

CB-BEITRAG

Prof. Dr. Dr. Jörg Zehetner, RA

Länderreport Österreich: Business Judgement Rule und Untreue – Klare Rahmenbedingungen für unternehmerische Entscheidungen

Zum 1.1.2016 trat in Österreich das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (kurz „StRÄG 2015“) in Kraft. Mit dieser sehr umfangreichen Reform kam es u. a. auch zu Klarstellungen im Bereich des Untreue-Tatbestands und – durchaus damit in Zusammenhang stehend – zu einer expliziten Verankerung der Business Judgement Rule im GmbHG und im AktG. Darüber hinaus hat auf dem Gebiet des Kartellrechts das österreichische Kartellgericht erstmals Compliance-Maßnahmen bei der Bemessung der Geldbuße mildernd berücksichtigt.

I. Hintergrund der Reform

1. Der Untreue-Tatbestand

Bis zur Reform setzte gem § 153 StGB eine Untreuehandlung derjenige, der seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zugefügt hat.

Während der Befugnismissbrauch wissentlich erfolgen muss, genügt für die Schadenszufügung Eventualvorsatz (die Schädigung wird ernstlich für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen).

2. Verunsicherung durch einige spektakuläre OGH-Entscheidungen

In den letzten Jahren wurden einige wirtschaftliche Entscheidungsträger, und dies mitunter sehr medienwirksam, wegen Untreue strafrechtlich verfolgt und z.T. auch verurteilt. Die Urteile und ihre Begründungen haben zu einer massiven Verunsicherung von Entscheidungsträgern geführt. Wichtige unternehmerische Entscheidungen wurden nicht mehr getroffen oder aufgeschoben; zum Teil sah man schon den Wirtschaftsstandort Österreich bedroht. Dies rief schließlich den Gesetzgeber auf den Plan. Um die Bedeutung der Reform würdigen zu können, seien zunächst die beiden spektakulärsten Fälle kurz geschildert:

a) Risikokreditvergabe

Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (OGH) zu Risikokreditvergaben hat sich über die Jahre verschärft.¹ Wirtschaftlich unvertretbare Kreditvergaben wurden bereits mehrfach als Untreue qualifiziert. In der E „Styrian Spirit“ wurde schließlich ausgesprochen, dass bereits in der Gewährung eines nicht ausreichend besicherten Kredites an ein Unternehmen mit nicht ausreichender Bonität eine Untreue zu erblicken sei. Der Vermögensnachteil sei bereits durch

den bilanziellen Abwertungsbedarf hinsichtlich der Kreditforderung gegeben. Die Untreue sei also schon mit der Kreditgewährung verwirklicht. Die tatsächliche spätere Kreditrückzahlung oder die spätere Gewährung von weiteren Sicherheiten ändere daran nichts mehr; sie hätten nur den Charakter bloßer nachträglicher Schadensminderung. Folge dieser E war, dass Unternehmen in der Krise kaum mehr Kredite gewährt bekamen.

b) Das Libro-Urteil

Für noch größeres Aufsehen sorgte das „Libro-Urteil“,² bis zu dem vollkommen klar schien, dass die Untreue den „Principal-Agent-Conflict“ adressiert: Fremdes Vermögen, das nicht vom Eigentümer selbst verwaltet wird, droht nicht im Interesse des Eigentümers verwendet zu werden. Derartiger Missbrauch soll unterbunden werden. Dafür wurde der Tatbestand der Untreue geschaffen. Daher war allgemein anerkannt, dass etwa eine Schädigung der Gesellschaft durch Leistungen an den Alleingesellschafter vielleicht ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG; § 82 GmbHG) und strafrechtlich vielleicht eine „betrügerische Krida“ (§ 156 StGB),³ aber jedenfalls keine Untreue (§ 153 StGB) sein könne. Ganz anders aber der OGH in dieser E: Er sah in der Ausschüttung einer

1 OGH, 18.3.1997 – 11 Os 165/96 (BHI); OGH, 23.12.2010 – 14 Os 143/09z (BAWAG); OGH, 25.4.2002 – 11 Os 19/12x (Styrian Spirit, Hypo Alpe Adria, Kulterer); OGH, 23.12.2010 – 15 Os 1/13f (Hypo Steiermark).

