

Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Delegation von Kompetenzen durch den Verwaltungsrat¹

ZStrR-2002-1

Andreas Donatsch , Zürich/Unterengstringen

1. Einleitung

Zunehmend werden Verhaltensweisen von Entscheidungsträgern — regelmässig vor oder parallel zu einer allfälligen Verantwortlichkeitsklage²— daraufhin untersucht, ob sich ein Verwaltungsrat oder ein Vertreter des Managements der ungetreu-

ZStrR-2002-2

en Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 StGB schuldig gemacht haben könnte. Für die Geschädigten kann das Strafverfahren dazu dienen, einerseits die Beweise für die auch zivilrechtlich relevanten Umstände von Amtes wegen erheben zu lassen sowie andererseits auf den Angeschuldigten Druck auszuüben, in einen Vergleich einzuwilligen oder seinerseits den Druck an seine Versicherung weiterzugeben. Das Risiko einer strafrechtlichen Haftbarmachung ist in vielen Unternehmen erkannt worden. Im Falle eines Normverstosses ist zum einen damit zu rechnen, dass die Entscheidungsträger strafrechtlich verfolgt werden und damit dem Unternehmen zumindest zeitweise nicht mehr zur Verfügung stehen. Von erheblich grösserer Bedeutung dürfte jedoch sein, dass derartige Verhaltensweisen durch die Medien publik gemacht und in der Gesellschaft zunehmend schärfer missbilligt werden. Damit besteht die erhebliche Gefahr einer Beeinträchtigung des Firmenimages.

2. Zum Adressatenkreis des Treubruchstatbestands in der Aktiengesellschaft

2.1 Funktion und Stellung des potentiellen Täters

2.1.1 Geschäftsführer

Die Anwendung des Treubruchstatbestands setzt voraus, dass dem Täter seitens des Vermögensinhabers ein hohes Mass an Selbständigkeit mit Bezug auf die Verwaltung des betreffenden fremden Vermögens zugestanden wird. Im vorliegenden Zusammenhang kommt einzig die Aktiengesellschaft als Vermögensinhaberin in Frage. Da sie eine juristische Person ist,

kann zwischen ihr und ihren Organen kein tatsächliches, sondern lediglich ein gestützt auf Gesetz und Statuten fingiertes «Vertrauensverhältnis» bestehen.

Generell kommt die Selbständigkeit darin zum Ausdruck, dass der Vermögensfürsorgepflichtige grundsätzlich eigenständig verfügen kann, und zwar nicht nur über unerhebliche Vermögenswerte, sondern über das gesamte Vermögen oder aber zumindest über wesentliche Bestandteile desselben³. Das ist dann der Fall, wenn sich aufgrund der tatsächlichen Umstände und der rechtlichen Verhältnisse sagen lässt, der Vermögensfürsorgepflichtige könne den Vermögensinhaber mit Bezug auf das verwaltete Vermögen nach aussen und innen in leitender Stellung ver-

ZStrR-2002-3

treten. Für die Selbständigkeit spricht die Unterschriftenberechtigung mit Bezug auf das zu verwaltende Vermögen. Letzteres äussert sich etwa in der Verfügungsberechtigung über Guthaben oder darin, dass der Vermögensverwalter in eigenverantwortlicher Weise über Personal und Sachmittel entscheiden kann. Sodann kann das Ausmass der Freiheit bei der Organisation der eigenen Tätigkeit als Indiz für oder gegen die Selbständigkeit des Vermögensverwalters erachtet werden. Allein der Umstand, dass ein Vermögensverwalter bei seiner Tätigkeit generelle Weisungen zu beachten hat, vermag an seiner Selbständigkeit nichts zu ändern. Nur wenn er durch Weisungen derart eingeschränkt ist, dass ihm lediglich ein sehr eingeschränkter Handlungsspielraum bei der Verwaltung des Vermögens verbleibt, ist die für die Täterschaft des Treubruchstatbestandes vorausgesetzte Sondereigenschaft zu verneinen. Generell kommen solche Personen als potentielle Täter von Art. 158 Ziff. 1 StGB nicht in Betracht, denen keine Entscheidungsbefugnisse zukommen.

Zufolge der Erfordernisse der Selbständigkeit und Eigenständigkeit kommen als potentielle Täter des Treubruchstatbestands bei der Aktiengesellschaft diejenigen natürlichen Personen in Frage, welche die Aktiengesellschaft vertreten. Zur Vertretung der Aktiengesellschaft berechtigt sind nach der gesetzlichen Grundordnung gemäss Art. 718 Abs. 1 OR die Mitglieder des Verwaltungsrats, und dies selbst dann, wenn es sich lediglich um fiduziarische Verwaltungsräte bzw. «Strohleute»⁴ handelt, jedenfalls sofern diese nicht als blosse Werkzeuge erachtet werden können⁵. Das Vertretungsrecht der Mitglieder des Verwaltungsrats kann eingeschränkt, nicht aber vollständig entzogen werden. Sodann besteht gestützt auf Art. 718 Abs. 2 OR die Möglichkeit, Direktoren mit der Vertretung der Gesellschaft zu betrauen. Weiter können durch den Verwaltungsrat in Anwendung von Art. 721 OR ernannte Prokuristen und andere Vertretungsberechtigte für die AG handeln. Zu den Adressaten des Treubruchstatbestandes gehören weiter insbesondere die Liquidatoren, die zwar Mitglieder des Verwaltungsrats sein können, jedoch nicht notwendigerweise sein müssen⁶. Schliesslich kommt dem im Falle eines Konkursaufschiebs durch den Richter ernannten Sachwalter die Stellung eines Vermögensverwalters im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB zu⁷. Zu beachten ist, dass als Täter des Treubruchstatbestandes auch solche Personen in Frage kommen, welche als materielle Organe zu qualifizieren sind. Bei diesen handelt es sich um Personen, welche zwar keine formellen Organe sind, jedoch Entscheide treffen, welche diesen vorbehalten sind⁸, bzw. um solche Personen, bei denen

ZStrR-2002-4

mit Dulden der Aktiengesellschaft der Anschein einer Organstellung erweckt wird⁹. Ob stille Verwaltungsratsmitglieder formellen Organstatus haben, ist umstritten¹⁰, im vorliegenden Zusammenhang letztlich nicht entscheidend, weil sie jedenfalls als faktische Organe haftbar gemacht werden können. Wenn in der Folge von Organen die Rede ist, sind damit nicht die funktionellen Zentren der Gesellschaft — Generalversammlung, Verwaltungsrat und Revisionsstelle — gemeint, sondern diejenigen Funktionäre der Gesellschaft, welche im verantwortlichkeitsrechtlichen Sinne nach Art. 754 OR als Verwaltungs- und Geschäftsführungsorgane gelten.

Beispiele:

Als faktisches Organ kann der Mehrheitsaktionär erachtet werden, der sich in die Geschäftsführung einmischt.

Faktische Organe können die formellen Organe der Konzerngesellschaft sein, die in der Geschäftsführung einer Tochtergesellschaft aktiv werden.

Zur Beantwortung der Frage, ob die Person, welche für eine Aktiengesellschaft gehandelt hat, als Täterin des Treubruchstatbestandes in Frage kommt, ist zu prüfen, ob diese die Gesellschaft oder einzelne Teilbereiche derselben in leitender Stellung und selbständig mit Bezug auf wesentliche Bestandteile des Vermögens vertreten kann. Dies trifft in erster Linie für das geschäftsführende Organ zu.

Wer in untergeordneter Stellung¹¹ bei der Betreuung von Vermögensinteressen mitwirkt oder lediglich als Berater für die Verwaltung beigezogen wird, kommt daher als Täter des Treubruchstatbestands nicht in Betracht. Die aktienrechtliche Praxis zur Unterscheidung zwischen Organen und übrigen in der Aktiengesellschaft tätigen Personen¹² ist jedenfalls aus strafrechtlicher Sicht nicht sehr hilfreich, wurde dazu doch entschieden, als Geschäftsführer in verantwortlichkeitsrechtlichem Sinne könnten nur Personen gelten, welche «der obersten Leitung der Gesellschaft, der obersten Schicht der Hierarchie»¹³ zuzurechnen seien. Im selben Jahr hat das Bundesgericht jedoch auch festgehalten, als Geschäftsführer könne erachtet werden, wer «Geschäfte abwickelt und Entscheide trifft, welche nicht mehr zur Routine des Alltagsgeschäfts gehören, sondern von unternehmerischer Bedeutung sind»¹⁴.

ZStrR-2002-5

Beispiele:

Nicht nur das geschäftsführende Organ, sondern beispielsweise auch der Abteilungsleiter einer Aktiengesellschaft kann Geschäftsführer sein, falls er sich im Rahmen der Geschäfte dieser Abteilung in relativer Freiheit organisieren¹⁵ kann. Entsprechend kann der Direktor des Lebensmittel- und Getränkebereichs eines Kaufhauses Geschäftsführer sein, wenn er das Sortiment bestimmen, über das Personal disponieren, die Gesellschaft in diesem Bereich berechtigen und verpflichten kann. Indiz hierfür kann der Umstand Verfügungsberechtigung über Bank- und Postguthaben sein¹⁶.

Der Mehrheitsaktionär, welchem in seiner AG formell zwar keine Organstellung zukommt, der jedoch aufgrund seiner beherrschenden Stellung den geschäftsführenden Verwaltungsrat durch eine entsprechende Anordnung dazu bringt, von der AG erbrachte Leistungen ihm gegenüber nicht in Rechnung zu stellen, macht sich als Täter des Treubruchstatbestands strafbar.

