

5. Jahrgang / September 2019 / Nr. 5

ZWVF

Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

Rainer Brandl | Severin Glaser | Robert Kert | Roman Leitner
Michael Rohregger | Norbert Schrottmeyer | Mario Schmieder | Norbert Wess

Wirtschaftsstrafrecht

Aktive Korruption als Untreue?

Der wirtschaftlich Berechtigte iSd § 153 StGB bei einer Privatstiftung

Europastrafrecht

EuGH zum Grundrechtsschutz im Strafverfahren

Finanzstrafrecht

Neues aus der Gesetzgebung: Finanzstrafrechtliche Änderungen

Die gewerbsmäßige Begehung wird zum Erschwerungsgrund

10 Jahre Freiheitsstrafe bei Abgabenbetrug

10 verdeckte Ausschüttungen mit finanzstrafrechtlichen Folgen

Praxisinformationen

Aktuelle Rechtsprechung, Literaturreisenschau

Aktive Korruption als Untreue?

Aktuelle Fragen zu den Korruptionstatbeständen und zur Untreue im Lichte der jüngsten Rechtsprechung

Elias Schönborn



Dr. Elias Schönborn ist Rechtsanwaltsanwärter bei DORDA Rechtsanwälte in Wien.

Die Entscheidung des OGH vom 26. 2. 2019, 17 Os 8/18g, die in der Literatur bereits als „*richtungsweisend*“¹ bzw. „*höchst instruktiv*“² bezeichnet wurde, enthält wichtige Klarstellungen sowohl zum Korruptionsstrafrecht als auch zum Untreuetatbestand. Demnach begründet aktive Korruption durch einen Machthaber – auch wenn sie nach anderen Bestimmungen strafrechtlich relevant ist – für sich allein noch keinen Befugnismisbrauch iSd Untreuetatbestands. Darüber hinaus tätigt der OGH in diesem Judikat zahlreiche weitere Ausführungen zum Wirtschafts- und Korruptionsstrafrecht, die einer näheren Analyse bedürfen. Dieser Beitrag beleuchtet die wesentlichen Kernaussagen der Entscheidung und überprüft sie auf ihre Treffgenauigkeit.

1. Sachverhalt und Entscheidung

Der Entscheidung 17 Os 8/18g liegt zusammengefasst folgender Sachverhalt zugrunde: Mehrere Manager eines Energiekonzerns (BEWAG) und Lobbyisten sollen Personen iZm der geplanten Errichtung eines Windparks in Ungarn bestochen haben, um die Verwirklichung des Projekts zu ermöglichen oder zumindest zu beschleunigen. Der OGH hob die erstinstanzliche Entscheidung des LG Eisenstadt mit Verurteilungen wegen Untreue nach § 153 StGB, Bestechung nach § 307 StGB sowie Geschenkannahme und Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten nach § 309 StGB auf, verwies die Sache hinsichtlich der Korruptionsvorwürfe zurück an die erste Instanz und erkannte im Hinblick auf die Untreuevorwürfe in der Sache selbst mit Freisprüchen.

2. Korruptionsstrafrechtliche Ausführungen

2.1. Pflichtwidrigkeit bezieht sich auf Rechtshandlung oder Amtsgeschäft

Der OGH hat in Übereinstimmung mit der hL³ klargestellt, dass in Bezug auf die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit eines Amtsgeschäfts bzw einer Rechtshandlung klar zwischen Rechtshandlung/Amtsgeschäft einerseits und Geschenkannahme andererseits zu differenzieren ist: Der Tatbestand des § 309 Abs 2 StGB setzt voraus, dass die Vornahme oder Unterlassung der Rechtshandlung selbst pflichtwidrig ist. Dies gilt sinngemäß auch für die (aktiven) Korruptionstatbestände des öffentlichen Sektors nach

§§ 304 und 307 StGB.⁴ Regelwidrigkeit (auch) der Vorteilsannahme aus Sicht der Bediensteten oder Beauftragten des Unternehmens (etwa wegen Verstoßes gegen Gesetze, interne Compliance-Vorgaben oder Weisungen) sind in diesem Zusammenhang daher ohne Bedeutung. Da für Korruption im öffentlichen Sektor weniger strenge Regeln als im privaten Sektor gelten, ist die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung von Rechtshandlungen im Austausch gegen einen Vorteil von § 309 StGB nicht erfasst.⁵

Um diese abstrakten Regeln in einem praktischen Fall zu veranschaulichen: ZB ist es den zur Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln berechtigten Personen (insb Ärzten) nach § 55a Abs 4 Arzneimittelgesetz (AMG) verboten, im Rahmen der Verkaufsförderung für Arzneimittel eine Prämie, finanzielle oder materielle Vorteile zu fordern, sich versprechen zu lassen oder anzunehmen, es sei denn, diese sind von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang. Verstöße dagegen sind jedenfalls nach § 84 Abs 1 Z 20 AMG verwaltungsstrafrechtlich zu ahnden. Die Annahme eines derartigen Vorteils ist aber strikt von einem etwaigen damit in Zusammenhang stehenden Amtsgeschäft oder einer damit in Zusammenhang stehenden Rechtshandlung – etwa der Verschreibung eines bestimmten Medikaments – zu trennen. Hält der verschreibende Vertragsarzt bei der Medikamentenverschreibung alle ihn treffenden Normen ein, insb die Richtlinien zur ökonomischen Verschreibeweise (RöV 2005), und verschreibt er bei mehreren gleich geeigneten Medikamenten jenes, das die niedrigsten Kosten verursacht, kann er sich – mangels Pflichtwidrigkeit der Medikamentenverschreibung –

¹ Kary, Wenn Korruption der Firma nützt, Die Presse vom 11. 4. 2019 (2019/15/08).

