

# PROTIPRAVNA PREMOŽENJSKA KORIST PRI STORITVI GOSPODARSKIH KAZNIVIH DEJANJ

## Proceeds of Criminal Offense according to Article 240 of the Criminal Code

**Dušan Jovanovič**

Univerza v Mariboru, Ekonomsko-poslovna fakulteta  
dusan.jovanovic@uni-mb.si

**Miha Bratina**

študent LL.M. na School of Tax and Business law,  
Westfälische Wilhelms-Universität Münster in  
doktorski študent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani  
miha.bratina@yahoo.com

Prejeto/Received:  
December 2012

Sprejeto/Accepted:  
Januar 2013

### Izvleček

Avtorja v prispevku analizirata elemente kaznivega dejanja v gospodarstvu iz 240. člena Kazenskega zakonika (KZ-1), predvsem s korporacijskega vidika. Pri tem se tematika nanaša na (ne)pridobitev premoženjske koristi kot temeljne predpostavke pri storitvi gospodarskih kaznivih dejanj. Hkrati so v prispevku navedena in utemeljena izpostavljena pravna vprašanja z obsežno sodno prakso tujih sodišč. Predstavljene so tudi nekateri primeri legalnega ravnanja znotraj korporacijskega prava, kjer so se v zadnjem času pojavile tendence za storitev kaznivih dejanj pri članih organov vodenja in nadzora v gospodarskih družbah.

**Ključne besede:** gospodarska družba, premoženjska korist, kaznivo dejanje, koncern, združevanje finančnih sredstev

### Abstract

In the article, the authors analyze the elements of a criminal offense according to Article 240 of the Criminal Code (KZ-1) from the corporate point of view. They focus on the proceeds of the criminal offense according to the aforementioned article, which are its core element. The article also states and substantiates the exposed legal questions connected to the extensive case law of foreign courts. Some practical examples are provided of legal proceedings within corporate law, where lately some tendencies for supervisory and management board members to commit criminal offenses have appeared.

**Keywords:** Company, cash pooling, proceeds of offenses, criminal offense, concern of companies, concentration of financial resources

### 1 Uvod

V zadnjem času se v Republiki Sloveniji spričo slabših globalnih in lokalnih gospodarskih razmer pospešeno iščejo dežurni krivci za nastale razmere v državi in v gospodarskih družbah. Pri tem je veliko truda vložena predvsem v kazenske pregone članov organov vodenja in nadzora v gospodarskih družbah, nekoliko manj pa v civilne odškodninske zahtevke. Osnovno dejanje, ki se preganja po uradni dolžnosti, temelji na 240. členu Kazenskega zakonika (Kazenski zakonik, 2012).

*Zloraba položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti*

(1) *Kdor pri opravljanju gospodarske dejavnosti, zato da bi sebi ali komu drugemu pridobil protipravno premoženjsko korist ali povzročil premoženjsko škodo, zlorabi svoj položaj ali dano zaupanje, prekorači pravice ali opusti dolžnosti,*

# NG

Naše gospodarstvo / Our Economy

Vol. 59, No. 1-2, 2013

pp. 25-34

DOI: 10.7549/ourecon.2013.1-2.03

UDK: 347.7:343

JEL: K 14, K 22

da si bi družbenik dobiček lahko izplačal.<sup>10</sup> Slednje je predpostavka, da lahko sploh govorimo o možnosti protipravno pridobljene premoženjske koristi. Takšnega mnenja je tudi nemško vrhovno sodišče v več odločitvah.<sup>11</sup>

Dodatna težava pa nastane, če so posamezne družbe, ki so bile prejemnice posojil, zašle v insolventno stanje. Ker je mogoče ugotoviti, da se nobeni izmed družb s prejetim posojilom v nobenem trenutku ni ustvaril čisti presežek premoženja, ampak sta družbi postali insolventni, iz takšnega posojila težko izhajata tudi povečanje premoženja krovne družbe, kar seveda »per se« izključuje tudi možnost povečanja premoženja fizične osebe kot imetnika deležev krovne družbe na podlagi teh posojil. Morebiti je bil namen posojil takšen, a protipravno pridobljena premoženjska korist mora biti dejansko izkazana v čistem presežku premoženja, ki pa ga v konkretnem primeru nedvomno ni bilo oz. ga niti ni moglo biti.

