

## WIRTSCHAFTSRECHT

Hon.-Prof. Georg Schima, Dr.iur. M.B.L. HSG, LL.M. (Vaduz), Wien

### Einlagenrückgewähr und Untreue bei Aktionärszustimmung<sup>1</sup>

Zum Auseinanderdriften von Gesellschaftsrecht und Strafrecht – aus Anlass der „Libro-Entscheidung“ des OGH

» RdW 2015/314

Der folgende Beitrag beschäftigt sich erneut eingehend mit der Libro-Entscheidung des OGH und zeigt auf, dass die vom OGH vorgenommene Differenzierung zwischen AG und GmbH bei der Frage, ob eine Einwilligung der Gesellschafter als Einwilligung des Machtgebers Untreue ausschließt, nicht überzeugt. Vielmehr können stets nur die Gesellschafter Einwilligungsträger sein, weil sie wirtschaftliche Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sind und ihnen alle Erträge zufließen. Sie sind daher Träger des durch § 153 StGB geschützten Rechtsgutes; der Grad ihrer Beteiligung an der Geschäftsführung in der Gesellschaft spielt dafür keine Rolle.

#### 1. DER FALL LIBRO UND DER OGH

Der Anlassfall ist mittlerweile sattem bekannt und soll hier nur kurz zusammengefasst werden:

Um die Libro AG an die UIAG zu veräußern und anschließend mit größtmöglichem Profit für die UIAG zu verwerten, wurde die UD-AG als Kaufgesellschaft gegründet. An der UD-AG waren zu 25,1 % die UIAG, zu 25 % die DB AG und zu 49,9 % andere Investoren beteiligt, darunter die beiden Vorstandsmitglieder der Libro AG (Erst- und Zweitangeklagter).

Nach dem Erwerb von 100 % der Geschäftsanteile der Libro AG durch die UD-AG beschlossen die Hauptaktionäre der UD-AG die Verschmelzung der Libro AG mit der UD-AG samt anschließendem Verkauf an Investoren bzw den Börsengang. Der Aufsichtsratsvorsitzende der Libro AG und gleichzeitig Vorstandsvorsitzende der UIAG (Drittangeklagter) plante mit den beiden Vorstandsmitgliedern der Libro AG einen „Downstream-Merger“ der UD-AG in die aufnehmende Libro AG als steuergünstigste Variante. Zur Vermeidung eines Verschmelzungsverlustes mussten die Verbindlichkeiten der UD-AG iHv 800 Mio ATS (300 Mio ATS Gesellschafterdarlehen und 500 Mio ATS Bankkredit) getilgt werden. Um den notwendigen Bilanzgewinn in der gewünschten Höhe darstellen zu können, beauftragte der Aufsichtsratsvorsitzende die beiden Vorstands-

mitglieder, sich auf die Suche nach „Gewinnposten“ zu begeben. Laut den Urteilsfeststellungen geschah dies im Wissen, dass solche Posten tatsächlich nicht vorhanden waren. Insgesamt rund 80 % des – im Ergebnis – überhöhten Teiles der Ausschüttung entstanden durch Falschbewertung von Lagerbeständen (24,7 Mio ATS) und eine Fehlbewertung der Libro Deutschland AG<sup>2</sup> (93 Mio ATS).

Aufgrund eines von den beiden Vorstandsmitgliedern erstellten und vom Aufsichtsratsvorsitzenden bestätigten Gewinnverwendungsvorschlages beschloss die Hauptversammlung, bestehend aus der Alleinaktionärin UD-AG, die Ausschüttung einer Sonderdividende iHv 440 Mio ATS. Dafür musste die Libro AG Fremdkapital aufnehmen. Bei korrekter Erstellung des Konzernabschlusses der Libro AG wäre anstelle des ausgewiesenen Eigenkapitals die buchmäßige Überschuldung ausgewiesen worden. Die Sonderdividende ermöglichte der UD-AG die Tilgung der Gesellschafterdarlehen iHv 300 Mio ATS. Danach beteiligten sich die befriedigten Gesellschafter an einer Kapitalerhöhung der UD-AG von 150 Mio ATS plus 150 Mio ATS Agio und die beiden angeklagten Vorstandsmitglieder zusätzlich mit einem Kapitalbetrag von 84 Mio ATS. Mit diesen Mitteln wurden die Bankverbindlichkeiten der Libro AG iHv 500 Mio ATS getilgt, womit die verpfändeten Libro-Anteile frei wurden, die UD-AG schuldenfrei und ein Downstream-Merger ohne Verschmelzungsverlust möglich war.

Das beschriebene Verhalten der beiden angeklagten Vorstandsmitglieder beurteilte der OGH als Untreue nach § 153 StGB<sup>3</sup> und begründete dies folgendermaßen:

<sup>1</sup> Der vorliegende Beitrag basiert auf einer gekürzten Fassung des im November 2014 erschienenen, umfassenden Aufsatzes des Verfassers „Dividendenausschüttung, Einlagenrückgewähr und Untreue“ in der Festschrift für Johannes Reich-Rohrwig (161 ff), beinhaltet darüber hinaus aber zusätzliche und weiterführende Überlegungen sowie eine Auseinandersetzung mit dem seither veröffentlichten Schrifttum.