2 OGH 30.1.2014 – 12 Os 117/12s.

3 § 156 Abs. 1 StGB: „Wer einen Bestandteil seines Vermögens verheimlicht, beiseite schafft, veräußert oder beschädigt, eine nicht bestehende Verbindlichkeit vorschützt oder anerkennt oder sonst sein Vermögen wirklich oder zum Schein verringert und dadurch die Befriedigung seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen vereitelt oder schmälert, ist mit (...) zu bestrafen.“

Sonderdividende an die damalige Alleinaktionärin eine Untreue und führte aus, dass

- die Untreuestrafbarkeit durch die *Zustimmung* der Aktionäre oder der Alleinaktionärin grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden könne;
- auch eine „*Weisung*“ oder eine *Zustimmung* der HV zur Vornahme von Geschäftsführungsakten aufgrund der fehlenden Weisungsbefugnis der HV nicht geeignet sein könne, von der gegenüber der Gesellschaft bestehenden Treuepflicht zu dispensieren;
- eine dem *Fall der „Einmann GmbH“* vergleichbare Lage (die bisherige Rsp sollte also in diesem Bereich aufrecht erhalten werden) bei einer zu Lasten einer AG, die nur eine Aktionärin hat, begangenen Untreue nicht vorliegen würde, wenn diese Alleinaktionärin eine AG mit einer Mehrheit von Aktionären ist und es an einer Einwilligung all dieser Aktionäre zu einer Selbstschädigung mangle. Es hätte also nach Ansicht des OGH auch noch der Zustimmung sämtlicher Aktionäre der Alleinmuttergesellschaft bedurft;
- der Einwand, wonach nicht die AG, sondern die Alleinaktionärin Trägerin des von § 153 StGB geschützten Rechtsguts sei, sich über die Rechtssubjektivität der AG hinweg setze (§ 1 AktG).

Das Libro-Urteil strotzt vor logischen Brüchen und ist mit der bisherigen herrschenden Lehre und Rechtsprechung nicht in Einklang zu bringen und wurde daher sowohl von der gesellschaftsrechtlichen als auch von der strafrechtlichen Lehre heftig kritisiert.⁴ Dennoch konnten die zahlreichen Stellungnahmen der Lehre den unternehmerischen Entscheidungsträgern die Verunsicherung nicht nehmen. Der Gesetzgeber musste handeln.

II. StRÄG 2015

1. Reform des Untreue-Tatbestands

Mit der Reform, die am 1.1.2016 in Kraft trat⁵, wurde zunächst der Grundtatbestand etwas umformuliert, sodass nunmehr erforderlich ist, dass man durch den Befugnismissbrauch „den anderen am Vermögen schädigt“. Damit soll ausweislich der Materialien klargestellt werden, dass es zu einem effektiven *Verlust an Vermögenssubstanz* (z. B. durch einen Forderungsausfall) gekommen sein muss. Eine bloße bilanzielle Betrachtung (Abschreibungsbedarf) ist nicht ausreichend. Auch der *Eventualvorsatz* muss sich auf den tatsächlichen *Verlust an Vermögenssubstanz* beziehen; ein Eventualvorsatz hinsichtlich der Eröffnung eines sozial inadäquaten Risikos mit (auch sehr beträchtlicher) Vermögensgefährdung soll nicht ausreichend sein. Darüber hinaus wurde ein neuer Absatz eingefügt, mit dem der Befugnismissbrauch näher definiert wird: „Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.“ Damit wird klargestellt, dass Schutzziel der Untreue der Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten, nicht aber der Schutz von Gläubigern oder gar der Öffentlichkeit ist. Darüber hinaus wird klargestellt, dass nur unvertretbare Verstöße strafbar sein können (vgl. Business Judgement Rule).

Letztendlich nicht gekommen ist eine weitere Klarstellung. Der Initiativantrag, auf den die gegenständliche Reform zurückgeht, sah noch vor, dass folgender Satz eingefügt wird: „Ein Missbrauch liegt nicht vor, wenn der Machtgeber oder der wirtschaftlich Berechtigte der Vertretungshandlung zugestimmt hat.“ An sich eine Selbstverständlichkeit. Dennoch war sie schließlich politisch nicht durchsetzbar. Die dogmatische Lösung liegt aber auf der Hand: Bei einer Schädigung

ist m. E. die Zustimmung aller wirtschaftlich Berechtigter (z. B. aller Aktionäre) erforderlich. Bei einer Nichtschädigung (z. B. Ausschüttung an alle Aktionäre) stellt sich die Frage nach einer Einwilligung gar nicht. Man wird aber abwarten müssen, wie die Justiz (im Lichte des Libro-Urteils und der dazu ergangenen heftigen Kritik) mit dieser Fragestellung umgeht.

