

## Antrag

der Abgeordneten Mag. Michaela Steinacker, Dr. Johannes Jarolim, Dr. Georg Vetter

Kolleginnen und Kollegen

**betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, das Aktiengesetz und das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung geändert werden**

Der Nationalrat wolle beschließen:

**Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, das Aktiengesetz und das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung geändert werden**

Der Nationalrat hat beschlossen:

### **Art. I:** **Änderung des Strafgesetzbuchs**

*Das Strafgesetzbuch, BGBl. Nr. 60/1974, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 134/2013, wird wie folgt geändert:*

§ 153 lautet:

#### **„Untreue**

§ 153. (1) Wer seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch den anderen am Vermögen schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Ein Missbrauch liegt nicht vor, wenn der Machtgeber oder der wirtschaftlich Berechtigte der Vertretungshandlung zugestimmt hat.

(3) Wer durch die Tat einen 5.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen 500.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.“

### **Art. II:** **Änderung des Aktiengesetzes**

*Das Aktiengesetz, BGBl. 1965 Nr. 98, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2015, wird wie folgt geändert:*

*In § 84 wird nach Abs. 1 folgender Abs. 1a eingefügt:*

„(1a) Ein Vorstandsmitglied handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

**Art. III**  
**Änderung des Gesetzes über Gesellschaften**  
**mit beschränkter Haftung**

*Das GmbH-Gesetz, RGBl. Nr. 58/1906, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2015, wird wie folgt geändert:*

*In § 25 wird nach Abs. 1 folgender Abs. 1a eingefügt:*

„(1a) Ein Geschäftsführer handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“



## **Begründung:**

In den letzten Jahren haben sich in der Praxis vielfach Unklarheiten bei der Anwendung des Untreuetatbestands und dessen Grenzen – und zwar sowohl hinsichtlich des Befugnismissbrauchs wie auch des Untreueschadens – ergeben.

Der Entwurf will, ohne den Gerichten diesbezüglich ein zu enges Korsett anzulegen, beide Begriffe – Missbrauch und Untreueschaden – in Einklang mit deren Grundverständnis und der Systematik der Vermögensdelikte präzisierend neu fassen. Gleichzeitig soll in das Aktiengesetz und in den Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung entsprechend internationalen Vorbildern eine Regelung aufgenommen werden, wonach Entscheidungsträger in der Wirtschaft jedenfalls dann rechtmäßig handeln und sich von vornherein nicht wegen Untreue strafbar machen können, wenn sie ihre unternehmerische Entscheidung sorgfältig vorbereitet haben und diese an den Interessen des Unternehmens ausgerichtet war (sog. *Business Judgement Rule*).

### **Zu Art. I (Änderung des Strafgesetzbuchs):**

#### ***Inanspruchnahme von Rechtsmacht***

Untreue ist Vermögensschädigung durch Missbrauch einer Rechtsmacht. Das Wesen des Untreuetatbestands besteht daher, wie in der Lehre häufig formuliert, darin, dass der Machthaber im Rahmen eines rechtlichen Könnens (also durch Inanspruchnahme von Rechtsmacht) den Regeln des internen Dürfens zuwiderhandelt („Missbrauch“) und eben dadurch den Machtgeber am Vermögen schädigt.

Der Entwurf hält daran fest, dass jede Untreue eine Inanspruchnahme von Rechtsmacht erfordert. Eine Anwendung des Untreuetatbestands soll jedenfalls voraussetzen, dass der Machthaber durch sein Handeln unmittelbare rechtliche und nicht bloß wirtschaftliche Folgen für den Machtgeber auslöst. Fälle der indirekten Stellvertretung oder auch der Ausübung eines Vollrechts, wie bei der Treuhandschaft, liegen daher außerhalb des Tatbestands.

Eine Benennung der unterschiedlichen Begründungsmöglichkeiten von Rechtsmacht („Gesetz“, „behördlicher Auftrag“, „Rechtsgeschäft“) kann im Gesetz – weil sachlich verzichtbar – unterbleiben.

