

Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht

Die Entscheidung des OGH zum Untreue-Vorwurf in der Sache Libro war, nachdem das Croquis der Generalprokuratur vom 1. 2. 2013 in diesem Punkt einen Freispruch beantragt hatte, mit großer Spannung erwartet worden. Der OGH folgte dem Croquis beim Gerichtstag am 30. 1. 2014 nicht und qualifizierte eine gesellschaftsrechtlich unzulässige Ausschüttung an die Alleinaktionärin als Untreuehandlung. Der Beitrag setzt sich mit der Begründung kritisch auseinander.

1. Entscheidungsgründe und offene Fragen

Im Fall Libro wurde den angeklagten Mitgliedern des Vorstandes, des Aufsichtsrates sowie einem Wirtschaftsprüfer eine Schädigung der Librodisk Handels AG (kurz „Libro-AG“) durch Ausschüttung einer Sonderdividende im Frühjahr 1999 an deren Alleinaktionärin UD-AG vorgeworfen. Die Angeklagten brachten in der Nichtigkeitsbeschwerde ua vor, dass nicht die Libro-AG, sondern deren Aktionärin Trägerin des von § 153 StGB geschützten Rechtsguts sei und die Aktionäre der Ausschüttung ohnedies zugestimmt hätten. Der OGH¹⁾ verwarf diese Verteidigung mit dem Argument, sie setze sich über die Rechtssubjektivität der Aktiengesellschaft hinweg (§ 1 AktG): Der bei der „Einmann-GmbH“ anerkannte Sonderfall, dass der Geschäftsführer zugleich einziger Gesellschafter sei und daher bei nachteiligen Vermögensverfügungen durch den Gesellschafter-Geschäftsführer der Schaden nicht bei einem „anderen“ eintrete, liege hier nicht vor; denn nicht die Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Hand führe zur Annahme einer straflosen Selbstschädigung, sondern der Umstand, dass in diesem Sonderfall der „Täter“ zugleich einziger „Geschädigter“ sei. Der OGH merkte aber auch an, dass die Alleinaktionärin UD-AG ihrerseits eine Mehrheit von Aktionären hatte und eine Einwilligung auch sämtlicher Aktionäre der UD-AG zu einer Selbstschädigung von den Beschwerdeführern weder vorgebracht wurde, noch dafür Verfahrensergebnisse vorlagen.

Vor allem begründete der OGH die Entscheidung aber, unter mehrfacher Bezugnahme auf einen Aufsatz zum deutschen Recht,²⁾ mit der *Rechtsnatur einer Aktiengesellschaft*: Der fehlende Einfluss der Aktionäre auf den gesamten Bereich der Geschäftsführung stehe einer (wirtschaftlichen) Identifikation von Aktionären und Aktiengesellschaft entgegen. Denn im Gegensatz zu den Gesellschaftern einer GmbH könnten die Aktionäre weder jede Angelegenheit der Geschäftsführung an sich ziehen, noch dem Gesellschaftswohl zuwiderlaufende Weisungen erteilen: Ihre Interessen seien von jenen der Gesellschaft zu unterscheiden und auch nicht übergeordnet, sondern lediglich neben jenen des Unternehmens, der Öffentlichkeit und der Arbeitnehmer zu berücksichtigen (§ 70 Abs 1 AktG). Die Anerkennung einer strafrechtlich zulässigen Dispositionsbefugnis der Gesellschafter über das Vermögen der Aktienge-

sellschaft würde deren körperschaftliche Struktur konterkarieren. Auch mit Blick auf § 153 StGB komme den Aktionären bzw den Organen der Alleinaktionärin nicht die Macht zu, die Gesellschaftsinteressen und damit das Innenverhältnis zu definieren, woraus folge, dass die *Untreuestrafbarkeit* durch eine *Zustimmung aller Aktionäre oder der Alleinaktionärin* grundsätzlich *nicht ausgeschlossen* werde. Auch eine Weisung oder eine Zustimmung der Hauptversammlung zur Vornahme von Geschäftsführungsakten, die, weil vermögensschädigend, gegen das Unternehmensinteresse verstoßen, wäre aufgrund der fehlenden Weisungsbefugnis nicht geeignet, von der gegenüber der Gesellschaft bestehenden *Treuepflicht* zu dispensieren. Aus der Rechtssubjektivität der Gesellschaft folge die strikte Trennung der Vermögenssphären, sodass bei der zulasten der Libro-AG begangenen Untreue nicht der mittelbare Schaden der Alleinaktionärin, sondern der unmittelbare Nachteil der Gesellschaft selbst maßgebend sei, zumal das Vermögen der Libro-AG nicht nur für die Angeklagten, sondern auch für die Alleinaktionärin *fremdes Vermögen* darstelle.

