

ZWF

Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

Rainer Brandl / Severin Glaser / Robert Kert / Roman Leitner / Mario Schmieder /
Norbert Schrottmeyer / Norbert Wess

Wirtschaftsstrafrecht

Neuer Untreuetatbestand – Auswirkungen auf die Praxis (I)
Schwarze Kassen und Untreue
Erneuerung des Strafverfahrens ohne voriges EGMR-Urteil?

Die vertiefende Analyse

Verfahrensabsprachen in Wirtschaftsstrafsachen

Finanzstrafrecht

Bilanzielle Folgen von Abgabenhinterziehung-/betrug

Aus Sicht der Finanzstrafbehörde

Gestaltungsmisbrauch versus Finanzstrafrecht?

Europastrafrecht

Amtshilfe bei der Betrugsbekämpfung im Zollbereich

Praxisinformationen

Aktuelle Rechtsprechung, Literaturreisenschau



Linde

Neuregelung des § 153 StGB und Auswirkungen auf die Praxis – Teil I

Georg Eckert / Markus Spani / Norbert Wess



Univ.-Prof. Dr. Georg Eckert ist Rechtsanwalt in Wien und lehrt am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck.



Mag. Markus Spani ist Rechtsanwalt in Wien.



Dr. Norbert Wess, LL.M. M.B.L. ist Rechtsanwalt in Wien.

Die Anwendung des § 153 StGB (idF BGBl I 136/2004) ist im Schrifttum insb infolge des *Libro*-Urteils des OGH heftiger Kritik ausgesetzt. Die nunmehr aufgrund des Strafrechtsänderungsgesetzes (StrÄG) 2015 mit 1. 1. 2016 in Kraft tretende Neuregelung des § 153 StGB nimmt sich der in dieser Diskussion angesprochenen Fragen an.

1. Die relevanten Änderungen im Überblick

Mit dem StrÄG 2015 wurde der Tatbestand des § 153 Abs 1 StGB wie folgt geändert (die Anhebung der Wertgrenzen im nunmehrigen Abs 3 bleibt außer Betracht):

„§ 153. (1) ~~Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt am Vermögen schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.~~

(2) Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.“

Außerdem wurde in die die zivilrechtliche Vorstandschaft betreffenden kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestimmungen¹ folgender Passus eingefügt:

„Ein Vorstandsmitglied handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

2. Genese der Neuregelung

Angesichts der in den letzten Jahren wiederholt aufgetretenen Probleme bei der Anwendung des Untreuetatbestandes und den damit einhergehenden Unsicherheiten in der Praxis erachtete die im Februar 2013 eingesetzte Arbeitsgruppe „StGB 2015“ den Tatbestand der Untreue als „überprüfungswürdig“.² Die laut Bericht der Arbeitsgruppe diskutierten Vorschläge erschienen zunächst auch äußerst vielversprechend. Da die Mehrheit der Arbeitsgruppe die Probleme jedoch „weniger auf Gesetzebene, sondern vielmehr in der praktischen Anwendung der Bestimmung“ verortete, wurde von einem inhaltlichen Änderungsvorschlag zu § 153 StGB gänz-

lich Abstand genommen. Ein entsprechender Änderungsvorschlag jener Teile der Arbeitsgruppe, die eine Klarstellung des Begriffes des Befugnismissbrauchs und des Zeitpunkts des Schadenseintritts als notwendig erachteten, konnte aufgrund der engen zeitlichen Vorgaben nicht ausgearbeitet werden. Der Begutachtungsentwurf zum Strafrechtsänderungsgesetz sah deshalb bloß eine Anhebung der Wertgrenzen vor.³

Erst im parlamentarischen Verfahren wurden mit Initiativantrag vom 23. 4. 2015 die oben dargestellten, letztendlich auch umgesetzten Änderungen beantragt. Darüber hinaus wollte der Initiativantrag in einem weiteren Satz auch ausdrücklich klarstellen, dass ein Missbrauch dann nicht vorliegt, „wenn der Machtgeber oder der wirtschaftlich Berechtigte der Vertretungshandlung zugestimmt hat“.⁴ Dieser Vorschlag wurde aber nicht umgesetzt.⁵

3. „Präzisierung“ oder Neuregelung?

Der Justizausschuss meint, dass der Tatbestand des § 153 StGB im Zuge der Novelle „präzisierend neu gefasst“ wird.⁶ Daran ist richtig, dass schon die alte Fassung nach dem neuen Verständnis hätte ausgelegt werden können. Im Vergleich zu dem von den Gerichten praktizierten Verständnis liegen jedenfalls nicht bloße Präzisierungen, sondern erhebliche und gerade für die Praxis weitreichende Änderungen vor.