<sup>2</sup> Im Ausgangszeitpunkt war Libro Deutschland eine 100%ige Tochter der Libro AG, genauso wie die Libro Management. Die Libro Deutschland war mit einem „Erinnerungsschilling“ in der Bilanz der Libro AG angesetzt. Um eine Neubewertung dieses – nach den Urteilsfeststellungen wertlosen – Unternehmens zu erreichen, wurde die Libro Deutschland in die Libro Management eingebracht (Siderstream-Merger). Unter Zuhilfenahme eines „Schreibstischgutachtens“ einer zu den „Big Four“ zählenden Wirtschaftsprüfungsgesellschaft wurde der Unternehmenswert der Libro Deutschland mit 140 bis 160 Mio ATS ermittelt. Daraufhin wurde die Libro Deutschland mit 116 Mio € in der Bilanz der Libro Management ausgewiesen, was unter Berücksichtigung von Schließungskosten iHv 35 Mio ATS zu einem unrichtigen Bilanzgewinn iHv 93 Mio ATS im Jahresergebnis der Libro AG führte. Die beiden angeklagten Vorstandsmitglieder und der angeklagte Aufsichtsratsvorsitzende wussten nach den Urteilsfeststellungen, dass die Unternehmensbewertung nicht der Realität entsprach.

<sup>3</sup> Vgl die eingehende Wiedergabe der Argumentation des Höchstgerichtes bei G. Schima, Dividendenausschüttung, Einlagenrückgewähr und Untreue, in FS Reich-Rohrwig (2014) 161 ff (163 ff).

Träger des durch § 153 StGB geschützten Rechtsgutes sei nicht die Alleinaktionärin, sondern die Libro AG; die gegen- teilige Ansicht setze sich über die „Rechtssubjektivität der AG“ hinweg. Maßgebend sei bei Untreue zulasten einer Gesellschaft (auch einer GmbH) immer der Schaden der Gesellschaft und nicht jener der Gesellschafter.<sup>4</sup>

Die Rsp des OGH zur Untreue bei der „Ein-Mann-GmbH“, in der ein Geschäftsführer zugleich einziger Gesellschafter sei, aus welchem Grund bei nachteiligen Vermögensverfügungen durch den Gesellschafter-Geschäftsführer der Schaden nicht bei einem „anderen“ eingetreten wäre,<sup>5</sup> könne hier nicht ange- wendet werden. Denn bei der besagten Rsp sei nicht die An- teilsvereinigung in einer Hand für die Annahme einer straflosen Selbstschädigung maßgebend, sondern die Tatsache, dass in diesem Sonderfall der Täter zugleich Geschädigter sei.

Die Alleinaktionärin der geschädigten Gesellschaft habe überdies selbst mehrere Aktionäre gehabt, und die Angeklagten hätten nicht vorgebracht, dass die Aktionäre der Alleinaktionärin in eine Selbstschädigung der Libro AG eingewilligt hätten.

Unter Berufung auf *Rönnau*<sup>6</sup> verwies der OGH darauf, dass vor allem der fehlende Einfluss der Aktionäre auf den gesam- ten Bereich der Geschäftsführung einer wirtschaftlichen Identifi- kation von Aktionären und AG entgegenstehe. Die Aktionäre könnten nämlich weder jede Angelegenheit der Geschäftsfüh- rung an sich ziehen, noch dem Gesellschaftswohl entgegenste- hende Weisungen erteilen.<sup>7</sup>

Aus § 70 Abs 1 AktG folge, dass die Interessen der Aktionä- re denen des Unternehmens, der Arbeitnehmer und der Öffent- lichkeit nicht über-, sondern gleichgeordnet seien.

Auch eine Weisung oder Zustimmung der Hauptversamm- lung zur Vornahme von vermögensschädigenden und gegen das Unternehmensinteresse verstoßenden Geschäftsführungsakten wäre aufgrund der fehlenden Weisungsbefugnis nicht geeignet, von der gegenüber der Gesellschaft bestehenden Treuepflicht zu dispensieren.<sup>8</sup>

Die Auffassung, eine gegen das Einlagenrückgewährverbot des § 52 AktG verstoßende Ausschüttung an die Alleinaktionä- rin könne keinen Schaden bei der ausschüttenden Gesellschaft bewirken, negiere die Trennung der Vermögenssphären von Ge- sellschaft und Gesellschafter und die Rechtssubjektivität der Gesellschaft.<sup>9</sup>

Das Vermögen der Libro AG sei nicht nur für die Angeklag- ten, sondern auch für die Alleinaktionärin fremdes Vermögen.<sup>10</sup>

Der Aufsichtsrat habe schon im Hinblick auf § 84 Abs 4 AktG das Verhalten nicht legitimieren können.

