

Stephan Briem, Wien

Einlagenrückgewähr und Untreue¹⁾

Übersicht

- I. Ausgangssituation
- II. Schutzzweck der verbotenen Einlagenrückgewähr
- III. Schutzzweck des Straftatbestands der Untreue
- IV. Kritik der Lehre
- V. Sonderfall Einmann-GmbH
- VI. GmbH vs AG
- VII. Subjektive Tatseite
- VIII. Änderung durch die Neufassung des § 153 StGB

Sie haben soeben im Beitrag von *Lewis* gelesen, was infolge der Novellierung der Untreuebestimmung alles nicht mehr strafbar ist. Im Folgenden wird dargestellt, was im Rahmen der Untreuebestimmung weiterhin strafbar ist. Bei einer derart diffizilen Bestimmung wie der Untreue, die an der Schnittstelle zwischen Straf-, Zivil- und Gesellschaftsrecht angesiedelt ist, erscheint mir ein derartiger Auffassungsunterschied nicht ungewöhnlich.

Ich werde zunächst die Ausgangssituation für die *Libro*-Entscheidung des OGH referieren, wenn auch den meisten im Saal Vertretenen der Sachverhalt bekannt sein dürfte.

I. Ausgangssituation

Die UD-AG war eine hundertprozentige Alleingesellschafterin der *Libro*-disk Handels AG (im Folgenden kurz: „*Libro*-AG“). Ihre Aktionäre wollten an der erwarteten Wertsteigerung der *Libro*-AG infolge des Börsenganges partizipieren. Die UD-AG und die *Libro*-AG fassten daher den Beschluss, die UD-AG *downstream* mit der *Libro*-AG zu verschmelzen. Diese Verschmelzung wäre rechtlich nicht zulässig gewesen, da sie aufgrund offener Verbindlichkeiten der UD-AG, die die Aktiva überstiegen, zu einem Verschmelzungsverlust geführt hätte. Um den Verschmelzungsverlust zu verhindern und die UD-AG vor der Verschmelzung schuldenfrei zu stellen, fasste die Hauptversammlung der *Libro*-

¹⁾ In einigen Punkten erweiterte Fassung meines im Rahmen der Spezialtagung „Untreue neu“ im Justizpalast gehaltenen Vortrags vom 27. 1. 2017. Der Vortrag baut auf meinem Aufsatz „Verbotene Einlagenrückgewähr und Untreue“ in der RdW 2016, 93 ff auf.

AG mit Zustimmung des Aufsichtsrats den Beschluss, auf der Basis des Jahresabschlusses 1998/1999 eine „Sonderdividende“ der Libro-AG an ihre Alleinaktionärin UD-AG in Höhe von 440 Mio ATS auszuschütten.

Da der tatsächliche Gewinn der Libro-AG im Geschäftsjahr 1998/1999 dazu nicht ausreichte, hat der Vorstand mit verschiedenen bewusst unrichtigen Bilanzmanipulationen einen um 133,7 Mio ATS „erhöhten“ Gewinn „dargestellt“. Lagerbestände wurden zu hoch ausgewiesen, Werbekostenzuschüsse wurden mit einem zu hohen Betrag in die Jahresbilanz übernommen, Fremdwährungskredite, die zu einem Wertverlust geführt hatten, wurden zum historischen Wechselkurs bei Kreditaufnahme bewertet etc. Auf der Grundlage dieses unrichtigen Jahresabschlusses, der vom Aufsichtsrat gebilligt wurde, erstattete der Vorstand den Vorschlag, eine „Sonderdividende“ an die Alleinaktionärin UD-AG in Höhe von 440 Mio ATS auszuschütten. Die UD-AG als alleinige Aktionärin der Libro-AG fasste in der Hauptversammlung den entsprechenden Gewinnverwendungsbeschluss. Da ein realer Gewinn in dieser Höhe nicht vorlag, nahm der Vorstand der Libro-AG einen Kredit auf, um die Sonderdividende in der beschlossenen Höhe an die Alleinaktionärin auszahlen zu können. Die Auszahlung der „Sonderdividende“ führte zu keinem bedrohlichen Liquiditätsengpass in der Libro-AG. In der Folge wurde wie geplant die *Downstream*-Verschmelzung durchgeführt und die Libro-AG sodann an die Börse gebracht. Drei Jahre später war die Libro-AG insolvent. Die Aktien der Libro-AG wurden wertlos.

Das Landesgericht Wiener Neustadt als Schöffengericht verurteilte die beiden Vorstandsmitglieder wegen schwerer Untreue. Der OGH bestätigte diese Verurteilung. Die beiden Vorstandsmitglieder hatten ihre Nichtigkeitsbeschwerde im Wesentlichen auf das Argument gestützt, dass keine Untreue vorliege, da die Alleinaktionärin der Libro-AG der unzulässigen Gewinnausschüttung zugestimmt habe und ihr kein Schaden erwachsen sei. Dazu führte der OGH aus, dass der Einwand, wonach nicht die Libro-AG, sondern die Alleinaktionärin Trägerin des von § 153 StGB geschützten Rechtsgutes sei, sich über die Rechtssubjektivität der Aktiengesellschaft hinwegsetze. Maßgebend sei nicht der mittelbare Schaden der Gesellschafter, sondern der unmittelbare Nachteil der Gesellschaft selbst.

Eine etwaige Zustimmung des Aufsichtsrates und der Hauptversammlung zur unzulässigen Gewinnausschüttung beseitige die Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens nicht. Eine Weisung der Hauptversammlung zur Vornahme von Geschäftsführungsakten, die, weil vermögensschädigend, gegen das Unternehmensinteresse verstoßen, wäre aufgrund der fehlenden Weisungsbefugnis nicht geeignet, von der gegenüber der Gesellschaft bestehenden Treuepflicht zu dispensieren.

Diese OGH-Entscheidung ist auf Kritik in der Lehre²⁾ gestoßen. Diese Kritik stützt sich zum einen auf das Argument, dass der Schutzzweck der verbotenen Einlagenrückgewähr und der Untreue ein völlig anderer sei, zum anderen darauf,

²⁾ *Lewisch/N. Huber*, Untreue zulasten einer Kapitalgesellschaft trotz Gesellschafterzustimmung, RdW 2014, 567 ff; *Bollenberger/Wess*, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, RdW 2014/247 ff, *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, ecolex 2014, 496 ff; *Eckert/Tipold*, Strafbare Dividenden, GES 2013, 59 ff.

dass keine Untreue vorliegen könne, wenn der Machtgeber der Beeinträchtigung seiner Vermögensinteressen zustimme.

Im Folgenden wird in Prüfung des ersten Argumentes der Schutzzweck der verbotenen Einlagenrückgewähr und des Tatbestands der Untreue untersucht. Sodann wird auf das zweite Argument eingegangen.