Anknüpfend an diese Klarstellung stellt sich im Übrigen auch die Frage, welche Auswirkungen die gegenständliche Neuregelung bzw Präzisierung auf bereits anhängige Verfahren hat.

Für den zeitlichen Anwendungsbereich der Reform ist es freilich fast unerheblich, ob eine bloße Klarstellung oder eine echte Neuregelung vorliegt. Erblickt man in der Neuregelung eine bloße Präzisierung, ist das „präzisierte“ Verständnis auch für die noch bis 31. 12. 2015 zu entscheidenden Fälle heranzuziehen. Wenn

³ 98/ME 25. GP 16 ff.

⁴ 1110/A 25. GP 1.

⁵ Dazu näher unten 4.2.3.

⁶ „Aufbauend auf dem Initiativantrag 1110/A XXV. GP sollen, ohne dem Gericht diesbezüglich ein zu enges Korsett anzulegen, beide Begriffe – Missbrauch und Untreueschaden – in Einklang mit deren Grundverständnis und der Systematik der Vermögensdelikte präzisierend neu gefasst werden.“

¹ § 84 Abs 1a AktG nF; § 25 Abs 1a GmbHG nF.

² Bericht der Arbeitsgruppe StGB 2015, III-104 der BlgNR 25. GP 37 ff.

man hingegen – entgegen der diesbezüglichen Ausführungen im Bericht des Justizausschusses – die Auffassung vertritt, es handle sich nun um eine echte Neuregelung, wäre nach dem Günstigkeitsprinzip eine Berücksichtigung der Neuerungen jedenfalls bereits in jenen laufenden Verfahren geboten, in denen keine erstinstanzliche Entscheidung vor 1. 1. 2016 zu erwarten ist.⁷

4. Befugnismissbrauch

Der Fokus der Neuregelung liegt auf dem Befugnismissbrauch. Gem der neu eingefügten Legaldefinition in § 153 Abs 2 StGB idF BGBl I 112/2015 liegt ein tatbestandsmäßiger Missbrauch der Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, nur dann vor, wenn der Machthaber „in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen“.

4.1. „Unvertretbarkeit“ als neues Tatbestandselement

Der neue Gesetzeswortlaut verlangt „unvertretbares“ Handeln, worunter nach den Gesetzesmaterialien ein Rechtsmachtgebrauch zu verstehen ist, der „außerhalb des Bereichs des vernünftigerweise Argumentierbaren liegt“.⁸

Unter „Unvertretbarkeit“ könnte nun mehreres zu verstehen sein. Ein mögliches Begriffsverständnis ginge dahin, die Schwelle der zivilrechtlichen Rechtswidrigkeit und des strafrechtlichen Befugnismissbrauchs unterschiedlich hoch anzusetzen, und zwar auch dann, wenn die verletzten Normen an sich dem Vermögensschutz des Machtgebers dienen. Danach gäbe es also die „lässliche Sünde“ in Gestalt eines rechtswidrigen Handelns, das zwar zivilrechtlich haftbar macht, aber – weil nicht unvertretbar – keinen Befugnismissbrauch iSd § 153 StGB nF darstellt.

Es könnte zB überlegt werden, die Verletzung eines Aufsichtsrats-Zustimmungsvorbehalts, um eine günstige (ansonsten verlorene) Geschäftsgelegenheit nützen zu können, als rechtswidrig, aber nicht „unvertretbar“ im strafrechtlichen Sinne zu verstehen und einen solchen Pflichtenverstoß folglich nicht als Befugnismissbrauch anzusehen – selbst wenn die subjektive Tatseite vor allem auch in Gestalt des Schädigungsvorsatzes gegeben ist.

Für eine solche Sichtweise spricht, dass in den Gesetzesmaterialien von „*qualifiziertem Zuwiderhandeln gegen die Regeln des internen Dürfens*“ die Rede ist. Dagegen spricht, dass die Materialien ausdrücklich festhalten, dass der Ermessensspielraum des Machthabers durch „*prozedurale oder auch inhaltliche Konkretisierungen*“ des Machtgebers präzisiert werden könne und

solche Konkretisierungen bei der Frage der Vertretbarkeit des Rechtsmachtgebrauchs Beachtung finden müssen. Bei ganz konkreten Handlungsanweisungen des Machtgebers, die dem Machthaber überhaupt keinen Spielraum lassen, könne jede Abweichung sachlich unvertretbar sein.⁹