Dass die Alleinaktionärin UD-AG mit der inkriminierten Aus- schüttung durch die Libro AG Verbindlichkeiten habe tilgen kön- nen, sei unerheblich. Denn Maßstab für die Zulässigkeit der Befugnisausübung sei das Innenverhältnis. Die beiden Vorstands- mitglieder wären verpflichtet gewesen, der Machtgeberin den größtmöglichen Nutzen zu verschaffen.<sup>11</sup> Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter iSd § 84 Abs 1 AktG hätte aber, weil die UD-AG nur Anspruch auf den redlich festgestellten Bi- lanzgewinn habe und alles andere gegen § 52 AktG verstieße, weder eine für den Geschäftsbetrieb der Libro AG nicht erfor- derliche Barvorlage in Anspruch genommen, noch Einlagen an die Alleinaktionärin zurückgewährt.

## 2. BISHERIGE KRITIK AM OGH

Schon kurz nach Bekanntwerden des Libro-Urteils wurde der OGH – zunächst in Fachveranstaltungen und juristischen Dis- kussionen und in der Folge auch publizistisch – mit Kritik über- schüttet. *Kalss* monierte, dass der OGH die Unterschiede zwi- schen AG und GmbH überzeichnet und fehlinterpretiert habe, weil die bestehenden Unterschiede in der Organisationsstruktur strafrechtlich unmaßgeblich seien.<sup>12</sup> Das Höchstgericht habe sich außerdem zu Unrecht auf *Rönnau* gestützt, weil der Autor gerade in Bezug auf die Gewinnausschüttung das Gegenteil dessen vertrete, was der OGH judiziert habe.<sup>13</sup>

*Fuchs* warf dem OGH in einem am 5. 6. 2014 im BMJ ge- haltenen Vortrag vor, das Gebot der wirtschaftlichen Betrach- tungsweise missachtet und „alles über Bord geworfen“ (zu haben), „was in den letzten 40 Jahren zum Schutzzweck der Norm gesagt wurde“. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise läge auch im Fall Libro kein „Vermögensnachteil eines anderen“ vor und sei bei Zustimmung aller Anteilshaber schon der un- treurelevante „Missbrauch“ zu verneinen.

Der OGH habe den Missbrauch der Vertretungsmacht al- lein auf den Verstoß gegen das Einlagenrückgewährverbot des § 52 AktG gestützt, dabei aber übersehen, dass dieses Verbot eindeutig das Vermögen der Gläubiger und nicht des Macht- gebers schütze, auf das es bei der Untreue ausschließlich an- komme.

Ausführlich kritisiert wurde der OGH von *Bollenberger/* *Wess*.<sup>14</sup> Die Weisungsungebundenheit des AG-Vorstandes könne nicht entscheidend sein, weil Weisungen, den Gesell- schaftern die Einlagen zurückzugewähren, auch in der GmbH unzulässig wären.<sup>15</sup>

Die in § 70 Abs 1 AktG verankerte „Interessenpluralität“ habe nach ganz überwiegender Ansicht auch für die GmbH Geltung.<sup>16</sup>

4 Verweis auf RIS-Justiz RS0094723 und RS0108965 sowie auf *Kirchbacher/Presslauer* in *Höpfell/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB § 153 Rz 37.

5 RIS-Justiz RS0094723; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB § 153 Rz 37.

6 *Rönnau*, Untreue zulasten juristischer Personen und Einwilligungskompetenz der Gesellschafter, in *Böse/Sternberg-Lieben* (Hrsg), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, FS Knuth Amelung (2009) 256 ff.

7 Zweiteres stimmt im Falle des § 103 Abs 2 AktG freilich nicht, wenn auch die Ausübung dieser Kompetenz eine Anrufung der Hauptversammlung durch Vorstand oder Aufsichtsrat voraussetzt.

8 Verweis des OGH auf *Rönnau*, FS Knuth Amelung (2009) 266 ff.

9 Verweis des OGH auf RIS-Justiz RS0080300.

10 Verweis auf *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> I § 1 Rz 21, sowie *Kienapfel/Schmoller* (Hrsg), Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil II: Delikte gegen Vermögenswerte (2003) § 153 Rz 32.

11 Verweis auf *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB § 153 Rz 28.

12 *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, *ecolex* 2014, 496 ff.

13 Vgl *Kalss*, *ecolex* 2014, 496 ff. Dieser Vorwurf trifft freilich so nicht zu (vgl näher G. Schima, FS Reich-Rohrwig [2014] 163 ff [167 FN 22]), was aber an der Unrichtigkeit des vom OGH erzielten Ergebnisses nichts ändert.

14 *Bollenberger/Wess*, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, *RdW* 2014, 247 ff.

15 *Bollenberger/Wess*, *RdW* 2014, 248; so auch *Kalss*, *ecolex* 2014, 496 ff (498).

16 *Bollenberger/Wess*, *RdW* 2014, 249.

