

## Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB<sup>1</sup>

### *Inhaltsübersicht:*

- I. Einleitung
- II. Kreis der potentiellen Täter
  - 1. Schutzgarantenstellung des Vermögensfürsorgepflichtigen
  - 2. Adressatenkreis des Treubruchtatbestandes
  - 3. Adressatenkreis des Missbrauchstatbestandes
- III. Pflichtwidrigkeit
  - 1. Ausgangslage
  - 2. Bestimmung des Pflichtinhalts beim Treubruchstatbestand
  - 3. Bestimmung des Pflichtinhalts beim Missbrauchstatbestand
- IV. Schaden
- V. Konkurrenzen und Abgrenzungen
- VI. 1. Treubruchstatbestand/Missbrauchstatbestand
  - 2. Ungetreue Geschäftsbesorgung/Veruntreuung
- VI. Schlussbemerkungen

### **I. Einleitung**

Als Odysseus nach seinen Irrfahrten ins heimatliche Ithaka zurückkehrte, stellte er nicht nur fest, dass die Fürsten der umliegenden Inseln um seine Gattin Penelope freiten, sondern auch, dass sie sein Gut verprassten, und dass ihnen die Dienstboten dabei nach Herzenslust behilflich waren. Diejenigen, die sich als Verwalter seines Vermögens aufführten und dieses verschleuderten, tötete er mit Lanze sowie Pfeil und Bogen. Die Gehilfen, die treulosen Mägde nämlich, hängte er an einer Wäscheleine auf. Es scheint, dass nicht nur Homer, sondern auch die damalige Gesellschaft derartige Reaktionen durchaus billigten.

Im Lukasevangelium erzählt Jesus die Geschichte «vom ungetreuen Haushalter», dem von seinem Herrn vorgeworfen wurde, seine Güter zu vergeuden<sup>2</sup>. Der Vermögensverwalter ging in sich und kam zum Schluss, nach einem allfälligen Verlust seiner Stelle weder schwer arbeiten noch Betteln zu wollen. Also trachtete er danach, von den Schuldnern seines Herrn unterstützt zu werden, falls er abgesetzt werden sollte. Zu diesem Zweck veranlasste er, dass deren Schulden durch Änderung der Schuldscheine erheblich reduziert wurden. Jesus lobte dieses Verhalten ausdrücklich mit den Worten «Machet euch Freunde mit dem ungerechten Mammon, auf dass,

---

<sup>1</sup> Überarbeitete und ergänzte Fassung eines am 8. Februar 1996 vor dem Zürcher Juristenverein gehaltenen Vortrages. Für die Unterstützung beim Verfassen dieses Beitrages danke ich meinem Assistenten, RA lic.iur. Andreas Michel.

<sup>2</sup> Auf diese Bibelstelle weist im Zusammenhang mit einer Abhandlung zur ungetreuen Geschäftsführung als erster CANDID HOCHSTRASSER, Die ungetreue Geschäftsführung (Art. 159 StGB), Kriminalistik 1967, 99, hin.

wenn es damit zu Ende ist, sie euch aufnehmen in die ewigen Hütten»<sup>3</sup>.

Wohl wird heute wegen Verschleuderung fremden Vermögens niemand mehr derart drakonisch bestraft wie die Fürsten und Mägde durch Odysseus. Ebenso wenig aber würde der Hausverwalter aus dem Lukasevangelium von höchster Stelle gelobt, da er sich offensichtlich der ungetreuen Geschäftsbesorgung sowie möglicherweise der Urkundenfälschung schuldig gemacht hat. Darin lässt sich leicht Einigkeit erzielen. Bereits die Beurteilung etwas weniger krasser Sachverhalte führt aber in der Anwendung oftmals zu Beurteilungsdifferenzen, die derjenigen zwischen den beiden Vorgängen in der Odyssee und der Bibel kaum nachstehen.

Das hat primär mit der mangelnden Bestimmtheit des Tatbestandes der ungetreuen Geschäftsbesorgung zu tun<sup>4</sup>. Bei diesem Tatbestand ist nämlich der Erfolg lediglich als Vermögensschaden definiert. Da jeder Umgang mit Vermögensinteressen das Risiko einer Vermögensverminderung in sich birgt, welche ihrerseits zu einem Vermögensschaden führen kann, kann vernünftigerweise nicht jede Schädigung per se unrechtsbegründend sein. Folglich darf das strafbare Verhalten nicht nur vom Erfolg her eingegrenzt werden. Aus diesem Grunde wird in Art. 158 StGB einerseits der Kreis der potentiellen Täter eingeschränkt und andererseits verlangt, dass das schädigende Verhalten, d.h. die Art und Weise, in welcher der Schaden bewirkt wird, pflichtwidrig sein muss. Was den letzten Punkt betrifft, so bestehen insbesondere beim Treubruchstatbestand nicht zu übersehende Parallelen zur Bemessung des Sorgfaltsinhalts beim fahrlässigen Erfolgsdelikt. Trotz entsprechender Bemühungen des Gesetzgebers kann mit den genannten Eingrenzungskriterien das aufgezeigte Bestimmtheitsdefizit nur beschränkt gemildert werden. Bei dieser Sachlage muss auch bei der revidierten Norm davor gewarnt werden, Verhaltensweisen als Verstösse gegen Art. 158 StGB zu sanktionieren, welche nicht strafwürdig sind<sup>5</sup>.

Bis zur Revision des Vermögensstrafrechts vom 17. Juni 1994, in Kraft seit dem 1. Januar 1995, sanktionierte der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung die durch den Geschäftsführer in Verletzung einer Vermögensfürsorgepflicht bewirkte Schädigung fremden Vermögens. Dieser sogenannte Treubruchstatbestand ist in Ziff. 1 der neugefassten Norm präzisiert und teilweise erweitert worden. Sein Unrecht besteht wie bisher in der Verletzung einer Treuepflicht, welche zu einem Vermögensschaden führt. Geschützt sind somit das Vermögen<sup>6</sup> und das berechnete

---

<sup>3</sup> Lukas, Kapitel 16, Verse 1-9.

<sup>4</sup> Z.B. PHILIPPE GRAVEN, SJK 1975, Nr. 1035, 2.

<sup>5</sup> GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 5. Aufl., Bern 1995, § 19 N 5. Zu aArt. 159 StGB: ERNST HAFTER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Erste Hälfte, Berlin 1937, 320; HOCHSTRASSER (Fn. 2) 100; MARTIN SCHUBARTH/PETER ALBRECHT, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, Bern 1990, § 159 N 1.

<sup>6</sup> Dies ergibt sich daraus, dass Art. 158 StGB im 2. Titel «Strafbare Handlungen gegen das

Vertrauen in die Redlichkeit bzw. Treue des Geschäftspartners<sup>7</sup>. Im Verhältnis zu aArt. 159 StGB fällt auf, dass sich nunmehr neben dem eingesetzten Geschäftsführer ausdrücklich auch der Geschäftsführer ohne Auftrag sowie derjenige strafbar machen kann, der die Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen hat. Den qualifizierten Tatbestand des Treubruchs erfüllt sodann, wer mit der Absicht unrechtmässiger Bereicherung handelt<sup>8</sup>. Neu hinzugekommen ist der Missbrauchstatbestand nach Ziff. 2. Damit wird die Schädigung unter Strafe gestellt, welche fremdem Vermögen in der Absicht unrechtmässiger Bereicherung durch Missbrauch der Vertretungsmacht, mithin ebenfalls durch treuwidriges Verhalten, zugefügt wird. Da bei dieser Sachlage nicht nur Geschäftsführer als Täter in Frage kommen, sondern auch Aufsichtsorgane sowie Vertreter, steht der Tatbestand nun unter dem Marginalie «ungetreue Geschäftsbesorgung»<sup>9</sup>.

Das Schwergewicht der nachstehenden Ausführungen liegt in der Skizzierung des Kreises der potentiellen Täter und in der Bestimmung des Pflichtinhaltes bei der Wahrung fremder Vermögensinteressen. Hinzu kommen einige Überlegungen zur Umschreibung des Schadens sowie zu den Konkurrenzen, insbesondere zur Abgrenzung vom Tatbestand der Veruntreuung. Die Behandlung der Vorsatzproblematik sowie von prozessualen Fragen wird ausgeklammert. Das geschieht im Bewusstsein, dass damit zusammenhängende Aspekte für die Anwendung dieses Tatbestandes oftmals ausschlaggebend sein können. Zu denken ist dabei etwa an beweisrechtliche Fragen (Stichwort: Nachweis des Vorsatzes) oder an das Verhältnis zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip. Auch kriminologische Aspekte müssen ausser Betracht bleiben. Man könnte sich etwa die Frage nach der Wirksamkeit der Verbrechenskontrolle im Zusammenhang mit der ungetreuen Geschäftsbesorgung stellen, und zwar unter dem Gesichtspunkt des reaktiv orientierten Anzeigeverhaltens der Geschädigten wie auch der proaktiven Überwachung durch staatliche Organe.

## II. Kreis der potentiellen Täter

---

Vermögen» steht. Vgl. weiter etwa: ALEX VOLLMAR, Die ungetreue Geschäftsführung (Art. 159 StGB), Diss. Bern 1978, 21 f.; HAFTER (Fn. 4) 320.

<sup>7</sup> Z.B. STRATENWERTH, BT I, § 19 N 5; HOCHSTRASSER (Fn. 2) 99 f., vertritt die Auffassung, aArt. 159 StGB schütze ausschliesslich Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Für das deutsche Recht vgl. SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl., München 1991, § 266 N 1.

<sup>8</sup> Dies entspricht der bisherigen Praxis zum Tatbestandsmerkmal der Gewinnsucht gemäss aArt. 159 Abs. 2 StGB, vgl. BGE 109 IV 167 f.; 107 IV 124 ff.