² EvBl-LS 2019/88 (Ratz).

³ Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz, WK StGB², § 304 Rz 24 und § 309 Rz 2, 11, 76; Thiele in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 309 Rz 56, 63 und 91; Fuchs/Reindl-Krauskopf, Strafrecht Besonderer Teil I⁶ (2018) 237; Hinterhofer/Rosbaud, Strafrecht Besonderer Teil II⁶ (2017) § 309 Rz 10 und 18; Leukauf/Steininger/Aichinger, StGB⁴ (2018) § 309 Rz 12; vgl auch Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK StGB², § 153a Rz 7.

⁴ OGH 26. 2. 2019, 17 Os 8/18g, RIS-Justiz RS0132511 (T1).

⁵ Bei den Korruptionsdelikten im öffentlichen Sektor kommt es – anders als bei § 309 StGB – darauf an, ob die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts iZm einem nicht ungebührlichen Vorteil iSd § 305 Abs 4 StGB steht.

nicht nach § 309 StGB strafbar machen, obwohl die Vorteilsannahme selbst pflichtwidrig nach § 55a Abs 4 AMG ist.⁶ Allerdings kann er durch die Tat sehr wohl § 153a StGB erfüllen, wenn er den erhaltenen Vorteil pflichtwidrig nicht an den Sozialversicherungsträger abführt.⁷

2.2. Pflichtwidrigkeit: Unterscheidung zwischen §§ 304 ff und § 309 StGB

In Bezug auf die Pflichtwidrigkeit der Rechts-handlung iSd § 309 StGB hält der OGH fest, dass das Element der Pflichtwidrigkeit „grundsätzlich tatbestandsspezifisch auszulegen ist“. Der OGH hebt die Verurteilungen nach § 309 StGB aufgrund von Rechtsfehlern mangels Feststellungen zur Pflichtwidrigkeit auf und führt weiter aus, dass im zu beurteilenden Fall die Einräumung eines Netzzugangs eine „öffentliche Aufgabe“ des ungarischen Staates darstellen könnte. Es könne daher sein, dass die (bestochenen) Bediensteten oder Beauftragten (vom Erstgericht nicht geklärte) Vorgaben des ungarischen Staates und ein Sachlichkeitsgebot zu beachten hatten. „In einem solchen Fall“, so der OGH weiter, „kann Pflichtwidrigkeit nach der Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0096099) auch dann vorliegen, wenn dem Vermögensvorteil ein Einfluss auf die – wenngleich innerhalb des (dem Amtsträger, Bediensteten oder Beauftragten eingeräumten) Spielraums liegende – Entscheidung eingeräumt wird.“⁸

Der OGH trifft mit dieser Aussage zwei Klärstellungen: Das Element der Pflichtwidrigkeit nach § 309 StGB ist tatbestandsspezifisch auszulegen. Dem ist beizupflichten, da das Sachlichkeitsgebot für Private nicht in gleicher Weise wie für Amtsträger gilt und es in Bezug auf die Frage der Pflichtwidrigkeit (nur) auf das Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und dem Bediensteten oder Beauftragten ankommt.⁹ Die zweite Klärstellung (die sich aus einem Umkehrschluss aus den Ausführungen des OGH ergibt) besagt, dass (nur) im Fall der Erledigung „öffentlicher Aufgaben“ (OGH: „in einem solchen Fall [...]“), also im Bereich der Hoheits- oder der Privatwirtschaftsverwaltung und somit bei einer Beurteilung der Strafbarkeit nach §§ 304–308 StGB, eine Pflichtwidrigkeit auch dann bejaht werden kann, wenn der Vorteil einen Einfluss auf die Entscheidung

hatte, selbst wenn sie innerhalb des eingeräumten Ermessensspielraums liegt. Der Grundsatz, wonach ein Einfluss des Vorteils auf die Entscheidung *per se* eine Pflichtwidrigkeit begründet, gilt für § 309 StGB also nicht.

