

# ZWVF

## Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

Rainer Brandl | Severin Glaser | Robert Kert | Roman Leitner  
Michael Rohregger | Norbert Schrottmeyer | Mario Schmieder | Norbert Wess

### **Wirtschaftsstrafrecht**

Parteispenden aus korruptionsstrafrechtlicher Sicht  
Übernahme von Swapverträgen als Untreue  
Zeitliche Dimension der Vortat bei Geldwäscherei

### **Europastrafrecht**

Österreichische Staatsanwaltschaft als Justizbehörde

### **Finanzstrafrecht**

Gewerbsmäßigkeit im Lichte des Günstigkeitsvergleichs  
Beteiligung am finanzstrafrechtlichen Sonderdelikt

### **Der aktuelle Fall**

Günstigkeitsvergleich und Strafraumenbildung

### **Aus Sicht der Finanzstrafbehörde**

VwGH zur Abgabenerhöhung – ein Praxiskommentar

### **Nachlese**

Das 5. ZWF-Get-together in Wort und Bild

### **Praxisinformationen**

Rechtsprechungsübersicht, Literaturreisenschau

§§ 307–307b StGB, als damit nicht zumindest mittelbar ein Vorteil für einen Amtsträger verbunden ist, da der Wortlaut der Korruptionstatbestände auf Geberseite stets eine unmittelbare Involvierung des Amtsträgers voraussetzt.

- § 6 Abs 1 PartG ist als Erlaubnisnorm iSd § 305 Abs 4 Z 1 Fall 1 StGB zu qualifizieren. Wird eine Parteispende im Einklang mit den Regelungen des PartG gewährt, liegt kein ungebührlicher Vorteil vor.
- § 6 Abs 6 Z 10 PartG verbietet die Annahme von Spenden, die der Partei erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftli-

chen oder rechtlichen Vorteils gewährt werden. Dieses Annahmeverbot ist nicht auf Spenden anwendbar, die bloß auf die Schaffung eines allgemeinen Wohlwollens („Klimapflege“) abzielen, weil hiermit kein „bestimmter“ Vorteil erlangt werden soll. Auch Spenden, die in Erwartung einer konkreten, pflichtgemäßen Amtshandlung gewährt werden, sind nicht erfasst, da die Vornahme von pflichtgemäßen Amtshandlungen nicht als Vorteil für den Spender zu qualifizieren ist.

- Verstöße gegen Melde- und Rechenschaftspflichten seitens der Partei lassen den Erlaubnischarakter des § 6 Abs 1 PartG nicht entfallen.

## Übernahme von Swapverträgen als Untreue gemäß § 153 StGB

Besprechung zu OGH 2. 10. 2019, 13 Os 145/18z

Vanessa McAllister

Auch mit der zweiten Entscheidung des OGH zum „Salzburger Finanzskandal“,<sup>1</sup> die wie die vorangegangene Entscheidung<sup>2</sup> mediale Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat, entwickelt das Höchstgericht seine Rsp zum Tatbestand der Untreue (§ 153 StGB) konsequent fort. Während die Auslegung des Vermögensschadens uneingeschränkt Zustimmung verdient, erscheinen die Ausführungen des OGH zum Befugnismissbrauch bei Entscheidungen innerhalb der Privatwirtschaftsverwaltung zu weitgehend.



Dr. Vanessa McAllister, LL.M.oec. ist Rechtsanwältin und Partnerin bei wkk law Rechtsanwälte in Salzburg.

### 1. Sachverhalt

Die Leiterin des Referats Budgetangelegenheiten des Amtes einer Landesregierung (MR) hat gemeinsam mit einem Sachbearbeiter desselben Referats (CM) im Jahr 2007 in vier an diverse Banken gerichtete Schreiben der Stadt, in denen um Änderung bestehender Vertragsverhältnisse ersucht wurde, im Namen des Landes ihr Einverständnis erklärt, insgesamt sechs Swapverträge der Stadt mit einem im Übertragungszeitpunkt negativen Barwert von gesamt zumindest 3 Mio € rückwirkend zu übernehmen. Dabei verlangte das Land keinen im Geschäftsverkehr üblichen Ausgleich in gleicher Höhe von der Stadt für die Übernahme dieser Verträge.

Der Bürgermeister der Stadt (HS) hat zu dieser Tat wissentlich bestimmt und beigetragen, indem er zuvor mit dem damaligen Landeshauptmannstellvertreter (OR) einen darauf abzielenden Konsens herstellte, diesen veranlasste, bevollmächtigten Mitarbeitern des Landes die Durchführung der Vertragsübernahme aufzutragen, und die vier an die jeweiligen Ban-

ken gerichteten Einverständniserklärungen im Namen der Stadt unterfertigte. OR wies anschließend den Leiter der Finanzabteilung 8 des Amtes der Landesregierung (EP) an, die Übernahme durch die von ihm geleitete Abteilung zu veranlassen. Dieser leitete wiederum die Anweisung zur Durchführung der Vertragsübernahme an die Leiterin des Referats Budgetangelegenheiten (MR) und einen Sachbearbeiter (CM) weiter.

Ein Sachbearbeiter der Finanzabteilung der Stadt (AM) hat zur Tat beigetragen, indem er die Idee der Übertragung der Verträge an das Land zumindest mitentwickelt und die operative Vorbereitung und Umsetzung der Übertragung aufseiten der Stadt übernommen hatte, etwa indem er die genannten Einverständniserklärungen vorbereitet und den Banken die Übertragung der mit der Stadt bestehenden Vertragsverhältnissen auf das Land avisiert hatte. Die Beiträtschaft eines Mitarbeiters der Magistratsdirektion (MF) lag darin, dass er AM in zwei E-Mails angeleitet hatte, sich umgehend mit dem Leiter der Finanzabteilung (EP) in Verbindung zu setzen, die Produkte mit den negativen Barwerten anzusprechen und ihre Funktionsweise zu erläutern.

<sup>1</sup> OGH 2. 10. 2019, 13 Os 145/18z = ZWF 2020/2, 39 („Swap II“).

<sup>2</sup> OGH 11. 10. 2017, 13 Os 55/17p („Swap I“).

## 2. Rechtliche Beurteilung

Das Erstgericht verurteilte die Leiterin des Referats Budgetangelegenheiten (MR) und den Sachbearbeiter dieses Referats (CM) wegen Untreue gemäß § 153 Abs 1 und Abs 3 Fall 2 StGB als unmittelbare Täter. Der Bürgermeister der Stadt (HS), der Landeshauptmannstellvertreter (OR) und der Leiter der Finanzabteilung des Amtes der Landesregierung (EP) wurden als Bestimmungs- und Beitragstätter iSd §§ 12 Fall 2 und 3, 153 Abs 1 und Abs 3 Fall 2 StGB verurteilt, die beiden anderen Angeklagten (MF und AM) als Beitragstätter iSd §§ 12 Fall 3, 153 Abs 1 und Abs 3 Fall 2 StGB. Der OGH bestätigte die Schuldsprüche allesamt.

