

ZWF

Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

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

Wirtschaftsstrafrecht

Strafprozessrechtsänderungsgesetz I 2016
Bilanzstrafrecht: Was bedeutet Schadenseignung?
Kriminalstrafrechtliche Einordnung des Sportwettenbetrugs

Europastrafrecht

Schutz von Geschäftsgeheimnissen gegen Wirtschaftsspionage

Die vertiefende Analyse

Ermittlungen gegen Vorstände eines Kreditinstituts

Finanzstrafrecht

Übermittlung von Daten an die Finanzstrafbehörden
Verlustvortrag und Finanzstrafrecht
Zusammentreffen von Bilanzdelikten und Finanzvergehen

Aus Sicht der Finanzstrafbehörde

(Sonder-)Zuständigkeit der Finanzstrafbehörde Wien

Praxisinformationen

Aktuelle Rechtsprechung, Literaturreisenschau



Linde

Neues Bilanzstrafrecht – Was bedeutet Schadenseignung?

Raimund Bollenberger / Norbert Wess



Univ.-Prof. Dr. Raimund Bollenberger ist Universitätsprofessor am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien und Rechtsanwalt in Wien.



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

Das neue Bilanzstrafrecht trat mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (StRÄG 2015, BGBl I 112/2015) am 1. 1. 2016 in Kraft. Die Neuregelung in §§ 163a–d Strafgesetzbuch (StGB) brachte nicht nur eine Harmonisierung der bisherigen Rechtslage, sondern auch eine Neuformulierung der objektiven Tatbestände. Wissenschaft und Praxis sind nun gefordert, die neuen Tatbestandselemente richtig auszulegen und anzuwenden. Der Umstand, dass einzelne Tatbestandselemente nach wie vor unbestimmt erscheinen, bietet jedenfalls reichlich Platz für Interpretationsspielräume. Dieser Beitrag versteht sich deshalb allem voran als Anstoß einer wissenschaftlichen Diskussion zur Frage, was Schadenseignung konkret bedeutet, wo die Erheblichkeitsschwelle liegt und wann eine falsche oder unvollständige Darstellung geeignet ist, einen erheblichen Schaden für den Verband, dessen Gesellschafter, Mitglieder oder Gläubiger oder für Anleger herbeizuführen.

1. Das neue Bilanzstrafrecht im Überblick

Wie hinlänglich bekannt, wurde das österreichische Bilanzstrafrecht mit dem StRÄG 2015 umfassend reformiert.¹ Das bislang in einer Reihe von gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Materiengesetzen² geregelte Bilanzstrafrecht wurde in das StGB überführt und durch Schaffung einheitlicher Straftatbestände und einer eigenen Bestimmung über „tätige Reue“ harmonisiert. Die zwei zentralen Strafbestimmungen finden sich nun in den §§ 163a–b StGB, wobei § 163a StGB Taten von Personen, die der Gesell-

schaft angehören,³ und § 163b StGB Taten von externen Prüfern unter Strafe stellt.⁴ § 163c StGB enthält eine taxative Aufzählung all jener Verbände, die in den Anwendungsbereich des Bilanzstrafrechts fallen.⁵ In § 163d StGB hat der Gesetzgeber den Strafaufhebungsgrund der „tätigen Reue“ normiert, der es dem Täter nun ermöglicht, bis zu den im Gesetz definierten Zeitpunkten durch Richtigstellung oder Vervollständigung der Informationen auch nach Deliktvollendung noch Straffreiheit zu erlangen.

Die Reformbedürftigkeit des alten Bilanzstrafrechts war schon lange ein Dauerbrenner in der rechtspolitischen Diskussion.⁶ Gerade