#### ***Missbrauch***

Die Tathandlung der Untreue besteht auch weiterhin in einem Missbrauch von Rechtsmacht, also in einem qualifizierten Zuwiderhandeln gegen die Regeln des internen Dürfens (dazu sogleich unten). Welche diese Regeln des internen Dürfens sind, ergibt sich jeweils aus dem konkreten Sachzusammenhang. Zu denken ist etwa an gesetzliche Regelungen, Regelungen des organisationsbezogenen Binnenrechts einer Gesellschaft (zB durch Satzung oder Geschäftsordnung) oder auch an konkrete Instruktionen für den Einzelfall; fehlt es an expliziten derartigen Binnenregeln, so soll weiterhin der Grundsatz gelten, dass der Machthaber zur bestmöglichen Wahrung der Vermögensinteressen des Machtgebers verpflichtet ist.

Eine solche Orientierung am Wohl des Machtgebers erfordert aber, wie zu betonen ist, keineswegs notwendigerweise eine kurzfristige Nutzenmaximierung, sondern erlaubt – selbstverständlich – auch eine Berücksichtigung des langfristigen Machtgeberinteresses.

Die Tatbestandsformulierung der Untreue in § 153 Abs. 1 StGB spricht unverändert vom „Missbrauch“ der in Rede stehenden Rechtsmacht. § 153 Abs. 2 (neu) präzisiert – in Einklang mit dem Grundverständnis dieses Begriffs nach der hM – was unter einem solchen Missbrauch zu verstehen ist; und zwar in dreifacher Hinsicht.

Zunächst stellt die Regelung des Abs 2 erster Satz zweiter Halbsatz (neu) in Einklang mit dem teleologischen Schutzzweck des § 153 StGB (Schutz der Vermögensinteressen des Vertretenen) klar, dass die maßgeblichen Regeln des internen Dürfens nur solche sein können, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Eine Verletzung von Regelungen, die entweder reinen Ordnungsanliegen oder aber den Interessen Dritter (etwa von Gläubigern oder auch der Öffentlichkeit) dienen, scheidet damit für die Begründung einer Untreuestrafbarkeit kategorisch aus. Derartige Konstellationen unterliegen – nach Maßgabe der diesbezüglichen Voraussetzungen – allein den Bilanzdelikten und den Kridadelikten.

Mit der Bezugnahme auf die Interessen des wirtschaftlich Berechtigten führt der Entwurf die vom OGH zur GmbH entwickelte (10 Os 170/80 und andere) wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Untreue fort und verankert sie zur Klarstellung in allgemeiner Form im Gesetz. Maßgeblich sind danach nicht „die formaljuristischen Rechtsverhältnisse“, sondern „die wirtschaftlich-faktischen Gegebenheiten“ (OGH 10 Os 170/80). Untreue scheidet daher aus, wenn eine Vertretungshandlung zwar formal den Machtgeber schädigt, der diesbezügliche Nachteil aber wirtschaftlich dem hinter dem Machtgeber stehenden Berechtigten (bei Kapitalgesellschaften beispielsweise den Anteilseignern entsprechend ihren Anteilen) zugute kommt. Eine Verantwortlichkeit nach den einschlägigen Bilanz- oder den Gläubigerschutzdelikten bleibt aber auch diesfalls (nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls) vorstellbar.

Sodann definiert Abs. 2 erster Satz erster Halbsatz – in Übereinstimmung mit der hL – den Begriff „Missbrauch“ iS eines unvertretbaren Gebrauchs von Rechtsmacht. „Unvertretbar“ ist jener Gebrauch, der außerhalb des Bereichs des vernünftigerweise Argumentierbaren liegt. Wann diese Grenze der Unvertretbarkeit erreicht ist, hängt davon ab, wie konkret die einschlägigen Regeln des internen Dürfens bestimmt sind. Steht etwa dem Machthaber bei seinen Entscheidungen ein Ermessensspielraum zu, so ist die Grenze zum Missbrauch erst überschritten, wenn die konkrete Machthaberentscheidung außerhalb jeder vernünftigen Ermessensübung liegt („Ermessensmissbrauch“). Präzisiert der Machtgeber diesen Ermessensspielraum durch prozedurale oder auch inhaltliche Konkretisierungen, dann sind diese Präzisierungen auch für die Frage der Vertretbarkeit des Gebrauchs der in Rede stehenden Rechtsmacht maßgeblich. Gibt der Machtgeber dem Machthaber (insbesondere durch individuelle Instruktionen) überhaupt konkrete Handlungsanweisungen vor, die keinerlei Spielraum lassen, dann kann im Einzelfall bereits jede diesbezügliche Abweichung sachlich unvertretbar sein.

