

Robert Kert, Wien

Untreue aus strafrechtlicher Sicht

Übersicht

- I. Einleitung
 - A. Zahl der Verurteilungen
 - B. Höchstgerichtliche Rechtsprechung
- II. Änderungen des § 153 durch das StRÄG 2015
 - A. Arbeitsgruppe StGB 2015
 - B. Der Initiativantrag und das StRÄG 2015
- III. Der Missbrauch der Befugnis
 - A. Allgemeines
 - B. Art der Befugnisbegründung
 - C. Legaldefinition des Befugnismissbrauchs (§ 153 Abs 2 StGB)
 - D. Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten
 - E. Verstoß in unvertretbarer Weise
 - F. Kriterien zur Ermittlung der Unvertretbarkeit
 - G. Einführung einer Business Judgment Rule im AktG und GmbHG
- IV. Der Vermögensschaden
 - A. Aus Vermögensnachteil wird Vermögensschaden
 - B. Vermögensschaden als effektiver Verlust an Vermögenssubstanz
 - C. Angleichung der Schadensbegriffe des Betrugs und der Untreue
- V. Erfordernisse des subjektiven Tatbestandes
- VI. Schlussfolgerungen

I. Einleitung

Der Tatbestand der Untreue steht seit einigen Jahren im Mittelpunkt des Interesses der wirtschaftsstrafrechtlichen und auch öffentlichen Diskussionen. Dies überrascht zunächst insofern, als der Untreue zuvor jahrzehntelang wenig Beachtung geschenkt wurde und auch in der strafrechtlichen Literatur¹⁾ wenig dazu publiziert wurde. Daher stellt sich die Frage, was der Grund dafür ist, dass die Untreue seit einiger Zeit in der öffentlichen Diskussion eine derart zentrale Rolle einnimmt und vor allem in der **Wirtschaft für große Unsicherheit** gesorgt hat.

¹⁾ Vgl. *Fuchs*, Probleme von Untreue und Betrug, in StPdG XI 197; *Schick*, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität in Österreich mit Mitteln des Strafrechts, in StPdG V 98; umfassend *Huber*, Die Organuntreue zu Lasten der Kapitalgesellschaften: eine Analyse der Strafbestimmungen des § 153 StGB (2012).

A. Zahl der Verurteilungen

Man könnte zunächst an die **Zahl der Verurteilungen wegen Untreue** denken. Da seit einigen Jahren Verfahren wegen des Verdachts der Untreue in den Medien alltäglich präsent sind, entsteht der Eindruck, dass der Tatbestand der Untreue viel häufiger als noch vor wenigen Jahren angewendet wird. Blickt man allerdings auf die gerichtliche Kriminalstatistik, zeigt diese ein anderes Bild: Die Zahl der Verurteilungen wegen Untreue bewegt sich in den letzten zehn Jahren konstant zwischen 115 und 145 Verurteilungen.²⁾ Ein Anstieg in den letzten Jahren ist nicht zu erkennen, im Jahr 2015 lag die Zahl bei 124 Verurteilungen (zum Vergleich dazu lag die Zahl im Jahr 1980 bei 262 Verteilungen). Die Zahl der Verurteilungen kann daher nicht der Grund für die Diskussionen über den Tatbestand der Untreue und die Verunsicherung in der Wirtschaft sein. Möglicherweise könnte aber die Medienpräsenz einiger prominenter Fälle den Eindruck einer häufigeren Anwendung des Untreuetatbestandes erwecken.

B. Höchstgerichtliche Rechtsprechung

Betrachtet man die **höchstgerichtlichen Entscheidungen** zur Untreue aus den letzten Jahren, ist in den konkreten Fällen keine besondere Ausdehnung des Tatbestandes der Untreue erkennbar. Abgesehen von der Entscheidung im Fall *Libro*,³⁾ in der der OGH für die AG zu einer von der Sonderkonstellation der Eimmann-GmbH abweichenden Beurteilung gelangte, ist nicht erkennbar, dass die Auslegung des Tatbestandes der Untreue zu einer Ausweitung der Strafbarkeit führte. Es erscheint – zumindest in der höchstgerichtlichen Judikatur – gerade die Frage des Befugnismissbrauchs relativ wenige Schwierigkeiten zu verursachen. Im Ergebnis wurde etwa auch in den öffentlich diskutierten Fällen *Bawag*⁴⁾ oder *Styrian Spirit*⁵⁾ wohl korrekterweise ein Befugnismissbrauch angenommen.