Der Analyse der einzelnen Nichtigkeitsbeschwerden stellte er grundlegende Bemerkungen voran, die im Folgenden insoweit wiedergegeben werden, als sie für die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts als Untreue gemäß § 153 StGB relevant erscheinen:<sup>3</sup>

### OGH 2. 10. 2019, 13 Os 145/18z

„[...] 14. Die Subsumtion des vom Erstgericht festgestellten Sachverhalts nach § 153 Abs 1 und 3 Fall 2 StGB ist dem Vorbringen der Rechtsrügen zuwider nicht zu beanstanden:

14.1 Ein Machthaber handelt dann iSd § 153 StGB in Ausübung seiner Befugnis, wenn die missbräuchliche Rechtshandlung zumindest der Art nach in den ihm eingeräumten Wirkungsbereich fällt.<sup>4</sup> Das Bestehen einer solchen rechtlichen Verfügungs- oder Verpflichtungsmacht der Erstangeklagten [MR] und des Zweitangeklagten [CM] bringen folgende Feststellungen klar zum Ausdruck:

„Am 6. 2. 2003 stellte Landeshauptmannstellvertreter E als für die Finanz- und Vermögensverwaltung des Landes zuständiges Mitglied der Landesregierung eine ‚Vollmacht für Handelsgeschäfte mit Firmen und Institutionen‘ aus, in der geregelt wurde, dass das Land als Vollmachtgeber die Erstangeklagte [MR], den Zweitangeklagten [CM] und den Fünftangeklagten [EP] bevollmächtigte, es beim Abschluss von Geschäften mit Banken und Institutionen zu vertreten, ‚sowie die zum Abschluss dieser Geschäfte erforderlichen Handlungen‘ vorzunehmen. Zudem wurde die Bevollmächtigung zum Geschäftsabschluss auf ‚sonstige strukturierte Derivate einschließlich exotischer Zinsderivate‘ ausgedehnt. [...]“

14.2 Das Wesen der Untreue liegt im wesentlichen Missbrauch der rechtlichen Vertretungsbefugnis, also darin, dass sich der Täter im Rahmen der ihm durch den Umfang seiner Vollmacht eingeräumten (de iure bestehenden) Verfügungsmacht

über fremdes Vermögen bewusst über die im Innenverhältnis gezogenen Schranken hinwegsetzt.<sup>5</sup> Nach § 153 Abs 2 StGB missbraucht seine Befugnis, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Dazu traf das Erstgericht folgende – die Beurteilung als Befugnismissbrauch in mehrfacher Hinsicht tragende – Feststellungen:

Seit 4. 6. 2007 hatte die Abteilung 8 des Amtes der Landesregierung durch den Viertangeklagten [OR] als Finanzlandesrat genehmigte Richtlinien für das Finanzmanagement des Landes zu befolgen, die als dienstliche Weisung des Viertangeklagten [OR] und oberster Handelsmaßstab für die Vollziehung der Aufgaben des Finanzmanagements im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung galten und auf derivative Instrumente anwendbar waren. Erklärte Ziele waren, Einsparungen bei den Zinsausgaben und zusätzliche Erträge aus ‚Sondergeschäften‘ (Derivaten) zu erzielen. Freiwillige Risiken durften (gemäß Pkt 2.11 der Richtlinien) nur dann übernommen werden, wenn sie mit einer vorteilhaften Kosten- oder Ertragserwartung verbunden waren oder aufgrund von Diversifikationseffekten insgesamt risikoreduzierend oder risikostabilisierend wirkten. Unbegrenzte Risiken durften (gemäß Pkt 2.12 der Richtlinien) nicht eingegangen und Transaktionen mit derivativen Instrumenten (gemäß Pkt 5. der Richtlinien) nur zu fairen Marktpreisen durchgeführt werden.

Das hier inkriminierte, zu einer Vermehrung der Verbindlichkeiten des Landes in der Höhe von zumindest 3 Mio € führende Rechtsgeschäft widersprach diesen das Vermögen des Landes schützenden Regeln. Da die dem Vermögensschutz dienende Vorgabe des Landes keinen Handlungsspielraum zuließ, ist der Verstoß gegen sie jedenfalls als unvertretbar zu werten.<sup>6</sup>

Außerdem bedeutete das Rechtsgeschäft eine tatbestandsmäßige Verletzung des allgemeinen Grundsatzes, dem Machtgeber größtmöglichen Nutzen zu verschaffen und jedes den Interessen des Vertretenen abträgliche Verhalten zu unterlassen.<sup>7</sup> Für Machthaber juristischer Personen des öffentlichen Rechts gilt keineswegs anderes, auch sie müssen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung wie redliche und verantwortungsbewusste Kaufleute agieren und die gesamte Geschäftstätigkeit so ausüben, dass sie den größten Nutzen für die von ihnen vertretene Gebietskörperschaft hervorbringt.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> RIS-Justiz RS0099024.

<sup>6</sup> Vgl dazu JAB 728 BlgNR 25. GP, 6; Fuchs, Die Reform der Untreue durch das StRÄG 2015, in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015, 345 (350 f); Flora in Leukauf/Steininger, StGB<sup>4</sup> (2017) § 153 Rz 19.

<sup>7</sup> RIS-Justiz RS0094918; jüngst OGH 26. 2. 2019, 17 Os 8/18g; Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK StGB<sup>2</sup>, § 153 Rz 28.

<sup>8</sup> RIS-Justiz RS0113813 und RS0094918 [T2]; aM offenbar Honsell, Der Befugnismissbrauch im Untreuetatbestand des § 153 StGB, wbl 2018, 661, der die Einschränkung „politischer Handlungsfreiheit“ durch die „Strafgerichte“ für bedenklich hält.

<sup>3</sup> Zur besseren Lesbarkeit wurden die Verweise auf das Urteil weggelassen, die Zitate in Fußnoten gesetzt und die Personen mit den obigen Abkürzungen bezeichnet.

<sup>4</sup> Vgl RIS-Justiz RS0096134 [T2, T3 und T4]; Pfeifer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 153 Rz 27; Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK StGB<sup>2</sup>, § 153 Rz 16.

Bei der Übertragung von Zinsswapgeschäften entsprach es nach dem Urteilssachverhalt geschäftlichen Gepflogenheiten, dass die übertragende Partei an die übernehmende Partei einen Ausgleichsbetrag in der Höhe des negativen Werts des zu übertragenden Derivats oder Portfolios leistet. Das Nichtverlangen eines solchen Ausgleichsbetrags bewirkte hier die Schädigung des Vertretenen am Vermögen im Ausmaß von 3 Mio €. Ein derartiges den Machtgeber bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses schädigendes Geschäft hätte ein sorgfältiger und umsichtiger Machthaber in der konkreten Situation der Erstangeklagten [MR] und des Zweitangeklagten [CM] keinesfalls abgeschlossen,<sup>9</sup> sondern sich an den Usancen des Geschäftslebens orientiert und von den Vertretern der Stadt für die Übernahme zumindest einen Ausgleichsbetrag in der Höhe von 3 Mio € verlangt. Demzufolge führen auch sämtliche Argumentationsansätze, die Richtlinien seien in Bezug auf vom Untreuevorwurf umfasste Rechtsgeschäfte abgeändert worden, nicht zum Ziel.

