

- 4.56** Die im Initiativantrag geforderte darüber hinausgehende Klarstellung, dass ein Missbrauch ausscheidet, wenn der „Machtgeber“ oder „wirtschaftlich Berechtigte“ (also die Aktionäre oder ein hinter diesen stehender Machthaber, der Einfluss auf die Aktionäre hat) der Handlung zugestimmt hat, wurde letztlich nicht in den Gesetzestext der neuen Untreuebestimmung übernommen. Hintergrund für die Nichtübernahme dieser Klarstellung dürfte wohl sein, dass eine Gesetzeskorrektur in dieser Form eine zu harte Kritik des Libro-Urteils des OGH begründet hätte. Ausweislich der Materialien geschah dies, *„um den unrichtigen Eindruck zu erwecken, dass für die Einwilligung des wirtschaftlich Berechtigten bei der Untreue Sonderregeln gelten sollten.“* Diese Frage sei vielmehr nach dem allgemeinen Strafrecht zu beurteilen⁷¹⁷.
- 4.57** Auch aus der Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs zum Initiativantrag – dies freilich ohne rechtlich bindende Wirkung – lässt sich die Aussage entnehmen, dass am bisherigen für das gesamte StGB geltenden Dogma des tatbestandsausschließenden Einverständnisses auch vom OGH (künftig) festgehalten werden soll: *„Dass mängelfreie, das heißt nicht auf bewusst unrichtiger oder unvollständiger Information beruhende, ohne List und Zwang erfolgte Einwilligung des Machtgebers die Annahme eines Verstoßes gegen „internes Dürfen“ und damit eines Missbrauchs von Befugnissen ausschließt, entspricht gleichermaßen ständiger Rechtsprechung.“* Zudem weist der Vorsitzende des OGH in dieser Stellungnahme auch (wenn auch vorsichtig) darauf hin, dass die Rechtsprechung entweder den eingeschlagenen Weg der Libro Entscheidung wieder verlassen oder sich zu der in dieser Entscheidung gefundenen Lösung bekennen solle⁷¹⁸.
- 4.58** Die Neufassung könnte dazu führen, dass die Libro-Entscheidung eine „Ausreißerentscheidung“ bleibt. In ersten literarischen Stellungnahmen zur Neufassung des § 153 Abs 2 StGB wird Libro dabei bereits als „Rechtsgeschichte“ bezeichnet, denn eine verbotene Einlagenrückgewähr zugunsten des einzigen oder aller Gesellschafter sei künftig nur mehr über die Bilanz- oder Kridadelikte zu ahnden; denn wenn alle Gesellschafter rechtswidrig begünstigt werden, so werde jedenfalls keine *„Norm verletzt, die dem Schutz des wirtschaftlichen Begünstigten dient“*⁷¹⁹. Einschlägige Rechtsprechung zur Auslegung des neuen § 153 StGB in der Rechtsprechung des OGH fehlt freilich (noch).
- 4.59** Sonderfragen, die sich im Zusammenhang mit dem Einverständnis bei Organuntreue stellen, wurden in der Entscheidung nicht behandelt. Zu nennen sind dabei insbesondere die Problemkreise des Zeitpunkts der Einwilligung dh insbesondere die Frage, ob eine nachträgliche Zustimmung strafbarkeitsausschließend wirken kann oder auch die Frage, ob bei Gesellschaften mit mehreren Gesellschaftern, Einstimmigkeitsbeschlüsse erforderlich sind oder Mehrheitsbeschlüsse genügen. Diese Fragestellungen sind daher auch in der Neufassung des § 153 StGB weiterhin offen.

717 3A 728 BlgNr 25. GP 6.

718 Ratz, Stellungnahme Initiativantrag vom 12. 5. 2015.

719 Rüffler, GeS 2015, 261; Schima, RdW 2015, 290; kritisch dazu: Eckert/Spani/Wess, ZWF 2015, 263.

Praxistipp

Implikationen der Libro-Entscheidung

Es bleibt abzuwarten, ob die formaljuristische Sichtweise der Libro-Entscheidung vom OGH künftig dahingehend korrigiert werden wird, dass bei einem Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften, der mit Zustimmung der Gesellschafter/Aktionäre begangen wird, nicht gegen Regeln verstoßen wird, die „dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten“ dienen.

Trotz der Klarstellung des Schutzzwecks des § 153 StGB in der **neuen Gesetzesfassung** ist daher – bis zu einem eindeutigen Abgehen des OGH von seiner Libro-Judikatur – in der Praxis weiterhin **Vorsicht bei Fallkonstellationen dieser Art geboten**.

D. Befugnismissbrauch als reine „Missbrauchskonzeption“

1. Missbrauchskonzeption der österreichischen Untreuebestimmung

Nicht jedes pflichtwidrig oder treuwidrige Verhalten des Machthabers begründet nach der österreichischen Strafrechtsdoktrin jedoch automatisch eine Strafbarkeit iSd § 153 StGB. Anders in Deutschland: So wird beispielsweise im Zusammenhang mit § 266 dStGB auch eine sogenannte **Treubruchsuntreue** pönalisiert, dh die „*vermögensschädigende Verletzung der rechtlichen oder tatsächlichen Pflicht zur Fürsorge für fremdes Vermögen*“. Damit wird jede Handlung, sei diese tatsächlicher oder rechtlicher Art, die sich als eine Verletzung der sogenannten „*Vermögensbetreuungspflicht*“ dh der Pflicht die Interessen des Machtgebers zu betreuen ergibt, strafrechtlich im Rahmen des § 266 dStGB erfasst. **4.60**

Im Unterschied dazu wird in Österreich allein der Missbrauch durch Ausübung einer dem Täter zukommenden Befugnis als strafbarkeitsbegründend angesehen (sogenannte „Missbrauchskonzeption“)⁷²⁰. Dabei kann nach dem Wortlaut der sogenannte Befugnismissbrauch durch zwei verschiedene Varianten erfolgen, nämlich einerseits durch die Befugnis „*über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten*.“ Sieht man wie bereits ausgeführt, die Befugnis als eine Rechtsmacht an, so sind Rechtshandlungen iS des § 153 alle Handlungen mit vermögensrechtlichen oder verpflichtungsbegründenden Wirkungen. Typischerweise sind Vertragsabschlüsse, Auftragserteilungen, Gewährung von Preisnachlässen, Abgabe von rechtsverbindlichen Erklärungen (Verzichtserklärungen sowie Anerkenntnisse), aber auch die Einbringung/Zurückziehung einer Klage/eines Rechtsmittels, Rechtshandlungen iSd Missbrauchsbegriffs⁷²¹. Demgegenüber kommt – so der OGH – „*ein rein faktisches Handeln zum Nachteil des Machtgebers ohne rechtlichen Charakter als Tathandlung der Untreue nicht in Betracht*.“⁷²² Denn Untreue ist Missbrauch rechtlich eingeräumter Verfügungsmacht, im Gegensatz zu einer bloß **tatsächlichen** Verfügungsmacht⁷²³. **4.61**

720 Im Detail dazu *Huber*, Organuntreue, 103 ff.

721 Beispiele bei *Pfeifer* in *Trifflerer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Sbg-Komm § 153 Rz 26.

722 Exemplarisch: OGH 29. 9. 1993 13 Os 125/92.

723 OGH, 14 Os 101/96.