Blickt man aber nicht nur auf die konkreten Entscheidungen, sondern auch auf die **allgemeinen Ausführungen** des Höchstgerichts zur Untreue und im Speziellen zum Befugnismissbrauch, wird etwas verständlicher, woher die allgemeine **Unsicherheit** kommen könnte. Diese Ausführungen erscheinen zumindest teilweise missverständlich, wenig konkret und werfen eine Reihe von Fragen auf.

Der stRsp folgend verlangt der OGH unter anderem in der *BAWAG*-Entscheidung, dass **jeder Machthaber** grundsätzlich **verpflichtet** ist, seinem Machtgeber den **größtmöglichen Nutzen** zu verschaffen.⁶⁾ Nimmt man diese Anforderung ernst, macht eine solche allgemeine Verpflichtung den Untreuetatbestand auf der Ebene des Befugnismissbrauchs tatsächlich weitreichend und unbestimmt. Denn damit setzt das Strafrecht den Machthaber in zwei Richtungen unter Erfolgsdruck: Zum einen ist er verpflichtet, überhaupt für den Vertretenen

²⁾ Vgl die von Statistik Austria herausgegebenen gerichtlichen Kriminalstatistiken der Jahre 1976-2014.

³⁾ OGH 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p).

⁴⁾ OGH 23. 12. 2010, 14 Os 143/09z SSt 2010/78.

⁵⁾ OGH 21. 8. 2012, 11 Os 19/12x (11 Os 91/12k).

⁶⁾ OGH 23. 12. 2010, 14 Os 143/09z SSt 2010/78; OGH 1. 3. 2011, 14 Os 80/10m; siehe auch *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 153 Rz 28.

tätig zu werden, wenn dies zur Maximierung des Gewinns des Unternehmens beiträgt. Er hat alles zu tun, um möglichst hohe Gewinne zu erzielen. Bleibt er untätig, könnte dies zu einer Strafbarkeit wegen Untreue führen. Zum anderen darf er aber umgekehrt keine allzu großen Risiken eingehen, da diese die Gefahr von Verlusten in sich bergen. Es würde unter solchen Umständen ein schmaler Pfad bleiben, auf dem sich der Machthaber bewegen kann, ohne zumindest in die Nähe strafrechtlicher Risiken zu gelangen. Versteht man die Forderung in dieser Weise, würde das Strafrecht nicht als *ultima ratio* eingesetzt, sondern wäre der Wegweiser für wirtschaftliches Handeln – und letztendlich wäre das keine geeignete und passende Richtschnur.⁷⁾ Bewusst wird der Konjunktiv verwendet, denn auch wenn sich diese allgemeine Formulierung wiederholt in der Rechtsprechung findet, so bieten die konkreten Entscheidungen des OGH keinen Anlass zur Annahme, dass die Judikatur tatsächlich derart strenge Anforderungen stellt, sondern nur zu einer Strafbarkeit gelangt, wenn wirtschaftlich unvertretbare Risiken eingegangen werden. In der interessierten und teilweise betroffenen Öffentlichkeit kommen allerdings die allgemeinen Ausführungen an, die sehr weitgehend und wenig konkret gefasst sind.

Darüber hinaus könnte ein Problem in den Ausführungen – etwa in den Entscheidungen *Bawag*⁸⁾ und *Styrian Spirit*⁹⁾ – darin liegen, dass **Tathandlung und Taterfolg nicht immer klar voneinander getrennt** werden. Daraus folgt die Gefahr, dass aus der Verwirklichung eines Risikos, also dem Eintritt eines Vermögensschadens, ohne weiteres auf den Missbrauch der Vertretungsmacht geschlossen wird. Umgekehrt besteht die Gefahr, dass aus der wirtschaftlichen Unvertretbarkeit eines Geschäfts leicht schon auf den Eintritt des Schadens geschlossen wird.¹⁰⁾ Auch das ist unzulässig. Befugnismissbrauch und Schaden sind zwei voneinander zu trennende Tatbestandsmerkmale, die grundsätzlich selbstständig zu prüfen sind. Insofern sind die Begründungen der Rechtsprechung teilweise unklar. Sie könnten den Eindruck vermitteln, dass bereits bei einem schief gegangenen Geschäft auf einen Missbrauch der Befugnis und damit auf eine Strafbarkeit wegen Untreue geschlossen werden könnte. Die konkreten Entscheidungen des OGH bieten zwar keinen Anlass zur Annahme, dass eine derartige Vermengung von Tatbestandsmerkmalen in der Sache tatsächlich so judiziert wird.¹¹⁾ Allerdings sollten die Begründungen diese zwei Tatbestandselemente klar auseinanderhalten.