Die Definition des Missbrauchs iS eines sachlich objektiv unvertretbaren Gebrauchs der in Rede stehenden Rechtsmacht lässt eine subjektivierte Deutung dieses Tatbestandsmerkmals als „vorsätzlicher Fehlgebrauch“ entbehrlich erscheinen, schließt ein solches Verständnis aber auch nicht aus. Die Strafbarkeit des Machthabers setzt allerdings auf Ebene des subjektiven Tatbestands ohnedies dessen Wissentlichkeit in Bezug auf den Missbrauch – und damit auf die Unvertretbarkeit des Gebrauchs der Rechtsmacht – voraus.

Drittens spricht Abs. 2 zweiter Satz (neu) klarstellend aus, dass die Zustimmung des Machtgebers einen Missbrauch auf Seiten des Machthabers jedenfalls ausschließt: Da der Machthaber in einem solchen Fall in Einklang mit dem Willen des Machtgebers handelt, ist ein Missbrauch sachlich nicht vorstellbar. Der Entwurf spricht neutral von „Zustimmung“; in der Sache handelt es sich um einen Fall des tatbestandsausschließenden Einverständnisses. Ein solches Einverständnis des Machtgebers schließt im Übrigen auch einen Untreueschaden kategorisch aus. Für die Fälle des Vertretungshandeln im Rahmen von Gesellschaften stellt Abs. 2 Satz 2 (neu) klar, dass die Zustimmung des wirtschaftlich Berechtigten (also der Gesellschafter) jedenfalls als ausreichende „Machtgeberzustimmung“ zu verstehen ist.

### **Schaden**

Der Entwurf hält weiters daran fest, dass die Untreue – so wie bisher – ein Schädigungsdelikt ist, ein Missbrauch des Machthabers also nur insoweit zur Strafbarkeit führt, als der Missbrauch aus sich heraus eine Vermögensverkürzung des Machtgebers bewirkt. Das geltende Recht spricht in § 153 Abs. 1 vom „Nachteil“ des Machtgebers, in der Qualifikationsbestimmung des (derzeitigen) Abs. 2 vom „Schaden“. Der Entwurf stellt – vereinheitlichend – auch für den Grundtatbestand auf den Schaden des Machtgebers ab. Der Schadensbegriff soll dabei für die Untreue – so wie sonst im Vermögensstrafrecht – im Sinne eines effektiven Verlusts an Vermögenssubstanz zu verstehen sein. Betrug und Untreue sind Schädigungstatbestände: Beim Betrug schädigt der Täter den Geschädigten durch Täuschung (genauer: durch eine täuschungsbedingte selbstschädigende Vermögensdisposition), bei der Untreue durch Missbrauch einer Rechtsmacht.

Bloße Vermögensgefährdungen stellen – so wie beim Betrug – einen effektiven Vermögensverlust noch nicht her; und zwar auch dann nicht, wenn der Machthaber Vermögenswerte des Machtgebers einem sehr beträchtlichen Verlustrisiko exponiert. Bewilligt der Filialleiter eine Kreditgewährung an seinen insolventen Bekannten im Bewusstsein von dessen Zahlungsunfähigkeit, so liegt in der unbesicherten Auszahlung des Kredits in wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits mit dessen Hingabe ein Totalverlust des Gesamtbetrags; ist der Kreditnehmer hingegen bei Kreditgewährung und Auszahlung bloß insolvenzgefährdet, so liegt in der Ausreichung der Kreditvaluta ungeachtet der gefährdeten Rückzahlung noch kein Schaden des Machtgebers; und zwar auch nicht in Höhe der Differenz zwischen dem Nominale der Kreditforderung und deren wirtschaftlichem – mit dem Ausfallrisiko gewichteten – Wert.

Auf der inneren Tatseite soll es dabei bleiben, dass hinsichtlich des Vermögensschadens Eventualvorsatz des Machthabers hinreicht. Wollte man auch insoweit auf die Wissentlichkeit des Machthabers abstellen, so ließe sich zwar insoweit die Strafbarkeit beschränken, doch wäre eine solche Restriktion nicht sachgerecht: Jener Machthaber, der durch Missbrauch seiner Rechtsmacht über fremdes Vermögen auf dessen Verlust hin disponiert, soll dafür auch strafrechtlich einstehen müssen.