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft gelte nach überwiegender und überzeugender Meinung nicht, wenn die Maßnahme vom Alleingesellschafter oder allen Gesellschaftern getragen würde.<sup>17</sup> Die auch dem Alleingesellschafter gegenüber der Gesellschaft eine Treuepflicht auferlegende Mindermeinung begründe diese bloß mit den Interessen der Gesellschaftsmitglieder, weil die Gesellschaft auch gegenüber dem Alleingesellschafter als eigener Interessenträger anzusehen sei, soweit es um Gläubigerbelange gehe.<sup>18</sup>

Vor allem sei dem OGH vorzuwerfen, dass das Einlagenrückgewährverbot dem abstrakten Gläubigerschutz diene und damit nicht den durch § 153 StGB geschützten Interessen. Vielmehr ende mit *Nina Huber*<sup>19</sup> die Missbrauchsbestimmung des § 153 StGB nach den Vorgaben des GmbHG dort, wo der gesellschaftsrechtliche Vermögensschutz ausschließlich dem Gläubigerschutz diene, weshalb die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG folgerichtig bei Ein-Personen-Gesellschaften keine Grenzen des strafrechtlichen Einverständnisses des Alleingesellschafters bildeten. Ein solches Einverständnis schließe Untreue vielmehr auch dann aus, wenn die Transaktion gegen die Grundsätze der Kapitalerhaltung verstoße. Zahle ein Fremdgeschäftsführer allen Gesellschaftern auf deren Wunsch die Einlagen zurück, verletze er damit zwar § 82 GmbHG, begehe aber keine Untreue.<sup>20</sup>

*Zollner*<sup>21</sup> lehnte Begründung und Ergebnis der Libro-Entscheidung des OGH ebenfalls ab.

Nichtige Beschlüsse, zu denen auch solche zählten, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstießen,<sup>22</sup> erweiterten die verbandsinternen Befugnisse der vertretungsbefugten Organe nicht. Setzten diese solche nichtigen Beschlüsse um, handelten sie in aller Regel außerhalb ihrer Befugnisse, womit zumindest die objektive Tatseite der Untreue erfüllt sei.<sup>23</sup> Bei erfolgreicher Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses, mit dem die Gesellschafter zu bestimmten Maßnahmen angehalten würden oder mit dem die Hauptversammlung eine bestimmte Maßnahme gebilligt habe, erzeuge der Beschluss keine Wirkung, weshalb die Organmitglieder außerhalb ihrer Befugnisse handelten. Die subjektive Tatseite der Untreue müsse aber nicht erfüllt sein, wenn die Organmitglieder trotz Widerspruchs auf das Vorliegen eines gültigen Beschlusses vertraut hätten.<sup>24</sup>

Auch formal mängelfreie Beschlüsse erweiterten die verbandsinternen Befugnisse dann nicht, wenn sie auf der Grundlage unrichtiger oder unvollständiger Informationen gefasst würden.<sup>25</sup>

Es sei aber nicht überzeugend, die gesellschaftsrechtlichen Wertungen einfach ins Strafrecht zu transferieren und gesellschaftsrechtlich wirkungslosen oder erfolgreich angefochtenen Beschlüssen die Tauglichkeit als in einer Einwilligung des Geschädigten zu erblickenden Strafausschließungsgrund abzusprechen.<sup>26</sup> Zum einen sei die strafrechtliche Einwilligungsfähigkeit gerade nicht mit der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit gleichzusetzen,<sup>27</sup> sondern bei fehlender zivilrechtlich gültiger Einwilligung zu fragen, ob eine die Strafbarkeit ausschließende Einwilligung vorläge, was voraussetze, dass der Einwilligende Inhaber des vom Straftatbestand geschützten Rechtsgutes sei und über dieses Rechtsgut auch disponieren könne.<sup>28</sup>

Dass die Gesellschafter als Gesamtheit Inhaber des von der Untreue geschützten Rechtsgutes seien, müsse mit der hA<sup>29</sup> nicht nur bei der GmbH, sondern auch bei der AG angenommen werden.<sup>30</sup> Denn nach hA verliefen die Interessen des Alleingesellschafters und jene der Aktiengesellschaft parallel, weshalb es auch keine Treuepflichtverletzung des einzelnen Gesellschafters geben könne.<sup>31</sup>

Dies spräche dafür, dass zumindest bei der privaten Aktiengesellschaft die Aktionäre als Rechtsgutininhaber iSd § 153 StGB anzusehen seien und daher eine strafrechtlich relevante Einwilligung abgeben könnten; für die echte Publikumsgesellschaft könne – so Zöllner – uU Abweichendes gelten, zumal manche Vorschriften des AktG auch dem Schutz zukünftiger Aktionäre dienten, weshalb die aktuellen Aktionäre uU nicht als alleinige Rechtsgutininhaber und Dispositionsbefugte anzusehen sein könnten.<sup>32</sup>

Auch *Schmieder*<sup>33</sup> lehnte die Auffassung des OGH in der Libro-Entscheidung ab. Die zivilrechtliche bzw gesellschaftsrechtliche Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen, die verbotene Einlagenrückgewähr anordneten oder billigten, ergäbe sich nur aus Gläubigerschutzabwägungen und könne daher nicht auf die Beurteilung unter dem Blickwinkel des § 153 StGB durchschlagen, weil dieser nur das Vermögen des Machtgebers schütze.<sup>34</sup> Wirtschaftlich disponiere der Alleinaktionär genauso über sein eigenes Vermögen wie der Alleingesellschafter einer GmbH. Es werde daher – mit der auch von der Generalprokuratur im Libro-Fall vertretenen Ansicht – der Schaden nicht „einem anderen“

17 *Bollenberger/Wess*, RdW 2014, 250, unter Verweis auf *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/354; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 61 Rz 12; *Doralt/Winner in Goette/Habersack/Kalss*, MünchKomm AktG<sup>3</sup> (2008) vor § 53a Rz 61, 68, und *Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> (2012) § 47a Rz 356 mwN.