Unseres Erachtens ist die Verletzung „*prozeduraler oder auch inhaltlicher Konkretisierungen*“ weiterhin ein Befugnismissbrauch, wenn und weil solche Normen dem Vermögensschutz des Machtgebers dienen, was in der Regel und auch im obigen Beispiel des Aufsichtsrats-Zustimmungsvorbehalts der Fall ist. Der Machthaber (im Beispiel der Vorstand) hat zu respektieren, dass der jeweilige Normgeber das Ermessen des Machthabers gerade einschränken will und damit verbundene Nachteile, wie etwa versäumte Geschäftsgelegenheiten, in Kauf nimmt. Er darf sich nicht über diese Abwägung hinwegsetzen. Ein eindeutiger Verstoß gegen *prozedurale oder auch inhaltliche Konkretisierungen* ist daher idR befugnismissbräuchlich. Nur wenn die vom Machtgeber oder vom Gesetz vorgegebenen Regeln auslegungsbedürftig sind und der Vorstand vertretbar der Auffassung sein darf, sein Handeln sei zulässig, liegt kein Befugnismissbrauch vor. „*In unvertretbarer Weise*“ handelt nämlich nicht, wer der vertretbaren Rechtsauffassung sein durfte, sein Handeln sei zulässig.¹⁰

Der wesentlichste Bedeutungsgehalt der Wendung liegt aber uE in einer – aufgrund der Zivilrechtsakzessorietät der Bestimmung eigentlich gar nicht unbedingt erforderlichen – Verweisung auf oder auch Erinnerung an die neu eingeführten gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG), wonach die richterliche Überprüfung einer aufgrund angemessener Information und ohne Interessenkonflikt getroffenen Ermessensentscheidung gerade ausgeschlossen sein soll. Nur eine „*schlechthin unvertretbare*“ Entscheidung soll nach den schon bisher in der zivilrechtlichen Rechtsprechung und Lehre vertretenen Grundsätzen haftbar machen.¹¹ Dass dies nun ausdrücklich im AktG und im GmbHG verankert wurde, ist tatsächlich nur eine „*präzisierende Klarstellung*“. Sie gilt auch außerhalb des Anwendungsbereichs der zuvor genannten gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen für jeden von § 153 StGB erfassten Machthaber, soweit ihm ein unternehmerisches Ermessen zusteht.

⁹ Vgl 728/AB 25. GP 10.

¹⁰ Insoweit – dh im Vertrauendürfen auf eine vertretbare Rechtsauffassung – kommt dem neuen Kriterium kaum praktische Bedeutung zu. Liegt nämlich eine vertretbare Rechtsauffassung vor, wird in subjektiver Hinsicht kaum Wissentlichkeit vorliegen können, wie von § 153 StGB sowohl nach alter als auch nach neuer Rechtslage gefordert.

¹¹ Siehe nur Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 11.

⁷ Siehe Höpfel in WK StGB², § 61 Rz 18. Der Günstigkeitsvergleich ist anhand des Einzelfalls vorzunehmen, wobei die neugefasste Untreue nicht von vornherein jedenfalls günstiger als die geltende sein muss.

⁸ 1110/IA 25. GP 4; 728/AB 25. GP 10.

4.2. Verstoß gegen Normen, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen

Die spezifisch untreu strafrechtliche Qualifizierung des Befugnismissbrauchs liegt nach der Neuregelung darin, dass Normen verletzt werden müssen, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Nicht nach § 153 StGB strafbar ist danach der Verstoß gegen Normen, die – so die Materialien – „entweder reinen Ordnungsanliegen oder aber den Interessen Dritter dienen“.¹²

„Wirtschaftlich Berechtigte“¹³ einer Kapitalgesellschaft¹⁴ sind nach den Ausführungen der Gesetzesmaterialien die Anteilseigner. Warum die Anteilseigner? Die Anteilseigner sind die ersten Verlust-, zugleich auch die residualen Gewinnträger. Es sind ihre Vermögensinteressen, die durch das Handeln der geschäftsführenden Organe berührt werden. Strafbegründend kann nach der Wertung des Gesetzgebers nur die Verletzung einer Norm sein, die gerade dem Vermögensschutz der Anteilsinhaber dient, nicht aber bloße Gläubigerschutz- oder sonstige Ordnungsvorschriften.

Dabei stellen die Materialien sogleich klar, dass der Strafrechtsgesetzgeber keinen kurzfristigen Shareholder Value-Ansatz verfolgt: Eine Orientierung am Wohl des Machtgebers erfordert keineswegs notwendigerweise eine kurzfristige Nutzenmaximierung, sondern erlaube selbstverständlich auch eine Berücksichtigung des langfristigen Machtgeberinteresses.