Dvomi se pojavljajo tudi pri vprašanju dejanske oblasti fizične osebe nad premoženjem družb obvladujočih družb. Ne glede na to, da gre za dejanski koncern, v katerem poznamo t. i. koncernski privilegij, ki omogoča dajanje škodljivih navodil, le-tem poslovodstvo odvisnih družb ni dolžno slepo slediti. Vendar je to vprašanje v posameznem primeru nerelevantno, saj je pomembno, ali je sploh nastal čisti presežek premoženja. Če bi, bi bila tudi na tem nivoju potrebna temeljita analiza upravljaljskih odnosov znotraj

koncerna, da bi se ugotovila dejanska oblast nad premoženjem družb v koncernu. Hkrati pa je treba z gotovostjo ugotoviti, ali je bila izkazana neposredna premoženjska korist potencialnega storilca.

#### 4 Namesto sklepa

Iz vsega navedenega v prispevku jasno sledi, da mora tožilstvo domnevnemu storilcu kaznivega dejanja dokazati čisti presežek premoženja (neposredno korist), pri tem pa slednje ne sme temeljiti zgolj na domnevah (poleg vseh drugih elementov za obstoj kaznivega dejanja). To seveda ne zadostuje, saj mora biti presežek dejansko razviden in na voljo predmetnemu subjektu.

Hkrati s tem je pomembna ugotovitev, da je nujno treba ločevati med vprašanjem o civilni povzročitvi škode (do katerega se v tem prispevku ne opredelujemo) in protipravno pridobljeni premoženjski koristi, pri katerem mora korist dejansko in neposredno nastati. Tako v analiziranih primerih s prejetimi posojili dejansko v nobenem trenutku sploh ni nastal čisti presežek premoženja družb posojiljemalk. Slednje pa je seveda pogoj, da lahko sploh govorimo o čistem presežku premoženja njenih družbenikov in posledično protipravno pridobljeni premoženjski koristi. Že zaradi tega seveda o slednji sploh ni mogoče govoriti. Popolnoma drugačno težo pa bi lahko imelo morebitno uveljavljanje odškodninskih zahtevkov zoper domnevne povzročitelje škodnega dogodka. Zgolj dejstvo o obstoju škodnega dogodka ali protipravnem ravnanju v civilno-pravnem pomenu pa »per se« še ne more predstavljati obstoja kakršnega koli kaznivega dejanja, temveč je treba zadevo v vseh pogledih tudi ustrezno argumentirati in dokazati. Pri tem zgolj sklicevanje na kršitev civilnih predpisov ni zadosten dokaz za obstoj kaznivega dejanja, temveč zgolj element protipravnosti v smislu odškodninske (civilne) odgovornosti.

Pa vendar, če (napačno) predpostavljamo, da je takšna korist na strani družb posojiljemalk v nekem trenutku dejansko obstajala, to zaradi temeljnega načela ločevanja premoženja družbe od premoženja njenih družbenikov še ne pomeni povečanja čistega presežka premoženja njenih družbenikov (teorija namembnega premoženja). Drugačno sklepanje je napačno, kar izrecno potrjujeta tudi nemška teorija in sodna praksa, ki ju je nujno treba upoštevati, saj gre za osnovne postulate korporacijskega prava, ki veljajo tudi pri nas, in še več, izhajajo med drugim iz nemške korporacijskopravne ureditve. Za takšno povečanje bi morali omenjeni družbi na neki način izplačati domnevni čisti presežek premoženja svojim družbenikom oz. družbeniku.

