

# ZWF

Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

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

## **Wirtschaftsstrafrecht**

Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2015

Neuer Untreuetatbestand – Auswirkungen auf die Praxis (II)

Neue Wege bei der Geldwäschebekämpfung

Criminal Compliance aus Sicht der Strafverteidigung

## **Finanzstrafrecht**

Abgabenänderungsgesetz 2015

Grundsatzjudikatur des OGH zum Abgabenbetrug

## **Aus Sicht der Finanzstrafbehörde**

Offenkundige Schreibfehler der Behörde

## **Europastrafrecht**

EuGH zu Mehrwertsteuerbetrug und Verjährung

## **Blick über die Grenze**

Gruppenanfrage der Niederlande an die Schweiz

## **Praxisinformationen**

Aktuelle Rechtsprechung, Literaturreisenschau



Linde

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

Georg Eckert / Markus Spani / Norbert Wess

Wie im ersten Teil dieses Beitrags (ZWF 2015, 258) bereits ausgeführt, hat der Gesetzgeber in § 153 Abs 1 StGB das Tatbestandsmerkmal „einen Vermögensnachteil zufügen“ durch „am Vermögen schädigen“ ersetzt. Die Wendung wird bereits in § 144 StGB (Erpressung), § 146 StGB (Betrug) und § 148a StGB (Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch) verwendet. Mit der Neuformulierung will der Gesetzgeber ausweislich der Materialien zum Ausdruck bringen, dass der Schadensbegriff – so wie sonst im Vermögensstrafrecht und insb beim Betrug<sup>1</sup> – iS eines *effektiven Verlusts an Vermögenssubstanz* zu verstehen sein soll.

## 1. Effektiver Verlust an der Vermögenssubstanz statt bloßer Vermögensgefährdung

Ausweislich der Gesetzesmaterialien will der Gesetzgeber mit der Neuformulierung das Verständnis des Untreueschadens als bloßer „Gefährdungsschaden“ ausschließen, das sich in der jüngeren Judikatur, insb zu Kreditvergaben und Spekulationsgeschäften, entwickelt hat.<sup>2</sup> Nach diesem Verständnis hängt der untreuerelevante Vermögensnachteil, etwa im Fall einer Kreditvergabe, von den Befriedigungsaussichten im Zeitpunkt der Kreditschuldentstehung ab.<sup>3</sup> Kein Schaden entsteht bei Bonität des Schuldners, hingegen führt „wirtschaftliche Unvertretbarkeit“ der Kreditzuzahlung zu einem Nachteil in Höhe der Kreditsumme, und zwar selbst, wenn Rückzahlungen erfolgen; diese haben dann den Charakter bloßer nachträglicher Schadensminderung.<sup>4</sup> Gegen diese Betrachtungsweise war vor allem einzuwenden, dass ein und dasselbe Kriterium, nämlich die Gefährdung der Vermögensinteressen des Machthabers, sowohl den Befugnismissbrauch als auch den Vermögensnachteil konstituieren soll. Damit wird der Vermögensnachteil als gesondertes Tatbestandsmerkmal überflüssig gemacht. Praktische Auswirkungen werden vor allem auf der subjektiven Tatseite sichtbar: Sieht man die wirtschaftliche Unvertretbarkeit bereits als Vermögensnachteil, sind mit dem Wissen um die Vermögensgefährdung der wissentliche Befugnismissbrauch und zugleich auch schon der auf den Vermögensnachteil bezogene Vorsatz hergestellt. Dem Täter bleibt die Berufung auf seinen fehlenden Vorsatz im Hinblick auf ein ungünstiges Endergebnis des Geschäfts verwehrt.

Nach neuer Rechtslage ist ein solches Verständnis des Untreueschadens ausgeschlossen. Der AB führt in diesem Sinne nämlich aus, dass *bloße Vermögensgefährdungen „so wie beim Be-*