Diese Begründung wirft zwei Fragen auf, die im vorliegenden Beitrag erörtert werden sollen: Erstens bleibt unklar, was die Ausführungen des OGH für GmbH-Geschäftsführer bedeuten, die *nicht* auch Alleingesellschafter, sondern nur Mitgesellschafter oder überhaupt Fremdgeschäftsführer sind. Zweitens und vor allem stellt sich die Frage, ob die vom OGH argumentierte Unterscheidung zwischen Aktiengesellschaft und GmbH gesellschaftsrechtlich tragfähig ist.

2. Zur GmbH

Seit SSt 53/54 gilt der Rechtssatz, dass bei einer Untreue zulasten einer GmbH zwar nicht der Schaden der Gesellschafter maßgebend ist, sondern jener der Gesellschaft als eines *eigenen Rechtssubjekts*, jedoch der einzige Gesellschafter einer GmbH als Täter einer zu deren Lasten begangenen Untreue nicht in Betracht komme.³⁾ Denn wenn der Täter einziger Gesellschafter und damit wirtschaftlich gesehen nach Maßgabe der Haftungsbeschränkung faktisch mit der Gesellschaft ident ist, werde durch eine Schädigung der Gesellschaft *nicht wirklich einem „anderen“ ein Vermögensnachteil zugefügt*.⁴⁾ Dazu präzisiert der OGH nun im Fall Libro, dass *nicht* die Vereinigung aller

1) Entscheidung vom 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p).
2) *Rönnau*, Untreue zulasten juristischer Personen und Einwilligungskompetenz der Gesellschafter, FS Knut Amelung (2009) 247.

3) RIS-Justiz RS0094723; *Kirchbacher/Presslauer* in WK² StGB (24b. Lfg; 2009) § 153 Rz 37; *Fabrizy*, StGB¹¹ (2013) § 153 Rz 9; *Mayerhofer*, StGB⁶ (2009) § 153 E 72c.
4) OGH 13 Os 110/02.

Gesellschaftsanteile in einer Hand zur Annahme einer straflosen Selbstschädigung führe, sondern der Umstand, dass im Sonderfall des Alleingesellschafter-Geschäftsführers der „Täter“ zugleich einziger „Geschädigter“ sei. Dieser Teil der Begründung könnte dahin verstanden werden, dass sich bloße Mitgesellschafter-Geschäftsführer und Fremdgeschäftsführer, die im Einverständnis mit allen (anderen) Gesellschaftern eine nachteilige Disposition vornehmen, sehr wohl der Untreue schuldig machen können.⁵⁾ Ein solches Ergebnis wäre allerdings offenkundig unrichtig, da der „Täter“ in diesen Fällen zwar vielleicht zum Schaden eines „anderen“, aber *mit dessen Einwilligung* und daher *gerechtfertigt* handelt. Denn eine natürliche Person kann nach Belieben in eine Verminderung bzw. Zerstörung ihrer Vermögenswerte einwilligen, da insoweit nur ihre eigenen Interessen betroffen sind, und es kann folglich auch der Machtgeber auf den Schutz des Strafrechts für sich verzichten;⁶⁾ daher verwirklicht auch ein Fremdgeschäftsführer durch mit Zustimmung des Gesellschafters getroffene Dispositionen richtigerweise keine Untreue.⁷⁾ Die (vorherige) Einwilligung des Machtgebers in den Befugnismissbrauch ist daher auch kein (bloßer) Strafaufhebungsgrund, sondern schließt vielmehr den Untreueatbestand (konkret: den Missbrauch) bereits von vornherein aus.⁸⁾

Auch wer einem anderen eine Sache wegnimmt, begeht keinen Diebstahl, wenn dieser andere der Wegnahme zugestimmt hat. Würde man das bei der Untreue zulasten des Vermögens einer Kapitalgesellschaft anders sehen, stieße man im Übrigen auf unlösbare Abgrenzungsprobleme, müsste man doch zB bei Straffreiheit des Alleingesellschafter-Geschäftsführers dessen Mitgeschäftsführer, der sich an der Schädigung beteiligt hat, für strafbar halten – bloß weil er ein Mittäter ohne Gesellschaftsanteile ist.