14.3 Nach dem Urteilssachverhalt erklärten die Erstangeklagte [MR] und der Zweitangeklagte [CM] hinsichtlich der mit 3 Mio € negativ bewerteten Swapgeschäfte der Stadt gegenüber den Banken die Vertragsübernahme, was zu einer Vermehrung der Passiva des Landes im Ausmaß von zumindest 3 Mio € führte. Eine im Austauschverhältnis stehende Gegenleistung, die gegebenenfalls im Wege der Schadenskompensation schadensmindernd zu berücksichtigen wäre, gab es nach den Feststellungen des Erstgerichts nicht.<sup>10</sup> Nach stRsp<sup>11</sup> sowie hL<sup>12</sup> kann der Vermögensschaden nicht nur in einer Verminderung der Aktiven oder in einem Gewinnentgang, sondern auch in einer Vermehrung der Passiven – also im Hinzutreten einer Verbindlichkeit – bestehen. Ein Sonderfall des Eingehens einer Verbindlichkeit ist der Erwerb eines Vermögensgegenstands mit negativem Marktwert. Übernimmt ein Machthaber einen negativ bewerteten Vermögensgegenstand (missbräuchlich) in das Vermögen des Vertretenen, ist damit der Vermögensschaden eingetreten.<sup>13</sup> Da eine § 153 StGB zu subsumierende Tat mit dem Eintritt des Vermögensschadens vollendet ist,<sup>14</sup> tritt die Tat in der Begehungsvariante der Vermehrung von Passiven – wie hier – mit

dem Entstehen der Verbindlichkeit ins Vollendungsstadium.<sup>15</sup>

Demzufolge trat durch die (mit Zustimmung des Vertragspartners, also der jeweiligen Bank erfolgte) Übernahme der Swapgeschäfte, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einen (aus Sicht des Machtgebers) negativen Vermögenswert im Ausmaß von 3 Mio € darstellten, der Vermögensschaden in ebendiesem Zeitpunkt ein, womit die Tat vollendet war.<sup>16</sup> Unter dem Aspekt des § 281 Abs 1 Z 11 Fall 2 StPO<sup>17</sup> sei in diesem Zusammenhang klargestellt, dass das Erstgericht somit zu Recht von Tatvollendung ausging.

Der Ansatz, bei sogenannten Swapgeschäften zur Beurteilung eines allfälligen Vermögensschadens den Ablauf der Vertragsdauer abzuwarten,<sup>18</sup> geht daran vorbei, dass nachträgliche finanzielle Entwicklungen bei der Beurteilung des Schadenseintritts iSd § 153 StGB außer Betracht zu bleiben haben.<sup>19</sup> [...]

16. Sämtliche auf die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte zielenden Einwände sind unberechtigt, weil Unanfechtbarkeit oder endgültige rechtliche Wirkung einer Verfügung keine Voraussetzung für das Vorliegen von Untreue ist. Selbst wenn die Vertragsübernahme zivilrechtlich ex tunc nichtig wäre, ist sie nicht per se unwirksam, sondern nur anfechtbar, das Tatbestandsmerkmal des Handelns im Rahmen einer rechtlichen Verfügungs- oder Verpflichtungsmacht im Tatzeitpunkt damit erfüllt.<sup>20</sup> [...]

20. Zum Vorbringen, im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung sei in objektiver Hinsicht nicht nur auf die Interessen des Vertretenen, sondern auch auf ‚fremde öffentliche Interessen‘ abzustellen:

Diese Rechtsansicht findet in der Legaldefinition des § 153 Abs 2 StGB, der auf die Verletzung von Regeln abstellt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen, keine Deckung. Eine damit allenfalls angesprochene Pflichtenkollision kann nur jenem Täter als Rechtfertigungsgrund zugutekommen, dem zwei einander ausschließende, in der Rechtsordnung objektivierbare Pflichten dergestalt obliegen, dass die Erfüllung der einen Rechtspflicht zwangsläufig zur Verletzung der anderen führen

<sup>15</sup> SSt 59/7; RIS-Justiz RS0095618.

<sup>16</sup> RIS-Justiz RS0131816; McAllister, Untreue bei Kreditvergabe und Spekulationsgeschäften? ÖJZ 2014, 13 (16); Birklbauer/Hilf/Tipold, Strafrecht Besonderer Teil I<sup>3</sup> (2015) § 153 Rz 17.

<sup>17</sup> RIS-Justiz RS0122137 und RS0122138.

<sup>18</sup> Fuchs in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht 2015, 345 (362 f).

<sup>19</sup> SSt 48/69; RIS-Justiz RS0094836 [T4, T6, T8 bis T10 und T12] sowie RS0099015; OGH 11.10.2017, 13 Os 55/17p; Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK StGB<sup>2</sup>, § 153 Rz 41; Flora in Leukauf/Steininger, StGB<sup>4</sup>, § 153 Rz 28; Pfeifer in Trifflerer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 153 Rz 33; Kienapfel/Schmoller, BT II<sup>2</sup>, § 153 Rz 86.

<sup>20</sup> RIS-Justiz RS0059509 [T1]; Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK StGB<sup>2</sup>, § 153 Rz 18; Flora in Leukauf/Steininger, StGB<sup>4</sup>, § 153 Rz 15; Pfeifer in Trifflerer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 153 Rz 28; Kienapfel/Schmoller, BT II<sup>2</sup>, § 153 Rz 53.

<sup>9</sup> Vgl RIS-Justiz RS0099024 [T3], RS0094545 [T7], RS0094918 [T1] und RS0094908; Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK StGB<sup>2</sup>, § 153 Rz 28.

<sup>10</sup> RIS-Justiz RS0094565 [T8].

<sup>11</sup> SSt 59/7; RIS-Justiz RS0094836 und RS0095618.

<sup>12</sup> Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK StGB<sup>2</sup>, § 153 Rz 36; Flora in Leukauf/Steininger, StGB<sup>4</sup>, § 153 Rz 28; Pfeifer in Trifflerer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 153 Rz 32.

<sup>13</sup> Kienapfel/Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil II<sup>2</sup> (2017) § 153 Rz 86.

<sup>14</sup> Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK StGB<sup>2</sup>, § 153 Rz 36; Flora in Leukauf/Steininger, StGB<sup>4</sup>, § 153 Rz 45; Pfeifer in Trifflerer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 153 Rz 48.

muss. Auch wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, tritt nur bei Erfüllung der ein höherwertiges oder zumindest gleichwertiges Rechtsgut betreffenden Pflicht in Ansehung der verletzten – jedenfalls nicht überwiegenden – Pflicht Rechtfertigung ein.<sup>21</sup> Das allfällige Vorliegen einer solchen Rechtfertigungssituation wird nicht methodengerecht aus dem Urteils Sachverhalt entwickelt.

