkauften AG gehaltene Liegenschaft sich befindet, nicht dem Kanton des Sitzes der Gesellschaft oder des Wohnsitzes des veräussernden oder erwerbenden Aktionärs¹⁶.

Diese Hinweise sollten zeigen, dass die selbständige Rechtspersönlichkeit juristischer Personen im Privatrecht und im Steuerrecht nicht als eine unter allen Umständen standhaltende feste Grösse verstanden wird, sondern dass die Verselbständigungswirkung dann ausser acht bleibt, wenn der Berücksichtigung als selbständige juristische Person die Rechtfertigung abgeht und die Resultate stossend wären. – Das Postulat des Durchgriffs ist zu Recht immer auch als Ausfluss des Rechtsmissbrauchsverbots verstanden worden¹⁷, wobei die Missachtung der selbständigen Rechtspersönlichkeit regelmässig zu Lasten des beherrschenden Aktionärs wirkt. Es

¹⁵ Von der *deutschen Judikatur* sei etwa RGZ 114 68 f. genannt, wo das Gericht vertragliche Ansprüche gegenüber einer GmbH aus einem (wirtschaftlich anscheinend ungünstigen) Pachtvertrag über Kinoreklame auch gegenüber einer Nachfolgesellschaft durchsetzte, die den Betrieb des Kinotheaters übernommen hatte, nachdem die vertraglich verpflichtete erste Gesellschaft aufgelöst worden war, um die lästig gewordene vertragliche Bindung unwirksam zu machen. – In BGHZ 65 251 hat sich das höchste Gericht noch letztthin erneut zur Durchgriffsdoktrin bekannt.

¹⁶ Vgl. dazu BGE 32 I 630 ff., 52 I 372 ff., 75 I 302 ff., 85 I 91 f., bes. 99 E. 3; dazu BUCHER, a. a. O., S. 105 f.

¹⁷ Vgl. MERZ, Komm. ZGB 2 N. 287 ff. und z. B. BGE 81 II 458/459, oder 71 II 272.

ist nun die Berechtigung der in BGE 85 IV 231 stillschweigend unterstellten Regel nicht zu verstehen, wonach nicht auch das Umgekehrte gelten dürfe, dass also der Aktionär von den Strafverfolgungsbehörden Gegenrecht erwarten, d. h. annehmen dürfe, dass die strafrechtliche Berücksichtigung der selbständigen Rechtspersönlichkeit dort ihre Grenze finde, wo hiezu die innere Berechtigung fehlt, das Ergebnis stossend ist.

3. Besonders in BGE 97 IV 13 E. 2 wird eine lange Reihe von *Rechtsvorschriften* namhaft gemacht, die nach Auffassung des Bundesgerichts aus dem positiven schweizerischen Aktienrecht abzuleiten sind und den handelnden Organen ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, von deren Befolgung auch der Alleinaktionär nicht soll dispensieren können, deren Verletzung eine Normwidrigkeit darstellt und entsprechend den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung erfüllt. Es wird genannt die Pflicht zur "Erhaltung des Gesellschaftsvermögens, mindestens im Umfang des statutarischen Grundkapitals", das Verbot der Kapitalrückzahlung und der Ausschüttung von Dividenden u. dgl., wenn das Grundkapital unter die statutarische Höhe abgesunken ist, die Pflicht, gemäss OR 725 die Generalversammlung einzuberufen oder den Richter zu benachrichtigen. Es wird ganz allgemein aus der in OR 722 verankerten Treuepflicht der Verwaltung deren Pflicht zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens angenommen.

Alles im Ausgangspunkt natürlich völlig richtig – und trotzdem ist der vom Bundesgericht gezogene Schluss unzulässig. Es ist eine Verkennung des normativen Regelungsanspruchs dieser dem Gesetz mehr oder weniger direkt zu entnehmenden Normen, wenn man annimmt, dass dieselben unter allen Umständen beobachtet werden wollen. Man muss sich darauf besinnen, dass es nicht Sache des Privatrechts ist, objektiv geltende, d. h. unabhängig vom Willen der Beteiligten Beachtung verlangende, Vorschriften zu geben und eine um ihrer selbst willen Beobachtung heischende Verhaltensordnung aufzustellen; dies ganz im Gegensatz zum Strafrecht, das durch die Statuierung von Strafsanktionen unter Hinzunahme des (wegen seiner Selbstverständlichkeit in Strafgesetzen meist unausgesprochen bleibenden) Satzes, dass die unter Strafe gestellten Verhaltensweisen zu unterlassen sind, das Verhalten der Bürger