¹ Vgl ausführlich dazu *Wess/Bachmann*, Das „neue“ Bilanzstrafrecht, CFO aktuell, 61; *Rohregger*, Das neue Bilanzstrafrecht – ein erster Überblick, ÖZW 2015, 162; *Bernreiter*, Wie weit reichen die neuen Strafbestimmungen? *ecolex* 2015, 1054; *Gröhs*, Die Novellierung der Bilanzstrafrechtbestände durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015, SWK 27/2015, 1272; *Lewisch*, Bilanzstrafrecht: Status Quo und Reform, in *Kals/U. Torggler* (Hrsg), *Enforcement im Rechnungslegungsrecht* (2015) 63; *Stuefer*, Die Bilanzdelikte nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015, JSt 2015, 344; *Zeder*, Bilanzstrafrecht: Reform vollbracht, in *Zeder* (Hrsg), *Das neue Bilanzstrafrecht* (2015) 9; *Wess/Machan*, Bilanzstrafrecht, in *Kert/Kodek* (Hrsg), *Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht* (2016) 301; *Hartig*, Strafrechtsänderungsgesetz 2015 – das (vorerst) letzte Kapitel einer scheinbar unendlichen Geschichte, VWT 2015, 272; *Rebisant/Singer*, Das Strafrechtsänderungsgesetz 2015, ZWF 2015, 150; *Tipold*, Das Strafrechtsänderungsgesetz 2015, JSt 2015, 405; *Schmitt/Wess*, Bilanzstrafrecht NEU aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden und der Verteidigung, in *Zeder* (Hrsg), *Das neue Bilanzstrafrecht* (2015) 40.

² § 255 Aktiengesetz (AktG), § 122 GmbH-Gesetz (GmbHG), § 41 Privatstiftungsgesetz (PSG), § 64 Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea – SE; SEG), § 89 Genossenschaftsgesetz (GenG), § 114 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG), § 18 Spaltungsgesetz (SpaltG), § 43 ORF-Gesetz (ORF-G). Allein die Einbeziehung auch der §§ 15 Kapitalmarktgesetz (KMG), 189 Investmentfondsgesetz 2011 (InvFG 2011) und 37 Immobilieninvestmentfondsgesetz (ImmoInvG) in das Reformvorhaben erschien dem Gesetzgeber aufgrund der spezifischen Begehungsformen und des Täterkreises nicht möglich. Zumindest eine inhaltliche Anpassung der Tatbestände soll jedoch zeitnahe erfolgen; siehe ErlRV 689 BlgNR 25. GP 26.

³ Entscheidungsträger gem § 2 Abs 1 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) eines in § 163c StGB angeführten Verbandes und von einem Entscheidungsträger mit der Informationsdarstellung Beauftragte.

⁴ Abschlussprüfer, Gründungsprüfer, Sonderprüfer, Verschmelzungsprüfer, Spaltungsprüfer, Revisor, Stiftungsprüfer, Mitglieder der Prüfungskommission gem § 40 ORF-G oder sonst aufgrund verbandsrechtlicher Bestimmungen bestellte Prüfer mit vergleichbaren Funktionen eines in § 163c StGB angeführten Verbandes.

⁵ Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), Aktiengesellschaften (AG), Societas Europaea, Genossenschaften, Societas Cooperativa Europaea (SCE), Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, große Vereine iSd § 22 Abs 2 Vereinsgesetz 2002 (VerG 2002); Offene Gesellschaften (OG) und Kommanditgesellschaften (KG) iSd § 189 Abs 1 Z 2 lit a UGB, Sparkassen, Privatstiftungen, Stiftung nach dem ORF-G und ausländische Verbände, die den genannten Verbänden vergleichbar sind und deren Wertpapiere zum Handel an einem regulierten Markt im Inland zugelassen sind oder die im Hinblick auf eine Zweigniederlassung im Inland im Firmenbuch eingetragen sind.

⁶ *Zeder*, Aktuelle legislative Entwicklungen im Bereich des Bilanzstrafrechts und des Marktmissbrauchs, in *Lewisch* (Hrsg), *Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit*. Jahrbuch 12 (2012) 7; *Zeder*, Reformüberlegungen zum Bilanzstrafrecht, RdW 2011, 191; *Lewisch/Altenberger*, Bilanzstrafrecht in Österreich: Wieso – woher – wohin? RdW 2010, 611; *Krakow*, Bilanzstrafrecht, in *Lewisch* (Hrsg), *Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit*. Jahrbuch 11 (2011) 35; *Rohregger*, Reform des Bilanzstrafrechts – Gesellschaftsrechtliche Überlegungen, in *Lewisch* (Hrsg), *Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit*. Jahrbuch 11 (2011) 41; *Keppert/Brandstetter* (Hrsg), *Bilanzdelikte* (2008).

