

2/2016

S. 85–156, ART.-NR. 45–110

Februar 2016

# RdW

ÖSTERREICHISCHES RECHT DER WIRTSCHAFT

Herausgeber: Wilma Dehn, Werner Doralt, Gunter Mayr,  
Christian Nowotny, Franz Schrank

## WIRTSCHAFTSRECHT

- » **Nicolas Raschauer:** Crowdfunding nach dem Alternativfinanzierungsgesetz
- » **Stephan Briem:** Verbotene Einlagenrückgewähr und Untreue
- » **Wolfgang Reisinger:** Versicherungsrechtliche Judikatur für die Wirtschaft

## ARBEITSRECHT

- » **Andreas Gerhartl:** Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Verschweigens der Behinderteneigenschaft

## STEUERRECHT

- » AfA beim Fruchtgenuss – und beim Vorerben?
- » VwGH: Preis für Dissertation nicht steuerbar
- » **Christoph Marchgraber:** Fremdkapitalzinsenabzug bei konzerninternem Erwerb in der Gruppe
- » **Daniel Varro:** GrEStG Neu: Anteilsvereinigung in der Unternehmensgruppe verfassungswidrig?

ding-Initiativen vorzulegen; dies ist im Sinne der Rechtssicherheit zu begrüßen. Zudem werden Crowdfunding-Plattformen – je nach Emissionsvolumen – abgestuften Informations- und Veröffentlichungspflichten unterworfen, um Anlegern rasch allgemeine Informationen über Emissionen zu verschaffen.

Ob das Gesetz nun gewährleistet, dass mehr „alternative Finanzierungsprojekte“ durchgeführt werden als bisher, könnte zu bezweifeln sein, da größere Finanzierungsvolumina (über 1,5 Mio € pro Einzelemission) nicht Ziel des Gesetzesvorhabens waren und vom AltFG nicht erfasst werden; zudem sind die Anlagebeschränkungen für Verbraucher nicht sonderlich attraktiv. Die Bemühungen des Gesetzgebers zum Schutz der Anleger dürfen dabei jedoch nicht einfach überspielt werden.

Eines soll am Ende angemerkt werden: Emissionen nach dem AltFG stellen weiterhin **Hochrisikoinvestments** dar; erst kürzlich

sind einzelne „Vorzeigeprojekte“ der heimischen Crowdfunding-Szene überraschend gescheitert.<sup>51</sup> Wer daher in entsprechende Emissionen investiert, sollte wissen, worauf er sich einlässt ...

<sup>51</sup> Siehe zB <http://kurier.at/wirtschaft/unternehmen/crowdfunding-projekt-woodero-ist-pleite/125.658.373>, abgerufen am 20. 1. 2016.



#### Der Autor:

PD Dr. Nicolas Raschauer ist als Of Counsel bei CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati tätig. Einer seiner Forschungs- und Praxisschwerpunkte ist das Finanzmarktaufsichtsrecht.

✉ [raschauer@xlink.at](mailto:raschauer@xlink.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Raschauer/Nicolas](http://lesen.lexisnexis.at/autor/Raschauer/Nicolas)

Foto: privat

Dr. Stephan Briem • Wien

## Verbotene Einlagenrückgewähr und Untreue

• RdW 2016/59

Ausgehend vom Schutzzweck der verbotenen Einlagenrückgewähr setzt sich dieser Beitrag mit dem Verhältnis dieser Rechtsfigur zum Tatbestand der Untreue auseinander. Unter Bezugnahme auf die Libro-Entscheidung des OGH<sup>1</sup> wird die Tragfähigkeit der vielfach in der Lehre<sup>2</sup> vertretenen Meinung, dass es eine die Strafbarkeit der verbotenen Einlagenrückgewähr beseitigende Dispositionsbefugnis der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen gebe, untersucht. Es wird auf die Frage eingegangen, ob in Bezug auf den Untreuetatbestand eine Ungleichbehandlung der GmbH und der AG gerechtfertigt ist. Eine etwaige Strafbarkeit der Mitglieder des Aufsichtsrates wird ebenso beleuchtet wie eine etwaige Strafbarkeit der die verbotene Einlagenrückgewähr beschließenden Gesellschafter. Abschließend wird untersucht, ob und welche Auswirkungen die Änderung des § 153 StGB idF des Strafrechtsänderungsg 2015 hat.