*trug“* einen effektiven Vermögensverlust noch nicht herstellen. Dies gelte auch, wenn der Machthaber Vermögenswerte des Machtgebers einem „*sehr beträchtlichen Verlustrisiko*“ aussetze. ZB liege bereits in der unbesicherten Auszahlung des Kredits in wirtschaftlicher Betrachtungsweise mit dessen Hingabe ein Totalverlust des Gesamtbetrags vor, wenn der Filialleiter eine Kreditgewährung an seinen *bereits insolventen* Bekannten im Bewusstsein von dessen Zahlungsunfähigkeit bewillige. Sei der Kreditnehmer hingegen bei Kreditgewährung und Auszahlung „*bloß insolvenzgefährdet*“, liege in der Ausreichung der Kreditvaluta ungeachtet der gefährdeten Rückzahlung noch kein Schaden des Machtgebers; „*und zwar auch nicht in Höhe der Differenz zwischen dem Nominale der Kreditforderung und deren wirtschaftlichem – mit dem Ausfallrisiko gewichteten – Wert*“.<sup>5</sup>

In unüberbietbarer Klarheit wird damit gesagt, dass der Untreueschaden nicht als Gefährdungsschaden verstanden werden soll. Wie die zuletzt zitierte Bemerkung in den Gesetzesmaterialien zeigt, in vollem Bewusstsein des Umstands, dass die Gefährdung auch einer (finanzmathematischen) Bewertung zugänglich ist und daher durchaus als Schaden gesehen werden könnte. In finanzwirtschaftlicher Betrachtungsweise führt eine Gefährdung dazu, dass dem gefährdeten Vermögensgut ein geringerer Wert schon dann beigemessen wird, wenn sich die Gefahr noch nicht realisiert hat. Diese Sicht mag für viele rechtliche, ZB bilanzielle Belange relevant sein; für den Vermögensschaden nach § 153 StGB neu ist sie es nicht.

## 2. Exkurs: Vermögensschaden beim Betrug

Dieses neue Verständnis kommt im Gesetzestext dadurch zum Ausdruck, dass die *verba legalia* des Betrugstatbestands – „*am Vermögen schädigen*“ – in § 153 StGB an die Stelle der bisherigen Umschreibung („*einen Vermögensnachteil zufügen*“) gesetzt werden.

Das bisherige Verständnis des Vermögensschadens gem § 146 StGB ist allerdings – insb



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



Mag. Markus Spani ist Rechtsanwalt in Wien.



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

<sup>1</sup> OGH 26. 6. 1975, 11 Os 76/75 ua, RIS-Justiz RS0094420.

<sup>2</sup> Dazu instruktiv *Lewisch*, Untreue als Vermögensgefährdungsdelikt? AnWB 2012, 141.

<sup>3</sup> Vgl OGH 23. 12. 2010, 14 Os 143/09z mwN, sowie *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB<sup>2</sup>, § 153 Rz 41.

<sup>4</sup> Vgl OGH 10. 12. 1996, 11 Os 106/96; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB<sup>2</sup>, § 153 Rz 41.

<sup>5</sup> 728/AB 25. GP 11.

beim Kreditbetrug<sup>6</sup> – bei Weitem nicht so klar, wie es für den unbefangenen Leser der Gesetzesmaterialien den Anschein hat.

Wohl liegt zahlreichen Judikaten (und Rechtssätzen) zum Kreditbetrug erkennbar die Ansicht zugrunde, dass der Schaden im Regelfall erst dann eintritt, wenn der Kreditnehmer mit einer Rate ausfällt. Nur bei Kreditgewährung an einen zahlungsunfähigen Schuldner sollte der Schaden bereits mit Ausreichung der Kreditvaluta eintreten; der Zahlungsunfähigkeit steht die Zahlungsunwilligkeit gleich. Dies steht noch im Einklang mit den aktuellen Äußerungen der Materialien, auch wenn dort die Zahlungsunwilligkeit nicht eigens erwähnt wird.

Der OGH hat aber auch – iZm der Gewährung kurzfristiger Kredite – ausgesprochen, dass das bloße Zuwachsen einer ungesicherten Forderung für den Kreditgeber wertlos ist, wenn ihre Realisierung „*ungewiss oder auf einen ferneren Zeitpunkt gerückt ist*“.<sup>7</sup> Und: Ist eine Forderung „*bei einer auf Wahrheit bedachten Buchführung als dubios [abzusetzen]*“, liege darin ein Vermögensschaden.<sup>8</sup> Bei der Einzelwertberichtigung einer Forderung, auf die demnach abzustellen sein soll, kommt es aber gerade auf die Ausfallwahrscheinlichkeit an, mit anderen Worten auf den Grad der Gefährdung der Rückzahlung.

