

# MIT (K)EINEM BEIN IN DER UNGETREUEN GESCHÄFTSBESORGUNG – WAS DAS «DEALING AT ARM'S LENGTH»-PRINZIP BEDEUTET

Eine Strafverfolgung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung kann Geschäftsführer von kleinen und mittleren Unternehmen sowie auch von Einpersonen-AGs treffen. Sie sind gut beraten, dem Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung unter dem Blickwinkel des «dealing at arm's length»-Prinzips Beachtung zu schenken. Es stellt sich die Frage, bei welchem Geschäftsverhalten ein umsichtiger Unternehmer gegen dieses Prinzip verstossen und sich einer ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar machen könnte.

■ Von Patrick Voser, Adrian Bigler und Patrick Götze

## Das Prinzip des «dealing at arm's length»

Das Prinzip des «dealing at arm's length» oder auch des Drittmannstests bzw. Fremdvergleichsgrundsatzes kennt man vor allem aus dem Steuerrecht oder aus dem Konzernrecht.

### WICHTIGER HINWEIS



Der Grundsatz des «dealing at arm's length» besagt, dass Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen müssen und keine der Parteien eine krasse Bevorzugung erfahren darf.

Geschäfte sollen mit nahestehenden Personen zu Konditionen durchgeführt werden, wie sie auch im Umgang mit völlig unabhängigen Drittpersonen bzw. zu normalen Marktbedingungen gelten.<sup>1</sup> Das Prinzip kommt insbesondere in Situationen zum Zug, in denen ein Unternehmer aufgrund der Nähe zum Geschäftspartner oder zur betriebsnahen Gesellschaft dazu geneigt ist, sein Gegenüber anders zu behandeln als einen unabhängigen Dritten. Je nach Konstellation kann ein Verstoss gegen

dieses Prinzip strafrechtliche Auswirkungen haben und den Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB erfüllen.

## Die ungetreue Geschäftsbesorgung

Beim Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung will der Gesetzgeber das fremde private oder öffentliche Vermögen, welches durch einen Vertrauensmissbrauch angegriffen wird, unter Schutz stellen.

Eine ungetreue Geschäftsbesorgung begeht also nur, wer als Geschäftsführer einem Berechtigten (z.B. einem Unternehmen) gegenüber zu besonderer Treue verpflichtet ist und diese Pflicht verletzt.<sup>2</sup>

Das Vorliegen einer ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB verlangt folgende vier Voraussetzungen:

1. Der Täter ist Geschäftsführer,
2. die Verletzung einer damit zusammenhängenden Pflicht,
3. die Verursachung eines Vermögensschadens und
4. Vorsatz.

## Wer kann sich strafbar machen?

Möglicher Täter ist der sogenannte **Geschäftsführer** oder Vermögensverwalter. Die Juristen verstehen darunter in diesem Zusammenhang beispielsweise die **Organe** von Handelsgesellschaften (z.B. Verwaltungsräte), Filialleiter, Bauführer, Stiftungsräte oder auch Gemeindepräsidenten. Massgeblich sind dabei nicht nur die rechtlichen, sondern auch die tatsächlichen Umstände, d.h., erfasst sind insbesondere auch sogenannte **faktische Organe**. Demnach kann einerseits der tatsächliche Geschäftsführer sowie andererseits auch ein von ihm allenfalls vorgeschobener **Strohmann** erfasst werden.<sup>3</sup>

## Pflichtverletzung

Die strafbare Handlung liegt darin, dass der Geschäftsführer durch aktives Tun oder Unterlassen gerade die **Treuepflichten verletzt**, die ihn generell als Geschäftsführer und insbesondere hinsichtlich des fraglichen Geschäfts treffen.<sup>4</sup>

Wann ein Geschäftsführer seine Treuepflichten verletzt, kann nicht allgemein gesagt werden. Jeder Geschäftsführer

1 Brand, Patric Alessandro: Aspekte der Fremdfinanzierung im Schweizer Aktienrechtskonzern, in: Jusletter, 22. August 2011, Rz. 65.

2 BSK StGB – Niggli, Art. 158 N 9 und 12 a. E.

3 BSK StGB – Niggli, Art. 158 N 22.

4 BSK StGB – Niggli, Art. 158 N 124; Trechsel/Cramer, Art. 158 N 10.



rer muss bei seinen Entscheidungen gewisse unternehmerische Risiken eingehen, welche durchaus auch schädigende Konsequenzen haben und zu einem Verlustgeschäft führen können. Würde bereits dieses Verhalten eine Strafbarkeit nach sich ziehen, hätte wohl niemand mehr den Mut, einer unternehmerischen Tätigkeit nachzugehen.