II. Schutzzweck der verbotenen Einlagenrückgewähr

Rechtsgrundlagen der verbotenen Einlagenrückgewähr im Gesellschaftsrecht sind die § 52 AktG und § 82 Abs 1 GmbHG. Sie enthalten zwei gesonderte Tatbestände, zum einen die Ausschüttungssperre des eingezahlten Kapitals, zum anderen die Bindung von Ausschüttungen an den Bilanzgewinn.³⁾

Der 1. Halbsatz lautet:

„den Aktionären dürfen die Einlagen nicht zurück gewährt werden; / die Gesellschafter können ihre Stammeinlagen nicht zurückfordern;“

der 2. Halbsatz lautet:

„sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Bilanzgewinn, der sich aus der Jahresbilanz ergibt; / sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss als Überschuss der Aktiven über die Passiven sich ergebenden Bilanzgewinn“.

Wenn von „Einlagenrückgewähr“ gesprochen wird, so sind gemeinhin beide Tatbestände gemeint. Dem Gesellschafterzugriff entzogen ist somit nicht bloß die getätigte Kapitaleinlage, sondern jegliches Vermögen der Kapitalgesellschaft, das nicht ordnungsgemäß als Gewinn festgestellt und auf der Grundlage eines ordnungsgemäßen Gewinnverwendungsbeschlusses ausbezahlt worden ist. Die verbotene Einlagenrückgewähr führt daher nicht bloß zu einer Kapitalsperre der Einlage sondern zu einer **umfassenden Bindung des** über das gesperrte Kapital hinausgehenden **Gesellschaftsvermögens**.⁴⁾ Keine Einlagenrückgewähr sind zum einen der zulässige Erwerb eigener Aktien,⁵⁾ zum anderen Lieferungen oder Leistungen der Gesellschafter an die Gesellschaft zu drittvergleichsfähigen Konditionen oder, soweit eine betriebliche Rechtfertigung vorliegt, auch zu besseren Konditionen als Dritten gewährt würden.⁶⁾

³⁾ Eingehend *Hanns F. Hügel*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht, in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr (2. Wiener Unternehmerrechtstag) 24 ff.

⁴⁾ Instruktiv *Hanns F. Hügel*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht, in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr (2. Wiener Unternehmerrechtstag) 24.

⁵⁾ §§ 65, 66 AktG iVm § 52 AktG.

⁶⁾ OGH 6 Ob 271/05d ÖBA 2016, 293 ff (*Karollus*); BGH 1. 12. 1986; II ZR 306/85 BB 1987, 433; *C. Nowotny*, Umsatzgeschäfte und verdeckte Gewinnausschüttung, RdW 1987, 286; *Saurer*, RdW 1998, 597; *Karollus*, *ecolex* 1999, 324 ff; *Koppensteiner/Rüffler*,

Das Ziel des Einlagenrückgewährverbots wird durch die Einhaltung der unternehmensrechtlichen Gewinnermittlungsregelungen und des gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilungsverfahrens bewirkt. Im Jahresabschluss dürfen nur **realisierte Gewinne**⁷⁾ ausgewiesen und als Bilanzgewinn an die Gesellschafter ausgeschüttet werden. Es besteht zum einen eine materiellrechtliche Bindung an die Ermittlung des Gewinns nach Bilanzrecht, zum anderen eine verfahrensrechtliche Bindung an das gesellschaftsrechtliche Gewinnverteilungsverfahren. Es ist wichtig zu erkennen, dass die Informations- und Rechnungslegungsfunktion des Jahresabschlusses nicht nur dem Interesse der Gläubiger, sondern auch jenem der Gesellschafter und der Anleger als potenzieller Gesellschafter dient.⁸⁾ Gesellschafterinteressen werden insbesondere durch die gesellschaftsrechtlichen Gewinnfeststellungs- und verteilungsregelungen gewahrt, ohne deren Einhaltung ein **ausschüttungsfähiger Bilanzgewinn** nicht ausgewiesen werden darf.

Das Verbot der Einlagenrückgewähr dient dem Interesse der beteiligten Gesellschafter (Gleichbehandlung, wahrheitsgemäße Information, Transparenz und Teilhabe an der Ausschüttungsentscheidung), dem Interesse der Gläubiger und dem Interesse potenzieller Gesellschafter (Anleger).⁹⁾ Das Verbot der Einlagenrückgewähr und damit die umfassende Vermögensbindung in der Kapitalgesellschaft stellt das Äquivalent zu der durch diese Gesellschaftsform ermöglichten Haftungsbeschränkung dar. Durch das Verbot der Einlagenrückgewähr soll ein *moral hazard* dahingehend vermieden werden, dass der Gesellschafter das Eingehen zu großer Risiken durch die Gesellschaft toleriert oder gar befördert, da er seine Haftenlage im Wege der Einlagenrückgewähr bereits zurückgehalten hat.

Aus dieser zentralen Stellung des Verbots der Einlagenrückgewähr erklärt sich deren zwingender Charakter. Eine Ausschüttung, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, ist ebenso nichtig wie der ihr zugrunde liegende Gesellschafterbeschluss. Der zu Unrecht ausgeschüttete „Gewinn“ ist, sofern er nicht gutgläubig bezogen worden ist, an die Gesellschaft zurückzuzahlen.¹⁰⁾

III. Schutzzweck des Straftatbestands der Untreue

Eine Untreue begeht, wer seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wesentlich missbraucht und dadurch

GesRZ 1999, 98; M. Doralt, Management Buyout 139f; Artmann in Jabornegg/Strasser⁴ Rz 13, 19, 28.

⁷⁾ § 201 Abs 2 Z 4 lit a UGB spricht von den am Abschlussstichtag verwirklichten Gewinnen.

⁸⁾ Hanns F. Hügel, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht 25; Kalss, *ecolx* 2014, 497 spricht von einem **Sondervermögensschutz**, der primär dem Schutz der Gläubiger zugleich aber auch **dem Schutz der nicht an der Zuwendung teilhabenden Aktionäre oder GmbH-Gesellschafter** dient.

⁹⁾ Ebenso Hügel, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht 23. Dies ist besonders für börsennotierte Unternehmen von Relevanz.