Entgegen einem bundesgerichtlichen Entscheid ¹⁷fehlt demgegenüber dem kollektiv zeichnungsberechtigten Mitglied der Geschäftsführung die notwendige Selbständigkeit. Ihm wird das diese Stellung kennzeichnende Vertrauen gerade nicht entgegengebracht. Hingegen können zwei kollektiv zeichnungsberechtigte Mitglieder der Geschäftsführung gemeinsam als Täter des Treubruchstatbestandes in Frage kommen. Wer lediglich berät, hat nicht die Stellung eines Geschäftsführers ¹⁸. Entsprechend gehören der externe Sanierer oder der Anwalt im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer klassischen Tätigkeit nicht zum Kreis der potentiellen Täter des Treubruchstatbestands, es sei denn, ihnen komme die Stellung eines faktischen Organs zu.

Obwohl sich die organschaftliche Stellvertretung in ihrer rechtlichen Ausgestaltung von der bürgerlichen Stellvertretung unterscheidet, können die Regeln des bürgerlichen Stellvertretungsrechts gemäss Art. 32 ff. OR dennoch analoge Anwendung finden. Weil im vorliegenden Zusammenhang ausschliesslich potentiell unerlaubte Handlungen zur Diskussion stehen, ist ohnehin nicht von Belang, dass der bürgerliche Stellvertreter den Vertretenen nur durch erlaubtes Handeln bindet, während der organschaftliche Vertreter — anders würde es sich beim Prokuristen verhalten — die Gesellschaft gemäss Art. 718a Abs. 1 OR immer dann zu binden vermag, wenn er erstens im Namen der Gesellschaft handelt und die Handlung zweitens nicht geradezu durch den Gesellschaftszweck ausgeschlossen ist.

2.1.2 Aufsichtsorgan

In der Aktiengesellschaft ist der Verwaltungsrat gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR zur Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen verpflichtet. Gemeint ist damit nicht etwa notwendigerweise die laufende Beaufsichtigung der mit

ZStrR-2002-6

der Geschäftsführung betrauten Personen, sondern die Gewährleistung einer Überwachung und der Berichterstattung über die Ergebnisse dieser Überwachung.

Beispiel:

Der Revisor gehört trotz seiner Prüfungspflichten nicht zum potentiellen Täterkreis des Treubruchstatbestands, weil er einerseits gemäss Art. 727c Abs. 1 OR vom Verwaltungsrat und einem allfälligen Mehrheitsaktionär unabhängig ist und andererseits grundsätzlich nur zu prüfen und Bericht ¹⁹sowie allenfalls Anzeige ²⁰zu erstatten, nicht aber selbst Entscheide zu fällen hat ²¹. Zwar kennt dieser Grundsatz zwei Ausnahmen, nämlich die subsidiäre Pflicht zur Einberufung der Generalversammlung ²² und die im Sinne einer ultima ratio vorgesehene Pflicht zur Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung ²³, jedoch vermögen diese beiden Pflichten nichts daran zu ändern, dass der Revisor nicht zum Täterkreis des Treubruchstatbestands gehört. Er kann sich unter gewissen Umständen höchstens als Teilnehmer an der ungetreuen Geschäftsbesorgung eines anderen strafbar machen ²⁴, dies jedoch nur dann, wenn die ungetreue Geschäftsbesorgung im Zeitpunkt der Revision noch nicht vollendet ist.

2.2 Auf Dauer angelegtes Verhältnis

Grundsätzlich ist das Verhältnis zwischen dem Geschäftsführer bzw. Aufsichtsorgan und der Aktiengesellschaft auf Dauer angelegt. Die Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrats beträgt nach dispositivem Recht drei Jahre (Art. 710 Abs. 1 OR). Es kann jedoch auch eine längere oder kürzere Amtsdauer vorgesehen sein. Auch die Mitglieder des Managements werden regelmässig nicht nur für eine von vornherein begrenzte kurze Dauer angestellt.

Beispiele:

Als Beispiel für eine Ausnahme von einem auf Dauer angelegten Verhältnis lässt sich die Konstellation anführen, in der nach einem Rücktritt aus dem Verwaltungsrat für den kurzen Rest der Amtsdauer ein neues Mitglied desselben gewählt wird.

Kein Geschäftsführer ist in der Regel, wer als Vertreter ausschliesslich einen Vertrag abzuschliessen und dessen Vollzug zu gewährleisten hat, auch wenn es dabei um erhebliche Geldbeträge gehen sollte. In einem derartigen Fall ist der Missbrauchstatbestand zu prüfen.

ZStrR-2002-7

2.3 Vermögensverwaltung bzw. -beaufsichtigung als typischer Inhalt des Vertragsverhältnisses

Damit eine für die AG handelnde Person Täterin des Treubruchstatbestandes sein kann, muss die Fürsorge für das Vermögen dieser Gesellschaft zum typischen und wesentlichen Inhalt des Vertragsverhältnisses gehören²⁵.

Beispiel:

Wer dafür zu sorgen hat, dass die elektrischen Anlagen eines Gebäudes und damit auch die zum Schutze einer kostbaren Bildersammlung installierte spezielle Alarmanlage optimal funktioniert, ist kein Vermögensverwalter, auch wenn er berechtigt ist, die Aktiengesellschaft mit Blick auf die Instandhaltung der elektrischen Anlagen nach aussen und innen in selbständiger Position zu vertreten. Der typische Inhalt des betreffenden Vertrages liegt nicht in der Vermögensverwaltung.

3. Pflichtinhalt und Pflichtwidrigkeit des Verhaltens

3.1 Grundsatz

Das tatbestandsmässige Verhalten besteht in der Verletzung von Rechtspflichten, deren Beachtung dem Verantwortlichen in seiner Funktion als Aufsichtsorgan oder Geschäftsführer, d.h. im Zusammenhang mit der ihm für die Aktiengesellschaft obliegenden Fürsorgepflicht für deren Vermögen, obliegt. Massgebend ist demnach, ob die Pflicht, deren Verletzung mit Blick auf den Treubruchstatbestand geprüft wird, von ihrem Schutzzweck her als Ausfluss der Schutzgarantenstellung zu Gunsten des zu verwaltenden, fremden Vermögens erachtet werden kann. Insofern setzt die Annahme einer strafrechtlich relevanten Pflichtverletzung die Feststellung eines ausserstrafrechtlichen, nämlich eines zivil- oder allenfalls verwaltungsrechtlichen Pflichtverstosses voraus. Das tatbestandsmässige Verhalten kann sowohl in einem Tun als auch

in einem Unterlassen bestehen, Letzteres, sofern das Schweigen zivil- oder verwaltungsrechtlich in seiner Wirkung einer positiven Erklärung gleichgestellt ist.

Beispiel:

Das tatbestandsmässige Verhalten kann darin bestehen, dass der Geschäftsführer auf ein unzutreffendes Bestätigungsschreiben oder auf einen falschen Saldoauszug einer Bank (falls Schweigen gemäss den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank als Saldoanerkentnis gilt) aus sachlich nicht nachvollziehbaren Gründen nicht reagiert.

ZStrR-2002-8

Daraus folgt, dass sich nur bestimmte, keineswegs aber alle Verletzungen obligatorischer Verpflichtungen finanzieller Art unter den Tatbestand subsumieren lassen²⁶. Die massgebenden Pflichten sowie deren Schutzzweck können sich aus gesetzlichen Bestimmungen, aber auch aus Vertrag, aus Statuten, Reglementen oder Generalversammlungsbeschlüssen ergeben. Welches der Inhalt dieser Pflichten ist und dementsprechend auch, ob gegen sie verstossen worden ist, muss anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls geklärt werden²⁷. Selbst wenn eine zivilrechtliche Norm verletzt ist, welche dem Schutz des Vermögens der Aktiengesellschaft dient, ist diese nicht in jedem Fall als strafrechtlich relevante Pflichtwidrigkeit zu qualifizieren, so beispielsweise im Falle von Kausalhaftungen.

Bei der Frage nach dem im Einzelfall zu beachtenden Pflichtinhalt und damit, ob ein bestimmtes Verhalten pflichtgemäss oder pflichtwidrig sei, ist generell — d.h. sowohl im Zivil- wie Strafrecht — zu beachten, dass in einer Aktiengesellschaft wenn nicht alle, so doch sehr viele Geschäfte mit finanziellen Risiken verbunden sind. Das Eingehen derartiger Risiken kann nicht allein deshalb pflichtwidrig sein, weil und soweit der Aktiengesellschaft daraus zu einem späteren Zeitpunkt ein Schaden erwachsen kann und vielleicht tatsächlich erwächst²⁸. Vielmehr ist ausschliesslich aus dem Gesichtswinkel ex ante aufgrund der im Handlungszeitpunkt bestehenden Sachlage und der damals möglichen Prognosen zu bestimmen, ob die eingegangenen Risiken gesetzlichen Normen und/oder gültigen Vereinbarungen bzw. Weisungen zuwiderlaufen. Generell liegt im Umstand in einer offensichtlich unvernünftigen bzw. dem Prinzip des «good faith» zuwiderlaufenden Entscheidung mit Schädigungstendenz ein Indiz für die Pflichtwidrigkeit des betreffenden Verhaltens²⁹. Ein pflichtwidriges Handeln kann in Rechtsgeschäften zum Ausdruck kommen, aber auch in einer unzulässigen Verfügung über Arbeitskräfte und Betriebsmittel bestehen. Die Tatbestandsvariante des Zulassens des Schadenseintrittes kann darin liegen, dass der Täter davon absieht, günstige Offerten zu nutzen oder für die Erhaltung von Gütern zu sorgen, sofern er dazu verpflichtet gewesen wäre. Ausserdem werden durch diese Umschreibung allfällige Aufsichtsorgane erfasst, die nicht gegen die pflichtwidrige Vermögensverwaltung durch den ihnen unterstellten Geschäftsführer einschreiten.

