

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,*



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

ki jih ima na podlagi zakona, drugega predpisa, akta pravne osebe ali pravnega posla glede razpolaganja s tujim premoženjem ali koristmi, njihovega upravljanja ali zastopanja, se kaznuje z zaporom do petih let.

- (2) Če je bila z dejanjem iz prejšnjega odstavka pridobljena velika premoženjska korist ali povzročena velika premoženjska škoda in je storilec hotel sebi ali komu drugemu pridobiti tako premoženjsko korist ali drugemu povzročiti tako premoženjsko škodo, se kaznuje z zaporom od enega do osmih let.
- (3) Če je bilo dejanje iz prvega odstavka tega člena storjeno zato, da storilec sebi ali komu drugemu pridobi nepremoženjsko korist, se storilec kaznuje z zaporom do dveh let.

Navedeno kaznivo dejanje temelji na premoženjski koristi oz. premoženjski škodi, ki naj bi bila storjena pri opravljanju gospodarske dejavnosti, namenjena pa je lahko samemu storilcu kaznivega dejanja ali komu tretjemu. V nadaljevanju se bomo zato podrobneje ukvarjali s protipravno premoženjsko koristjo.

Prispevek temelji deloma na določbah Kazenskega zakonika. Dodatno je za odgovore na vprašanja (ne) obstoja premoženjske koristi pri fizični osebi ali gospodarski družbi treba razumeti predvsem osnovne postulate korporacijskega prava. Zaradi slednjega je treba upoštevati določbe ZGD-1 (Zakon o gospodarskih družbah, 2009), ki je matični zakon in ureja gospodarske družbe. Z uporabo vsega navedenega je nato treba odgovoriti na vprašanje, kaj premoženjska korist v smislu protipravno pridobljene premoženjske koristi sploh je, kaj so njene predpostavke in ali so izpolnjene v konkretnem primeru. Decidirano pa je torej treba jasno ločiti civilno-pravno odškodninsko odgovornost članov organov vodenja in nadzora ter posledično povzročitev škode in nastalo škodo od kazensko-pravno protipravne premoženjske koristi v povezavi s storitvijo kaznivega dejanja. Zato so v drugem delu prispevka opredeljeni nekateri tipični korporacijsko-pravni (civilni) posli, katerih kršitev ali morebitni obstoj elementa protipravnosti še ne pomeni nujno (avtomatsko) obstoja elementov kaznivega dejanja ter protipravne premoženjske koristi.

Zaradi narave protipravne premoženjske koristi, ki kot takšna predstavlja splošno znan pravni institut, je pri interpretaciji treba upoštevati tudi tujo pravno teorijo, zaradi sorodnosti predvsem nemško. Prav tako pa je treba pogled usmeriti tako v domačo kot tujo sodno prakso.

2 Splošno o protipravno pridobljeni premoženjski koristi

Kot protipravno pridobljeno premoženjsko korist je treba obravnavati vsako povečanje premoženja storilca, ki ima svoj vzrok v storitvi kaznivega dejanja (Bele, 2001). Pri tem je treba ločevati situacijo, ko se premoženjska korist pridobi s kaznivim dejanjem, kdaj se pridobi zaradi kaznivega dejanja in v kakšni obliki se pridobi. S kaznivim dejanjem je pridobljena takrat, ko storilec z izvršitvijo kaznivega dejanja

sebi ali komu drugemu neposredno omogoči razpolaganje s premoženjsko koristjo (Bele, 2001). Kot pridobitev premoženjske koristi zaradi kaznivega dejanja se po eni strani kaže posredno razpolaganje s koristjo, ki jo je omogočila storitev kaznivega dejanja, poleg tega pa vse prejete nagrade za storjeno kaznivo dejanje. Kazenski zakonik se omejuje na premoženjsko korist, ki je bila pridobljena s storjenim kaznivim dejanjem ali zaradi že storjenega kaznivega dejanja.

Za premoženjsko korist se šteje čisti presežek premoženja, pridobljen s kaznivim dejanjem ali zaradi njega ter izhaja iz kriminalne dejavnosti in je s kaznivim dejanjem v vzročni zvezi (Bavcon in Šelih, 2003). Kot premoženjska korist se praviloma upošteva tisto premoženje, s katerim storilec lahko razpolaga ob dokončanju kaznivega dejanja (Bele, 2001). Po drugi strani pa tudi poznejša izguba protipravno pridobljenega premoženja ne more vplivati na to, da se storilcu ne bi vzela premoženjska korist v vrednosti ob storitvi kaznivega dejanja (Bele, 2001). Toda logični pogoj za slednje je, da je premoženjska korist na strani storilca kaznivega dejanja dejansko obstajala, kar pomeni, da je obstajal čisti presežek premoženja, pridobljen s kaznivim dejanjem ali zaradi njega, s katerim je storilec lahko razpolagal ob dokončanju kaznivega dejanja.

Iz navedenega in s pomočjo nemške teorije in sodne prakse lahko izluščimo nekatere predpostavke, ki morajo biti podane, da lahko govorimo o obstoju protipravno pridobljene premoženjske koristi. Bistveni predpostavki sta tako:

(dejanski) čisti presežek premoženja, ki se kaže v neposredni koristi, 1 ki je v vzročni zvezi s kaznivim dejanjem, ter možnost (posrednega) razpolaganja s tem premoženjem ob storitvi kaznivega dejanja.

Oboje izhaja tudi iz številnih sodb nemškega vrhovnega sodišča, ki zadnje poimenuje kot »faktische Verfügungsgewalt«.² Enakega stališča je ob navedeni slovenski teoriji tudi nemška (Bittmann, 2004; Nestler, 2010).

