

BVergG 2018 Innovationspartnerschaft Auftragssperre bei Leistungsmangel

Untreue
Rsp-Update

Webshops
Verstoß gegen Informationspflichten

Ausbildungskosten – Rückersatz
Transparenzgebot

Abschlussprüfungsvertrag
Vertrag über Nichtprüfungsleistungen

Gleitzeit
und Überstunden

Zu OGH Isoflavon II
„Anscheinsbeweis“ / „Feilhalten“

Update: Untreue

Der OGH hat sich in den letzten Monaten wiederholt mit dem per 1. 1. 2016 novellierten § 153 StGB und der Möglichkeit einer straffausschließenden Wirkung einer Gesellschafterweisung befasst. Ein Überblick.

KLARA KIEHL / MICHAEL LINDTNER

A. Ausgangspunkt

Der Tatbestand der Untreue ist ein Vermögensschutzdelikt. Das Vermögen zählt zu den disponiblen Rechtsgütern und unterliegt der unbeschränkten Autonomie des Rechtsgutinhabers.¹⁾ Somit ist auch ein tatbestandsausschließendes Einverständnis des Rechtsgutträgers möglich.²⁾ Ist die Rechtsgutinhaberin eine juristische Person, ist allerdings umstritten, wer befugt ist, eine solche Einverständniserklärung für sie auszusprechen. Nach dem allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Verständnis werden juristische Personen durch ihre Organe, im Fall einer GmbH also grundsätzlich durch die Geschäftsführer und im Fall einer AG durch den Vorstand, vertreten. Da es in den für § 153 StGB relevanten Fällen aber gerade um eine Einverständniserklärung in Bezug auf eine Handlung dieser Organe selbst geht, ist eine Verlagerung der Vertretungs- bzw. Zustimmungsbefugnis erforderlich.

Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über den aktuellen Stand der Diskussion zur Frage, wer für eine Kapitalgesellschaft tatbestandsausschließend in die Schädigung ihres Vermögens einwilligen kann.

B. Judikatur zur Rechtslage vor dem StRÄG 2015

Eine gesicherte Rechtsposition zur Einwilligung in eine das Vermögen einer Kapitalgesellschaft schädigende Handlung gibt es derzeit nur für die sog. Ein-Mann-GmbH. Bei einer solchen kann sich der Alleingesellschafter und Geschäftsführer laut OGH keiner Untreue strafbar machen, weil er durch seine Vertretungshandlung als Geschäftsführer bei einer „ökonomischen Betrachtung“ niemanden anderen schädigt als sich selbst.³⁾

In der in der Literatur intensiv diskutierten⁴⁾ *Libro*-Entscheidung⁵⁾ hat der OGH die Übertragung dieser Judikatur zur Ein-Mann-GmbH auf Fälle, in denen ein Organ nicht zugleich der einzige Gesellschafter ist, abgelehnt. Er hat festgehalten, dass eine allfällige Zustimmung der Alleinaktionärin zu einem Befugnismissbrauch der Vorstände ihrer Tochtergesellschaft belanglos wäre, und begründete dies im Wesentlichen mit einem Verweis auf § 70 Abs 1 AktG. Dieser stehe einer (wirtschaftlichen) Identifikation von Aktionären und Aktiengesellschaft entgegen.⁶⁾ Gleichzeitig deutete der OGH an, dass eine Weisung an einen GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich strafbefreiend wirken könnte.⁷⁾

In der E des OGH v 20. 10. 2015 zu 11 Os 52/15 d hatte der OGH die Strafbarkeit eines GmbH-Geschäftsführers zu prüfen, der auf Anweisung des Vorstands der Muttergesellschaft handelte. In dieser E stellte der OGH zunächst klar, dass der Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft in eine Vermögensschädigung tatbestandsausschließend einwilligen

Dr. Klara Kiehl ist Counsel, Michael Lindtner, LL.M. (WU), ist Associate der Schönherr Rechtsanwälte GmbH.