ZStrR-2002-9

Im Vordergrund stehen Pflichtverletzungen, bei denen — untechnisch ausgedrückt³⁰ — Vermögenswerte der an sich gewinnstrebigen Aktiengesellschaft ohne angemessene Gegenleistung, bzw. — was regelmässig auf dasselbe hinausläuft — ohne dass dies im Interesse der Gesellschaft läge, an Dritte übertragen werden. Ob diese buchungstechnisch ausgewiesen

sind und offen deklariert werden oder nicht, spielt im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle. Die Annahme einer Pflichtverletzung setzt im Hinblick auf Art. 158 Ziff. 1 StGB überdies nicht voraus, dass ein «offensichtliches » Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung «sowie zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft» im Sinne von Art. 678 Abs. 2 OR besteht. Hingegen kann eine Pflichtverletzung in derartigen Fällen nur dann angenommen werden, wenn der Verfügende seine Vollmacht überschreitet³¹. Somit kann es pflichtwidrig sein, wenn ohne Grund Schenkungen oder gemischte Schenkungen getätigt werden, wenn auf die Einziehung von Forderungen oder die Realisierung eines Gewinnes verzichtet wird, wenn Sachen oder Leistungen ohne Grund zu einem überhöhten Preis erworben oder Arbeiten an den teuersten Offerenten vergeben werden oder wenn ohne entsprechende Sicherheiten riskante Darlehen gewährt oder Bürgschaften eingegangen werden. Eine Pflichtverletzung liegt regelmässig auch dann vor, wenn der Vermögensverwalter gewissermassen sich selbst «beschenkt», beispielsweise indem er sich abmachungswidrig klar übersetzte Entschädigungen auszahlt oder mit dem Vermögen im eigenen Interesse Spekulationsgeschäfte tätigt. Eine Pflichtverletzung kann jedoch auch vorliegen, obschon der Vermögensverwalter nicht Dritten — inklusive sich selbst — grundlos Vermögenswerte zukommen lässt, so z.B. wenn er für die Aktiengesellschaft entgegen den Interessen der Gesellschaft hochspekulative Börsengeschäfte tätigt.

Beispiele:

Der Geschäftsführer zahlt das Darlehen, welches zur Liberierung der Aktien verwendet worden ist, unmittelbar nach der Gründung der Aktiengesellschaft zu Lasten derselben zurück.

Der zuständige Geschäftsführer der Aktiengesellschaft tätigt hochriskante Geschäfte mit Optionen, obschon gemäss Weisung des Verwaltungsrats lediglich konservative Anlagen zulässig gewesen wären, wodurch die Gesellschaft geschädigt wird³². Keine Pflichtverletzung liegt demgegenüber vor, wenn der Geschäftsführer im Rahmen der Weisung und gestützt auf seine dem üblichen Standard entsprechenden Abklärungen Aktien kauft, selbst wenn die Gesellschaft damit in der Folge einen Totalverlust erleidet.

ZStrR-2002-10

Der geschäftsführende Verwaltungsrat setzt das durch die Aktiengesellschaft entlohnte Personal zu Gunsten einer anderen Unternehmung oder für sich selbst ein, ohne seiner Gesellschaft den Gegenwert der geleisteten Arbeiten zukommen zu lassen³³. Der Geschäftsführer schliesst ein für die Aktiengesellschaft vorteilhaftes Geschäft nicht für diese, sondern in eigenem Namen und auf eigene Rechnung ab, wodurch der Aktiengesellschaft ein beträchtlicher Gewinn entgeht³⁴.

Der Geschäftsführer schliesst einen Vertrag zu einem Preis ab, in welchem ein Aufschlag enthalten ist, den der Geschäftspartner an den Geschäftsführer zu überweisen hat.

Der Geschäftsführer gewährt einem Dritten unter Eingehung unüblich hoher Risiken zu Lasten der Aktiengesellschaft Bankgarantien oder Bürgschaften³⁵. Der Geschäftsführer schliesst trotz einer für die Aktiengesellschaft gewinnbringenden Offerte mit dem Offerenten aus unsachlichen Gründen keinen Vertrag ab, obschon die Mehrung des Vermögens zu seinen Pflichten gehört.

Der Geschäftsführer unterlässt es, der Gesellschaft gehörende Geräte oder Waren zu unterhalten, weshalb diese übermässig an Wert verlieren³⁶. Der Geschäftsführer zieht der Aktiengesellschaft geschuldete Beträge ohne nachvollziehbaren Grund nicht ein³⁷.

Der Geschäftsführer schreitet nicht ein, obschon er davon Kenntnis hat, dass sein Untergebener Gelder der Aktiengesellschaft veruntreut³⁸.

Auf jeder Stufe trifft den Verwaltungsrat bzw. den Geschäftsführer nicht nur die Pflicht, die Vermögensinteressen seiner Gesellschaft bei der konkreten Ausübung seiner eigenen Geschäftstätigkeit zu beachten, sondern auch, die Tätigkeit der ihm unterstellten Personen zu überwachen und, wo nötig, einzuschreiten, um allfälligen Schaden von der Gesellschaft abzuwenden.

3.2 Pflichten des Verwaltungsrats unter Berücksichtigung der Möglichkeiten einer Kompetenzdelegation

3.2.1 Ausgangslage

Grundsätzlich führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft (Art. 716 Abs. 2 OR), wobei die Befugnis zur Vertretung der Aktiengesellschaft jedem Verwaltungsrat einzeln zusteht (Art. 718 Abs. 1 OR). Der Verwaltungsrat kann jedoch die Geschäftsführung delegieren. Er kann dies gemäss Art. 716b Abs. 1 OR an

ZStrR-2002-11

einzelne seiner Mitglieder (Delegierte) tun. Möglich ist beispielsweise die Bildung eines «audit committee»³⁹, welches das Finanzwesen zu beaufsichtigen hat und zu diesem Zweck insbesondere auf die Berichte der internen und externen Revision abstellt. In der Praxis kommen weiter etwa Strategie-, Personal- oder Organisationsausschüsse vor. Der Verwaltungsrat kann die Geschäftsführung aber auch an Dritte (Direktoren) delegieren. Die Delegation ist jedoch weder horizontal (Delegierte des Verwaltungsrats) noch vertikal (Direktoren) unbegrenzt möglich. Ihr werden Grenzen durch Art. 716a OR gezogen mit der Umschreibung der als unübertragbar und unentziehbar bezeichneten Aufgaben des Verwaltungsrates.

Falls der Verwaltungsrat in zulässigem Umfang von der Kompetenz zur Delegation an Direktoren Gebrauch macht, liegt das Schwergewicht seiner Aufgaben in der Aufsichtstätigkeit. Der Verwaltungsrat hat jedoch selbst in dieser Konstellation Aufgaben zu erfüllen, welche zur Geschäftsführung zu zählen sind. Bei diesen kann es mitunter schwierig sein, zwischen Geschäftsführer- und Aufsichtstätigkeit zu unterscheiden. In ganz besonderem Masse ergeben sich Abgrenzungsprobleme, wenn der Verwaltungsrat eine Aufgabe an einen hauptverantwortlichen Geschäftsführer delegiert, welcher gleichzeitig Mitglied des Verwaltungsrats ist. In einer solchen Konstellation hat dieser Geschäftsführer nach der gesetzlichen Regelung als Verwaltungsrat die Pflicht, seine Geschäftsführertätigkeit selbst zu überwachen, was wohl kaum in effizienter Weise realisierbar ist. Unter dem Blickwinkel des Strafrechts ist das allerdings nur von untergeordneter Bedeutung, weil die Verletzung einer Geschäftsführer- wie auch einer Aufsichtspflicht im Rahmen von Art. 158 Ziff. 1 StGB im Grundsatz gleich behandelt werden.

In formeller Hinsicht setzt die Delegation von Aufgaben und Kompetenzen neben der Zustimmung der Generalversammlung und der Verankerung in den Statuten voraus, dass die Delegation in einem Organisationsreglement geregelt wird⁴⁰. Zu beachten ist schliesslich, dass die Vertretungsbefugnis nicht vollständig delegiert werden kann. Ein Mitglied des Verwaltungsrats

allein — oder mehrere Mitglieder mit Kollektivunterschrift — müssen in jedem Fall zur Vertretung der Gesellschaft befugt bleiben (Art. 718 Abs. 3 OR).

3.2.2 Zuweisung delegierbarer Aufgaben an Dritte

Delegiert der Verwaltungsrat Organfunktionen an einen Dritten mit Geschäftsführerstellung, so hat dies im Rahmen der gültigen Delegation und der faktischen Übernahme der Kompetenz durch den Delegationsempfänger eine weitgehende Haftungsbefreiung in zivilrechtlicher und damit auch in strafrechtlicher Hinsicht zur Folge. Voraussetzung der Haftungsbefreiung ist gemäss Art. 754 Abs. 2 OR lediglich, dass dem Delegierenden nicht vorgeworfen werden kann, bei der Auswahl,

ZStrR-2002-12

Unterrichtung und Überwachung des Delegationsempfängers pflichtwidrig gehandelt zu haben. An die Stelle unmittelbarer Handlungsverpflichtungen tritt somit die Pflicht und Verantwortlichkeit betreffend die Leitung und Aufsicht⁴¹. Im Falle pflichtwidrigen Verhaltens kann sich nunmehr jedoch diejenige Person strafrechtlich haftbar machen, an welche die betreffenden Aufgaben delegiert worden sind⁴². Bei der Bemessung des Pflichtinhalts im Zusammenhang mit Delegationen ist davon auszugehen, dass der Verwaltungsrat und ebenso die Angehörigen des Managements Aufgaben nicht nur delegieren dürfen, sondern dass sie dies oftmals auch tun müssen⁴³. Häufig kann sich das Organ ausschliesslich durch eine zweckmässige Delegation von Aufgaben den notwendigen Freiraum verschaffen, den zentralen Aufgaben und Problemen der Aktiengesellschaft in ausreichender Weise die gebührende Aufmerksamkeit zu widmen.