## RECHTSTIPP



Im Sinne einer Grundregel kann festgehalten werden, dass eine Geschäftsführung dann pflichtwidrig wird, wenn Risiken eingegangen werden, die nicht mehr im Rahmen einer ordnungsgemässen Geschäftsführung liegen und die ein sorgfältiger Geschäftsführer in derselben Situation niemals eingehen würde.<sup>5</sup>

## Vermögensschaden und Kausalzusammenhang

Durch die Verletzung der Treupflicht muss ein **Schaden im Vermögen** eines anderen eingetreten sein. Ein Schaden im rechtlichen Sinne kann eine Verminderung des Vermögens (der Aktiven) oder eine Vermehrung der Passiven (z.B. durch die grundlose Übernahme von Schulden) darstellen. Unter Umständen kann auch die unterbliebene Vermögensvermehrung bei konkreten Gewinnaussichten als Schaden verstanden werden.<sup>6</sup> Zwischen Verletzung der Treupflicht und Vermögensschaden muss ein sogenannter **Kausalzusammenhang** bestehen.

5 BGer 6B\_825/2010 E. 5.3.

6 OFK StGB/JStG – Donatsch, StGB 158 N 6 mit Hinweis auf BGE 129 IV 124 f.

## Vorsatz

Letztlich kann nach Art. 158 StGB nur bestraft werden, wer **vorsätzlich** handelt, d.h. in Kenntnis seiner Position bewusst und willentlich seine Pflichten als Geschäftsführer missachtet. Hierfür genügt bereits, wenn mit der Möglichkeit gerechnet wird, einen Schaden zu verursachen, und diese Möglichkeit auch in Kauf genommen wird.<sup>7</sup> Handelt der Täter in Bereicherungsabsicht, so sieht das Gesetz eine höhere Strafe vor.

## Vorsicht bei der Einpersonen-AG

Der mit dem Alleinaktionär identische Verwaltungsrat und Geschäftsführer der **Einpersonen-AG** hat diejenigen Pflichten zu beachten, die das Aktienrecht der Verwaltung und der Geschäftsführung der AG auferlegt. Die Einpersonen-AG ist wie jede andere AG eine selbstständige juristische Person und hat als solche alle Rechte und Pflichten, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben. Es ist folglich daran zu erinnern, dass in rechtlicher Hinsicht das Gesellschaftsvermögen für den Geschäftsführer und Alleinaktionär grundsätzlich als «fremd» zu betrachten ist.<sup>8</sup>

Da grundsätzlich nur das Vermögen der AG gegenüber Dritten haftet, enthält das Aktienrecht eine ganze Reihe von Bestimmungen, die den Schutz dieses «fremden» Gesellschaftsvermögens bezwecken. Das Gesellschaftsvermögen muss deshalb gerade auch

7 OFK StGB/JStG – Donatsch, StGB 158 N 9.

8 BGE 117 IV 259, E. 3b).

im Interesse Dritter (z.B. Arbeitnehmer, Gläubiger der AG) in einem gewissen Umfang erhalten bleiben.<sup>9</sup>

Damit ist auch gesagt, dass der geschäftsführende Alleinaktionär Täter einer ungetreuen Geschäftsbesorgung sein kann, wenn er leichtfertig Vermögensdispositionen «in seiner AG» vornimmt. Dies auch dann, wenn er als Alleinaktionär in diese Vermögensdisposition einwilligt.<sup>10</sup>

Nach der – von der juristischen Literatur teilweise kritisierten – bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Vermögensdisposition zulasten der eigenen Einpersonen-AG dann pflichtwidrig, wenn sie das Reinvermögen der AG (Aktiven minus Passiven) im Umfang des Aktienkapitals und der gebundenen Reserven antastet und eine (verdeckte) Gewinnausschüttung darstellt.<sup>11</sup>

Bei einer **verdeckten Gewinnausschüttung** erbringt die Gesellschaft Leistungen, ohne dafür eine (angemessene) Gegenleistung zu erhalten. Wirtschaftlich betrachtet werden auf diese Weise Mittel der Gesellschaft an die Aktionäre (oder ihnen nahestehende Personen) übertragen.<sup>12</sup>

## PRAXISBEISPIEL



Beispiele für verdeckte Gewinnausschüttungen sind übersetzte Gehälter, Vergütung fiktiver Spesen, Darlehen der Gesellschaft an Aktionäre ohne ernst gemeinte Verpflichtung zur Rückzahlung oder zu unüblich günstigen Bedingungen oder umgekehrt hochverzinsliche Darlehen von Aktionären an ihre Gesellschaft, die Veräusserung von Vermögenswerten an Gesellschafter unter dem Marktpreis usw.<sup>13</sup> Diese Leistungen folgen gerade nicht dem «dealing at arm's length»-Prinzip.

9 BGE 117 IV 259, E. 5a); 141 IV 104, E. 3.

10 BGE 141 IV 104 E. 3.

11 BGE 117 IV 259, E. 5b); 141 IV 104, E. 3.

12 Forstmoser, Peter; Meyer-Hayoz, Arthur; Nobel, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, § 40 N 89.

13 Forstmoser, Peter; Meyer-Hayoz, Arthur; Nobel, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, § 40 N 90.

Auch diejenigen Unternehmer, die bei mehreren in der gleichen Branche tätigen Firmen über eine Einzelzeichnungsberechtigung verfügen und je nach Liquidität Rechnungen der einen Firma mit Mitteln der anderen bezahlen, sollten Vorsicht walten lassen. Es wird oft ausser Acht gelassen, dass es sich dabei um verschiedene Rechtseinheiten handelt und letztlich nicht mehr nachvollziehbar ist, ob die entsprechende Gegenleistung auch der eigentlich bezahlenden Unternehmung zugutekommt. Ein Verschieben von Vermögenswerten von der einen Gesellschaft zu einer anderen ohne Rechtsgrund oder entsprechende Gegenleistung ist strafbar.

