Untreue – Zurück zur Vernunft

Eines der Ziele des Strafrechtsänderungsgesetzes 2015 (StrÄG 2015)[1] war es, den Untreuetatbestand des § 153 StGB zu präzisieren. Die Literatur hat sich seither mehrfach dafür ausgesprochen, im Geschäftsverkehr nur eindeutig unvertretbare Entscheidungen als Untreue zu werten. Eine aktuelle Stellungnahme der Staatsanwaltschaft Wien zeigt, dass auch die Strafverfolgungsbehörden die Untreue nur mehr als ultima ratio sehen. Dieser Beitrag fasst zusammen, wie der Tatbestand der Untreue derzeit von den Ermittlungsbehörden angewendet wird.

Von Christopher Schrank | Annika Wolfschütz

Der aktuelle Tatbestand

Untreue ist – grob zusammengefasst – wissentlicher Befugnismissbrauch eines Machthabers, der zu einer Schädigung des Machtgebers führt. Im hier relevanten Kontext handelt es sich dabei in der Regel um Fälle, in denen ein Manager wissentlich gegen seine Pflichten verstößt und der Gesellschaft dadurch einen finanziellen Schaden zufügt.

Seit der Novellierung des Untreuetatbestands liegt ein wissentlicher Befugnismissbrauch nur mehr dann vor, wenn der Regelverstoß in *„unvertretbarer Weise"* erfolgt. Gemäß den Gesetzesmaterialien sollte die Neuformulierung des Missbrauchsbegriffs die in der Praxis oft auftretenden Unklarheiten bei der Anwendung des Untreuetatbestands beseitigen. Durch die gesetzliche Verankerung der *Business Judgment Rule* sollte außerdem ein *„Safe-Harbor-Effekt"* erreicht werden, der eine Strafbarkeit bei Einhaltung gewisser Voraussetzung von vornherein ausschließt.[2]

Im Ergebnis ist der Tatbestand mit der Novelle daher zweifellos enger gefasst worden. Es wurden aber nicht alle offenen Interpretationsfragen des § 153 StGB geklärt, sodass es seither fraglich war, wie die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte den novellierten Tatbestand nun tatsächlich anwenden werden.

Untreue aus der Perspektive der Staatsanwaltschaft

In einem seit längerem anhängigen Strafverfahren, bei dem es unter anderem um den Vorwurf der Untreue der Vorstandsmitglieder wegen einer letztlich schiefgegangenen Treuhandzahlung gegangen ist, hat sich die Staatsanwaltschaft Wien im Zuge einer Einstellungsbegründung nun recht umfangreich mit der Auslegung des § 153 StGB beschäftigt.[3] Hervorzuheben ist, dass sich die StA Wien in ihrer Mitteilung auch mit der Strafbarkeit von wirtschaftlichen Entscheidungen auseinandersetzt und sich dabei weitgehend der herrschenden Literatur anschließt. Folglich lässt sich aus der Einstellungsbegründung gut ableiten, wann – nach derzeitiger Meinung der StA Wien – wirtschaftliche Entscheidungen von Geschäftsleitern die Grenze der Strafbarkeit überschreiten.

a) Business Judgment Rule als Entscheidungsgrundlage

Mit der Einschränkung des strafrechtlichen Untreuetatbestands ging – was für eine Strafrechtsnovelle doch ungewöhnlich ist – eine Anpassung des AktG und des GmbHG einher. Das bereits zuvor von der Judikatur verfolgte Konzept eines haftungsfreien Ermessensspielraums wurde nun auch im Gesetz verankert.[4] Die Grenzen der Business Judgment Rule werden in § 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG abgesteckt: Organmitglieder müssen ihre Entscheidungen auf Grundlage von *„angemessenen Informationen"* treffen, müssen vernünftigerweise annehmen dürfen, *„zum Wohle der Gesellschaft zu handeln"* und dürfen sich nicht von *„sachfremden Interessen"* leiten lassen.