Im Folgenden ist daher nur noch auf die Frage einzugehen, ob die Rechtslage bei Aktiengesellschaften – sei es für den Alleinaktionär, sei es für Vorstandsmitglieder, die im Einvernehmen aller Aktionäre handeln – anders zu beurteilen ist. Was das Einverständnis der Aktionäre betrifft, ist vorweg auf die Bemerkung des OGH einzugehen, dass nicht auch noch sämtliche *Aktionäre des Alleinaktionärs* (UD-AG) der Sonderdividende zugestimmt hätten: Auf deren Zustimmung kann es – sowohl bei der AG als auch der GmbH – nicht ankommen, da durch eine unzulässige Ausschüttung von der Tochter an die Mutter die Großmutter bzw. die Gesellschafter der Mutter nicht geschädigt werden. Eher im Gegenteil wird das Vermögen im Konzern sogar näher an sie herangeführt. Dass ein Konzern, wie der OGH an sich zutreffend ausführt, keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, steht einer solchen Betrachtung nicht entgegen. Daher konzentriert sich der Beitrag nun auf die Frage, ob die *Zustimmung der Alleinaktionärin der Libro-AG* Untreue ausschließt.

5) Gegen eine solche Interpretation spricht allerdings der sogleich folgende Hinweis des OGH, dass nicht alle *Aktionäre der UD-AG* eingewilligt hätten. Möglicherweise hält der OGH also doch auch bei Fremdgeschäftsführung die Einwilligung der (mittelbaren) Gesellschafter für relevant.

6) *Eckert/Tipold*, Strafbare Dividenden, GES 2013, 59 (69); *Huber*, Die Organuntreue zulasten von Kapitalgesellschaften (2012) 151; *Artmann*, Wirtschaftskriminalität und Gesellschaftsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Wirtschaftsstrafrecht (2008) 233 (246); *Kienapfel/Schmoller*, StudB BT II (2003) § 153 Rz 65; *Rüffler*, Strafrechtliche Untreue und Gesellschaftsrecht, FS Jud (2012) 546 f.

7) Siehe bereits ausführlich *N. Huber*, Zur Untreue bei Einpersonengesellschaften, ÖJZ 2010, 1004 mwN; *dies*, Organuntreue 151 ff, 174 ff; *Eckert/Tipold*, Strafbare Dividenden, GES 2013, 59 (68) mwN.

8) So zB *Pfeifer*, SbgK (2013) § 153 Rz 31.

3. Zur Aktiengesellschaft

3.1. Rechtssubjektivität juristischer Personen

Wenn der OGH zunächst die Rechtssubjektivität der Aktiengesellschaft hervorhebt (§ 1 AktG), soll und kann dies keinen Unterschied zur GmbH begründen, da diese ebenso eine juristische Person ist (§ 61 GmbHG). Der Hinweis auf die Rechtssubjektivität führt allerdings weiter, nämlich zu der Frage, *weshalb* die Rechtsordnung einem Gebilde, das nicht Mensch ist, überhaupt Rechtssubjektivität zuerkennt. Nach der heute im Zivilrecht herrschenden Theorie gehört es zu den charakteristischen Eigenschaften *jeder* juristischen Person, dass eine gegenüber Individualinteressen abgesonderte Einheit gemeinsamer Zielvorstellungen besteht, welcher die Rechtsordnung gerade deshalb eigene Rechte und Pflichten zuordnet.⁹⁾ Die Körperschaften des Privatrechts dienen daher im Allgemeinen der kollektiven, überindividuellen Interessenverfolgung und die „Einmann-Gesellschaften“ – zulässigerweise – der Haftungsbeschränkung bei unternehmerischer Tätigkeit.¹⁰⁾ Das ist im Kern bei Aktiengesellschaften und GmbHs nicht unterschiedlich und trifft zB ebenso auf Vereine und Genossenschaften zu. Eine gewisse *Verselbstständigung von Interessen* ist daher nicht etwa ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Aktiengesellschaft und GmbH, sondern bei *beiden juristischen Personen feststellbar* – nämlich als der tiefere Grund, weshalb ihnen das Gesetz überhaupt Rechtsfähigkeit zuerkennt. So geht es auch bei der Rechtsfähigkeit der Offenen Gesellschaft, die durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz 2005 in § 105 S 2 UGB klargestellt wurde, auch um ein durch die organisatorische Verselbstständigung der OG und ihr geschlossenes Auftreten nach außen begründetes *praktisches Bedürfnis*.¹¹⁾ Wenn die Verselbstständigung der Interessen bei den einzelnen Typen juristischer Personen unterschiedlich ausgeprägt ist oder doch sein kann, so begründet das sohin bloß eine graduell-quantitative und *keine qualitative Differenzierung*, die im Übrigen nicht nur von der Rechtsform, sondern auch von der faktischen Gestaltung abhängt: Bei einer „Einmann-AG“ oder einer AG mit nur zwei syndizierten Aktionären sind die Interessen weit weniger abgegrenzt als bei einer GmbH mit vielen (womöglich zerstrittenen) Gesellschaftern.