¹⁰⁾ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/875; zur Teilnichtigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts: OGH 4 Ob 252/02s wbl 2003/150.

den anderen am Vermögen schädigt.¹¹⁾ Geschützt ist das Vermögen des Machtgebers. Bei einer Kapitalgesellschaft kann man sich nun die Frage stellen, welches Vermögen denn hier geschützt ist: jenes der Gesellschaft selbst oder der Wert der Gesellschaftsanteile bei den Gesellschaftern (Aktionären). Wie der Oberste Gerichtshof richtig in stRsp¹²⁾ judiziert, ergibt sich aus der Rechtssubjektivität der Kapitalgesellschaft, dass der in § 153 StGB genannte Vermögensnachteil nur der **unmittelbare Nachteil im Vermögen der vertretenen Kapitalgesellschaft** sein kann, nicht jedoch ein etwaiger Vermögensnachteil im Vermögen der Gesellschafter (Wertverlust der Gesellschaftsanteile).¹³⁾ Es gibt keine vertretbare Rechtfertigung dafür, im Wirtschaftsstrafrecht vom Prinzip der Rechtssubjektivität der GmbH oder AG abzurücken.¹⁴⁾

Das Vermögen der Kapitalgesellschaft als juristische Person ist für sich selbst geschützt.¹⁵⁾ Eine Vermögensverschiebung zulasten der Kapitalgesellschaft durch wissentlicher Befugnismissbrauch des Machthabers (Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied) erfüllt somit auch dann den Tatbestand der Untreue, wenn bei dritten Personen (Gesellschaftern oder Aktionären) ein deckungsgleicher Vermögensvorteil durch diese Handlung entsteht. Für die Schadensberechnung gilt der Grundsatz der Gesamtberechnung im Sinne eines Ausgleichs *unmittelbarer Vor- und Nachteile dieses Geschäfts*. Aufrechenbarkeit besteht nur hinsichtlich eines durch die Missbrauchshandlung gleichzeitig mit dem Vermögensnachteil entstehenden Vermögensvorteils etwa in Form einer im wohlverstandenen Interesse des Machtgebers liegenden Gegenleistung.¹⁶⁾ Ein die gesamte Geschäftsführung umfassender Vorteilsausgleich findet nicht statt. Ein Vorteilsausgleich im Konzern ist ausgeschlossen.

Das Wesen der Untreue liegt darin, dass der Täter im Rahmen des ihm durch seine Vertretungsmacht eingeräumten rechtlichen **Könnens** gegen das rechtliche **Dürfen** verstößt, dh sich im Rahmen der ihm durch den Umfang seiner Vollmacht nach außen gewährten Verfügungsmacht bewusst über die ihm im Innenverhältnis gezogenen Schranken hinwegsetzt.¹⁷⁾ Untreue schützt das Vermögen, wobei der wirtschaftliche Vermögensbegriff gilt.¹⁸⁾

Die Untreue ist ein echtes Sonderdelikt. Als unmittelbarer Täter kommt nur jemand in Betracht, der Verfügungsmacht über fremdes Vermögen hat. Eine nachträgliche Genehmigung durch den Machtgeber kann die Rechtswidrigkeit des Missbrauchs nicht beseitigen.¹⁹⁾

¹¹⁾ Es werden die Begriffe des neugefassten § 153 StGB BGBl I 2015/112 verwendet.

¹²⁾ OGH 27. 11. 2014, 12 Os 113/14f; 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s; 30. 8. 2012, 13 Os 55/12f; 22. 11. 2012, 13 Os 116/12a; 30. 4. 2003, 13 Os 110/02.

¹³⁾ Ebenso *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 153 Rz 37.

¹⁴⁾ Zur Frage, ob durch die Neufassung des § 153 StGB eine Änderung dieser Einschätzung eingetreten ist, siehe Punkt VIII.

¹⁵⁾ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 153 Rz 37.

¹⁶⁾ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 153 StGB Rz 39.

¹⁷⁾ *Fabrizy*, StGB-Kurzkommentar¹⁰ § 153 StGB Rz 1; OGH SSt 41/64; SSt 42/54; LSK 1977/313.

¹⁸⁾ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 153 StGB Rz 1; OGH 10. 10. 2002, 15 Os 85/02; SSt 64/62.

¹⁹⁾ *Fabrizy*, StGB-Kurzkommentar¹⁰ § 153 StGB Rz 4.

Bei einer Untreue zulasten einer GmbH ist nicht der Schaden der Gesellschafter maßgebend, sondern jener der Gesellschaft als eigenes Rechtssubjekt.²⁰⁾ Dies ergibt sich, wie der OGH in der *Libro*-Entscheidung zutreffend feststellt, aus der Rechtssubjektivität der Kapitalgesellschaft. Geschützt ist das Vermögen der Kapitalgesellschaft als juristischer Person. Die Kapitalgesellschaft ist der Machtgeber und nicht die Gesellschafter.²¹⁾

Der Vermögensschutz schützt zum einen Minderheitsgesellschafter davor, dass Mehrheitsgesellschafter sich das Vermögen der Gesellschaft widerrechtlich zuwenden. Zum anderen werden potenzielle Gesellschafter (Anleger), die auf den bilanziell festgestellten Vermögensstatus vertrauen und im Hinblick auf dieses Vertrauen disponieren, durch den Vermögensschutz geschützt. Der Untreuetatbestand ist die strafrechtliche Ergänzung zum zivilrechtlichen Verbot der Einlagenrückgewähr. Sofern also eine Einlagenrückgewähr durch wissentlichen Befugnismissbrauch erfolgt und zumindest bedingte Schädigungsabsicht vorliegt und dadurch der Gesellschaft ein Vermögensnachteil zugefügt wird, erfüllt diese Handlung den Tatbestand der Untreue.

Eine Zustimmung der Gesellschafter zur verbotenen Einlagenrückgewähr ist strafrechtlich unbeachtlich. Dies auch dann, wenn sie einstimmig erfolgt.²²⁾ Bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen ist sie als Mittäterschaft zur Untreue zu werten. Eine Weisung an den GmbH-Geschäftsführer, eine verbotene Einlagenrückgewähr durchzuführen, ist nichtig und daher unbeachtlich.²³⁾ An der Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses auf Durchführung einer verbotenen Einlagenrückgewähr ändert auch eine allfällige Einstimmigkeit des General- oder Hauptversammlungsbeschlusses nichts.²⁴⁾ Auch einem Alleingesellschafter oder Alleinaktionär ist es nicht möglich, die Gesellschaftsinteressen und damit das Innenverhältnis abweichend von den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen festzulegen.²⁵⁾ Die umfassende Vermögensbindung in der Kapitalgesellschaft hindert eine rechtswirksame und damit strafbefreiende Zustimmung zur verbotenen Einlagenrückgewähr. Ebensowenig beseitigt die Genehmigung durch einen allfälligen Aufsichtsrat die Widerrechtlichkeit der Einlagenrückgewähr.²⁶⁾

Da der Schutzzweck der verbotenen Einlagenrückgewähr deutlich mehr umfasst als bloß den abstrakten Gläubigerschutz, ist die von *Bollenberger/Wess* geforderte einschränkende Interpretation des § 153 StGB abzulehnen. Aus dem Vermögensschutz der Kapitalgesellschaft folgt, dass eine mit Zustimmung aller Gesellschafter erfolgte verbotene Einlagenrückgewähr auch dann eine Untreue

²⁰⁾ *Fabrizy*, StGB-Kurzkommentar¹⁰ § 153 StGB Rz 8a; OGH 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s.

