

ÖAMTC Rechtsdienste
Schubertring 1-3
1010 Wien

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien
team.s@bmj.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Stellungnahme des ÖAMTC
**zum Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch ,
das Suchtmittelgesetz, die Strafprozeßordnung 1975, das Aktiengesetz, das
Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das
Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft, das
Genossenschaftsgesetz, das ORF-Gesetz, das Privatstiftungsgesetz, das
Versicherungsaufsichtsgesetz 2016, und das Spaltungsgesetz geändert
werden (Strafrechtsänderungsgesetz 2015)**
(GZ • BMJ-S318.034/0007-IV/2015)

A) Grundsätzliches:

Der ÖAMTC bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme.
Wir regen an, die Qualifikationen des Fahrlässigkeitsdeliktes nochmals auf systematische
Unausgewogenheiten zu überprüfen und gegebenenfalls zu überarbeiten.
Mit unseren Anmerkungen wollen wir genau dazu entsprechende Vorschläge unterbreiten.
Weiteren Raum nimmt eine Stellungnahme unserer Experten für Vereins- und
Wirtschaftsrecht ein, die sich mit den Neuerungen zum Wirtschaftsstrafrecht befasst.

B) Anmerkungen zum Entwurf:

Z1, § 6 Abs 3, Definition grobe Fahrlässigkeit

Es ist nichts dagegen einzuwenden, dass nun eine Definition der „groben“ Fahrlässigkeit in § 6 Abs 3 zu finden ist, da dieser Begriff schon jetzt in mehreren Tatbeständen des StGB ohne genauere Erläuterung verwendet wird.

Z6, § 37 Abs 1 und 2, Harmonisierung der Strafandrohungen

Es soll nun auch bei bis Straftatbeständen, in denen eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr angeordnet ist, die Möglichkeit einer Geldstrafe von bis zu 720 Tagessätzen geben. Da durch diese Erhöhung deutlich höhere Geldstrafen möglich sind bleibt abzuwarten, ob dadurch nicht mehr Ersatzfreiheitsstrafen angeordnet werden müssen.

**Z16/17/25, §§ 80 Abs 2, 81 Abs 3, 88 Abs 4, Höhere Strafandrohung bei Tod/schwerer
Verletzung mehrerer Menschen**

Die Qualifikationen, wenn die Tat den Tod oder eine schwere Verletzung von mehreren Menschen in § 80 Abs 2 oder einer größeren Zahl von Menschen in § 81 Abs 3 und § 88 Abs 4 zur Folge hat, sind gerade im fahrlässigen verkehrsrechtlichen Deliktsbereich unpassend. Leider kann man auch hier den erläuternden Bemerkungen nicht entnehmen, ob die Unterscheidung zwischen „mehreren Menschen“ und einer „größeren Anzahl von Menschen“ gewollt unterschiedlich gewählt wurde. Weder aus general- noch aus spezialpräventiven Gründen erscheint hier eine strengere Strafe erforderlich. Dazu muss man bedenken, dass der Handlungsunwert gering sein kann und ein dummer Zufall sein kann und der Tod ist vom Erfolgsunrecht her aber das Maximum.

Z 17, § 81, Neuformulierung

Der ehemalige „Fahrlässige Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen“ wird nun durch die grobe Fahrlässigkeit (§ 6 Abs 3) abgelöst. Besonders gefährliche Verhältnisse liegen nach der neueren Rechtsprechung des OGH dann vor, wenn eine gegenüber spezifischen Normalfällen qualitativ verschärzte Gefahrenlage im Sinn einer außergewöhnlich hohen Unfallwahrscheinlichkeit hergestellt wird; es genügt eine verschärzte Gefahrenlage auch nur für eine Person, die Herbeiführung einer Gemeingefahr wird nicht verlangt. Im Gegensatz dazu sprechen die Erläuterungen zur Z1 davon, dass der Eintritt des dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhaltes als geradezu wahrscheinlich vorhersehbar war. Dies würde in Zukunft wahrscheinlich mehr Fälle umfassen als bisher, außer der Begriff der „groben Fahrlässigkeit“ soll in diesem Zusammenhang enger als bisher ausgelegt werden. Wenn nicht, würden Fälle, die früher nach § 80 mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht wurden, nun nach § 81 Abs 1 zu subsumieren sein und es drohen bis zu 3 Jahre Freiheitsstrafe. Leider fehlen zu diesem Problembereich erläuternde Bemerkungen.