Mit den Hinweisen auf die ‚Verbundenheit der öffentlichen Finanzwirtschaft und das übergreifende öffentliche Interesse an ausgeglichenen Haushalten‘ lassen die Rügen keinen Bezug zum Prozessgegenstand erkennen. Gemäß dem Grundsatz der eigenen Kostentragung in § 2 F-VG tragen der Bund, die Länder und die Gemeinden im Übrigen den Aufwand, der sich aus der Besorgung ihrer Aufgaben ergibt, sofern die zuständige Gesetzgebung nichts anderes bestimmt. Der Verweis des § 2 F-VG auf die ‚zuständige Gesetzgebung‘ normiert einen Gesetzesvorbehalt. Abweichende Kostentragungsregeln müssen durch den Gesetzgeber in Form eines Gesetzes im formellen und materiellen Sinn verfügt werden.<sup>22</sup> Aus § 2 F-VG lässt sich jedenfalls nicht ableiten, dass eine Gemeinde berechtigt wäre, auf das Land Kosten abzuwälzen.<sup>23</sup> Auch Finanzzuweisungen und zweckgebundene Zuschüsse der Länder an eine Gemeinde bedürfen einer gesetzlichen Grundlage.<sup>24</sup> Die Gewährung von Transferleistungen im Wege privatrechtlicher Finanzierungsformen ist nicht zulässig.<sup>25</sup>

Privatrechtliche Vereinbarungen zwischen Gebietskörperschaften über eine Kostentragung (also auch Kostenübernahmen), die von den verfassungsrechtlichen Kostenverteilungsgrundsätzen abweichen, sind daher nichtig, wenn ihnen nicht eine Ermächtigung durch den zuständigen Gesetzgeber zugrunde liegt.<sup>26</sup> Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben verkennen die Beschwerden, indem sie argumentieren, eine – nicht konkretisierte – angebliche öffentlich-rechtliche Interessenlage stünde hier der Tatbestandsverwirklichung entgegen.

21. Unzutreffend ist der Einwand, es sei Strafflosigkeit infolge ‚Handelns auf Weisung‘ gegeben. Die unmittelbaren Täter (§ 12 Fall 1 StGB) hätten die Anordnung ihrer Vorgesetzten, ein Rechtsgeschäft abzuschließen, das dem Land keinen wirtschaftlichen Nutzen brachte, sondern zur Vermehrung der Verbindlichkeiten des Landes um 3 Mio € führte, nämlich ablehnen müs-

sen, weil die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften (§ 153 StGB) verstieß (§ 9a Abs 2 Salzburger Landes-Beamten-gesetz 1987; § 38 Abs 2 Magistrats-Beamten- und Magistrats-Beamten-gesetz 2002; Art 20 Abs 1 Satz 2 B-VG).

Der pflichtwidrig angewiesene Machthaber, der missbräuchlich ein für den von ihm Vertretenen nachteiliges Geschäft übernimmt und diesem dadurch einen Vermögensschaden zufügt, begeht – bei wie hier festgestelltem Vorsatz – Untreue. Pflichtwidrige, weil gezielt auf Vermögensschädigung des Vertretenen gerichtete Weisungen von Dienstvorgesetzten haben keine den Straftatbestand der Untreue ausschließende Wirkung.<sup>27</sup>

Die pflichtwidrige Zustimmung des Organs eines Machtgebers zu einer missbräuchlichen Vermögensverfügung des Machthabers ändert an der Missbräuchlichkeit dieser Verfügung nichts.<sup>28</sup> Die pflichtwidrige Weisung eines Vorgesetzten zum grob unwirtschaftlichen, den Vertretenen schädigenden Vorgehen führt – bei wie hier festgestelltem Vorsatz – zur Strafbarkeit wegen Untreue.<sup>29</sup>

22. Verfehlt ist auch das Vorbringen, die Beteiligten hätten auf die Machthaber nur in verkehrsadäquater Weise eingewirkt. Nach den Feststellungen wirkten die Angeklagten nämlich gezielt zum Nachteil des Landes zusammen, womit auch das Verhalten der Beteiligten als sozialinadäquat zu werten ist.<sup>30</sup> [...]“

Hinsichtlich der einzelnen NB sind darüber hinaus die folgenden Ausführungen des OGH für die weitere Analyse interessant:

„Der Einwand der Rechtsrüge (Z 9 lit a), der Zweitangeklagte [CM] habe mit Blick auf die Weisung des Fünftangeklagten [EP] ‚im ausdrücklichen Auftrag und mit ausdrücklicher Ermächtigung des Machtgebers‘ gehandelt, übersieht, dass eine missbräuchliche Einwilligung oder Weisung eines übergeordneten Organs die Tatbestandsmäßigkeit nicht beseitigt (näher 21.). Weshalb die den internen Richtlinien klar widersprechende Weisung, rechtsgeschäftlich negative Vermögenswerte ohne Forderung der im Geschäftsleben dafür üblichen Ausgleichszahlung in das Vermögen des Landes zu übernehmen, nicht pflichtwidrig gewesen sein sollte, erklärt die Rüge nicht. [...]“

Auch die Behauptung des Fehlens von Vertretungsmacht infolge Nichtvorliegens der bei Belastungen durch Spekulationsgeschäfte erforderlichen kollegialen Beschlussfassung und des Verstoßes gegen Formvorschriften übersieht, dass das bewusste Überschreiten der (konkret gezogenen) Grenzen (abstrakt) eingeräumter Befugnis deren Missbrauch gerade nicht ausschließt. Ebenso, dass die zivilrechtliche Gültigkeit oder Unan-

<sup>21</sup> RIS-Justiz RS0089633; OGH 6. 12. 2016, 17 Os 23/16k.

<sup>22</sup> Kofler in Kneihls/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, § 2 F-VG Rz 28; vgl auch OGH 30. 8. 2012, 2 Ob 92/11k.

<sup>23</sup> Kofler in Kneihls/Lienbacher, Bundesverfassungsrecht, § 2 F-VG Rz 26.

<sup>24</sup> Kofler in Kneihls/Lienbacher, Bundesverfassungsrecht, § 12 F-VG Rz 11 f.

<sup>25</sup> Kofler in Kneihls/Lienbacher, Bundesverfassungsrecht, § 12 F-VG Rz 13 mwN; Mayer/Muzak, B-VG<sup>5</sup> (2015) § 12 F-VG II.

<sup>26</sup> RIS-Justiz RS0038021; Kofler in Kneihls/Lienbacher, Bundesverfassungsrecht, § 2 F-VG Rz 28.

<sup>27</sup> Vgl RIS-Justiz RS0130392.

<sup>28</sup> RIS-Justiz RS0094782.

<sup>29</sup> Vgl OGH 4. 7. 2017, 11 Os 126/16p.

<sup>30</sup> Vgl Kienapfel/Schmoller, BT II<sup>2</sup>, § 153 Rz 114 mwN; RIS-Justiz RS0118121.

fechtbarkeit des Geschäfts keine Voraussetzung für die Strafbarkeit als Untreue ist.<sup>31</sup> [...]