Die StA Wien weist nun unter Verweis auf die Literatur[5] darauf hin, dass die Einhaltung der Business Judgment Rule eine strafrechtliche Haftung wegen Untreue ausschließt, andernfalls würde das Strafrecht strengere Anforderungen als das Gesellschaftsrecht stellen. Dies ist zweifellos richtig, weil Entscheidungen, die nach Maßgabe der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben getroffen werden, niemals pflichtwidrig sein können. Somit schlägt der Safe-Harbor-Charakter der gesellschaftsrechtlichen Regelung nun auch im Strafrecht durch: Wer im Einklang mit der Business Judgment Rule agiert, hat keine strafrechtlichen Konsequenzen zu befürchten.[6]

Um der Business Judgment Rule zu entsprechen, müssen unternehmerische Entscheidungen zunächst auf Basis angemessener Informationen getroffen werden. Dafür ist es wichtig, dass alle zum Zeitpunkt der Entscheidung verfügbaren Informationen eingeholt und alle verfügbaren Erkenntnisquellen genutzt werden. Dabei sind in der Praxis jedoch Faktoren wie die Komplexität des Sachverhalts, die Höhe der Kosten, die Folgen der Entscheidung, das Vorhandensein von Handlungsalternativen sowie die zeitliche Komponente und vor allem die Eilbedürftigkeit einer Entscheidung zu beachten.[7]

Das zweite Erfordernis (Handeln zum Wohl der Gesellschaft) gilt als erfüllt, wenn der Machthaber nach seiner Überzeugung nachvollziehbar im besten Interesse des Unternehmens gehandelt hat. Der Machthaber muss annehmen dürfen, im Sinn der Gesellschaft zu handeln. Diese Voraussetzung wird zum Beispiel dann nicht erfüllt, wenn ein Risiko eingegangen wird, dem nicht zumindest auch eine entsprechende unternehmerische Chance gegenübersteht. Schließlich dürfen sich Geschäftsleiter nicht von sachfremden Interessen leiten lassen. Damit soll Interessenkollisionen vorgebeugt werden. Das Organmitglied soll ausschließlich zum Wohl des Unternehmens agieren. Persönliche Vorteile des Organmitglieds selbst oder ihm nahestehender Personen

© fotolia

sind ein Indiz dafür, dass das Interesse der Gesellschaft nicht ausreichend gewahrt wird.[8]

Dass bei Vorliegen dieser drei Voraussetzungen ein Befugnismissbrauch ausscheidet, bedeutet umgekehrt jedoch nicht automatisch, dass bei Fehlen der Voraussetzungen sofort auf einen Sorgfaltsverstoß geschlossen werden darf. Befindet sich ein Organmitglied nicht im „Safe Harbor" der Business Judgment Rule, ist das zwar ein Indiz für einen Sorgfaltsverstoß, doch muss die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Handlung und folglich auch die Frage, ob der Geschäftsleiter in „unvertretbarer Weise" gegen seine Pflichten verstoßen hat, erst gesondert geprüft werden (siehe dazu sogleich).

Es gilt jedoch zu beachten, dass die Business Judgment Rule immer nur dort greift, wo ein Entscheidungsspielraum besteht. Das ist der Fall, wenn mehrere Handlungsmöglichkeiten vorliegen, von denen durch die Geschäftsleitung die beste Alternative für die Gesellschaft auszuwählen ist. Ein solcher Entscheidungsspielraum besteht nicht, wenn die Satzung, Geschäftsordnung oder eine ausdrückliche Weisung zwingend eine bestimmte Vorgehensweise vorschreiben.[9] So sind etwa Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr jedenfalls verboten und damit pflichtwidrig. Sofern ein solcher Verstoß so klar ist, dass er als „unvertretbar" zu werten ist, und nicht sämtliche Gesellschafter von der Einlagenrückgewähr anteilig profitieren oder sie dieser zugestimmt haben, wird – entsprechender Vorsatz vorausgesetzt – der Tatbestand der Untreue erfüllt.