¹ Tako npr. izhaja iz sodbe Vrhovnega sodišča Zvezne republike Nemčije z dne 12. 8. 2003, opr. št. 1 StR 127/03, kjer izrecno poudari, da mora iti za neposredno korist.

² Glej sodbo Vrhovnega sodišča Zvezne republike Nemčije z dne 22. 7. 2010, opr. št. 3 StR 147/10, kjer sodišče pravi: »'Erlangt' im Sinne der § 73 Abs. 1 Satz 1, § 73a Satz 1 StGB ist ein Vermögensvorteil nur dann, wenn der Tatbeteiligte die faktische Verfügungsgewalt über den Gegenstand erworben hat (vgl. BGH NSTZ 2003, 198 f.). Mit der pauschalen Angabe, aus den Betäubungsmittelgeschäften sei ein Umsatz von mindestens 135.000 € erzielt worden, wird dieser Umstand nicht belegt.« Z drugimi besedami to pomeni, da golo dejstvo, da je iz kaznivega dejanja nastal neki presežek, ne zadostuje za kvalifikacijo protipravno pridobljene premoženjske koristi, temveč mora nad takšno koristjo obstajati dejanska razpolagalna oblast. Zanimiva je tudi odločitev Ustavnega sodišča Zvezne republike Nemčije z dne 9. 6. 2006, opr. št. 50/06, ki pri opredelitvi protipravno pridobljene premoženjske koristi s strani direktorja družbe, njenega pooblaščenca ali drugega organa sodišče izrecno ločuje premoženje družbe od premoženja omenjenih oseb in jasno določi, da morajo biti kumulativno izpolnjene vse predpostavke, in sicer čisti presežek premoženja, dejanska razpolagalna oblast in tudi dejanska korist za konkretno osebo.

3 Nekateri inkriminirani primeri iz korporacijske prakse

3.1 Cash pooling kot predmet kaznivega dejanja?!

T. i. »cash pooling« ali združevanje finančnih sredstev (effective pooling) pomeni avtomatizirane prenose denarnih sredstev s sodelujočih transakcijskih računov skupine podjetij na izbrani, glavni račun matičnega podjetja. Sredstva na vseh računih, razen glavnega računa, se ob koncu dne prenesejo v celoti oz. nad določenim limitom na glavni račun. Po drugi strani pa se lahko s sredstev na glavnem računu pokrivajo morebitni primanjkljaja

Druge sodbe, v katerih sodišče zavzema podobno stališče, so npr.: sodba Vrhovnega sodišča Zvezne republike Nemčije z dne 28. 10. 2010, opr. št. 4 StR 215/10; sklep Vrhovnega sodišča Zvezne republike Nemčije z dne 10. 1. 2008, opr. št. 5 StR 365/07; sklep Vrhovnega sodišča Zvezne republike Nemčije z dne 27. 5. 2008, opr. št. 3 StR 50/08 (v tej odločitvi sodišče npr. izrecno razsodi: »Damit bleibt offen, in welcher Höhe der Angeklagte neben den Mittätern Verkaufserlöse tatsächlich 'erlangt' hat im Sinne des §§ 73 Abs. 1 S. 1, 73a S. 1 StGB. 'Erlangt' ist ein Vermögensvorteil nur dann, wenn der Tatbeteiligte die faktische Verfügungsgewalt über den Gegenstand erworben hat (vgl. BGH NStZ 2003, 198 f.)«, od koder izhaja prav ločevanje sodišča med samim izkupičkom določenih poslov oz. dejanj in dejanskim dobičkom oz. presežkom premoženja, ki ga je iz tega imela fizična oseba; BGH, sklep z dne 8. 12. 2010 - 2 StR 372/10; izredno pomembna odločitev v konkretnem primeru pa je tudi odločitev Ustavnega sodišča Zvezne republike Nemčije z dne 3. 5. 2005, opr. št. 2 BvR 1378/04, kjer je med drugim sodišče odločilo naslednje: »b) Das Amtsgericht übergeht die Frage einer Trennung der Vermögenssphären der Beschwerdeführerin und der von ihr vertretenen und durch die vermeintliche Tat begünstigten GmbH, die für die korrekte Zuordnung des erlangten Etwas und damit für die Anwendung des § 73 Abs. 3 StGB von herausragender Bedeutung ist. Auch das Landgericht wird diesem zentralen Gesichtspunkt mit seinen oberflächlich bleibenden Wendungen nicht gerecht. Es stellt maßgeblich auf die Stellung der Beschwerdeführerin als Gesellschafterin ab. Aber weder dieser Umstand noch die faktische Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen der Gesellschaft erlauben ohne weiteres eine Zuordnung der an die GmbH gezahlten Geldbeträge zum Vermögen der Beschwerdeführerin. Das Landgericht teilt nur mit, es bestehe der Verdacht, "dass der Geldvorteil an die Beschuldigte als wirtschaftliche Mitinhaberin weitergegeben worden ist, so dass diese im Ergebnis die Begünstigte war". Das ist für einen Zugriff auf das Vermögen der Beschwerdeführerin, nicht der Gesellschaft, unzureichend, denn es bleibt offen, was für eine "Weitergabe" des "Geldvorteils" an die Beschwerdeführerin sprechen könnte und wie sie durchgeführt worden sein könnte. Das ist gerade für den Vorteil von Belang, den die GmbH durch die vermeintlich betrügerisch erwirkte Abweisung einer Klage erlangt haben könnte. Hier kann noch weniger als bei einer Zahlung an die Gesellschaft mit pauschalen Wendungen begründet werden, dass die Vermögensmehrung der Gesellschaft zugleich eine Vermögensmehrung der Gesellschafter bedeutet. Das Landgericht hätte eingehend darlegen müssen, weshalb es von dem nahe liegenden Verweis auf eine Sicherungsmaßnahme, die gegen das Vermögen der Gesellschaft zu richten wäre, abgesehen hat.« Prav iz te odločitve izhaja izrecno ločevanje med premoženjem družbe in družbenikov, pri čemer sodišče zavrne možnost posega v premoženje fizične osebe, družbenika zgolj zaradi tega, ker je družbenik/ca družbe, ki naj bi takšno korist pridobila. Pri tem je pa treba poudariti, da to velja še toliko bolj, če koristi ni bilo niti na ravni družbe, kar je primer prav v zadevi IV Kpr 59294/2010, na kateri temelji predmetno mnenje.