objektiv normiert, und dies weitgehend unabhängig vom Willen der Beteiligten, d. h. insbesondere der zu schützenden Personen. Zur Veranschaulichung der Verhältnisse im Privatrecht darf daran erinnert werden, dass der römische Jurist in der praktischen Erfassung des Privatrechts so gut wie ganz auf die Vorstellung der Rechtsnorm und auf die Namhaftmachung objektiver Verhaltensvorschriften verzichtet und sich am Begriff der *actio*, der dem Privatrechtssubjekt in einer konkreten Rechtslage verliehenen Klagemöglichkeit, orientiert, womit er die ganze Privatrechtsordnung nicht als Normordnung, sondern als einen durch die Summe aller Klagemöglichkeiten der Bürger geschaffenen Kosmos versteht. Ihm ist denn auch im Rahmen des Privatrechts die Vorstellung eines gebotenen oder verbotenen Verhaltens, der Begriff der Widerrechtlichkeit, fremd. Verschiedenheit der Betrachtungsweise ist nicht durch Unterschiede in der materiellen Ausgestaltung des Privatrechts, sondern geistesgeschichtlich bedingt. Die dem Aktionendenken entgegengesetzte normativistische Betrachtungsweise kommt in den Jahrhunderten der Aufklärungs- und Naturrechtsphilosophie zu voller Blüte und findet ihren Niederschlag in den grossen Kodifikationen. Dabei wird aber das Abstellen auf die vom Privatrecht dem Bürger zuerkannten Ansprüche von diesem sich in der Aufstellung abstrakter Rechtsgrundsätze äussernden normativen Denken nur überlagert, nicht ersetzt. Beweis dafür ist der Begriff des subjektiven Rechts in allen seinen Erscheinungsformen, der die Funktion erfüllt, die dem Bürger zustehenden Möglichkeiten in einem vorprozessualen Stadium darzustellen und damit die Funktion der *actio* im Rahmen eines normativen Denkens wahrzunehmen¹⁸. Obwohl man in der modernen Privatrechtsdogmatik

¹⁸ Vgl. dazu BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965, passim. – Es darf hier zur Verdeutlichung beigefügt werden, dass das Bestehen subjektiver Rechte, insbesondere auch das Vorliegen von Sacheigentum, nicht als eine unmittelbar wirkende normative Ordnung verstanden werden darf. Die Regel, dass fremdes Eigentum "nicht verletzt" werden dürfe, darf nicht dahin verstanden werden, dass hier eine personunabhängige Verhaltensnorm bestünde. Das Eigentumsrecht wird nur dann verletzt, wenn – was allerdings im Regelfall zu vermuten ist – ein entsprechender, den Eingriff untersagender *Anspruch des Berechtigten* erhoben ist; diesen Zusammenhang sichtbar zu machen, ist u. a. Anliegen meiner Theorie vom subjektiven Recht.

aus Zweckmässigkeitsgründen sicher nicht auf das Aufstellen objektiver Verhaltensregeln verzichten will, muss man sich doch vergegenwärtigen, dass derartige Regeln nur als Metaphern zu verstehen sind, Bedeutung nur im Hinblick auf die aus ihnen abzuleitenden Ansprüche Privater haben können und deshalb nicht als objektive Verhaltensvorschriften im eigentlichen Wortsinn verstanden werden dürfen. Diese Zusammenhänge sind etwas verdeckt im Gesellschaftsrecht, wo infolge der im Normalfall beteiligten Vielzahl von Personen die gesellschaftsrechtlichen Prinzipien den Anschein einer objektiv geltenden, wenn auch nur für die Beteiligten geltenden, Ordnung haben, obwohl auch sie Regeln sind, die nicht um ihrer selbst willen Beachtung fordern, sondern nur die von den Beteiligten zu erhebenden subjektiven Ansprüche abstecken wollen.