⁷⁾ *Kert/Komenda*, Untreue neu nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015, ÖZW 2015, 141 (142).

⁸⁾ OGH 23. 12. 2010, 14 Os 143/09z SSt 2010/78.

⁹⁾ OGH 21. 8. 2012, 11 Os 19/12x (11 Os 91/12k).

¹⁰⁾ Zur Unzulässigkeit eines solchen Schlusses siehe OGH 6. 9. 1990, 12 Os 50/90 JBl 1991, 532.

¹¹⁾ Vgl die diesbezügliche Kritik gegen die *Styrian-Spirit*-Entscheidung von *Komenda*, Der Untreuevorsatz, in *Hinterhofer* (Hrsg), Praxishandbuch Untreue (2015) 35 (52).

II. Änderungen des § 153 StGB durch das StRÄG 2015

A. Arbeitsgruppe StGB 2015

Soweit eine erste Bestandsaufnahme, worin die allgemeine Unsicherheit begründet sein könnte. Trotz der öffentlichen Kritik am Untreue-Tatbestand empfahl die Mehrheit der **Arbeitsgruppe StGB 2015** die Beibehaltung des Tatbestands.¹²⁾ Insbesondere wurde die Aufnahme eines Bereicherungsvorsatzes – sowohl als Qualifikation als auch im Grundtatbestand – mehrheitlich abgelehnt, da bei Einführung der Untreue bewusst auf einen Bereicherungsvorsatz verzichtet wurde, um beispielsweise Banken-Insolvenzen, die auf einem Befugnismissbrauch basieren, strafrechtlich erfassen zu können, da der Schaden in diesen Fällen zumeist sehr hoch ist. Auch eine begriffliche Klarstellung in dem Sinne, dass eine Untreue lediglich bei unvertretbaren Handlungen vorliegen kann, fand in der Arbeitsgruppe keine Mehrheit. Denn das Wort „Missbrauch“ umfasse ohnehin nur unvertretbare Handlungen. „Handlungen im Zusammenhang mit der Verwirklichung des normalen unternehmerischen Risikos“ fielen nicht unter den Begriff des „Missbrauchs“. Auch im **Ministerialentwurf** zum StRÄG 2015¹³⁾ fand sich noch kein Vorschlag zur Reform der Untreue.

B. Der Initiativantrag und das StRÄG 2015

Ein **Initiativantrag**¹⁴⁾ führte schließlich zu **Änderungen des § 153 StGB**. Diese Reform wurde vor allem damit begründet, dass sich in der Vergangenheit in der Praxis „vielfach Unklarheiten bei der Anwendung des Untreuetatbestandes und dessen Grenzen“ ergeben hätten. Daher sollten Befugnismissbrauch und Untreueschaden „in Einklang mit deren Grundverständnis und der Systematik der Vermögensdelikte präzisierend neu“ gefasst werden, ohne „den Gerichten ein zu enges Korsett anzulegen“.

Neben der Anpassung der Wertqualifikationen betreffen die Änderungen die Art der **Befugnisbegründung**, eine **Definition des Missbrauchs der Befugnis** sowie den **Deliktserfolg** („Schaden“). Als flankierende Maßnahme wurde im Initiativantrag auch die Einführung einer **Business Judgment Rule** im AktG und im GmbHG vorgeschlagen, die nun ebenfalls mit dem StRÄG 2015 vom Gesetzgeber gesetzlich verankert wurde.