3.2. Weisungsfreiheit als Unterscheidungskriterium?

Bei einer GmbH ist der Geschäftsführer zwar an Weisungen der Gesellschafter gebunden (§ 20 Abs 1 GmbHG), doch besteht freilich dann und insoweit *keine Bindung*, als die Weisung auf eine verbotene Einlagenrückgewähr gerichtet und daher *rechtswidrig* ist. So hat der OGH zum Fall einer unzulässigen Garantieübernahme für einen Kredit an eine Schwestergesellschaft zutreffend ausgesprochen, dass bei Gesetzesverstößen, die zur Nichtigkeit des Weisungsbeschlusses führen, der Geschäftsführer nicht gebunden ist und ein solcher nichtiger Weisungsbeschluss daher auch seine Schadenersatzhaftung gegenüber der

9) *Ostheim*, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht (1967) 11 ff; ähnlich *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 141 ff.

10) *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2010) § 26 Rz 5 mwN.

11) Vgl *Schauer* in *Kals/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/114; zur andauernden Diskussion, ob die OG auch als „juristische Person“ zu bezeichnen ist, siehe *Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² (2010) § 105 Rz 6 ff mwN.

Gesellschaft unberührt lässt.¹²⁾ Die Generalversammlung der GmbH hat sohin nicht etwa die Möglichkeit, dem Geschäftsführer die Vornahme einer unzulässigen Einlagenrückgewähr anzuordnen. Die vom OGH im Fall Libro nun hervorgehobene (generelle) Weisungsfreiheit des Vorstandes einer AG vermag daher eine unterschiedliche Beurteilung von Vorstand und Geschäftsführer im Bereich der Untreue nicht zu begründen.¹³⁾ Vielmehr geht es um die jeweils betroffenen Interessen, worauf nun näher einzugehen ist.

3.3. Unternehmensziele

Wie der OGH betont, hat der Vorstand einer AG nach § 70 Abs 1 AktG unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert. Unter „*Unternehmenswohl*“ ist im Wesentlichen die Sicherung des Bestandes und des Gedeihens des Unternehmens in Orientierung am Gesellschaftszweck zu verstehen; „Gedeihen“ des Unternehmens bedeutet bei einer AG mit erwerbswirtschaftlichem Zweck die Erzielung des bestmöglichen Betriebsergebnisses unter Beachtung der langfristigen Unternehmensentwicklung bzw einer nachhaltigen Fortentwicklung. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass der Gesellschaftszweck in der *langfristigen Gewinnerzielung* besteht und daher der Vorstand die Geschäfte dementsprechend zu führen hat. Das Unternehmenswohl steht jedenfalls *an erster Stelle* und hat Vorrang vor den anderen in § 70 Abs 1 AktG erwähnten Interessen; diese sind vom Vorstand bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben lediglich „zu berücksichtigen“ und daher dem Wohl des Unternehmens nachgeordnet. *Arbeitnehmer- und Aktionärsinteressen* werden sich allerdings längerfristig (Wirtschaftlichkeit des Unternehmens) mit dem Unternehmenswohl ohnedies decken; kurzfristig mag es bisweilen Spannungen im Hinblick auf die Ergebnisverteilung geben. Das *öffentliche Interesse* wiederum wird idR schon ausreichend durch die Beachtung der zahlreichen Vorgaben von Gesetzen und Verordnungen gewahrt. Maßnahmen, die langfristig für die AG nachteilig sind, können nicht aus öffentlichen Interessen gerechtfertigt werden.¹⁴⁾

Obwohl im GmbHG eine dem § 70 Abs 1 AktG vergleichbare Vorschrift fehlt, gelten für Geschäftsführer einer GmbH ganz *ähnliche Leitlinien*: Auch sie haben mit der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ (§ 25 Abs 1 GmbHG) primär das Unternehmenswohl zu fördern und damit sekundär die gemeinsamen Interessen der Gesellschafter zu wahren. Für die Rechte der Arbeitnehmer ist auch bei der GmbH die betriebliche Mitbestimmung nach dem ArbVG samt Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat vorgesehen (§ 110 leg cit), welche ein GmbH-Geschäftsführer ebenso zu wahren hat. Und das öffentliche Interesse in dem oben beschriebenen Sinn muss er natürlich genauso beachten. Die implizite Annahme des OGH, § 70 Abs 1 AktG würde einer AG mehr Eigenleben „einhauchen“ als einer GmbH zukommt, trifft daher nicht zu. Das belegt schließlich auch der Umstand, dass sich der OGH gerade auf die deutsche Rechtslage beruft, in