die Unbestimmtheit der Tatbestände und die damit einhergehende Uferlosigkeit des Bilanzstrafrechts wurden in der Literatur scharf kritisiert.⁷ Der Gesetzgeber hatte es sich daher ausweislich der Materialien ausdrücklich zum Ziel gesetzt, die Tatbestände in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot präziser zu fassen, diese mit Begriffen des Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts abzustimmen und den Anwendungsbereich der Bilanzdelikte insgesamt – im Sinne des *Ultima-ratio*-Prinzips des Strafrechts – auf das wirklich Strafwürdige zu beschränken.⁸

Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber nicht nur eine Präzisierung der Tathandlungen in § 163a Abs 1 und 2 StGB sowie in § 163b Abs 1 und 2 StGB („falsch oder unvollständig darstellt“, „nicht erstattet“, „verschweigt“, „erteilt“) vorgenommen, sondern wurden als zusätzliche Beschränkung der Strafbarkeit drei neue Tatbestandselemente in die Bilanzdelikte aufgenommen. Zum einen muss es sich nun um eine die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Verbandes betreffende oder für die Beurteilung der künftigen Entwicklung der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage bedeutsame „wesentliche Information“ iSd § 189a Z 10 Unternehmensgesetzbuch (UGB) handeln. Danach ist eine Information nur dann wesentlich, wenn vernünftigerweise zu erwarten ist, dass ihre Auslassung oder fehlerhafte Angabe Entscheidungen beeinflusst, die Bilanzadressaten auf Grundlage der von den Bilanzdelikten erfassten Darstellungsmedien treffen.⁹ Weiters muss diese wesentliche Information „in unvertretbarer Weise“ falsch oder unvollständig dargestellt werden. Dadurch soll sichergestellt werden, dass Bewertungs- und Ermessensspielräume berücksichtigt werden und Fehleinschätzungen, die zwar außerhalb dieser Spielräume liegen, aber dennoch vertretbar sind, keine Strafbarkeit begründen.¹⁰ Letztlich muss dies auch noch „geeignet“ sein, „einen erheblichen Schaden für den Verband, dessen Gesellschafter, Mitglieder oder Gläubiger oder für Anleger herbeizuführen“. Angesichts der Intention des Gesetzgebers, gerade mit der dritten „Strafbarkeitshürde“ eine Beschränkung der Bilanzdelikte auf „besonders strafwürdige Fälle“¹¹ zu erreichen, erscheint eine nähere Betrachtung dieses Tatbestandselements gerade im Hinblick auf die Praxis unerlässlich.

2. Eignung der falschen oder unvollständigen Informationsdarstellung, einen erheblichen Schaden herbeizuführen

2.1. Allgemeines

Das zusätzliche Strafbarkeitskriterium der Schadenseignung war im Ministerialentwurf anfangs noch nicht vorgesehen.¹² Dieses stammt ursprünglich aus dem Begutachtungsverfahren, in dem eine weitreichendere Beschränkung auf besonders strafwürdige Fälle durch Schaffung eines eigenen Tatbestandsmerkmals der Schadenseignung gefordert wurde. In der Regierungsvorlage war daraufhin zunächst vorgesehen, dass die unvertretbare Darstellung geeignet sein muss, „einen schwerwiegenden Schaden“ herbeizuführen. Im Justizausschuss einigte man sich schließlich infolge der Diskussionen im Begutachtungsverfahren darauf, den Begriff des „schwerwiegenden“ Schadens durch den Begriff des „erheblichen“ Schadens zu ersetzen und insofern das die Strafbarkeit einschränkende Element der Eignung „etwas weniger streng“ zu formulieren. Der Ausschuss hat in diesem Zusammenhang im Übrigen ausdrücklich festgehalten, dass mit dem Begriff „Eignung“ die abstrakte Eignung gemeint ist.¹³