4.2.1. Nützliche Gesetzesverletzungen und Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten

Eine erste wesentliche Folgerung aus dem Abstellen auf die Interessen des wirtschaftlich Berechtigten ist, dass sog „nützliche Gesetzesverletzungen“ keine Strafbarkeit nach § 153 StGB¹⁵ begründen können. Solche nützlichen Gesetzesverletzungen sind ja geradezu dadurch definiert, dass Normen verletzt werden, die nicht den Vermögensinteressen der Anteilseigner dienen. Weist der Vorstand einer Paketdienstgesellschaft seine Mitarbeiter an, in zweiter Spur zu

halten, weil die damit verbundene Zeitersparnis der Gesellschaft einen größeren Nutzen bringt als die Aufwendungen für die Parkstrafen, mag dies zwar – wie es der überwiegenden Meinung entspricht – zivilrechtlich rechtswidrig sein. Eine Untreue strafbarkeit ist damit aber nicht verbunden. Das gleiche gilt für die Verletzung von Vorschriften des Aufsichtsrechts, mögen die damit verfolgten Ordnungsanliegen auch noch so gewichtig sein.

In einer Verletzung drittschützender Normen kann allerdings zugleich auch eine Verletzung der aus seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht abgeleiteten Vermögenswahrungspflicht des Machthabers liegen. Dies wäre der Fall, wenn und weil der aus der Rechtsverletzung drohende Vermögensschaden (zB Geldstrafen) den daraus erzielten Nutzen überwiegt und sich der Machthaber dessen bewusst ist. Demgegenüber ist es im Kontext der Untreue ausgeschlossen, sämtliche drittschützenden Normen über die Figur einer allgemeinen Legalitätspflicht¹⁶ in die Sorgfaltspflicht des Organmitglieds zu spiegeln und die Verletzung der so angereicherten Organpflicht für sich genommen als befugnismissbräuchlich anzusehen. Eine solche Argumentation würde der Einschränkung auf Normen, die „dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen“, ihren Sinn nehmen.

Wird somit eine allgemeine Norm verletzt, die auch dem Vermögensschutz der Anteilsinhaber dient, daneben aber auch andere Zielsetzungen hat (wie dies bei der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Vorstands einer Kapitalgesellschaft der Fall ist), so liegt Befugnismissbrauch vor, wenn die Norm im konkreten Einzelfall in ihrer vermögensschützenden Zielrichtung verletzt wird. Dies schlägt die Brücke zum Verbot der Einlagenrückgewähr, wie in den nachfolgenden Ausführungen deutlich werden soll.

4.2.2. Einlagenrückgewähr

Hauptzielrichtung der Bezugnahme auf die „Interessen der wirtschaftlich Berechtigten“ ist der Verstoß gegen Gläubigerschutzvorschriften und hier insb das Verbot der Einlagenrückgewähr. Dies wird aus den Gesetzesmaterialien mehrfach deutlich, nämlich insb durch Bezugnahme auf die Kridadelikte¹⁷ und auf die Entscheidung

¹² Die Formulierung des Ausschussberichts ist diesbezüglich etwas vorsichtiger als jene des Initiativantrags. Dieser hatte noch die Interessen von „Gläubigern oder auch der Öffentlichkeit“ in einem Klammerausdruck als Beispiele für unmaßgebliche Interessen Dritter genannt.

¹³ Der Begriff ist der österreichischen Rechtsprache fast unbekannt. Ersichtlich vermeidet der Gesetzgeber den Begriff des wirtschaftlichen Eigentümers, wie er in den Geldwäschebestimmungen verwendet wird (siehe aber § 98g WTBG, in dem vom wirtschaftlich Berechtigten die Rede ist). Dieser Begriff meint zwar auch die Anteilsinhaber, aber nur die maßgeblich (kontrollierend) beteiligten. Darauf darf im Kontext der Untreue aber gerade nicht abgestellt werden!

¹⁴ Warum nur die Kapitalgesellschaft erwähnt wird, ist unklar. Für die Personengesellschaft kann jedenfalls nichts anderes gelten.

¹⁵ Siehe zum Problem nach bisheriger Rechtslage Lewisch, Aktuelle wirtschaftsstrafrechtliche Praxisfragen, in Lewisch (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsrecht und Organverantwortlichkeit (2011) 15 (22 ff).