Dem weiteren Vorbringen der Rechtsrüge zuwider war die Änderung des Wortlauts des § 153 Abs 1 StGB vom Begriff des Vermögensnachteils zu jenem des Vermögensschadens durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015, BGBl I 2015/112, nicht inhaltlicher Natur, sondern diente bloß der Vereinheitlichung der Terminologie innerhalb der Tatbestände des § 153 StGB.<sup>32</sup>

Mit der Frage, ob durch die Vertragsübernahme ein Vermögensschaden eingetreten ist, spricht die Rechtsrüge bloß die Abgrenzung zwischen Versuch (§ 15 StGB) sowie Vollendung und solcherart keinen schuld- oder subsumtionsrelevanten Umstand an.<sup>33</sup> Im Übrigen ist der Ansatz, bei Swapgeschäften zur Beurteilung eines allfälligen Vermögensschadens die Vertragsdauer abzuwarten, verfehlt (siehe 14.3). Weshalb das Entstehen einer Verbindlichkeit und der durch die Vertragsübernahme bewirkte Wertverlust des Portfolios des Landes um 5,6 Mio € keinen Vermögensschaden des Landes begründen sollten, erklärt die Rüge nicht. [...]

Die Behauptung eines Rechtsfehlers, weil nicht feststehe, dass die ‚Übertragung der Derivatgeschäfte nicht im gemeinsamen öffentlichen Interesse von Land und Stadt gelegen wäre‘, entbehrt der gebotenen Ableitung aus dem Gesetz.<sup>34</sup> Weshalb die zur objektiven und zur subjektiven Tatseite getroffenen Konstatierungen die Subsumtion nach § 153 Abs 1 und 3 Fall 2 StGB nicht tragen sollten, erklärt die Rüge nicht. Warum sich ein Machthaber des Landes im Fall von Vorteilen der Stadt gegen die ihm bei Vollmachtgebrauch im Innenverhältnis auferlegten Schranken hinwegsetzen dürfe, bleibt offen. Indem die Rechtsrüge die Feststellungen zum Vorsatz der Machthaber und zur subjektiven Tatseite des Dritangeklagten [HS] übergeht, verfehlt sie den gesetzlichen Bezugspunkt materiell-rechtlicher Nichtigkeit.<sup>35</sup>

Soweit Feststellungsmängel behauptet werden, bezeichnet die Rüge keine Verfahrensergebnisse, welche die Sachverhaltsgrundlage für die angestrebte Lösung der Rechtsfrage indizieren.<sup>36</sup> Übersehen wird, dass die Gemeinden den Aufwand, der sich aus der Besorgung ihrer Aufgaben ergibt, sofern die zuständige Gesetzgebung nicht anderes bestimmt, selbst zu tragen haben (§ 2 F-VG) und zweckgebundene Zuschüsse der Länder an eine Gemeinde eines Gesetzes bedürfen (§ 12 Abs 2 F-VG).

Das Verfolgen der Interessen der Stadt steht der Strafbarkeit des Dritangeklagten [HS] als Beteiligter wegen Untreue zum Nachteil des Landes keineswegs entgegen, auch wenn im Geschäftsverkehr grundsätzlich keine Pflicht besteht, die Interessen der Gegenseite zu wahren, wird ein – hier festgestelltes – abgesprochenes Zusammenwirken mit den Machthabern zum Nachteil des Vertretenen von der Rechtsordnung nicht geduldet.<sup>37</sup>

Soweit die Rüge ihre weitere Argumentation nicht auf der Basis der Feststellungen zu den Umständen im Geschäftsverkehr und dem Nichtverlangen des üblichen Ausgleichsbetrags entwickelt, entzieht sich ihr Vorbringen einer inhaltlichen Erwiderung.

Die Behauptung eines Rechtsfehlers mangels Feststellungen zur subjektiven Tatseite trifft nicht zu. Nach den Konstatierungen hielt es der Dritangeklagte [HS] im Zeitpunkt seiner Bestimmungs- und Beitragshandlung jeweils für gewiss, dass es die bevollmächtigten Mitarbeiter des Landes zumindest ernstlich für möglich hielten und sich damit abfanden, ihre Befugnis zum Abschluss von Handelsgeschäften durch die Vertragsübernahmen ohne Gegenleistung zu missbrauchen. Damit wurde den Tatbestandserfordernissen des § 153 StGB in subjektiver Hinsicht Genüge getan.

Die von der Rüge diesbezüglich aufgeworfene Frage nach der Vertretbarkeit eines Regelverstößes ist eine Rechtsfrage und solcherart nicht auf der Feststellungsebene angesiedelt.<sup>38</sup> [...] Das Vorbringen entschuldigenden Notstands (Z 9 lit b) scheidet bereits an den Voraussetzungen des § 10 Abs 1 StGB. Das Bestreben des Dritangeklagten [HS], den bei der Stadt aufgrund selbst eingegangener Risiken eingetretenen Vermögensschaden rechtsgeschäftlich auf das Land zu überwälzen, begründet keine Notstandssituation. Eine solche setzt einen unmittelbar drohenden bedeutenden Nachteil für eigene oder fremde Individualrechtsgüter voraus. Bei einem anderen Motivationsdruck ist vom Betroffenen zu verlangen, dass er sich der Bedrohung nicht auf Kosten fremder Rechtsgüter entzieht.<sup>39</sup>

Die weitere Behauptung, der Dritangeklagte [HS] hätte sich im Fall des Unterlassens der ihm angelasteten Beteiligung der Untreue zum Nachteil der Stadt schuldig gemacht, entbehrt der gebotenen Ableitung aus dem Gesetz. Im Übrigen übergeht der Dritangeklagte [HS] bei seiner auf die Tathandlung am 10. 9. 2007 reduzierten Argumentation prozessordnungswidrig, dass die Initiative zur Übertragung der Derivate auf das Land ohne vermögenswerten Ausgleich nach den Feststellungen von ihm ausging. [...]

Das Chancen in der Entwicklung der Derivate geltend machende Vorbringen geht daran

<sup>31</sup> Vgl RIS-Justiz RS0094787, RS0059509, RS0094845; insb auch OGH 20. 10. 2015, 11 Os 52/15d; Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK StGB<sup>2</sup>, § 153 Rz 16 bis 18; Flora in Leukauf/Steininger, StGB<sup>4</sup>, § 153 Rz 9a.

<sup>32</sup> JAB 728 BlgNR 25. GP, 6; OGH 11. 10. 2017, 13 Os 55/17p.

<sup>33</sup> RIS-Justiz RS0122138.

<sup>34</sup> RIS-Justiz RS0116565.

<sup>35</sup> RIS-Justiz RS0099810.

<sup>36</sup> Ratz in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 281 Rz 611.

<sup>37</sup> Kienapfel/Schmoller, BT II<sup>2</sup>, § 153 Rz 114; vgl auch OGH 6. 9. 2016, 13 Os 105/15p.

<sup>38</sup> RIS-Justiz RS0132043.