### 1. Ausgangssituation

Die UD-AG war hundertprozentige Alleingesellschafterin der Librodisk Handels AG (im Folgenden kurz: „Libro-AG“). Sie sollte an

der Wertsteigerung der Libro-AG infolge des Börsenganges partizipieren. Man fasste daher den Beschluss, die UD-AG *downstream* mit der Libro-AG zu verschmelzen. Diese Verschmelzung wäre rechtlich nicht zulässig gewesen, da sie zu einem Verschmelzungsverlust geführt hätte. Um den Verschmelzungsverlust zu verhindern und die UD-AG vor der Verschmelzung schuldenfrei zu stellen, entschloss man sich, auf der Basis des Jahresabschlusses 1998/1999 eine „Sonderdividende“ der Libro AG an ihre Alleinaktionärin UD-AG in Höhe von 440 Mio S 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 S „erhöhten“ Gewinn „dargestellt“. 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 S 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. In der Folge wurde wie geplant die *Downstreamverschmelzung* 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 Vorstandsmit-

<sup>1</sup> OGH 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s.

<sup>2</sup> *Lewis/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.

glieder 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 Treupflicht zu dispensieren.

Diese OGH-Entscheidung ist auf Kritik in der Lehre<sup>3</sup> 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, 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.

## 2. 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.<sup>4</sup>

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“.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Eingehend Hanns F. Hugel, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht, in Kalss/U. Torggler, Einlagenrückgewähr (2. Wiener Unternehmerrechtstag) 24 ff.

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 Vermögensbindung des über das gesperrte Kapital hinausgehenden Gesellschaftsvermögens.<sup>5</sup>

Das Ziel des Einlagenrückgewährverbots wird durch die Einhaltung der unternehmensrechtlichen Gewinnermittlungsregelungen und des gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilungsverfahrens bewirkt. Im Jahresabschluss dürfen nur realisierte Gewinne<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> Gesellschafterinteressen werden insb durch die gesellschaftsrechtlichen Gewinnfeststellungs- und -verteilungsregelungen gewahrt, ohne deren Einhaltung ausschüttungsfähiger Bilanzgewinn nicht ausgewiesen werden darf.

Das Verbot der Einlagenrückgewähr dient dem Interesse der Gesellschafter (Gleichbehandlung, wahrheitsgemäße Information, Transparenz und Teilhabe an der Ausschüttungsentscheidung), dem Interesse der Gläubiger und dem Interesse potenzieller Gesellschafter (Anleger).<sup>8</sup> Das Verbot der Einlagenrückgewähr und damit die umfassende Vermögensbindung in der Kapitalgesellschaft stellt das Äquivalent zu der durch diese Gesellschaftsform ermöglichten Haftungsbeschränkung dar. 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.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Instruktiv Hanns F. Hugel, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht, in Kalss/U. Torggler, Einlagenrückgewähr (2. Wiener Unternehmerrechtstag) 24.

<sup>6</sup> § 201 Abs 2 Z 4 lit a UGB spricht von den am Abschlussstichtag verwirklichten Gewinnen.

<sup>7</sup> Hanns F. Hugel, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht 25; Kalss, ecolex 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.

<sup>8</sup> Ebenso Hanns F. Hugel, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht 23. Dies ist besonders für börsennotierte Unternehmen von Relevanz.

<sup>9</sup> So Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/875; zur Teilnichtigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts: OGH 4 Ob 252/02s, wbl 2003/150.

### 3. Schutzzweck des Straftatbestands der Untreue

Eine Untreue begeht, wer seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch den anderen am Vermögen schädigt.<sup>10</sup> 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 OGH richtig in stRsp<sup>11</sup> 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 (Aktionäre). Es gibt keine vertretbare Rechtfertigung dafür, im Wirtschaftsstrafrecht vom Prinzip der Rechtssubjektivität der GmbH oder AG abzurücken.<sup>12</sup>

Das Vermögen der Kapitalgesellschaft als juristischer Person ist für sich selbst geschützt. Eine Vermögensverschiebung zulasten der Kapitalgesellschaft durch wissentlichen 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.