Die halb ungeschriebene, halb OR 722 zu entnehmende Regel, dass die Verwaltung für das Vermögen der Gesellschaft zu sorgen, d. h. dieses nach Gesichtspunkten eines "gesellschaftsinternen Egoismus" zu erhalten und nach Möglichkeit zu mehren habe, kann nicht als eine um ihrer selbst willen geltende Verhaltensmaxime verstanden werden, wohl aber als Norm, welche die diese Regel nicht beachtende Verwaltung den Aktionären und den Gläubigern (andere Personengruppen, die Rücksicht fordern könnten, sind nicht zu ersehen) potentiell schadenersatzpflichtig macht. Die Frage, ob man als privatrechtlicher Ratgeber der Verwaltung die Befolgung der Regel empfehlen müsse, erfordert eine differenzierte Antwort: Die Regel ist immer dann zu befolgen, wenn auch bloss entfernt die Gefahr besteht, dass "*etwas passieren*" kann, d. h. dass infolge der Regelmissachtung ein Aktionär oder ein Gesellschaftsgläubiger einen Ersatzanspruch erlangen könnte, was dann ausgeschlossen ist, wenn einerseits die Gesamtheit der Aktionäre das fragliche regelwidrige Verhalten billigt, andererseits infolge der Vermögenslage der Gesellschaft eine Gläubigerschädigung ausgeschlossen werden kann. Es würde ein Verkennen des Wesens des Privatrechts darstellen und reine Phrase sein zu sagen, die regelwidrige, mit Willen der Aktionäre und ohne Möglichkeit der Schädigung der Gesellschaftsgläubiger von der Verwaltung veranlasste Schädigung des Gesellschaftsvermögens sei zwar von keinerlei

privatrechtlichen Sanktionen gefolgt, deshalb als solche aber trotzdem widerrechtlich.

Zustimmen würde ich vom Standpunkt des Privatrechtlers aus dem Bundesgericht in dessen Ablehnung der Anwendung der Regel "volenti non fit iniuria" (BGE 97 IV 15 E. 4). Denn zwar ist es richtig, dass nach der im schweizerischen Recht verwirklichten Organschaftskonzeption der Wille des Verwaltungsrates als Wille der Gesellschaft gilt, indessen wirft man dem Verwaltungsrat mit dem Tatbestand von StrGB 159 gerade vor, dass er einen bestimmten gesellschaftsschädigenden Willen gebildet hat. In gleichem Sinne würde ich auch nicht berücksichtigen, dass die vom Verwaltungsrat geschlossenen Geschäfte privatrechtlich als gültige Rechtsgeschäfte aufzufassen sind, auch wenn er damit sich eigennützig einen Vorteil verschafft, im deutlichsten Fall sich durch die AG eine Schenkung macht¹⁹. Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung setzt nicht zivilrechtliche Ungültigkeit der geschäftsführend geschlossenen Verträge, sondern umgekehrt gerade deren Gültigkeit voraus.

4. Vom Grundsatz, dass der Verwaltungsrat unbeirrt nur das Wohl der Gesellschaft zu verfolgen und das Vermögen vor Schädigungen zu bewahren habe, macht das Bundesgericht in 97 IV 13 nun allerdings vielleicht eine Einschränkung, wird doch gesagt, die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens sei "*mindestens im Umfang des statutarischen Grundkapitals*" Pflicht; auch im weiteren Begründungstext wird immer wieder das statutarische Aktienkapital als Bezugsgrösse in den Vordergrund gestellt, obwohl den interessierten Kreisen nirgends klar zugesichert wird, dass eine vermögensschädigende, aber das Aktienkapital nicht antastende Disposition nicht als ungetreue Geschäftsführung qualifiziert werde (in BGE 85 IV 230/31

¹⁹ Nach allgemeinen Grundsätzen wären derartige Geschäfte nach den für das *Selbstkontrahieren* aufgestellten Missbrauchsschranken ungültig. Interessanterweise hat indessen das Bundesgericht, ganz auf der hier vom Schreibenden vertretenen Linie, in einem älteren, aber nicht überholten Entscheid (50 II 183) festgestellt, dass die Gefahr der Interessenkollision unberücksichtigt bleiben könne, wenn der mit sich selbst kontrahierende Verwaltungsrat gleichzeitig Alleinaktionär sei und keine Gesellschaftsgläubiger beständen. Daraus folgt, dass Schenkungen des Alleinaktionärs an sich selber und andere im Ergebnis ähnlich wirkende Geschäfte unter den genannten Voraussetzungen zivilrechtlich gültig sind.