2.2. Wann ist ein Schaden „erheblich“?

Bevor unten noch auf die Kernfrage einzugehen ist, worin eigentlich bei Verstößen gegen die Bilanzwahrheit ein Schaden besteht, sei zunächst hervorgehoben, dass der Gesetzgeber weder in den Materialien zum Ministerialentwurf oder der Regierungsvorlage noch im Justizausschussbericht definierte, wann ein solcher Schaden „schwerwiegend“ bzw. „erheblich“ ist.¹⁴ Auch den mit dem StRÄG 2015 in Kraft getretenen Bilanzdelikten ist keine Definition zu entnehmen. Liegt diesem Tatbestandsmerkmal jedoch – wie in den Materialien ausdrücklich festgehalten wird – der *Ultima-ratio*-Gedanke des Strafrechts zugrunde, so wird eben nicht jedes Vermögensminus die Erheblichkeitsgrenze überschreiten. Insofern muss der Schaden – wenn nicht „schwerwiegend“ – zumindest hoch sein.¹⁵ Im StGB finden sich an mehreren Stellen ähnliche Formulierungen, die ebenfalls auf die Erheblichkeit der Schädigung abstellen.¹⁶ So erfolgt im Umweltstrafrecht die Beurteilung etwa mittels von der Rechtsprechung und Literatur erarbeiteter Kriterien (Bedeutung der gefährdeten Interessen, Intensität, Art der Einwirkung, Grad der Störungseignung), denen im Einzelfall im Rah-

⁷ Illustrativ *Lewisch/Altenberger*, RdW 2010, 611; *Zeder* in *Lewisch*, Jahrbuch 12, 7; *Rohregger* in *Lewisch*, Jahrbuch 11, 41.

⁸ ErlRV 689 BlgNR 25. GP 26 f.

⁹ Siehe dazu *Rebisant/Singer*, ZWF 2015, 150; *Rohregger*, ÖZW 2015, 162 (166); *Wess/Bachmann*, CFO aktuell, 61 (62); *Wess/Machan* in *Kert/Kodek*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 301 (309 Rz 8.15).

¹⁰ Anschaulich *Rohregger*, ÖZW 2015, 162 (165 f).

¹¹ ErlRV 689 BlgNR 25. GP 28.

¹² 98/ME 25. GP.

¹³ JAB 728 BlgNR 25. GP 12.

¹⁴ Vgl. *Rebisant/Singer*, ZWF 2015, 150 (150 f), wonach ein Qualitätsunterschied zwischen diesen beiden Begriffen nicht erkennbar ist; *Hartig*, VWT 2015, 272 (273).

¹⁵ So bereits *Rebisant/Singer*, ZWF 2015, 150 (151).

¹⁶ Siehe § 180 Abs 2 StGB: „Wird durch die Tat [...] erheblich geschädigt“; § 278d Abs 1 Z 7 StGB: „die Zerstörung geeignet ist, einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden herbeizuführen“.

men eines „beweglichen Systems“¹⁷ unterschiedliche Bedeutung zukommen kann.¹⁸ Legt man diese Auslegung den Bilanzdelikten zugrunde, so wäre nach *Rebisant/Singer* die Art, Intensität, Reichweite der falschen oder unvollständigen Informationsdarstellung und die ökonomische Bedeutung der durch die Fehldarstellung gefährdeten Vermögensinteressen abzuwägen.¹⁹ Dieser Ansatz hat sehr gute Argumente für sich.

Erfolgt die Beurteilung im Rahmen eines beweglichen Systems, bleibt ausreichend Raum, spezifische Besonderheiten im Einzelfall zu berücksichtigen. Damit die Rechtsunterworfenen ihr Handeln aber entsprechend den Gesetzen ausrichten können, müssen diese Kriterien – sei es von der Rechtsprechung oder Literatur – hinreichend konkret bestimmt werden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass diese vom Gesetzgeber intendierte Strafbarkeitshürde ins Leere läuft. Im Gegensatz zur Formulierung im Umweltstrafrecht kann aus § 278d Abs 1 Z 7 StGB wohl nichts gewonnen werden. Bislang wurde ein „erheblicher wirtschaftlicher Schaden“ dort in der Regel bei Überschreiten der in § 126 Abs 2 StGB normierten Schadensgrenze von 50.000 € angenommen. Unabhängig davon, dass sich mit dem StRÄG 2015 die Wertgrenzen in § 126 StGB geändert haben, erscheint jedoch eine fixe Grenze weder zweckmäßig noch geboten.²⁰ Aus guten Gründen wird in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten, bei der Beurteilung der Erheblichkeit eine „relative Betrachtung“ anzustellen.²¹ Diese gilt es aber wohl ohnehin auch bei Heranziehung eines Kriterienkataloges zu berücksichtigen, weshalb eine relative Betrachtung nicht zu dem von *Rebisant/Singer* vorgeschlagenen beweglichen System hinzutritt, sondern in diesem aufgeht.