Z25, § 88 Abs 4, Neue Strafdrohung von bis zu drei Jahren

Durch die Einführung des neuen § 88 Abs 4 entsteht eine Schieflage, weil hat die Tat eine schwere Körperverletzung einer größeren Zahl von Menschen zur Folge, ist diese mit Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren zu bestrafen, während aber die fahrlässige Tötung von mehreren Personen nur mit bis zu 2 Jahren zu bestrafen ist.

C) Weitere Vorschläge:

zu § 147 (Qualifizierter Betrug durch Manipulation des Kilometerzählers):

Ergänzend zum vorliegenden Entwurf erlaubt sich der ÖAMTC neuerlich den Hinweis auf eine Strafbarkeitslücke, die für Konsumenten als höchst unbefriedigend anzusehen ist. In Hinblick auf die entsprechende Judikatur sollte unserer Meinung nach eine Klarstellung erfolgen, dass ein Betrug, verwirklicht durch den Verkauf eines Fahrzeuges, sowohl nach Manipulation eines Wegstreckenzählers als auch nach Austausch dieses Gerätes, unter qualifizierter Strafdrohung des § 147 StGB stehen sollte. Damit soll statt der bisherigen widersprüchlichen Rechtsprechung („gewöhnlicher“ Betrug, Datenmanipulation u dgl) eine einheitliche und leicht erklärbare Rechtslage geschaffen und somit eine effektive generalpräventive Wirkung erzielt werden (siehe dazu auch JBI 2011, 542).

Der ÖAMTC schlägt daher vor, aus Anlass dieser Novelle seitens des Bundesministers für Justiz die offenkundig eine große Tragweite entfaltende Thematik aufzugreifen. Gerne ist der ÖAMTC bereit, bei einer diesbezüglichen Überarbeitung des Strafgesetzbuches mitzuwirken.

zu § 153 Abs 1 (Untreue):

Im Entwurf zum Strafrechtsänderungsgesetz 2015 nicht angesprochen, steht die Bestimmung des § 153 Abs 1 StGB dennoch in der öffentlichen Diskussion.

Aktuelle Entscheidungen des OGH haben zwar in einigen Aspekten rund um die Untreue Klarstellungen gebracht, andererseits aber auch Fragen aufgeworfen (Stichwort „Libro“). Diesen Eindruck vermittelte auch eine parlamentarische Enquete vom 19. März 2015. Eine wesentliche, wie es scheint zumindest vielfach als nicht geklärt angesehene Frage ist, inwieweit die „vertretbare unternehmerische Entscheidung“ der strafrechtlichen Konsequenz entzogen ist. Fraglich scheint, ob die bereits bisher - in den Materiegesetzen - zur Verfügung stehenden Regelungen - ausreichen oder ob (weiterer) Regelungsbedarf, allenfalls auch nur „Klarstellungsbedarf“ besteht. Soweit ersichtlich sind die Meinungen dazu nicht einheitlich. Während manche, so insbesondere *Rüffler* die bisherigen Rechtsgrundlagen insb. in AktG und GmbHG für ausreichend halten, plädieren andere - so *Kalss* und *Schauer* - für zusätzliche gesetzliche Regelung. Diese sollen entweder im StGB selbst oder in Folge der Zivilrechtsakzessorietät der Bestimmung des § 153 StGB in den Materiegesetzen, allenfalls im ABGB (zur GesBR) erfolgen.

Angeknüpft werden könnte, so die oben genannten Autoren, denen sich der ÖAMTC anschließt, an der „Business Judgement Rule“.