<sup>39</sup> RIS-Justiz RS0089449.

vorbei, dass nachträgliche finanzielle Entwicklungen bei der Beurteilung des Schadenseintritts iSd § 153 StGB außer Betracht zu bleiben haben.<sup>40</sup>

### 3. Kritische Würdigung

#### 3.1. Ausblenden von öffentlichen Interessen bei Beurteilung von Entscheidungen der Privatwirtschaftsverwaltung?

Der Auffassung des OGH zufolge gilt für Machthaber juristischer Personen des öffentlichen Rechts bei Beurteilung der Ausübung ihrer Befugnis derselbe Maßstab wie für „Kaufleute“, mithin Machthaber der Privatwirtschaft.<sup>41</sup> Aus diesem Grund würden auch die von den Angeklagten eingewendeten öffentlichen Interessen keine Rolle spielen. Dass öffentliche Interessen in der Legaldefinition des Befugnismissbrauchs in § 153 Abs 2 StGB keine Deckung finden und ihre Einbeziehung damit unzulässig sei, vermag indes nicht zu überzeugen:

In der Privatwirtschaftsverwaltung wird die Gebietskörperschaft zwar mit den Mitteln des Privatrechts tätig, aber sie erfolgt – wie dies der OGH an anderer Stelle wiederholt klargestellt hat<sup>42</sup> – ausschließlich im öffentlichen Interesse. Die Privatwirtschaftsverwaltung dient daher, wie die Gebietskörperschaft selbst, nicht vorrangig der Erzielung wirtschaftlicher Vorteile oder gar der Gewinnmaximierung, sondern der Wahrung des Gemeinwohls.<sup>43</sup> Gerade darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den Machthebern der Privatwirtschaft (zB GmbH, AG), die idR ein vordringliches Interesse daran haben, dass Machthaber ihre Vermögensinteressen bestmöglich wahren<sup>44</sup> und ihnen – wirtschaftlich – den größtmöglichen Nutzen verschaffen.<sup>45</sup> Aber selbst dort ist nicht bloß auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung abzustellen, sondern ebenso auf das langfristige Machtgeberinteresse.<sup>46</sup>

Der Befugnisausübung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung sind demnach öffent-

liche Interessen inhärent, sodass sie auch bei einer strafrechtlichen Betrachtung, etwa hinsichtlich des Tatbestands der Untreue, nicht ausgeklammert werden können.<sup>47</sup> Die wirtschaftliche Tragweite einer Vertretungshandlung ist zwar – auch im öffentlichen Bereich – ein erster, wenngleich zentraler Anhaltspunkt dafür, ob ein Befugnismissbrauch vorliegt; dass zumindest vorläufig eine Minderung des Machtgebervermögens eintritt, macht die Vertretungshandlung aber nicht *per se* objektiv unvertretbar iSd § 153 Abs 2 StGB. Andernfalls wäre der Befugnismissbrauch als eigenes Tatbestandsmerkmal neben dem den Taterfolg bildenden Vermögensschaden nahezu überflüssig.<sup>48</sup> Zudem mag zutreffen, dass die Übernahme der Swapverträge durch das Land nicht der vom (Verfassungs-)Gesetzgeber vorgezeichneten Form entspricht, etwa dass ihr, wie der OGH ausführt, kein eigenes Gesetz zugrunde liegt. Die Verletzung derartiger Formvorschriften führt aber ebenso wenig automatisch dazu, dass ein Verstoß gegen Vermögensschutzregeln vorliegt oder dieser gar unvertretbar ist.

Im konkreten Fall hätte daher sehr wohl hinterfragt werden müssen, ob der Regelverstoß (der angesichts der im OGH-Urteil erwähnten internen Richtlinien fallkonkret wohl vorlag) aufgrund des übergreifenden öffentlichen Interesses an der Verbundenheit der öffentlichen Finanzwirtschaft und jenes an ausgeglichenen Haushalten<sup>49</sup> vertretbar war, die Entscheidung der Vertragsübernahme somit (gerade noch) innerhalb des vernünftigerweise Argumentierbaren<sup>50</sup> lag.<sup>51</sup> Dass öffentliche Interessen in der Legaldefinition des Befugnismissbrauchs in § 153 Abs 2 StGB keine Deckung finden und somit bei der strafrechtlichen Prüfung von vornherein außer Acht zu lassen wären, überzeugt daher nicht.

Im Übrigen ist die Auffassung des OGH, wonach die dem Vermögensschutz dienende Vorgabe des Landes keinen Handlungsspielraum zuließ, sodass der Verstoß gegen sie jedenfalls als unvertretbar zu werten sei, angesichts der erstgerichtlichen Feststellung, dass diese Vorgabe den Abschluss von sonstigen strukturierten Derivaten einschließlich exotischer Zinsderivate zwar innerhalb bestimmter Grenzen, aber doch grundsätzlich erlaubt hat, verfehlt.

<sup>40</sup> SSt 48/69; RIS-Justiz RS0094846 [T4, T6, T8 bis T10 und T12] sowie RS0099015; Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK StGB<sup>2</sup>, § 153 Rz 41; Flora in Leukauf/Steininger, StGB<sup>4</sup>, § 153 Rz 28; Pfeifer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 153 Rz 33; Kienapfel/Schmoller, BT II<sup>2</sup>, § 153 Rz 86.

<sup>41</sup> So schon OGH 28. 6. 2000, 14 Os 107/99.

<sup>42</sup> OGH 9. 5. 2007, 7 Ob 269/06v: „Die von der Verfassung eingeräumte weitgehende Handlungsermächtigung für die [...] privatrechtlich tätigen Gebietskörperschaften ist also insoweit begrenzt, als sie nur im öffentlichen Interesse handeln dürfen“; ebenso OGH 11. 7. 2001, 7 Ob 299/00x; vgl zB Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung (Teil Ib), ÖZW 1995, 8 f.

<sup>43</sup> Berka/Hinterhofer, Zum Befugnismissbrauch (§ 153 StGB) im Rahmen der öffentlichen Finanzwirtschaft, ÖJZ 2018, 154 (156) mwN.

<sup>44</sup> JAB 728 BlgNR 25. GP, 5.

<sup>45</sup> OGH 19. 4. 1994, 11 Os 10/94; RIS-Justiz RS0094830; McAllister in Preuschl/Wess, Wirtschaftsstrafrecht (2018) § 153 Rz 31 mwN.

<sup>46</sup> JAB 728 BlgNR 25. GP, 5.

<sup>47</sup> In diese Richtung auch Liensberger, Gefährdungsschaden bei der Untreue? RZ 2019, 27 (28 f).

<sup>48</sup> Vgl Birklbauer, Wirtschaftliches Handeln zwischen verantwortungsvollem Risikomanagement und strafbarer Untreue, VR 2015, 30 (34); Kert, Untreue aus strafrechtlicher Sicht, in Kodek, Untreue NEU (2017) 1 (3); Kienapfel/Schmoller, BT II<sup>2</sup>, § 153 Rz 59; McAllister in Preuschl/Wess, Wirtschaftsstrafrecht, § 153 Rz 36.

<sup>49</sup> Berka/Hinterhofer, ÖJZ 2018, 154 (156 f).

<sup>50</sup> JAB 728 BlgNR 25. GP, 6.

<sup>51</sup> Vgl Berka/Hinterhofer, ÖJZ 2018, 154 (160 f); in diese Richtung auch Honsell, wbl 2018, 661 (666).

