

Libro-Urteil des OGH**Reformbedürftiger Straftatbestand „Untreue“?****Strafbarkeit bei rechtswidrigem Vermögensnachteil für die Gesellschaft**

VON DR. MANFRED BIEGLER*)

Sowohl medial¹⁾ als auch in Fachbeiträgen²⁾ wird wahlweise die Überarbeitungswürdigkeit des strafrechtlichen Untreuetatbestands in Richtung einer Verhaltenssanktionierung bzw. das jüngst ergangene OGH-Urteil in der Causa *Libro* vom 30. 1. 2014³⁾ im Hinblick auf seine fehlende Linie in der Auslegung von Gesetzesbegriffen diskutiert. Dabei gingen *Schmieder/Singer* in SWK-Heft 11/2014, 545 f., durchaus spannenden Fragen nach. Inwieweit der OGH hier tatsächlich sehr enge strafrechtliche Grenzen setzt, mag anhand des nochmals konkretisierten Sachverhalts im Fall *Libro* überprüft werden.

1. Allgemeines

§ 153 StGB legt im Wesentlichen fest, dass jemand, der die ihm (durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft) eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, *wissentlich missbraucht* und dadurch dem Vertretenen (Machtgeber) einen Vermögensnachteil zufügt, mit einer – in Abhängigkeit von der Höhe des bewirkten Schadens – Freiheitsstrafe zwischen sechs Monaten und zehn Jahren bestraft werden kann. Das Charakteristikum der Untreue besteht somit im Missbrauch einer rechtlichen Vertretungsmacht, wobei Wissentlichkeit erforderlich ist. Der Straftäter muss es für ernsthaft möglich halten, dass der Vermögensverlust in der Sphäre des Machtgebers eintritt, und findet sich damit ab. Anhand der Auseinandersetzung mit dem Fall *Libro* lassen sich diese Problemkreise durchaus illustrieren.

2. Der Fall *Libro*

Ausgangspunkt der *Libro*-Rechtsgänge war die Ausschüttung einer operativ unfinanzierbaren und nicht vermögensgedeckten Dividende über 440 Mio. ATS, die über Barvorlagen *fremdfinanziert* wurde. Eine Genehmigung der Ausschüttung mittels einer Fremdfinanzierung lag *nicht* vor.⁴⁾ Lediglich der Gewinnverwendungsvorschlag wurde vom Aufsichtsrat zustimmend zur Kenntnis genommen. Die von der Hauptversammlung vom 6. 5. 1999 beschlossene Ausschüttung über 440 Mio. ATS gelangte schließlich Mitte Mai 1999 in zwei Teilbeträgen zu 250 Mio. ATS und 190 Mio. ATS zur Auszahlung und wurde aufgrund fehlender Liquidität über sog. „*Barvorlagen*“ fremdfinanziert. Die fehlende Vermögensdeckung ergab sich dabei im Wesentlichen durch eine ungerechtfertigte Aufwertung der *Libro Deutschland*, deren Wertansatz zum Stichtag 28. 2. 1999 mit 140 Mio. ATS signifikant zu hoch erfolgte.⁵⁾

*) Dr. Manfred Biegler, M.I.L., LL.M., ist Partner einer Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft in Wien.

¹⁾ Siehe den Leitartikel im „Wirtschaftsblatt“ vom 31. 2. 2014; ebendort in einem Beitrag vom 26. 3. 2014. Ähnlich im „Profil“ vom 2. 12. 2013, 50 f., usw.

²⁾ Zuletzt *Schmieder/Singer*, Untreuerisiko im Konzern? SWK-Heft 11/2014, 545 (545 f.).

³⁾ → OGH 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p).

⁴⁾ Anders die Darstellung bei *Schmieder/Singer*, SWK-Heft 11/2014, 545. *Anmerkung*: Ebenso entbehren weitere Transaktionen, wie z. B. die Ausgabe von 44.557 Stückaktien der *Libro AG* an die Gesellschafter der *Cede-Shop GmbH*, einer § 95 Abs. 5 AktG bzw. der Geschäftsordnung entsprechenden Aufsichtsratsgenehmigung.

⁵⁾ *Anmerkung*: Aus den bis zum Stichtag des Jahresabschlusses 1998/1999 bestehenden vier Filialen der *Libro Deutschland* wurde zu keinem Zeitpunkt ein Gewinn erzielt, sondern die *Libro AG* musste in der Folge Verlustabdeckungen i. H. v. 70,2 Mio. ATS vornehmen, um den Fortbestand der *Libro Deutschland* zu gewährleisten.