#### 5 Viri

1. Bavcon, I. in Šelih, A. (2003). Kazensko pravo, splošni del (str. 496). Ljubljana: Založba Uradni list RS.
2. Bele, I. (2001). Kazenski zakonik s komentarjem, Splošni del (str. 512). Ljubljana: GV Založba.

<sup>10</sup> Glej obvestilo Ustavnega sodišča Zvezne republike Nemčije, 9. 6. 2006, opr. št. 50/06.

<sup>11</sup> Glej sodbo Vrhovnega sodišča Zvezne republike Nemčije z dne 28. 10. 2010, opr. št. 4 StR 215/10, v kateri sodišče izrecno razsodi sledeče: »Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Vermögenswert aus der Tat erlangt im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB, wenn er dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs zugeflossen ist (BGH, Urteile vom 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227, 246; vom 29. Juni 2010 - 1 StR 245/09), er an ihm also unmittelbar aus der Tat (tatsächliche, aber nicht notwendig rechtliche) Verfügungsmacht gewonnen und dadurch einen Vermögenszuwachs erzielt hat (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 2006 - 1 StR 46/06, BGHSt 51, 65, 68; Beschluss vom 21. Oktober 2008 - 4 StR 437/08, NStZ 2010, 85; Urteil vom 4. Februar 2009 - 2 StR 504/08, JZ 2009, 1124 m. Anm. Rönnau m. w. N.);

BVerfG, odločitev z dne 9. 6. 2006 - 50/06: Der Vermögenszuwachs muss dem Täter auf irgendeine Weise wirtschaftlich zu Gute kommen. Das kann nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden, wenn der Täter als Beauftragter, Vertreter oder Organ einer juristischen Person gehandelt hat und der Vorteil aus der Straftat in deren Vermögen fließt. Regelmäßig ist vielmehr davon auszugehen, dass die juristische Person über eine eigene Vermögensmasse verfügt, die von dem Privatvermögen des Beauftragten, Vertreters oder Organs zu trennen ist.

Zur Begründung einer Verfallsanordnung gegen den als Organ einer Gesellschaft handelnden Täter bedarf es der Feststellung, ob dieser selbst etwas erlangt hat, das zu einer Änderung seiner Vermögensbilanz geführt hat. Wird der Vermögensvorteil von der Gesellschaft vereinnahmt, kann nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden, dass der wirtschaftliche Wert der Geschäftsanteile im Privatvermögen des Täters steigt oder dass sich der Zufluss auf die Höhe einer späteren Entnahme aus dem Gesellschaftsvermögen auswirkt.)