¹⁶ Siehe dazu etwa U. Torggler, Kritische Anmerkungen zur sog „Legalitätspflicht“ des Vorstands, in Kalss/U. Torggler, Compliance (2015 in Druck); Rauter, Geschäftsführerhaftung bei gewünschter Gesetzesverletzung, eclex 2012, 944; Leupold/Ramharter, Nützliche Gesetzesverletzungen – Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht? GesRZ 2009, 253; Adensamer/Eckert, Vorstandshaftung nach österreichischem Recht, in Kalss (Hrsg), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 165 (184).

¹⁷ „Eine Verletzung von Regelungen, die entweder reinen Ordnungsanliegen oder aber den Interessen Dritter dienen, scheidet damit für die Begründung einer Untreue strafbarkeit kategorisch aus. Derartige Konstellationen unterliegen – nach Maßgabe der diesbezüglichen Voraussetzungen – allein den Bilanzdelikten und den Kridadelikten.“ 728/AB 25. GP 10.

OGH 10 Os 170/80 und ihre Folgeentscheidungen. Nach dieser Entscheidung liegt bei Einlagenrückgewähr zugunsten des GmbH-Alleingesehäfters in „wirtschaftlicher Betrachtungsweise“ keine Untreuestrafbarkeit vor. Nicht die „formaljuristischen Rechtsverhältnisse“, sondern die „wirtschaftlich-faktischen Gegebenheiten“ sollen nach dieser Judikaturlinie maßgeblich sein.¹⁸ Dazu führt der Ausschussbericht aus:

„Untreue scheidet daher aus, wenn eine Vertretungshandlung zwar formal den Machtgeber schädigt, der diesbezügliche Nachteil aber wirtschaftlich dem hinter dem Machtgeber stehenden Berechtigten (bei Kapitalgesellschaften beispielsweise den Anteilseignern entsprechend ihren Anteilen) zugutekommt.“¹⁹

Die damit zum Ausdruck gebrachte Zielrichtung ist kriminalpolitisch uneingeschränkt zu begrüßen. Es war und ist nicht einzusehen, dass eine Vermögensauskehr, die zwar gesellschaftsrechtlich verboten ist, aber konkret weder die Gläubiger noch die Anteilsinhaber schädigt, mit einer so schweren Sanktion belegt werden soll.

Damit löst sich der Gesetzgeber allerdings von einer streng zivilrechtsakzessorischen Betrachtungsweise. Denn nur bei oberflächlicher Betrachtung schützt das Verbot der Einlagenrückgewähr nur die Gläubiger und nicht die Anteilseigner. Eine verbotene Einlagenrückgewähr, die nicht allen Anteilseignern im Verhältnis ihrer Beteiligungsquoten, sondern nur einem oder einzelnen Anteilseignern zugutekommt, schädigt auch die nicht begünstigten Anteilseigner. Im zivilrechtlichen Schrifttum ist es umstritten, ob die Kapitalerhaltungsvorschriften nicht nur die Gläubiger, sondern auch die Anteilseigner schützen.²⁰ Der Gesetzgeber ist sich der Problematik auch durchaus bewusst, wie die im letzten Halbsatz der oben zitierten Materialienstelle gemachte Einschränkung „entsprechend ihren Anteilen“ zeigt.

Das Verbot der Einlagenrückgewähr fällt daher nicht notwendigerweise und vor allem nicht in jeder Fallkonstellation aus dem Kreis der für den Befugnismissbrauch relevanten Vorschriften heraus.²¹ Es wäre auch nicht angezeigt, eine

Vermögenszuwendung an einen von mehreren Gesellschaftern anders zu behandeln als eine Vermögenszuwendung an einen Dritten. Wird einem von mehreren Gesellschaftern jenseits des gesellschaftsrechtlich Zulässigen Gesellschaftsvermögen zugewendet, so begründet dies – vorbehaltlich der unten zu behandelnden Zustimmung der übrigen Anteilsinhaber – eine Untreuestrafbarkeit²² wie jede andere Schädigung der Gesellschaft auch.

Es wäre möglich und vielleicht sogar nahelegend gewesen, der Problematik auf Ebene des Vermögensnachteils beizukommen.²³ Ein Vermögensabfluss von der Gesellschaft zum wirtschaftlichen Eigentümer würde, so der denkbare Ansatz, nach den allgemeinen Regeln der Schadenskompensation nicht zu einem Nachteil im Vermögen des „anderen“ führen.²⁴

Diesen Weg hat der Gesetzgeber aber eindeutig nicht beschritten: Die Bezugnahme auf den wirtschaftlich Berechtigten geschieht in der Definition des Befugnismissbrauchs und auch die Gesetzesmaterialien handeln die Problematik in diesem Kontext ab. Nach dem im Ausschussbericht unzweideutig zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers ist eine verbotene Vermögensauskehr, die den Anteilseignern im Verhältnis ihrer Beteiligungsquoten zugutekommt, somit (bereits) kein Befugnismissbrauch, obwohl sie gesellschaftsrechtlich rechtswidrig ist.