- 1) *Hinterhofer* in *Hinterhofer*, Praxishandbuch Untreue 123 (126 ff).
- 2) *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I⁸ (2012) Kap 16 Rz 7.
- 3) OGH 27. 7. 1982, 10 Os 170/80.
- 4) Siehe zB *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, *ecolex* 2014, 496; *Bollenberger/Wess*, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, *RdW* 2014, 247; *Zollner*, Gesellschafterbeschlüsse und Untreue, *ÖJZ* 2014, 938; *Lewis/Huber*, Untreue zulasten einer Kapitalgesellschaft trotz Gesellschafterzustimmung, *RdW* 2014, 567; *Schumann/Soyer*, Untreue bei GmbH und AG, *JSt* 2014, 195.
- 5) OGH 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p).
- 6) *Bollenberger/Wess*, *RdW* 2014, 247.
- 7) OGH 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p).

kann. Weiters führte er aus, dass in Fällen, in denen der Gesellschafter ebenfalls eine juristische Person sei, die Zustimmung durch die zuständigen Organe des Gesellschafters erteilt werden könne. Dabei sei aber stets zu prüfen, ob eine solche Weisung nicht als Untreue zu Lasten des Gesellschafters zu werten sei. Ist dies der Fall, zB weil wie in dem vom OGH zu prüfenden Fall die Tochtergesellschaft angewiesen wird, Scheinrechnungen zu bezahlen, und es dadurch zu einem „Vermögensabfluss aus dem Unternehmensverbund“ kommt,⁸⁾ schließe eine solche strafgesetzwidrige Weisung den Befugnismissbrauch nicht aus. Die Weisung sei wegen Strafgesetzwidrigkeit (absolut) nichtig.⁹⁾

Aufgrund der vom OGH gewählten Formulierung, dass Weisungen, die „etwa“ wegen Strafgesetzwidrigkeit nichtig sind, das Tatbestandsmerkmal des Befugnismissbrauchs nicht ausschließen können, blieb bei dieser E zumindest offen, wie der OGH Verstöße gegen Kapitalerhaltungsvorschriften im Kontext der Untreue bewerten würde.¹⁰⁾

C. Novellierung des § 153 StGB

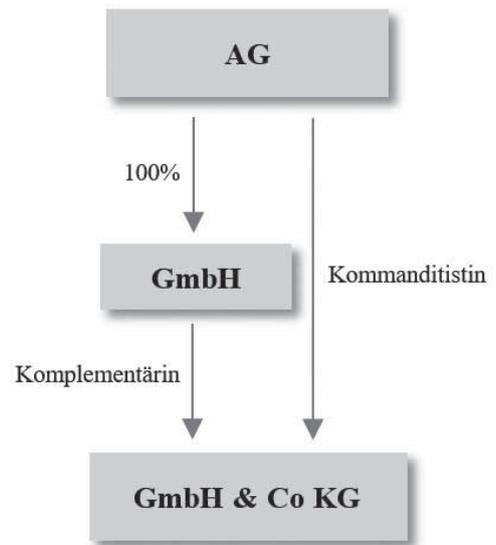
Durch das StRÄG 2015 wurde der Tatbestand der Untreue umfassend novelliert.¹¹⁾ Mit dieser Änderung wurde ua festgeschrieben, dass nur ein (unvertretbarer) Missbrauch von solchen Regeln strafbar sein soll, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Damit ist klargestellt, dass das vor Untreue geschützte Vermögen das Vermögen des wirtschaftlich Berechtigten ist.¹²⁾ Für die hier diskutierte Zustimmungsthematik hat die Novellierung allerdings keine Klarstellung gebracht.¹³⁾ Denn einerseits ist gesetzlich nicht definiert, wer der wirtschaftlich Berechtigte ist. Nach den Gesetzesmaterialien zum StRÄG 2015 soll unter Verweis auf die Rsp jedenfalls keine formaljuristische Betrachtungsweise angelegt, sondern auf die „wirtschaftlich-faktischen Gegebenheiten“ abgestellt werden.¹⁴⁾ Ein Teil des Schrifttums geht seit dem StRÄG 2015 davon aus, dass bei Kapitalgesellschaften zwar die Gesellschaft Machtgeberin ist, aber nur die dahinterstehenden Anteilseigner entsprechend ihren Anteilen die wirtschaftlich Berechtigten sind.¹⁵⁾ Machtgeber und wirtschaftlich Berechtigter können daher unterschiedlich sein und es liegt keine Untreue vor, „wenn eine Vertretungshandlung zwar formal den Machtgeber schädigt, der diesbezügliche Nachteil aber wirtschaftlich dem hinter dem Machtgeber stehenden Berechtigten (bei Kapitalgesellschaften beispielsweise den Anteilseignern entsprechend ihren Anteilen) zugute kommt.“¹⁶⁾ Ein anderer Teil des Schrifttums hält demgegenüber (neben den Anteilseignern) auch die juristische Person für wirtschaftlich berechtigt.¹⁷⁾

Der OGH hat sich in den nachstehend dargestellten E mit diesen Fragen befasst:

1. OGH 4. 7. 2017, 11 Os 126/16p (11 Os 127/16k)

Dieser E lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Aktiengesellschaft war Alleingesellschafterin einer GmbH. Diese GmbH war Komplementärin einer

GmbH & Co KG, deren Kommanditistin zugleich die AG war.