§ 76 dAktG, der Parallelbestimmung zu § 70 AktG, jedoch nur die Verantwortung des Vorstandes für die Leitung *ohne weitere Zielvorgaben* normiert wird. Nun ist es zwar richtig, dass man auch in Deutschland von einer Interessenpluralität ausgeht.¹⁵⁾ Das ist aber eben keine Besonderheit der AG, sondern auch bei der GmbH der Fall.

Da sohin weder die Weisungs(un)gebundenheit von Geschäftsführer und Vorstand noch die von ihnen zu verfolgenden Unternehmensziele eine unterschiedliche Behandlung von GmbH und AG tragen, ist nun näher auf das Verhältnis zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern einzugehen.

3.4. Umwandlung, Verschmelzung und Liquidation

Eine strafrechtliche Unterscheidung zwischen GmbH und Aktiengesellschaft erscheint schon deshalb wenig überzeugend, weil eine Umwandlung einer AG in eine GmbH mit schlichtem Hauptversammlungsbeschluss möglich ist (§§ 239 AktG) und das Gesetz unter Einhaltung bestimmter Kautelen auch umgekehrt eine Umwandlung einer GmbH in eine AG vorsieht (§§ 245 ff AktG); Selbiges gilt für die Verschmelzung einer GmbH mit einer AG (§ 234 AktG) bzw für die Verschmelzung einer AG mit einer GmbH (§ 234a AktG). Vor allem aber ist hier darauf hinzuweisen, dass eine Aktiengesellschaft durch Hauptversammlungsbeschluss mit Dreiviertelmehrheit *jederzeit aufgelöst* werden kann (§ 203 Abs 1 Z 2 AktG), worauf sie dann abzuwickeln und schließlich im Firmenbuch zu löschen ist (§§ 205 ff AktG). Für die vom OGH ins Treffen geführten, in § 70 AktG genannten und vom Vorstand weisungsfrei zu verfolgenden Interessen bedeutet dies: Selbst wenn eine Aktiengesellschaft ein mustergültiger Arbeitgeber ist, bei dem sich alle DienstnehmerInnen wohlfühlen, und die Gesellschaft zudem wichtige öffentliche Interessen fördert (sie etwa für die Volkswirtschaft bedeutende Dienstleistungen zu vorteilhaften Preisen anbietet), kann *niemand die Aktionäre daran hindern, die Gesellschaft zu liquidieren*. Vor diesem Hintergrund lässt es sich allerdings nicht begründen, unzulässige Gewinnausschüttungen wegen der in § 70 AktG angeführten Interessen – dh auch zum Schutz dieser Interessen – der Strafsanktion des § 153 StGB zu unterwerfen.

In Wahrheit geht es vielmehr, worauf unten noch etwas näher einzugehen sein wird, nicht um eigenständige Interessen der Aktiengesellschaft, sondern nur um deren *Gläubiger*. Die Probe aufs Exempel bietet im Fall Libro die hypothetische Variante, dass die Gesellschafter sogleich nach der Sonderdividende die Auflösung und Liquidation der Aktiengesellschaft beschlossen und in deren Zuge sämtliche Gläubiger ordnungsgemäß befriedigt hätten: Die Vorstellung, dass in diesem Fall die durch die Ausschüttung der Sonderdividende „Geschädigte“ noch die Aktiengesellschaft kurz vor ihrem rechtlichen Ableben gewesen sei, wäre einigermaßen konstruiert und formal. Für die Strafbarkeit wegen Untreue kann es dann allerdings keinen Unterschied machen, ob es nach der inkriminierten Sonderdividende zu einer ordnungsgemäßen Liquidation oder zum Konkurs kam, da für die Tatbestandselemente auf den Zeitpunkt der Ausschüttung abzustellen ist.