<sup>9</sup> Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung), BBl 1991 II 1047.

## 1. Schutzgarantenstellung des Vermögensfürsorgepflichtigen

Das Unrecht des Treubruchs liegt in der treuwidrigen Verletzung von Schutzpflichten zur Wahrung fremder Vermögensinteressen durch den eingesetzten bzw. ohne Auftrag tätig werden den Geschäftsführer oder das Aufsichtsorgan. In beschränktem Umfang gilt dies auch für den Vertreter<sup>10</sup>. Da nicht jedermann, der in irgendeiner rechtlichen oder faktischen Beziehung zu einem fremden Vermögen steht, für dessen Erhalt bzw. Mehrung verantwortlich sein kann, muss der Kreis der potentiellen Täter positiv umschrieben werden. Wie bereits erwähnt, ist dies dem Gesetzgeber, trotz entsprechenden Bemühungen, insbesondere beim Treubruchstatbestand nur teilweise gelungen. Für die Bestimmung des Täterkreises ist daher auf Kriterien zurückzugreifen, welche in der Verbrechenslehre allgemein zur Bestimmung der Adressaten von Schutzpflichten entwickelt worden sind<sup>11</sup>. Gemeint sind damit die Entstehungsgründe für Garantienpflichten beim unechten Unterlassungsdelikt<sup>12</sup>. Wie beispielsweise der Bergführer für Leib und Leben seines Kunden zu sorgen hat, muss insbesondere der Täter des Treubruchs-, in beschränktem Umfange aber auch jener des Missbrauchstatbestandes in einer besonderen Beziehung zum Vermögensinhaber bzw. zu dessen Vermögensinteressen stehen, damit er im Falle einer Beeinträchtigung dieser Güter strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Eben- sowenig wie bei den unechten Unterlassungsdelikten jede gesetzliche Pflicht eine Garantienstellung zur Folge hat, vermag jede rechtsgeschäftlich eingegangene bzw. gesetzlich statuierte Ver- mögensschutzpflicht eine durch den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung geschützte, strafrechtliche Pflicht zu begründen<sup>13</sup>. Erforderlich ist eine auf einem Treueverhältnis basierende, gesteigerte Verantwortung für die überlassenen Vermögenswerte. Die Bedeutung des Elementes der Treue wird im geltenden Tatbestand, vergleicht man ihn mit aArt. 159 StGB, dadurch hervorgehoben, dass die Treue nicht nur im Marginale ausdrücklich erwähnt wird, welches sich naturgemäss auf beide Tatbestandsvarianten bezieht, sondern darüber hinaus im Treubruchstatbestand in den Worten «damit betraut» enthalten ist.

## 2. Adressatenkreis des Treubruchstatbestands

---

<sup>10</sup> Nur wenn man dieser Auffassung folgt, kann der Vertreter nicht nur für pflichtwidriges Tun, sondern auch pflichtwidriges Unterlassungen belangt werden. A.M. (aufgrund des damaligen Vorentwurfs zur Revision der strafbaren Handlungen gegen das Vermögen) MARTIN BUSER, Straftaten im Zusammenhang mit Kreditkarten, Diss. Bern 1986, 112.

<sup>11</sup> Vgl. dazu STRATENWERTH, BT I, § 19 N 5.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. JÖRG REHBERG, Grundriss Strafrecht I, Verbrechenslehre, 5. Aufl., Zürich 1993, 181 ff.; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Aufl., Bern 1996, § 14 N 11 ff.; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1994, 220 ff.

<sup>13</sup> BGE 102 IV 92; 100 IV 36; 81 IV 279.

## 2.1 Gemeinsame Voraussetzungen für alle Varianten des Treubruchstatbestands

Als Schutzgarant der fremden Vermögensinteressen kann der Geschäftsführer bezeichnet werden, weil ihm für die Verwaltung fremder Vermögensinteressen ein hohes Mass an Selbständigkeit und damit Vertrauen eingeräumt wird bzw. eingeräumt werden muss, und weil der Vermögensinhaber aus diesem Grunde auf die Treue seines Geschäftspartners angewiesen ist. Aus dem Umstand, dass der Vermögensinhaber Vertrauen entgegenbringen muss und auf die Treue seines Geschäftsführers angewiesen ist, ergibt sich, dass der Vermögensfürsorgepflichtige über eine qualifizierte Selbständigkeit verfügt<sup>14</sup>. Weiter setzt die Täterschaft voraus, dass die Vermögensverwaltung bzw. die Beaufsichtigung einer solchen in fremdem Interesse zu den wesentlichen Pflichten des zu Beurteilenden gehört. Schliesslich ist allgemein anerkannt, dass als Täter des Treubruchstatbestandes nur in Frage kommen kann, wer Vermögensinteressen von einigem Gewicht zu betreuen hat<sup>15,16</sup>.

Durchaus ähnlich lässt sich die Schutzgarantenstellung des Aufsichtsorgans begründen. Die Besonderheit besteht hier darin, dass die Abhängigkeit des Vermögensinhabers bei dieser Tatbestandsvariante unter Umständen noch grösser ist, indem das Aufsichtsorgan gerade zum Zwecke der Überprüfung der Vermögensverwaltung eingesetzt wird.

Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass sich der Adressatenkreis des Treubruchstatbestands vom Täterkreis des früheren Art. 159 aStGB nicht unterscheidet<sup>17</sup>, wenn man vom ausdrücklichen Einbezug der Aufsicht und der Geschäftsführung ohne Auftrag absieht<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Entsprechend ist Art. 158 StGB ein Sonderdelikt, vgl. zu aArt. 159 aStGB VOLLMAR (Fn. 6) 27.

<sup>15</sup> GRAVEN (Fn. 4) 5; JÖRG REHBERG/NIKLAUS SCHMID, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 6. Auf., Zürich 1994, 225; STRATENWERTH, BT I (Fn. 5) § 19 N 8; STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zürich 1989, Art. 159 N 4.

<sup>16</sup> Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Treubruchstatbestand erfüllt sein kann, wenn die Beeinträchtigung Bagatelldarstellung aufweist. Soweit ersichtlich ist aArt. 159 StGB in solchen Fällen nicht zur Anwendung gelangt. Der Geschäftsführer einer grossen Unternehmung, welcher abmachungswidrig auf Geschäftskosten Privattelefongespräche geführt hat oder seine militärische Korrespondenz entgegen der getroffenen Vereinbarung durch die ihm zugeteilte Sekretärin erledigen liess, wurde in der Regel nicht wegen ungetreuer Geschäftsführung bestraft. Aufgrund von Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB besteht die Möglichkeit, alle ausser die in Abs. 2 der zitierten Bestimmung erwähnten Vermögensdelikte von einem Strafantrag abhängig zu machen. Wenn auch an dieser Stelle nicht abschliessend Stellung genommen werden soll, scheint eine systematische Auslegung von Art. 158 und 172<sup>ter</sup> StGB doch zu ergeben, dass Verletzungen des Treubruchs-, aber auch des Missbrauchstatbestandes, welche lediglich einen geringen Schaden bewirken, auf Antrag des Geschädigten strafbar sind.

<sup>17</sup> REHBERG/SCHMID (Fn. 15) 225; STRATENWERTH, BT I (Fn. 5) § 19 N 5.

<sup>18</sup> Pflichtwidrige und vermögensschädigende Verhaltensweisen von Aufsichtsorganen wie auch

## 2.2. Der eingesetzte Geschäftsführer

Der eingesetzte Geschäftsführer bzw. «Vermögensverwalter» zeichnet sich in erster Linie dadurch aus, dass er bei der Verwaltung von Vermögensinteressen über ein grosses Mass an Selbständigkeit verfügt. Hauptkriterium für die Abgrenzung zwischen selbständiger und untergeordneter Betreuung von Vermögensinteressen ist nach wie vor die selbständige Verfügungsmöglichkeit<sup>19</sup>, wie sie insbesondere den geschäftsführenden Organen von Gesellschaften<sup>20</sup> und Stiftungen<sup>21</sup>, unter Einschluss der faktischen Organe<sup>22</sup>, dem Treuhänder mit Geschäftsführungsbefugnis, aber auch etwa den Eltern, dem Vormund (behördlicher Auftrag) und dem Willensvollstrecker eigen ist. Selbständig ist demnach, wer unter Berücksichtigung der rechtlichen wie auch der tatsächlichen Umstände<sup>23</sup> den Vermögensinhaber nach aussen und gegen innen<sup>24</sup> in leitender Stellung<sup>25</sup> vertritt. Dies kann der Fall sein, indem er rechtsgeschäftlich verfügt, über Betriebsmittel oder Personal disponiert<sup>26</sup> und/oder für den Bestand sowie die Unversehrtheit von Gütern zu sorgen hat<sup>27</sup>. Gewichtige Indizien für die selbständige Verfügungsmöglichkeit sind etwa die Unterschriftenberechtigung<sup>28</sup> mit Bezug auf wesentliche Vermögensinteressen oder die weitgehende Freiheit in der Organisation der eigenen Tätigkeit<sup>29</sup>. Unerheblich für

---

von auftragslosen Geschäftsführern sind immerhin bereits bisher gemäss Praxis teilweise unter aArt. 159 StGB subsumiert worden.

<sup>19</sup> GRAVEN (Fn. 4) 3; REHBERG/SCHMID (Fn. 15) 225; STRATENWERTH, BT I (Fn. 5) § 19 N 6; TRECHSEL (Fn. 15) Art. 159 N 2; BGE 105 IV 311; 102 IV 92; 101 IV 167; 100 IV 36 m.w.H., 172.

<sup>20</sup> BGE 105 IV 109 f.; 100 IV 36 (Geschäftsführer einer einfachen Gesellschaft), 113, 172; 97 IV 13 f.