Abbildung

Ein Vorstand der Aktiengesellschaft wies die Geschäftsführer der GmbH an, namens der GmbH & Co KG eine von einem Dritten gestellte Rechnung zu bezahlen. Dem bezahlten Betrag stand keinerlei Gegenleistung gegenüber. Die Zahlung war rechtsgrundlos.

Liest man die Begründung, so geht der OGH offenbar iS der oben dargelegten Meinung von *Kert/Komenda*¹⁸⁾ davon aus, dass sowohl die Gesellschaft selbst als auch ihre Anteilseigner „wirtschaftlich berechtigt“ sind. Dies legen zumindest das in Klammern gesetzte „(ebenfalls)“ im Satz, dass an der GmbH & Co KG „letztlich“ einerseits als Kommanditistin, andererseits als Alleingesellschafterin der Komplementär-GmbH „ausschließlich“ die AG beteiligt und „somit (ebenfalls) ‚wirtschaftlich berechtigt‘ (sog Ein-Personen-GmbH & Co KG)“ war, sowie der spätere Hinweis, dass im konkreten Fall nicht von einem tatbestandsausschließenden Einverständnis, „sei es der jeweiligen Gesellschaft“, „sei es der jeweiligen Anteilseigner“, auszugehen war, nahe.

8) Vgl dazu OGH 4. 7. 2017, 11 Os 126/16p.

9) OGH 20. 10. 2015, 11 Os 52/15 d; kritisch: *Jaroš/Cermusca/Adrian*, Der Untreuetatbestand im Spiegel des StRÄG 2015 und der Entscheidung des OGH 11 Os 52/15 d, RWZ 2016, 66.

10) Siehe dazu *Jaroš/Cermusca/Adrian*, RWZ 2016, 66.

11) BGBl I 2015/112.

12) *Leukauff/Steininger/Flora*, StGB⁴ (2017) § 153 Rz 10.

13) Dies umso mehr, als der im Initiativantrag noch vorgesehene zweite Satz des § 153 Abs 2 StGB „Ein Missbrauch liegt nicht vor, wenn der Machtgeber oder der wirtschaftlich Berechtigte der Vertretungshandlung zugestimmt hat“ nicht Gesetz wurde, vgl dazu JAB 728 BlgNR 25. GP 10.

14) JAB 728 BlgNR 25. GP 5.

15) *Leukauff/Steininger/Flora*, StGB⁴ § 153 Rz 10 mwN.

16) JAB 728 BlgNR 25. GP 6.

17) *Kert/Komenda*, Untreue neu nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015, ÖZW 2015, 141 (144); *Leukauff/Steininger/Flora*, StGB⁴ § 153 Rz 10 mwN.

18) Vgl FN 17.

In weiterer Folge befasst sich der OGH mit der Frage, ob die festgestellte Weisung des Vorstands der AG gegenüber den Geschäftsführern der GmbH als tatbestandausschließendes Einverständnis gesehen werden kann. Er kommt zu dem Ergebnis, dass unabhängig davon, ob diese Weisung ihrerseits Untreue gegenüber der Aktiengesellschaft darstellt, diese nicht geeignet war, den Befugnismissbrauch der angewiesenen Geschäftsführer auszuschließen. Dies deshalb, weil diese nur von einem Vorstandsmitglied erteilt worden war und nicht, wie in der Satzung der Aktiengesellschaft vorgesehen, gemeinsam mit einem weiteren zur Vertretung Berufenen. Der OGH wiederholt damit seine bereits in OGH 11 Os 52/15 d vertretene Rechtsansicht, dass eine Weisung des Gesellschafters an den Geschäftsführer zwar grundsätzlich den Befugnismissbrauch auf Ebene der Tochtergesellschaft ausschließen kann, dies aber nur dann, wenn diese zivilrechtlich wirksam ist. Ob die Weisung auf einem einstimmigen Beschluss der Gesellschafter bzw der wirtschaftlich Berechtigten beruhen muss oder ob ein Mehrheitsbeschluss genügt, lässt der OGH offen. Klargestellt wird nur, dass ein Minderheitsbeschluss jedenfalls nicht ausreichend ist.

Zudem deutet der OGH in der Begründung an, dass eine Strafbarkeit unabhängig vom Vorliegen einer (wirksamen) Zustimmungserklärung auch dann ausscheiden könnte, wenn es lediglich zu einer Vermögensverschiebung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, nicht aber zu einem „Vermögensabfluss aus dem Unternehmensverbund“ kommt.