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.<sup>13</sup> Untreue schützt das Vermögen, wobei der wirtschaftliche Vermögensbegriff gilt.<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup>

Bei einer Untreue zulasten einer GmbH ist nicht der Schaden der Gesellschafter maßgebend, sondern jener der Gesellschaft als eigenes Rechtssubjekt.<sup>16</sup> Dies ergibt sich, wie der OGH in der Libro-Entscheidung zutreffend feststellt, aus der Rechtssubjektivität der Kapitalgesellschaft. Geschützt ist das Vermögen der Ka-

pitalgesellschaft als juristischer Person. Die Kapitalgesellschaft ist der Machtgeber und nicht die Gesellschafter.<sup>17</sup>

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 Untreueatbestand 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.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> An der Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses auf Durchführung einer verbotenen Einlagenrückgewähr ändert auch eine allfällige Einstimmigkeit des General- oder Hauptversammlungsbeschlusses nichts.<sup>20</sup> Auch einem Alleingesellschafter oder Alleinaktionär ist es nicht möglich, die Gesellschaftsinteressen und damit das Innenverhältnis abweichend von den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen festzulegen.<sup>21</sup> Die umfassende Vermögensbindung in der Kapitalgesellschaft hindert eine rechtswirksame und damit strafbefreiende Zustimmung zur verbotenen Einlagenrückgewähr. Ebenso wenig beseitigt die Genehmigung durch einen allfälligen Aufsichtsrat die Widerrechtlichkeit der Einlagenrückgewähr.<sup>22</sup>

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 verwirklicht, wenn ausreichendes Vermögen überbleibt, um alle gegenwärtigen und künftigen Gläubiger zu be-

<sup>10</sup> Es werden die Begriffe des neu gefassten § 153 StGB (BGBl I 2015/112) verwendet.

<sup>11</sup> OGH 12 Os 1113/14 f; 12 Os 117/12s; 13 Os 55/12 f; 13 Os 116/12a; 13 Os 110/02.

<sup>12</sup> Zur Frage, ob durch die Neufassung des § 153 StGB eine Änderung dieser Einschätzung eingetreten ist, siehe Punkt 9.

<sup>13</sup> *Fabrizy*, StGB-Kurzkommentar<sup>10</sup> § 153 StGB Rz 1; OGH SSt 41/64; SSt 42/54; LSK 1977/313.

<sup>14</sup> *Kirchbacher/Presslauer* in WK zum StGB<sup>2</sup> § 153 StGB Rz 1; OGH 15 Os 85/02, SSt 64/62.

<sup>15</sup> *Fabrizy*, StGB-Kurzkommentar<sup>10</sup> § 153 StGB Rz 4.

<sup>16</sup> *Fabrizy*, StGB-Kurzkommentar<sup>10</sup> § 153 StGB Rz 8a; OGH 12 Os 117/12s.

<sup>17</sup> *AA Kalss*, *ecolex* 2014, 498.

<sup>18</sup> Diesbezüglich ist die Argumentation des OGH, offensichtlich im Bemühen, sein Urteil auf möglichst viele Argumente zu stützen, widersprüchlich, wenn er ausführt, dass Einwilligung sämtlicher Aktionäre zu einer Selbstschädigung nicht vorgebracht oder in den Verfahrensergebnissen vorgekommen sei. Wenn eine Zustimmung zur Einlagenrückgewähr wirksam nicht erteilt werden kann, wie der OGH in der Folge ausführt, so kann es nicht darauf ankommen, ob einige oder alle Gesellschafter dieser Maßnahme zustimmen.

<sup>19</sup> *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.

<sup>20</sup> § 199 Abs 1 Z 3 AktG.

<sup>21</sup> OGH 12 Os 117/12s.

<sup>22</sup> § 84 Abs 4 AktG.

friedigen. 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).

#### 4. Zivilrechtlich nichtig, strafrechtlich jedoch irrelevant?

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*<sup>23</sup> die Meinung, dass der Machtgeber im Hinblick auf Machthaberdispositionen zu seinen Lasten zustimmungsbehaftet 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*<sup>24</sup> vertretene Meinung, dass es bei Zustimmung des Alleingeschafters 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,<sup>25</sup> 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. Störend an dieser obigen Argumentation ist, dass man, wenn es um die Haftungsbegrenzung geht, 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 Kapitalgesellschaft nicht der Anteilseigner, sondern vielmehr die Kapitalgesellschaft als eigenständiges Rechts- und Wirtschaftssubjekt.