<sup>21</sup> BGE 105 IV 109.

<sup>22</sup> GRAVEN (Fn. 4) 3; REHBERG/SCHMID (Fn. 15) 226; STRATENWERTH, BT I (Fn. 5) § 19 N 10; BGE 105 IV 14.

<sup>23</sup> BGE 102 IV 93.

<sup>24</sup> BGE 105 IV 109, 311; 100 IV 113, 172 f.; 97 IV 13.

<sup>25</sup> BGE 86 IV 14 (Leiter eines Kiosks); 81 IV 279 f. (Abteilungsleiter einer Akteingesellschaft; 80 IV 244 ff. (Geschäftsführer einer Kollektivgesellschaft).

<sup>26</sup> VOLLMAR (Fn. 6) 71 f.; BGE 100 IV 172; 81 IV 279.

<sup>27</sup> BGE 102 IV 93; 100 IV 36; 81 IV 278 f.; 80 IV 247.

<sup>28</sup> BGE 100 IV 113 f.; 95 IV 66.

<sup>29</sup> BGE 102 IV 93.

die Annahme der Geschäftsführereigenschaft ist, ob der betreffende Verwalter über die für seine Tätigkeit notwendigen Kenntnisse verfügt oder von seiner selbständigen Verfügungsbefugnis grundlos bzw. deshalb keinen Gebrauch macht, weil er Weisungen Dritter befolgt<sup>30</sup>. Nicht massgebend ist schliesslich, ob ihm im geschäftlichen Umgang besonderes Vertrauen entgegengebracht wird, etwa weil er als Anwalt tätig ist<sup>31</sup>.

Mangels selbständiger Verfügungsbefugnis bzw. Verfügungsmacht kommt beispielsweise dem klassischen Berater des Vermögensinhabers die erforderliche Tütereigenschaft nicht zu. Gleiches gilt etwa für den externen Sanierer, dessen Tätigkeit darin besteht, Entscheidungsgrundlagen zu beschaffen, Lösungsvarianten auszuarbeiten und eine Empfehlung abzugeben. Im gegenteiligen Sinne zu entscheiden wäre jedoch dann, wenn der Sanierer einer Gesellschaft nicht nur aufgrund seines Spezialwissens, sondern vorab seiner Stellung über eine derartige Machtposition verfügt und diese auch ausübt, dass ihm eine faktische Organstellung zukommt. Anders als in der Regel der externe gehört demgegenüber der interne Sanierer einer Gesellschaft prinzipiell zu den Adressaten des Treubruchstatbestandes. Zuzufolge fehlender Selbständigkeit kann dagegen generell nicht als Vermögensverwalter erachtet werden, wer zwar unter anderem mit der Vermögensverwaltung befasst ist, dabei jedoch im Rahmen der gesamten Verwaltungstätigkeit lediglich untergeordnete Aufgaben zu erfüllen hat<sup>32</sup>. Nicht zum Kreis der Adressaten des Treubruchstatbestandes gehört demnach beispielsweise, wer ausschliesslich verpflichtet ist, eine Sache instand zu halten<sup>33</sup> oder die für die Entscheidungsfindung benötigten Unterlagen zu beschaffen, aber auch, wer ausschliesslich mit der technischen Verwaltung des Vermögens befasst ist, also etwa die technische Seite der Kontenführung zu betreuen oder die Buchhaltung zu führen hat<sup>34</sup>. Gleich verhält es sich bei Personen, die nicht unmittelbar aufgrund von Direktiven des Vermögensinhabers selbst handeln, sondern bei ihren Entscheidungen ihrerseits Weisungen zu befolgen haben und der ständigen Kontrolle einer Person unterliegen, welche primär mit der selbständigen Verwaltung des betreffenden Vermögens betraut ist<sup>35</sup>. Dies gilt auch dann, wenn der betreffende Angestellte durch den Vorgesetzten nur bedingt kontrolliert werden kann, weil dieser nicht über die für eine umfassende Kontrolle erforderlichen Fachkenntnisse verfügt<sup>36</sup>. Zuzufolge Weisungsabhängigkeit und eingeschränkter Verfügungsbefugnis fehlt die erforderliche Selbständigkeit in

---

<sup>30</sup> BGE 105 IV 110; 97 IV 15; vgl. auch BGE 96 IV 79 (Betrug durch arglistige Täuschung des Unterschriftenberechtigten).

<sup>31</sup> BGE 77 IV 206.

<sup>32</sup> BGE 105 IV 311; 102 IV 93; 100 IV 36 f.; 95 IV 65; 86 IV 14.

<sup>33</sup> BGE 102 IV 93.

<sup>34</sup> BGE 95 IV 65 f.

<sup>35</sup> VOLLMAR (Fn. 5) 44; BGE 105 IV 311.

<sup>36</sup> BGE 95 IV 66.

der Regel dem Handelsreisenden<sup>37</sup> wie auch dem Inkassobeauftragten, der genau bestimmte Inkassogeschäfte zu tätigen hat<sup>38</sup>.

Folgt man den aufgezeigten Kriterien für die Unterscheidung zwischen selbständiger und untergeordneter Betreuung fremder Vermögensinteressen, so erscheint es zumindest problematisch, das kollektivzeichnungsberechtigte Organ einer Gesellschaft bzw. Stiftung generell als selbständigen Vermögensverwalter zu erachten, wie es das Bundesgericht getan hat<sup>39</sup>. Gerade durch die Anordnung der Kollektivzeichnungsberechtigung wird nämlich zum Ausdruck gebracht, dass das Vertrauen zwischen den Beteiligten weniger intensiv und damit auch das Schutzbedürfnis des Vermögensinhabers geringer ist als im Falle der Geschäftsführung mit individueller Verfügungsbefugnis. Etwas anderes kann nur gelten, wenn der Kollektivzeichnungsberechtigte allein aufgrund seiner Verfügungsmacht, d.h. ohne Täuschung seines Mitzeichnungsberechtigten, faktisch selbständig über das Vermögen verfügen kann<sup>40</sup>. Ist der Kollektivzeichnungsberechtigte hingegen zur fraglichen Verfügung nur deshalb in der Lage, weil er seinen Mitzeichnungsberechtigten arglistig täuscht, so kommt nicht ungetreue Geschäftsbesorgung, sondern Betrug in Frage<sup>41</sup>. Sind zwar Irreführung und Irrtum des Mitzeichnungsberechtigten gegeben, fehlt es jedoch an der Arglist, so kann jedenfalls nicht allein deshalb angenommen werden, es liege ein Fall der Untreue vor. Mit anderen Worten kann und soll Art. 158 StGB nicht als Auffangtatbestand für durch (nicht arglistige) Täuschung bewirkte Vermögensschädigungen dienen.

### 2.3 Das Aufsichtsorgan

Als potentielle Täter kommen neben der Vormundschaftsbehörde insbesondere Mitglieder von Verwaltungsräten und Stiftungsaufsichten, ausnahmsweise auch diejenigen von Revisionsstellen, in Frage, und zwar dann, wenn sie im Rahmen ihrer Aufsichtsfunktion handeln bzw. handeln sollten<sup>42</sup>. Zu den Adressaten der Aufsichtspflicht gehören somit nun auch Personen, welche bisher - bei Annahme einer Garantenstellung - mangels Geschäftsführereigenschaft nicht als Täter, sondern höchstens als Gehilfen zu ungetreuer Geschäftsführung, begangen durch Unterlassen, belangt werden konnten.

---

<sup>37</sup> VOLLMAR (Fn. 6) 47 f.

<sup>38</sup> STRATENWERTH, BT I (Fn. 5) § 19 N 6.

<sup>39</sup> BGE 105 IV 110.

<sup>40</sup> So wohl der Sachverhalt in BGE 100 IV 172 f.

<sup>41</sup> BGE 95 IV 66.

<sup>42</sup> Botschaft (Fn. 9) 1048.



Wie im Falle der Vermögensverwaltung selbst beruht auch hier die strafrechtlich relevante Aufsichtspflicht auf Gesetz, Rechtsgeschäft oder behördlichem Auftrag. Häufig ist die Person des Aufsichtspflichtigen aufgrund einer Kombination gesetzlicher und rechtsgeschäftlicher Pflichten zu bestimmen<sup>43</sup>. Dem Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft etwa kommt die Tütereigenschaft gestützt auf Art. 716 a OR zu. Zuzufolge der zwingenden Natur von Ziff. 5 dieser Bestimmung bleibt es ihm verwehrt, sich seiner Aufsichtspflichten völlig zu entledigen und damit aus dem Kreis der Adressaten des Treubruchstatbestandes auszuschneiden. Begnügt er sich mit der zwingend vorgeschriebenen Oberaufsicht und werden alle übrigen Aufsichtspflichten an einen Ausschuss aus seiner Mitte, an einen einzelnen Verwaltungsrat oder an einen eigens dafür eingestellten Fachmann delegiert<sup>44</sup>, so werden dadurch diese weiteren Personen zu Adressaten des Treubruchstatbestandes. An der grundsätzlichen Verantwortung des Delegierenden mit Blick auf Art. 158 Ziff. 1 StGB vermag dies allerdings nichts zu ändern.

## **2.4 Auftragsloser Geschäftsführer**

Mit dem Einbezug des Geschäftsführers ohne Auftrag<sup>45</sup> in den Täterkreis des Treubruchstatbestandes sollen Fälle erfasst werden, die weder unter den Betrugs- noch unter den Untreuestatbestand fallen. Als Beispiele nennt die Botschaft den Vermögensverwalter, der ohne Vollmacht zum Schaden der Erben weiter tätig ist, oder den Erben, der über ein in Wertpapieren angelegtes Vermögen zum Nachteil seiner Miterben verfügt<sup>46</sup>. Zu beachten ist, dass die angeführten Kriterien für die Annahme der Vermögensverwaltereigenschaft auch hier erfüllt sein müssen.