b) Grenze der Unvertretbarkeit

Der (neue) Untreuetatbestand verlangt weiters, dass der Machthaber *„in unvertretbarer Weise"* gegen Regeln zum Vermögensschutz des Machtgebers verstößt. Die StA Wien setzt sich nun – wiederum unter Verweis auf die aktuelle Literatur – auch mit der Frage auseinander, ab wann ein solcher unvertretbarer Regelverstoß vorliegt. Der Standpunkt der StA Wien kann dabei wie folgt zusammengefasst werden:

Als unvertretbar gelten jedenfalls Handlungen, die *„außerhalb des Bereichs des vernünftigerweise Argumentierbaren"* liegen. Dabei soll auf die Regeln des internen Dürfens abgestellt werden. Die Neuformulierung ist vor allem dort von Bedeutung, wo der Machtgeber keine konkreten Verhaltensanweisungen vorgibt, dem Machthaber also ein Handlungsspielraum zukommt.[10] Bei Ermessensentscheidungen liegt solange kein Missbrauch vor, als sich die getroffene Entscheidung noch innerhalb des Ermessensspielraums bewegt, sie begründet ist und einem sorgfältigen Machthaber nachvollziehbar erscheint.[11] Es ist der Bereich des zweifelsfrei Erlaubten, des möglicherweise Pflichtwidrigen und des zweifelsfrei Rechtswidrigen zu unterscheiden, wobei die ersten beiden jedenfalls als vertretbar zu qualifizieren sind.[12] Pointiert formuliert: Ein Geschäftsleiter handelt aus strafrechtlicher Sicht nur dann unvertretbar, wenn ein sorgfältiger Geschäftsleiter über die getroffene Entscheidung „die Hände über dem Kopf zusammenschlagen würde".

Für die Beurteilung der Unvertretbarkeit einer Handlung muss also eine Reihe von Kriterien beachtet werden: Einerseits ist auf Gesetze, Organbeschlüsse, Satzungen oder konkrete Verhaltensanweisungen des Machtgebers zu achten, die den Ermessensspielraum des Machthabers eingrenzen. Mangelt es an Vorgaben des Machtgebers oder anderen Regelungen muss auf die Verkehrsüblichkeit abgestellt werden: Wer entsprechend den branchenüblichen Gebräuchen alle Informationen einholt, prüft, bewertet und darauf seine sachlich nachvollziehbare Entscheidung gründet, handelt jedenfalls nicht unvertretbar. Gibt der Machtgeber hingegen konkrete Handlungsanweisungen, die keinen Spielraum lassen, kann bereits in jeder Abweichung eine unvertretbare Handlung liegen.[13]

Das zeigt, dass die Staatsanwaltschaft den Untreuetatbestand deutlich enger auslegt als zuvor. Nur mehr eindeutig unvertretbare Entscheidungen, also solche, die zweifelsfrei nicht mehr der Wahrung des Unternehmenswohls dienen, weil die zu erwartenden Nachteile die Vorteile offensichtlich überwiegen, bewirken einen Missbrauch der Befugnis.

c) ex- ante Betrachtung

Die Staatsanwaltschaft betont auch, dass die Frage der Vertretbarkeit einer Entscheidung stets aus *ex-ante*-Sicht eines objektiven Dritten zu beurteilen ist. Das ist deshalb wichtig, weil es häufig vorkommt, dass die negativen Folgen einer Entscheidung erst im Nachhinein sichtbar werden. Es kommt darauf an, ob bei einer *ex-ante*-Betrachtung die Gefahr des Verlustes derart wahrscheinlich erscheint und keine entsprechenden Sicherheiten gestellt wurden, sodass ein sorgfältiger Geschäftsleiter in der konkreten Situation ein solches Geschäft niemals abgeschlossen hätte. Der Geschäftsleiter darf zum Zeitpunkt der Entscheidung jedenfalls nichts von dem Eintritt der negativen Folgen wissen. Nur ein Verhalten, das *ex- ante* eindeutig als unvertretbar qualifiziert werden kann, bewirkt einen Missbrauch der Befugnis. Ein automatischer Rückschluss von der Realisierung einer Gefahr oder einem Vermögensschaden auf einen Missbrauch der Befugnis ist unzulässig.[14]