Diese Unterscheidung ist sachgerecht, weil das Sachlichkeitsgebot für Private (Bedienstete oder Beauftragte) nicht in gleicher Weise wie für Amtsträger gilt.¹⁰ Der OGH nimmt aber nicht ausdrücklich zur Frage Stellung, wann eine Pflichtwidrigkeit nach § 309 StGB vorliegen soll. Zieht man die Prämisse mit dem abgeschwächten Sachlichkeitsgebot im Privatsektor konsequent durch, kann keine Pflichtwidrigkeit vorliegen, wenn der Bedienstete oder Beauftragte im Rahmen zulässigen Ermessens handelt, selbst wenn eigene wirtschaftliche Interessen mitursächlich für seine Entscheidung sind.¹¹ Pflichtwidrigkeit iSd § 309 StGB kann daher nur aufgrund objektiv feststellbarer Verstöße begründet werden. Die Motivation des Täters hat bei der Beurteilung der Pflichtgemäßheit nach § 309 StGB daher keine Rolle zu spielen.¹²

2.3. Differenzierung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung?

Wie oben bereits ausgeführt, hält der OGH seine (zu den Korruptionsdelikten im öffentlichen Sektor erlassene) seit 1980 bestehende Rechtsprechungslinie, wonach es bereits eine Pflichtwidrigkeit begründe, wenn der Vorteil einen Einfluss auf die Entscheidung hat, aufrecht.¹³ Diese Ausführungen bezieht der OGH auf „öffentliche Aufgaben“, und er differenziert hier – wie auch in früheren Entscheidungen¹⁴ – nicht zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung.

In diesem Zusammenhang ist zunächst grundsätzlich vor der Gefahr der Annahme eines Automatismus zu warnen: Die Tatsache, dass ein Vorteil geflossen ist, mag als Indiz dafür wirken, dass der Entscheidungsträger dem Vorteilsgeber wohlgesonnen war. Hingegen darf aus der Tatsache, dass ein Vorteil geflossen ist, nicht automatisch angenommen werden, dass ein pflichtwidriges Amtsgeschäft vorliegt. Denn hätte der Amtsträger das Ermessen tatsächlich auch ohne Vorteil in gleicher Weise ausgeübt, hat der Vorteil keine unsachliche Entscheidung bewirkt.¹⁵

⁶ Außerdem sind Sozialversicherungsträger keine „Unternehmen“ iSd § 309 StGB, sodass eine Subsumtion von Vertragsärzten unter § 309 StGB auch unter diesem Gesichtspunkt scheitert; vgl. *Ifsits*, Zur Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte nach § 309 StGB (Teil II), RdM 2018, 55 (58); *Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz*, WK StGB², § 309 Rz 25; aM *Höcher/Krauskopf*, Zur strafrechtlichen Relevanz von Provisionszahlungen an Vertragsärzte: Korruption im Gesundheitssektor, RdM 2012, 164 (168); *Birkbauer*, Die Anwendbarkeit der Korruptionsbestimmungen auf Ärzte, RdM 2013, 223 (232 f).

⁷ *Höcher/Krauskopf*, RdM 2012, 164 (167); zu § 153a StGB näher unten Pkt 2.4.

⁸ Näher dazu *Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz*, WK StGB², § 304 Rz 30 ff; § 309 Rz 32 ff; *Thiele in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB, § 309 Rz 51.

⁹ *Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz*, WK StGB², § 309 Rz 31 f.

¹⁰ ErlRV 285 BgNR 23. GP, 10; *Thiele in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB, § 309 Rz 51; *Leukauf/Steininger/Aichinger*, StGB⁴, § 309 Rz 12; *Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz*, WK StGB², § 309 Rz 32.

¹¹ Vgl. *Birkbauer*, RdM 2013, 223 (234); vgl. auch *Koukol/Machan*, Niedergelassene Vertragsärzte als Täter von Korruptionsdelikten? RdM 2013, 124 (131).

¹² Vgl. *Thiele in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB, § 309 Rz 52; *Rauch*, Korruptionsstrafrecht (2012) 137; *Ifsits*, RdM 2018, 55 (60).

¹³ StRsp seit OGH 4. 9. 1980, 12 Os 46/80; RIS-Justiz RS0096099.

¹⁴ OGH 17. 5. 1983, 12 Os 121/82; 14 Os 141/87; 17. 11. 1987, 13 Os 2/14i; RIS-Justiz RS0096099 (T3).

¹⁵ *Reindl-Krauskopf/Huber*, Korruptionsstrafrecht in Fällen (2014) 21; *Schuschnigg*, Korruptionsstrafrecht (2015) Rz 104; *Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz*, WK StGB², § 304 Rz 31.

Die oben genannte Rechtsprechungslinie fußt auf dem strikten Sachlichkeitsgebot und umfasst auch weitere Aspekte innerhalb eines Ermessensspielraums. Demnach ist auch die bevorzugte, raschere Abwicklung des Akts¹⁶ oder jede Form der Parteilichkeit¹⁷ pflichtwidrig. Der OGH differenziert auch in diesen Bereichen nicht zwischen Privatwirtschafts- und Hoheitsverwaltung.

Selbst wenn man den Rechtsstandpunkt des OGH mit einer sehr strengen Auslegung des Sachlichkeitsgebots für überzeugend hält, muss näher überprüft werden, ob die zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung nicht differenzierende Haltung des OGH sachgerecht ist: Die Unterscheidung zwischen pflichtgemäßem und pflichtwidrigem Verhalten knüpft nämlich – historisch bedingt – sehr stark an die Amtshandlung (nur) im staatlichen Bereich an,¹⁸ was die strenge Anwendung des Sachlichkeitsgebots auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung zweifelhaft erscheinen lässt.