3.2.3 Grenzen der zulässigen Delegation

a) Nicht delegierbare Aufgaben

Wie bereits erwähnt, ist dem Verwaltungsrat zwar gestattet, Kompetenzen und Aufgaben an Dritte zu delegieren. Gewisse für die Leitung der Gesellschaft zentrale Aufgaben sind ihm gemäss Art. 716a Abs. 1 OR jedoch unübertragbar und unentziehbar zugewiesen. Gemeint ist damit, dass der Verwaltungsrat diese Aufgaben grundsätzlich selbst zu erfüllen hat. Würde die Wahrnehmung derartiger Aufgaben trotzdem an unterstellte Organstellen⁴⁴ delegiert, so geschähe dies «unbefugterweise» im Sinne von Art. 754 Abs. 2 OR. Eine Reduktion der Haftung wäre ausgeschlossen. Im Zentrum der nicht delegierbaren Aufgaben steht die Pflicht des Verwaltungsrats zur so genannten Oberleitung der Gesellschaft (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR).

Sie ist die zentrale Aufgabe des Verwaltungsrats. Versteht man sie im Sinne einer Generalklausel, so umfasst sie letztlich alle weiteren in Art. 716a Abs. 1 OR speziell angeführten, nicht delegierbaren Aufgaben. Die Pflicht zur Oberleitung der Gesellschaft umfasst einerseits die strategischen Planungs- und Führungsaufgaben. Entsprechend obliegt es dem Verwaltungsrat, die Ziele zu formulieren sowie die Mittel zu bestimmen, mit deren Hilfe diese Ziele erreicht werden sollen. Andererseits leitet sich aus der Pflicht zur Oberleitung die Pflicht zur Beaufsichtigung des operativ tätigen Managements ab.

Zur Umsetzung der Unternehmensziele, mit Blick auf die Beschaffung bzw. Bereitstellung der erforderlichen Mittel sowie die Wahrnehmung seiner Aufsichtspflicht, erlässt der Verwaltungsrat die nötigen Weisungen, welche die Geschäftsleitung binden. Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR hat der Verwaltungsrat die Organisation der Gesellschaft festzulegen. Zu dieser Aufgabe gehören die Umschreibungen der einzelnen Stellen (bzw. Abteilungen), des Verhältnisses zwischen diesen Stellen (Hierarchie, Berichterstattung) sowie die Definition der Aufgabenbereiche und Pflichten⁴⁵. Ferner hat der Verwaltungsrat gestützt auf die erwähnte Norm die Pflichten seiner Mitglieder selbst festzulegen. Undelegierbar i.S.v. Art. 716a Abs. 1 OR ist nur die Organisation der dem Verwaltungsrat direkt unterstellten Stufe der Hierarchie (Geschäftsleitung, Direktion)⁴⁶. Wenn die formellen Voraussetzungen der Delegation nicht erfüllt sind, tritt keine Entlastungswirkung ein⁴⁷.

Nicht delegierbar ist sodann gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen. Weiter besteht eine zentrale Aufgabe des Verwaltungsrats nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR darin, möglichst dafür zu sorgen, dass sich die für die Gesellschaft handelnden Personen mit Blick auf die Unternehmensziele und die Allokation der Mittel nicht nur rechtmässig verhalten, sondern auch die erteilten Weisungen bzw. Verhaltenskodexe — «Codes of Conduct» — einhalten.

Schliesslich ist der Verwaltungsrat gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR für die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung verantwortlich. Im Falle einer Überschuldung ist er es, der für die Benachrichtigung des Richters zu sorgen hat (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR)⁴⁸.

Der Verwaltungsrat muss diese Kontrollaufgaben vollständig in eigener Verantwortung wahrnehmen. Obschon die — nicht vollständig aufgezählten — Aufgaben nicht delegierbar sind, kann der Verwaltungsrat zu deren Erfüllung jedoch ihn unterstützende Personen inner- oder ausserhalb der Gesellschaft beiziehen⁴⁹. In grösseren Unternehmen behilft sich der Verwaltungsrat immer häufiger damit, dass er bei der Kontrolle betreffend die Umsetzung seiner Vorgaben sowie zur Verhinderung rechts- und weisungswidrigen Verhaltens auf ein spezielles Konzept und spezialisierte Personen zurückgreift. Er kann dies mittels der eher reaktiv funktionierenden internen Revision oder mittels eines tendenziell eher präventiv ausgerichteten Compliance-Konzeptes⁵⁰ tun. Beim entsprechenden Instrument des Manage-

ments spricht man vom Controlling⁵¹. Bei den in diesen Bereichen tätigen Personen handelt es sich um solche mit Spezialkenntnissen, insbesondere im Bereich des Rechts, der Betriebswirtschaft und der Organisation. Sie stellen dem Verwaltungsrat ihr Wissen und ihre Erfahrung generell oder durch Beurteilung von Sachverhalten und die Erstellung von Prognosen im Einzelfall zur Verfügung.

b) Folgerungen aus strafrechtlicher Sicht

Da die Aufgaben gemäss Art. 716a Abs. 1 und Art. 754 Abs. 2 OR von Gesetzes wegen nicht delegierbar sind, kann der Verwaltungsrat seine zivilrechtliche und damit auch strafrechtliche

Haftung dadurch, dass er Dritte mit der Wahrung dieser Aufgaben betraut, grundsätzlich nicht einschränken.

Zu prüfen bleibt die Frage, welches bei der Erfüllung der undelegierbaren Aufgaben die Haftung beim Einsatz solcher Personen ist, welche Informationen zu sammeln, zu verarbeiten und weiterzuleiten, Entscheide vorzubereiten sowie angeordnete Tätigkeiten auszuführen haben. Da diese Personen keine Entscheide zu treffen haben, sondern ausschliesslich der Verwaltungsrat selbst, kann der Verwaltungsrat durch den Beizug solcher ihn unterstützender Personen lediglich erreichen, dass das Risiko, wegen pflichtwidrigen Verhaltens belangt zu werden, durch die Inanspruchnahme der Kenntnisse und des Rats dieser Unterbeauftragten minimiert wird.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass sich die strafrechtlich relevante Pflicht zur Verhinderung von Straftaten von für die Aktiengesellschaft handelnden Personen allein aus Art. 716a Abs. 1 OR in der Regel nicht ableiten lässt. Hingegen ergibt sich eine solche Pflicht aus der erwähnten Bestimmung in Verbindung mit Art. 717 Abs. 1 OR. In dieser Norm wird festgehalten, Verwaltungsräte und mit der Geschäftsführung betraute Dritte müssten ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Sie haben demnach bei der Ausübung ihrer Funktion die nach den Umständen gebotene Sorgfalt walten zu lassen und insbesondere die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen sowie schädigendes Verhalten zu vermeiden bzw. zu verhindern⁵². Der Verwaltungsrat ist somit Garant für die Wahrung der Interessen der Gesellschaft. Dazu gehören insbesondere auch deren Vermögensinteressen⁵³.

ZStrR-2002-15

3.3 Begrenzung des Pflichtinhalts im Falle der Delegation

3.3.1 Vertrauensgrundsatz

Im Falle arbeitsteiligen und risikobehafteten Verhaltens mehrerer Personen darf grundsätzlich jeder Einzelne davon ausgehen und damit darauf vertrauen, dass sich die übrigen Mitwirkenden rechtmässig verhalten. In derartigen Verhältnissen ist die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes nur dann ausgeschlossen, wenn aufgrund besonderer Umstände ersichtlich ist, dass sich einer der Mitwirkenden pflichtwidrig verhält. Entsprechend wirkt der Vertrauensgrundsatz im Sinne einer Begrenzung des Pflichtinhalts der arbeitsteilig Zusammenwirkenden⁵⁴. Im vorliegend interessierenden Bereich kann der Vertrauensgrundsatz nur dort zur Anwendung gelangen, wo einzelne Verantwortungsbereiche voneinander abzugrenzen sind. Das ist in erster Linie im Falle der rechtlich zulässigen Delegation der Fall, erfolge diese nun an eine hierarchisch gleichgestellte Person oder aber an einen Unterstellten.

Beispiele:

Delegiert der Verwaltungsrat die Frage der Entlohnung der Mitarbeiter der AG an einen Verwaltungsratsausschuss, so dürfen die nicht diesem Ausschuss angehörenden Verwaltungsräte in Ermangelung gegenteiliger Anzeichen davon ausgehen, dass sich die Mitglieder dieses Ausschusses bei ihrer Tätigkeit rechtskonform verhalten. Wird dem Direktor die Aufgabe übertragen, ein Grundstück der Gesellschaft zu verkaufen oder einen Geschäftswagen zu erwerben, so dürfen die Verwaltungsräte grundsätzlich darauf vertrauen, dass er sich dabei pflichtgemäss verhält.

Der Verwaltungsrat, welcher den geschäftsführenden Direktor beauftragt, Teile des Vermögens der Aktiengesellschaft an der Börse anzulegen und im entsprechenden Pflichtenheft den Erwerb von Optionen untersagt, darf sich grundsätzlich darauf verlassen, dass der Direktor sich an dieses Verbot hält, es sei denn, es bestünden Anzeichen für das Gegenteil. Solche Anzeichen können sich etwa aufgrund der Kontrolltätigkeit des Verwaltungsrats ergeben.

Wenn festgehalten worden ist, die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes setze die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen voraus, so bedeutet dies in der Aktiengesellschaft, dass die mit der Leitung betrauten Personen die Verantwortungsbereiche zu definieren und den einzelnen Funktionsträgern zuzuweisen haben.