d) Risikogeschäfte

Schließlich setzt sich die Ermittlungsbehörde ausdrücklich mit der Frage auseinander, ob riskante Geschäfte eingegangen werden dürfen. Das bloße Eingehen riskanter Geschäfte stellt – wie die StA Wien betont – nicht *per se* einen Befugnismissbrauch dar, zumal das Eingehen von Wagnissen ein unverzichtbarer Bestandteil der unternehmerischen Tätigkeit ist. Ebenso wenig darf aus dem Fehlschlagen riskanter Geschäfte bereits auf einen Befugnismissbrauch geschlossen werden. Vielmehr ist es Aufgabe der Ermittlungsbehörden (und in weiterer Folge der Gerichte), mit Augenmaß die haftungsunwürdigen Fälle eines nicht mehr tolerierbaren Hasardspiels von anderen Fällen noch akzeptabler Wagnisse zu unterscheiden. In diese Beurteilung ist sowohl die Höhe des Risikos als auch die Eintrittswahrscheinlichkeit miteinzubeziehen. Mit anderen Worten: Da das Eingehen von Wagnissen notwendiger Bestandteil der unternehmerischen Tätigkeit ist, muss es auch Organmitgliedern erlaubt sein, riskante Geschäfte zu schließen, ohne dabei stets der Gefahr einer Haftung ausgesetzt zu sein.[15]

Conclusio

Manager können aufatmen: Zumindest bei den Ermittlungsbehörden dürfte die Botschaft, nur mehr ganz klare Fälle von Ermessensmissbrauch zu kriminalisieren, angekommen sein. Damit steht wieder das Gesellschaftsrecht im Mittelpunkt: Wer die dort vorgegebenen Sorgfaltspflichten einhält und bei unternehmerischen Entscheidungen die Business Judgment Rule beachtet, wird nicht vor dem Strafgericht landen.

1) StrÄG 2015 BGBl I 2015/112.
2) IA 1110/A BlgNR 25. GP 6.
3) Die diesbezügliche Einstellungsbegründung (StA Wien, 614 St 10/10s) wurde nicht veröffentlicht, liegt aber den am gegenständlichen Verfahren beteiligten Autoren vor.
4) *Karollus*, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen – zugleich ein Beitrag zur Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG), ÖBA 2016, S 252.
5) *Kert*, Untreue aus strafrechtlicher Sicht, in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017) 1 S 2.
6) *Karollus*, Die neuen gesetzlichen Regelungen zur Business Judgement Rule, in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017) S 81.
7) *Kert*, Untreue aus strafrechtlicher Sicht, in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017) S 9.
8) *Bachl/Piringer*, Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule aus Sicht des Buchsachverständigen, Sachverständige 2016, S 148.
9) *Schrank/Kollar*, Business Judgment Rule – der (neue) Sorgfaltsmaßstab auch für Aufsichtsratsmitglieder, Aufsichtsrat aktuell, 2016, S 5.
10) *Fuchs*, Untreue neu, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, S 37 (38).
11) *Kert*, Untreue aus strafrechtlicher Sicht, in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017) S 8.
12) *Lewisch*, Grundsatzfragen der Untreue (neu), in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017) S 115.
13) *Fabrizy*, StGB[13] § 153 Rz 10.
14) *Kert*, Untreue aus strafrechtlicher Sicht, in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017) S 19.
15) *Kert*, Untreue aus strafrechtlicher Sicht, in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017) S 9.

© BTP

Die Autoren

MMag. Dr. Christopher Schrank ist Rechtsanwalt und Partner der Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH und auf Gesellschafts- und Wirtschaftsstrafrecht sowie Corporate Compliance spezialisiert (www.btp.at; Schrank@btp.at). In diesen Bereichen ist Christopher Schrank Autor zahlreicher Fachpublikationen und auch regelmäßig als Vortragender aktiv.

Annika Wolfschütz ist wissenschaftliche Mitarbeiterin der Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH (www.btp.at; Wolfschuetz@btp.at)

© BTP