2. OGH 11. 10. 2017, 13 Os 55/17 p

In dieser E ging es um den rechtswidrigen Abschluss von Swap-Geschäften („Salzburger Finanzskandal“) und ua um die Frage, ob die nachträgliche Genehmigung eines solchen Geschäfts gegen einen unvertretbaren Regelverstoß iSd § 153 Abs 2 StGB spricht. Der OGH führte dazu aus, dass eine Bestimmung über die Wirkung einer allfälligen Zustimmung des Machtgebers zu einem Regelverstoß des Machthabers in die Neufassung des § 153 Abs 2 StGB gezielt nicht aufgenommen wurde, um den Eindruck zu vermeiden, dass für die Einwilligung des wirtschaftlich Berechtigten bei der Untreue Sonderregeln gelten sollten. Die Frage sei vielmehr nach den Regeln des allgemeinen Strafrechts zu beurteilen. Demzufolge wäre eine solche Zustimmung für die Beurteilung der Vertretbarkeit des Regelverstoßes nur dann von Bedeutung, wenn sie spätestens im Tatzeitpunkt erteilt worden wäre. Nachträgliche Genehmigungen missbräuchlichen Handelns iSd § 153 StGB vermögen die im Tatzeitpunkt gegebene Unvertretbarkeit daher nicht zu tangieren.

3. OGH 19. 4. 2018, 17 Os 15/17 k

In dieser E ging es ua um die zweckwidrige Verwendung von Landesmitteln für eine Imagekampagne für das Land Kärnten, die tatsächlich dem Wahlkampf des BZÖ dienten. Konkret wurden Mittel einer Landesgesellschaft, einer GmbH, an der das Land Kärnten zu 100% beteiligt war, zweckwidrig für verschiedene Werbemittel verwendet, die iS der Wahl-

kampflinie des BZÖ umgestaltet wurden. Einer der Beschuldigten argumentierte, dass ein Vertreter des Landes Kärnten, das 100% an der Landesgesellschaft hielt, die Zustimmung zu diesem Vorgehen erteilt habe, weshalb Befugnismissbrauch auf Ebene der Landesgesellschaft nicht in Betracht käme.

Der OGH führte zunächst erneut aus, dass es grundsätzlich zutreffe, dass die (mangelfreie) Einwilligung des Machtgebers Befugnismissbrauch des Machthabers ausschließe und bei einer Kapitalgesellschaft das Einverständnis auch „von den Gesellschaftern (als Rechtsgutträgern)“ gegeben werden könne. Denn „§ 153 Abs 2 StGB stell[e] nunmehr (idF BGBl I 2015/112) (...) ausdrücklich klar, dass der Untreuetatbestand (ausschließlich) das Vermögen des wirtschaftlich Berechtigten schützt (...)“. Dann nutzt der 17. Senat die Gelegenheit, um klarzustellen, dass diese Einwilligungsmöglichkeit, anders als vom 12. Senat in der *Libro*-Entscheidung angenommen, auch für die AG gelte.¹⁹⁾

Diese Begründung, insb die beiden Klammern,²⁰⁾ machen deutlich, dass der 17. Senat davon ausgeht, dass nach der neuen Rechtslage ausschließlich die Gesellschafter Träger des geschützten Rechtsguts und damit die wirtschaftlich Berechtigten sind. Der OGH leitet daraus ab, dass in Fällen, in denen der Gesellschafter ebenfalls eine juristische Person ist, das

19) Vgl *Ratz*, Der Senat 17 distanziert sich vom sog *Libro*-Urteil, EvBl-LS 2018/114.

20) (als Rechtsgutträgern) und (ausschließlich).



Prozessfinanzierung

Erfolgsorientiert

JuraPlus AG
Tödistrasse 18
CH-8002 Zürich

Telefon 044 480 03 11
info@jura-plus.ch
www.jura-plus.ch

für den Gesellschafter handelnde, vertretungsbefugte Organ seinerseits die Interessen (seines) Gesellschafters beachten muss. Wirken die Organe der Mutter- und Tochtergesellschaft zum Nachteil der wirtschaftlich Berechtigten zusammen, könne die Weisung keine tatbestandsausschließende Wirkung entfalten. Dies führt im Ergebnis dazu, dass im Fall einer Beteiligungskette alle letztlich wirtschaftlich Berechtigten zustimmen müssen. Ist dies, wie im Fall einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, nicht möglich, wäre es uE erforderlich, dass der Vermögensabfluss auf Ebene der Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zugutekommt, um die Untreuestrafbarkeit zu vermeiden.²¹⁾