Zum Teil wird in der Literatur die pauschalisierende Ansicht des OGH, dass die Vorreihung bestimmter Angelegenheiten (bei unsachlichen Erwägungsgründen) Pflichtwidrigkeit begründet, in dieser Allgemeinheit nicht geteilt. Die durch einen unrechtmäßigen Vorteil motivierte raschere Ausführung einer im Übrigen rechtskonformen Amtshandlung (zB vorgezeichnetes Geschäft) wird daher teilweise anders gesehen:

- Nach einer Meinung liegt Pflichtwidrigkeit so lange nicht vor, als das Amtsgeschäft im Ergebnis vertretbar ist, keine Vorschrift verletzt wird und keine andere Partei benachteiligt wird.¹⁹ Dieser Ansicht wird auch von anderen Autoren im Ergebnis gefolgt und dabei ins Treffen geführt, dass es nicht zwingend sei, dass durch die Bevorzugung eine andere Partei benachteiligt werde (etwa weil der Amtsträger das vorgezogene Geschäft in der Freizeit erledigt). Handeln innerhalb zulässigen Ermessens stelle daher keine Pflichtwidrigkeit dar, wenn keine andere Partei benachteiligt wird und es zu keiner inhaltlichen Beeinflussung des vorgezogenen Geschäfts kommt.²⁰
- Teilweise wird auch vertreten, dass für die Beurteilung des Begriffs der Pflichtwidrigkeit die gesellschaftsrechtlich geltenden Pflichten (Sorgfaltspflichten von Leitungsorganen) heranzuziehen seien. Erst wenn eine Maßnahme nicht mehr im Unternehmenswohl vertretbar ist (und daher gesell-

schaftsrechtlich unzulässig wäre), würde eine Pflichtwidrigkeit im Sinne der Korruptionsdelikte vorliegen.²¹

Im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung (insb für Amtsträger iSd § 74 Abs 1 Z 4a lit d StGB) erscheint die Vorreihung einer bestimmten Angelegenheit bisweilen sogar geboten, um einen höheren Umsatz für das Unternehmen zu erzielen. Sofern keine entgegenstehende Vorschrift besteht, könnte in diesen Fällen das Nichtvorreihen sogar als pflichtwidrig angesehen werden, weil etwa gegen die Treuepflicht und die daraus resultierende Pflicht, betriebliche und wirtschaftliche Interessen des Auftraggebers zu beachten, verstoßen wird.²² Werden besonders lukrative Geschäftsabschlüsse nicht bevorzugt behandelt und entgeht dem Unternehmen daher das Geschäft, weil für die Annahme eines bestimmten Angebots etwa nur eine gewisse Frist gesetzt wurde, handelt der Amtsträger idR pflichtwidrig und kann auch § 153 StGB erfüllen.²³ Dies ergibt sich auch aus den in der Verwaltung geltenden allgemeinen Effizienzkriterien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit.²⁴

Es zeigt sich, dass das starre Festhalten am Sachlichkeitsgebot im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung überdacht werden sollte. Im Bereich privater und privatwirtschaftlicher Korruption liegt daher keine generelle Unsachlichkeit im Rahmen zulässigen Ermessens. Auch die Mitursächlichkeit eigener wirtschaftlicher Vorteile kann in diesem Zusammenhang keine Pflichtwidrigkeit begründen.²⁵ Meines Erachtens kann Pflichtwidrigkeit im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung daher ebenfalls nur aufgrund von objektiv feststellbaren Verstößen einer Norm oder einer konkreten Vorgabe begründet werden. Die Motivation des Amtsträgers hat bei der Beurteilung der Pflichtgemäßheit im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung daher keine Rolle zu spielen.²⁶ Dies kommt im Ergebnis dem für § 309 StGB geltenden abgeschwächten Sachlichkeitsgebot gleich. Diese Unterscheidung zwischen Privat- und Hoheitsverwaltung in Bezug auf das Sachlichkeitsgebot erscheint notwendig, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Dabei darf nicht übersehen werden, dass auch pflichtgemäßes Handeln iZm einer Vorteilsannahme/-gewährung grundsätzlich nach §§ 305, 307a StGB strafbar ist.

¹⁶ OGH 7. 3. 1985, 13 Os 93/84.

¹⁷ OGH 17. 5. 1983, 12 Os 121/82.

¹⁸ Schuschnigg, Korruptionsstrafrecht, Rz 102.

¹⁹ Bertel/Schwaighofer, Strafrecht Besonderer Teil II¹³ (2018) § 304 Rz 12.

²⁰ Hauss/Komenda in Trifflerer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 304 Rz 111 f; vgl auch Nordmeyer/Stricker in Höpfel/Ratz, WK StGB², § 304 Rz 33.

²¹ Lewisch, Aktuelle Fragen des Wirtschaftsstrafrechts im Spannungsfeld von Untreue und Korruption, in Ennöckl/N. Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely (Hrsg), FS B. Raschauer (2013) 355 (347).

²² Schuschnigg, Korruptionsstrafrecht, Rz 102; vgl auch Rauch, Korruptionsstrafrecht, 136.