²¹⁾ AA *Kalss*, *ecolex* 2014, 498.

²²⁾ AA *Lewisch*, der bereits in der Zustimmung der Gesellschafter mit einfacher Mehrheit zur verbotenen Einlagenrückgewähr einen Strafausschließungsgrund blickt.

²³⁾ *Kalss*, *ecolex* 2014, 498 weist darauf hin, dass auch eine Aktionärsweisung, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, unzulässig ist. Bei Erfüllung der subjektiven Tatseite ist dieses Verhalten als Bestimmung zur Untreue strafbar.

²⁴⁾ § 199 Abs 1 Z 3 AktG.

²⁵⁾ OGH 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s.

²⁶⁾ § 84 Abs 4 AktG.

verwirklicht, wenn ausreichendes Vermögen überbleibt, um alle gegenwärtigen und künftigen Gläubiger zu befriedigen. Der nicht disponible Vermögensschutz der Kapitalgesellschaft dient nicht nur den Interessen der Gläubiger, sondern auch den Interessen der (Minderheits-)Gesellschafter und der zukünftigen Gesellschafter (Anleger).

IV. Kritik der Lehre

Verschiedentlich wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass der Gesellschafter, welcher über seine Mitgliedschaftsrechte (GmbH-Anteile oder Aktien) wirtschaftlich Berechtigter des Unternehmens sei, wirksam auf den Schutz dieses seines anteiligen Vermögenswertes verzichten können müsse. So vertreten *Lewisch/N. Huber*²⁷⁾ die Meinung, dass der Machtgeber im Hinblick auf Macht- haberdispositionen zu seinen Lasten zustimmungsbefugt sei. In Bezug auf den Untreuetatbestand schließe die Machtgeberzustimmung als strafrechtsrelevantes Einverständnis eine Strafbarkeit aus.

Lewisch/N. Huber übersehen bei dieser Argumentation, dass der Machtgeber bei einer Kapitalgesellschaft nicht die Gesellschafter, sondern vielmehr die Kapitalgesellschaft an sich ist. Das fremde Vermögen ist nicht der wirtschaftliche Wert der Mitgliedschaftsrechte (GmbH-Anteile oder Aktien) im Vermögen der Gesellschafter, sondern vielmehr das Vermögen der Kapitalgesellschaft selbst. Der Gesellschafter ist weder Machtgeber noch Inhaber der geschützten Vermögensrechte.

Die von *Lewisch/N. Huber*²⁸⁾ vertretene Meinung, dass bei Zustimmung des Alleingeschafters es an einem Verstoß gegen die Pflichten des Machtgebers im Innenverhältnis und bei einem Vermögensabfluss aus der Gesellschaft, der in identer Höhe dem Gesellschafter zufließt, am Schaden fehle, geht daher von einer grundsätzlich unrichtigen Konzeption des Vermögensschutzes der Kapitalgesellschaften durch § 153 StGB aus. Damit geht auch die Argumentation, die gesellschaftsrechtliche Nichtigkeitssanktion diene allein dem zwingenden Erhalt des einzigen den Gläubigern zur Verfügung stehenden Haftungsfonds, sie diene nicht dem Machtgeberschutz, ins Leere. Auch wenn die gesellschaftsrechtliche Nichtigkeitssanktion neben dem Vermögensschutz der Kapitalgesellschaft auch andere Schutzzwecke verfolgt,²⁹⁾ so wirkt sie doch im Ergebnis gleich wie der strafrechtliche Vermögensschutz des Vermögens einer Kapitalgesellschaft durch § 153 StGB.

Es befremdet, wenn *Lewisch/N. Huber* die Ansicht vertreten, dass nach Abzug der Gläubigerinteressen kein eigenständiges und schützenswertes Gesellschaftsinteresse verbleibe. Damit wird im Ergebnis die Rechtssubjektivität der Kapitalgesellschaft negiert. Die Gesellschaft wird damit als bloßes Vehikel der Interessen der Gesellschafter wahrgenommen und es wird ihr ein eigenständiges Bestandsinteresse, jedenfalls in Bezug auf ihr Vermögen, abgesprochen. Irritie-

²⁷⁾ *Lewisch/N. Huber*, Untreue zulasten einer Kapitalgesellschaft trotz Gesellschafterszustimmung, RdW 2014, 567 ff.

²⁸⁾ *Lewisch/N. Huber*, Untreue zulasten einer Kapitalgesellschaft trotz Gesellschafterszustimmung, RdW 2014, 567 ff.

²⁹⁾ Siehe dazu oben II.

rend an dieser Argumentation von *Lewisch/N. Huber* ist, dass man, bezüglich der Haftungsbegrenzung sicherlich vehement auf die Rechtssubjektivität der Kapitalgesellschaft pocht, wenn es jedoch um deren Vermögensschutz geht, ihr ein eigenständiges Bestandsinteresse unabhängig vom Gläubigerschutz abspricht.

Dieses Argument kann schon deshalb nicht überzeugen, weil die Kapitalgesellschaft mehr ist als die Summe der Einzelinteressen der Gesellschafter. Sie ist ein vollwertiges Wirtschafts- und Rechtssubjekt. Ihr Vermögen ist strafrechtlich ebenso geschützt wie das Vermögen einer natürlichen Person. Zu Recht weist der OGH in der *Libro*-Entscheidung darauf hin, dass das Vermögen der Aktiengesellschaft nicht nur für das Vorstandsmitglied, sondern auch für die Alleinaktionärin fremdes Vermögen darstellt. Der „andere“, der am Vermögen geschädigt wird, ist bei einer Untreue des Geschäftsleiters einer Kapitalgesellschaft nicht der Anteilseigner, sondern vielmehr die Kapitalgesellschaft als eigenständiges Rechts- und Wirtschaftssubjekt.

Die von *Lewisch/N. Huber* vertretene Ansicht, dass eine verbotene Gewinnausschüttung durch Zustimmung des Machtgebers im Einklang mit den maßgeblichen Regeln des internen Dürfens stehe, ist daher abzulehnen. Ein „Vermögensabfluss an den Machtgeber“ liegt gerade nicht vor, da Machtgeber die Kapitalgesellschaft, nicht jedoch ihre Gesellschafter sind.

Die Prinzipien der Vermögensbindung in der Kapitalgesellschaft sind nicht disponibel. Dies gilt nicht bloß zivilrechtlich im Rahmen der Einlagenrückgewähr. Eine allfällige Zustimmung der Gesellschafter zur Einlagenrückgewähr ist unbeachtlich und beseitigt deren Rechtswidrigkeit nicht. Da es lediglich auf den Schaden der Gesellschaft ankommt, ist es ebenso unbeachtlich, wenn ein Vermögenszufluss in gleicher Höhe bei den Gesellschaftern erfolgt.