ji na računih udeležencev. Obresti so obračunane glede na stanje na glavnem računu. Običajno združevanje denarnih sredstev poteka v evrih, možne pa so tudi druge valute.

Cash pooling se najpogosteje opravi na način, da se izvede t. i. »up-stream-loan« (*up-stream* posojilo oz. posojilo navzgor). S pojmom *upstream* posojil razumemo posojila družb hčera (torej odvisnih družb) družbam materam (torej obvladujočim družbam) oz. posojila družbenikov njihovim družbenikom. Ker je naša korporacijska zakonodaja v bistvenem vsebinskem delu enaka kot nemška, je treba zaradi bogatejše sodne prakse v Zvezni republiki Nemčiji za pravilno razlago nekaterih določb in pravnih institutov, ki so pri nas še relativno nerazviti, poseči po tuji, predvsem nemški sodni praksi in teoriji, ki jo navajamo v nadaljevanju.

V Zvezni republiki Nemčiji so takšna posojila med drugim urejena z Zakonom o družbah z omejeno odgovornostjo (GmbHG) (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2010), natančneje v 30. členu GmbHG, ki na začetku v 1. odstavku določa, da se premoženje družbe, ki je potrebno za ohranitev njenega osnovnega kapitala, ne sme izplačevati družbenikom.³

V nemški ureditvi je bila sprva v veljavi t. i. bilančna presoja.⁴ Po tej presoji se dopustnost izplačila likvidnostnih sredstev družbe v breme osnovnega kapitala te družbe presoja predvsem po tem, ali je obstajala s tem v zvezi tudi izplačilo/posojilo enakovredna odmena (npr. terjatev za vračilo posojila zoper posojilojemalca) (Schmidt, 2002). Če je tako, gre le za zamenjavo na strani aktive, ki pa ne pomeni kršitve določb, ki urejajo ohranjanje osnovnega kapitala. Če je odmena ogrožena, torej ne izpolnjuje več pogoja enakovrednosti izplačilo/posojilo, gre za kršitev, če gre ta primanjkljaj v breme premoženja, ki je potrebno za ohranjanje osnovnega kapitala (Pentz, 2005).

V tem okviru je ključnega pomena »nepričakovana« sodba Zveznega sodišča Zvezne republike Nemčije⁵ (t. i. »novembrska sodba«), ki »negativno« zaznamuje staro ureditev glede dajanja *up-stream* posojil,⁶ saj pravi, da so posojila družbenikom, ki ne izhajajo iz rezerv ali dobička, temveč iz vezanega kapitala d. o. o., prepovedana tudi takrat, ko za izplačilo obstaja odmena oz. terjatev zoper družbenika kot posojilojemalca, tudi če je ta popolnoma enakovredna. Vendar dejstvo, da sodišče to posebej omenja v sodbi, pomeni tudi, da to iz samega zakona ne izhaja (sploh ob upoštevanju dejstva, da je pred to sodbo veljalo

³ Identično določilo vsebuje 1. odstavek 495. člena ZGD-1, ki prepoveduje, da se družbenikom izplača premoženje, ki je potrebno za ohranitev osnovnega kapitala.

⁴ Za presojanje dopustnosti izplačila je bistveno, da je odmena za izplačilo družbe bilančno ustrezna. Pri tem pa se seveda ne sme zanemariti tudi ustreznost odmene z gospodarskega vidika.

⁵ Glej sodbo Vrhovnega sodišča Zvezne republike Nemčije z dne 24. 11. 2003, opr. št. II ZR 171/01 ali t. i. »novembrska sodba«.

⁶ Kot je že bilo omenjeno, se slovenska ureditev predmetne tematike bistveno ne razlikuje od nemške.

drugačno stališče; kot je že bilo omenjeno, je najprej prevladovala t. i. bilančna presoja) in zato po sklepanju v skladu z načelom »in claris non fit interpretatio« (Pavčnik, 2004) lahko trdimo, da določba ni jasna in zahteva razlago.

Glede na dejstvo, da je uporabljeni 30. člen GmbHG, ki ga sodišče interpretira, identičen 495. členu ZGD-1, je popolnoma na mestu sklepanje, da tudi 495. člen ZGD-1 tega izrecno ne prepoveduje, ampak je stvar sodne prakse, da ga razloži in umesti v prakso.

V Nemčiji so uvideli potrebe poslovne prakse, zaradi česar so jim sledili tudi zakonodajno. Ker je stroka »novembrsko sodbo« imela za »nepravilno« oz. je spodbujala spremembo sodne prakse (Ittenbach in Eckstein, 2007), se je s spremembo oz. dopolnitvijo zakonodaje zadeva razjasnila v nasprotno smer, kot je izhajalo iz te sodbe, in so se izrecno kot dopustna določila tudi izplačila/posojila družbenikom, ki jih je sodišče z »novembrsko sodbo« izreklo za nedopustna.