war von einer derartigen Einschränkung noch nicht die Rede gewesen). Ich glaube nun, dass diese Einschränkung, die in der Tat eine erhebliche Bedeutung hätte und insofern zu begrüssen wäre, als mit ihr auf einfachem Wege Übungen, die in guten und besten schweizerischen Wirtschaftskreisen zum gewohnten Instrumentarium der Konzernpolitik gehören, zu rechtmässigen gemacht würden, zu verwerfen ist aus dem doppelten Grunde, dass sie einerseits *rechtlich nicht zu begründen* ist und andererseits *kriminalpolitisch bedenklich* wäre. Wenn man i. S. der hier abgelehnten Auffassung einen um seiner selbst willen bestehenden Schutz der Interessen der Gesellschaft annehmen will, lässt sich nicht begründen, weshalb dieser Schutz sich in der Erhaltung des Grundkapitals erschöpfen soll, lässt sich doch das Wohlergehen der Gesellschaft nicht aufteilen in einen Anteil, der das Grundkapital erhält, und einen solchen, der darüber hinausgeht. Gegen Gesellschaftsinteressen verstossendes Verhalten ist in dieser hier zugrunde gelegten Sicht in gleichem Mass treulos, ob es nun das Gesellschaftsvermögen im allgemeinen schädige oder das Grundkapital beeinträchtige. In der Sache lassen sich die beiden Dinge oft kaum auseinanderhalten; allbekannt ist, wie schwierig die Bewertung von Aktiven und Passiven sein kann, aus der sich erst ergibt, ob das Aktienkapital angegriffen wird oder nicht (kurzerhand auf die von den Gesellschaftsorganen vorgenommene Bilanzierung abzustellen, würde zum vornherein nicht angehen). Die Verhältnisse sind nur gerade in den atypischen Fällen klar, in denen die Gesellschaft wirtschaftlich inaktiv ist und deshalb ihr Kapital gewissermassen im Spartopf liegt, wie das im vom Bundesgericht beurteilten Fall zutraf²⁰. Die *kriminalpolitische Bedenklichkeit* liegt in der Unklarheit der Verhältnisse, welche die Strafverfolgungsbehörden bei aktiven Gesellschaften vor unlösbare Probleme stellen würde, dann aber auch in der Sache: Der einer Gesellschaft eingeräumte Kredit ist weniger

²⁰ Das sind auch just jene Fälle, bei denen die Gläubiger durch die Anzehrung des Gesellschaftskapitals nicht geschädigt werden können, weil es nämlich gar keine Gläubiger gibt; zum Fall BGE 97 IV 13 ist festzuhalten, dass die Gesellschaftsgläubiger nicht durch das Verhalten des wegen ungetreuer Geschäftsführung verurteilten Verwaltungsrates geschädigt wurden, weil erst durch die Geschäfte des Aktienerwerbers überhaupt Gläubiger erstmals auf den Plan traten.

durch die Höhe des statutarischen Kapitals als den Umfang der vom Publikum der Gesellschaft zugeschriebenen Aktiven bestimmt. Durch eine Verminderung dieser Aktiven kann die Abwicklung hängiger Geschäfte, deren wirtschaftliche Bedeutung als Gewinn- oder Verlustgeschäfte sich noch nicht absehen lässt, entscheidend gefährdet werden, auch wenn aus der derzeitigen Sicht noch nicht von einer Beeinträchtigung des Gesellschaftskapitals gesprochen werden kann.

IV.

1. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Gesetzgeber im Aktienrecht keine objektiven, losgelöst von den Interessen der Beteiligten Geltung beanspruchende Normen aufstellt, deren Verletzung für sich allein bereits Anlass zu einer strafrechtlichen Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsführung oder anderer auf der gleichen Linie liegender Delikte (Veruntreuung, Brandstiftung oder weitere ähnliche; vgl. dazu oben Ziff. II 1) geben könnte. Das Strafrecht muss vielmehr, soweit es dogmatisch auf Zivilrecht abstellt, die zivilrechtlichen Verhältnisse "in complexu" übernehmen und darf sich nicht auf zivilrechtlich vorerst inhaltsleere Formeln stützen wie etwa diejenige, dass die Verwaltung einer AG das Grundkapital zu erhalten und die Interessen der Gesellschaft zu wahren habe, eine Formel, die privatrechtlich je nach den Umständen bald (im Regelfall) verbindlich, bald (in regelwidrigen und hier allein behandelten anderen Fällen) unverbindlich ist. Es wird sich der Strafrichter nicht von der Entscheidung der Frage dispensieren dürfen, ob eine objektiv gegen die "Interessen der Gesellschaft" (um noch einmal diese bloss fiktive Grösse hier zu nennen) verstossende Transaktion geeignet war, nicht zustimmende Mitaktionäre oder Gesellschaftsgläubiger zu schädigen, in welchem Fall ungetreue Geschäftsführung (oder Veruntreuung) angenommen werden darf, bei Verneinung jedoch tatbestandsmässig nicht gegeben ist.

Der Schreiber glaubt, dass das Strafrecht allerdings dort über den vom Privatrecht gezogenen Rahmen hinausgehen kann, insofern

als ungetreue Geschäftsführung usw. bereits auch dann angenommen werden darf, wenn durch die Tat eine unzulässige *Gefährdung* der Interessen von Mitaktionären oder Gläubigern der Gesellschaft geschaffen wurde, ohne dass der Eintritt eines aktuellen Schadens (besonders im Konkurs der Gesellschaft) vorausgesetzt wird, eines Schadens, der naturgemäss Voraussetzung zivilrechtlicher Haftungssanktionen darstellt. Diese m. E. bloss scheinbare Inkonsequenz kann damit begründet werden, dass das Strafrecht im Gegensatz zum Privatrecht nicht bloss eine ex post wirkende Wiedergutmachung zum Gegenstand hat, sondern auch dann eingreifen soll, wenn die Benachteiligung der Beteiligten in einer Gefährdung deren Ansprüche besteht. Die hier vorgeschlagene Grenzziehung zwischen straflosem Verhalten und i. S. StrGB 159 tatbestandsmässiger ungetreuer Geschäftsführung wäre demnach in dem Sinn zu präzisieren, dass Strafbarkeit bereits dann zu bejahen ist, wenn eine Gefährdung der Ansprüche der Gläubiger eingetreten ist, ohne dass diese (im Konkurs der Gesellschaft) auch tatsächlich zu Verlust gekommen sein müssen, sich demnach die gegen die Verwaltung grundsätzlich gegebenen Verantwortlichkeitsansprüche mangels Schadenseintritts nicht aktualisieren²¹.

Grundsätzlich muss es dabei bleiben, dass das Strafrecht dort, wo es auf zivilrechtliche Verhältnisse abstellt, nicht weitergehend als das Zivilrecht Rechtsfolgen aufstellen, d. h. nur dort zum Schutz zivilrechtlicher Ansprüche eingreifen kann, wo das Zivilrecht solche auch zuerkennt. Undenkbar scheint es mir, dass man in grösstem Stil (wie es die Folge der konsequenten Anwendung der hier besprochenen Doktrin wäre) mit dem Tatbestand ungetreuer Geschäftsführung Verhaltensweisen pönalisiert, bei denen eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Handelnden zum vornherein ausgeschlossen werden kann; der – keineswegs zum Schutz der öffentlichen Ordnung, sondern nur um der Wahrung privater

²¹ Dabei hat nach dem Verschuldensprinzip die Beurteilung aus der Lage der Dinge bei Vornahme der fraglichen Transaktion zu erfolgen, d. h. nicht voraussehbare nachträgliche Vermögensverschlechterungen der Gesellschaft haben ausser Betracht zu bleiben, weshalb in BGE 97 IV 13 die nachträglichen Ereignisse unter der Herrschaft des Aktienerwerbers ausser Betracht bleiben müssen.