*Bollenberger/Wess*³⁰⁾ sehen den Schutzzweck der verbotenen Einlagenrückgewähr primär im abstrakten Gläubigerschutz. In Österreich sei der strafrechtliche Gläubigerschutz funktional allein den §§ 156 ff StGB zuzuweisen. Daraus leiten sie ab, dass ein Fremdgeschäftsführer, der allen Gesellschaftern auf deren Wunsch ihre Einlage zurückgewährt, dann keine Untreue begehe, wenn die Gesellschaft trotz der nachteiligen Disposition ausreichend vermögend bleibt, um alle gegenwärtigen und künftigen Gläubiger zu befriedigen. Darauf aufbauend schlagen *Bollenberger/Wess* vor, bei einer Einlagenrückgewähr, die vom 90%-Gesellschafter beschlossen wird und der der 10%-Gesellschafter widerspricht, lediglich einen Untreueschaden von 10% des widerrechtlich ausgeschütteten Bilanzgewinns anzusetzen.

Die von *Bollenberger/Wess* implizit vertretene Ansicht, dass der **Gesellschafter** Machtgeber des Geschäftsführers einer GmbH sei, ist wie oben ausgeführt, abzulehnen. Nicht der Gesellschafter und auch nicht alle Gesellschafter zusammen sind die Machtgeber und Inhaber der geschützten Vermögensinteressen, sondern vielmehr die Kapitalgesellschaft selbst. Dass das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht bloß dem abstrakten Gläubigerschutz dient, wurde bereits ausgeführt.³¹⁾ Eine Aliquotierung des Untreueschadens, wie von *Bollenberger/Wess*

³⁰⁾ *Bollenberger/Wess*, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, RdW 2014/247 ff.

³¹⁾ Siehe II. Schutzzweck des Verbos der Einlagenrückgewähr.

vorgeschlagen, würde den untreu Handelnden geradezu belohnen und ist daher abzulehnen.

V. Sonderfall Einmann-GmbH

Etwas anderes gilt lediglich bei der „Einmann-GmbH“, deren Alleingesellschafter zugleich Alleingeschäftsführer ist.³²⁾ Der Tatbestand der Untreue schützt das Vermögen, es gilt der wirtschaftliche Vermögensbegriff.³³⁾

Die Gesellschaftsform der „Einmann-GmbH“ dient lediglich der zulässigen Haftungsbeschränkung, führt jedoch zu **keiner Personenmehrheit**, die gewöhnlich bei einer Gesellschaft vorliegt. Da für die strafrechtliche Wertung der wirtschaftliche Vermögensbegriff maßgebend ist,³⁴⁾ mangelt es hier an der Schädigung des Vermögens eines Dritten.³⁵⁾ Sofern es sich um einen Fremdgeschäftsführer handelt, kann Untreue auch im Rahmen einer „Einmann-GmbH“ begangen werden, da der Fremdgeschäftsführer jedenfalls das Vermögen eines Dritten schädigt.

Es stellt sich nun die Frage, wieso diese Ausnahme nicht auch für eine Aktiengesellschaft gelten soll, die lediglich einen einzigen Aktionär hat. Wie der OGH in seiner *Libro*-Entscheidung richtig ausführt, liegt im Fall der „Einmann-AG“ in aller Regel sehr wohl eine Personenmehrheit vor. Die Konzerntochter hat lediglich einen Aktionär. Dies bedeutet jedoch nicht, dass auch die Konzernmutter lediglich einen Aktionär hat. In aller Regel werden an der Konzernmutter eine größere Anzahl von Aktionären beteiligt sein. Dann liegt jedoch eine Personenmehrheit vor, die verhindert, dass die Ausnahmebestimmung der Einmann-GmbH zur Anwendung gelangen kann.

VI. GmbH vs AG

Eine Ungleichbehandlung der GmbH und der AG, mit Ausnahme der „Einmann-GmbH“ mit Gesellschaftergeschäftsführer, lässt sich dogmatisch nicht rechtfertigen.³⁶⁾ Die Bestimmungen zur Vermögensbindung in der Kapitalgesellschaft sind, wie bereits ausgeführt, nahezu ident. Eine allfällige Weisung der Generalversammlung an den Geschäftsführer wäre rechtswidrig und daher zu ignorieren. Es liegen keine rechtlich relevanten Unterschiede zwischen einer GmbH und einer AG vor, die eine Andersbehandlung in Bezug auf den Untreueatbestand rechtfertigen würden.³⁷⁾ Dieser ist vielmehr auch auf andere juristi-

³²⁾ *Fabrizy*, StGB-Kurzkomentar¹⁰ § 153 StGB Rz 8a.

³³⁾ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 153 StGB Rz 1.

³⁴⁾ *Fabrizy*, StGB-Kurzkomentar¹⁰ § 153 StGB Rz 8; OGH 11. 11. 2009, 15 Os 190/08t.

³⁵⁾ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 153 StGB Rz 37.

³⁶⁾ Vgl *Hanns F. Hügel*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht 24 ff; ebenso *Bollenberger/Wess*, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, RdW 2014/247 ff; *Kalss*, *ecolex* 2014, 497.

³⁷⁾ Ebenso *Kapsch/Kier*, Untreuestrafbarkeit zu Lasten einer Aktiengesellschaft, JBl 2014, 599 ff.

sche Personen mit eigenem Vermögen (Genossenschaften, Vereine und Stiftungen) anzuwenden.

VII. Subjektive Tatseite

Ein Ausufern der Strafbarkeit wird dadurch verhindert, dass das Sonderdelikt der Untreue in Bezug auf den Befugnismissbrauch einen qualifizierten Vorsatz, nämlich **Wissentlichkeit**, fordert.³⁸⁾ Die Wissentlichkeit ist nach der funktionalen Einheitstäterschaft für jeden Täter (unmittelbarer Täter, Beitrags- oder Bestimmungstäter) gesondert zu prüfen.

Der Vorsatz als Unrechtselement besteht aus der Wissens- und Willensseite.³⁹⁾ Befugnismissbrauch liegt vor, wenn sich der Täter nach außen im Rahmen der Befugnis handelnd über Begrenzungen im Innenverhältnis hinwegsetzt.⁴⁰⁾ Grundsätzlich kann Untreue gem § 2 StGB auch durch Unterlassen begangen werden, weil die Befugnis, über fremden Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, auch durch Nichtvornahme eines rechtlich gebotenen Tuns ausgeübt, somit gebraucht und solcherart auch missbraucht werden kann, wenn der Machthaber es wissentlich pflichtwidrig unterlässt, die ihm eingeräumten rechtsgestaltenden Kraft zu gebrauchen und damit zumindest bedingt vorsätzlich den Machtgeber am Vermögen schädigt. Hier sind jedoch neben der Garantenstellung insbesondere die Wissentlichkeit und der zumindest bedingte Schädigungsvorsatz streng zu prüfen.