²³ Vgl OGH 14. 6. 2016, 17 Os 8/16d, Pkt 11.

²⁴ Vgl Art 126b Abs 5, 127 Abs 1 und 127a Abs 1 B-VG.

²⁵ Vgl Birklbauer, RdM 2013, 223 (234); vgl auch Koukol/Machan, RdM 2013, 124 (131).

²⁶ Vgl Thiele in Trifflerer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 309 Rz 52, Rauch, Korruptionsstrafrecht, 137.

2.4. § 153a StGB als Auffangtatbestand für korruptives Verhalten

Der OGH weist außerdem darauf hin, dass im Fall der Nichtnachweisbarkeit der Pflichtwidrigkeit der mit der Vorteilsgewährung verknüpften Rechtshandlung im weiteren Verfahren eine Strafbarkeit nach § 153a StGB zu prüfen ist. An dieser Stelle muss analysiert werden, unter welchen Voraussetzungen in diesem Zusammenhang eine Strafbarkeit nach § 153a StGB gegeben sein könnte: Geschenkkannahme durch Machthaber nach § 153a StGB begeht, wer für die Ausübung der ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumten Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, einen nicht bloß geringfügigen Vermögensvorteil angenommen hat und pflichtwidrig nicht abführt. § 153a StGB schützt die vermögensbezogene Treuepflicht des Machthabers.²⁷ Das Delikt ist zweiaktig: Einerseits besteht es in einem aktiven Tun (Annahme des Vermögensvorteils) und andererseits in einem Unterlassen (pflichtwidriges Nichtabführung dieses Vorteils).²⁸

Pflichtwidrig ist das Unterlassen der Abführung des angenommenen Vermögensvorteils, wenn der Machthaber dazu verpflichtet ist, den Vorteil dem Machtgeber herauszugeben. Dabei schafft § 153a StGB keine Verpflichtung für Machthaber, angenommene Vermögensvorteile abzuführen. Vielmehr betrifft die Strafnorm einen Verstoß gegen eine Pflicht, die sich aus zivilrechtlichen Vorschriften ergibt. Eine derartige Verpflichtung kann sich aus dem Gesetz oder einem Vertrag ergeben. Die Nichtabführung einer Zuwendung, die der Machthaber im Zuge der Geschäftstätigkeit erhalten hat, begründet bereits nach §§ 1009 und 1013 ABGB Pflichtwidrigkeit.²⁹ Dagegen wird teilweise eingewandt, dass es zu weit gehe, § 1009 ABGB dahingehend auszulegen, dass eine generelle Pflicht des Machtgebers bestehe, jeden Nutzen aus einem Geschäft dem Machtgeber zu überlassen. Solange keine entsprechende Regelung bestehe, wonach erhaltene Vorteile abzuführen sind, könne auch § 153a StGB nicht angewendet werden.³⁰

Dem ist zu entgegen, dass das Verbot der Zuwendungsannahme nach § 1009 ABGB und § 1013 ABGB absolut gilt, dh, es gilt nur dann nicht, wenn die Zuwendung in keinem inneren Zusammenhang zur übernommenen Geschäftsbesorgung steht und ihr dadurch keine

Eignung zur Gefährdung der Auftraggeberinteressen immanent ist.³¹ Der Machtgeber kann der Nichtabführung des Vorteils selbstverständlich – auch konkludent – zustimmen und ihr dadurch die Rechtswidrigkeit nehmen.³² Grundsätzlich ist der Machthaber aber verpflichtet, die entsprechenden Zuwendungen an den Machtgeber abzuführen. Es handelt sich zwar um dispositive Bestimmungen, die aber nur bei entsprechend anderslautender Übereinkunft zwischen Machtgeber und Machthaber nicht greifen. Aus § 1009 ABGB erwächst dem Machtgeber ein zivilrechtlicher Anspruch auf sämtliche durch die Geschäftsbesorgung erlangten Zuwendungen.³³ Es bedarf daher keiner ausdrücklichen Regelung, die vorschreibt, dass Zuwendungen an den Machthaber auszufolgen sind, da dies bereits die oben genannten zivilrechtlichen Bestimmungen normieren und nur eine Erlaubnis des Machtgebers eine Pflichtwidrigkeit zu beseitigen vermag.

§ 153a StGB eignet sich daher als „Auffangtatbestand“ bei korruptivem Verhalten, wenn eine Pflichtwidrigkeit nach § 309 StGB nicht nachgewiesen werden kann oder wenn bei einer Prüfung des korruptiven Verhaltens nach § 153 StGB kein Vermögensschaden des Machtgebers oder kein wissentlicher Befugnismissbrauch vorliegt oder diese Tatbestandsmerkmale nicht nachweisbar sind.³⁴ Auch bei korruptivem Verhalten im öffentlichen Sektor eignet sich § 153a StGB als Auffangtatbestand, wenn eine Strafbarkeit nach §§ 304 ff StGB nicht vorliegt oder nicht nachgewiesen werden kann.