Obwohl eine Einlagenrückgewähr zivilrechtlich auch in Fällen verboten ist, in denen sie dem einzigen Gesellschafter oder allen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Anteile zugutekommt, ist es für die Beurteilung des strafrechtlichen Befugnismissbrauchs somit notwendig, eine nach geschütztem Rechtsgut getrennte Betrachtung vorzunehmen.²⁵ Kommt die verbotene Ausschüttung allen Gesellschaftern zugute, liegt nach dem Willen des Gesetzgebers kein untreuerelevanten Befugnismissbrauch vor. Obwohl gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen wird und die verletzte Norm auch dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dient, ist sie in diesen Fällen nicht in ihrer die Vermögensinteressen des wirtschaftlich Berechtigten schützenden Zielrichtung verletzt, weshalb in strafrechtlicher Wertung keine untreuerelevante Rechtsverletzung vorliegt. Gegebenenfalls – nämlich bei Vorliegen eines Gläubigerschädigungsvorsatzes – ist der Tatbe-

¹⁸ OGH 27. 7. 1982, 10 Os 170/80.

¹⁹ 728/AB 25. GP 10.

²⁰ Siehe Saurer in *Doralt/Nowotny/Kals* (Hrsg.), Kommentar zum AktG I² (2012) § 52 Rz 3 mwN.

²¹ Soweit man die Wahrung der Anteilsinhaberinteressen nicht als Schutzgegenstand der Einlagenrückgewähr ansieht, kann ein inhaltsgleiches Verbot aus der Treuepflicht des Vorstands abgeleitet werden (siehe *Bittner*, Rechtsperson und Kapitalerhaltung – Gesellschafterschutz vor „verdeckten Gewinnausschüttungen“ bei Kapital- und Personengesellschaften, ZHR 168/2004, 302). Dieses reicht aber nur so weit, wie die Vermögensinteressen der Anteilsinhaber auch tatsächlich verletzt sind, womit eine differenzierte Anwendung möglich und ein Gleichklang mit § 153 Abs 2 StGB hergestellt wird. Es wird sich für strafrechtliche Zwecke daher eher empfehlen, sich an jenen zivilrechtlichen Lehren zu orientieren, die dem Verbot der Einlagenrückgewähr nur gläubigerschützende Zielsetzungen zuerkennen und den notwendigen Schutz der Anteilseigner aus der Treuepflicht des Vorstands ableiten.

²² Vorausgesetzt, es liegt eine Verfügung oder Verpflichtung iSv § 153 StGB vor; ansonsten ist ggf § 133 StGB einschlägig.

²³ So zur alten Rechtslage OGH 27. 7. 1982, 10 Os 170/80 SSt 53/45 ua (RIS-Jusitz RS 0094723); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 84 mwN; *Kirchbauer/Presslauer* in WK² § 153 Rz 37; im Ergebnis ebenso *Rüffler*, Strafrechtliche Untreue und Gesellschaftsrecht, in FS Jud (2012) 533 (547 ff).

²⁴ Vgl allgemeine Ausführungen zur Schadenskompensation *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 91 mwN.

²⁵ So schon *Eckert/Tipold*, Strafbare Dividenden, GeS 2013, 59 (68 f).

stand der betrügerischen Krida gem § 156 StGB erfüllt.²⁶

4.2.3. Einwilligung

Ungeregt lässt das Gesetz die praktisch äußerst bedeutsame Frage der Auswirkungen einer Einwilligung der Anteilsinhaber. In der Lehre zur alten Rechtslage wurde nämlich das Ergebnis der Straflosigkeit auch damit begründet, dass der Befugnismissbrauch infolge tatbestandsausschließender Einwilligung des „anderen“ entfällt.²⁷ Praktisch relevant ist diese Frage in jenen Fällen der Einlagenrückgewähr, in denen der Vermögensvorteil eben nicht allen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Beteiligung zukommt, die Zuwendung jedoch von der Zustimmung aller Gesellschafter getragen ist.