## **3. Adressatenkreis des Missbrauchstatbestandes**

Den Tatbestand von Art. 158 Ziff. 2 StGB kann erfüllen, wer aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung, aufgrund eines Auftrages oder aufgrund einer rechtsgeschäftlich eingeräumten Ermächtigung einen Dritten vertritt.

Täter des Missbrauchstatbestandes ist somit in erster Linie der direkte Stellvertreter<sup>47</sup> gemäss

---

<sup>43</sup> Vgl. dazu VOLLMAR (Fn. 6) 55.

<sup>44</sup> BRUNO U. GLAUS, Unternehmensüberwachung durch schweizerische Verwaltungsräte, Diss. St. Gallen 1990, 266.

<sup>45</sup> Vgl. dazu JÖRG SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Fribourg 1992, N 8 ff.

<sup>46</sup> Botschaft (Fn. 9) 1048.

<sup>47</sup> Zur Frage, ob auch der indirekte Stellvertreter zu den Adressaten des Missbrauchstatbestandes gehören kann (so REHBERG/SCHMID (Fn. 15)230; JÖRG REHBERG, StGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 13. Aufl., S. 208), wird im Rahmen dieser Abhandlung nicht abschliessend Stellung genommen. Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen Konstellationen, in denen die Rechtshandlungen des Vertreters den Vertretenen zumindest teilweise binden (wie bei-

Art. 32 Abs. 1 OR, mithin eine Person, welche aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung eine rechtserhebliche Erklärung mit der Folge abgibt oder entgegennimmt, dass die Wirkung der Rechtshandlung beim Vertretenen eintritt. Nicht strafbar machen können sich nach diesem Tatbestand folglich der Bote, die Vertragsparteien eines echten Vertrags zugunsten Dritter<sup>48</sup> sowie Personen, welche fremde Geschäfte lediglich vorbereiten, nicht aber abschliessen wie beispielsweise der Mäkler oder der Rechtsanwalt, welcher den Vertragsentwurf aufsetzt<sup>49</sup>.

Typischer Täter des Missbrauchstatbestandes ist derjenige, der die Diskrepanz zwischen der Vertretungsbefugnis (interne Vollmacht) und der Vertretungsmacht (externe Vollmacht), d.h. die Diskrepanz zwischen dem «Dürfen» (Vertretungsbefugnis) und dem «Können» (Vertretungsmacht) ausnützt<sup>50</sup>. Nach herrschender Auffassung ist dies der einzig mögliche Anwendungsbereich des diesbezüglich vergleichbaren § 266 DStGB<sup>51</sup>. Nicht zu den Adressaten des Missbrauchstatbestandes gehören danach diejenigen Vertreter, welche zwar zu Geschäften der fraglichen Art ermächtigt worden sind, im konkreten Fall aber ihre Vollmacht überschreiten, d.h. zivilrechtlich gesehen ohne Vollmacht handeln<sup>52</sup>. Die Verkäuferin, welche Waren unter dem festgesetzten Preis abgibt, dürfte danach nicht zu den Adressaten des Missbrauchstatbestandes gezählt werden<sup>53</sup>.

Diese Interpretation des Missbrauchstatbestandes ist jedoch nicht zwingend. Sie orientiert sich streng am Zivilrecht. Danach kann der Vertretene in Fällen der Vollmachtenüberschreitung nämlich nicht geschädigt sein, weil der Vertreter seine Befugnis nicht rechtswirksam ausübt, mithin der Eintritt der Vertretungswirkung von der Genehmigung durch den Vertretenen abhängig ist. Demgegenüber ist zu beachten, dass der Vertretene nach dem strafrechtlichen Vermögensbegriff, wie er zum Betrug entwickelt worden ist und auch bei Art. 158 StGB Anwendung findet<sup>54</sup>, durch das Verhalten eines falsus procurator sehr wohl einen Schaden

---

spielsweise im Falle der Legalzession nach Art. 401 OR) und solchen, bei welchen es zur Übertragung der Rechte und Pflichten weiterer Rechtsgeschäfte bedarf.

<sup>48</sup> ROLF WATTER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, hrsg. von HEINRICH HONSELL, NEDIM PETER VOGT UND WOLFGANG WIEGAND, Basel 1992, Art. 32 N 9.

<sup>49</sup> Vgl. z.B. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 6. Aufl., Zürich 1995, N 1316.

<sup>50</sup> Vgl. dazu auch WATTER (Fn. 48) Art. 33 N 14, der für das Stellvertretungsrecht auf diese Unterscheidung verzichten will und vorschlägt, das «Können» auf das «Dürfen» zu beschränken.

<sup>51</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER (Fn. 7) § 266 N 17.

<sup>52</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER (Fn. 7) § 266 N 4.

<sup>53</sup> So SCHÖNKE/SCHRÖDER (Fn. 7) § 266 N 17.

<sup>54</sup> Vgl. dazu nachstehend IV.

erleiden kann. Das dürfte der soeben erwähnte Fall der Verkäuferin klargemacht haben. Da nach dem Wortlaut des Missbrauchstatbestandes eine Ermächtigung zur Vertretung für Rechtshandlungen der fraglichen Art sowie der Missbrauch derselben erforderlich sind, lässt sich der Einbezug der vollmachtlosen Vertretung bei grundsätzlich erteilter Ermächtigung jedenfalls mit dem Wortlaut der Bestimmung durchaus vereinbaren. Zum anderen entspricht es Sinn und Zweck der Bestimmung, neben dem geringfügigen auch den krassen Missbrauch der Ermächtigung zu erfassen. Wäre man in diesem Punkte anderer Meinung, müssten die Tatbestandsmerkmale «Ermächtigung, jemanden zu vertreten», im Sinne von «Ermächtigung, Vertretungswirkungen auszulösen» ausgelegt werden, was in sich widersprüchlich erscheint. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, gehört selbst derjenige zum Adressatenkreis von Art. 158 Ziff. 2 StGB, welcher an sich zur Vertretung ermächtigt ist, dabei jedoch eigene Interessen wahrnimmt oder zufolge eines Inschlaggeschäftes oder gar Kollusion<sup>55</sup> den Vertretenen nicht zu verpflichten vermag<sup>56</sup>. Für den Einbezug auch dieser Fälle spricht, dass in der Botschaft als Anwendungsfall des Missbrauchs einer Ermächtigung zur Vertretung der Vereinskassier erwähnt wird, welcher aus der Vereinskasse seine eigenen Schulden bezahlt<sup>57</sup>. STRATENWERTH hält ausdrücklich fest, die Kollusion falle unter Art. 158 Ziff. 2 StGB, wobei allerdings die unmittelbar anschliessende Feststellung verunsichert, falls das rechtsgeschäftliche Handeln den Vertretenen nicht binde, komme die Anwendung des Missbrauchstatbestandes nicht in Frage<sup>58</sup>. Unter anderem im Falle der Kollusion ist der Vertretene nämlich zivilrechtlich gerade nicht gebunden. M.E. ist Art. 158 Ziff. 2 StGB so auszulegen, dass die Fälle der Vollmachtenüberschreitung, eingeschlossen die Fälle von Kollusion, davon erfasst werden, sofern der Täter zu Rechtshandlungen der fraglichen Art, beispielsweise zur Führung der Vereinskasse oder zur Ausübung der Tätigkeit einer Kassierin, ermächtigt worden ist.

Demgegenüber kann sich aufgrund des diesbezüglich klaren Wortlautes nicht wegen Missbrauchs der ihm eingeräumten Ermächtigung strafbar machen, wer überhaupt nie über eine Vollmacht verfügt hat. Dies entspricht dem Sinn des Tatbestandes, da in einem derartigen Fall von Untreue - auch in einem weiteren Sinne verstanden - nicht die Rede sein kann. Ebensovienig gehört derjenige, dessen Vollmacht vor der fraglichen Rechtshandlung erloschen ist, zum Täterkreis von Art. 158 Ziff. 2 StGB. Gleich verhält es sich auch, wenn im Falle einer externen Vollmacht der Widerruf dem Dritten nicht mitgeteilt wird. Der Gutgläubenschutz Dritter nach Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR besteht ja gerade darin, dass die Vertretungswirkung trotz fehlender Ermächtigung, der Voraussetzung für die Anwendung des Missbrauchstatbestandes also,

---

<sup>55</sup> Darunter versteht man bewusst schädigendes Zusammenwirken des Vertreters mit einem Dritten zu Lasten des Vertretenen, vgl. WATTER (Fn. 48) Art. 33 N 19.

<sup>56</sup> Zuzustimmen ist demnach GUNTHER ARZT, Zur Untreue durch befugtes Handeln, in: Festschrift für JÜRGEN BRUNS, Köln 1978, 379 f. (mit Bezug auf § 266 DStGB).

<sup>57</sup> Botschaft (Fn. 9) 1047.

<sup>58</sup> STRATENWERTH, BT I (Fn. 5) § 19 N 23.

eintritt<sup>59</sup>. Im übrigen ist die Fallkonstellation, nach welcher der Vertreter vom Erlöschen der Vollmacht keine Kenntnis erlangt hat, davon i.S.v. Art. 37 OR aber hätte Kenntnis erlangen sollen, im Zusammenhang mit Art. 158 Ziff. 2 StGB nicht von Belang, da nur der vorsätzlich die Ermächtigung missbrauchende Täter erfasst wird.