Schließlich wurden bei Vermögensdelikten (auch bei der Untreue) die Wertqualifikationsgrenzen angehoben. Höhere Strafen drohen, wenn der Schaden 5 000 Euro (zuvor 3 000 Euro) und 300 000 Euro (zuvor 50 000 Euro) übersteigt. Im wirtschaftlichen Kontext scheinen diese Grenzen bei weitem zu niedrig gegriffen. Bei mehr als 300 000 Euro Schaden droht bereits eine Freiheitsstrafe von ein bis zu zehn Jahren.

2. Business Judgement Rule

Parallel dazu entschied man sich mit dem StRÄG 2015(!) auch das AktG und GmbHG um eine explizite Regelung zur Business Judgement Rule zu ergänzen (§ 84 Abs. 1a AktG; § 25 Abs. 1a GmbHG): „Ein Vorstandsmitglied (Geschäftsführer) handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (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.“

Für das Gesellschaftsrecht hätte es einer solchen klarstellenden Bestimmung nicht bedurft. Zwar hat sich auch Deutschland nach der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung⁶ dafür entschieden, die Business Judgement Rule zumindest rudimentär in § 93 Abs. 1 S. 2 dAktG zu übernehmen, notwendig wäre eine solche Ergänzung im österreichischen Recht nicht gewesen. Die Business Judgement Rule ist in Lehre

4 Bollenberger/Wess, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, RdW 2014/273, 247; Fuchs, Das Libro-Urteil des OGH: Analyse und Implikationen, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2014, 9; Kapsch/Kier, Untreuestrafbarkeit zu Lasten einer Aktiengesellschaft, JBl 2014, 599; Kals, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, ecolex 2014, 496; Kals, Gesellschaftsrechtliche Folgen strafrechtlichen Handelns von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2014, 131; Kals, Organhaftung in Österreich – einige rechtspolitische Anmerkungen, GesRZ 2014, 159; Koppensteiner, Die Einpersonengesellschaft. Eine Skizze, GES 2015, 1; Lewisch in Lewisch, Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2014) 9; Lewisch/Huber, Untreue zulasten einer Kapitalgesellschaft trotz Gesellschafterzustimmung?, RdW 2014/627, 567; Schima, Dividendenausschüttung, Einlagenrückgewähr und Untreue – Zum Auseinanderdriften von Gesellschaftsrecht und Strafrecht aus Anlass der „Libro-Entscheidung“ des OGH, FS Reich-Rohrwig (2014) 161; Schima, Einlagenrückgewähr und Untreue bei Aktionärszustimmung, Zum Auseinanderdriften von Gesellschaftsrecht und Strafrecht – aus Anlass der „Libro-Entscheidung“ des OGH, RdW 2015, 344; Schima, Reform des Untreue-Tatbestandes und gesetzliche Verankerung der Business Judgment-Rule im Gesellschaftsrecht, RdW 2015, 288; Schmieder, Verdeckte Gewinnausschüttungen im Wirtschaftsstrafrecht, in Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung (2014) 353; Zehetner, Unternehmensrecht und Strafrecht: Lost in translation?, Symposium anlässlich der FS-Überreichung an Univ.-Prof. Dr. Christian Nowotny, 18.9.2015; Zollner, Organreue und Einverständnis der Gesellschafter, FS Reich-Rohrwig (2014) 265. Schon vor der OGH-E: Eckert/Tipold, Strafbare Dividenden, GES 2013, 59; Huber, Zur Untreue bei Einpersonengesellschaften, ÖJZ 2010/106, 999; Huber, Die Organuntreue zulasten von Kapitalgesellschaften (2012); Plöckinger, Strafbarkeit wegen Untreue trotz Zustimmung der Gesellschafter?, GES 2012, 385.

5 BGBl. I, 2015/112.

6 BGH 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, BB 1997, 1169.

und Rechtsprechung allgemein anerkannt. Die zivilrechtliche Judikatur erkennt unternehmerischen Entscheidungsträgern einen weiten Handlungsspielraum zu. Dazu gehört auch bewusstes Eingehen von geschäftlichen Risiken inklusive der Gefahr der Fehlbeurteilung. Eine Haftung kommt nur bei deutlicher Überschreitung des Ermessensspielraums oder bei Überspannung der Risikobereitschaft oder bei sonstiger Pflichtwidrigkeit in Betracht.