4. OGH 19. 4. 2018, 17 Os 23/17 m

In dieser E ging es ua um die Freigabe von unrichtigen Kilometergeldabrechnungen durch einen Geschäftsführer einer GmbH, deren Alleingesellschafterin eine AG war. Soweit aus der Entscheidung ersichtlich, wurde in der Nichtigkeitsbeschwerde ua das Vorliegen einer Weisung des Vorstands der 100%igen Muttergesellschaft an den Geschäftsführer zur Auszahlung des Kilometergelds behauptet. Ungeachtet dessen, dass dieser Aspekt in der Nichtigkeitsbeschwerde nach dem OGH nicht deutlich und bestimmt ausgeführt wurde, merkte der OGH an, dass die Auszahlung des Kilometergelds „nicht im Interesse der (wirtschaftlich berechtigten)“ Muttergesellschaft

lag, weshalb „eine dahingehende Weisung deren Vorstands gegenüber den Geschäftsführern der Tochter-GmbH (...) obnehin keine tatbestandsausschließende Wirkung gehabt hätte (ausführlich 17 Os 15/17k).“

D. Zusammenfassung

Aus der oben angeführten Judikatur ergibt sich daher Folgendes:

- Der OGH hat nun mehrfach klargestellt, dass eine Einwilligung des Machtgebers den Befugnisfehlgebrauch des Machthabers ausschließt. Ist der Machtgeber eine Kapitalgesellschaft, müsse das Einverständnis „von den Gesellschaftern“ (als Rechtsgutträgern) gegeben werden. Diese gilt zumindest aus Sicht des 17. Senats sowohl für die AG als auch für die GmbH.²²⁾
- Ob dieses Einverständnis auf einem einstimmigen Beschluss beruhen muss oder ein Mehrheitsbeschluss genügt, ist weiterhin ungeklärt. Klargestellt ist lediglich, dass ein Minderheitsbeschluss jedenfalls nicht ausreichend ist.²³⁾
- Das Einverständnis muss, um strafrechtlich relevant zu sein, zivilrechtlich gültig sein und spätestens im Tatzeitpunkt vorliegen.²⁴⁾

Damit scheidet auf den ersten Blick die Möglichkeit aus, einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr wirksam zuzustimmen, da eine solche Weisung zivilrechtlich nichtig ist. Die Straflosigkeit dieser Fälle könnte daher, sofern der OGH bei dem Erfordernis der zivilrechtlichen Gültigkeit bleibt, nur über die in OGH 11 Os 126/16 p angedeutete Lösung erreicht werden, dass – unabhängig vom Vorliegen einer Zustimmung – dann keine Strafbarkeit vorliegt, wenn das dem Machthaber (der Gesellschaft) entzogene Vermögen dem wirtschaftlich Berechtigten zufließt. Diese Lösung funktioniert uE jedoch nur dann, wenn sich der 17. Senat mit seiner Ansicht, dass ausschließlich die Gesellschafter Rechtsgutträger und damit die wirtschaftlich Berechtigten sind, durchsetzt.

21) OGH 4. 7. 2017, 11 Os 126/16 p (11 Os 127/16k).

22) Anders *Libro* (FN 5).

23) OGH 4. 7. 2017, 11 Os 126/16 p (11 Os 127/16k).

24) *Flora* in *Leukauff/Steininger*, StGB⁴ § 153 Rz 20.



**Sakkotaschentauglich
und am Puls der Zeit!**

24. Auflage 2018. Ca. 580 Seiten.
Br. Ca. EUR 19,90
ISBN 978-3-214-13178-4

Bachner-Foregger

StPO 24. Auflage

Die **handliche Taschenausgabe zur StPO** bringt Sie effizient und punktgenau auf den aktuellen Stand. Berücksichtigt sind **4 Novellen** seit der Voraufgabe:

- Strafgesetznovelle 2017
- Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2018
- Änderung des BG über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen etc.
- Materien-Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018

Profitieren Sie von folgenden **Vorteilen**: knappe und präzise Anmerkungen, ein ausführliches Stichwortverzeichnis und die **Hervorhebung des gegenüber der Voraufgabe geänderten Gesetzestextes.**

MANZ 

SCHLUSSTRICH

Die jüngste Judikatur des OGH zu § 153 StGB zeigt, dass in manchen Bereichen nach wie vor Klarstellungsbedarf besteht. Der Untreuetatbestand wird die Strafrechtswissenschaft daher wohl auch in Zukunft beschäftigen.