3. Untreuestrafrechtliche Ausführungen

3.1. Befugnismissbrauch iSd § 153 StGB durch aktive Korruption?

Der OGH hat klargestellt, dass der Befugnismissbrauch der Untreuebestimmung nach § 153 StGB am Schutzzweck der Vorschrift selbst zu prüfen ist und nicht an jenem eines allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs, wie zB § 84 AktG oder § 25 GmbHG, die als zivilrechtliche Anspruchsgrundlage dienen und teilweise auch an Verstöße des Strafrechts anknüpfen. Aus der Legaldefinition des § 153 Abs 2 StGB folge, dass die strafrechtliche Haftung wegen Untreue enger sein könne als die zivilrechtliche.³⁵

Der OGH stellte weiters klar, dass aktive Korruption durch einen Machthaber (auch

²⁷ Vgl Zierl, Konkurrenzfragen bei den Straftatbeständen zur Sanktionierung von Korruption in der Privatwirtschaft – zugleich ein Denkanstoß zur Beseitigung des § 153a StGB, JSt 2013, 241 (243).

²⁸ JAB 359 BlgNR 17. GP, 19; Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK StGB², § 153a Rz 11; Pfeifer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 153a Rz 14.

²⁹ Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK StGB², § 153a Rz 12; Leukauf/Steininger/Flora, StGB⁴, § 153a Rz 13; Birklbauer/Hilf/Tipold, Strafrecht Besonderer Teil I⁴ (2017) § 153a Rz 13; Höcher/Krauskopf, RdM 2012, 164 (167).

³⁰ Birklbauer, RdM 2013, 223 (231).

³¹ Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03}, § 1013 Rz 2 ff; Strasser in Rummel, ABGB3, § 1013 Rz 4 ff.

³² Strasser in Rummel, ABGB3, § 1013 Rz 9; Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03}, § 1013 Rz 5.

³³ Strasser in Rummel, ABGB3, § 1009 Rz 24; Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03}, § 1009 Rz 9 f.

³⁴ § 153 und § 153a StGB stehen in einem Verhältnis der Exklusivität bzw der materiellen Subsidiarität, sodass eine Verurteilung nach § 153 StGB die gleichzeitige Annahme eines § 153a StGB verdrängt; vgl Leukauf/Steininger/Flora, StGB⁴, § 153a Rz 20 f; Pfeifer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 153a Rz 31.

³⁵ Vgl Reich-Rohrwig, Gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung und Untreuevorwurf, ecoloex 2017, 539 (540).

wenn sie strafrechtlich relevant ist) für sich allein noch keinen Befugnismissbrauch iSd Untreuetatbestands begründet. Ein Befugnismissbrauch kann sich in diesem Zusammenhang aber ergeben, wenn der Machthaber Anordnungen (Weisungen) oder den allgemeinen Grundsatz verletzt, wonach jeder Machthaber verpflichtet ist, dem Machtgeber den größtmöglichen Nutzen zu verschaffen. Dies kann nach Ansicht des OGH insbesondere dann der Fall sein, wenn die Vertretungshandlung (*ex ante*) wirtschaftlich unvertretbar ist, insb wenn dem dadurch bewirkten Vermögensabfluss keine entsprechende Gegenleistung gegenübersteht.³⁶

Dieser Ansicht ist mit Blick auf das geschützte Rechtsgut jedenfalls zuzustimmen. Der OGH ging – mangels erstgerichtlicher Feststellungen zu internen Vorgaben des Konzerns zu dieser Frage – nicht näher auf ausdrückliche Verhaltensvorschriften im Innenverhältnis ein. Er deutet aber an, dass es auch diesbezügliche „Anordnungen (Weisungen)“ geben könne. Derartige Vorgaben finden sich zwar zumeist nicht direkt im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung, können sich aber zB aus einem Verhaltenskodex (*Code of Ethics*) oder sonstigen Compliance-Vorgaben innerhalb des Unternehmens bzw Konzerns ergeben. Da diese Vorschriften zumeist konkrete Handlungsanweisungen und Handlungsverbote beinhalten, die in Bezug auf „Tabu-Themen“ wie etwa Korruption konsequenterweise keinen Spielraum zulassen, kann jede Abweichung sachlich unvertretbar sein und insofern sehr wohl einen Befugnismissbrauch begründen.³⁷

3.2. Vermögensschaden

Die Annahme des Erstgerichts, die inkriminierten Vertretungshandlungen seien (*ex ante*) mangels entsprechender Gegenleistung wirtschaftlich unvertretbar, lässt der OGH nicht gelten, weil dies jenen Feststellungen des Erstgerichts entgegenstehe, wonach die Täter durch die Bestechungshandlungen eine unmittelbar verbundene Wertsteigerung des Windparkprojekts (als Vermögenszufluss) erwarteten. Die Rsp, der zufolge unter dem Aspekt des Vermögensschadens nur ein durch Missbrauchshandlungen „gleichzeitig“ mit dem Vermögensnachteil entstehender Vermögensnachteil aufrechenbar sei,³⁸ sei laut OGH folgendermaßen klarzustellen:

Die Rsp gehe – wie beim Betrug – vom Grundsatz der Gesamtsaldierung und Scha-

denkompensation iS eines Ausgleichs unmittelbarer Vor- und Nachteile des Geschäfts aus. Ein die gesamte Geschäftsführung umfassender Vorteilsausgleich finde nicht statt. Mit dem Erfordernis der „Gleichzeitigkeit“ werde lediglich zum Ausdruck gebracht, dass bloß eine im wohlverstandenen Interesse des Machtgebers liegende, im Austauschverhältnis mit dem Vermögensabfluss stehende Gegenleistung aufrechenbar sei. Damit schließe die Rsp zwar (zumal der Vermögensschaden kein dauernder sein muss) bloß für die Zukunft erwartete (mittelbare) Vermögenszuwächse – mögen sie auch kausal mit der Vertretungshandlung verknüpft sein – von der Saldierung aus, nicht jedoch vorweg erbrachte (im Austauschverhältnis stehende) Gegenleistungen.³⁹ Außerdem stelle die Rsp mit Blick auf den wirtschaftlichen Vermögensbegriff bei der Schadensberechnung nicht auf Anfechtbarkeit, Rechtsungültigkeit oder zivilrechtliche Einklagbarkeit von Leistungen ab.⁴⁰ Für die Aufrechenbarkeit von Vermögensverringerung und -vermehrung komme es daher nicht auf deren exakte Gleichzeitigkeit, sondern darauf an, dass es sich um unmittelbare Auswirkungen derselben rechtsgeschäftlichen Vertretungshandlung handelt, was insb bei einander im Austauschverhältnis gegenüberstehenden Leistungen der Fall sei. Dann sei eine Gegenleistung auch aufrechenbar, wenn sie vor dem Vermögensabfluss erbracht wurde.⁴¹

Diese „Klarstellung“, die eigentlich ein Abgehen von der bisherigen Rsp darstellt, ist das rechtswissenschaftliche Kernstück der Entscheidung: Untreue schützt – es wurde auch im Zuge des StRÄG 2015 bereits etliche Male klargestellt⁴² – nur die vermögensrechtlichen Interessen des Machtgebers (wirtschaftlich Berechtigten). Bestechungszahlungen können dem Unternehmen aus Sicht des geschützten Rechtsguts der Untreue, nämlich des Vermögens des wirtschaftlich Berechtigten/Machtgebers, nützen, auch wenn sie nach sonstigen Bestimmungen strafbar sind. Der OGH folgt in diesem Zusammenhang (nun) einer näher am Wirtschaftsleben orientierten Betrachtung und hält nicht an der Rechtsprechungslinie fest, wonach nur gleichzeitig eingetretene Vor- und Nachteile eines Geschäfts aufgerechnet werden können. Es kommt also – vereinfacht gesagt – nicht mehr auf die Gleichzeitigkeit an. Das ist jedenfalls eine sachgerechte Lösung im Vergleich zur wenig nachvollziehbaren Auslegung des Untreuetatbestands durch den OGH vor Erlassung dieser Entscheidung, die an einer starren „Gleichzeitigkeit“ festhielt.

³⁶ RIS-Justiz RS0132513 (T1); vgl auch *Kienappfel/Schmolzer*, Studienbuch Strafrecht Besondere Teil II² (2017) § 153 Rz 62; *Stricker* in *Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, 60 ff; *McAllister* in *Preuschl/Wess*, Wirtschaftsstrafrecht – Praktikerkommentar (2018) § 153 StGB Rz 42.

³⁷ Vgl JAB 728 BlgNR 25. GP, 10; *McAllister* in *Preuschl/Wess*, Wirtschaftsstrafrecht, § 153 StGB Rz 76 mwN.

³⁸ RIS-Justiz RS0094565.

³⁹ RIS-Justiz RS0095517, RS0094836; OGH 20. 10. 2016, 14 Os 82/16i; 20. 11. 2015, 13 Os 142/14b.

⁴⁰ RIS-Justiz RS0094565 (T8); RIS-Justiz RS0094787; *Kirchbacher* in *Höpfel/Ratz*, WK StGB², § 146 Rz 70.

⁴¹ RIS-Justiz RS0094565 (T8).

⁴² Vgl etwa ErlRV 728 BlgNR 25. GP, 5 f; OGH 19. 4. 2018, 17 Os 15/17k.

3.3. Sonstige „nützliche Gesetzesverletzungen“ als Untreue?

Abgesehen von Bestechungszahlungen stellt sich die Frage, ob auch sonstige für das Unternehmen „nützliche Gesetzesverletzungen“ eine Untreuestrafbarkeit begründen können: Auch hierfür ist die vom OGH vorgenommene Klarstellung relevant, wonach es nicht auf eine exakte „Gleichzeitigkeit“ von Vermögensabfluss und wirtschaftlichem Gegenwert ankommt, sondern auf eine Gesamtsaldierung und die unmittelbaren Auswirkungen einer Vertretungshandlung. Insofern begründet es keinen Befugnismissbrauch, wenn eine „nützliche Gesetzesverletzung“ (zunächst) das Vermögen verringert, die Gesetzesverletzung aber im Interesse des Machtgebers und der durch sie herbeigeführte wirtschaftliche Gegenwert in einem angemessenen Verhältnis zum Vermögensabfluss steht.⁴³ Hier ist nicht nach der Natur des Gesetzesverstößes zu differenzieren, sodass sowohl straf- als auch zivil- und öffentlich-rechtliche Normenverstöße grundsätzlich dann keine Untreue begründen, wenn sie dem vertretenen Unternehmen „nützen“.