Die Haftung von Organen juristischer Personen für unternehmerische Entscheidungen wird in jüngerer Zeit eben vielfach auch unter dem Aspekt der ursprünglich aus dem US-amerikanischen case law stammenden Business Judgement Rule gesehen. In Deutschland wurde sie mit dem Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts rezipiert und kodifiziert. § 93 d AktG lautet seit der Reform:

„Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln...“

Zur derzeitigen österreichischen Rechtslage meint *Schauer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat, 34, 31ff, dass ein Organwalter die Aufwendung der gebotenen Sorgfalt, nicht den Erfolg schulde. Subjektive Bewertungen seien grundsätzlich zuzugestehen. Bei unternehmerischen Entscheidungen seien häufig mehrere Möglichkeiten denkbar, ob die Erwartungen eintreten, hänge von einer künftigen Entwicklung ab, Prognosen könnten sich als richtig oder falsch erweisen.

Der OGH führt, unter anderem in 1 Ob 144/01k aus, dass ein Organmitglied zwar auch bei nur leichter Fahrlässigkeit hafte, seine Haftung aber keine Erfolgshaftung sei. Nicht jedes gewagte Geschäft könne ihm als Verschulden zugerechnet werden. Damit, dass eine Maßnahme für das Unternehmen auch ungünstig ausfallen könne, müsse immer gerechnet werden. Dies liege im Wesen des geschäftlichen Risikos, das das Unternehmen und nicht dessen gesetzliche Vertreter zu tragen hätten. Die unrichtige Beurteilung der Folgen eines bestimmten Verhaltens beruhe noch nicht auf Fahrlässigkeit, sofern nur die Beurteilung selbst nicht auf Außerachtlassen der erforderlichen Sorgfalt zurückzuführen sei.

Der Fehlschlag unternehmerischer Entscheidung sei nicht schon an sich pflichtwidrig, würde dem Organ doch sonst das Unternehmerrisiko aufgebürdet, das stets bei der Gesellschaft bleibe;

Nur die Verletzung der Pflicht zu branchen-, großen- oder situationsadäquatem Bemühen könne dem Organ als Pflichtverletzung vorgeworfen werden. Das Unternehmerrisiko,

insbesondere das Risiko, dass sich Maßnahmen infolge unvorhersehbarer Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen als nachteilig erweisen oder dass sorgfältig erstellte Prognosen nicht zutreffen, habe die Gesellschaft und nicht das Organmitglied zu tragen. Die Prüfung pflichtwidrigen Verhaltens habe sich deshalb an der Sicht ex ante zu orientieren. Wie aus § 70 Abs 1 AktG abzuleiten sei, seien auch die Interessen der Öffentlichkeit, der Arbeitnehmer und der Gläubiger in die Entscheidung, was dem Unternehmenswohl diene, einzubeziehen.....nur eklatanter Ermessensmissbrauch könne unter diesem Gesichtspunkt haftbar machen.

In diesem - soweit ersichtlich völlig unwidersprochen gebliebenen Erkenntnis - bringt der OGH somit nichts anderes als die Business Judgement Rule auf den Punkt.

Offensichtlich (siehe oben) besteht also breite Zustimmung, die vertretbare unternehmerische Entscheidung bzw. das unternehmerische Ermessen schützen und dieses vom Befugnismissbrauch abgrenzen zu wollen.

Unklarheit besteht eher darüber, ob dazu (zusätzliche) gesetzliche Regelungen erstellt werden müssen/sollen bzw. wie und wo diese Regelungen, die den „Befugnismissbrauch“ des § 153 Abs 1 StGB eingrenzen würden, gestaltet sein sollen.

Da offensichtlich Unsicherheit über die Grenzen des § 153 StGB besteht, erschiene uns eine Regelung im StGB als naheliegend, selbst dann, wenn dies, wie manche meinen, teilweise nur „deklarativen Charakter“ hätte, weil die Materiegesetze bereits ausreichende Regelungen enthalten. Die Regelung im StGB hätte allemal wertvollen Klarstellungs - und Signalcharakter, nicht zuletzt in Richtung der Strafverfolgungsbehörden.

Ob zusätzliche, weitergehende Regelungen erforderlich sind, die, wie *Dellinger* sinngemäß meint, dem Umstand Rechnung tragen, dass es zumindest in manchen Bereichen eine derartige, sich noch dazu rasch ändernde Regelungsdichte gebe, dass den Organwaltern eine Kenntnis ihrer Befugnisse im Details gar nicht abverlangt werden könne, bleibe an dieser Stelle dahingestellt.