Z logičnim sklepanjem, da člen ni bil jasen in je potreboval interpretacijo sodišča, da je določena izplačila označilo kot dopustna ali nedopustna, lahko ugotovimo, da tudi iz določb našega ZGD-1 ne izhaja jasno, katera posojila so dovoljena in katera ne. Zato so v Nemčiji 30. člen GmbHG dopolnili tako, da ukinja dvome o razlagi te določbe in je sedaj jasno, kaj je dopustno in kaj ne, kar lahko uporabimo tudi za razjasnitev in interpretacijo 495. člena ZGD-1. Dopolnitev je sledila konec leta 2008, ko je izšla tudi prva sodba na to tematiko, t. i. »decembrska sodba«, kar je natančneje predstavljeno nekoliko kasneje.

Z »novembrsko sodbo« je sodišče zavzelo stališče, da ni skladno s cilji in namenom te določbe, da bi se družbenikom dala izplačila/posojila iz premoženja, ki je potrebno za ohranitev osnovnega kapitala, in bi kot odmeno za to dobila »le« terjatev zoper posojilojemalca (naj ponovno opozorimo, da je bilo od sodišča zavzeto stališče v »novembrski sodbi« presenetljivo in nepričakovano ter tudi v stroki deležno precejšnje kritike). Na podlagi »novembrske sodbe« so torej izplačila/posojila d. o. o.-jev svojim družbenikom dovoljena le, če tudi brez uveljavljanja terjatve zoper družbenika na vračilo posojila ne posega v osnovni kapital družbe v skladu s 30. členom GmbHG.

Na kratko povedano, sodišče meni, da je strogo bilančna presoja (po tej so takšna posojila dovoljena, saj dobi družba za to odmeno in gre dejansko samo za menjavo v aktivih) neustrezna z vidika ohranjanja osnovnega kapitala, zaradi česar, kot pravi sodišče, se lahko posojila dajejo le iz prostih sredstev/premoženja (rezerv).

Menimo, da je stališče sodišča, da strogo bilančna presoja ni primerna, pravilno, vendar pa popolna izključitev te presoje tudi ni primerna, odstop od nje mora namreč biti izjema in ne pravilo (Zabel, 2007). Pri tem sodišče ne daje prav nobenega pomena odmeni za izplačilo/posojilo (terjatev do posojilojemalca, zastava, bančna garancija ...). Glede mnenja sodišča, da z vidika družbe ni popolnoma

enako, ali ima v aktivih likvidna sredstva ali »zgolj« terjatev zoper družbenika, načeloma vlada soglasje. Tako pa ni pri odločitvi, da to takoj pomeni tudi nedopustnost izplačil/posojil družbe, ki povzročijo takšno spremembo v aktivih, sploh če je odmena za to v obliki terjatve, ki je gospodarsko enakovredna posojilu. Glede tega stališča obstaja v stroki precej kritik (Pentz, 2005;).

V zvezi z »novembrsko sodbo« pa je pomembno dejstvo, da je sodišče zavzelo negativno stališče do mnenja nekaterih, da bi se 43. člen GmbHG, ki pravi, da so izplačila/posojila iz vezanega premoženja družbe, dana poslovodstvu, prepovedana, analogno uporabil tudi za izplačila/posojila družbenikom in povezanim družbam.

Posledica kršitve noveliranega 30. člena GmbHG je zahtevek za vračilo po 31. členu GmbHG. V skladu s tem je treba izplačila/posojila, ki so bila izvršena v nasprotju s 30. členom GmbHG, vrniti. Če je bila posojena stvar in je ta morebiti še pri posojilojemalcu, jo mora vrniti. Tak posel, ki je v nasprotju s prepovedjo, se mora torej razveljaviti in vzpostaviti prejšnje stanje. Če to ni mogoče, lahko posojilodajalka zahteva denarno povračilo.

Tudi znotraj ureditve v času po »novembrski« sodbi, ko je veljala precej restriktivna ureditev dajanja *up-stream* posojil, pa so takšna posojila obstajala. Konkretni primer takšnih posojil pri prevzemih oz. pripojitvah so obravnavali tudi nekateri nemški strokovnjaki (Streit, 2005).

V enem izmed primerov, ki jih avtorja navajata, posojilo vzame ciljna družba in ga v celoti prenese na prevzemno družbo, ki nato s tem poravnava kupnino. Ciljna družba seveda dobi posojilo načeloma ob dovolj visokem zavarovanju (vendar je to stvar pogajanj z banko (prvo posojilodajalko v verigi)). Ciljna družba v takem primeru nato sklene s prevzemno družbo posojilno pogodbo. Zavarovanja v tem razmerju se ne zahtevajo; zadostuje že sama terjatev nasproti posojilojemalki. Na podlagi pogodbe se nato posojilo prenese na prevzemno družbo, ki s tem plača nakup ciljne družbe. V primeru t. i. *cash-management* sistema se tekoča sredstva družb v koncernu združujejo, da s tem zagotavljajo likvidnost koncerna ter zmanjšujejo stroške financiranja. Na ta način se poskuša preprečiti, da bi bilo v okviru koncerna treba imeti na razpolago več tekočih sredstev, kot če bi obstajala zgolj ena družba. Če se v *cash-management* sistem vplača posojilo, ki ga je vzela ciljna družba (hči), in se nato s tem posojilom poravnava kupnina za nakup hčere, gre pravno za kredit ciljne družbe prevzemni družbi oz. za ta namen ustanovljeni družbi (Engert, 2005).