18 *Bollenberger/Wess*, RdW 2014, 250, unter Verweis auf *Aicher/Kraus in Straube, WK-GmbHG* (2013) § 61 Rz 34.

19 *N. Huber*, Die Organuntreue zulasten von Kapitalgesellschaften (2012) 151 ff.

20 *Bollenberger/Wess*, RdW 2014, 250.

21 *Zollner*, Organuntreue und Einverständnis der Gesellschafter, in FS Reich-Rohrwig (2014) 265 ff; vgl auch *Zollner*, ÖJZ 2014/140.

22 Vgl *Zollner*, FS Reich-Rohrwig (2014) 272, unter Verweis auf *Harrer in Gruber/Harrer*, GmbHG §§ 41, 42 Rz 18; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 41 Rz 12; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht 392; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>3</sup> II § 199 Rz 8, 10; *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> (2012) § 199 Rz 35 f; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/642; *Hüffer in Münch-Komm AktG<sup>3</sup> § 241 Rz 54 f und 66 f.*

23 *Zollner*, FS Reich-Rohrwig (2014) 275.

24 *Zollner*, FS Reich-Rohrwig (2014) 275.

25 *Zollner* ebenda.

26 *Zollner*, FS Reich-Rohrwig (2014) 275 f.

27 *Zollner*, FS Reich-Rohrwig (2014) 276, unter Verweis auf *Linckner/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder*, StGB vor §§ 32 Rz 39 f.

28 *Zollner*, FS Reich-Rohrwig (2014) 276 mwN in FN 54.

29 *Hinterhofer*, Einwilligung 80 f; *N. Huber*, Zur Untreue bei Ein-Personen-Gesellschaften, ÖJZ 2010, 999 ff (1004 ff); *Lukas/Toifl*, Verdeckte Gewinnausschüttungen im Steuer-, Zivil-, Gesellschafts- und Strafrecht, RdW 2009, 669 ff (673).

30 *Zollner*, FS Reich-Rohrwig 265 ff (276 f).

31 *Zollner*, FS Reich-Rohrwig 265 ff (277 f), unter Verweis auf *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> I § 47a Rz 35, und *Bollenberger/Wess*, RdW 2014, 250.

32 *Zollner*, FS Reich-Rohrwig 265 ff (278). Diese Einschränkung überzeugt freilich nicht (siehe unten im Text).

33 *Schmieder*, Verdeckte Gewinnausschüttungen im Wirtschaftsstrafrecht, in *Leitner* (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> (2014) 353 ff (366 ff, 369).

34 *Schmieder in Leitner* (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> (2014) 353 ff (368).

zugefügt.<sup>35</sup> Zumindest bei der offenen Gewinnausschüttung sei außerdem das Argument von *Eckert/Tipold*<sup>36</sup> zutreffend, dass über die Gewinnverwendung die Hauptversammlung entscheide, sodass die Weisungsfreiheit des Vorstandes gerade dort durchbrochen sei.

Selbst wenn man jener Strömung im aktienrechtlichen Schrifttum folge, die der Aktiengesellschaft auch gegenüber ihrem Alleinaktionär ein eigenes und nicht nur mit Gläubigerschutz begründbares Interesse zubillige,<sup>37</sup> dürfe dies nicht die vom OGH gezogenen strafrechtlichen Konsequenzen haben, weil es dort eben um eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gehe.<sup>38</sup>

*Lewisch/N. Huber*<sup>39</sup> bescheinigten zuletzt dem OGH – unter Anführung der schon im bisherigen Schrifttum vorgetragenen Argumente ein „grundsätzliches konzeptives Missverständnis“. <sup>40</sup> Der OGH habe eine generelle – und ohnehin abzulehnende – Umdeutung des Untreuetatbestandes in ein partielles Gläubigerschutzdelikt ganz offensichtlich gar nicht angestrebt und damit die Verwirrung nur vergrößert.<sup>41</sup>

*Kapsch/Kier*<sup>42</sup> schließlich kritisierten die unterschiedliche Behandlung von AG und GmbH durch den OGH unter Hinweis darauf, dass bei der GmbH der Kapitalerhaltungsschutz in Österreich sogar strenger als in der AG sei, wohingegen es sich in Deutschland genau umgekehrt verhalte, hielten im Ergebnis die E des OGH aber für „nicht unvertretbar“, wenn auch für zu formal und nicht überzeugend.<sup>43</sup>

### 3. EINWILLIGUNG DES MACHTHABERS UND UNTREUE

Schon *Lewisch*<sup>44</sup> wies auf den Umstand hin, dass gewisse Formulierungen in der Libro-E tatsächlich den Eindruck erwecken, als würde der OGH generell und unabhängig von der Rechts-

form den Gesellschaftern einer (Kapital-)Gesellschaft die Möglichkeit zur tatbestandsausschließenden (weil schon den Missbrauch verhindernden) Einwilligung in das Verhalten des Machthabers absprechen.