Auf der obersten Stufe stellt die Pflicht zur Organisation eine der zentralen und — zufolge Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR — undelegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrats dar. Auf der zweiten Hierarchiestufe ist das Management für die Organisation

ZStrR-2002-16

der ihm unterstellten Bereiche zuständig. Das hat zur Folge, dass sich sowohl der Verwaltungsrat wie auch der Direktor der Aktiengesellschaft nur dann auf das Vertrauensprinzip berufen können, wenn sie ihre jeweiligen Verantwortungsbereiche überhaupt und gegebenenfalls nicht in unzweckmässiger Weise organisiert haben.

Beispiele:

Hat es der Verwaltungsrat unterlassen, ausreichende organisatorische Massnahmen betreffend die Finanzkontrolle sowie die Finanzplanung zu treffen, so darf er sich nicht darauf verlassen, dass er im Falle einer Überschuldung der Aktiengesellschaft rechtzeitig über die finanzielle Lage derselben orientiert wird.

Hat der Verwaltungsrat verschiedene Ausschüsse geschaffen, so ist er dafür verantwortlich, dass der Informationsfluss zwischen diesen Ausschüssen gewährleistet ist und deren Tätigkeiten aufeinander abgestimmt sind. Eine Schlüsselrolle kommt hier primär aufgrund seiner faktischen Stellung, nicht zufolge seiner rechtlichen Kompetenzen, dem Präsidenten des Verwaltungsrates zu.

Der Vertrauensgrundsatz kommt nach hier vertretener Auffassung im Rahmen der Aktiengesellschaft nicht nur im Falle einer Kompetenzdelegation zum Tragen, sondern in beschränktem Umfang auch im Zusammenhang mit der Übertragung von Aufgaben unterstützender Natur an Dritte inner- und ausserhalb der Gesellschaft. Das hat beispielsweise zur Folge, dass der Verwaltungsrat bei der Ausübung seiner nicht delegierbaren Aufgaben in gewissem Umfang auf die ihn dabei unterstützenden Personen vertrauen darf⁵⁵. Voraussetzung ist allerdings, dass er bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung dieser Helfer seinerseits die gebotene Sorgfalt beobachtet hat.

Beispiele:

Der Verwaltungsrat, der einen Compliance-Officer oder Risk-Manager einsetzt, um bestimmte Teile der rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte eines für die Aktiengesellschaft wichtigen Vertrages zu prüfen, darf sich darauf verlassen, dass jedenfalls der massgebliche Sachverhalt zutreffend ermittelt wird, sofern nicht Anzeichen für das Gegenteil sprechen.

Stellen die Mitglieder des Verwaltungsratsausschusses auf externes Fachwissen ab, stamme dies nun von einem im Einzelfall beigezogenen Experten oder aber von einem ständigen Beirat, so dürfen sie sich solange auf die Expertenangaben verlassen, als nicht Anzeichen dafür vorhanden sind, dass diese ihre Aufgabe nicht zuverlässig erfüllen. In der zivilrechtlichen Literatur werden diese unterstützend tätig werdenden Personen als Hilfspersonen bezeichnet⁵⁶. Würde man den Begriff «Hilfsperson»

17

technisch verstehen, wäre die Haftung des Verwaltungsrats bei fehlerhaftem Verhalten derselben vorgegeben. Anwendbar wäre insbesondere Art. 101 Abs. 1 OR. Danach ist der Verwaltungsrat — vereinfacht ausgedrückt — zivilrechtlich haftbar, falls er nicht nachweisen kann, dass die Hilfsperson die gleiche Sorgfalt beachtet hat, wie sie auch von ihm selbst hätte verlangt werden können und erbracht worden wäre⁵⁷. Damit setzt Art. 101 Abs. 1 für die Konstellation Geschäftsherr/Hilfsperson der Sache nach unter anderem den Vertrauensgrundsatz ausser Kraft. Für den Bereich des Strafrechts kann dies deshalb nicht massgebend sein, weil im Falle arbeitsteiligen Zusammenwirkens generell jedermann darauf vertrauen kann, dass sich die Mitwirkenden pflichtgemäss verhalten, solange keine Anzeichen für das Gegenteil vorhanden sind. Das hat zur Folge, dass der Verwaltungsrat auch im Bereich der undelegierbaren Aufgaben darauf vertrauen darf, dass sich die ihn unterstützenden Personen pflichtgemäss verhalten.

Demgegenüber ist zu beachten, dass der Vertrauensgrundsatz im Verhältnis zwischen Personen nicht zur Anwendung gelangen kann, welche in Teilbereichen im Rahmen eines Mehrfachsicherungssystems tätig sind. Die Person, welche für die Primärsicherung verantwortlich ist, darf die Erfüllung ihrer Aufgaben nicht mit der Begründung vernachlässigen, sie habe darauf vertraut, der Kollege im Sekundärsicherungssystem werde pflichtgemäss handeln, wodurch die Gefahr gebannt werde.

Hingegen können sich selbstverständlich Dritte, welche nicht in diesen Sicherungssystemen tätig sind, auf die in diesen tätigen Personen verlassen⁵⁸.

3.3.2 Auswahl, Instruktion und Überwachung

Im Zusammenhang mit der Delegation von Aufgaben wird in Art. 754 Abs. 2 OR festgehalten, wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ übertrage, hafte für den von diesem verursachten Schaden nicht, wenn er nachweise, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet habe⁵⁹. Im Zusammenhang mit Art. 716a Abs. 1 OR muss aus dieser Formulierung wohl geschlossen werden, dass im Falle der Delegation undelegierbarer Aufgaben die Entlastung gestützt auf die drei erwähnten curae ausgeschlossen ist, weil und soweit eben nicht befugterweise delegiert worden ist⁶⁰. Da die curae in eligendo, in instruendo sowie in custodiendo zivilrechtlich haftungsbegrenzend wirken, muss diese Begrenzung auch strafrechtlich relevant sein, weil die Beja-

ZStrR-2002-18

hung einer strafrechtlichen Pflichtwidrigkeit einen zivilrechtlichen Pflichtverstoss voraussetzt. Werden eine oder mehrere dieser curae bewusst und willentlich verletzt, so haftet der Delegierende wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung, sofern die übrigen Voraussetzungen des

Tatbestandes erfüllt sind. Zwar ist es richtig, es als allgemeines gesellschaftliches, nicht aber als betriebstypisches Risiko zu erachten, dass Beauftragte Aufgaben häufig fehlerhaft ausführen⁶¹. Allein deshalb braucht das Kriterium der curae im Bereich des Strafrechts jedoch nicht in Frage gestellt zu werden⁶². Vielmehr ist bei der Bemessung des Inhalts dieser curae davon auszugehen, dass mit der Delegation in einem gewissen Masse zulässigerweise Risiken eingegangen werden, nämlich die gesellschaftlich akzeptierten, erlaubten bzw. sozialadäquaten Risiken, für welche der Delegierende strafrechtlich nicht einzustehen braucht. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang sodann darauf, dass die Haftung des Delegierenden für möglicherweise fehlerhafte Ausführung der übertragenen Aufgaben durch den Delegationsempfänger überdies zufolge des Vertrauensgrundsatzes eingeschränkt wird.

a) Cura in eligendo

Im Falle der Delegation von Aufgaben und Kompetenzen ist der Delegierende somit grundsätzlich dafür verantwortlich, dass der Delegationsempfänger über die notwendigen Fähigkeiten zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt. Dem Delegierenden obliegt die Pflicht, die Eignung des Beauftragten für seine Aufgabe zu prüfen und Aufgaben nur an solche Personen zu übertragen, welche zu deren Ausübung in jeder Hinsicht geeignet sind. Man spricht in diesem Zusammenhang von der cura in eligendo. Sie stellt eine der wichtigsten Pflichten des Verwaltungsrats dar. Der Delegierende kann zur Auswahl des für die Aufgabe geeigneten Delegationsempfängers Dritte beiziehen. Nicht selten werden spezialisierte Unternehmen mit der Suche und Auswahl eines dem Pflichtenheft entsprechenden Bewerbers beauftragt. Stützt sich der Verwaltungsrat bei der Ernennung der mit der Geschäftsführung und Vertretung der Aktiengesellschaft betrauten Personen im Sinne von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR — einer nicht delegierbaren Aufgabe also — auf Abklärungen und Beurteilungen Dritter, so kann er darauf vertrauen, dass sich diese pflichtgemäss verhalten, sofern er bei deren Auswahl, Instruktion und Überwachung seinerseits die gebotene Sorgfalt beachtet hat.

Beispiel:

Der Verwaltungsrat, der einen Geschäftsführer anstellen soll, kann dazu Abklärungen und Einschätzungen Dritter einholen. Bei diesem Dritten kann es sich beispielsweise um einen Headhunter handeln. Ist der Verwaltungsrat bei dessen Auswahl, Unterrichtung und Überwachung sorgfältig vorgegangen, so kann er sich in gewissem Umfang auf die ihm präsentierten Abklärungen verlassen. Bestehen keine Anzeichen da-

ZStrR-2002-19

für, dass der Headhunter bei seiner Tätigkeit unsorgfältig gewesen ist, so handelt pflichtkonform, wer einen der vorgeschlagenen Bewerber anstellt.

b) Cura in instruendo

Ist der Delegationsempfänger bestimmt, so obliegt es dem Delegierenden, dafür besorgt zu sein, dass jener in angemessener Weise in seinen Tätigkeitsbereich eingeführt und insbesondere über seine Aufgaben und Kompetenzen, über die bestehenden Koordinations- und Subordinationsverhältnisse sowie über die Unternehmenspolitik und die Unternehmenskultur instruiert wird. Man spricht in diesem Zusammenhang von der cura in instruendo.