Zanimivo je tudi vprašanje, kako je z zahtevki zoper družbenike prevzemne družbe. GmbHG pod določenimi pogoji dopušča zahtevek neposredno zoper tretje. Če ciljna družba da določeno posojilo oz. izvrši izplačilo družbi materi, obstoji iz tega naslova zahtevek ciljne družbe do družbe matere. Če bi družba mati nato navedeno posojilo posredovala neposredno družbeniku družbe matere, pa se zahtevek lahko glasi tudi zoper njega.

Ob tem avtorja v prispevku omenjata tudi nekaj modelov, ki prav tako izhajajo iz časa »novembrske« sodbe, ko je veljala nekoliko bolj restriktivna razlaga 30. člena GmbHG, ki se uporablja kot sredstvo za izognitev morebitni kršitvi določb o ohranjanju osnovnega kapitala. Eden izmed njih je na kratko predstavljen tudi v nadaljevanju.

Nazadnje velja omeniti še pomembno sodbo nemškega Vrhovnega sodišča (BGH),⁷ v kateri se slednje opredeljuje prav do zakonskih znakov kaznivega pri izvrševanju *cash poolinga*. Predmetna sodba sicer ne izključuje verjetnosti obstoja zakonskih znakov kaznivega dejanja v *cash-poolingu*, vendar v sodbi izrecno navede možnost zgolj kaznivega dejanja povzročitelje škode s škodljivim upravljanjem premoženja drugega (glej člen 266 nemškega kazenskega zakonika), kjer pa gre za povzročitelje škode in ne pridobitve protipravne premoženjske koristi. Sledne pa je prav tisto, kar se pogosto zanemari in česar BGH ni storil, in sicer ločevanje med povzročitvijo škode in protipravno pridobitvijo premoženjske koristi. Seveda je slednja tudi mogoča, vendar mora dejansko nastati, ob tem pa morajo biti izpolnjene še vse druge predpostavke, ki jih navaja predmetni prispevek.

3.2 Poprevzemni modeli preoblikovanja

Pri tem modelu se ciljna družba pripoji prevzemni družbi. Aktiva prej ciljne družbe se nato uporabi za zavarovanje posojila, ki je namenjeno financiranju pripojitve. Po opravljenem postopku pripojitve prej ciljna družba preneha obstajati. Prevzemna družba je kot polnopravna naslednica dolžnica nekdanjih upnikov ciljne družbe. Načelo ohranjanja osnovnega kapitala zato po opravljenem postopku pripojitve ne velja več za ciljno družbo, saj ta ne obstaja več. Vsekakor pa je treba paziti na ohranjanje osnovnega kapitala prevzemne družbe. Cilj te konstrukcije – zavarovanje posojila, ki ga je sprejela prevzemna družba za financiranje pripojitve, in sicer z aktivo ciljne družbe – se lahko torej izvede brez kolizije z načelom ohranjanja osnovnega kapitala.

Konec leta 2008 je nato v veljavo stopil Zakon o modernizaciji prava družb z omejeno odgovornostjo in preprečevanju zlorab (MoMiG) (Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, 2008). Zakon je GmbHG med drugim spremenil tudi v delu, ki ureja *up-stream* posojila. Novela je pomenila spremembo 30. člena GmbHG ter prvemu odstavku dodala še dva; prvi pravi, da ta prepoved izplačila ne velja za primer, ko je sklenjena pogodba o obvladovanju (torej obstaja pogodbeni koncern) ali pogodba o prenosu dobička oz. če je za izplačilo/posojilo dana ustrezna odmena (npr. terjatev na vračilo posojila nasproti posojilojemalcu).

Stališče dveh uglednih nemških strokovnjakov na področju gospodarskega prava glede prenovljenega prava družb z omejeno odgovornostjo je (Ittenbach in Eckstein, 2007), da novi 30. člen GmbHG ne omenja kršitev zoper

načelo ohranjanja osnovnega kapitala, dokler je za posojilo/izplačilo družbe njenemu družbeniku ali *pool-partnerju* v koncernu dana ustrezna odmena, enakovredna višini posojila (terjatev zoper posojilojemalca, protistoritev ...). To bi pomenilo, da lahko tudi podkapitalizirana družba z omejeno odgovornostjo da posojilo svojemu družbeniku, seveda pod pogojem, da v tem trenutku obstaja terjatev za vračilo posojila, ki po višini ustreza celotnemu danemu posojilu. Ureditev temelji na prepričanju, da obstoj takšne terjatve zoper družbo posojilojemalko pomeni, da ima le-ta premoženje, ki zagotavlja odplačilo dolga in zato upniki niso bolj ogroženi, kot bi bili, če bi se posojilo dalo tretjemu. Z ozirom na to, da ne obstaja poseben predpis, ki bi določal, da je lahko odmena za dana posojilo enakovredna le-temu zgolj pri zagotovitvi zavarovanja, ki je običajno pri najemu posojila pri bankah, to pomeni, da pri izpolnitvi pogoja enakovrednosti odmene niso taksativno naštet zavarovanja, ki bi pomenila enakovrednost. Poenostavljeno rečeno, zakon ne določa taksativno, kaj mora biti dana kot odmena, da bo zagotovljeno, da ima družba premoženje za povračilo posojila. Trenutek, ki je pomemben in ključen za določanje enakovrednosti odmene (ki je v večini primerov zgolj terjatev posojilodajalke do posojilojemalke), je tisti, v katerem se posojilo daje. Kasnejši dogodki danega posojila ne morejo retroaktivno določiti kot prepovedanega; če torej odmena, dana za prejeto posojilo/izplačilo, oslabi in s tem ne ponuja več tolikšnega zavarovanja posojilodajalki, to ne spremeni dejstva, da je dana posojilo oz. izplačilo bilo in še vedno velja za pravno dopustno. Bistven za to presojo je namreč trenutek, ko je bilo posojilo dana oz. izplačilo izvršeno. Takšna razlaga izhaja tudi iz uradnega komentarja novele zakona, ki ga je podala Vlada ZRN (Heerstraßen in Nebe, 2009). Vendar je poslovodja v tem primeru dolžan poskrbeti, da se terjatev (dana odmena) čim prej uveljavi. V nasprotnem primeru odškodninsko odgovarja.