### III. Pflichtwidrigkeit

#### 1. Ausgangslage

Wie nach bisheriger Praxis genügt die vorsätzliche Schädigung des Vermögens, für welches der Pflichtige zu sorgen hat, auch nach der Novelle zur Erfüllung des Tatbestandes nicht. Erforderlich ist zum einen, nunmehr nach ausdrücklichem Gesetzeswortlaut<sup>60</sup>, dass der Täter die fremden Vermögensinteressen in Ausübung seiner Funktion als Geschäftsführer bzw. Aufsichtsorgan («... dabei [...] zulässt ...») oder als Vertreter («... dadurch ...») beeinträchtigt. Weiter setzt die Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens voraus, dass der Schaden pflichtwidrig, mithin in Verletzung einer Rechtspflicht bewirkt wird. Dadurch soll der Kreis der vermögensschädigenden Verhaltensweisen eingegrenzt werden. Keine Rolle spielt dabei, ob der Schaden durch pflichtwidriges aktives Tun<sup>61</sup> oder durch eine entsprechende Unterlassung bewirkt wird<sup>62</sup>.

Ein strafrechtlich relevanter Pflichtverstoss i.S.v. Art. 158 StGB setzt die Verletzung einer regelmässig ausserstrafrechtlichen Pflicht, in der Regel also einer zivilrechtlichen Pflicht voraus. Dies ist deshalb unabdingbar, weil das Strafrecht keine Zuordnung von Gütern bzw. wirtschaftlichen Interessen an Rechtssubjekte vornimmt. Bei der Anwendung des Tatbestandes der ungetreuen Geschäftsbesorgung muss daher auf die Zuordnung abgestellt werden, wie sie hauptsächlich das Zivilrecht<sup>63</sup>, in beschränktem Umfange auch das Verwaltungsrecht, vorgenommen hat. Daraus ergibt sich beispielsweise für den Treubruchstatbestand, dass dieser von vorneherein nicht verletzt sein kann, wenn der Vermögensverwalter zwar Defizite erwirtschaftet, sich dabei jedoch keine Verletzungen zivilrechtlicher Pflichten zuschulden kommen lässt<sup>64</sup>. Ist

---

<sup>59</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP (Fn. 49) N 1396, 1400.

<sup>60</sup> Dies wird in der Botschaft (Fn. 9) 1048 nur mit Bezug auf den Verwalter hervorgehoben, gilt aber für sämtliche Tatbestandsvarianten.

<sup>61</sup> Z.B. BGE 100 IV 114.

<sup>62</sup> Mit Bezug auf den Vermögensverwalter: HOCHSTRASSER (Fn. 2) 101; VOLLMAR (Fn. 69) 72 ff.; BGE 80 IV 248.

<sup>63</sup> Dazu generell: MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafrecht, Diss. Zürich 1992, 160; vgl. auch BGE 85 IV 230.

<sup>64</sup> STRATENWERTH, BT I (Fn. ) § 19 N 13 m.w.H.; Botschaft (Fn. 9) 1048.

das Verhalten des Geschäftsbesorgers demgegenüber nicht zivilrechtskonform, so ist zwar eine Voraussetzung der Pflichtwidrigkeit gegeben, nicht aber notwendigerweise diese selbst begründet.

## 2. Bestimmung des Pflichtinhalts beim Treubruchstatbestand

Festzuhalten ist zunächst, dass die jeweils massgebende Pflicht nicht generell-abstrakt, sondern für den Einzelfall in Berücksichtigung der konkreten Umstände festzulegen ist. Daraus folgt, dass sowohl Gesetzesbestimmungen als auch entsprechenden Normen aus Verträgen, Statuten etc. mit Blick auf die Frage der Pflichtwidrigkeit lediglich - aber immerhin - Indizwirkung zukommt. Erst die Konkretisierung und Anpassung derartiger genereller Normen an die Umstände des Einzelfalles ermöglicht die Bestimmung der strafrechtlich relevanten Pflicht und lässt ein endgültiges Urteil über die Strafrechtswidrigkeit des Verhaltens zu.

In der Missachtung klarer gesetzlicher Normen des Privatrechts, deren Schutzzweck auf die Fürsorge fremder Vermögensinteressen gerichtet ist, liegt in der Regel eine Pflichtverletzung. Als solche Norm gilt etwa die Vorschrift, für das Vermögen der AG mindestens im Umfang des Aktienkapitals sowie der gebundenen Reserven zu sorgen<sup>65</sup>. Entsprechend sind die Herausgabe einer Sacheinlage ohne äquivalente Gegenleistung<sup>66</sup>, Kapitalrückzahlungen an Aktionäre, verdeckte Gewinnausschüttungen<sup>67</sup> sowie Ausschüttungen von Dividenden<sup>68</sup> jedenfalls dann grundsätzlich pflichtwidrig, wenn dadurch das Aktienkapital inklusive die gebundenen Reserven vermindert werden<sup>69</sup>. Dies gilt richtigerweise auch für die Einmannaktiengesellschaft<sup>70</sup>. Regelmässig pflichtwidrig sind im weiteren die eigentlichen Missbräuche der Geschäftsführung, bei denen der Verwalter nicht mit Vertretungswillen handelt<sup>71</sup>. Anwendungsfälle solcher Verhaltensweisen können die sogenannten «Insichgeschäfte» sein, es sei denn, der Vertreter sei ausnahmsweise zum Selbsteintritt befugt<sup>72</sup>.

---

<sup>65</sup> BGE 117 IV 267 f.; 97 IV 13 f. Zuzugeben ist, dass es im Einzelfall schwierig sein kann, die hierzu erforderliche Bewertung von Aktiven und Passiven durchzuführen, vgl. dazu EUGEN BUCHER, Für eine strafrechtliche Durchgriffslehre bei Delikten der Verwaltung zum Nachteil juristischer Personen, in: Festschrift für Hans Schultz zum 65. Geburtstag, Bern 1977, 182.

<sup>66</sup> BGE 97 IV 14.

<sup>67</sup> BGE 117 IV 268 f.

<sup>68</sup> BGE 97 IV 13.

<sup>69</sup> BGE 100 IV 113 f.; 97 IV 13 f.

<sup>70</sup> 117 IV 263 ff.

<sup>71</sup> Vgl. etwa BGE 119 II 23 ff.

<sup>72</sup> GAUCH/SCHLUEP (Fn. 49) N 1438 ff.; ROGER ZÄCH, Berner Kommentar VI/1/2/2, 1990, OR 33

Eine Pflichtwidrigkeit kann aber auch dadurch begründet werden, dass gegen Bestimmungen von Organisationsvereinbarungen, Statuten und Reglementen oder gegen Generalversammlungsbeschlüsse verstossen wird. Ist für die Tätigkeit des Geschäftsführers etwa eine bestimmte Entschädigung festgelegt, so handelt dieser in der Regel pflichtwidrig, wenn er sich ohne Grund zusätzliche Gelder auszahlen lässt. Ebenso verhält es sich beispielsweise, wenn sich der Pflichtige nicht an den klar abgesteckten Risikobereich bei Börsengeschäften hält. Lässt sich die Frage der Pflichtwidrigkeit nicht allein gestützt auf unmittelbar anwendbare Bestimmungen beantworten, sind der Gesellschaftszweck<sup>73</sup> sowie allfällige weitere rechtliche oder allgemein anerkannte ausserrechtliche Normen, beispielsweise branchenspezifische Usancen etc. zum Zwecke der Absteckung des Pflichtinhaltes beizuziehen. Auf Unsitten darf nicht abgestellt werden, mögen diese auch weit verbreitet sein<sup>74</sup>.

In Fällen, in denen sich keine ausdrückliche, unmittelbar anwendbare Vorschrift bzw. Vereinbarung oder allgemein anerkannte ausserrechtliche Regel fand, wurde die Pflichtwidrigkeit in der Praxis - zumindest der Sache nach<sup>75</sup> - manchmal mit der Geschäftsführerstellung oder konkludent damit begründet, mit dem täterschaftlichen Verhalten sei gegen das Schädigungsverbot verstossen worden. Wird die Pflichtwidrigkeit auch inskünftig auf diese Weise bejaht, so besteht die Gefahr, dass eines der mit der Revision verfolgten Ziele, nämlich die Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 158 Ziff. 1 StGB durch das Erfordernis der Pflichtverletzung, unterlaufen wird.

Bei den in der Praxis zu beurteilenden Pflichtverletzungen stehen wirtschaftliche Vorgänge im Zentrum, welche - im weitesten und untechnischen Sinne verstanden - als unentgeltliche Zuwendungen, Schenkungen bzw. gemischte Schenkungen oder verdeckte Gewinnausschüttungen erachtet werden können. Wie gemäss zutreffender Rechtsprechung zum bisherigen Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung nach aArt. 159 StGB sind auch inskünftig Pflichtverletzung *darin* zu sehen, dass der Vermögensverwalter ohne bzw. ohne angemessene Gegenleistung Vermögenswerte an Dritte überträgt<sup>76</sup>, an kreditunwürdige Personen oder gegen mangelnde Sicherheiten Dahrlehen gewährt, Schulden übernimmt<sup>77</sup>, Garantien oder Bürg-

---

N 80 ff.

<sup>73</sup> BGE 109 IV 112 f.; 103 IV 238; 97 IV 15; 80 IV 248.

<sup>74</sup> BGE 97 IV 13 ff.; 80 IV 249.

<sup>75</sup> Z.B. BGE 100 IV 172 f.

<sup>76</sup> BGE 100 IV 113 f.; 97 IV 15.