Dass dies Einschränkungen beim Vermögenstransfer von der Gesellschaft zu den Gesellschaftern, bei Umgründungsmaßnahmen oder im Rahmen eines Konzerns mit sich bringt, ist evident. Wenn man hier Änderungen wünscht, so sollte man dies klar artikulieren und die diesbezüglichen Änderungswünsche an den Gesetzgeber richten und nicht im Rahmen der bestehenden Gesetzeslage ein anerkanntes Rechtsinstitut wie die Rechtssubjektivität der Kapitalgesellschaft negieren, um zu dem gewünschten Resultat zu gelangen.

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*<sup>26</sup> 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%-Gesell-

<sup>23</sup> *Lewisch/N. Huber*, Untreue zulasten einer Kapitalgesellschaft trotz Gesellschafterzustimmung, RdW 2014, 567 ff.

<sup>24</sup> *Lewisch/N. Huber*, Untreue zulasten einer Kapitalgesellschaft trotz Gesellschafterzustimmung, RdW 2014, 567 ff.

<sup>25</sup> Siehe dazu oben 2.

<sup>26</sup> *Bollenberger/Wess*, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, RdW 2014/247 ff.

schafter 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.<sup>27</sup> Eine Aliquotierung des Untreueschadens, wie von *Bollenberger/Wess* vorgeschlagen, würde den untreu Handelnden geradezu belohnen und ist daher abzulehnen.

## 5. Sonderfall Einmann-GmbH

Etwas anderes gilt lediglich bei der „Einmann-GmbH“, deren Alleingesellschafter zugleich Alleingeschäftsführer ist.<sup>28</sup> Der Tatbestand der Untreue schützt das Vermögen.<sup>29</sup> 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,<sup>30</sup> mangelt es hier an der Schädigung des Vermögens eines Dritten.<sup>31</sup> 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.

## 6. GmbH versus AG

Eine Ungleichbehandlung der GmbH und der AG, mit Ausnahme der „Einmann-GmbH“ mit Gesellschaftergeschäftsführer, lässt sich dogmatisch nicht rechtfertigen.<sup>32</sup> Die Bestimmungen zur Vermögensbindung in der Kapitalgesellschaft sind 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 Untreuetatbestand rechtfertigen würden.<sup>33</sup> Dieser ist vielmehr auch auf andere juristische Personen mit eigenem Vermögen (Genossenschaften, Vereine und Stiftungen) anzuwenden.

## 7. 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.<sup>34</sup> 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 der Willenseite.<sup>35</sup> Befugnismissbrauch liegt vor, wenn sich der Täter nach außen im Rahmen der Befugnis handelnd über Begrenzungen im Innenverhältnis hinwegsetzt.<sup>36</sup> Grundsätzlich kann Untreue gem § 2 StGB auch durch Unterlassen begangen werden, weil die Befugnis, über fremdes 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 eingeräumte rechtsgestaltende Kraft zu gebrauchen und damit zumindest bedingt vorsätzlich den Machtgeber am Vermögen schädigt. Hier sind jedoch neben der Garantenstellung insb 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 begeht. Gewissheit setzt zweifelsfreie Kenntnis voraus.<sup>37</sup> 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 aus. Der Vermögensnachteil braucht jedoch nur bedingt vorsätzlich zugefügt werden.<sup>38</sup> Der Schädigungswille muss im Zeitpunkt des wissentlichen Befugnismissbrauchs vorliegen. Eine entsprechende nachträgliche Willensbildung reicht nicht aus.<sup>39</sup>

Gerade bei wirtschafts- und gesellschaftsrechtlichen Sachverhalten gibt es oft genug Zweifel an der (zivilrechtlichen) Rechtmäßigkeit einer geplanten Handlung. Sofern diese Zweifel *vertretbar*<sup>40</sup> sind, wird keine Wissentlichkeit anzunehmen sein. Abgestellt wird ausschließlich auf das Wissen des Täters. Der un-

27 Siehe 2. Schutzzweck des Verbots der Einlagenrückgewähr.

28 *Fabrizy*, StGB-Kurzkommentar<sup>10</sup> § 153 StGB Rz 8a.

29 *Kirchbacher/Presslauer* in WK zum StGB<sup>2</sup> § 153 StGB Rz 1.