Im Initiativantrag war diesbezüglich noch ein zweiter Satz des neuen § 153 Abs 2 StGB vorgesehen: „*Ein Missbrauch liegt nicht vor, wenn der Machtgeber oder der wirtschaftlich Berechtigte der Vertretungshandlung zugestimmt hat.*“²⁸ Die Begründung des Initiativantrags führte dazu aus: „*Da der Machthaber in einem solchen Fall in Einklang mit dem Willen des Machtgebers handelt, ist ein Missbrauch sachlich nicht vorstellbar. [...] Ein solches Einverständnis des Machtgebers schließt im Übrigen auch einen Untreueschaden kategorisch aus.*“²⁹

In der letztlich vom Nationalrat beschlossenen Fassung wurde allerdings der letzte Satz des Vorschlags („*Ein Missbrauch liegt nicht vor, wenn der Machtgeber oder der wirtschaftlich Berechtigte der Vertretungshandlung zugestimmt hat*“) gestrichen. Nach den Erläuterungen im AB sollte der Eindruck vermieden werden, dass „für die Einwilligung des wirtschaftlich Berechtigten bei der Untreue Sonderregeln gelten würden.“³⁰ Vielmehr sei die Frage nach dem allgemeinen Strafrecht zu beurteilen.³¹

Dem Gesetzgeber geht es somit darum, eine Frage des allgemeinen Strafrechts³² nicht im Kontext nur eines Tatbestands des besonderen Teils zu regeln. Dieses Anliegen ist verständlich, sind doch die Voraussetzungen und Wirkungen einer tatbestandsausschließenden oder auch rechtfertigenden Einwilligung nicht nur für die Untreue, sondern auch für andere Tatbestände

relevant und dies sogar im Kontext der Einlagenrückgewähr: Entnimmt der Gesellschafter-Geschäftsführer etwa Geldscheine aus der Kasse der Gesellschaft, liegt keine Untreue, sondern Veruntreuung vor. Entnimmt er das Geld ohne Geschäftsführer zu sein, ist der objektive Tatbestand des Diebstahls erfüllt.

Die spezifische Problematik all dieser Fälle wird durch die Neuregelung nicht gelöst. Denn ein allfälliger Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter ist, gesellschaftsrechtlich betrachtet, nichtig. Eine wirksame Zustimmung liegt daher nicht vor.

Die Nichtigkeit des Weisungsbeschlusses folgt allerdings hier nur aus der gläubigerschützenden Zielsetzung des § 82 GmbHG. Zieht man das Gläubigerinteresse ab, bleibt kein weiterer Grund für die Nichtigkeit.³³ Dem Gläubigerinteresse wird aber bereits durch § 156 StGB umfassend Rechnung getragen.

Auch in anderen Fällen der tatbestandsausschließenden Einwilligung wird eine Einwilligung als strafrechtlich beachtlich angesehen, obwohl sie zivilrechtlich unwirksam ist. Dies gilt insb für eine Einwilligung, die von einem Minderjährigen erteilt wird, der trotz fehlender Geschäftsfähigkeit in der Lage ist, Bedeutung und Tragweite der Rechtsguteinbuße zu erkennen und sachgerecht zu beurteilen.³⁴ Das Abstellen auf die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit würde zu Wertungswidersprüchen führen: „*Denn es ist rechtspolitisch sinnvoll, die Haftung für Schadenersatz nach dem Zivilrecht weiter zu ziehen als die strafrechtliche Verantwortung reicht, weil die besondere Schwere der Sanktionen des Strafrechts deren Anwendung als ultima ratio gebietet.*“³⁵

Daraus, dass der Gesetzgeber bei der neu eingeführten Definition des Befugnismissbrauchs auf den „wirtschaftlich Berechtigten“ abstellt, wird klar, dass eine Einwilligung eben jenes wirtschaftlich Berechtigten die Strafbarkeit nach den Grundsätzen der tatbestandsausschließenden Einwilligung entfallen lässt.

Wie bisher ist es weder erforderlich noch ausreichend, dass die gesellschaftsrechtliche Form der Beschlussfassung eingehalten wird.³⁶ Ein Mehrheitsbeschluss kann den Missbrauch ebenso wenig beseitigen wie die einhellige Zustimmung nur der anwesenden Gesellschafter einer Generalversammlung, mag sie auch formgerecht einberufen worden sein.³⁷ Sind mehrere Personen Inhaber eines Rechtsguts, müssen nämlich alle einwilligen.³⁸ Eine Differenzierung zwischen AG und GmbH ist nicht angezeigt – „wirtschaftlich Berechtigte“ sind bei beiden Rechtsformen die Anteilseigner.

²⁶ Dazu ausführlich *Eckert/Tipold*, GeS 2013, 60 ff.