Beispiel:

Der Verwaltungsratsdelegierte unterlässt es, den geschäftsführenden Direktor über einen Beschluss des Verwaltungsrats betreffend die Anlage von Vermögen zu orientieren. Der Direktor tätigt in Unkenntnis dieses Beschlusses riskante Börsengeschäfte. Die Aktiengesellschaft erleidet deshalb einen Schaden.

Auch zu diesem Zweck kann der Delegierende jedenfalls teilweise ihn unterstützende Dritte beiziehen, nämlich beispielsweise — sofern in der Unternehmung vorhanden — die Verantwortlichen für die interne Aus- und Weiterbildung. Er kann den Delegationsempfänger stattdessen auch verpflichten, an einschlägigen externen Weiterbildungskursen teilzunehmen.

c) Cura in custodiendo

Schliesslich ist der Delegierende verpflichtet, darüber zu wachen, dass der Delegationsempfänger die Aufgaben in pflichtgemässer Weise wahrnimmt. Angesprochen ist die cura in custodiendo. Die daraus ableitbare Pflicht ist im Falle der Delegation von Aufgaben in der Regel identisch mit der Aufsichtspflicht. Entsprechend genügt der cura in custodiendo im Falle der Delegation von Aufgaben, wer seiner Aufsichtspflicht nachkommt. Die Verbindung zum Vertrauensprinzip besteht darin, dass der Delegierende, der seine Aufsichtspflichten erfüllt, auf die Rechtmässigkeit des Verhaltens des Delegationsempfängers vertrauen darf.

Was den Inhalt der Aufsichtspflichten im Verhältnis zu Delegationsempfängern betrifft, so genügt es in der Regel, wenn sich der Delegierende periodisch Bericht erstatten lässt. Die Festlegung des zeitlichen Rhythmus der Berichterstattung wird sich nach der Art des Geschäfts und den wirtschaftlichen sowie übrigen Rahmenbedingungen richten.

Je nach Lage kann es jedoch geboten sein, durch prophylaktische Vorkehrungen dafür zu sorgen, dass die zu erfüllenden Aufgaben in pflichtgemässer Weise wahrgenommen werden⁶³.

ZStrR-2002-20

Wiederum kann sich der Delegierende bei der Wahrnehmung der cura in custodiendo zumindest teilweise fremder Hilfe bedienen. Denkbar ist es, dass er auf ein firmeninternes Überwachungskonzept zurückgreifen kann, welches sicherstellen soll, dass die Mitarbeiter — und damit auch die Delegationsempfänger — die in der betreffenden Gesellschaft geltenden Normen beachten. Die Überwachung stellt in aller Regel einen wesentlichen Teil des Compliance-Konzepts dar. Durch ein effektives Compliance-Programm kann sich der Verwaltungsrat weitgehend von seiner Verantwortung zur Überwachung entlasten⁶⁴.

Beispiel:

Der zuständige Delegierte des Verwaltungsrats hat bei der Auswahl und Instruktion des geschäftsführenden Direktors zwar die gebotene Sorgfalt walten lassen, dann jedoch während längerer Zeit jegliche Kontrollen unterlassen und deshalb nicht bemerkt, dass der Direktor mehreren ihm nahe stehenden Personen ohne sachlichen Grund Bürgschaften gewährt hat.

4. Schaden

Die Vollendung des Treubruchstatbestands setzt voraus, dass durch das pflichtwidrige Verhalten der Eintritt eines Schadens bewirkt bzw. nicht verhindert wird. Das pflichtwidrige Verhalten muss für den Erfolgseintritt kausal sein. Was den Vermögensbegriff betrifft, so kann auf die Definition verwiesen werden, wie sie zum Tatbestand des Betruges entwickelt worden ist. Danach stellt das Vermögen die Summe der rechtlich geschützten wirtschaftlichen Werte dar⁶⁵. Als Vermögenswerte gelten alle Vermögensinteressen, so Mobilien und Immobilien, Geld, Forderungen auf Geld oder Sachen, Arbeitsleistungen, Immaterialgüterrechte wie auch hinreichend gefestigte Anwartschaften. Auf die Frage, welcher Art der rechtliche Schutz eines wirtschaftlichen Wertes sein muss, damit er in den strafrechtlichen Vermögensbegriff einbezogen werden kann⁶⁶, ist hier nicht weiter einzugehen. Ein Schaden liegt vor, wenn die Aktiven vermindert, die Passiven erhöht, Aktiven nicht erhöht oder Passiven nicht vermindert worden sind

⁶⁷.....

ZStrR-2002-21

Grundsätzlich ist die Aktiengesellschaft nach dem Prinzip «volenti non fit iniuria» nicht geschädigt, sofern die betreffende Differenz der Aktiven bzw. Passiven gestützt auf einen rechtmässigen oder nicht angefochtenen und daher in Rechtskraft erwachsenen Beschluss der Generalversammlung bewirkt worden ist. Ein Schaden kann jedoch bestehen, sofern insbesondere die bestehenden Ausschüttungssperren nicht eingehalten worden sind, weil und soweit die Aktiengesellschaft an die betreffenden Bestimmungen zivilrechtlich gebunden ist. Entsprechend ist ein Schaden im Falle der Einmanggesellschaft durch das Bundesgericht bejaht worden, weil das Reinvermögen nicht mehr zur Deckung von Aktienkapital und gebundenen Reserven ausreichte⁶⁸.

Fraglich ist, wie sich der Umstand einer allfälligen nachträglichen Genehmigung der Handlung bzw. Unterlassung des vollmachtenlos den Schaden Bewirkenden strafrechtlich auswirkt. Grundsätzlich ist eine nachträgliche Genehmigung in analoger Anwendung von Art. 38 OR zwar möglich, jedoch kann eine solche Genehmigung nicht als Einwilligung erachtet werden, weil diese nur vor dem betreffenden tatbestandsmässigen Verhalten wirksam erteilt werden kann. Somit bleibt ein entsprechendes Verhalten pflichtwidrig. Folglich kann sich die Genehmigung — in Frage kommt wohl nur eine Genehmigung durch die Generalversammlung und auch dies nur unter Beachtung der Ausschüttungssperren — nur auf den Schaden auswirken. Richtigerweise ist wohl davon auszugehen, dass es am Schaden fehlt, wenn die Genehmigung wirksam erteilt worden ist. Das bedeutet, dass sich das Organ, welches pflichtwidrig gehandelt hat, mangels Schaden, in einem solchen Fall ausschliesslich wegen versuchter ungetreuer Geschäftsbesorgung strafbar machen kann.

Erfolgt keine Genehmigung oder ist eine solche nicht rechtswirksam, so fragt sich, ob die Aktiengesellschaft geschädigt ist, obschon sie die betreffenden Vermögenswerte zurückverlangen kann. Richtigerweise ist ein Schaden zu bejahen, da sie ihre Ansprüche gegenüber dem Dritten geltend machen, das Prozessrisiko und allenfalls die Kosten der Rückabwicklung sowie auch einen allfälligen Verlust tragen muss, wenn die Vermögenswerte beim Dritten nicht mehr vorhanden sind, beispielsweise also von einem gutgläubigen Dritten erworben worden sind. Im Übrigen wird auch beim Betrugsoffer ein Schaden bejaht, obschon auch dieses den ertrogenen Vermögenswert zurückverlangen kann.

Genehmigt der Vermögensinhaber die Handlung seines Vermögensverwalters, so entsteht ihm im Ergebnis in der Regel wohl kein endgültiger, sondern höchstens ein vorübergehender Schaden.

Zwar liegt keine Einwilligung vor, weil eine solche erteilt werden müsste, bevor die tatbestandsmässige Handlung ausgeführt wird.

ZStrR-2002-22

Jedoch muss ein Schaden wohl in der Regel abgelehnt werden, weil und soweit der Vermögensinhaber die Veränderung in der Zusammensetzung seines Vermögens ohne weiteres akzeptiert oder gar begrüsst. Von einem Schaden kann jedoch dann ausgegangen werden, wenn der Vermögensinhaber das Geschäft ausschliesslich deshalb genehmigt, weil er den Aufwand für die Rückabwicklung als zu hoch einstuft, also die Genehmigung verweigern würde, wenn er seinen Entscheid vor dem Abschluss des betreffenden Geschäftes fällen könnte.

Zu beachten ist dabei, dass nicht nur die Verletzung des Rechtsguts Vermögen einen Schaden darstellen kann, sondern auch schon dessen erhebliche Gefährdung. Eine solche erhebliche Gefährdung ist immer dann und in dem Umfang mit einem Vermögensschaden gleichzusetzen, als das Vermögen in seinem Wert effektiv vermindert erscheint. Davon ist auszugehen, wenn der Gefährdung des betreffenden Vermögenspostens im Rahmen der sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellungen Rechnung getragen werden muss⁶⁹.

Wie beim Betrug genügt auch bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung eine bloss vorübergehende Beeinträchtigung des Vermögens. Wenn also der pflichtwidrig Handelnde den Schaden ersetzt, vermag dies an der Tatbestandsmässigkeit seines Verhaltens nichts zu ändern.

Beispiel:

Hat der geschäftsführende Direktor einem praktisch mittellosen Dritten ohne entsprechende Sicherheiten ein Darlehen im Betrag von Fr. 100 000 mit einer Laufzeit von 20 Jahren gewährt, so ist nicht sicher, ob der Darlehensnehmer den Betrag nach Ablauf der Laufzeit zurückbezahlt oder nicht. Trotzdem ist das Aktivum zufolge der geringen Aussichten der Rückzahlung weitgehend abzuschreiben, d.h., es darf in der Bilanz nicht mit Fr. 100 000 eingesetzt werden. Im Umfang der buchführungsrechtlich erforderlichen Abschreibung ist dem Vermögensinhaber ein Schaden entstanden.