Die ausdrückliche Normierung nahm man sichtlich für die Strafjustiz vor, um deutlich zu machen, dass unter diesen Voraussetzungen nicht einmal Schadensersatz zu leisten ist; die unternehmerischen Entscheidungsträger sich also unter diesen Voraussetzungen selbst zivilrechtlich in einem sicheren Hafen (arg: „jedenfalls“) befinden. Unter diesen Voraussetzungen sollte es aber noch viel weniger zu strafrechtlichen Verfolgungen oder gar Verurteilungen kommen. In der Vergangenheit hatte man oft den Eindruck, dass die strafrechtliche Bedrohungslage größer war als die zivilrechtliche. Dass es sich dabei um eine Fehlentwicklung handelt, liegt auf der Hand. Durch die ausdrückliche Normierung der Business Judgement Rule sollten die Reformschritte zum Untreuetatbestand flankiert werden.

Kritisch angemerkt sei, dass der Gesetzgeber zwar anders als der deutsche Gesetzgeber wenigstens auch im GmbHG eine entsprechende Regelung vorsah, andere Rechtsformen aber nicht in die Reform miteinbezog. Da die Regelung aber lediglich einen allgemeinen Grundgedanken festschreibt, der auch schon zuvor anerkannt war, sind die Regelungen m. E. analog auch auf andere Rechtsformen wie Genossenschaften, Sparkassen, SE und Privatstiftungen anzuwenden.

3. Mutige Entscheidungen

Mit der Reform soll der Tendenz zu extrem vorsichtigem und risikoscheuem Verhalten unternehmerischer Entscheidungsträger entgegengetreten werden. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass es nicht im gesellschaftlichen Interesse liegt, mutige Entscheidungen zu unterbinden. Im Gegenteil: Mut und Risikobereitschaft soll gefördert werden. Die Grenze liegt im Leichtsin.

III. Compliance-Maßnahmen als Milderungsgrund

Seit vielen Jahren wird europaweit diskutiert, ob Compliance-Maßnahmen bei der Bemessung von kartellrechtlichen Geldbußen als Milderungsgrund anzuerkennen sind. Zum Teil wird dies befürwortet, zum Teil wird es abgelehnt, ja mitunter wird sogar die Meinung vertreten, der Umstand, dass es trotz entsprechender Compliance-Maßnahmen

zu Verstößen kam, wäre erschwerend zu berücksichtigen. Nun hat erstmals das österreichische Kartellgericht Compliance-Maßnahmen bei der Bemessung der Geldbuße mildernd berücksichtigt.

Das OLG Wien als Kartellgericht verhängte am 9.9.2015 eine Geldbuße i. H. v. 1 050 000 Euro gegen Samsung Electronics Austria GmbH wegen vertikaler Verkaufspreisabstimmungen mit österreichischen Wiederverkäufern.⁷ Die vertikalen Abstimmungsmaßnahmen wurden im Zeitraum zwischen April 2004 bis Mai 2014 verwirklicht und waren teils mit der Aufforderung verbunden, die Online-Verkaufspreise zu erhöhen.

Das Kartellgericht berücksichtigte bei der Strafbemessung, dass Samsung bei der Aufklärung des Sachverhalts kooperierte und den Verfahrensaufwand reduzierte. Darüber hinaus wirkte sich der Umstand, dass Samsung bereits vor Beginn der Kartelluntersuchungen durch die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) im österreichischen Elektronikproduktehandel interne Compliance-Maßnahmen gesetzt und das Unternehmen weitere Schritte eingeleitet hat, um künftige Verstöße hintanzuhalten, mildernd auf die Bemessung der Geldbuße aus.

Erklärend sei erwähnt, dass das Kartellgericht nur auf Antrag der BWB Geldbußen verhängen kann. Dabei kann es nicht über die beantragte Höhe hinaus gehen. Im gegenständlichen Fall hat bereits die BWB bei der Bemessung der beantragten Geldbußenhöhe die gesetzten Compliance-Maßnahmen reduzierend berücksichtigt. Die Geldbußenhöhe wurde dabei im Vorfeld der Antragstellung im Wege eines Settlements zwischen der BWB und dem Unternehmen festgelegt.

AUTOR



Prof. Dr. Dr. Jörg Zehetner, RA und Partner der Kanzlei KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte, Wien. Schwerpunkte seiner Tätigkeit liegen u. a. im Gesellschafts-, Wettbewerbs-, Kartell- und Bankrecht. Autor zahlreicher Fachbücher, Artikel und Kommentarbeiträge. Seit 2011 Honorarprofessor der Universität Salzburg. Beiratsmitglied des CB.

⁷ OLG Wien als KG 9.9.2015, 24 Kt 35/15, BWB/K-396.