Nova ureditev 30. člena GmbHG si na izrecno željo zakonodajalca prizadeva bolje urediti in omogočiti financiranje znotraj koncerna na temelju t. i. *cash-poola* in znotraj slednjega omogočiti delitev oz. združenje zmogljivosti podjetji. V skladu z novim GmbHG pa je mogoče tudi financiranje prevzemov, slednje seveda pod pogojem, da je terjatev družbe posojilodajalke do družbe posojilojemalke enakovredna (da je odmena enakovredna danemu posojilu). Avtorja podata naslednji praktični primer:

Družba mati M, d. o. o., želi kupiti družbo hčer H, d. o. o. Kupnino bo družba M, d. o. o., plačala deloma iz lastnega premoženja, deloma iz najetega bančnega posojila. Na zahtevo M, d. o. o., prejme družba H, d. o. o., od banke posojilo, ki ga prenese na M, d. o. o., ki bo nato predmetno posojilo porabila za plačilo kupnine za prevzem H, d. o. o. Če ima družba M, d. o. o., po poplačilu vseh drugih zapadlih zahtevkov upnikov še dovolj premoženja za poplačilo zahtevka družbe H, d. o. o., je takšno financiranje popolnoma korektno in družbi H, d. o. o., pripada enakovredna terjatev zoper družbo M, d. o. o., ki se lahko upošteva v bilanci.

⁷ Glej sodbo Vrhovnega sodišča zvezne republike Nemčije z dne 31.07.2009, opr. št. 2 StR 95/09.

Pred začetkom veljave novele GmbHG (MoMiG) so bile možnosti oz. okviri internega financiranja znotraj koncerna precej omejeni, predvsem zaradi znamenite »novembrske sodbe«, in na tem področju je vladala precejšnja negotovost. Po tej sodbi so bila posojila družbenikom, ki niso izhajala iz rezerv ali dobička, temveč iz vezanega premoženja družbe z omejeno odgovornostjo, nedovoljena tudi, če je bila dana odmena za posojila enakovredna danemu posojilu, kar je bilo razdelano že prej. Z novelo GmbHG (MoMiG) pa se je zakonodajalec vrnil k bilančni presoji. Spremenil se je tudi AktG (57. člen), in sicer na enak način kot GmbHG. Sledila je tudi sodna praksa: sodišče se je distanciralo od t. i. »novembrske sodbe« in odločilo v duhu nove ureditve ter v enem izmed sodnih primerov izdalo t. i. »decembrsko sodbo«.⁸

V predmetnem primeru je družba hči svoji materi izdala več nezavarovanih posojil (v višini več deset milijonov). Pri posojilodajalki se je začel postopek zaradi insolventnosti. Upravitelj je najprej prijavil terjatev nasproti prav tako insolventni posojilojemalki. Zaradi nezmožnosti popolnega poplačila je vložil še odškodninsko tožbo zoper nadzorni svet, ker naj ne bi opravljal dolžnosti preverjanja sposobnosti vračanja posojila (314 AktG). V nasprotju s predhodno instanco je zvezno sodišče odločilo, da posojilo hčere družbi materi ni »per se« oškodovalni pravni posel oz. škodljivo navodilo po 311. členu AktG (sploh pa nemška stroka in sodna praksa zavzemata stališče, da se 311. člen AktG ne uporablja za dejanski d. o. o.-koncern, pri katerem obstajajo druge varovalke) (Pentz, 2005), če je bila terjatev hčere do matere v času, ko je bilo posojilo dano, enakovredna danemu posojilu.

Sodišče pa opozarja, da je obveznost organov vodenja in nadzora, da preverjajo in kontrolirajo tveganje posojila, pri čemer morajo, če se to tveganje poveča, dano posojilo razveljaviti oz. zahtevati boljše zavarovanje. Opustitev teh obveznosti lahko ima za posledico odškodninske zahteve (Kobelt, 2009).