§ 153 StGB schützt allein das Vermögen des Machtgebers, also die Rechtsbeziehungen zwischen diesem und dem Machthaber, nicht aber Drittinteressen wie insb Interessen von Gläubigern.<sup>45</sup> Unbestritten ist ferner, dass die im Voraus gegebene<sup>46</sup> Zustimmung des Machtgebers Untreue mangels tatbestandsmäßigen Missbrauchs grundsätzlich ausschließt.<sup>47</sup>

Daraus folgt, dass die Einwilligung bei juristischen Personen nur jene physischen Personen erteilen können, die (wegen der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft nur) mittelbar Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sind und denen allein die Erträge und Früchte aus diesem (in Form von Gewinnausschüttungen) zustehen, die also die wirtschaftlichen Nutznießer des Gesellschaftsvermögens sind, das ihnen im Zuge der Liquidation endgültig zufällt.<sup>48</sup>

Diese exklusive Zuweisung des Gesellschaftsvermögens und der Erträge daran ist der entscheidende Gesichtspunkt dafür, dass nur die Gesellschafter Einwilligungsträger sein können, dieses aber auch sein müssen, weil ihnen das durch § 153 StGB geschützte Rechtsgut zugeordnet ist.

Nicht entscheidend ist dagegen, ob den Gesellschaftern die Kompetenz zukommt, wesentlichen oder ganz generell Entscheidungen der Geschäftsführung die Zustimmung zu erteilen. Denn damit wäre in der AG grundsätzlich auf den Aufsichtsrat verwiesen, der aber – genauso wie der zur Geschäftsführung berufene Vorstand – fremdes Vermögen verwaltet und daher als Einwilligungsträger in Bezug auf § 153 StGB von vornherein nicht in Betracht kommt.<sup>49</sup> Damit ist vorgezeichnet, dass die vom OGH der Entscheidung zugrunde gelegte Differenzierung zwischen AG und GmbH nicht einleuchten kann, weil die Ge-

35 *Schmieder in Leitner* (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> (2014) 353 ff (369).

36 *Eckert/Tipold*, GES 2013, 59 ff (69).

37 So insb *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, AktG § 1 Rz 20 f (auf den sich der OGH in der Libro-E auch beruft), und *U. Torggler*, Replik zu Koppensteiner, JBI 2006, 681 ff, JBI 2006, 809 (810 f); dagegen die herrschende und mE überzeugende Ansicht zB von *Koppensteiner*, Missbrauchsverbot und Unternehmensverbund, wbl 2007, 465 ff (466); *Artmann*, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Organschaft (2004) 204 ff; *Koppensteiner*, Einpersonengesellschaften. Eine Skizze, GES 2015, 1 ff (5).

38 *Schmieder in Leitner* (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> (2014) 353 ff (370).

39 *Lewisch/N. Huber*, RuSt 2014, Kapitalgesellschaft – Untreue trotz Gesellschaftszustimmung? RdW 2014, 567 ff.

40 *Lewisch/N. Huber*, RuSt 2014, 567 ff (571).

41 Dies passt zu der von diversen Strafrechtlern im Fachgespräch geäußerten und nicht nur dem Verfasser dieses Beitrages mehrfach zugetragenen Einschätzung, es handle sich dabei um eine „politische Entscheidung“ des OGH – eine eigentlich beunruhigende Vorstellung.

42 *Kapsch/Kier*, Anm zur Libro-E, JBI 2014, 603 ff.

43 An der Argumentation von *Kapsch/Kier* ist der Hinweis richtig und verdienstvoll, dass die OGH-Rsp zur (Nicht-)Untreue des Alleingesellschafter-Geschäftsführers für die Libro-Konstellation in der Tat nicht einschlägig ist, weil es bei Ersterer nur darum ging, dass der Schaden nicht „bei einem anderen“ eingetreten ist. Die Ansicht der Autoren, dem geschäftsführenden Organ der Alleinaktionärin komme im Innenverhältnis nicht die Befugnis zu, eine zivilrechtlich wirksame Einwilligung zur Schädigung der AG zu erteilen (*Kapsch/Kier*, JBI 2014, 606), entspringt aber demselben Missverständnis, dem der OGH unterliegt, und wird von den Autoren im nächsten Absatz ohnehin selbst mit dem Hinweis darauf wieder ad acta gelegt, dass jenen Stimmen zu folgen sei, die (das im Grunde Selbstverständliche) betonen, nämlich dass § 153 StGB allein dem Schutz des Machtgebervermögens dient.

44 *Lewisch in Lewisch*, Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2014) 9 ff (25).

45 So zutr *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB 153 Rz 36; vgl auch *Pfeifer in Triffler/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Komm StGB § 153 Rz 17 f.

46 Vgl OGH 11. 11. 1993, 15 Os 132/93, ÖJZ 1994/68 (NRsp); 14. 3. 2006, 14 Os 123/05b; 15. 10. 2009, 13 Os 25/09i; *Kienapfel/Schmoller*, StudB BT II § 153 Rz 65, 106.