Der Beitrag von *Rönnau*, auf welchen sich der OGH mehrfach beruft, kommt hingegen für das deutsche Recht zu dem – schon in Deutschland umstrittenen – Ergebnis, dass im Untreuekontext größte Unterschiede zwischen GmbH und AG

12) 3 Ob 287/02f, SZ 2003/133 = GesRZ 2004, 57 = RdW 2004, 155 = wbl 2004, 192 = GeS 2004, 149; siehe auch *Bauer/Zehetner in Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (27. Lfg; 2009) § 82 Rz 72.

13) Siehe schon *Eckert/Tipold*, Strafbare Dividenden, GES 2013, 59 (69).

14) Vgl zu allem *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ II (2010) § 70 Rz 17 ff; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² (2012) § 70 Rz 11 ff; *Feltl*, Die Zielvorgaben des § 70 Abs 1 AktG, ecolex 2011, 533.

15) Siehe *Hüffer*, AktG¹⁰ (2012) § 76 Rz 12.

bestünden, was er vor allem mit der Weisungsgebundenheit der GmbH-Geschäftsführer („Marionette“) und der Weisungsfreiheit der AG-Vorstände begründet.¹⁶⁾ Wie oben gezeigt, vermag jedoch die Weisungsbefugnis bei unzulässiger Einlagenrückgewähr gerade keinen Unterschied zu rechtfertigen. Zudem ist zu beobachten, dass in manchen von *Rönnaus* Ausgangspunkten die gesellschaftsrechtliche Lage in Österreich anders als jene in Deutschland ist.¹⁷⁾ Jedenfalls aber geht *Rönnauf* auf Umwandlung, Verschmelzung und Liquidation nicht ein. Gerade wenn es um die einschneidende Rechtsfolge der Strafe geht, sollte aber doch berücksichtigt werden, dass im Fall einer *Untreue zugunsten aller Gesellschafter* diese als Mittäter sogar rechtlich befugt gewesen wären, das „Opfer“ überhaupt zu liquidieren. Und wer von der Rechtsordnung zur Einwilligung in die Zerstörung (Liquidation) eines Rechtsgutes ermächtigt ist, sollte dies nach einem naheliegenden Größenschluss auch für eine bloße Beschädigung (Ausschüttung) sein. Nicht verkannt wird, dass eine Liquidation in einem geordneten Verfahren zu erfolgen hat. Dieses dient allerdings nicht dem Schutz der Gesellschaft, sondern, wie insb die Notwendigkeit des mehrfachen Gläubigeraufrufs zeigt (§ 208 AktG), vor allem der *Wahrung der Interessen der Gläubiger*.¹⁸⁾ Die Nichtbeachtung dieser Verfahrensregeln ist daher für die Untreue nicht relevant.

3.5. Keine Treuepflicht gegenüber der „Einmann-Gesellschaft“

Die Rechtslage, wonach eine Gesellschaft (AG und GmbH) nicht gegen den Willen ihrer Gesellschafter ihre Liquidation zu verhindern vermag, spiegelt sich auch bei den Treuepflichten der Gesellschafter wider: Sowohl für die GmbH als auch die Aktiengesellschaft entspricht es der herrschenden Ansicht, dass bei der Einpersonengesellschaft den Gesellschafter keine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft trifft und sich diese, selbst bei Mehrpersonengesellschaften, nicht gegenüber den Gesellschaftern auf eine Treuepflicht berufen kann, wenn eine Maßnahme von allen Gesellschaftern getragen wird.¹⁹⁾ Die Begründung liegt schlicht darin, dass die Treuepflicht dem *Schutz der Mitgliedschaftsinteressen* dient, sodass sie auch gegenüber der Gesellschaft (anders als die dem Gläubigerschutz dienenden Grundsätze der Kapitalerhaltung) in die *Disposition der Gesellschafter* gestellt ist. Daher sind diese auch ermächtigt, in eine schädigende Disposition einzuwilligen. Soweit demgegenüber doch die Mindermeinung vertreten wird, dass sogar den Alleingesellschafter gegenüber der Gesellschaft Treuepflichten treffen könnten, wird dies allein damit begründet, dass die Gesellschaft, soweit es um *Gläubigerbelange* geht, auch gegenüber dem Alleingesellschafter als eigener Interessenträger anzusehen sei.²⁰⁾ Damit endet man allerdings wiederum bei den *Gläubiger-*

interessen, die strafrechtlich nicht durch § 153 StGB, sondern durch die §§ 156 ff StGB geschützt werden.²¹⁾