### 3.2. Tatbestandsausschließende Zustimmung des Machtgebers?

Nach hA schließt das im Vorhinein erteilte Einverständnis des Machtgebers zu einer konkreten (idR vermögensschädigenden) Befugnisausübung des Machthabers dessen Strafbarkeit wegen Untreue aus.<sup>52</sup> Während breit diskutiert wurde, wer der wirtschaftlich Berechtigte bei einer GmbH oder AG ist,<sup>53</sup> wurde diese Frage bei Gebietskörperschaften bisher kaum beleuchtet.<sup>54</sup> Dabei überrascht, dass der OGH in der Entscheidung „Swap I“<sup>55</sup> ausdrücklich offenlässt, ob die Genehmigung des Vertragsabschlusses durch ein Mitglied des Finanzbeirats eine tatbestandsausschließende Zustimmung des Machtgebers darstellt (wobei sie fallkonkret nach Abschluss der verfahrensgegenständlichen Range-Accrual-Verträge und damit ohnehin zu spät<sup>56</sup> eingeholt wurde). Indes ist die Gebietskörperschaft Machtgeber und wirtschaftlich Berechtigte zugleich; insofern sind etwa auch die im Bundesland lebenden Bürger nicht ihre „wirtschaftlich Berechtigten“. Eine strafbarkeitsausschließende Zustimmung durch den Machtgeber bzw wirtschaftlich Berechtigten kommt daher bei Machthabern von Gebietskörperschaften nicht in Betracht. Somit ist dem OGH (einschränkend)<sup>57</sup> dahingehend zuzustimmen, dass der Weisung des Landeshauptmannstellvertreters als Organ des Bundeslandes keine strafbarkeitsausschließende Wirkung zukommt.

### 3.3. Eintritt eines Vermögensschadens?

Zutreffend ist, dass der Schadenseintritt im Fall der Übernahme von negativ bewerteten Swapverträgen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu beurteilen ist. Bereits in der „Swap-I“-Entscheidung hat der OGH festgehalten, dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein Vermögensschaden eintritt, wenn das Spekulationsgeschäft in ebendiesem Zeitpunkt einen negativen Vermögenswert darstellt.<sup>58</sup> Denn nach hA liegt

ein Vermögensschaden iSd § 153 StGB nicht nur in einer Verminderung der Aktiven oder in einem Gewinnentgang, sondern auch in einer Vermehrung der Passiven, also in einem Hinzutreten einer Verbindlichkeit.<sup>59</sup> So ist auch bei Kreditvergaben nicht abzuwarten, ob die Kreditmittel vereinbarungsgemäß rückgeführt werden,<sup>60</sup> sondern es ist die Gegenleistung (Kreditrückzahlung, Swapgeschäft) im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses<sup>61</sup> zu bewerten und dem Wert der eigenen Leistung gegenüberzustellen. Ergibt sich dabei ein Minus zulasten des Machtgebers, tritt mit Vertragsabschluss ein Vermögensschaden in Höhe der Differenz ein.<sup>62</sup>

Dass nachträglich Umstände eintreten können, die bei der Bewertung der Gegenleistung mangels Prognostizierbarkeit nicht berücksichtigt wurden,<sup>63</sup> ist keine Besonderheit von Kredit- oder Risikogeschäften. Das allein rechtfertigt nicht, mit der Schadensbeurteilung „zuzuwarten“;<sup>64</sup> im Übrigen genügt nach stRsp auch eine nur vorübergehende Schädigung.<sup>65</sup> Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Beurteilung des unmittelbar eingetretenen Schadens bleibt daher jener Zeitpunkt, zu dem eine Verbindlichkeit eingegangen wird, dh der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.<sup>66</sup> Ein Vermögensschaden wäre nur dann ausgeblieben, wenn dem Land zugleich ein Vorteil in zumindest derselben Höhe zugeflossen wäre (insb eine „Ausgleichszahlung“ der Stadt); allenfalls auch dann, wenn die übernommenen Swapverträge das vorhandene Portfolio des Landes so weitgehend ergänzt hätten, dass aufgrund von Diversifikationseffekten das Zahlungsrisiko (in zumindest der Höhe des negativen Barwerts) insgesamt verringert worden wäre, weil bei der Schadensberechnung opferbezogene (individuelle) Schadensfaktoren zu berücksichtigen sind.<sup>67</sup>

### 3.4. Rechtfertigung durch Pflichtenkollision?

Besondere Aufmerksamkeit in der Diskussion und Berichterstattung rund um den „Salzbur-

<sup>52</sup> OGH 19. 4. 2018, 17 Os 15/17k = ZWF 2018/41; RIS-Justiz RS0132027.

<sup>53</sup> Vgl zB jüngst *Venier*, Ausgewählte Fragen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, ÖJZ 2019, 999 (1001 f).

<sup>54</sup> Siehe *Fuchs*, Untreue neu, in *Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, 37 (44): die strafrechtliche Verantwortung ende bei Mitgliedern des Nationalrats oder Landtags.

<sup>55</sup> OGH 11. 10. 2017, 13 Os 55/17p.

<sup>56</sup> Vgl OGH 11. 10. 2017, 13 Os 55/17p; RIS-Justiz RS0094784; *McAllister* in *Preuschl/Wess*, Wirtschaftsstrafrecht, § 153 Rz 48 mwN.

<sup>57</sup> Nicht gefolgt werden kann dem OGH darin, dass jegliche „Pflichtwidrigkeit“ der Zustimmung dazu führe, dass ihr keine tatbestandsausschließende Wirkung zukommt; so bereits OGH 10. 7. 2019, 13 Os 128/18z.

<sup>58</sup> OGH 11. 10. 2017, 13 Os 55/17p, mit Verweis auf *McAllister*, ÖJZ 2014, 13 (16), und *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I<sup>3</sup>, § 153 Rz 17; so auch *Kienapfel/Schmoller*, BT II<sup>2</sup>, § 153 Rz 86; *Komenda*, Zur Ermittlung des Untreueschadens bei Kreditvergaben und Spekulationsgeschäften, JBl 2018, 769 (773); aM *Fuchs* in *Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht 2015, 345 (360 f); *Fuchs* in *Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht 2016, 37 (48 f); *Venier*, ÖJZ 2019, 999 (1004 f).

<sup>59</sup> *McAllister* in *Preuschl/Wess*, Wirtschaftsstrafrecht, § 153 Rz 53; *Kienapfel/Schmoller*, BT II<sup>2</sup>, § 153 Rz 85; zB OGH 28. 8. 2019, 13 Os 8/19d; RIS-Justiz RS0095618.

<sup>60</sup> In diese Richtung jedoch *Lewisch*, Aktuelle wirtschaftsstrafrechtliche Praxisfragen, in *Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2011, 15 (29 f).

<sup>61</sup> Näher *McAllister*, ÖJZ 2014, 13 (16 f); zustimmend OGH 11. 10. 2017, 13 Os 55/17p; aM *Venier*, ÖJZ 2019, 999 (1004); vgl zur früheren OGH-Rsp (Schadenseintritt mit Auszahlung der Kreditvaluta): OGH 23. 12. 2010, 14 Os 143/09z; RIS-Justiz RS0126620.

<sup>62</sup> Vgl *McAllister*, ÖJZ 2014, 13 (17 f); ferner OGH 28. 8. 2019, 13 Os 8/19d.

<sup>63</sup> Näher *Komenda*, JBl 2018, 769 (772 f).