²⁷ Eingehend dazu *Huber*, Die Organuntreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften (2012) 151 ff, 174 ff; *Huber*, Zur Untreue bei Einpersonengesellschaften, ÖJZ 2010, 1006; aber auch *Rüffler* in FS Jud 547; *Artmann*, Wirtschaftskriminalität und Gesellschaftsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Wirtschaftsstrafrecht (2008) 233 (250 ff); *Schmieder*, Verdeckte Gewinnausschüttungen im Wirtschaftsstrafrecht, in *Leitner* (Hrsg), Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung (2014) 2 354 (371 ff); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 84 mwN; ebenso bereits *Hinterhofer*, Die Einwilligung im Strafrecht (1988) 81 f.

²⁸ 1110/A 25. GP.

²⁹ 1110/A 25. GP.

³⁰ 728/AB 25. GP. 11.

³¹ Vgl 728/AB 25. GP.

³² Monografisch *Hinterhofer*, Die Einwilligung im Strafrecht (1998).

³³ *Eckert/Tipold*, GeS 2013, 68; *Huber*, ÖJZ 2010, 1006; *Schmieder* in *Leitner* 371.

³⁴ *Hinterhofer*, Einwilligung 66 f.

³⁵ *Hinterhofer*, Einwilligung 66.

³⁶ *Huber*, Organuntreue 181 f.

³⁷ *Huber*, Organuntreue 182; *Eckert/Tipold*, GeS 2013, 69.

³⁸ *Hinterhofer*, Einwilligung 70.

► Auf den Punkt gebracht

Die Neufassung des § 153 StGB beschränkt das Tatbestandsmerkmal des Befugnismissbrauchs auf unvertretbares Handeln und außerdem auf den Verstoß gegen Normen, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.

In unvertretbarer Weise handelt nicht, wer der vertretbaren Rechtsauffassung sein durfte, sein Handeln sei zulässig. Hingegen ist ein eindeutiger Verstoß gegen „prozedurale oder auch inhaltliche Konkretisierungen“ des Machtgebers (zB Aufsichtsrats-Zustimmungsvorbehalte) idR befugnismissbräuchlich.

„Nützliche Gesetzesverletzungen“ begründen keinen Befugnismissbrauch nach § 153 StGB, da die verletzten Normen nicht den Vermögensinteressen der wirtschaftlich Berechtigten, sprich: der Anteilseigner, dienen.

Das Verbot der Einlagenrückgewähr fällt zwar nicht notwendigerweise aus dem Kreis der für den Befugnismissbrauch relevanten Vorschriften heraus; kommt die verbotene Vermögensauskehr aber den Anteilseignern im Verhältnis ihrer Beteiligungsquoten zugute, liegt kein Befugnismissbrauch vor. Strafflos bleibt die Einlagenrückgewähr auch, wenn nur einzelne Anteilsinhaber begünstigt werden, jedoch alle Anteilsinhaber einwilligen.

Save the Date!

21. Finanzstrafrechtliche Tagung in Linz am 31. 3. 2016

Fachliche Leitung: Hon.-Prof. Dr. Roman Leitner und Mag. Rainer Brandl

Die hochkarätige Fachtagung widmet sich den Themen:

Bilanzstrafrecht neu

- Interdisziplinäre Analyse aus der Sicht
 - des Strafrechts
 - des Gesellschafts- und Bilanzrechts
 - der Praxis der Wirtschaftsprüfung

Verbandsverantwortlichkeit

- Einflüsse des Unionsrechts auf das Verbandsstrafrecht
- Verantwortlichkeit von Verbänden für Finanzvergehen
 - Verbandsverantwortlichkeit aus verfassungsrechtlicher Sicht
 - Umfang und Grenzen des Opportunitätsprinzips
 - Sachgerechte Tax-Compliance zur Abwendung der Verbandsverantwortlichkeit für Finanzvergehen

Programm und nähere Informationen: www.leitnerleitner.com

Anmeldung: meeting.leitner@leitnerleitner.com

Teilnahmegebühr: 396,- € inklusive USt/Person
 246,- € inklusive USt/Person für Richter, Staatsanwälte, Finanzbeamte
 Für Studenten bis 26 Jahre kostenfrei

ZWF-JAHRESABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD



BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

ZWF-Jahresabo 2016 inkl. Onlinezugang und App

EUR 190,-

(2. Jahrgang 2016, Heft 1-6)

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma _____ Kundennummer _____

Straße/Hausnummer _____

PLZ/Ort _____ E-Mail _____

Telefon (Fax) _____ Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift _____

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53