4. Interessen der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter

Das Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 52 AktG und § 82 GmbHG dient primär dem *abstrakten Gläubigerschutz* und greift daher auch dann, wenn die Gesellschaft trotz der nachteiligen Disposition ausreichend vermögend bleibt, um alle gegenwärtigen und künftigen Gläubiger zu befriedigen. Hierin liegt die schwerwiegende Auswirkung einer – in einer derartigen Konstellation daher abzulehnenden – Anwendung des § 153 StGB auf jegliche unzulässige Ausschüttung, die mit Willen aller Gesellschafter erfolgt. Insb *N. Huber*²²⁾ hat jüngst herausgearbeitet, dass die Missbrauchsbestimmung des § 153 StGB nach den Vorgaben des GmbHG dort endet, wo der gesellschaftsrechtliche Vermögensschutz ausschließlich dem Gläubigerschutz dient und die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG folglich bei Einpersonengesellschaften keine Grenzen des strafrechtlichen Einverständnisses des Alleingesellschafter bilden. Daher schließt ein solches Einverständnis Untreue richtigerweise auch dann aus, wenn die Transaktion gegen die Grundsätze der Kapitalerhaltung verstößt. Zahlt zB ein Fremdgeschäftsführer allen Gesellschaftern auf deren Wunsch die Einlagen zurück, verletzt er damit zwar § 82 GmbHG, begeht jedoch keine Untreue.

Wie oben gezeigt wurde, kann für die Aktiengesellschaft nichts anderes gelten. Wenn sich der OGH demgegenüber auf deutsche Literatur beruft und ausführt, dass die deutsche Rechtslage insoweit vergleichbar sei, so trifft das nur auf § 153 öStGB und § 266 Abs 1 Alt 1 dStGB zu, nicht aber auf die Insolvenztatbestände. Diese sind in Deutschland nämlich anders gefasst als §§ 156 ff StGB, sodass hierzulande der Untreueatbestand nicht auch mit dem Ziel des bloßen (abstrakten) Gläubigerschutzes belastet werden muss.²³⁾ In Österreich ist der strafrechtliche Gläubigerschutz vielmehr funktional allein den §§ 156 ff StGB zuzuweisen, womit im Unterschied zu § 153 StGB nicht in überschießender Weise bereits eine bloße abstrakte Gefährdung des Befriedigungsanspruchs der Gläubiger pönalisiert wird.²⁴⁾

Im Libro-Verfahren wurde zwar das Wissen der Angeklagten festgestellt, dass der Gewinn überhöht angesetzt und die Unternehmensbewertung unrealistisch war, doch gaben die Feststellungen mangels eines auf Gläubigerschädigung gerichteten Vorsatzes offenbar keine Verurteilung der leitenden Organe wegen betrügerischer Krida nach §§ 156, 161 StGB her.²⁵⁾ Zum Konkurs der Libro-AG kam es auch erst im Juni 2002, mehr als drei Jahre nach der Ausschüttung der Sonderdividende. Obwohl es sich um eine der größten Insolvenzen der österreichischen Wirtschaftsgeschichte handelte, ändert dies nichts daran, dass § 156 StGB nicht verwirklicht ist, wenn im Zeitpunkt der inkriminierten Ausschüttung kein Vorsatz auf

16) Im Einzelnen siehe *Rönnauf*, FS Knut Amelung 256 ff.

17) In Deutschland wird das Vermögen der GmbH weniger weit als das Vermögen der AG geschützt, nämlich nach § 30 dGmbHG nur das Stammkapital selbst (vgl *Rönnauf*, aaO 262 f). In Österreich wird der Grundsatz der Kapitalerhaltung hingegen bei beiden Kapitalgesellschaften in gleicher Weise, nämlich hinsichtlich des gesamten Vermögens, verwirklicht.

18) Siehe *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 205 Rz 1. Ferner geht es um die Interessen der Aktionäre (die hier im Untreuezusammenhang aufgrund der Einwilligung ausgeblendet werden können) und um das öffentliche Interesse an Publizität und Rechnungslegung (dessen Verletzung aber ebenso keine Strafbarkeit nach § 153 StGB rechtfertigt).

19) Zur GmbH: *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 4/354; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ (2007) § 61 Rz 12, jeweils mwN. Zur Aktiengesellschaft: *Doralt/Winner* in *MünchKommAktG*³ (2008) Vor § 53a Rz 61 und 68; *dies* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² (2012) § 47a Rz 35 mwN.

20) *Aicher/Kraus* in *Straube*, GmbHG (42. Lfg; 2010) § 61 Rz 34.