5. Ursachenzusammenhang zwischen pflichtwidrigem Verhalten und Schaden

Der Treubruchstatbestand ist nur dann erfüllt, wenn zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden ein Ursachenzusammenhang besteht.

Wird einem geschäftsführenden Organ vorgeworfen, durch pflichtwidriges Verhalten einen Schaden verursacht zu haben, so genügt im Falle einer Handlung grundsätzlich die natürliche, im Falle einer Unterlassung die hypothetische Kausalität.

ZStrR-2002-23

Schwierig zu beurteilen ist die Kausalitätsfrage im Zusammenhang mit den Aufsichtspflichten sowie im Falle einer Pflichtverletzung durch ungenügende Erfüllung der undelegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrats.

Beispiel:

Hat der Verwaltungsrat zwar organisatorische Vorkehrungen zur Schadensverhinderung getroffen, erscheinen diese jedoch als unzweckmässig, so ist nicht einfach zu beurteilen, ob das pflichtwidrige und schadensverursachende Verhalten des Direktors als Folge dieser unzweckmässigen Organisation erachtet werden kann.

Generell ist darauf zu achten, dass bei der Anwendung des Treubruchstatbestands in einem ersten Schritt geprüft wird, durch welches Verhalten bzw. welche Massnahme der Schadenseintritt hätte verhindert werden können, und u.a. gestützt auf diese Erkenntnis der Inhalt der Pflicht bestimmt wird, welche vom potentiellen Täter hätte beachtet werden müssen.

6. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand setzt in allen Tatbestandsvarianten Vorsatz voraus. Beim Treubruchstatbestand finden sich sodann je eine Untervariante mit und ohne Absicht unrechtmässiger Bereicherung.

Das Wissen und der Wille müssen sich auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen, mithin also unter anderem auf die Pflichtwidrigkeit und auf den Schaden.

7. Zum Verhältnis zwischen ungetreuer Geschäftsbesorgung und Veruntreuung

Die Anwendungsbereiche der ungetreuen Geschäftsbesorgung und der Veruntreuung überschneiden sich weitgehend. Beiden Tatbeständen ist gemeinsam, dass der Pflichtige die ihm obliegende Vermögensfürsorgepflicht missachtet. In den Fallkonstellationen, in denen sich der Sachverhalt unter beide Tatbestände subsumieren lässt, geht nach herrschender Lehre und Rechtsprechung die Veruntreuung vor⁷⁰. Allerdings wird diese Regelung in der Praxis keineswegs konsequent verwirklicht⁷¹.

ZStrR-2002-24

Ein wichtiges Argument für diese Auffassung besteht darin, dass andernfalls der qualifizierte Tatbestand gemäss Art. 138 Ziff. 2 StGB häufig nicht zur Anwendung gelangen könnte⁷².

Folgt man dieser Auffassung, so gelangt die ungetreue Geschäftsbesorgung im Ergebnis nur in denjenigen Konstellationen zur Anwendung, in denen sich das betreffende Verhalten nicht unter den Tatbestand der Veruntreuung subsumieren lässt.

Unter dem Aspekt der Erfordernisse des subjektiven Tatbestands ist somit von ungetreuer Geschäftsbesorgung auszugehen, wenn der Treubruchstatbestand erfüllt ist und der Täter ohne Bereicherungsabsicht handelt.

Sodann ist zu beachten, dass bei Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB als Tatobjekte ausschliesslich Mobilien in Frage kommen. Entsprechend ist bei Immobilien Veruntreuung ausgeschlossen.

Beispiel:

Verkauft der Verwaltungsrat ein Grundstück der Aktiengesellschaft ohne sachlichen Grund zu einem zu tiefen Preis an einen Dritten, so liegt keine Veruntreuung, sondern ungetreue Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 StGB vor.

Was die Verfügungsmacht über Konten der Aktiengesellschaft betrifft, so hat die Treugeberin, nämlich die juristische Person, begriffsnotwendig keine Verfügungsmacht über dieselben, da sie allein über ihre Organe bzw. Vertreter handeln kann. Sowohl nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung als auch nach der Auffassung, wonach Veruntreuung dann ausscheidet, wenn der Treugeber über eine Zugriffsmöglichkeit auf das Konto verfügt⁷³, ist im Falle einer juristischen Person demnach bei pflichtwidrigen Verfügungen über deren Konto die ungetreue Geschäftsbesorgung ausgeschlossen.

Geht man aufgrund systematischer Auslegung davon aus, dass die Veruntreuung ausschliesslich Sachen und Forderungen auf solche sowie Buchgelder erfasst, so muss jedenfalls die pflichtwidrige Schädigung der übrigen Vermögenswerte durch einen Vermögensverwalter, beispielsweise von Immaterialgütern⁷⁴, unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung fallen. Von vornherein kommt daher ausschliesslich ungetreue Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB in Betracht, wenn der Täter ohne entsprechende Entschädigung der Gesellschaft Arbeitskräfte oder Maschinen für persönliche Zwecke oder diejenigen eines anderen einsetzt.

ZStrR-2002-25

Ebenfalls ausschliesslich als ungetreue Geschäftsbesorgung zu qualifizieren sind Verhaltensweisen, bei denen dem Täter der Vermögenswert nicht anvertraut, sondern lediglich zugänglich gemacht worden ist⁷⁵. Folglich kommt das faktische Organ einer Gesellschaft nur als Täter einer ungetreuen Geschäftsbesorgung, nicht aber einer Veruntreuung in Frage, weil und soweit diesem die betroffenen Vermögenswerte gerade nicht im Rechtssinne anvertraut worden sind⁷⁶.

Bei dieser Sachlage mag man sich fragen, ob es richtig sein kann, die Anwendung der ungetreuen Geschäftsbesorgung oder der Veruntreuung in Handelsgesellschaften von der Art des tangierten Vermögensbestandteils sowie von der Stellung des Täters im Unternehmen abhängig zu machen. Es bestünde die Möglichkeit, davon auszugehen, das Geschäftsvermögen von Handelsgesellschaften sei generell nicht in der für Art. 138 StGB typischen Weise deren Organen anvertraut. Es steht nämlich nicht die Erhaltung anvertrauter Vermögenswerte in ihrem Bestand bzw. ihre technische Verwaltung im Vordergrund, sondern eine auf Gewinn abzielende wirtschaftliche Tätigkeit, bei der die Zusammensetzung des Vermögens laufend wechseln kann und bei der die Art des jeweiligen Vermögensbestandteils kaum eine Rolle spielt. Würde man dieser Auffassung folgen, so wäre im Falle von Pflichtverletzungen durch Aufsichtsorgane und Geschäftsführer der Aktiengesellschaft ausschliesslich der Treubruchstatbestand anwendbar⁷⁷. Gegen eine solche Konkurrenzregelung spricht einzig, dass die Qualifikation im Falle berufsmässigen Handelns ausschliesslich bei Annahme der Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 2 StGB) zur Anwendung gelangen kann. Ob ein Bedürfnis besteht, diese Qualifikation auch im Zusammenhang mit Art. 158 Ziff. 1 StGB anzuwenden, steht allerdings keineswegs zum Vornherein fest. Dies deshalb, weil ein Vermögensverwalter i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 StGB in der

Regel berufsmässig handelt, weshalb diesem Gesichtspunkt in Art. 158 Ziff. 1 StGB bereits Rechnung getragen ist. Überdies gehören das Behördenmitglied, der Beamte, der Vormund sowie der Beistand, sofern sie mit Blick auf ihre Stellung im Übrigen den Anforderungen des Treubruchstatbestandes genügen, jedenfalls gemäss Lehre bereits zum Adressatenkreis des Treubruchstatbestandes, weshalb kein Bedürfnis nach der Qualifikation gemäss Art. 138 Ziff. 2 StGB besteht.

[1] Überarbeitete Fassung eines am Kriminalistischen Institut des Kantons Zürich am 11./18.12.2001 gehaltenen Referats. Für die Unterstützung beim Verfassen dieses Beitrags danke ich meinem Assistenten, lic.iur. Stephan Frei.

[2] Vgl. dazu Werner Dahnz, Manager und ihr Berufsrisiko, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern, München 1997, 152 ff., 177 ff.

[3] Ähnliche Umschreibungen bei Bernard Corboz, Les principales infractions, Berne 1997, Art. 158 N 3; Andreas Donatsch, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, ZStrR 114 (1996) 203; Jörg Rehberg/Niklaus Schmid, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 7. Aufl., Zürich 1997, 231 f.; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 5. Aufl., Bern 1995, § 19 N 6 ff.; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 158 N 3; vgl. zum früheren Recht BGE 102 IV 92; 105 IV 311; 118 IV 246; 120 IV 193; 123 IV 21.

[4] BGE 97 IV 15, vgl. auch BGE 100 IV 172; BGer vom 2.3.2000 i. S. Y c. StA SO., 6S.605/1999.

[5] BGE 105 IV 110.

[6] Art. 740 Abs. 1 OR.

[7] Vgl. dazu Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 37 N 18; Hans Ulrich Hardmeider, in: Zürcher Kommentar, 5. Teil, Teilbd. V/5b, hrsg. von Peter Forstmoser, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 725a N 1339.

[8] Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 1485d und 1969a; Adrian W. Kammerer, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 180, Diss. Zürich 1997, 32 ff. m.w.H.; BGE 117 II 571 m.w.H.

[9] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 7), § 21 N 10; vgl. auch BGE 97 IV 15; BGE 100 IV 172; BGE 105 IV 110; BGer vom 2.3.2000 i. S. Y c. StA SO., 6S.605/1999.

[10] Korrekt gewählte, im Handelsregister nicht eingetragene Mitglieder des Verwaltungsrats, vgl. zum Meinungsstand Harald Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 210, Diss. Zürich 2001, 98 m.w.H.

[11] Z.B. BGE 95 IV 66.