Ferner war eine Aufwertung im Rahmen der Einbringung der *Libro Entertainment* in eine eigene GmbH mit 160 Mio. ATS als nicht sachgerecht eingeschätzt worden. Nicht unerheblich für eine Beurteilung erscheint der zweite Teil des Transaktionsprozesses, dessen Durchführungsvoraussetzung darin bestand, dass durch die oben erwähnte Sonderdividende das Eigenkapital der Gesellschafterin *UD-Beteiligungs- und Beratungs AG* entsprechend hoch ausgewiesen werden konnte, um im nachfolgenden Downstream-Merger bei der *Libro AG* keinen Verschmelzungsmehrwert ausweisen zu müssen. Eine geringfügig niedrigere Ausschüttung hätte demgegenüber eine Verschmelzung in dieser Form wohl verhindert (bzw. ohne Ausweis eines Verschmelzungsmehrwerts wäre sie nicht möglich gewesen). Nebstbei ermöglichte die Verschmelzung der *UD-Beteiligungs- und Beratungs AG* auf die *Libro AG* als aufnehmende Gesellschaft den Altaktionären der untergehenden Gesellschaft beim Börsengang der *LIBRO AG* steuerliche Vorteile aufgrund ihrer direkten Beteiligung an der *Libro AG*, während diese Transaktion aus Sicht der neuen Aktionäre im Rahmen des Börsengangs unnötig war.

3. Unzulässige Einlagenrückgewähr

Ganz allgemein stellt bereits alles, was nicht Verteilung von Bilanzgewinn, gesetzlicher Ausnahmefall oder drittübliches Austauschgeschäft darstellt, eine Einlagenrückgewähr dar.⁶⁾ Durch das Verbot der Einlagenrückgewähr ist das gesamte jeweilige Vermögen der Kapitalgesellschaft geschützt, mit Ausnahme des förmlich festgestellten Bilanzgewinns. Anders ausgedrückt: Gesellschaftsrechtlich bleibt eine Vermögensbindung i. S. d. § 52 AktG so lange bei der Kapitalgesellschaft aufrecht, als dieses Vermögen nicht in „Bilanzgewinn“ transformiert wurde. Im vorliegenden Fall *Libro* scheiterte eine entsprechende Transformation bereits an einem relevanten Vermögenssubstrat, wobei zusätzlich die vorgenommene Ausschüttung fremdfinanziert werden musste (wofür nicht einmal eine Aufsichtsratsgenehmigung vorlag). Auf diesen ersten Schritt folgte sodann der zweite – gesellschaftsrechtlich unzulässige – Transaktionsschritt, nämlich die Verschmelzung der *UD-Beteiligungs- und Beratungs AG* auf die *Libro AG*, der schließlich mit einer Übernahme des Schuldenüberhangs der Muttergesellschaft einherging. Der primäre Schutzzweck des Kapitalerhaltungsgebots in § 52 AktG liegt demnach einerseits im Minderheitenschutz für Aktionäre sowie deren Gleichbehandlung und andererseits im Gläubigerschutz im Sinne einer Verhinderung von Vermögensschmälerungen zulasten von Gesellschaftsgläubigern.⁷⁾

4. Einlagenrückgewähr versus Untreue

Wie bereits oben festgestellt, setzt der Untreuetatbestand des § 153 StGB den Missbrauch der Vertretungsmacht insoweit voraus, als der Täter die ihm eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht und dadurch dem Machtgeber einen Vermögensnachteil zufügt. Nun könnte man meinen, dass diese Tathandlung verhältnismäßig einfach über die Einholung einer Einverständniserklärung des Machtgebers sanierbar und ansonsten – anders als im Gesellschaftsrecht (etwa § 255 AktG) – ein Vertrauensschutz unbeteiligter Dritter gänzlich zu verneinen wäre. Gläubigerschützende Aspekte wären demnach vollständig außer Ansatz zu lassen. Dieser Sichtweise ist zunächst entgegenzuhalten, dass schon eine „Sanierung“ durch das Einverständnis des Machthabers zur Tathandlung insoweit nicht ausreicht, als die Zustimmung durch unrichtige oder irreführende

⁶⁾ Siehe hierzu schon *Reich-Rohrig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 96 f.

⁷⁾ Siehe hierzu OGH 19. 9. 2002, 3 Ob 175/01h, *ecolex* 2003/177; *Reich-Rohrig*, Kapitalerhaltung, 101; OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h, SZ 69/149 = JBl 1997, 108 (*Hügel*); 20. 11. 1999, 6 Ob 4/99b, JBl 2000, 188 = *GesRZ* 2000, 25.