Auf Linie der Gesetzesmaterialien liegt demgegenüber wieder folgender Rechtssatz:

„*Im allgemeinen ist nicht anzunehmen, daß ein Wirtschaftstreibender, der auf Kredit Wirtschaftsgüter anschafft, um damit laufende Einnahmen zu erzielen, die wieder zur Tilgung der Darlehensraten reichen sollen, in Schädigungsabsicht [...] handelt. Die gegenteilige Tatsachenannahme [liefe] auf die Feststellung [hinaus], der Kreditnehmer habe sich bei seiner Transaktion innerlich von vornherein mit der Nichtzahlung der Darlehensschuld, dh mit dem wirtschaftlichen Fehlschlag und Mißerfolg einverstanden erklärt und abgefunden [...].*“<sup>9</sup>

Bezugspunkt der subjektiven Tatseite ist nach diesen Entscheidungen offensichtlich erst der „*wirtschaftliche Fehlschlag und Mißerfolg*“, nicht aber auch schon die Zuzählung eines Kredits an einen Schuldner geringer Bonität.

Teile der Lehre scheinen die Meinung zu vertreten, dass ein Vermögensschaden schon in der Auszahlung an einen zahlungsfähigen und zahlungswilligen Schuldner vorliegt, wenn die Kreditforderung (Rückzahlung und Zinsen)

zum Zeitpunkt der Ausreichung des Kredits weniger wert ist als die Kreditvaluta.<sup>10</sup> Die Kreditgewährung wird in finanzwirtschaftlicher Sichtweise als Tausch betrachtet, nämlich als Tausch der Kreditvaluta gegen einen zukünftigen, unsicheren Zahlungsstrom. Dieser Zahlungsstrom ist zu bewerten; ist der Wert geringer als die Kreditvaluta, liegt danach ein Schaden vor. Gegen diese Sichtweise sprechen dieselben Bedenken wie oben zur Parallelfrage bei der Untreue vorgetragen: Sie verlagert den Bezugspunkt der subjektiven Tatseite weg vom tatsächlichen Ausfall des Kredits hin zur „*Schädigung*“ durch Erhalt einer Kreditforderung, der – nach welchen Kriterien auch immer – ein geringerer Wert beizumessen ist als dem hingegebenen Bargeldbetrag. Nach dieser Ansicht schließt der Umstand, dass der Schuldner den Ausfall des Kredits weder ernstlich für möglich hält noch sich damit abfindet, einen „*Schädigungsvorsatz*“ nicht aus. Die zitierte Meinung führt überdies auch zum fragwürdigen Ergebnis, dass die (unbesicherte) Kreditvergabe an ein insolvenzgefährdetes Unternehmen jedenfalls einen betrugsrelevanten Schaden darstellt.

Wie immer man diese Fragen nach bisheriger Rechtslage beurteilen mag: Mit dem vom Gesetzgeber gewollten Verständnis des Untreueschadens lässt sich die „moderne“, auf die Bewertung der Kreditforderung abstellende Auffassung nicht in Einklang bringen. In Hinkunft wird man auch bei der Auslegung des Betrugstatbestands nicht daran vorbeigehen können, dass nach dem Verständnis des Gesetzgebers das bloße (auch „*sehr beträchtliche*“) Risiko der Nichtrückzahlung oder nur teilweisen Rückzahlung an sich noch keinen Schaden darstellt.<sup>11</sup> Nach dem Willen des Gesetzgebers hat es bei der Auslegung des Betrugstatbestands bei jenen Judikaten zu bleiben, die einen Betrugsschaden bereits bei Auszahlung der Kreditvaluta nur in jenen Fällen annehmen können, in denen der Kreditnehmer zahlungsunfähig oder zahlungsunwillig ist.<sup>12</sup>

Ein Vermögensschaden liegt daher uE nur dann vor, wenn der Kreditnehmer tatsächlich unfähig ist – und sei es nur teilweise –, den Kredit überhaupt oder zeitgerecht bzw innerhalb einer wirtschaftlich vertretbaren Frist zurückzahlen.<sup>13</sup> Ist jedoch die vollständige Rückzahlung *ex ante* betrachtet möglich und vom Schuldner auch gewollt, liegt kein effektiver Verlust an Vermögenssubstanz vor. Ist der Schuldner daher bloß insolvenzgefährdet, liegt zwar ein sehr hohes Risiko vor, die Zahlungsfähigkeit zu verlieren, die Zahlungsfähigkeit und -

<sup>6</sup> Vgl Kert in SbgK StGB, § 146 Rz 301; Lewisch, Strafrecht, Besonderer Teil I<sup>2</sup> (1999) 231; Kienapfel/Schmoller, Studienbuch Strafrecht, Besonderer Teil II (2003) § 146 Rz 197; Kirchbacher in WK StGB<sup>2</sup>, § 146 Rz 100.