47 Vgl *Kienapfel/Schmoller*, StudB BT II § 153 Rz 65, 105; OGH 17. 1. 1979, 10 Os 123/78, SSt 50/6; 23. 11. 1973, 13 Os 27/73, EvBl 1974/191 = JBI 1974, 270; *Lenker/Perron in Schönke/Schröder* (Hrsg), StGB<sup>29</sup> (2014) § 266 Rz 21; *Schramm*, Untreue und Konsens (2005) 58; *Dittrich*, Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vorstandsvergütungen (2007) 226; BGHSt 3/23 ff (24); BGHSt 43/221 ff (223) BGH 21. 12. 2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 ff (525 f).

48 *G. Schima*, FS Reich-Rohrwig (2014) 161 ff (173).

49 Zumindest stark missverständlich *Lewisch*, Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit [2014] 19 ff (26), der meint, dass dann, wenn das Handeln eines statutarischen Vertretungsorgans zu prüfen sei, sich die Zustimmungskompetenz „der Natur der Sache gemäß“ auf jene Organe verschiebe, die nach den Organisationsregeln der Gesellschaft zur Zustimmung zu Geschäftsführungshandlungen berufen sind. Dies seien – so *Lewisch* weiter – je nach Inhalt der Maßnahme der Aufsichtsrat oder die Aktionäre als Eigentümer der Gesellschaft. In concreto seien es „durchaus die Gesellschafter der AG“, also der Alleinaktionär oder die Aktionärsversammlung, denen die rechtliche Zustimmungskompetenz zu den einschlägigen Vertretungshandlungen des Vorstandes obliege.

Hier geht es aber nicht um eine nach der gesetzlichen oder satzungsmäßigen Ordnung der Körperschaft einem bestimmten und von den Aktionären uU verschiedenen Organ zugeordnete Kompetenz zur Einwilligung in bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen, sondern um eine unmittelbar aus dem wirtschaftlichen Eigentum (wirtschaftliche Betrachtungsweise!) am Gesellschaftsvermögen und der ausschließlichen Verfügung über dessen Erträge abgeleitete, strafrechtlich relevante Einwilligungskompetenz. Diese muss keine Entsprechung in einer gesellschaftsrechtlichen Kompetenznorm haben.

sellschafter einer GmbH und die Aktionäre einer AG in puncto Zuordnung des Gesellschaftsvermögens und Verfügung über dessen Früchte gleichgestellt sind.

Nun kann es vorkommen, dass der Eigentümer/Machtgeber in der Verfügung über sein eigenes Vermögen durch Rechtsnormen beschränkt ist. Setzt er sich selbst darüber hinweg, indem er einem Machthaber die Einwilligung zur an sich verbotenen Verfügung erteilt, dann muss untreuestrafrechtlich danach differenziert werden, wessen Interessen die erwähnte Beschränkung dient. Dies ist kein bei Gesellschaften auftretendes Spezialproblem.

Ist jemand Eigentümer einer unter Denkmalschutz stehenden Kunstsammlung (Variante 1) oder eines mit einem Ausfuhrverbot belegten Gemäldes (Variante 2), dann darf das Vermögen nicht zerteilt und einzeln veräußert (Variante 1) oder nicht ins Ausland veräußert (Variante 2) werden. Setzt sich der Eigentümer darüber hinweg und beauftragt zB seinen Rechtsanwalt, die Werke aus der Sammlung zu verkaufen oder das Kunstwerk im zweitgenannten Fall an einen ausländischen Käufer zu verkaufen, werden dadurch zweifellos Rechtsnormen verletzt, die – je nach Sachlage – mit verwaltungsstrafrechtlicher oder gerichtlicher Strafsanktion belegt werden können. Untreue begeht ein solcher Machtgeber aber nicht, und dies dürfte auch der OGH nicht bezweifeln.<sup>50</sup> Denn die denkmalschutzrechtlichen Normen oder die Bestimmungen des Ausfuhrverbotsgesetzes dienen eben nicht dem Vermögensschutz des Machtgebers, sondern öffentlichen Interessen, nämlich dem Interesse der Öffentlichkeit am Verbleib bedeutender Kunstgüter im Inland oder am Zusammenhalt künstlerisch oder kunsthistorisch bedeutsamer Sammlungen. Warum das bei eine Gesellschaft treffenden und im Drittinteresse bestehenden Beschränkungen (in concreto: bei der die Gesellschafter als wirtschaftliche Eigentümer und Einwilligungsträger treffenden zivilrechtlichen Beschränkung, einer Einlagenrückgewähr der Geschäftsführung wirksam die Zustimmung zu erteilen) anders sein soll, hat der OGH nicht einmal zu erklären versucht. Hier scheint eine gesetzliche Klarstellung, wie sie nun beabsichtigt ist, in der Tat geboten.<sup>51</sup>

Im Zusammenhang mit dem Thema „Einwilligung“ des Machtgebers überrascht am Libro-Fall freilich ein Umstand: Offenbar gingen die Urteilsfeststellungen davon aus, dass die Alleinaktionärin, die die auf einem falschen Jahresabschluss beruhende Sonderdividende erhielt, von der Unrichtigkeit des Abschlusses nicht in Kenntnis war.<sup>52</sup>

50 Das hätte natürlich auch dann zu gelten, wenn der Eigentümer nicht die verbotene Verfügung als solche beauftragt, sondern der Rechtsanwalt nur prinzipiell über eine Verkaufsvollmacht verfügt, die er im oben dargestellten Sinne nutzt.