Der qualifizierte Vorsatz der Wissentlichkeit (*dolus directus*) ist nur erfüllt, wenn der Befugnisträger es für gewiss hält, dass er durch sein rechtsgeschäftliches Handeln die ihm eingeräumte Befugnis missbraucht und er dennoch handelt, also diesen Befugnismissbrauch willentlich begehrt. Gewissheit setzt zweifelsfreie Kenntnis voraus.⁴¹⁾ Handelt es sich um zukünftige Umstände, so reicht es aus, wenn der Befugnisträger das Eintreten dieses künftigen Umstandes oder Erfolges aufgrund der ihm bekannten und geplanten Umstände für praktisch gewiss hält. Ein Ernsthaft-für-möglich-halten-und-sich-damit-abfinden (*dolus eventualis*) reicht somit in Bezug auf den Befugnismissbrauch für die Strafbarkeit des unmittelbaren Täters nicht. Der Vermögensnachteil braucht jedoch nur bedingt vorsätzlich zugefügt werden.⁴²⁾ Der Schädigungswille muss im Zeitpunkt des wissentlichen Befugnismissbrauchs vorliegen. Eine entsprechende nachträgliche Willensbildung reicht nicht aus.⁴³⁾

Gerade bei wirtschafts- und gesellschaftsrechtlichen Sachverhalten gibt es oft genug Zweifel an der (zivilrechtlichen) Rechtmäßigkeit einer geplanten

³⁸⁾ Vgl *Fabrizy* in WK StGB² § 12 Rz 11.

³⁹⁾ *Reindl* in WK StGB² § 5 Rz 2.

⁴⁰⁾ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 153 StGB Rz 28.

⁴¹⁾ *Reindl* in WK StGB² § 5 Rz 31; OGH 12 Os 41/88 EvBl 1981/242).

⁴²⁾ Vgl die Erläuterung RV 30 BlgNR 13. GP 299: „Wer weiß und will, daß seine Handlung pflichtwidrig ist, wer seine Befugnis also wissentlich missbraucht, der verdient die Strafe der Untreue auch dann, wenn er eine Schädigung des Vermögens seines Machtgebers zwar nicht will, aber doch für möglich hält und mit ihrem Eintritt einverstanden ist.“

⁴³⁾ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 153 StGB Rz 42.

Handlung. Sofern diese Zweifel **vertretbar**⁴⁴⁾ sind, wird keine Wissentlichkeit anzunehmen sein. Abgestellt wird ausschließlich auf das Wissen des Täters. Der unwissender oder vorschnell Urteilende mag in Wissentlichkeit handeln, wo ein Besonnener, Kundiger Zweifel hat und daher nicht zur Wissentlichkeit vorstößt.⁴⁵⁾ Die Schuld ist persönlichkeitsbedingt. Hier liegt es an den Gerichten, Maß zu halten und ein Ausufern der Bestrafung wegen Untreue dadurch zu verhindern, dass das Tatbestandsmerkmal der Wissentlichkeit ernst genommen und nicht extensiv interpretiert wird.⁴⁶⁾

Der zugefügte Vermögensnachteil kann in einer Verminderung der Aktiva oder einer Vermehrung der Passiva bestehen. Eine Vereitelung einer Gewinnchance wird nur in Ausnahmefällen als eine Zufügung eines Vermögensnachteils gem § 153 StGB anzusehen sein. Die gerne gebrauchte Formel, wonach der Machthaber verpflichtet ist, seine gesamte Geschäftstätigkeit so vorzunehmen, dass sie den größtmöglichen Nutzen für den Machtgeber hervorbringt,⁴⁷⁾ ist für gesellschaftsrechtliche Sachverhalte denkbar ungeeignet. **Strafrechtlich** sind Manager nicht verpflichtet, allenfalls sich bietenden Gewinnchancen für den Machtgeber wahrzunehmen.⁴⁸⁾ Ihre strafrechtliche Verpflichtung besteht darin, ihr rechtliches Können (Befugnis) im Rahmen des rechtlichen Dürfens (Innenverhältnis) auszuüben.

VIII. Änderungen durch die Neufassung des § 153 StGB

Aufgrund des Initiativantrags (IA) der Abgeordneten Mag. *Steinacker*, Dr. *Jarolim* und Dr. *Vetter*, der Justizsprecher der ÖVP, der SPÖ und der Neos, wurde durch das StrafrechtsänderungsG 2015⁴⁹⁾ § 153 Abs 1 StGB geringfügig umformuliert,⁵⁰⁾ ein neuer § 153 Abs 2 StGB eingefügt und im bisherigen Abs 2, der nun zum Abs 3 mutiert, wurden die Wertegrenzen von € 3.000,- auf € 5.000,- und von € 50.000,- auf € 300.000,- erhöht.⁵¹⁾

§ 153 Abs 2 StGB lautet nunmehr: „Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.“ Dieser neu eingefügte Absatz 2 wäre wohl

⁴⁴⁾ Zur Änderung des § 153 StGB durch dessen neuen Absatz 2 siehe Punkt VIII.

⁴⁵⁾ *Nowakowski* in WK StGB § 5 Rz 10.

⁴⁶⁾ Die Erfahrungen mit der bisher ausufernden Interpretation der Gewerbsmäßigkeit, der nun zumindest ein gewisser gesetzlicher Riegel vorgeschoben worden ist, lassen hier allerdings nichts Gutes ahnen.

⁴⁷⁾ *Liebscher* in WK StGB § 153 Rz 16; SSt 22/62, 26/10.

⁴⁸⁾ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 153 StGB Rz 38, *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 153 Rz 89.

⁴⁹⁾ BGBl I 2015/112.

⁵⁰⁾ Der Passus „die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumt“ wurde durch „seine“ und der Passus „dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt“ wurde durch den Passus „den anderen am Vermögen schädigt“ ersetzt.

⁵¹⁾ Diese Änderungen treten am 1. 1. 2016 in Kraft. Zu beachten ist, dass für Taten, deretwegen am 31. 12. 2015 bereits ein Ermittlungsverfahren anhängig ist, die Verjährungsfrist (§ 57 Abs 3, § 58 StGB) nach der an diesem Tag geltenden Strafdrohung zu berechnen ist.

sprachlich besser als Negation formuliert worden: Seine Befugnis missbraucht nicht, wer in vertretbarer Weise gegen Regeln (besser: Bestimmungen) verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Damit wäre auch klargestellt worden, dass es sich bei dem in Abs 2 geschilderten Befugnismissbrauch um einen Unterfall von Abs 1 handelt. Es gibt nämlich durchaus Konstellationen, in denen kein wirtschaftlich Berechtigter auszumachen ist (zB: Verlassenschaft vor der Einantwortung), bei denen dennoch eine Untreue begangen werden kann.

Es stellt sich nun die Frage, wer jeweils der wirtschaftlich Berechtigte ist. Diese Formulierung ist uns bisher insbesondere aus dem Steuerrecht bekannt, das stärker als das Zivil- und Strafrecht auf den wirtschaftlichen Sachverhalt⁵²⁾ abstellt.