Der Initiativantrag schlug darüber hinaus noch eine ausdrückliche Regelung vor, wonach ein Befugnismissbrauch ausgeschlossen sein sollte, „wenn der Machtgeber oder der wirtschaftlich Berechtigte der Vertretungshandlung zugestimmt hat“. Damit sollte wohl unmittelbar auf das *Libro-Urteil*¹⁵⁾ reagiert werden. Die zahlreichen begründeten Bedenken, die im Begutachtungsverfahren vorgebracht wurden und vor schwer vorhersehbaren Folgen einer derartigen Ausschlussregelung – vor allem abseits gesellschaftsrechtlicher Konstellatio-

¹²⁾ Bericht StGB 2015, III-104 BlgNR 25. GP 37 ff.

¹³⁾ 98/ME BlgNR 25. GP 1.

¹⁴⁾ IA 1110/A BlgNR 25. GP; vgl auch JAB 278 BlgNR 25. GP, in dem bezüglich § 153 StGB die Erläuterungen des IA größtenteils übernommen wurden.

¹⁵⁾ OGH 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p).

nen – warnten, haben schließlich dazu geführt, dass der Gesetzgeber von dieser Einfügung Abstand genommen hat.

III. Der Missbrauch der Befugnis

A. Allgemeines

Ein Befugnismissbrauch liegt vor, wenn ein **Machthaber im Rahmen seines rechtlichen Könnens gegen das interne Dürfen verstößt**, indem er sich über ihm im Innenverhältnis eingeräumte Vorgaben hinwegsetzt.¹⁶⁾ Auf der subjektiven Tatseite ist **Wissentlichkeit** in Bezug auf diesen Missbrauch erforderlich.

Hinsichtlich des Befugnismissbrauchs brachte das StRÄG 2015 im Wesentlichen zwei Änderungen: Die Art der Begründung der Befugnis wurde gestrichen und eine Legaldefinition des Befugnismissbrauchs eingeführt.

B. Art der Befugnisbegründung

In § 153 Abs 1 StGB wurde die Konkretisierung der Befugnisbegründung „durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte“ (Befugnis) entfernt. Die Erläuterungen zum Initiativantrag bezeichneten die Benennung der Begründungsmöglichkeiten einer Vertretungsmacht als sachlich verzichtbar. Die Änderung sollte in erster Linie die Lesbarkeit der Bestimmung erleichtern, inhaltliche Änderungen waren nicht beabsichtigt. Allerdings sollte die Streichung der Begründungsmöglichkeiten nicht dazu führen, dass die Untreue-Bestimmung auch auf faktische Vertretungsverhältnisse, also etwa auf „faktische“ (dh nicht förmlich bestellte) Geschäftsführer, ausgeweitet wird, wie dies schon bei den §§ 156 ff StGB geschehen ist.¹⁷⁾

C. Legaldefinition des Befugnismissbrauchs (§ 153 Abs 2 StGB)

In § 153 Abs 2 StGB wurde durch das StRÄG 2015 eine **Legaldefinition des Befugnismissbrauchs** eingeführt. Danach missbraucht seine Befugnis, „wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen“. Diese Definition wirft die Frage auf, ob sie nur eine Klarstellung oder aber eine Einschränkung der Strafbarkeit gegenüber dem bisherigen Tatbestand darstellt, wie sie vermutlich durch den Gesetzgeber geplant war. Auch ist zu hinterfragen, ob die Bestimmung tatsächlich die Grenzen des Untreuetatbestandes klarer als der alte Gesetzestext zieht und damit geeignet ist, die Bedenken und Sorgen in der Wirtschaft zu reduzieren.

Auffällig ist zunächst, dass die Definition des § 153 Abs 2 StGB eine Reihe **unbestimmter Gesetzesbegriffe** enthält, die auslegungs- und ausfüllungsbedürftig sind. Ob damit tatsächlich mehr Klarheit als nach der bisherigen Rechtslage geschaffen wurde, ist somit bereits aus diesem Grund schon fraglich.

¹⁶⁾ Beispielsweise *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I⁵ (2015) 226.

¹⁷⁾ Siehe hierzu OGH 10. 3. 2005, 12 Os 37/04; OGH 13. 12. 2005, 11 Os 117/05y; *Birklbauer/Hilf/Tipold*, Besonderer Teil I³ (2015) Vorbem §§ 156–163 Rz 10.