<sup>77</sup> BGE 105 IV 107 ff. (Fürsorgestiftung übernimmt Schulden der AG sowie Defizit der Kantenkasse).

schaften unter Eingehung unüblicher Risiken leistet<sup>78</sup>, Güter käuflich erwirbt, die bereits dem Geschäftsherrn zustehen<sup>79</sup>, ausstehende Forderungen nicht einzieht<sup>80</sup> oder verjähren lässt<sup>81</sup> sowie Arbeitskräfte und Sachmittel für private Zwecke oder für Dritte, namentlich Konkurrenzunternehmen, einsetzt<sup>82</sup>. Eine Pflichtverletzung liegt auch vor, wenn der Vermögensverwalter auf unzutreffende Bestätigungsschreiben nicht reagiert oder fehlerhafte Bankauszüge nicht richtigstellt, sofern das Schweigen gemäss den Geschäftsbedingungen als Saldoanerkennnis gilt. Tatbestandsmässig kann weiter sein, wenn auszuführende Arbeiten ohne sachlichen Grund an den teuersten Offerenten vergeben<sup>83</sup> oder wenn Waren statt mit dem möglichen Gewinn mit Verlust verkauft werden<sup>84</sup>. Zu dieser Gruppe von Fällen gehören auch die Konstellationen, in denen der Vermögensverwalter aus den Mitteln des zu verwaltenden Vermögens gewissermassen sich selbst «beschenkt», etwa indem er im eigenen Interesse Spekulationsgeschäfte tätigt oder sich (übersetzte) Entschädigungen für angeblich bzw. tatsächlich geleistete Arbeiten auszahlen lässt<sup>85</sup>. In der Sache gleich verhält es sich, wenn der Dritte zwar insgesamt eine äquivalente Gegenleistung erbringt, welche jedoch gemäss interner Abmachung nur zu einem Teil dem Vermögensinhaber, im übrigen jedoch dem Geschäftsführer selbst oder einer von diesem bezeichneten Person zukommt. Beispiel hierfür ist der Fall, in dem der Vermögensverwalter mit dem Käufer einen Preis vereinbart, in welchem als Aufschlag ein an ihn zu überweisender Betrag bzw. eine andere Gegenleistung enthalten ist<sup>86</sup>.

Allgemein vermag die blosser Annahme bzw. das blosser Sich-Versprechenlassen von Vermögenswerten bzw. idellen Vorteilen immerhin nur dann eine Pflichtwidrigkeit zu begründen, wenn der Vermögensverwalter aus diesem Grunde seine Treuepflicht verletzt und gestützt darauf eine Schädigung der zu wahren Vermögensinteressen bewirkt. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn er einem kreditunwürdigen Dritten deshalb ein Darlehen von Fr. 1 Million gewährt, weil ihm dieser Fr. 50'000 übergibt. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Geschäftsführer pflichtwidrig handelt, wenn er ihm von dritter Seite zur persönlichen Verfügung

---

<sup>78</sup> BGE 105 IV 191 f. (offengelassen); vgl. auch BGE 121 IV 104 ff.

<sup>79</sup> BGE 100 IV 172 f.

<sup>80</sup> BGE 81 IV 232.

<sup>81</sup> HOCHSTRASSER (Fn. 2) 101.

<sup>82</sup> BGE 81 IV 280; 80 IV 248.

<sup>83</sup> Vgl. dazu BGE 101 IV 412 f.

<sup>84</sup> BGE 105 Ib 428.

<sup>85</sup> BGE 117 IV 261 ff.

<sup>86</sup> VOLLMAR (Fn. 6) 126 ff.; BGE 103 IV 238; 100 IV 36 f.

überlassene Vermögenswerte nicht an den Vermögensinhaber herausgibt, ansonsten aber dessen Vermögensinteressen pflichtgemäss wahrt. Die Annahme einer Pflichtwidrigkeit kommt in derartigen Fällen überhaupt erst in Frage, wenn im Verzicht auf die Herausgabe ein Verstoß gegen zivilrechtliche oder öffentlichrechtliche Bestimmungen<sup>87</sup> liegt. Für den Bereich des Zivilrechts ist etwa an Art. 401 Abs. 1 OR oder Art. 532 Abs. 1 OR zu denken, wonach darauf abgestellt wird, ob die Zuwendungen dem Vermögensverwalter infolge seiner Geschäftsbesorgung zugekommen sind bzw. einen Gewinn darstellen, welcher seiner Natur nach der Gesellschaft zusteht. Richtigerweise ist die Bestrafung wegen «Schmiergeldannahme» abzulehnen, wenn die Pflichtwidrigkeit allein mit dem nicht befriedigten Anspruch aus Vertragsrecht begründet werden kann<sup>88</sup>. Es gehört anerkanntermassen nicht zum Schutzzweck der ungetreuen Geschäftsbesorgung, die Verletzung synallagmatischer Verträge ganz allgemein zu sanktionieren. Generell gilt, nicht zuletzt zufolge des in Art. 59 Abs. 3 BV ausgesprochenen Verbots des Schuldverhalts, dass Verletzungen von Schuldpflichten in erster Linie mit ausserstrafrechtlichen Mitteln zu begegnen ist<sup>89</sup>.

Neben der Übertragung bzw. Verwendung von Vermögenswerten ohne angemessene Gegenleistung zugunsten des Vermögensinhabers lässt sich eine zweite Gruppe von Pflichtverletzungen dadurch charakterisieren, dass der Vermögensverwalter es entgegen dem Sinn der Vereinbarung bzw. dem Gesellschaftszweck unterlässt, das Vermögen zu mehren bzw. real mindestens zu erhalten, welches ihm unter anderem gerade auch zur Erreichung dieses Ziels überlassen worden ist<sup>90</sup>. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn er in einem Handelsgeschäft trotz entsprechender Gelegenheiten gewinnbringende Verträge nicht abschliesst bzw. statt für den Vermögensinhaber für ein eigenes oder ein fremdes Konkurrenzunternehmen tätig<sup>91</sup>, wenn er generell die ihm obliegende Verkaufstätigkeit vernachlässigt<sup>92</sup> oder wenn er es unterlässt, das Vermögen, beispielsweise einer Pensionskasse, zinstragend anzulegen<sup>93</sup>.

Eine weitere Gruppe praxisrelevanter Pflichtverletzungen kann so umschrieben werden, dass der Schaden nicht durch rechtsgeschäftliche Verfügung, sondern durch rein tatsächliches Verhalten

---

<sup>87</sup> Vgl. dazu BGE 118 IV 244 f.

<sup>88</sup> NIKLAUS SCHMID, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsdelikte im Tätigkeitsbereiche der Aktiengesellschaft, SAG 46 (1974) 116 ff. m.w.H.; VOLLMAR (Fn. 6) 136 m.w.H.

<sup>89</sup> Vgl. HANS SCHULTZ, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994, ZBJV 131 (1995) 840.

<sup>90</sup> VOLLMAR (Fn. 6) 74.

<sup>91</sup> BGE 105 IV 313; 80 IV 248.

<sup>92</sup> BGE 86 IV 15.

<sup>93</sup> BGE 80 IV 248.



bewirkt wird, insbesondere dadurch, dass es der Pflichtige an der gebotenen tatsächlichen Sorge für die ihm überlassenen Personal- und Sachmittel mangeln lässt. Solche Unterlassungen müssen jedoch ein Ausmass erreichen, dass darin angesichts der Art des zu besorgenden Geschäfts tatsächlich ein treuwidriger Verstoss gegen die Interessen des Vermögensinhabers gesehen werden kann. Entsprechend kann sich pflichtwidrig verhalten, wer es in Missachtung einer entsprechenden Pflicht unterlässt, Waren vor dem Verderben zu schützen<sup>94</sup>.

Die Pflichten des Aufsichtsorgans stellen nach dem Wortlaut von Art. 158 Ziff. 1 StGB das Pendant zu den Pflichten des Geschäftsführers dar. Entsprechend kann sich wegen Verletzung von Aufsichtspflichten strafbar machen, wer Pflichtverletzungen durch den Vermögensverwalter nicht vorbeugt oder aber keine Massnahmen zur Aufhebung bzw. Minderung der Auswirkungen bereits begangener, bekanntgewordener Pflichtverletzungen trifft.

Darzulegen bleibt, welche Gesichtspunkte bei der Anpassung der generell-abstrakten Normen betreffend das Verhalten von Geschäftsführern und Aufsichtsorganen an die konkreten Umstände massgebend sein können.

Ausgangspunkt bei der Bemessung des im Einzelfall geltenden Pflichtinhalts muss die Überlegung bilden, dass den Strafrechtsnormen nicht nur Bewertungs-, sondern in erster Linie Bestimmungsfunktion zukommt. In diesem Sinne muss es zumindest eines der Ziele der strafrechtlichen Gebote und Verbote sein, die Normadressaten zu inhaltlich richtigem Wollen anzuhalten. Das wiederum bedingt, dass bei der Bemessung der jeweiligen Pflichten nicht nur das Prinzip «ultra posse nemo teneatur» zu beachten ist, sondern dass auch keine überspannten und nur schwer erfüllbaren Anforderungen an den Einzelnen gestellt werden dürfen. Im Auge zu behalten ist sodann, dass mit dem Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung zwar unter anderem der Zweck verfolgt werden soll, wirtschaftlich schädliche Verhaltensweisen zu verhindern bzw. zu sanktionieren<sup>95</sup>. Das heisst jedoch keineswegs, dass jegliche wirtschaftliche Initiative sowie ein angemessenes Mass an Risikobereitschaft im Prokrustesbett überdehnter Fürsorgepflichten und minimierter Selbstverantwortung des Opfers bereits im Ansatz erstickt werden soll.

### **3. Bestimmung des Pflichtinhalts beim Missbrauchstatbestand**

Unzweifelhaft handelt derjenige Stellvertreter pflichtwidrig, der in Überschreitung seiner Vertretungsbefugnis, jedoch in Ausübung seiner Vollmacht ein Verpflichtungsgeschäft eingeht. Dabei spielt es unter strafrechtlichen Gesichtspunkten - wie bereits erwähnt - keine Rolle, ob dem Vertreter eine umfassende Vertretungsmacht mit einschränkenden Weisungen erteilt wird oder

---

<sup>94</sup> BGE 102 IV 93.