<sup>7</sup> OGH 7. 10. 1970, 9 Os 51/70; 30. 11. 1966, 12 Os 111/66; 16. 9. 1993, 15 Os 92/93; Mayerhofer, StGB<sup>6</sup> (2009) § 146 Rz 48.

<sup>8</sup> OGH 12. 2. 1975, 13 Os 6/75, ÖJZ-LSK 1975/106, RIS-Justiz RS0094375; vgl Kert in SbgK StGB, § 146 Rz 302; Mayerhofer, StGB<sup>6</sup>, § 146 Rz 43.

<sup>9</sup> OGH 11. 10. 1971, 11 Os 171/71 ua, RIS-Justiz RS0094643.

<sup>10</sup> So möglicherweise Kert, Schaden und Schädigungsvorsatz beim Kredit- und Anlagebetrug, ZWF 2015, 69; Kert in SbgK StGB, § 146 Rz 303.

<sup>11</sup> Siehe wiederum auch Kert in SbgK StGB, § 146 Rz 274; Kirchbacher in WK StGB<sup>2</sup>, § 76.

<sup>12</sup> OGH 23. 10. 1984, 9 Os 174/84 ua, RIS-Justiz RS0065663.

<sup>13</sup> Siehe OGH 27. 5. 2014, 15 Os 41/14i, RIS-Justiz RS0128771.

willigkeit kann in diesem Fall jedoch noch nicht (apodiktisch) verneint werden, wenngleich die Kreditrückzahlung ungewiss ist. Ein Betrugschaden liegt in diesen Fällen (erst) dann vor, wenn der Kredit ausfällt. Um einen Kreditbetrug zu begehen, muss der Schuldner daher auch bereits bei der Täuschungshandlung ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden, dass der Gläubiger ganz oder teilweise einen Ausfall erleidet.

In weiterer Konsequenz könnte angenommen werden, dass der Schaden auch nicht in der Differenz zu den bei richtiger Information verlangten Kreditzinsen liegen kann.<sup>14</sup> Denn die (höheren) Zinsen sind das Entgelt für das (höhere) Kreditrisiko. Wenn aber das Kreditrisiko als bloße Gefährdung kein Schaden ist, kann auch der fehlende monetäre Ausgleich des Kreditrisikos kein Schaden sein.

Das Ausfallrisiko eines Kredits stellt somit insgesamt nur ein Risiko bzw eine Gefährdung dar, dessen/deren Realisierung selbst ungewiss ist. Zur Ermittlung eines allfälligen Vermögensschadens darf daher auch nicht die Nominale der Kreditforderung ihrem mit dem Ausfallrisiko gewichteten Wert gegenübergestellt werden. Ein Vermögensschaden bedarf einer objektiven Bestimmtheit: Nur wenn die Rückzahlung samt Bedienung der Zinsenlast *ex ante* betrachtet nicht oder nur teilweise möglich ist, liegt auch ein Vermögensschaden vor.

### 3. Auswirkungen auf die innere Tatseite

Im Hinblick auf die innere Tatseite ist laut AB folgerichtig Voraussetzung einer Strafbarkeit, dass sich der Machthaber „nicht bloß mit der Eröffnung eines sozial inadäquaten Risikos“, sondern auch wirklich mit dem tatsächlichen Verlust von Vermögenssubstanz abfindet. Selbst das Handeln im Bewusstsein eines sozial inadäquaten Risikos – also einer (auch sehr beträchtlichen) Vermögensgefährdung – reiche für einen solchen Eventualschädigungsvorsatz nicht hin. Vielmehr muss der Machthaber „gerade eingedenk der Materialisierung dieses Risikos – also eingedenk des tatsächlichen Vermögensverlusts – handeln“. Hingegen fehlt es an einem solchen Eventualschädigungsvorsatz, wenn der Machthaber darauf vertraut, dass sich dieses Risiko nicht verwirklichen werde, „sei es infolge einer plötzlichen Besserung der wirtschaftlichen Lage, sei es infolge des Eingreifens eines neuen Investors“.<sup>15</sup> Dies entspricht auch der bisherigen Rsp zu § 146 StGB.<sup>16</sup> Der Kreditnehmer oder Schädiger muss es für möglich halten, dass die Kreditrückzahlungen in Frage gestellt sind, und sich überdies mit einer daraus resultierenden Vermögensschädigung des Kredit-