3. Bittmann, F. (2004). Insolventstrafrecht, Handbuch für die Praxis (str. 748). Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH. <http://dx.doi.org/10.1515/9783110917628>
4. Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG). (2008).
5. Engert, A. (2005). Kreditgewährung an GmbH-Gesellschafter und bilanzorientierter Kapitalschutz. Betriebs Berater, 2005 (60), 1951-1958.
6. Georg, D. (2011). Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz (str. 186). Berlin: Lit Verlag Dr. W. Hopf.
7. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). (2010).
8. Heerstraßen, F. in Nebe, F. (2009). Cash Pooling after the Reform of the German Act on Limited Liability Companies (GmbHG). Pridobljeno 19.09.2012 s [http://www.loschelder.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/pdf/aktuelles/2009/2009-01\\_DetailsAktuell.pdf](http://www.loschelder.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf/aktuelles/2009/2009-01_DetailsAktuell.pdf).
9. Henn, G. in Frodermann, J. (2009). Handbuch des Aktienrechts, 8., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage (str. 868), Heidelberg: C.F. Müller, Verlagsgruppe in Jehle Rehm GmbH.
10. Hüffer, U. (2012). Aktengesetz, 10. izdaja (1691). München: C. H. Beck.
11. Ittenbach, J. H. in Eckstein, P. (2007). Modernisierung des GmbH-Rechts (MoMiG). Pridobljeno 07.12.2012, s [http://www.heimes-mueller.de/1778\\_Microsoft\\_Word\\_-\\_Vortrag\\_MoMiG\\_UG\\_\\_PE-4A92A0C309C54DE4A-7C37F6D7EA91C01\\_DOC.pdf](http://www.heimes-mueller.de/1778_Microsoft_Word_-_Vortrag_MoMiG_UG__PE-4A92A0C309C54DE4A-7C37F6D7EA91C01_DOC.pdf)
12. Kazenski zakonik (KZ-1-UPB2). (2012).
13. Kobelt, R. (2009). Corporate-Governance-Forum, Informationen für Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss. Pridobljeno 17.05.2012 s [http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Germany/Local%20Content/Articles/Janett/WP\\_NL\\_CorporateGovernanceForum\\_1\\_2009\\_dN\\_D.pdf](http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Germany/Local%20Content/Articles/Janett/WP_NL_CorporateGovernanceForum_1_2009_dN_D.pdf).
14. Kocbek, M. (ur.). (2007). Veliki komentar ZGD-1, 3. knjiga (str. 130). Ljubljana: GV Založba.
15. Kocbek, M. (2010). Odškodninski in drugi zahtevki znotraj povezanih družb v dejanskem ter pogodbenem koncernu. Pridobljeno 09.01.2013 s <http://www.iusinfo.si/Lite/Besedilo.aspx?SOPI=L030Y2010V7P987N1>.
16. Kuhlmann, J in Ahnis, E. (2007). Konzern- und Umwandlungsrecht, 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage (str. 55). Heidelberg: C.F. Müller, Verlagsgruppe Jehle Rehm GmbH.
17. Meyer, J. (2000). Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften (str. 934). Berlin: Springer Verlag. <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-642-58321-6>
18. Miller, A. (2004). Das Umweltstrafrecht im Königreich Spanien und der Bundesrepublik Deutschland, Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Verwaltungsakzessorietät, der Amtsträgerstrafbarkeit und der Unternehmensstrafbarkeit. Doktorska disertacija. Münster: Lit Verlag Münster.
19. Nestler, N. (2010). Verfall und Einziehung, Vorlesung Wirtschaftsrecht. Pridobljeno 11.12.2012, s [http://www.unicreditbank.si/sl/Pravne\\_osebe/Upavljanje\\_z\\_denarnimi\\_sredstvi/Zdruzevanje\\_denarnih\\_sredstev\\_cash\\_pooling](http://www.unicreditbank.si/sl/Pravne_osebe/Upavljanje_z_denarnimi_sredstvi/Zdruzevanje_denarnih_sredstev_cash_pooling).
20. Pavčnik, M. (2004). Argumentacija v pravu, 2. izdaja (str. 315). Ljubljana: Cankarjeva založba – Pravna obzorja.
21. Pentz, A. (2005). Cash-Pooling im Konzern, Ökonomische und juristische Hinweise für die Praxis. Pridobljeno 10.10.2012, s [http://www.boeckler.de/pdf/p\\_ediotion\\_hbs\\_139.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_ediotion_hbs_139.pdf).
22. Röder, G. in Powietzka, A. (2004). Gesamt- und Konzernbetriebsräte in internationalen Konzernunternehmen. Der Betrieb, 2004 (10), 542-547.
23. Schilmar, B. (2004). Kapitalerhaltung versus Konzernfinanzierung? Cash Pooling un Upstream-Besicherung im Lichte der neusten BGH-Rechtsprechung. Der Betrieb, 2004 (26), 1411-1416.
24. Schmidt, K. (2002). Gesellschaftsrecht, 4. izdaja (str. 1134). Köln: Založba Heymann GmbH.
25. Streit, G. in Schäffler, F. (2005). Rechtliche Grenzen der Nutzung des Vermögens der Zielgesellschaft zur Finanzierung von LBO-Transaktionen. Pridobljeno 14.04.2012, s [http://www.boeckler.de/pdf/mbf\\_gutachten\\_schaeffler\\_2007.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/mbf_gutachten_schaeffler_2007.pdf).
26. Waclawik, E. Kontrierung der Upstream-Finanzierung im faktischem Konzern (2009), Zum Urteil des BGH vom 1. Dezember 2008 – II ZR 102/07, DB 2009, 106. Pridobljeno 14.09.2009 s [http://www.waclawik-bghanwalt.de/veroeffentlichungen/vo\\_ew25\\_c.htm](http://www.waclawik-bghanwalt.de/veroeffentlichungen/vo_ew25_c.htm)
27. Wimmer-Leonhardt, S. (2004). Konzernhaftungsrecht (str. 119). Tübingen: Mohr Siebeck.
28. Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1-UPB3). (2009).