<sup>95</sup> Botschaft (Fn. 9) 1047.

ob die Dritten kundgegebene, externe Vollmacht die tatsächlich erteilte übersteigt. Lehnt man mit der hier vertretenen Auffassung die enge, der deutschen Auffassung folgende Interpretation des Missbrauchstatbestandes ab, so liegt eine Pflichtwidrigkeit auch bzw. erst recht vor, wenn der Vertreter nicht nur seine Vertretungsbefugnis, sondern zugleich auch die Vollmacht überschreitet. Die bereits erwähnte Verkäuferin, welche einen bestimmten Gegenstand zu einem tieferen als dem angeschriebenen Preis verkauft, verhält sich demnach pflichtwidrig. Entsprechend ist schliesslich auch interessenwidriges, d.h. schädigendes Verhalten, welches durch eine Vollmacht a priori nicht gedeckt sein kann, i.S.d. Missbrauchstatbestandes pflichtwidrig. Damit stellen Insichgeschäfte in der Regel, d.h. wenn sie nicht ausnahmsweise zulässig sind, einen Missbrauch i.S. von Art. 158 Ziff. 2 StGB dar. Gleiches gilt für den Fall der Kollusion. Voraussetzung ist dabei stets nur, dass der Täter grundsätzlich zur Vertretung ermächtigt worden ist.

Wie beim Treubruchstatbestand wird es auch beim Missbrauchstatbestand häufig so sein, dass das fragliche Verhalten nicht aufgrund einer klar abgegrenzten, einzelfallbezogenen, sondern aufgrund einer auslegungsbedürftigen Ermächtigung zu beurteilen ist.

#### **IV. Schaden**

Schliesslich erfordert der objektive Tatbestand, dass durch das pflichtwidrige Verhalten ein Schaden bewirkt oder - im Falle der Aufsichtspflichten - nicht verhindert wird. Wie bereits im Zusammenhang mit der Pflichtumschreibung erwähnt, genügt als Schaden auch das Ausbleiben eines Vermögenszuwachses, welchen der Vermögensverwalter bzw. der Vertreter herbeizuführen verpflichtet gewesen wäre<sup>96</sup>. Der Schaden muss beim Vermögensinhaber eintreten, und nicht etwa bei einem Dritten<sup>97</sup>, beispielsweise beim Gläubiger oder beim Aktionär.

Was den Vermögensbegriff betrifft, so ist - wie erwähnt - auf die Definition abzustellen, wie sie in Lehre und Rechtsprechung insbesondere zum Betrugstatbestand entwickelt worden ist<sup>98</sup>. Als Vermögenswerte gelten demnach alle vermögenswerten Interessen, so unter anderem auch die Arbeitsleistung, auf welche der Arbeitgeber Anspruch hat<sup>99</sup>, Gewinnaussichten<sup>100</sup>, der unbefugte

---

<sup>96</sup> BGE 80 IV 249.

<sup>97</sup> GRAVEN (Fn. 4) 7.

<sup>98</sup> GRAVEN (Fn. 4) 7; HOCHSTRASSER (Fn. 2) 155; STRATENWERTH, BT I (Fn. 5) § 19 N 16; VOLLMAR (Fn. 6) 67, 83.

<sup>99</sup> BGE 81 IV 280.

<sup>100</sup> VOLLMAR (Fn. 6) 85.

Entzug des durch den Eintrag einer Marke in das Register entstandenen Vorteils<sup>101</sup>. Nach Lehre und Praxis genügt auch ein bloss vorübergehender Schaden<sup>102</sup>. Im übrigen setzt die Bejahung eines Schadens nicht voraus, dass dieser betragsmässig genau ausgewiesen ist<sup>103</sup>.

Damit ist bereits gesagt, dass die Bejahung eines Schadens keine definitive Verletzung der Vermögensinteressen voraussetzt. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung genügt<sup>104</sup>. Zwar handelt es sich bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung um ein Verletzungs- und nicht um ein Gefährdungsdelikt. Die Unterscheidung zwischen Verletzung und Gefährdung von Vermögensinteressen erweist sich im Einzelfall jedoch als sehr schwierig<sup>105</sup>. Massgebend ist eine primär wirtschaftliche Betrachtungsweise. Vergibt ein Geschäftsführer klar ungenügend gesicherte Kredite, so steht nicht fest, ob aus diesem Geschäft tatsächlich ein Schaden resultieren wird. Trotzdem wird das betreffende Darlehen in der Bilanz nicht mehr zum Nennwert eingesetzt (vgl. dazu Art. 669 Abs. 1 OR), sondern der Betrag wird teilweise abgeschrieben (Stichwort: Wertberichtigung). In diesem Sinne bedeutet die erhebliche Unsicherheit betreffend die Einbringlichkeit des gewährten Darlehens nicht nur eine Gefährdung des Vermögens in der Höhe des Darlehensbetrages, sondern gleichzeitig auch einen Schaden in der Höhe eines Teilbetrages desselben<sup>106</sup>. Gleich verhält es sich bei den sogenannten Eventualverpflichtungen, beispielsweise bei Bürgschaften und Bankgarantien<sup>107</sup>. Mit Bezug auf die zu Unrecht unterlassene Vermehrung des Vermögens liegt eine Schädigung vor, wenn bei pflichtgemäßem Verhalten höchstwahrscheinlich ein Vermögenszuwachs realisiert worden wäre<sup>108</sup>.

---

<sup>101</sup> BGE 100 IV 114.

<sup>102</sup> REHBERG/SCHMID (Fn. 15) 175; STRATENWERTH, BT I (Fn. 5) § 15 N 55; VOLLMAR (Fn. 6) 86 f.; BGE 87 IV 11.

<sup>103</sup> BGE 101 IV 165 f.

<sup>104</sup> Z.B. STRATENWERTH, BT I (Fn. 5) § 15 N 54; BGE 121 IV 105; diesbezüglich unklar Botschaft (Fn. 9) 1049.

<sup>105</sup> Nicht gefolgt werden kann für das schweizerische Recht immerhin der Auffassung, da eine Vermögensgefährdung auch aus gebotenem, riskantem Geschäftsverhalten resultieren könne, was nicht strafbar sei, müsse der Schadensbegriff bei der Untreue ein anderer sein als derjenige des Betrugs (THOMAS RIEMANN, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, Diss. Heidelberg 1989, 5. Abschnitt, erste Seite). Wenn das riskante Verhalten nämlich nicht pflichtwidrig ist, stellt sich die Frage des Schadens nicht, weil die Tatbestandsmässigkeit bereits mangels Pflichtwidrigkeit ausgeschlossen ist.

<sup>106</sup> GRAVEN (Fn. 4) 7; BGE 82 IV 90 f.

<sup>107</sup> Vgl. BGE 121 IV 104; 105 IV 189.

<sup>108</sup> BGE 80 IV 249.

Fraglich ist, ob von einem Schaden ausgegangen werden kann, wenn die Vermögensbestandteile, welche die Vermögensdifferenz begründen, vom Vermögensinhaber nicht herausgegeben werden müssen bzw. jederzeit zurückgefordert werden können. Dies ist dann der Fall, wenn der Vertretene, für den der Vertreter ohne Vollmacht gehandelt hat, nicht gebunden ist, wenn also zufolge fehlender Vollmacht des Vertreters keine Vertretungswirkung eingetreten ist. In einer derartigen Konstellation hat es der Vertretene nämlich in Anwendung von Art. 38 Abs. 1 OR in der Hand, die Handlung des Vertreters zu genehmigen und damit deren Wirkung eintreten zu lassen oder aber auf die Genehmigung zu verzichten.

Grundsätzlich entsteht im Falle eines Verzichts auf Genehmigung beim Vertretenen aus zivilrechtlicher Sicht kein Schaden. Da es am Rechtsgrund der Übertragung fehlt, können allfällig herausgegebene Sachen vom Vertreter bzw. Dritten mittels Vindikation herausverlangt werden, sofern nicht ein gutgläubiger Dritter inzwischen Eigentümer geworden ist. Im übrigen kann der Vertretene Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen. Aus strafrechtlicher Sicht können jedoch weitere Aspekte, insbesondere das Prozessrisiko, zum Schaden gerechnet werden. Ist die Geltendmachung und Durchsetzung der Ansprüche des Vertretenen mithin mit Unsicherheiten und Auslagen verbunden, kann darin ein Schaden gesehen werden. Ebenso ist ein Schaden zu bejahen, wenn die betreffenden Vermögenswerte nicht mehr bzw. nur noch teilweise vorhanden sind sowie wenn die Rückabwicklung mit Kosten verbunden ist. Schliesslich kann ein Schaden darin gesehen werden, dass der Vertretene zufolge culpa in contrahendo, gestützt auf Art. 36 Abs. 2 OR, gegenüber dem Dritten zu Schadenersatz verpflichtet ist<sup>109</sup>.

Genehmigt der Vertretene die Handlung des Vertreters, verbietet sich wohl regelmässig davon auszugehen, dieser habe jenen geschädigt. Selbst in einem solchen Fall kann der Vertreter jedoch wegen versuchter Tatbegehung belangt werden, denn in der Genehmigung liegt weder eine Einwilligung im Sinne dieses Rechtfertigungsgrundes noch ein tatbestandsausschliessendes Einverständnis. Sowohl Einwilligung wie Einverständnis setzen gemäss Lehre und Rechtsprechung nämlich voraus, dass die Zustimmung des Verletzten gegenüber dem potentiellen Täter ausdrücklich oder konkludent erteilt wird, bevor dieser das geschützte Rechtsgut beeinträchtigt<sup>110</sup>. In solchen Fällen kann die Anwendung des dem Versuch zugrunde liegenden Prinzips, «eine krumme Sache bleibt eine krumme Sache, selbst wenn sie glatt geht», im Ergebnis unbillig sein. Dies zumal wenn man berücksichtigt, dass praktisch mit Sicherheit nicht bestraft wird, wer in pflichtwidriger Weise mit dem Vermögen spekuliert und dabei einen grossen Gewinn erzielt.