Wer ist der wirtschaftlich Berechtigte einer GmbH? Wer ist der wirtschaftlich Berechtigte eine AG? Wer ist der wirtschaftlich Berechtigte einer GmbH & Co KG? Wer ist der wirtschaftlich Berechtigte einer Privatstiftung? Eigentümer des Vermögens einer GmbH ist zweifellos die GmbH als juristische Person. Würde man nun behaupten, die GmbH sei nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich berechtigt am Vermögen der GmbH, so würde man dem Gesetzgeber unterstellen, dass er eine sinnentleerte Bestimmung verfasst hat. Es ist daher davon auszugehen, dass der wirtschaftlich Berechtigte einer GmbH nicht die GmbH selbst, sondern die „hinter“ ihr stehenden Gesellschafter sind.⁵³⁾ Diese sind zwar nicht Eigentümer des Vermögens der GmbH, sondern lediglich Eigentümer ihres Gesellschaftsanteiles, sie sind jedoch anteilig wirtschaftlich Berechtigte der GmbH. Nicht anders verhält es sich bei der AG. Das Vermögen der AG steht im Eigentum der AG als juristischer Person, wirtschaftlich berechtigt daran ist anteilig der Aktionär.

Schwieriger wird es bereits bei der GmbH & Co KG. Bei einer einfachen KG sind der Komplementär und die Kommanditisten wirtschaftlich berechtigt. Bei einer GmbH & Co KG würde dies bedeuten, dass die GmbH und die Kommanditisten wirtschaftlich berechtigt sind. Hier stellt sich die Frage, ob eine Kapitalgesellschaft selbst überhaupt wirtschaftlich Berechtigter sein kann. Dies ist zu verneinen. Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten weist auf eine natürliche Person hin, die zwar nicht rechtlicher Eigentümer ist, aber wirtschaftliche Interessen an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft hat. Im Fall der GmbH & Co KG sind somit die Gesellschafter der Komplementär-GmbH, die Komplementäre und die Kommanditisten wirtschaftlich berechtigt.

Sodann ist zu untersuchen, welche „Regeln“ dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Bestimmungen, die Gestaltungsrechte des Gesellschafters normieren, wie etwa ein Teilnahmerecht an der General- oder Hauptversammlung, das Stimmrecht, das Sonderprüfungsrecht, das Anfechtungsrecht etc, dienen dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten.

⁵²⁾ Vgl § 21 BAO.

⁵³⁾ Die EB zum IA 1110 25. GP 4 sprechen von wirtschaftlich hinter dem Machtgeber stehenden Berechtigten (bei Kapitalgesellschaften beispielsweise den Anteilseignern entsprechend ihren Anteilen).

Auch die Gewinnermittlungs- und Feststellungsregeln⁵⁴⁾ dienen dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten.

Es stellt sich nun die Frage, ob das Verbot der Einlagenrückgewähr eine „Regel“ ist, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dient. Das Verbot der Einlagenrückgewähr schützt zunächst die Kapitalgesellschaft selbst **vor dem Zugriff des Gesellschafters, somit des wirtschaftlich Berechtigten**. Ziel und Zweck dieser Regelung ist es, das Vermögen der Kapitalgesellschaft zu erhalten und zu verhindern, dass der Gesellschafter sich seiner beschränkten Haftungspflicht mit seinem Gesellschaftersanteil dadurch entledigt, dass er sich diesen unrechtmäßigerweise von der Gesellschaft zurückzahlen lässt.

Primäre *ratio* des Einlagenrückgewährverbots ist somit nicht, den wirtschaftlich Berechtigten zu schützen, sondern vielmehr die Kapitalgesellschaft **vor dem Zugriff des wirtschaftlich Berechtigten** zu schützen. Lediglich in Reflexwirkung bedeutet dies, dass die übrigen Gesellschafter, denen die Einlage nicht zurückgewährt wird, geschützt werden, da sich die Vermögensminderung der Kapitalgesellschaft durch die Einlagenrückgewähr indirekt auf den Wert ihres Gesellschaftersanteiles auswirkt. Dies führt zum Ergebnis, dass die Einlagenrückgewähr **keine Bestimmung ist, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dient**.

Der Begriff „in unvertretbarer Weise“ wird von der Lehre und Rechtsprechung zu interpretieren sein. Herangezogen werden können hier die ErläutRV in Bezug auf den neu eingeführten § 163a StGB (Unvertretbare Darstellung wesentlicher Informationen über bestimmte Verbände).⁵⁵⁾ Das Ausnutzen zulässiger Bewertungs- oder Ermessensspielräume oder ein Handeln, das auf einer vertretbaren Rechtsansicht basiert, ist nicht strafbar. Strafbar ist nur, was außerhalb der zulässigen Spielräume liegt und daher unvertretbar ist.

Selbst wenn man das Verbot der Einlagenrückgewähr als eine Bestimmung ansehen wollte, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dient, gelangt man zum Ergebnis, dass die Ausschüttung eines aufgrund einer bewussten Bilanzmanipulation überhöhten Gewinns nicht vertretbar und daher strafbar ist. Auch die Zustimmung aller Gesellschafter macht diese verbotene Einlagenrückgewähr nicht zu einem vertretbaren Regelverstoß. Es handelt sich beim Einlagenrückgewährverbot um eine zentrale Bestimmung des Rechts der Kapitalgesellschaften, die gleichsam die Kehrseite der Haftungsbeschränkung ist. Die in der Begründung des Initiativantrages durch die NRAbg Mag. *Steinacker*, Dr. *Jarolim* und Dr. *Vetter* vertretene Rechtsansicht, dass die Untreue ausscheidet, wenn eine Vertretungshandlung zwar „formal“ den Machtgeber schädigt, der diesbezügliche Nachteil aber „wirtschaftlich dem hinter dem Machtgeber stehenden Berechtigten“ zugutekommt, ist abzulehnen.⁵⁶⁾

⁵⁴⁾ Vgl § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG iVm § 82 Abs 1 GmbHG, aus denen sich ergibt, dass der Gesetzgeber grundsätzlich davon ausgeht, dass der gesamte Gewinn auszuschütten ist, wenn sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder durch einen zulässigen Beschluss der Gesellschafter anderes ergibt. Siehe hiezu oben Punkt II.

⁵⁵⁾ ErläutRV 689 Blg 25. GP 28.