Sodišče je v tem primeru ob ugotavljanju morebitne odškodninske odgovornosti po 2. odstavku 318. člena AktG (v povezavi s 311, 317) najprej preverilo, ali nezavarovano *up-stream* posojilo pomeni »per se« oškodovanje družbe po 1. odstavku 311. člena AktG. Ugotovilo je, da le takrat, ko do konca poslovnega leta ni poravnani minus pri posojilodajalki oz. do konca poslovnega leta ni dana pravica do zahtevka po izravnavi izgube, obstoji odškodninski zahtevk zoper člane organov vodenja in nadzora. Kajti zgolj sklenitev posojilnih pogodb oz. dana posojila ne pomenijo oškodovanja, saj je bila v času danega posojila posojilojemalka popolnoma solventna in zoper njo je obstajala enakovredna terjatev. Sodišče šteje to le kot neke vrste zamenjavo aktive in se tako oprime bilančne presoje *up-stream* posojil. Dejstvo, da za posojilo niso bila naročena zavarovanja in da pogoji zanj niso bili primerljivi s tistimi, ki bi bili dani

tretjemu, in skrben poslovodja takšnega posojila ne bi dal, še tudi ne pomeni, da je posojilo »per se« oškodovalo družbo, če ni bilo konkretnega ogrožanja premoženja ali donosa posojilodajalke. Dajanje nezavarovanih *up-stream* posojil kot takšno torej ni oškodovalno pravno dejanje, če so terjatve posojilodajalke do posojilojemalke enakovredne in primerno obrestovane. Sodišče se je torej izrecno distanciralo od »novembrske sodbe«. Sicer gre v omenjeni sodbi za delniški koncern, vendar teorija zastopa stališče, da to še toliko bolj velja tudi za d.o.o.-koncern (Waclawik, 2009).

Sploh pa nedavna sprememba zakonodaje in ureditve t. i. *up-stream* posojil v Nemčiji nedvomno kaže na to, kako je treba tudi v naši zakonodaji razlagati predmetne določbe zakona ter jih uporabljati v poslovnih in sodnih praksah.

3.3 Škodljiva navodila v koncernsko povezanih družbah

Pojem škodljivo navodilo razlaga nemška teorija zelo široko in ne zahteva prav nobene obličnosti (Kuhlmann in Ahnis, 2007). Bistveno pri tem je, ali je odvisna družba vpliv obvladujoče družbe upravičeno razumela kot navodilo za določeno ravnanje. Prav tako prevladuje stališče, da lahko navodilo izhaja od nepooblaščenih oseb obvladujoče družbe, pri čemer je spet bistveno, kot kakšno in čigavo je navodilo razumela odvisna družba (Hüffer, 2012). Navodilo namreč nujno ne predstavlja pravno zavezujočega izraza volje in zaradi tega ni potrebno, da ga da za to pooblaščen oseb (Hüffer, 2012).

Prav tako je lahko naslovnik navodila kdo drug kot poslovodstvo odvisne družbe, npr. zaposleni ali drugi na podrejenih mestih odvisne družbe (Hüffer, 2012).

Izvor škodljivega navodila, decentralizirano vodeni koncern

V hipotetičnem primeru je treba biti pozoren predvsem na naslednje: pri večstopenjskih dejanskih koncernih je treba ob upoštevanju konkretnih okoliščin posebno pozornost posvetiti vprašanju, ali je vpliv (škodljivo navodilo družbi hčeri, vnukinji ...) treba pripisati družbi materi (obvladujoča družba) ali je družba hči (odvisna družba) ravnala samostojno (Hüffer, 2012). Načeloma je najpomembnejše, koga je kot dajalca navodila »videla« odvisna družba (Hüffer, 2012). Kot kakšnega bi ga morala, pa je odvisno od konkretne strukture koncerna (Hüffer, 2012). Zaradi slednjega je za prenos odgovornosti oz. obveznosti izravnave škode iz škodljivega navodila na družbo mater prostor predvsem v centralno vodenih koncernih (Wimmer, 2004). Zgolj koncernska povezanost kot takšna pa še ne pomeni, da je navodilo družbe hčere vnukinji dejansko navodilo družbe matere (Kuhlmann in Ahnis, 2007). Takšno sklepanje bi bilo preširoko, sploh za decentralizirano vodene koncerne (Wimmer, 2004). Sicer bi to lahko sledilo iz načela enotnega vodenja, vendar se tudi tega ne sme razumeti absolutno, ampak bolj v smislu skupne politike, znotraj katere pa družbe ravnajo tudi samoiniciativno in samostojno. Družba mati (v dejanskem koncernu)

⁸ Glej sodbo Vrhovnega sodišča zvezne republike Nemčije z dne 1. 12. 2009, opr. št. II ZR 102/07.

odvisnim družbam namreč lahko daje zgolj smernice, v okviru katerih pa odvisne družbe ravnajo pravno samostojno (navodilu niso dolžne slediti) (Meyer, 2000). Družba mati zato ni seznanjena z vsakim navodilom, ki ga družba hči da družbi vnukinji, in zaradi tega za to tudi ne nosi odgovornosti (Kuhlmann in Ahnis, 2007). Pomembno je torej, kdo je realni nosilec vpliva oz. tisti, v čigar interesu je bila pobuda za škodljiv posel dana, ter odgovornost za posledice pripisati le tisti družbi, od katere navodilo neposredno izhaja (Kocbek, 2010).

Koncern v koncernu je treba razumeti drugače kot decentralizirano vodeni koncern, v katerem še vedno velja enotno vodenje iz vrha koncerna, ki pa je v decentralizirano vodenem koncernu le bolj široko zastavljeno in zato dopušča več samostojnosti posameznim delom koncerna. Pri koncernu v koncernu pa dejansko obstaja znotraj koncerna t. i. podkoncern. Če bi to priznavali, bi bila razdelitev odgovornosti veliko lažja. Vendar naj bi nemška literatura to v večinskem delu zavračala, kar se tiče področja prava družb oz. korporacijskega prava (Röder, Powietzka, 2004).

3.4 Stanje in stališča v slovenski praksi

Dajanje posojil v koncernsko povezanih družbah (hči - vnukinja materi v večstopenjskem dejanskem koncernu), imenovano *cash pooling*, ne predstavlja samo po sebi protipravnega ali celo kaznivega dejanja. Osnovno vprašanje je torej: Kdo, če sploh kdo, je imel korist od posojil, danih družbam v konkretnem primeru?