2.3. Die neuen Bilanzdelikte als potenzielle Gefährdungsdelikte

Mit dem Tatbestandselement der Schadenseignung sind die Bilanzdelikte nunmehr jedenfalls als potenzielle Gefährdungsdelikte ausgestaltet.²² Dies bedeutet, dass zwar der tatsächliche Eintritt einer konkreten Gefahr (oder eines Schadens) für die Vollendung des Tatbestands nicht erforderlich ist, jedoch das Gericht im Einzelfall festzustellen hat, ob auf Grundlage der vom Standpunkt des Täters erkennbaren Umstände die falsche oder unvollständige Informationsdarstellung *ex ante* betrachtet abstrakt (ty-

pisch) geeignet war, eine konkrete Gefahr eines erheblichen Schadens herbeizuführen.²³ Das führt nun zu der Kernfrage, wodurch im vorliegenden Zusammenhang überhaupt ein Schaden im Sinne eines Vermögensnachteils eintreten kann:

In materieller Hinsicht ist davon auszugehen, dass – wie der OGH in Zivilsachen bereits zutreffend ausgesprochen hat – eine unrichtige Bilanzierung *per se* noch keinen Schaden darstellt: In 6 Ob 108/13w²⁴ ging es um die Haftung ehemaliger Bankorgane gegenüber dem Kreditinstitut ua wegen der Gewährung uneinbringlicher Kredite. Der sechste Senat hob zunächst hervor, dass im österreichischen Zivilrecht der Grundsatz der konkreten Schadensberechnung gilt, wonach alle Auswirkungen im Vermögen des Geschädigten festzustellen sind und daher bei der Interesseberechnung die tatsächliche Entwicklung des Vermögens jener Lage, wie sie ohne das schädigende Ereignis eingetreten wäre, gegenüberzustellen ist. Was die notleidenden Kredite betrifft, meint der OGH mit Recht, dass Wertberichtigungen *per se* keinen Schaden darstellen, sondern nur eine bilanzielle Maßnahme als Reaktion auf eine bereits früher eingetretene Wertminderung eines in der Bilanz ausgewiesenen Vermögenswerts (die für sich freilich einen Schaden bedeuten könnte). Mit anderen Worten: Ein unrichtiger oder fehlender Bilanzansatz als solcher schädigt das Unternehmen nicht, da er die Vermögenslage, wie sie tatsächlich ist, nicht beeinflusst. Möglich ist nur, dass durch das Fehlen einer Wertberichtigung ein *unrichtiges Bild von der Vermögenslage gezeichnet wird*.

Wenn daher §§ 163a und 163b StGB auf eine Eignung, „einen erheblichen Schaden für den Verband, dessen Gesellschafter, Mitglieder oder Gläubiger oder für Anleger herbeizuführen“, abstellen, so ist zunächst nochmals hervorzuheben, dass die bloße unrichtige Darstellung als solche schon abstrakt keinen Vermögensnachteil bewirken kann. Ein Schaden kann vielmehr nur dadurch eintreten, dass jemand aufgrund der unrichtigen oder unvollständigen Informationen eine vorteilhafte Disposition unterlässt oder eine unvorteilhafte Disposition vornimmt: Das unrichtige Bild kann nur durch seinen Einfluss auf menschliche Entscheidungen Schadenseignung erlangen. Für eine solche *psychische Kausalität* sind verschiedene Konstellationen denkbar:

In Betracht kommt zunächst, dass real eine Insolvenzsituation eingetreten ist, diese jedoch wegen der unrichtigen Rechnungslegung nicht erkannt wird, daher ein Insolvenzantrag unterbleibt und sich durch das Weiterwirtschaften des Verbandes in der Krise dessen Vermögens-

¹⁷ *Reindl-Krauskopf/Salimi*, Umweltstrafrecht (2013) Rz 100.

¹⁸ ErlRV 1326 BlgNR 22. GP 11; *Aicher-Hadler* in WK StGB², § 180 Rz 13 ff.

¹⁹ *Rebisant/Singer*, ZWF 2015, 150 (151); vgl auch *Rohregger*, ÖZW 2015, 162 (167).

²⁰ So auch *Rohregger*, ÖZW 2015, 162 (167).