30 *Fabrizy*, StGB-Kurzkommentar<sup>10</sup> § 153 StGB Rz 8; OGH 15 Os 190/08t.

31 *Kirchbacher/Presslauer* in WK zum StGB<sup>2</sup> § 153 StGB Rz 37.

32 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.

33 Ebenso *Kapsch/Kier*, Untreuestrafbarkeit zulasten einer Aktengesellschaft, JBl 2014, 599 ff.

34 Vgl *Fabrizy* in WK zum StGB<sup>2</sup> § 12 Rz 11.

35 *Reindl* in WK zum StGB<sup>2</sup> § 5 Rz 2.

36 *Kirchbacher/Presslauer* in WK zum StGB<sup>2</sup> § 153 StGB Rz 28.

37 *Reindl* in WK zum StGB<sup>2</sup> § 5 Rz 31; OGH 12 Os 41/88, EwBl 1981/242.

38 Vgl die EB zu 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.“

39 *Kirchbacher/Presslauer* in WK zum StGB<sup>2</sup> § 153 StGB Rz 42.

40 Zu Änderung des § 153 StGB durch dessen neuen Abs 2 siehe Punkt 9.

wissend oder vorschnell Urteilende mag in Wissentlichkeit handeln, wo ein Besonnener, Kundiger Zweifel hat und daher nicht zur Wissentlichkeit vorstößt.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup>

Der zugefügte Vermögensnachteil kann in einer Verminderung der Aktiven oder einer Vermehrung der Passiven bestehen. Eine Vereitelung einer Gewinnchance wird nur in Ausnahmefällen als eine Zufügung eines Vermögensnachteils gem § 153 StGB anzusehen sein. Die gern gebrauchte Formel, wonach der Machtgeber verpflichtet ist, seine gesamte Geschäftstätigkeit so vorzunehmen, dass sie den größtmöglichen Nutzen für den Machtgeber hervorbringt,<sup>43</sup> ist für gesellschaftsrechtliche Sachverhalte denkbar ungeeignet. *Strafrechtlich* sind Manager nicht verpflichtet, allenfalls sich bietenden Gewinnchancen für den Machtgeber wahrzunehmen. Ihre strafrechtliche Verpflichtung besteht darin, ihr rechtliches Können (Befugnis) im Rahmen des rechtlichen Dürfens (Innenverhältnis) auszuüben.<sup>44</sup>

## 8. Strafbarkeit von Mitgliedern des Aufsichtsrats und von Gesellschaftern

Da es sich bei der Untreue um ein echtes Sonderdelikt handelt, kann unmittelbarer Täter nur jemand sein, dem die Befugnis eingeräumt worden ist, über fremdes Vermögen zu verfügen. Der Befugnismissbrauch betrifft das Unrecht der Tat, weshalb gem § 14 Abs 1 StGB eine Tatbeteiligung von Personen möglich ist, die nicht Befugnisträger sind.<sup>45</sup> Ein Beitrags- oder Bestimmungstäter muss wissentlich und in zumindest bedingter Schädigungsabsicht mitwirken. Sein Vorsatz muss sich auf die wissentliche Mitwirkung am zumindest bedingt vorsätzlichen Befugnismissbrauch durch den unmittelbaren Täter und auf die Schädigung des Machtgebers beziehen.<sup>46</sup>

Der Beitrags- oder Bestimmungstäter muss es also für gewiss halten, dass der Befugnisträger objektiv die ihm übertragene Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, missbraucht und dass er dabei zumindest bedingt vorsätzlich handelt.<sup>47</sup> Es ist somit eine *abgeschwächte doppelte Wissentlichkeit* erforderlich. Der Beitragstäter muss es für gewiss halten, dass der unmittelbare Täter seine Befugnis missbraucht, und er muss es für gewiss halten, dass er dabei zumindest bedingt vorsätzlich handelt. In

diesem Wissen muss er willentlich einen Beitrag zum Befugnismissbrauch leisten. Eine „doppelte Wissentlichkeit“ in dem Sinn, dass sowohl der Beitrags- oder Bestimmungstäter als auch der Befugnisträger wissentlich handeln müssen, ist nicht erforderlich.<sup>48</sup> Das Unrecht der Tat hängt lediglich davon ab, dass der Befugnisträger an der Tat „in bestimmter Weise“ (§ 14 Abs 1 zweiter Satz StGB), also zumindest bedingt vorsätzlich, mitwirkt.<sup>49</sup>

In Bezug auf das Verhalten von Mitgliedern des Aufsichtsrats und von Gesellschaftern (Aktionären) kommt es also wesentlich darauf an, ob die geforderte abgeschwächte doppelte Wissentlichkeit bei ihnen vorliegt. Sofern diese und ein zumindest bedingter Schädigungsvorsatz gegeben sind, handeln sie als Beitragstäter.