21) Auf den jeweils unterschiedlichen Schutzzweck zutreffend hinweisend zB *Eckert/Tipold*, Strafbare Dividenden, GES 2013, 59 (68) mwN; siehe auch *Kirchbacher/Presslauer* in *WK*² § 153 Rz 1 sowie *Kirchbacher* in *WK*² (25a. Lfg; 2011) § 156 Rz 2.

22) Die Organuntreue zulasten von Kapitalgesellschaften (2012) 151 ff.

23) Im Einzelnen *N. Huber*, Organuntreue 162 ff.

24) *N. Huber*, ÖJZ 2010, 1006.

25) Laut Referat des OGH wurde im Ersturteil auf Seite 25 vielmehr Folgendes festgestellt: „Durch die Ausschüttung der Sonderdividende entstand weder ein bedrohender Liquiditätseingpass bei der Libro-HandelsAG noch war sie Grund für die Nichtrückführung von Krediten in den Jahren 2001 und 2002.“

eine Gläubigerschädigung besteht. Untreue nach § 153 StGB wiederum schützt nur die Beziehung zwischen Machthaber und Machtgeber²⁶⁾, nicht auch die Gläubiger und sollte daher nicht in diese Richtung als Auffangtatbestand eingesetzt werden.

Neben dem Gläubigerschutz dienen die Kapitalerhaltungsvorschriften sekundär auch dem Schutz von, so solche vorhanden sind, *Minderheitsgesellschaftern*. Zu deren Schutz kann durchaus auch § 153 StGB dienen, doch ist dann freilich die jeweilige strafbegründende Schadenssumme entsprechend zu adaptieren: Wenn sich ein Alleingesellschafter eine unzulässige Sonderdividende von 100 gewährt und er nach richtiger Ansicht sowohl bei GmbH als auch AG nicht nach § 153 StGB strafbar ist, sollte man bei der Mehrpersonengesellschaft entsprechend aliquotieren: Gibt es einen (nicht zustimmenden) Mitgesellschafter mit 10 %, wäre es inkonsequent, nun plötzlich einen Untreueschaden von 100 anzunehmen, wenn 90 davon ohnedies an jenen Gesellschafter fließen, der sich als Geschäftsführer/Vorstand die Sonderdividende von 100 selbst gewährt bzw

dieser im Fall des Fremdgeschäftsführers zustimmt. Ein Untreueschaden liegt vielmehr nur soweit vor, als die Minderheitsgesellschafter verkürzt werden, und beträgt daher im Beispiel richtigerweise bloß 10. Die Judikatur geht hingegen davon aus, dass dann, wenn neben dem Täter noch andere Gesellschafter beteiligt sind, der gesamte der Gesellschaft zugefügte Schaden strafrechtlich zuzurechnen ist, jedoch wenn es sich bei den Gesellschaftern ausschließlich um Angehörige iSd § 166 StGB handelt, die Untreue im Familienkreis begangen ist.²⁷⁾

5. Ausblick

Den im Croquis aus der bisherigen Rsp gezogenen Schluss, dass kein strafrechtlich relevanter Vermögensschaden der Kapitalgesellschaft vorliege, wenn der wirtschaftliche Berechtigte Nutznießer der Vorgänge und dieser zu selbstschädigendem Verhalten befugt ist, teilte der OGH offenbar nicht. Nun sind allerdings weitere Fragen offen und es wird das Thema wohl noch Gegenstand einiger fachübergreifender Diskussionen sein.

26) *Kirchbacher/Presslauer* in WK² § 153 Rz 36; *Pfeifer*, SbgK § 153 Rz 4, Rz 18 und Rz 33; *Kienapfel/Schmoller*, StudB BT II § 153 Rz 12 und Rz 95.

27) Siehe etwa 14 Os 107/99.



Foto privat

Der Autor:

Dr. Raimund Bollenberger ist Rechtsanwalt und Professor am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Jüngste Publikationen des Autors:

Kapitel über das Kreditgeschäft in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht 2 IV (2012); Fehlerhafte Anlageberatung – Informationsobliegenheiten und -pflichten des Kunden, FS Fenyves (2013) 49; gemeinsam mit Koziol und P. Bydlinski, KBB⁴ (2014).



Foto beige stellt

Der Autor:

Dr. Norbert Wess ist Rechtsanwalt in Wien (wkk law Rechtsanwälte) und vorwiegend in den Bereichen des Unternehmens-, Wirtschafts- und Korruptionsstrafrecht tätig.

Jüngste Publikationen des Autors:

Die Privatisierung der Strafverfolgung (JSt 2014/1); Unternehmensinterne Ermittlungen – Erfahrungen und Problemstellungen in Österreich (AnwBl 04/2013).