[12] Zur Hilfsperson vgl. Bärtschi (Fn. 10), 102 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 7), § 37 N 5 m.w.H.

[13] BGE 117 II 573.

[14] BGE 117 II 442.

[15] Donatsch (Fn. 3), 205.

[16] Vgl. BGE 95 IV 66.

[17] BGE 105 IV 110.

[18] Donatsch (Fn. 3), 204 f.

[19] Art. 729 Abs. 1 OR.

[20] Art. 729b Abs. 1 OR.

[21] Vgl. auch Art. 731 Abs. 1 OR.

[22] Art. 699 Abs. 1 OR.

[23] Art. 729b Abs. 2 OR.

[24] Vgl. Uwe Bruggmann, Die Verantwortlichkeit der aktienrechtlichen Revisionsstelle, Unter besonderer Berücksichtigung steuerstrafrechtlicher Aspekte, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 169, Diss. Zürich 1996, 74; Niklaus Schmid, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Revisors, Schriftenreihe Treuhand-Kammer, Bd. 41, Winterthur 1996, 136 f.

[25] Rehberg/Schmid (Fn. 3), Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 7. Aufl., Zürich 1997, 232.

[26] BGE 118 IV 246; 120 IV 193.

[27] Eingehend zum Element der Pflichtwidrigkeit Donatsch (Fn. 3), 210; vgl. auch Andrea R. Grass, Business Judgment Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 186, Diss. Zürich 1998, 109 ff., wo primär auf formale Kriterien abgestellt wird.

[28] Vgl. dazu Grass (Fn. 27), 78 f.

[29] Grass (Fn. 27), 91 ff., 129 ff.

[30] Also nicht notwendigerweise im Sinne einer verdeckten Gewinnausschüttung in steuerrechtlichem oder handelsrechtlichem Sinne (Art. 678 OR), vgl. dazu Markus Neuhaus/Joëlle Zumoffen Fruttero/Claudine Voyame/Jean Raemy/JeanPierre Javet/Bruno Scherrer/Rolf Watter/Armin Marti, Verdeckte Gewinnausschüttungen, Schriftenreihe der Treuhand-Kammer, Bd. 150, Winterthur 1997.

[31] Vgl. Rolf Watter, in: Neuhaus et al. (Fn. 30), 149 ff. m.w.H.

[32] Sachverhalt ähnlich BGE 120 IV 193.

[33] Sachverhalt ähnlich BGE 81 IV 280.

[34] Sachverhalt analog BGE 105 IV 313.

[35] Sachverhalt ähnlich BGE 105 IV 190; 120 IV 281; 123 IV 22.

[36] Sachverhalt ähnlich BGE 102 IV 92.

[37] Sachverhalt ähnlich BGE 81 IV 232.

[38] Sachverhalt ähnlich BGE 113 IV 74 f.

[39] Vgl. dazu Böckli, Aktienrecht (Fn. 8), N 1570.

[40] Zu den formellen Voraussetzungen der Delegation vgl. Kammerer (Fn. 8), 84 ff. m.w.H.

[41] Böckli, Aktienrecht (Fn. 8), N 1974; BGE 122 III 197 ff.; vgl. auch Günter Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Baden-Baden 1994, 122.

[42] Heine (Fn. 41), 122.

[43] Vgl. Grass (Fn. 27), 118; Felix Horber, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 1986, 81.

[44] Vgl. dazu Peter Böckli, Aktionärsbindungsverträge, Vinkulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, ZBJV 129 (1993), 481. Ob der Verwaltungsrat derartige Aufgaben an die übergeordnete Generalversammlung delegieren dürfte, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht von Belang (dazu Kammerer [Fn. 8], 127).

[45] Rolf Watter, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel/Frankfurt a.M. 1994, Art. 716a N 7.

[46] Watter (Fn. 45), Art. 716a N 10: «Den Nachweis, dass der VR seiner Organisationspflicht nachgekommen ist, wird er nur erbringen können, wenn er die Grundsätze schriftlich festgelegt hat.»

[47] Bärtschi (Fn. 10), 250 m.w.H.; Böckli, Aktienrecht (Fn. 8), N 1976 f.

[48] Eine Ergänzung der Liste von Art. 716a Abs. 1 OR findet sich bei Kammerer (Fn. 8), 198 ff.

[49] Vgl. dazu Böckli, Aktienrecht (Fn. 8), N 1578; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 7), § 30 N 27 f.

[50] Vgl. dazu Herbert Buff, Compliance, Diss. Zürich 2000, insbesondere N 609 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 7), § 32 N 62 f.

[51] Buff (Fn. 50), N 610.

[52] Eric Homburger, in: Zürcher Kommentar, 5. Teil, Teilbd. V/5b, hrsg. von Peter Forstmoser, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 717 N 771.

[53] So schon Niklaus Schmid, Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen, ZStrR 105 (1988) 168: «Aus OR 722 fliesst eine verstärkte Pflicht der Gesellschaftsorgane, die Geschäfte der AG mit Sorgfalt zu besorgen und im weitesten Sinne die wirtschaftlichen Interessen zu wahren; dies führt zur Annahme einer strafrechtlichen Garantenstellung, soweit Interessen der AG (also nicht von Dritten) direkt betroffen sind.» Nach Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 7), § 28 N 30, werden nur besonders schwere Verstösse gegen die Treuepflicht strafrechtlich geahndet.

[54] BGE 118 IV 278 ff.; 120 IV 310; Andreas Donatsch, Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt, Zürich 1987, 192 ff.; Jörg Rehberg/Andreas Donatsch, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 7. Aufl., Zürich 2001, 298 ff.; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Aufl., Bern 1996, § 16 N 48 ff.

[55] Im Ergebnis ähnlich Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 7), § 30 N 27 f.

[56] Vgl. z.B. Bärtschi (Fn. 10), 102 f.; Urs Bertschinger, Arbeitsteilung im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, AJP 11 (1998), 1288; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 7), § 30 N 27 f.; Horber (Fn. 43), 103 f.

[57] Wolfgang Wiegand, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1996, Art. 101 N 13; BGE 119 II 337 f.

[58] Vgl. Rehberg/Donatsch (Fn. 54), 299; BGE 120 IV 310 f.

[59] Vgl. dazu z.B. Böckli, Aktienrecht (Fn. 8), N 1974; Kammerer (Fn. 8), 224 ff. m.w.H.; BGE 122 III 197 ff.

[60] A.M. Bertschinger (Fn. 56), 1291, der davon ausgeht, eine Delegation von Aufgaben des Verwaltungsrats an Hilfspersonen sei möglich, selbst wenn diese trotz der Delegation Hilfspersonen blieben.

[61] So Heine (Fn. 41), 122.

[62] In diese Richtung Heine (Fn. 41), 122 m.w.H.

[63] BGE 122 IV 128.

[64] Vgl. dazu z.B. Re Caremark International Inc. Derivative Litigation, Del. Chancery, C.A. 13670 (Chancellor Allen, 15. September 1996).

[65] Es ist auf den vor allem zum Betrug entwickelten Vermögensbegriff abzustellen, vgl. z.B. Stratenwerth, BT I (Fn. 3), § 19 N 16 und 15 N 43 ff.; BGE 117 IV 148.

[66] Vgl. dazu z.B. Marcel A. Niggli, Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafrecht, dargelegt am Beispiel der Sachbeschädigung nach geltendem Recht und dem Entwurf 1991, Diss. Zürich 1992, 79 ff.; Stratenwerth, BT I (Fn. 3), § 15 N 46 ff.

[67] BGE 121 IV 104; 122 IV 281; 123 IV 22.

[68] BGE 117 IV 268; ablehnend Trechsel (Fn. 3), Art. 158 N 8; Zum Meinungsstreit in Deutschland betreffend die Einwilligung bei juristischen Personen vgl. Theodor Lenckner/Walter Perron, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, 26. Aufl., München 2001, § 266 N 21.

[69] Donatsch (Fn. 3), 216; Martin Schubarth, in: Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Mélanges en l'honneur du professeur Jean Gauthier, Bern 1996, BGE 121 IV 107 f.; BGE 122 IV 281; BGE 123 IV 22.

[70] Corboz (Fn. 3), Art. 158 N 25; Rehberg/Schmid (Fn. 3), 236; Stratenwerth, BT I (Fn. 3), § 19 N 27; Trechsel (Fn. 3), Art. 158 N 25; BGE 111 IV 22 f.

[71] So ist zufolge des nicht ganz klaren Sachverhalts bzw. der Begründung nicht restlos nachvollziehbar, weshalb auf ungetreue Geschäftsbesorgung und nicht auf Veruntreuung erkannt worden ist in den Sachverhalten nach BGE 80 IV 245 ff., 86 IV 15 (mit Bezug auf den Fehlbetrag gemäss Inventar); BGE 97 IV 15; BGE 100 IV 36 f.; BGE 105 IV 109 f.; BGE 117 IV 262 ff.; BGE 120 IV 190 ff.; BGE 121 IV 104 ff.; BGE 122 IV 280 ff.; BGE 123 IV 21 ff.

[72] Rehberg/Schmid (Fn. 3), 236; Stratenwerth, BT I (Fn. 3), § 19 N 27.

[73] Gunther Arzt, Vom Bargeld zum Buchgeld als Schutzobjekt im neuen Vermögensstrafrecht, recht 1995 137; Guido Jenny, Aktuelle Fragen des Vermögens- und Urkundenstrafrechts, ZBJV 124 (1988), 400; Stratenwerth, BT I (Fn. 3), § 13 N 57.

[74] Vgl. BGE 100 IV 113 f., 172 f.

[75] Vgl. Stratenwerth, BT I (Fn. 3), § 13 N 57.

[76] Donatsch (Fn. 3), 219.

[77] Donatsch (Fn. 3), 219 f.