²¹ *Rohregger*, ÖZW 2015, 192 (167) mit Verweis auf den Begriff der „erheblichen Wertminderung“ in §§ 115e Abs 1 StPO.

²² *Tipold*, JSt 2015, 405 (408); *Rebisant/Singer*, ZWF 2015, 150; *Wess/Machan* in *Kert/Kodek*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 301 (305 Rz 8.9).

²³ Vgl RIS-Justiz RS0094941.

²⁴ OGH 28. 8. 2014, 6 Ob 108/13w = wbl 2015, 106 = ÖBA 2015, 53 (*Seeber*) = ecolex 2014, 973 = VbR 2015, 53 = ZFR 2015, 35 = AnwBl 2015, 185 = ecolex 2015, 107 (*Schoditsch*) = RdW 2015, 26.

lage noch weiter verschlechtert. So stellt der OGH in der aktuellen Entscheidung 8 Ob 76/15g vom 29. 3. 2016 zur Haftung eines Abschlussprüfers klar, dass es auch bei dieser nach den allgemeinen Beweislastregeln Sache des Klägers ist, die Kausalität der schädigenden Handlung für den behaupteten Schaden zu beweisen. Die Vorinstanzen hatten die Schadenskausalität der fehlerhaften Prüfung deshalb bejaht, weil die geprüfte Gesellschaft bei pflichtgemäßer Versagung des Prüfungsvermerks durch den Abschlussprüfer bereits im Mai 2008 gezwungen gewesen wäre, einen Insolvenzantrag zu stellen, wodurch es nicht mehr zu späteren Anhäufen von weiteren Verbindlichkeiten von 2 Mio € gekommen wäre; dabei interpretiert der OGH die Feststellungen der Vorinstanzen dahin, dass bei Versagung des Prüfungsvermerks auch *tatsächlich* ein solcher Antrag gestellt worden und es schon damals zur Konkurseröffnung gekommen wäre – nur dann ist auch wirklich die Kausalität festgestellt. Wiederum ging es also um die unterbliebene Verhinderung des „Weiterwurstelns“ in der Krise und die dadurch verursachte Vermögensverschlechterung. Ein unrichtiger Prüfungsvermerk als solcher schädigt die Gesellschaft hingegen noch nicht. Wenn die Gesellschaftsorgane, die wahre Lage kennend, trotz des Prüfungsvermerks pflichtgemäß den Insolvenzantrag gestellt hätten, bliebe das Verhalten des Abschlussprüfers zwar rechtswidrig, löste aber keinen Vermögensschaden aus.

Beim Kausalverlauf des „Weiterwurstelns“ geht es übrigens nicht nur um einen Schaden für den Verband und damit mittelbar für dessen Gesellschafter, sondern auch um *Gläubiger und Anleger*: Soweit es Altgläubiger betrifft, die noch vor Eintritt der Krise kreditiert hatten, wird deren Quote reduziert, bei Neugläubigern tritt überhaupt der volle Vertrauensschaden ein, da diese bei Versagung des Prüfungsvermerks und rechtzeitiger Insolvenzeröffnung mit der Gesellschaft gar nicht mehr kontrahiert hätten. So wurde im Fall 8 Ob 93/14f²⁵ zur Haftung des Abschlussprüfers wiederum für die Erteilung eines unrichtigen Bestätigungsvermerks die Frage behandelt, ob ein Kausalzusammenhang mit den individuellen Investitionsentscheidungen der Kläger bestand.

Kausalverläufe der beschriebenen Art bzw – in der strafrechtlichen Diktion – eine solche Schadenseignung kommen allerdings nur dann in Betracht, wenn der Verband insolvent oder insolvenzgefährdet war und eine unrichtige Rechnungslegung bzw eine fehlerhafte Abschlussprüfung das Einschreiten der Gesellschaftsorgane und einen Insolvenzantrag verhinderte. Sofern es sich hingegen um eine Gesellschaft in soliden wirtschaftlichen Verhältnissen handelt und sie eine unrichtige Darstellung in der Bilanz nur noch fälschlich in ein noch

besseres Licht stellt, steht eine solche Schadenseignung nicht zu befürchten.