⁵⁶⁾ Diese Ansicht leugnet implizit die Rechtssubjektivität der Kapitalgesellschaft und dass diese durchaus eigene, rechtlich schützenswerte Vermögensinteressen hat. Dieses Er-

Allenfalls könnte man die Frage stellen, ob es sich bei der Ansicht, dass eine Einlagenrückgewähr an eine Konzernmutter, die die alleinige Aktionärin der Tochter-AG ist, zulässig sei, um eine vertretbare Rechtsansicht handelt. Eine vertretbare Rechtsansicht kann wohl nur dann vorliegen, wenn es entweder zu einer Rechtsfrage noch **keine oberstgerichtliche Rechtsprechung** gibt oder wenn diese **uneinheitlich** ist. Da es zu dieser Rechtsfrage eine eindeutige oberstgerichtliche Rechtsprechung gibt,⁵⁷⁾ ist die geschilderte Rechtsansicht keine vertretbare Rechtsansicht iSd § 153 Abs 2 StGB.

Der ebenfalls im Initiativantrag enthaltene zweite Satz des § 153 Abs 2 StGB neu: „Ein Missbrauch liegt nicht vor, wenn der Machtgeber oder der wirtschaftlich Berechtigte der Vertretungshandlung zustimmt“, wurde mehrheitlich von den Mitgliedern des Nationalrats abgelehnt und daher nicht Gesetz. Daraus ergibt sich zunächst, dass eine unrechtmäßige Vermögensverschiebung von der Kapitalgesellschaft zu ihrem Gesellschafter (zB: eine Einlagenrückgewähr auf der Basis eines fingierten Gewinnes) weiterhin als Untreue strafbar ist. Dass diese Bestimmung keine Zustimmung der Mehrheit der Nationalratsabgeordneten gefunden hat, wirkt sich auch auf die Bedeutung der EB zum IA⁵⁸⁾ als Interpretationsinstrument aus. Da diese auf der Grundlage einer Annahme des Satzes 1 und 2 des vorgeschlagenen § 153 Abs 2 StGB verfasst worden sind, sind jedenfalls jene Passagen obsolet, die ausdrücklich auf den nicht Gesetz gewordenen Satz 2 Bezug nehmen. Bei den übrigen erläuternden Bemerkungen ist jeweils genau zu prüfen, ob sich diese auf Satz 1 oder Satz 2 oder beide beziehen.

Insgesamt ist zu den EB zum IA auszuführen, dass diese eine große Zahl von rechtlichen Einschätzungen enthalten, die **keine Deckung im Gesetzestext** finden. Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung können Ausführungen in den Gesetzesmaterialien nur dann zur Interpretation herangezogen werden, wenn diese im Gesetzeswortlaut Deckung finden.⁵⁹⁾

So wird etwa in den EB zum IA die Ansicht vertreten, dass eine Kreditgewährung und Auszahlung an ein insolvenzgefährdetes Unternehmen ungeachtet der gefährdeten Rückzahlung keinen Schaden des Machtgebers darstelle. Dieser undifferenzierten Ansicht kann meines Erachtens nicht gefolgt werden. Hier ist wohl vielmehr unter Zugrundelegung der durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 neu eingeführten *Business Judgement Rule*⁶⁰⁾ zu untersuchen, ob der Geschäftsleiter sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen hat leiten lassen und auf der Grundlage angemessener Informationen annehmen durfte, zum Wohl der Gesellschaft zu handeln. Sofern dies nicht der Fall ist, da der Geschäftsleiter selbst bereits angenommen hat, dass der an das insolvenzgefährdete Unternehmen gewährte Kredit mit beträchtlicher

gebnis lässt sich nicht zuletzt davon ableiten, dass der von den drei Nationalratsabgeordneten initiierte zweite Satz des § 153 Abs 2 neu StGB keine Zustimmung der Mehrheit der Abgeordneten gefunden hat und daher nicht ins Strafgesetzbuch aufgenommen worden ist.

⁵⁷⁾ OGH 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s, *Libro*.

⁵⁸⁾ EB zum IA 1110/A 25. GP.

⁵⁹⁾ *Egger in Schwimann*, ABGB³ § 6 ABGB Rz 5; OGH 11. 11. 2009, 2 Ob 173/08t.

⁶⁰⁾ § 25 Abs 1a GmbHG, § 84 Abs 1a AktG.

Wahrscheinlichkeit nicht wird zurückgezahlt werden können, liegt ein *dolus eventualis* in Bezug auf die Schädigungsabsicht vor.

Auch die weiteren Ausführungen in den EB zum IA zum Eventualschädigungsvorsatz überzeugen nicht. Die Autoren vertreten die Ansicht, dass das Handeln im Bewusstsein einer **sehr beträchtlichen Vermögensgefährdung** für die Annahme eines bedingten Schädigungsvorsatzes nicht ausreicht.⁶¹⁾ Sofern der Machthaber darauf vertraue, dass sich die sehr beträchtliche Vermögensgefährdung nicht realisiere, sei es infolge einer plötzlichen Besserung der wirtschaftlichen Lage, sei es infolge des Eingreifens eines neuen Investors, fehle es an einem Eventualschädigungsvorsatz.

Zunächst ist festzuhalten, dass diese Ansicht keine wie immer geartete Deckung im Gesetzestext findet, der in Bezug auf den Eventualschädigungsvorsatz völlig unverändert geblieben ist. Auch inhaltlich überzeugt diese Argumentation nicht. Wenn jemand wissentlich seine Befugnis über fremdes Vermögen zu verfügen missbraucht und durch dieses Handeln eine beträchtliche Vermögensgefährdung des Machtgebers für möglich hält und dennoch handelt, so liegt ein *dolus eventualis* in Bezug auf den Schädigungsvorsatz vor. Wollte man der gegenteiligen Ansicht folgen, so könnte sich der untreu Handelnde immer darauf herausreden, dass er felsenfest davon überzeugt war, dass sich die wirtschaftliche Lage plötzlich bessern werde oder ein unbekannter Investor aus dem Nichts erscheine.⁶²⁾ Dies würde letztlich dazu führen, dass sich ein untreu Handelnder nur ein entsprechendes Argumentarium zulegen müsste, um der Strafbarkeit wegen Untreue zu entgehen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Novellierung der Untreuebestimmung nicht jene gravierenden Auswirkungen haben wird, die in den EB zum IA skizziert werden. In Grenzfällen, in denen es um eine ex ante zulässig erscheinende Ermessensausübung (die sich ex post als unrichtig herausgestellt hat) oder um das Handeln auf der Grundlage einer vertretbaren Rechtsansicht geht, wird die novellierte Untreuebestimmung im Zusammenhang mit der neu eingeführten *Business Judgment Rule* jedoch zu einem anderen Ergebnis als bisher führen. Die wissentliche Ausschüttung eines auf der Basis einer Bilanzfälschung „erzeugten“ Gewinns ist jedoch auch nach der *Business Judgment Rule* nicht vertretbar und stellt weiterhin, auch bei Zustimmung sämtlicher Gesellschafter, eine Untreue dar.

⁶¹⁾ EB zum IA 1110/A 25. GP 5.

⁶²⁾ So die Beispiele in den EB zum IA 1110/A 25. GP 5.