Zu § 163c (Bilanzfälschung bei Vereinen):

§ 163c StGB in der Fassung des Entwurfes normiert die Anwendbarkeit der §§ 163a und 163b („Bilanzfälschung“) auch auf große Vereine im Sinne des § 22 Abs. 2 VerG.

Die großen Vereine werden unter Verweis auf § 1 Abs 2 VbVG in den Katalog der erfassten Rechtsträger aufgenommen.

Die hier skizzierte Vorgangsweise überzeugt, was die großen Vereine betrifft, jedoch nicht. Die EB sprechen davon, dass die neuen §§ 163a, 163b StGB die derzeit in Einzelgesetzen wie etwa § 255 AktG, § 122 GmbHG, § 64 SEG, § 89 GenG, § 43 ORF-Gesetz, § 41 PSG, § 114 VAG usw. geregelten, voneinander abweichenden Straftatbestände der Bilanzfälschung durch die vorgeschlagene Regelung im StGB ersetzt werden soll. Einzelne Bestimmungen sollen allerdings von dieser Übernahme nicht umfasst sein, dies wegen ihrer spezifischen Besonderheiten.

Nun ist anzumerken, dass das VerG im Gegensatz zu den oben zitierten Bestimmungen eine Strafbestimmung wegen Bilanzfälschung nicht vorsieht. Dies obwohl das VerG 2002, das in einigen Bereichen eher summarische Regelungen trifft, die Themen Rechnungslegung (und – Prüfung) sowie Haftung von Organmitgliedern und Rechnungsprüfern in seinen §§ 21, 22, 23 und 24 sehr wohl detailliert regelt und (Teil-) Verweise auf das UGB vornimmt.

Eine den oben genannten Bestimmungen vergleichbare Regelung über die Strafbarkeit der Bilanzfälschung wurde nicht ins VerG übernommen, obwohl die Autoren des VerG 2002 bei der Neuregelung der Bestimmungen über Rechnungslegung, Prüfung und Haftung von

Organen und Prüfern sich offensichtlich auch am Recht der Kapitalgesellschaften orientiert haben.

Es ist anzunehmen, dass eine solche Regelung bewusst unterblieb, dies wohl auch, jedenfalls im Ergebnis, zu Recht. Denn es ist davon auszugehen, dass ein Verein die (Einkommens-) Grenze des „Großen Vereins“ im Sinne des VerG wohl in der Regel dadurch erreichen wird, dass er als großer Publikumsverein schlichtweg durch die große Zahl der Mitglieder Mitgliedsbeiträge in einem Ausmaß lukriert, das dazu führt, dass die angesprochenen Grenzen des VerG erreicht werden. Unternehmerisch engagiert sich der Verein (Nebentätigkeitsprivileg) allenfalls untergeordnet. Die Bilanzierung des „Großen Vereins“ ist somit sehr wohl individuell zu bewerten und ist nicht zwingend der Bilanzierung in den sonstigen, in den EB genannten Gesellschaften, gleichzustellen.

Während nachvollziehbar erscheint, dass schon bestehende unterschiedliche Regelungen der Bilanzfälschung, dort wo nicht spezifische Gesichtspunkte zu betrachten sind, vereinheitlicht werden, erscheint wenig plausibel, dass dort, wo bislang - spezifisch - eine solche gesetzliche Regelung nicht bestand, diese unter dem Schlagwort der Vereinheitlichung eingeführt werden soll.

Verweisen die EB auf das VbVG, so ist zwar evidentermaßen die Geltung dieses Gesetzes auch für Vereine zuzugestehen, wobei das VdVG allerdings so konzipiert ist, dass es die Strafbarkeit eines Verbandes auf eine an anderer Stelle geregelte („allgemeine“) Strafbarkeit bezieht. Eine Basis für eine zusätzliche, bislang nicht gegebene Strafbarkeit bietet das VbVG eben nicht.

Die Neueinführung eines die „Großen Vereine“ betreffenden StGB Tatbestandes über die Bilanzfälschung erscheint sowohl systematisch als auch faktisch betrachtet entbehrlich.

Mag. Michael Bartl

Mag. Martin Hoffer

Mag. Eva Unger

ÖAMTC

im April 2015