Soweit es um Gläubiger bzw Anleger geht, so stellen diese in aller Regel aber freilich nicht bloß darauf ab, ob Vertragspartner nur nicht insolvent sind, sondern setzen für ihre Kredit- und Investitionsentscheidungen ein höheres Maß an Bonität voraus. Eine unrichtige Bilanzierung kann daher ihnen gegenüber sehr wohl auch ohne Insolvenzgefahr eine Schadenseignung aufweisen. Das muss aber keineswegs so sein: Wenn etwa ein Jahresabschluss ein Eigenkapital von 1 Mrd € und einen Gewinn von 100 Mio € ausweist, allerdings eine Verbindlichkeit von 50 Mio € wesentlich zu niedrig mit nur 30 Mio € angesetzt ist, dann ist sehr zu bezweifeln, ob diese Unrichtigkeit überhaupt abstrakt geeignet war, bei Gläubigern und Anlegern die Entscheidung herbeizuführen, nicht zu kreditieren bzw zu zeichnen.

Allerdings bedarf es stets auch einer wertenden Entscheidung. Denn soweit es etwa um den Sekundärmarkt geht, an dem zB Aktien an einem Unternehmen an- und verkauft werden, wäre es denkbar, dass eine unrichtige Bilanzierung doch immerhin den Preis, wenn vielleicht auch nur minimal, beeinflusst. An dieser Stelle ist jedoch zu bedenken, dass es um *bloße Vermögensschäden* geht, also um Schäden, die nicht mit der Verletzung absolut geschützter Güter wie insb Leben, Gesundheit und Eigentum einhergehen. Bei absolut geschützten Gütern lassen sich abstrakte Gefährdungsdelikte leichter festmachen, weil der Bereich jener Handlungen, die zB für Leben, Gesundheit und Eigentum gefährlich sein können, gut abgrenzbar ist und diese Rechtsgüter für Dritte auch leicht erkennbar sind. Bei bloßen Vermögensinteressen, die in der Regel schwerer ersichtlich sind, trifft dies hingegen nicht zu, weshalb Sorgfaltspflichten zur Wahrung solcher Interessen Dritter nur mit größerer Zurückhaltung etabliert werden sollten.²⁶ Würde man die Schadenseignung bei §§ 163a, 163b StGB nun zB dahin interpretieren, dass jede, wenn auch nur geringe Beeinflussung von Börsenpreisen ausreicht, bliebe von dem Tatbestandsmerkmal nichts mehr übrig. Eine solche Auslegung würde daher einerseits das bereits oben geschilderte Ziel der Reform, nur „*besonders strafwürdige Fälle*“ erfassen zu wollen, unterlaufen; andererseits den Auslegungsgrundsatz missachten, dass Normen nicht so zu interpretieren sind, dass ihnen keine Funktion mehr zukommt.²⁷

Anders gewendet, wird zu den neuen Tatbeständen durch die Gerichte noch die Frage zu klären sein, welche der unzähligen denkbaren hypothetischen Kausalverläufe bei der Beurteilung der relevanten Gefährdungseignung aus

²⁶ Aus Sicht des zivilen Schadenersatzrechts zuletzt Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 6/47 ff.

²⁷ F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 444.

²⁵ OGH 29. 9. 2015, 8 Ob 93/14f = ZIK 2015, 241 = ÖBA 2016, 64 = AnwBl 2016, 9 = RdW 2016, 255.

Sicht des Täters noch berücksichtigt werden sollen und welche nicht: Muss er die Perspektive jedes Kleinanlegers oder nur einer Person, die eine Totalübernahme des Unternehmens plant, oder etwa einer kreditgewährenden Bank ins Kalkül ziehen? Ferner stellt sich die Frage, ob sich der Beschuldigte mit dem Argument verteidigen kann, dass niemand konkret gefährdet wurde, weil alle Gläubiger befriedigt werden konnten oder weil es keinen Anleger gab, der so große Beteiligungen erworben hat, dass eine Erheblichkeitsgrenze überschritten wurde.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist aber jedenfalls davon auszugehen, dass insb bei Verbänden, die sich in soliden wirtschaftlichen Verhältnissen befinden, auch dann, wenn in unvertretbarer Weise wesentliche Informationen der Rechnungslegung unrichtig sind oder fehlen, dennoch häufig mangels Schadenseignung keine Strafbarkeit bestehen wird. Das deckt sich mit dem generellen Reformanliegen, die Sanktion der gerichtlichen Strafe nur also *ultima ratio* vorzusehen.