Interessen willen statuierte – Straftatbestand von StrGB 159 kann grundsätzlich nur in Betracht gezogen werden dort, wo auch beeinträchtigte Interessen der Beteiligten sichtbar und ein privatrechtlicher Schutz dieser Interessen gegeben ist. An sich muss wohl immer noch wahr sein, dass strafrechtlicher Schutz vermutungsweise weniger weit geht als der zivilrechtliche (nur ein Teil privatrechtlicher Ansprüche genießt den strafrechtlichen Schutz, nicht z. B. alle nicht besonders qualifizierten obligatorischen Forderungen), weil die Zuerkennung zivilrechtlicher Ansprüche noch lange nicht heisst, dass deren Verletzung so schwer wiege, um einen öffentlichen Strafanspruch zu rechtfertigen. Diese Relation gelangt hier etwa darin zum Ausdruck, dass aktienrechtliche Verantwortlichkeit bereits durch fahrlässige Schädigung der Gesellschaft ausgelöst wird, während ungetreue Geschäftsführung nach StrGB 159 Vorsatzdelikt ist.

2. Der Schreiber möchte nicht dahin missverstanden werden, mit diesen Ausführungen für eine nachsichtige Behandlung der sog. Wirtschaftskriminalität einzutreten. Die Notwendigkeit einer gegenteiligen Haltung ist jedermann erkennbar. Es kann aber der Sache nur schaden, wenn Grundsätze aufgestellt werden, deren konsequente Anwendung niemand wünscht und die auch praktisch ausgeschlossen ist. Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität heisst nicht Fällung möglichst vieler Strafurteile, sondern Erfassung tatsächlicher Missbräuche. Ich kann es mit dem besten Willen nicht als einen Sieg im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität betrachten, wenn der aus irgendeiner Laune das seiner Gesellschaft gehörende Automobil anzündende Alleinaktionär bestraft wird²².

Zuzugeben ist, dass mit der hier postulierten Differenzierung der Betrachtungsweise die Aufgabe des Strafrichters insofern erschwert

²² BGE 85 IV 230/231; von "Laune" spreche ich hier, weil die unschönen Motive des Täters im fraglichen Fall rechtlich ausser Betracht bleiben müssen. Immer wird hier eine Gefährdung von Gläubigerinteressen als ausgeschlossen vorausgesetzt. – Das Fehlen einer inneren Rechtfertigung des Entscheids wird auch darin sichtbar, dass eine nicht durch Feuer, sondern auf andere Weise bewirkte Vernichtung des Automobils straffrei bliebe (Sachbeschädigung als Antragsdelikt).

wird, als er sich (immer im Hinblick auf das Tatbestandsbeispiel der ungetreuen Geschäftsführung) nicht mit der Feststellung der objektiv gesellschaftsschädigenden Disposition begnügen darf, sondern zusätzlich abzuklären hat, ob dadurch Aktionär- oder Gläubigerinteressen in beschriebenem Sinne beeinträchtigt worden sind. Ich kann darin indessen keine ernsthafte Zusatzschwierigkeit erblicken. Sehr oft wird der Tatbestand leicht nachzuweisen sein, lässt sich doch in der Regel das Vorhandensein nicht zustimmender Aktionäre oder aber gefährdeter Gläubiger leicht erkennen; die Untersuchungsbehörden sind es gewohnt, sich mit wesentlich schwierigeren Problemen konfrontiert zu sehen. Jedenfalls ist diese Zusatzaufgabe wesentlich leichter und nach klareren rechtlichen Richtlinien zu erfüllen als jene, die sich ergäbe, wenn man – i. S. der vom Bundesgericht halbherzig gemachten Einschränkung – den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung auf Fälle der Beeinträchtigung des statutarischen Aktienkapitals beschränken wollte (dazu oben Ziff. III 4). Wie dem aber sei, jedenfalls kann es nicht angehen, einen Straftatbestand unsachgemäss ausweitend zu interpretieren, bloss um dessen Anwendung zu vereinfachen.

3. Einzuräumen ist, dass das Gesellschaftsrecht sowohl Gläubigerschutz wie auch Schutz der Mitaktionäre (im Normalfall Minderheitsaktionäre) in heute kaum mehr erträglichem Umfang vernachlässigt. Dieses sehr weite Feld kann hier nicht betreten werden; Lösungen müssten hinsichtlich des Gläubigerschutzes auf einer von der Durchgriffspraxis gewiesenen Linie des Haftungsdurchgriffs gesucht werden (der unter Berufung auf ZGB 2 der Praxis bereits heute in gewissem Sinne möglich wäre), hinsichtlich des Minderheitenschutzes im hier diskutierten Bereich z. B. durch Zulassung eines Direktanspruchs des verletzten Aktionärs gegen die Verwaltung (anstelle der heute nur möglichen Klage pro societate gemäss OR 755). Wenn ich hier eine Revision des Gesellschaftsrechts dringend wünsche und bedaure, dass die laufenden Reformbestrebungen diese Gesichtspunkte fast ganz beiseite lassen, verspreche ich mir andererseits rein gar nichts von einem helfenden Eingreifen des Strafrechts, dem besonders SCHMID im Bereich des kaufmännischen Gesellschaftsrechts eine bedeutsame Ordnungsfunktion