Beispiel

Wenn der Geschäftsführer einer GmbH an seine Mitarbeiter die Weisung⁴⁴ erteilt, umweltrechtliche Bestimmungen bewusst nicht einzuhalten, setzt er das Unternehmen dadurch einer Vermögensgefährdung (in Form einer drohenden Strafe) aus, die versuchte Untreue nach §§ 15 Abs 2, 153 StGB darstellen kann.⁴⁵ Durch tatsächliche Verhängung der Strafe wäre der Vermögensschaden auch effektiv eingetreten und die Untreue bei gegebenem Vorsatz grundsätzlich vollendet.⁴⁶

Der Geschäftsführer macht sich aber dann nicht nach § 153 StGB strafbar, wenn der wirtschaftliche Vorteil (zB eine Ersparnis), der aus der Nichtbeachtung der umweltrechtlichen Vorschrift resultiert, der Höhe der Strafe entspricht bzw der Vorteil oder die Ersparnis die Strafe wertmäßig übersteigt. In diesem Fall ist ein wissentlicher Befugnismissbrauch regelmäßig zu verneinen, außer der Geschäftsführer ist bereits nach internen Vorgaben ausdrücklich zur Einhaltung umweltrechtlicher Bestimmungen verpflichtet. Jedenfalls scheidet eine Subsumtion unter § 153 StGB am Nichtvorliegen eines Vermögensschadens. Selbstverständlich kann sich der Geschäftsführer aber nach verwaltungsstraf-

rechtlichen Bestimmungen (zB nach dem Wasserrechtsgesetz, dem Abfallwirtschaftsgesetz oder der Gewerbeordnung) oder nach den umweltrechtlichen Bestimmungen nach §§ 180 ff StGB strafbar machen.

► Auf den Punkt gebracht

- Für die Bejahung einer Pflichtwidrigkeit iSd Korruptionstatbestände muss das Amtsgeschäft bzw das Rechtsgeschäft selbst pflichtwidrig sein. Die Regelwidrigkeit (auch) der Vorteilsannahme ist in diesem Zusammenhang ohne Relevanz. Es erscheint auch sachgerecht, hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit zwischen privater Korruption (§ 309 StGB) und Privatwirtschaftsverwaltung einerseits und Hoheitsverwaltung andererseits zu differenzieren, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Demnach ist mE Handeln im Bereich zulässigen Ermessens bei privatem oder privatwirtschaftlichem Verhalten nicht pflichtwidrig, sodass es auch auf die dahinterstehende (uU eigenwirtschaftliche) „Motivation“ des Täters nicht ankommt.
- Bei Nichtvorliegen bestimmter Tatbestandselemente der Korruptionsdelikte (etwa Verneinung von Pflichtwidrigkeit) kann § 153a StGB einen Auffangtatbestand für korruptives Verhalten darstellen.
- Aktive Korruption durch einen Machthaber begründet (auch wenn sie sonst strafrechtlich relevant ist) für sich allein keinen Befugnismissbrauch iSd Untreuetatbestands.
- Für die Aufrechenbarkeit von Vermögensverringerung und -vermehrung kommt es nicht auf deren exakte Gleichzeitigkeit, sondern darauf an, dass es sich um unmittelbare Auswirkungen derselben rechtsgeschäftlichen Vertretungshandlung handelt. Das ist insb bei einander im Austauschverhältnis stehenden Leistungen der Fall. Auf eine etwaige Anfechtbarkeit, Rechtsunfähigkeit oder zivilrechtliche Einklagbarkeit der Gegenleistung kommt es nicht an.
- Auch sonstige Gesetzesverletzungen, die im Hinblick auf das Vermögen des Unternehmens „nützlich“ sind, können keine Untreue darstellen, wenn der wirtschaftliche Vorteil den durch die Gesetzesverletzung erlittenen Nachteil kompensiert oder übersteigt.

⁴³ McAllister in Preuschl/Wess, Wirtschaftsstrafrecht, § 153 StGB Rz 43; Eckert/Spani/Wess, Neuregelung des § 153 StGB und Auswirkungen auf die Praxis – Teil I, ZWF 2015, 258 (260); Reich-Rohrwig, ecolex 2017, 539 (541).

⁴⁴ Eine Weisung an Untergebe ist eine geeignete Tathandlung der Untreue und kann somit einen Befugnismissbrauch darstellen; vgl OGH 28. 6. 2000, 14 Os 107/99, RIS-Justiz RS0094733 (T2).

⁴⁵ RIS-Justiz RS0105921; vgl hierzu auch Schönborn, Die Verursachung von Prozessrisiken aus strafrechtlicher Sicht, JSt 2019, 228 (228 ff).

⁴⁶ RIS-Justiz RS0094913.