gebers abfinden.<sup>17</sup> Dann schließt die spätere Bezahlung von Teilbeträgen ein Handeln mit Schädigungsvorsatz im Tatzeitpunkt nicht aus.<sup>18</sup>

### 4. Wirtschaftliche Betrachtungsweise auch auf Ebene des Vermögensschadens?

Hier ist noch einmal auf die verbotene Einlagenrückgewähr zurückzukommen: Schon bisher wurde im Schrifttum wiederholt argumentiert, dass bei bloßer Vermögensverschiebung im Wege einer Ausschüttung an die Gesellschafter nicht nur kein Befugnismissbrauch vorliegt, sondern darüber hinaus auch kein Vermögensnachteil im Machtgebervermögen eintritt und daher derartige Handlungen den Tatbestand des § 153 StGB auch in Bezug auf dieses Tatbestandsmerkmal nicht erfüllen.<sup>19</sup> Bei wirtschaftlicher Betrachtung sei auf die wirtschaftlichen Eigentümer des Gesellschaftsvermögens abzustellen, die als Machtgeber anzusehen seien.<sup>20</sup> Nach dieser Sichtweise liegt insgesamt kein Vermögensnachteil vor, wenn der Vermögensabgang auf Seiten der Gesellschaft durch einen entsprechenden Vermögensvorteil in der Sphäre der Gesellschafter bzw der dahinterstehenden wirtschaftlichen Eigentümer aufgewogen wird. Nach der vom OGH propagierten wirtschaftlichen Betrachtungsweise liegt in diesen Fällen kein unrechterelevanten Vermögensnachteil vor. Diese Sicht wird man auch weiterhin vertreten können, auch wenn in den einschlägigen Fällen bereits, wie dargestellt, der Befugnismissbrauch entfällt.

#### ► Auf den Punkt gebracht

In § 153 Abs 1 StGB wurde „einen Vermögensnachteil zufügen“ durch „am Vermögen schädigen“ ersetzt. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass – entgegen der sich in diese Richtung entwickelnden Judikatur – eine, wenn auch sozial inadäquate Vermögensgefährdung nicht ausreicht, um einen (nunmehr) Vermögensschaden zu verwirklichen. Vielmehr ist ein effektiver Verlust an Vermögenssubstanz erforderlich. Dieses Verständnis ist auch für die Auslegung des Betrugstatbestands maßgeblich.

Kein Vermögensschaden liegt außerdem vor, wenn der Vermögensabgang auf Seiten der Gesellschaft durch einen entsprechenden Vermögensvorteil in der Sphäre der Gesellschafter bzw der dahinterstehenden wirtschaftlichen Eigentümer aufgewogen wird.

<sup>14</sup> Gegenteilig Kert in SbgK StGB, § 146 Rz 303; Kienapfel/Schmoller, StudB BT II, § 153 Rz 82.

<sup>15</sup> 728/AB 25. GP 11.

<sup>16</sup> OGH 12. 2. 1975, 13 Os 6/75, ÖJZ-LSK 1975/18 uva; siehe OGH 11. 10. 1971, 11 Os 171/71 ua, RIS-Justiz RS0094643.

<sup>17</sup> OGH 5. 9. 1985, 13 Os 98/85; vgl Kert in SbgK StGB, § 146 Rz 325; Kirchbacher in WK StGB<sup>2</sup>, § 146 Rz 115.

<sup>18</sup> OGH 7. 11. 1984, 11 Os 124/84; vgl Kert in SbgK StGB, § 146 Rz 325 f.

<sup>19</sup> Eckert/Tipold, Strafbare Dividenden, GeS 2013, 59.

<sup>20</sup> McAllister, Untreue bei gesellschaftswidriger Vermögensverschiebung im Konzern? ÖJZ 2015, 780.

# 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**

(2. Jahrgang 2016, Heft 1-6)

**EUR 190,-**

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

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

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