**Dušan Jovanovič**, doktor pravnih znanosti, je docent za področje gospodarskega prava na Ekonomsko-poslovni fakulteti Univerze v Mariboru. Izpopolnjeval se je predvsem na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru in na tujih izobraževalnih ustanovah (College of Law University of Cincinnati, Kingston University London, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu). Je član Pravniškega društva v Mariboru in član svetovnega združenja International Bar Association. V svojih strokovnih in znanstvenih razpravah ter člankih se ukvarja predvsem s področjem korporacijskega prava in korporacijskega upravljanja. Je avtor in soavtor več publikacij v slovenskem prostoru in tudi v tujini. Sodeluje pri različnih raziskovalnih projektih s področja korporacijskega prava ter kot predavatelj na različnih strokovnih seminarjih in posvetovanjih. Kot neodvisen in korporacijski strokovnjak je član nadzornih svetov gospodarskih družb, sodeluje pa tudi pri delu različnih državnih in nedržavnih organov in institucij s svojega področja.

**Dušan Jovanovič** is a doctor of law and an assistant professor of corporate law at the University of Maribor, Faculty of Economics and Business. He acquired his knowledge especially at the University of Maribor, College of Law, University of Cincinnati, College of Law, Kingston University London, and University of Zagreb, Faculty of Law. Dr. Jovanovič is a member of the Society of Lawyers in Maribor and a member of the worldwide International Bar Association. In his expert and scientific discussions and articles, Dr. Jovanovič mainly addresses corporate law issues. He is the author and co-author of a number of publications in Slovenia and abroad, while he also takes part in various research projects regarding corporate law and, as a guest lecturer, lectures at numerous expert conferences and consultations. As an independent and corporate expert, Dr. Jovanovič is a member of supervisory boards of Slovenian corporations and cooperates with different state and non-state bodies and institutions from his area of work.



**Miha Bratina** je bil rojen leta 1986. Leta 2010 je z odliko diplomiral na Pravni fakulteti v Ljubljani. Na isti fakulteti nadaljuje podiplomski študij gospodarskega prava za pridobitev naziva doktor pravnih znanosti, vzporedno pa kot štipendist Fundacije Parus končuje magistrski študijski program gospodarskega prava in prestrukturiranja (LL.M.) na School of Tax and Business Law na Pravni fakulteti Univerze v Münstru (Nemčija). Kot pravnik je deloval tudi v nekaterih mednarodnih odvetniških pisarnah in gospodarskih družbah.

**Miha Bratina** was born in 1986 and graduated “cum laude” from the University of Ljubljana, Faculty of Law in 2010. He is currently earning his PhD degree in commercial law at the same faculty as well as his LL.M. degree in commercial law and restructuring from the School of Tax and Business Law, Faculty of Law, University of Münster (Germany) as a Parus Foundation scholarship recipient. As a lawyer, he has also been active in several international law offices and companies.