**Weitere Praxisbeispiele**

Folgende Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen, welche Verhaltensweisen gegen das «dealing at arm's length»-Prinzip verstossen und damit auch als pflichtwidriges Verhalten im Sinne von Art. 158 StGB zu qualifizieren sind:

- geschäftsmässig unbegründeter Aufwand (z.B. Leasing von drei Luxusfahrzeugen für sich selbst, die Ehefrau sowie einen Dritten) bei finanziell angespannter Situation der AG
- Übernahme von Arbeiten für einen Kunden auf eigene Rechnung als Schwarzarbeit, statt sie im Rahmen der Anstellung auszuführen

- Gewährung eines Darlehens, ohne hierfür eine adäquate Gegenleistung (z.B. einen angemessenen Zins) zu erhalten und ohne die Bonität des Darlehensnehmers näher zu überprüfen oder Sicherheiten zu verlangen
- Einsatz von Angestellten eines Unternehmens in erheblichem Umfang für betriebsfremde, eigene Geschäfte
- Übergabe von Vermögensgegenständen der Gesellschaft (z.B. Betriebsfahrzeuge) an Dritte ohne Gegenleistung
- Vergabe von Arbeit an einen anderen Unternehmer, der sie zu einem höheren Preis als andere offeriert hat, sofern nicht sachliche Gründe dafür gegeben sind

Diesen Beispielen ist gemeinsam, dass sich der jeweilige Geschäftsführer eine Verhaltensweise zu eigen macht, die er gegenüber einer unabhängigen Drittpartei nicht an den Tag legen würde.

**Fazit**

Der Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfordert als zentrales Element eine Verletzung von (zivilrechtlichen) Pflichten durch einen Geschäftsführer. Zur Verhinderung einer potenziell strafbaren Pflichtverletzung kann dem vorsichtigen Geschäftsführer das «dealing at

arm's length»-Prinzip als Leitlinie dienen.

Dabei muss er sich fragen: Wäre eine fragliche Leistung in dieser Form auch einem unabhängigen Dritten gegenüber erbracht worden? Und bin ich dabei keine unüblichen Geschäftsrisiken eingegangen? Kann er diese Fragen bejahen, muss er in aller Regel auch nicht mit einer strafrechtlichen Verurteilung rechnen.

**AUTOREN**



MLaw, LL.M. **Patrick Voser**, Rechtsanwalt bei der Kanzlei Rechtskraft Advokatur & Business Coaching, Zürich



Lic. iur. **Adrian Bigler**, Rechtsanwalt und Mediator SAV, Partner in der Kanzlei Rechtskraft Advokatur & Business Coaching, Zürich



**Dr. iur. Patrick Götz**, Rechtsanwalt, Partner in der Kanzlei Rechtskraft Advokatur & Business Coaching, Zürich

**ZfU – Zentrum für Unternehmensführung AG**

Zürcherstrasse 59 – Postfach – CH-8800 Thalwil – Telefon +41 44 722 85 85 – info@zfu.ch – zfu.ch



**Was kommt, was wird und was sich ändert? Es ist unsicher! Sicher ist: Wir brauchen sinnvolle Konzepte für den Zukunftserfolg!**

Weitere Information zum Angebot finden Sie unter: [www.zfu.ch](http://www.zfu.ch)

Gerne senden wir Ihnen per Mail oder Post unseren neuen Seminar-Katalog zu: [info@zfu.ch](mailto:info@zfu.ch) oder 044 722 85 85

**Auszug aus dem aktuellen Seminar-Angebot**

**Prof. Dr. Peter Warschawski: Überwinden eigener Grenzen** 15.11.2020  
[zfu.ch/go/weg](http://zfu.ch/go/weg) | CHF 4490.– | Hotel Basel, Basel

**Führen im Grenzbereich** 27.10.2020  
[zfu.ch/go/fib](http://zfu.ch/go/fib) | CHF 1490.– | Hotel Belvoir, Rüschlikon

**High Performance Organisation** 21.-22.10.2020  
[zfu.ch/go/hpo](http://zfu.ch/go/hpo) | CHF 2980.– | Hotel Panorama Resort, Feusisberg

**Das Anti-Jammer Seminar** 22.10.2020  
[zfu.ch/go/aja](http://zfu.ch/go/aja) | CHF 1490.– | Hotel Belvoir, Rüschlikon

**Achtsamkeit: Wege zu mehr Gelassenheit und Stress-Resistenz** 27.10.2020  
[zfu.ch/go/sbw](http://zfu.ch/go/sbw) | CHF 2980.– | Hotel Panorama Resort, Feusisberg