<sup>64</sup> So aber *Fuchs* in *Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht 2015, 345 (362); *Fuchs* in *Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht 2016, 37 (47), demzufolge der Urteilszeitpunkt maßgeblich sei; *Venier*, ÖJZ 2019, 999 (1004).

<sup>65</sup> ZB OGH 23. 12. 2010, 14 Os 143/09z; 17. 3. 2009, 14 Os 183/08f.

<sup>66</sup> Dazu auch *Komenda*, JBl 2018, 769 (774 f).

<sup>67</sup> ZB *Kienapfel/Schmoller*, BT II<sup>2</sup>, § 153 Rz 93 mwN.

ger Finanzskandal“ wurde auch der Frage der Strafbarkeit des Bürgermeisters der Stadt (HS) gewidmet, der – wenn man so will – im Sinne der Stadt gehandelt hat, indem er die negativ bewerteten Swapverträge an das Land weitergegeben hat. Nach Ansicht des OGH ändert dies aber nichts an seiner Strafbarkeit als Bestimmungs- bzw Beitragstätter. Wäre er aber nicht auch dann wegen Untreue – in unmittelbarer Täterschaft – strafbar, wenn er die Weitergabe der negativen Swapverträge an das Land mangels seiner Zustimmung verhindert hätte? Der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision eröffnet eine Rechtfertigung dann, wenn die Befolgung einer strafrechtlich bewehrten Pflicht nur durch Verletzung einer anderen, den Einzelnen gleichfalls treffenden inkompatiblen Pflicht möglich ist.<sup>68</sup> Bei Kollision einer Handlungspflicht mit einer gleichwertigen Unterlassungspflicht wird grundsätzlich dem Handlungsverbot der Vorrang eingeräumt; der Täter muss untätig bleiben.<sup>69</sup> Im konkreten Fall könnte aber auch argumentiert werden, der Handlungspflicht (Zustimmung zur Vertragsübernahme) den Vorrang einzuräumen, weil der Bürgermeister ja vorrangig den Vermögensinteressen seines eigenen Machtgebers verpflichtet ist und nicht jenen des Landes.

In Wahrheit fehlt es aber bereits an der Handlungspflicht: Die durch § 153 StGB strafrechtlich bewehrte Pflicht des Machthabers, dem Machtgeber den größtmöglichen Nutzen zu verschaffen und ein verbindliches günstiges Angebot (Übernahme von negativ bewerteten Swapverträgen ohne Ausgleichszahlung) anzunehmen,<sup>70</sup> geht nur so weit, als ihre Erfüllung nicht gleichzeitig (insb straf)rechtswidrig ist.<sup>71</sup> Somit hätte der Bürgermeister keine Strafbarkeit wegen Untreue (in unmittelbarer Täterschaft) riskiert, wenn er das Angebot des Landes abgelehnt hätte. Mangels einer tatsächlich vor-

liegenden Pflichtenkollision scheidet dieser Rechtfertigungsgrund daher aus.

Der Vollständigkeit halber sei hinzugefügt, dass den erstgerichtlichen Feststellungen zufolge der Bürgermeister als Bestimmungstätter mitursächlich für die Bereitschaft des Landes war, die Swapverträge zu übernehmen. Bereits aus diesem Grund wäre eine Berufung auf eine – insoweit selbst herbeigeführte „Pflichtenkollision“ – ausgeschlossen.

### ► Auf den Punkt gebracht

Die Präzisierung des Vermögensschadens, wonach bei Übernahme eines negativ bewerteten Derivateportfolios im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein effektiver Verlust von Vermögenssubstanz in Höhe des negativen Barwerts eintritt, überrascht nicht. Angesichts der bisherigen Rsp, der Deliktsstruktur und des Normzwecks des § 153 StGB (Pönalisierung von Schädigungen des Machtgebers durch den Machthaber „von innen“)<sup>72</sup> ist diese Auslegung nicht nur konsequent, sondern sie verdient auch Zustimmung.<sup>73</sup> Demgegenüber vermag die pauschale Ablehnung der Berücksichtigung von öffentlichen Interessen bei der Beurteilung, ob eine im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung vorgenommene Vertretungshandlung befugnismissbräuchlich iSd § 153 Abs 2 StGB ist, nicht zu überzeugen. Dabei bedeutet die Miteinbeziehung öffentlicher Interessen keineswegs, dass für Machthaber juristischer Personen des öffentlichen Rechts „anderes“ gilt als für Machthaber der Privatwirtschaft („Kaufleute“), sondern dass bei der Beurteilung, ob ein Verstoß gegen Regeln vorliegt, die dem Vermögensschutz des Machtgebers dienen, bzw ob dieser Verstoß objektiv unvertretbar ist, die in Ansatz zu bringenden Kriterien variieren können und allenfalls unterschiedlich zu gewichten sind.

<sup>68</sup> Zur hM vgl zB *Lewis* in *Höpfel/Ratz*, WK StGB<sup>2</sup>, Nachbem zu § 3 Rz 125 mwN; *Fuchs/Zerbes*, Strafrecht Allgemeiner Teil I<sup>10</sup> (2018) Kap 18 Rz 1 ff.

<sup>69</sup> *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>10</sup>, Kap 18 Rz 4; *Schmoller*, Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen als Gläubigerbegünstigung? in *Kaltenbrunner/Urnik*, Unternehmensführung (2012) 497 (503).

<sup>70</sup> Vgl OGH 12. 11. 1983, 10 Os 37/81; *Kienapfel/Schmoller*, BT II<sup>2</sup>, § 153 Rz 89.

<sup>71</sup> AM *Honsell*, wbl 2018, 661 (667).

<sup>72</sup> *Komenda*, JBl 2018, 769 (775).

<sup>73</sup> Vgl *McAllister*, ÖJZ 2014, 13 (16 ff).



Jetzt 20 % sparen!

ZWF-Jahresabo 2020  
(6. Jahrgang, Heft 1-6)

€ 201,60\*  
statt € 252,-\*

Jetzt Jahresabo 2020  
bestellen und 20 % sparen!

## Bestellformular Ja, ich bestelle

ZWF-Jahresabo 2020  
(6. Jahrgang 2020, Heft 1-6)

EUR 201,60  
statt EUR 252,-

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnr.

PLZ/Ort

E-Mail/Telefon

Datum/Unterschrift

Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet. Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abstelllinks in jedem zugesendeten Newsletter widerrufen werden.

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden. AGB: [lindeverlag.at/agb](http://lindeverlag.at/agb) | Datenschutzbestimmungen: [lindeverlag.at/datenschutz](http://lindeverlag.at/datenschutz).  
Preise Zeitschriften inkl. MwSt, zzgl. 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. Preisänderungen und Irrtum vorbehalten.

Linde Verlag Ges.m.b.H  
Scheydgasse 24, 1210 Wien  
Handelsgericht Wien  
FB-Nr: 102235X, ATU  
14910701  
DVR: 000 2356

Jetzt bestellen: [lindeverlag.at](http://lindeverlag.at) [office@lindeverlag.at](mailto:office@lindeverlag.at) 01 24 630 01 24 630-23