Der Vorsatz des Bestimmungstäters muss sich auf den unrechtsbegründenden Vorsatz des Qualifizierten erstrecken.<sup>50</sup> Voraussetzung für die Strafbarkeit als Bestimmung zur Untreue ist in subjektiver Hinsicht, dass es der Bestimmungstäter für gewiss hält, dass der Befugnisträger bei bestimmungsgemäßem Verhalten seine Befugnis zumindest bedingt vorsätzlich missbrauchen werde.<sup>51</sup>

Ein versuchter Beitrag bleibt straflos.<sup>52</sup> Die versuchte Bestimmung zur Untreue wird gem § 15 Abs 2 StGB als Versuch der Tat gewertet.<sup>53</sup>

## 9. Änderungen durch die Neufassung von § 153 StGB

Aufgrund des Initiativantrages dreier Abgeordneter<sup>54</sup> wurde durch das StrafrechtsänderungsG 2015 § 153 Abs 1 StGB geringfügig umformuliert,<sup>55</sup> ein neuer § 153 Abs 2 StGB eingefügt und im bisherigen Abs 2, der zum Abs 3 mutierte, wurden die Wertgrenzen von 3.000 € auf 5.000 € und von 50.000 € auf 300.000 € erhöht.<sup>56</sup>

§ 153 Abs 2 StGB idF des StrafrechtsänderungsG 2015 lautet: „Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.“<sup>57</sup> Der ebenfalls im Initiativantrag ent-

41 Nowakowski in WK zum StGB § 5 Rz 10.

42 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.

43 Liebscher in WK zu StGB § 153 Rz 16; SSt 22/62, 26/10.

44 Vgl Kirchbacher/Presslauer in WK zum StGB<sup>2</sup> § 153 StGB Rz 38, wonach ein Manager bei einer bestehenden Gewissheit verpflichtet ist, einer konkreten Handlungspflicht zu entsprechen.

45 Kirchbacher/Presslauer in WK zum StGB<sup>2</sup> § 153 StGB Rz 2.

46 Fabrizy, StGB-Kurzkommentar<sup>10</sup> § 153 StGB Rz 7; OGH SSt 64/17, EvBl 2002/166 = JBl 2003, 330 (Sautner); 14 Os 96/05g.

47 OGH 12 Os 117/12s.

48 Vgl Fabrizy, StGB-Kurzkommentar<sup>10</sup> § 153 StGB Rz 7. Anm Sautner zu OGH 15 Os 16/02. AA Reindl in WK zum StGB<sup>2</sup> § 5 Rz 78, die die Ansicht vertritt, dass sowohl der Beitrags- als auch der unmittelbare Täter wissentlich handeln müssen, da sonst das strafrechtliche Unrecht der Tat durch den Qualifizierten nicht hergestellt werde. Diese Rechtsansicht ist abzulehnen, da sie auf eine qualitative Akzessorität hinausläuft.

49 Kirchbacher/Presslauer in WK zum StGB<sup>2</sup> § 153 StGB Rz 44.

50 Fabrizy in WK zum StGB<sup>2</sup> § 12 Rz 69.

51 EvBl 1998/80.

52 Fabrizy in WK zum StGB<sup>2</sup> § 12 Rz 108.

53 Fabrizy in WK zum StGB<sup>2</sup> § 12 Rz 73.

54 Mag. Steinacker, Dr. Jarolim und Dr. Vetter.

55 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.

56 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.

57 Ob mit diesem neu eingefügten Abs 2 des § 153 StGB tatsächlich die viel diskutierte angloamerikanische Business Judgement Rule Einzug in das

haltens 2. 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.