zuschreibt.²³ Der Beweis ist leicht erbracht etwa mit dem Hinweis, dass, die herrschende – und in diesem Punkt vom Schreibenden keineswegs in Frage gestellte – Konzeption der ungetreuen Geschäftsführung es ohne weiteres zulassen würde, eine Verwaltung zu belangen, die zum Vorteil der Mehrheit eine der Gesellschaft und damit indirekt der Aktionärs-Minderheit abträgliche Gesellschaftspolitik verfolgt, ohne dass ein einziger strafrechtlicher Entscheid bekannt wäre, der in Tatbeständen wie demjenigen des oben Ziff. II 3 genannten kommunalen Elektrizitätswerks die Verwaltung strafrechtlich belangen würde. Dabei handelt es sich um häufige und offenkundige Geschehnisse²⁴.

4. Eine Frage, die volle Aufmerksamkeit verdient, ist diejenige der strafrechtlichen Erfassung von Missbräuchen im Stadium der *Gründungen von Gesellschaften*. Hier scheint mir Art. 152 StrGB (unwahre Angaben über Handelsgesellschaften und Genossenschaften) Möglichkeiten zu bieten, die vielleicht noch nicht voll ausgeschöpft sind. Neben den einfachen Fällen, bei denen das Liberierungskapital oder die Sacheinlage nicht zur freien Verfügung der Gesellschaft steht und damit wirtschaftlich wertlos ist, könnten vielleicht doch auch Tatbestände wie der in BGE 97 IV 13 beurteilte erfasst werden, bei denen zwar keine Pflicht der gegründeten Gesellschaft, wohl aber im voraus die Absicht²⁵ bei den Gründern besteht, das Gründungskapital wiederum zu entziehen. In anderen Fällen dürfte der Betrugstatbestand, StrGB 148, erfüllt sein.

Man muss aber auch die *sachimmanenten Schranken* sehen, die als Kehrseite der privaten Freiheit der Gestaltung der Verhältnisse hinzunehmen und nicht zu vermeiden sind. Wollte man, wie in der Literatur teilweise gefordert²⁶, tatsächlich die bloss pro forma und

²³ SCHMID in SAG 1974 103.

²⁴ Jeder Anwalt wird im übrigen bestätigen, dass es fast immer zu einem Misserfolg führt, wenn man hofft, durch Ingangsetzen eines Strafverfahrens Ordnung in privatrechtliche Verhältnisse zu bringen.

²⁵ Die im Falle von BGE 97 IV 13 auch leicht zu beweisen war; der als Sacheinlage eingebrachte Schuldbrief gehörte nicht dem Gründer, sondern einem Dritten und war diesem zurückzuerstatten.

²⁶ Vgl. SCHMID in ZStrR 87 256/257.

ohne eigenen Beteiligungswillen erfolgte Mitwirkung von Aktionären bei der Gründung (die nach dem Gründungsakt die Aktien auf den beherrschenden Aktionär übertragen) pönalisieren, wäre nicht nur in der Sache nichts gewonnen (die Beteiligung von sachlich desinteressierten Minderheitsaktionären ist nicht im geringsten ein Schutz gegen irgendwelche Missbräuche), sondern es wären auch leicht die Verhältnisse so zu gestalten, dass eine Bestrafung ausser Betracht fällt (Belassung einer treuhänderischen Minimalbeteiligung bei den sog. Strohmännern). Ähnlich bei der Verhinderung des Handelns mit sog. Aktienmänteln, der sehr schwer gegen zulässige Verhaltensweisen abzugrenzen wäre (und wo es insbesondere leicht wäre, in eine strafrechtlich nicht fassbare "Grauzone" auszuweichen). Es muss hier daran erinnert werden, dass der Verkauf einer nicht bloss vermögenslosen, sondern sogar überschuldeten Gesellschaft nicht selten praktiziert wird und nicht verwerflich zu sein braucht, vielmehr vielleicht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger liegt²⁷.