Ein Argument gegen dieses Verständnis könnte zwar lauten, dass doch jede Unrichtigkeit des Jahresabschlusses, die iSd §§ 163a und 163b StGB sowohl wesentlich als auch unvertretbar ist, zugleich eine Schadenseignung aufweisen müsse, insb da sie sonst nicht wesentlich sein könne. Dabei würde jedoch unseres Erachtens verkannt, dass *jedem der Tatbestandsmerkmale eine eigene Bedeutung* beizulegen ist, da nach dem bereits erwähnten Auslegungsgrundsatz nicht angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber die Schadenseignung unnötiger Weise als drittes, den Bereich der Strafbarkeit einschränkendes Element aufgenommen hat. Wenn nun aber, wie bereits oben ausgeführt, unter der „wesentlichen Information“ eine solche iSd § 189a Z 10 UGB verstanden werden soll, dh eine Information, bei der vernünftigerweise zu erwarten ist, dass ihre Auslassung oder fehlerhafte Angabe Entscheidungen beeinflusst, die Bilanzadressaten auf Grundlage der von den Bilanzdelikten erfassten Darstellungsmedien treffen,²⁸ dann geht es schon bei diesem Tatbestandselement um psychische Kausalitätsverläufe. Soll die Schadenseignung dann davon erst die wirklich strafwürdigen Fälle ausfiltern, muss darunter mehr verstanden werden als zB jede geringe Beeinflussung des Börsenkurses.

²⁸ Nachweise oben FN 9

Die Feststellung, ob eine falsche oder unvollständige Darstellung *ex ante* abstrakt geeignet war, eine konkrete Gefahr eines erheblichen Schadens herbeizuführen, ergibt sich also nicht etwa schon stets aus dem anderen Tatbestandsmerkmal, dass die betroffene Information eine wesentliche sein muss. Insofern ist die Schadenseignung ein *selbständiges Kriterium*, dessen Feststellung – sofern es nicht um insolvente Verbände geht – in der Praxis immer nicht leicht fallen wird. Daher ist ferner zu erwarten, dass eine Strafbarkeit wegen eines Bilanzdelikts häufig nicht an den materiell-rechtlichen Grenzen des Tatbestands, sondern an faktischen Feststellungsschwierigkeiten des Gerichts scheitern wird. Zu der vom Gesetzgeber mit der Reform des Bilanzstrafrechts angestrebten Rechtssicherheit trägt dieser Umstand sicherlich nicht bei. Ob dies vom Gesetzgeber intendiert war, bleibt zwar fraglich.²⁹ Allerdings ist das Gerechtigkeitsziel, nur wirklich strafwürdige Fälle zu erfassen, der Rechtssicherheit überzuordnen.

► Auf den Punkt gebracht

Nicht jede unvertretbare falsche oder unvollständige Darstellung einer wesentlichen Information ist nach der hier vertretenen Auffassung auch zwangsläufig geeignet, einen erheblichen Schaden herbeizuführen. Die Schadenseignung ist vielmehr – losgelöst von der Unvertretbarkeit der Darstellung und der Wesentlichkeit der Information – als dritte „Strafbarkeitshürde“ von den Gerichten im Einzelfall gesondert zu prüfen und festzustellen. Letztlich werden daher auch erst die Gerichte näher definieren, welche hypothetischen Kausalverläufe bei der Beurteilung der Gefährdungseignung aus Sicht des Täters noch zu berücksichtigen sind und welche nicht. Damit eine Strafbarkeit wegen §§ 163a, 163b StGB – wie vom Gesetzgeber intendiert – aber tatsächlich auf wirklich strafwürdige Fälle beschränkt bleibt, stellen bloß geringfügige Beeinflussungen jedenfalls noch keine Schadenseignung dar.

²⁹ Vgl. *Rebisant/Singer*, ZWF 2015, 150 (151), die im Nachweis dieser qualifizierten Schadenseignung zu Recht eine hohe Strafbarkeitshürde ausmachen.

ZWF-HALBJAHRESABO

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



AKTION
JETZT 20%
GÜNSTIGER!



BESTELLEN SIE JETZT IHR HALBJAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

ZWF-Halbjahresabo 2016 inkl. Onlinezugang und App

(2. Jahrgang 2016, Heft 4-6)

EUR 76,-

Jahresabo 2016 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 _____

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