Regeln, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen, sind zweifellos die Gewinnermittlungs- und feststellungsregeln.<sup>58</sup> Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist ebenso eine dieser Regeln, denn es dient ua dazu zu verhindern, dass einem Gesellschafter zulasten der übrigen Gesellschafter seine Einlage zurückgewährt wird. Die Formulierung „in unvertretbarer Weise“ wird von der Lehre und Rechtsprechung zu interpretieren sein.<sup>59</sup> Herangezogen werden können hier die EB zur RV in Bezug auf den neu eingeführten § 163a StGB (Unvertretbare Darstellung wesentlicher Informationen über bestimmte Verbände).<sup>60</sup> Das Ausnützen 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.

Eine verbotene Einlagenrückgewähr durch die Ausschüttung eines überhöhten Gewinns ist nicht vertretbar und daher strafbar. Auch die Zustimmung aller Gesellschafter macht diese verbotene Einlagenrückgewähr nicht zu einem vertretbaren Regel-

verstoß. Da die diesbezüglichen Normen des GmbH- und Aktienrechts<sup>61</sup> keinen Ermessensspielraum vorsehen, gibt es keine vertretbare Art, vom Einlagenrückgewährverbot abzuweichen. Es handelt sich hier immerhin um eine zentrale Bestimmung des Rechts der Kapitalgesellschaften, die gleichsam die Kehrseite der Haftungsbeschränkung ist. Die in der Begründung des Initiativantrages durch die NRBg 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 daher abzulehnen.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> § 82 Abs 2 GmbHG, § 52 AktG.

<sup>62</sup> Diese Ansicht leugnet implizit die Rechtssubjektivität der Kapitalgesellschaft und dass diese durchaus eigene, rechtlich schützenswerte Vermögensinteressen hat. Dieses Ergebnis lässt sich nicht zuletzt davon ableiten, dass der von den drei NRBg initiierte 2. Satz des § 153 Abs 2 neu StGB keine Zustimmung der Mehrheit der Abgeordneten gefunden hat und daher nicht ins Strafgesetzbuch aufgenommen worden ist.

österreichische Strafgesetzbuch gehalten hat, ist zumindest fraglich. In Grenzfällen, in denen zulässiges unternehmerisches Ermessen auf der Basis ausreichender Informationen sachlich begründet ausgeübt wird, kann diese Doktrin möglicherweise helfen, den neu eingeführten Begriff der „Unvertretbarkeit“ zu schärfen.

<sup>58</sup> Siehe hierzu oben Punkt 2.

<sup>59</sup> Die Begründung des Initiativantrages durch die NRBg Mag. *Steinacker*, Dr. *Jarolim* und Dr. *Vetter* bietet für eine Interpretation keine taugliche Grundlage, da sie nicht wie etwa die EB zur RV zumindest die Sichtweise der ministeriellen Legisten und damit der Regierung widerspiegelt, sondern wohl nur die Meinung der drei NRBg.

<sup>60</sup> EB zur RV 689 BlgNR 25. GP 28.



#### Der Autor:

Dr. **Stephan Briem** ist Rechtsanwalt in Wien mit einer Spezialisierung im Bereich Wertpapierrecht. Er vertritt geschädigte Anleger in Zivil- und Strafverfahren, insbesondere als Privatbeteiligtenvertreter.

#### Publikationen des Autors:

Internationales Wettbewerbs- und Kennzeichenrecht (1995) und zahlreiche Beiträge in in- und ausländischen Fachzeitschriften.

✉ [stephan.briem@briemlaw.at](mailto:stephan.briem@briemlaw.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Briem/Stephan](http://lesen.lexisnexis.at/autor/Briem/Stephan)

Foto: Katharina Schiffl

## LexisNexis® Bibliotheksservice

Ihr kompetenter Partner für Fachliteratur  
in den Bereichen Recht, Steuern und Wirtschaft.

Individuelle Beratung und Unterstützung durch unser  
Rechercheservice und internationales Netzwerk halten  
auch Ihre Bibliothek auf dem aktuellsten Stand.



**LexisNexis®**

Tel.: +43-1-53452-0 | [kundenservice@lexisnexis.at](mailto:kundenservice@lexisnexis.at)  
Marxergasse 25, 1030 Wien | [www.lexisnexis.at](http://www.lexisnexis.at)

Bibliotheken  
kompetent  
beraten!