Voraussetzung einer solchen Strafbarkeit ist allerdings, dass sich der Machthaber auch wirklich mit dem tatsächlichen Verlust von Vermögenssubstanz, nicht bloß mit der Eröffnung eines sozial-inadäquaten Risikos für diese abfindet. Das bloße Handeln im Bewusstsein eines sozial-inadäquaten Risikos – also einer (auch sehr beträchtlichen) Vermögensgefährdung – reicht für einen solchen Eventualschädigungsvorsatz nicht hin; der Machthaber muss gerade eingedenk der Materialisierung dieses Risikos – also eingedenk des tatsächlichen Vermögensverlusts – handeln. Vertraut der Machthaber darauf, dass sich dieses Risiko – sei es infolge einer plötzlichen Besserung der wirtschaftlichen Lage, sei es infolge des Eingreifens eines neuen Investors – nicht verwirklichen werde, fehlt es an einem solchen Eventualschädigungsvorsatz.

### **Wertqualifikationen**

§ 153 Abs. 3 StGB (neu) enthält die Anpassung an die geänderten Wertqualifikationsschwellen.

### **Tatbeteiligung**

Der Gesetzesentwurf nimmt – weil der Sache nach übergreifende Fragen der Sonderdelikte betreffend – von einer Regelung der Tatbeteiligung Abstand. In der Praxis haben sich allerdings vermehrt Unsicherheiten und Unklarheiten bezüglich der Grenzen strafbarer sonstiger Tatbeiträge ergeben, etwa hinsichtlich der Verfolgung von Kreditnehmern für die Inanspruchnahme pflichtwidrig ausgereichter Kredite.

Schon nach den allgemeinen Regeln muss der Tatbeteiligte allerdings – weil er ja auch Täter (gemäß § 12 Alt 2 oder 3 StGB) ist – jedenfalls in eigener Person wissentlich bezüglich der Unvertretbarkeit des Befugnisgebrauchs durch den unmittelbaren Täter handeln. Hält er einen Befugnismissbrauch bloß für möglich, ja sogar eventualiter für gegeben, aber nicht für gewiss, so reicht dies für seine Strafbarkeit nicht hin.

Eine zusätzliche Restriktion der Beteiligtenstrafbarkeit ergibt sich gemäß § 14 Abs. 1 zweiter Satz zweite Variante StGB („sonst in bestimmter Weise an ihr mitwirkt“) in der Auslegung durch die Rechtsprechung daraus, dass diese die „Mitwirkung in bestimmter Weise“ auf Seiten des unmittelbaren Täters im Sinne eines missbräuchlichen Verhaltens, verstanden als zumindest eventualvorsätzlichen Fehlgebrauch einer Befugnis, deutet.

Der vorliegende Entwurf will – ungeachtet der Präzisierung missbräuchlichen Handelns im neuen Abs. 2 – die diesbezüglichen Voraussetzungen der Beteiligtenstrafbarkeit jedenfalls nicht lockern. Hingegen soll es Lehre und Rechtsprechung überlassen bleiben, ob in Zukunft die Anforderungen iSd § 14 Abs. 1 Satz 2 Variante 2 StGB – etwa durch das Erfordernis eines wissentlichen Fehlgebrauchs einer Rechtsmacht durch den unmittelbaren Täter als Voraussetzung einer Strafbarkeit des tatbeteiligten Extraneus oder auch einer „doppelten Wissentlichkeit“ – noch restriktiver gefasst werden.

### **Zu den Art. II und III (Business Judgment Rule)**

Die Definition lehnt sich an § 93 deutsches AktG an. Dort fehlt aber ein wesentliches Merkmal der *Business-Judgement-Rule*: nämlich die Freiheit von Interessenkollisionen. Dieses Tatbestandsmerkmal ist im vorliegenden Entwurf enthalten. Die Formulierung bringt den *Safe-harbor-Charakter* der Bestimmung deutlich zu Ausdruck: Wer so handelt wie im Text beschrieben, handelt jedenfalls im Einklang mit der gebotenen Sorgfalt und hat keine nachteiligen Rechtsfolgen zu befürchten, insbesondere auch keine Strafverfolgung.

Durch das Wort „jedenfalls“ soll zum Ausdruck gebracht werden, dass Umkehrschlüsse unzulässig sind. Auch wenn die Voraussetzungen der *Business Judgment Rule* nicht erfüllt sind, muss kein Sorgfaltsverstoß vorliegen. Die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Handels wäre dann aber gesondert zu prüfen, weil der „Safe-harbor“-Effekt der Regel entfällt.

**In formaler Hinsicht wird unter Verzicht auf eine Erste Lesung die Zuweisung an den Justizausschuss vorgeschlagen.**