Der Schaden muss die Folge der Pflichtwidrigkeit darstellen. Dabei genügt die natürliche Kausalität, da und soweit sich Wissen und Wollen des Pflichtigen auf die diese begründenden

---

<sup>109</sup> Vgl. dazu GAUSCH/SCHLUEP (Fn. 49) 1386 ff.; WATTER (Fn. 48) Art. 39 N 11.

<sup>110</sup> Vgl. z.B. REHBERG (Fn. 12) 150; STRATENWERTH, AT I (Fn. 12) § 10 N 22; TRECHSEL/NOLL (Fn. 12) 127.

Umstände beziehen. Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung ist somit zumindest nicht vollendet, wenn der Schaden nicht auf die Pflichtwidrigkeit, sondern auf Dritteinwirkungen zurückzuführen ist.

## **V. Konkurrenzen und Abgrenzungen**

### **1. Treubruchs-/Missbrauchstatbestand**

Aus den bisherigen Ausführungen lässt sich unschwer schliessen, dass der Täterkreis des Missbrauchstatbestandes - mit der Ausnahme des Geschäftsführers ohne Auftrag, des ohne Bereicherungsabsicht handelnden Täters und allenfalls des Aufsichtsorgans - zu einem grossen Teil derselbe ist wie derjenige des Treubruchstatbestands<sup>111</sup>. Mit Bezug auf das Verhältnis dieser beiden Tatbestandsvarianten muss gelten, dass eine Bestrafung nach Ziff. 2 nicht in Frage kommt, falls sich das fragliche Verhalten unter den Treubruchstatbestand subsumieren lässt<sup>112</sup>. Zu beachten ist indessen, dass den Missbrauchstatbestand erfüllen kann, wer nur über einen Teil der Befugnisse verfügt, welche für die umfassende Vermögensverwaltung erforderlich sind. Täter ausschliesslich dieses Tatbestandes kann somit sein, wer lediglich zum Abschluss eines einzigen Rechtsgeschäftes ermächtigt ist oder wer generell mit der Wahrung von Vermögensinteressen betraut ist, jedoch nicht die Stellung eines Geschäftsführers innehat.

### **2. Ungetreue Geschäftsbesorgung/Veruntreuung**

Unbestrittenermassen stehen Veruntreuung nach Art. 138 StGB und ungetreue Geschäftsbesorgung zueinander in einem Verhältnis unechter Konkurrenz, wobei nach herrschender Lehre und Rechtsprechung die Veruntreuung den qualifizierten Treubruchs- und den Missbrauchstatbestand stets konsumiert<sup>113</sup>. Häufig wird dies unter anderem damit begründet, dass ansonsten der qualifizierte Tatbestand der Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 2 StGB nicht zur Anwendung gebracht werden könnte<sup>114</sup>. M.E. ist die Annahme, Veruntreuung müsse ungetreuer Geschäftsbesorgung stets vorgehen, wenn sich der fragliche Sachverhalt unter beide Tatbestände subsumieren lässt, zu relativieren, zumal die Strafdrohungen für vergleichbares Verhalten nunmehr identisch sind.

---

<sup>111</sup> STRATENWERTH, BT I (Fn. 5) § 19 N 22.

<sup>112</sup> REHBERG/SCHMID (Fn. 15) 230.

<sup>113</sup> HOCHSTRASSER (Fn. 2) 156; REHBERG/SCHMID (Fn. 15) 229; NIKLAUS SCHMID, Zur Frage der Abgrenzung der Veruntreuung (Art. 140 StGB) zur ungetreuen Geschäftsführung (Art. 159 StGB), SJZ 68 (1972) 117 ff.; STRATENWERTH, BT I (Fn. 5) § 19 N 27.

<sup>114</sup> Z.B. REHBERG/SCHMID (Fn. 15) 229; STRATENWERTH, BT I (Fn. 5) § 19 N 27.

In denjenigen Fällen, in denen sich ein Verhalten formal unter beide Tatbestände subsumieren lässt, setzt die Lösung der Lehre nämlich voraus, den mit Handelsgeschäften befassten Geschäftsführern, insbesondere Organen von Handelsgesellschaften, sei das jeweilige Geschäftsvermögen in einer Weise anvertraut, wie dies dem Typus der Veruntreuung entspreche. Eine derartige Annahme kann kaum als überzeugend erachtet werden, mutet es doch eher seltsam an, davon auszugehen, dem Geschäftsführer einer grossen Bank oder Chemiefirma seien deren Aktiven und Passiven gewissermassen einzeln anvertraut. Bei derartigen Konstellationen steht im Vordergrund, dass diese Geschäftsführer mit den zum Geschäftsvermögen gehörenden Vermögenswerten eine wirtschaftliche Tätigkeit zu entfalten haben, deren Ergebnis sich im Gewinn niederschlagen soll. Dadurch unterscheidet sich ihre Tätigkeit von derjenigen des Treuhänders, der in erster Linie gehalten ist, die anvertrauten Vermögenswerte in ihrem Bestand zu erhalten bzw. technisch zu verwalten. Bei der Abgrenzung zwischen treuhänderisch zu bewahrendem Vermögen und durch wirtschaftliche Tätigkeit zu vermehrendem Geschäftsvermögen kann der Begriff des Geschäfts, wie er in Art. 181 OR verwendet wird, möglicherweise hilfreich sein. Obschon die Abgrenzung im Einzelfall oftmals mit Schwierigkeiten verbunden sein dürfte, sollte im Grundsatz pflichtwidriges Verhalten der Geschäftsführer von Handelsgeschäften bei Ausübung der Geschäftstätigkeit entgegen Lehre und Rechtsprechung nicht unter den Tatbestand der Veruntreuung, sondern ausschliesslich unter denjenigen der ungetreuen Geschäftsbesorgung fallen.

Demgegenüber ist pflichtwidriger Umgang mit fremdem Vermögen denkbar, welcher sich von vorneherein nicht unter den Tatbestand der Veruntreuung, wohl aber unter Art. 158 StGB subsumieren lässt. Zu denken ist dabei an pflichtwidriges Verhalten ohne Absicht unrechtmässiger Bereicherung. Weiter gehören dazu die Fälle, in welchen die betreffenden Vermögenswerte bzw. deren Surrogate dem Täter nicht anvertraut worden sind, wie dies beispielsweise beim faktischen Organ oder beim Geschäftsführer ohne Auftrag durchaus möglich ist. Zu berücksichtigen ist im weiteren, dass die Veruntreuung als Aneignungsdelikt konzipiert ist. Bei der Auslegung von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB ist daher darauf zu achten, dass der Bezug zur Aneignung nicht verlorengelht. Dieser muss darin liegen, dass die Forderung, über welche der Täter verfügen darf, die Übereignung beweglicher Sachen, also auch von Geld, zum Gegenstand hat, mithin sich etwa nicht auf Immaterialgüter beziehen kann<sup>115</sup>.

## **VI. Schlussbemerkungen**

Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung ist in hohem Masse auslegungsbedürftig und nur sehr schwer von der Veruntreuung abzugrenzen. Man kann sich daher die Frage nach einem Verzicht auf den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung stellen. Da strafwürdige Fälle pflichtwidrigen, vermögensschädigenden Verhaltens allein durch die Tatbestände der Veruntreuung, des Betruges und der Urkundenfälschung nicht hinreichend erfasst werden können, ist der

---

<sup>115</sup> LUKAS SCHAUB, Die unrechtmässige Verwendung anvertrauten Gutes, Diss. Basel 1978, 137 ff.

Bedarf nach zusätzlichen Normen ausgewiesen. Will man die Bestimmungsfunktion strafrechtlicher Normen rechtzeitig zum Einsatz bringen, genügen die Konkursdelikte zur Verhinderung derartiger Schäden nicht. Eine erste Möglichkeit bestünde darin, den Buchführungsdelikten zusätzliches Gewicht zu verleihen, was wohl nur über eine strafrechtlich sanktionierte Anzeigepflicht der Revisoren angestrebt werden könnte. Als Alternative könnten im Handelsrecht spezifische Strafbestimmungen geschaffen werden, wie dies teilweise in ausländischen Gesetzgebungen bereits geschehen ist. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich für die dritte Möglichkeit entschieden, eben den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung. Dessen Schwäche liegt, wie aufgezeigt, in seiner relativen Unbestimmtheit. Es wäre zu prüfen, ob in dieser Hinsicht de lege ferenda nicht zumindest eine gewisse Verbesserung dadurch erzielt werden könnte, dass der Schaden als objektive Strafbarkeitsbedingung definiert würde. In objektiver Hinsicht würde die Verwirklichung des Tatbestandes dann lediglich die geforderte Tütereigenschaft und das pflichtwidrige Verhalten voraussetzen. Subjektiv müsste neben dem Vorsatz betreffend diese beiden Merkmale zusätzlich zumindest Eventualdolus einer Schädigung verlangt werden. Ein derart umschriebener Tatbestand würde nicht nur dazu zwingen, die Pflichtwidrigkeit selbständig, d.h. unabhängig vom Schaden zu begründen, sondern auch die Versuchsproblematik sowie die dogmatischen Probleme mit der nachträglichen Genehmigung pflichtwidrigen Verhaltens weitgehend lösen.