V.

In *Zusammenfassung* der hier skizzierten Überlegungen wäre vor allem festzuhalten, dass privatrechtliche, insbesondere gesellschaftsrechtliche Grundsätze keine Grundlage dafür abgeben, gegen Gesellschaftsinteressen verstossende und damit das Gesellschaftsvermögen beeinträchtigende Dispositionen der Verwaltung wegen ungetreuer Geschäftsführung oder Veruntreuung zu pönalisieren, wenn das Vorgehen der Verwaltung einerseits durch den Willen aller Aktionäre gedeckt ist²⁸, andererseits aber auch eine

²⁷ Das Interesse am Erwerb kann z. B. aus fiskalischen Rücksichten – etwa Verrechnungsmöglichkeit der von der erworbenen Gesellschaft erlittenen Verluste – folgen.

²⁸ Ist eine beeinträchtigte Aktionärsminorität mit echten eigenen Interessen vorhanden, dürfte – entgegen einer heute leider allzu zurückhaltenden Praxis – dies als Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung verstanden werden. Als Deliktsbetrag würde allerdings nur die der Minoritätsbeteiligung entsprechende Quote des treuwidrig der Gesellschaft entzogenen Vermögenswerts zu betrachten sein.

Gefährdung von Gläubigeransprüchen ausgeschlossen werden kann. Einmal ist die Vorstellung eines selbständigen (d. h. losgelöst von den Gesellschaftern festzustellenden) Gesellschaftsinteresses eine Fiktion ohne jeden Gehalt, zweitens ist es eine sich im Gesellschaftsrecht zusehends durchsetzende Auffassung, dass in bestimmten Fällen die selbständige Rechtspersönlichkeit von Aktiengesellschaften ausser Betracht bleiben muss (sog. Durchgriff), und drittens gibt es im Gesellschaftsrecht keine objektiven Verhaltensnormen, die in jedem Fall und ohne Rücksicht auf die im Spiele befindlichen Interessen Geltung beanspruchen oder gar deren strafrechtliche Sanktionierung fordern würden.

Nicht zu behandeln war hier die Frage, welche Auswirkungen eine strafrechtliche Konzeption haben würde, welche eine autonome, d. h. von der privatrechtlichen Sicht abstrahierende, strafrechtliche Umschreibung der fraglichen Straftatbestände vornimmt. Vermutungsweise müssten ähnliche Gesichtspunkte wie die hier vorgeschlagenen Kriterien (Gefährdung von Interessen der Mitaktionäre oder der Gesellschaftsgläubiger) in Betracht gezogen werden.

Aus der hier vertretenen Auffassung sollte sich keine ins Gewicht fallende Erschwerung der Strafverfolgung ergeben, wenn auch zum Nachweis des Tatbestandes zusätzlich im genannten Sinn der Nachweis einer Interessengefährdung hinzutreten muss. Als rechtlich nicht begründbar und kriminalpolitisch bedenklich wurde hier abgelehnt eine Auffassung, welche allenfalls die Tatbestände der ungetreuen Geschäftsführung oder der Veruntreuung auf Fälle der Beeinträchtigung des Aktienkapitals beschränken wollte.

Gegen die in neueren Bundesgerichtsentscheidungen entwickelte Auffassung wurde hier Stellung bezogen, weil sie Grundsätze aufstellt, für deren konsequente Anwendung insbesondere im Konzernrecht weder kriminalpolitischer Anlass noch auch bloss praktisch-politische Möglichkeit besteht. Eine höchstrichterliche Auffassung, die ein in grossem Umfang geübtes Verhalten zum strafbaren macht, ohne dass erfahrungsgemäss eine Strafverfolgung durchgeführt wird, muss aus rechtsstaatlichem Blickwinkel als bedenklich erscheinen, schafft bei den beteiligten Kreisen Rechtsunsicherheit

und muss der Achtung vor dem Strafrecht Abbruch tun.

Es sollte hier gezeigt werden, dass das Strafrecht seiner Aufgabe am besten gerecht wird, wenn es sich nicht auf den Schutz formaler Prinzipien ausrichtet, sondern die zu schützenden materialen Rechtsgüter im Auge behält.