Angaben oder Verschweigen wesentlicher Umstände erreicht wird.⁸⁾ Ebenso wenig ist die Strafbarkeit der Untreue bei einer Zustimmung sämtlicher Gesellschafter (oder des Alleingeschafters) ausgeschlossen, wenn die Vermögensminderung einen rechtswidrigen Nachteil für die Gesellschaft bewirkt.⁹⁾ An diesem letzten Punkt muss sich der Untreuetatbestand bereits am Grundsatz des Vermögensschutzes, zu dessen Ausfluss wohl der Erhalt des Vermögensbestands und damit auch eine gewisse Vermögensbindung gehören, messen lassen. Zumindest mittelbar werden daher über den Erhalt des Vermögensbestands (auch) Gläubigerinteressen berührt, obwohl diese nicht primärer Schutzzweck des Untreuetatbestands sind. Es muss nicht notwendigerweise ein fremder Schutzzweck in den Untreuetatbestand „importiert“ werden, sondern dieser erfährt vielmehr mittelbar über die Treuepflicht des Vertretenden hinsichtlich des ihm anvertrauten fremden Vermögens eine Folgewirkung in Richtung eines Schutzes Dritter.¹⁰⁾ In diesem Sinne hat etwa der BGH bereits 1988 festgehalten, dass Entnahmen aus dem GmbH-Vermögen trotz Zustimmung aller Gesellschafter als Nachteilszufügung zu verstehen sind, wenn sie etwa die Existenz der GmbH durch Entzug der Produktionsgrundlage, ihre Liquidität oder besondere entgegenstehende Interessen der GmbH gefährden.¹¹⁾

5. Ergebnis

Schon bisher war nicht davon auszugehen, dass ein Missbrauch der Vertretungsmacht i. S. d. § 153 StGB zum Nachteil der Gesellschaft durch eine Gesellschafterzustimmung ohne Weiteres „sanierbar“ ist. Es wäre wohl auch zu einfach, wenn sich der Gesellschafter im Haftungsfall auf eine Sphärentrennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter beruft und bei willkürlichen Entreicherungen zum eigenen Vorteil eine (wirtschaftliche) Vermögenseinheit zwischen Gesellschaft und Gesellschafter reklamiert. Der OGH folgerte, dass (insbesondere) im Fall der AG die Hauptversammlung mangels Weisungsbefugnis den Vorstand nicht von seiner – gegenüber der Gesellschaft bestehenden – Treuepflicht dispensieren könne. Aktienrechtlich sei sie gar nicht dazu befugt, die Gesellschaftsinteressen und damit das Innenverhältnis zwischen AG und ihren Vertretern zu definieren. Der OGH musste im Ergebnis gar nicht (tatbestandsfremde) Gläubigerschutzaspekte im Rahmen des § 153 StGB bemühen. Es reichte für die vorliegende AG-Struktur die klare Sphärentrennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter unter dem Aspekt einer Vermögenserhaltungs- und -betreuungspflicht in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen. Die überwiegende Auffassung im deutschen Schrifttum ging schon bisher – selbst bei einer Zustimmung sämtlicher Gesellschafter – in Richtung einer Strafbarkeit der Untreue, soweit sich die Vermögensminderung als rechtswidriger Vermögensnachteil für die Gesellschaft erwies. Im Fall *Libro* mangelte es aber nicht nur an den fehlenden Weisungsbefugnissen der Hauptversammlung, sondern überhaupt am sachgerechten Zustandekommen der Grundlagen für Aufsichtsratsgenehmigungen (soweit diese vorlagen) und Gesellschafterbeschlüsse, die – selbst im Fall einer Sanierungsfähigkeit des Vermögensschadens – auch die Gesellschafter der Alleinaktionärin betroffen hätten.

⁸⁾ Vgl. hierzu bereits *Kienapfel*, Grundriss des österreichischen Strafrechts – Besonderer Teil II, § 153 Rz. 105.

⁹⁾ Vgl. nur *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schaal*, GmbHG⁴ (2002) Vor §§ 82–85 Rz. 16 f., m. w. N., auch zur Rechtsprechung und zur Gegenauffassung; *Scholz/Tiedemann*, GmbHG⁹ (2002) Vor §§ 82 ff. Rz. 15; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁶ (2004) § 43 Rz. 85; *Hachenburg/Kohlmann*, GmbHG⁸ (1997) Vor § 82 Rz. 16 ff.; für die AG jüngst *Brand*, Die Strafbarkeit des Vorstandes gemäß § 266 StGB trotz Zustimmung aller Aktionäre, AG 2007, 681 (m. w. N. in FN 4); a. A. *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG⁵ (2005) § 43 Rz. 129 f.; *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991) 523, 546 ff.

¹⁰⁾ Siehe hierzu etwa auch *Artmann*, Wirtschaftskriminalität und Gesellschaftsrecht, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (WiR)* (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht (2008) 233 (248).

¹¹⁾ *Artmann*, Wirtschaftskriminalität, in *WiR*, Wirtschaftsstrafrecht, 247; BGH 24. 8. 1988, 3 StR 232/88, BGHSt 35, 333 = NJW 1989, 112, Rz. 19, mit Nachweisen zu früher ergangenen Entscheidungen.