Menimo, da nekatera stališča slovenske prakse, da je posojilo, dano družbi, mogoče dejansko šteti kot posojilo fizični osebi zgolj zaradi tega, ker je morebiti imela posredno namen iz takšnega posojila na koncu profitirati kot fizična oseba, ne upoštevajo že temeljev prava kapitalskih družb, katerega osnovno načelo je ločevanje premoženja družbe od premoženja njenih družbenikov (teorija namembnega premoženja). Zaradi tega je dostop družbenikov do kapitala družbe urejen skrajno restriktivno, kar je posebej očitno v pravu delniških družb. S tem seveda ne trdimo, da niso mogoče zlorabe, a vendar zgolj želja ali namen, ravnati s premoženjem družbe kot s svojim lastnim, ne zadostuje za sklepanje, ki ga pogosto uporabi tožilstvo. Še manj pa bi držalo, da se z najetim kreditom poveča premoženje posameznega družbenika oz. delničarja, saj najprej povečanje premoženja družbe ne pomeni povečanja premoženja posameznega družbenika in dalje s tem nastane tudi terjatev dajalca kredita do kreditojemalca, zaradi česar najem kredita pod normalnimi pogoji ne pomeni povečanja premoženja družbe (Miller, 2004).

V nemški teoriji so takšna posojila (upstream loans) nekaj vsakdanjega in dopustnega (Georg, 2011).⁹ Tudi iz sodne prakse, omenjene v prejšnji opombi, izhaja, da

posojilo, dano družbi materi od družbe hčere, ne pomeni niti zmanjšanja niti povečanja premoženja, temveč zgolj t. i. »Aktivtausch«, torej zamenjavo aktive, saj namesto zneska kredita nastopi terjatev do posojilojemalca in obratno na strani posojilojemalca. Družba, ki je prejela posojilo, s tem ni ustvarila čistega presežka premoženja v smislu Kazenskega zakonika. Sploh pa »povečanje« premoženja na eni strani nosi terjatev posojilodajalca do posojilojemalca na drugi strani. Kredit kot tak torej sploh ne predstavlja povečanja premoženja družbe. Na podlagi logičnega sklepanja torej težko pridemo do ugotovitve, da je lahko matična družba, ki se ji premoženje sploh ni povečalo oz. posojilo ni rezultiralo v čistem presežku premoženja, predstavlja izvor povečanja premoženja družbam, ki so imetnice njenih delnic, in še manj fizičnim osebam, ki so imetniki deležev družb, ki so zgolj posredne imetnice delnic družbe, iz katere naj bi to povečanje premoženja izhajalo.

Nekoliko lahkomišlno se zato v praksi izpeljuje sklep, da je z vsakim posojilom, ki so ga na neposredno ali posredno zahtevo članov organa vodenja morale družbe iz skupine matice (večstopenjski dejanski koncern) odobriti družbi materi, obogatela v končni fazi družba, ki je bila krovna koncernska družba že omenjenega večstopenjskega koncerna. V praksi se prav tako nepotrebno zatrjuje, da za vsako gospodarsko družbo stoji vsaj ena fizična oseba, ki pa naj bi pridobila zato protipravno premoženjsko korist.

Takšno sklepanje seveda ni na mestu, saj se pozablja najprej na ločevanje premoženja družbe od premoženja njenih družbenikov, zaradi česar povečanje premoženja družbe še ne pomeni povečanja premoženja njenih družbenikov oz. delničarjev. Menimo, da takšno pavšalno zatrjevanje brez argumentov in zgolj z domnevami, da je z vsakim posojilom družbam znotraj koncerna obogatela končna krovna družba, ki je njihova posredna »lastnica«, in s tem tudi fizična oseba kot imetnica deležev te družbe, z ničimer ni pojasnjeno, na kakšen način je ta presežek prišel do posamezne fizične osebe in kdaj je bil viden na njegovem transakcijskem računu oz. v njegovem zasebnem premoženju in ne zgolj premoženju družbe.

Ponovno namreč poudarjamo ločevanje premoženja družbe od premoženja njenih družbenikov, kar je treba upoštevati na vseh ravneh konkretnega koncerna. Dodatno pa je treba upoštevati tudi dejstvo, da določena fizična oseba v družbi lahko nastopa kot direktor in tudi družbenik. Za prvega so predpostavke za očitanje protipravno pridobljene premoženjske koristi še strožje, saj je v primeru čistega presežka premoženja jasno, da ima direktor dejansko oblast nad tem denarjem, saj vodi posle družbe, zaradi česar mora biti dodatno izkazana tudi dejanska korist. Pri družbeniku se pojavi vprašanje že pri dejanski oblasti, če je podana, saj seveda spet pridemo do vprašanja o dejanski koristi. Ker fizična oseba nastopa v obeh vlogah hkrati, je seveda bistveno vprašanje, ali je od posojil podrejenih družb družbam materam imela fizična oseba in družbenik kakršno koli korist. Pri tem ne zadošča, da je prednost pri premoženju pridobila krovna družba, saj ne zadostuje zgolj možnost,

⁹ Glej sodbo Vrhovnega sodišča Zvezne republike Nemčije z dne 24.11.2003, opr. št. II ZR 171/01 in z dne 1.12.2008, opr. št. II ZR 102/07.

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

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 izhaja 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.

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

¹¹ 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, NSStZ 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.
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
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.
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.
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.
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.
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
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.