51 Gem einem parlamentarischen Initiativantrag soll § 153 StGB in mehreren Punkten novelliert und ua vorgesehen werden, dass Missbrauch bei Zustimmung der wirtschaftlich Berechtigten nicht vorliegt (vgl dazu näher G. Schima, Reform des Untreue-Tatbestandes und Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht, RdW 2015, 288 ff). Der OGH hat in seiner auf der Website des Höchstgerichtes veröffentlichten Stellungnahme vom 12. 5. 2015 jeden Änderungsbedarf bei § 153 StGB verneint und in Bezug auf die gerade erwähnte „Klarstellung“ betreffend die Einwilligung als tatbestandsausschließend gemeint, es solle „der Rsp überlassen bleiben, sich zeitnah zur Libro-Lösung zu bekennen oder den eingeschlagenen Weg wieder zu verlassen“. Dem ist zu widersprechen. Gerade wenn der OGH Libro nochmals bestätigen sollte (was nicht zu hoffen ist), bedürfte es der Gesetzesänderung. Denn eine mit Zustimmung der Gesellschafter (gleich ob bei GmbH oder AG) vorgenommene, für die Gesellschaft als solche nachteilige Vermögensverfügung ist nicht (als Untreue) strafwürdig.

52 So auch *Lewisich* in *Lewisich*, Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2014) 19 ff (35).

Vor diesem Hintergrund ist interessant, dass weder der OGH noch einer der bisherigen Kommentatoren der Entscheidung die Frage zumindest aufgeworfen haben, ob im vorliegenden Fall nicht vielleicht eine mangelhafte, zB durch Fehlinformation erschlichene und damit anfechtbare Einwilligung des Machtgebers vorliegt. Ein derartiger (Willens-)Mangel des Machtgebers muss freilich vom qualifizierten Vorsatz (Wissentlichkeit) des Machthabers erfasst sein, damit Untreue in Betracht kommt.<sup>53</sup> Immerhin kann man ja nicht generell unterstellen, dass ein noch so „dividendenaffiner“ Alleinaktionär einen gleichartigen Gewinnausschüttungsbeschluss auch dann gefasst hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass der Jahresabschluss durch offenbar strafgesetzwidriges Verhalten (vorsätzliche Überbewertung von Aktiva)<sup>54</sup> zustande kam. Eine Erörterung wert gewesen wäre das Thema allemal.

#### 4. DER OGH UND DER MEINUNGSSTAND IN DEUTSCHLAND

Der OGH stützte sich in der Libro-E wesentlich auch auf eine deutsche Rechtsmeinung, nämlich auf jene von *Rönnau*<sup>55</sup> und verwies im Erkenntnis auf die „insofern vergleichbare deutsche Rechtslage“. Dazu ist festzuhalten, dass die hA in Deutschland keineswegs der Einwilligung aller Aktionäre/Gesellschafter die strafrechtliche Relevanz abspricht.<sup>56</sup> Auch der BGH verwies in der Mannesmann-E<sup>57</sup> darauf, dass die Zustimmung eines über 98 % verfügenden Aktionärs nicht ausreichte, sondern nur die Einwilligung sämtlicher Aktionäre oder der Hauptversammlung erforderlich sei<sup>58</sup> und ließ damit deutlich erkennen, dass nach Ansicht des deutschen Höchstgerichtes sogar eine mehrheitliche Zustimmung genügt, wenn sie in einer Hauptversammlung erteilt wird! Diesen Meinungsstand zu erheben, wäre für den OGH nicht schwer gewesen. Dieser schien daran jedoch gar nicht interessiert zu sein, denn eine so selektiv-verzerrende Zitateauswahl<sup>59</sup> (sowohl den deutschen als auch den österrei-

53 Vgl *Kirchbacher/Presslauer* in *WK StGB* § 153 Rz 42 f; *Pfeifer* in *Salzburger Komm StGB* § 153 Rz 39 f. Auf die Einwilligung des Machtgebers kann sich der Machthaber mE auch dann nicht berufen, wenn diese selbst pflichtwidrig (oder gar in missbräuchlicher Ausübung einer Verfügungsbezugnis iSd § 153 StGB) erfolgt und der Machthaber das weiß. Das hat zB dann uU Bedeutung, wenn der einwilligende Machtgeber nicht über eigenes Vermögen, sondern insb als Organ eines Gesellschafters bzw des Alleingesellschafters über fremdes Vermögen verfügt (vgl den Fall bei BGH 6. 12. 2001, 1 StR 215/01: Minister eines Bundeslandes und gleichzeitig Präsident eines Sportvereins weist den Vorstand einer hundertprozentigen Tochter [Verkehrs AG] an, dem Sportverein eine Spende zu überweisen – beide wurden wegen Untreue verurteilt).

54 § 255 AktG wurde anscheinend wegen Verjährung nicht angeklagt.

55 *Rönnau*, Untreue zulasten juristischer Personen und Einwilligungskompetenz der Gesellschafter, in *Böse/Sternberg-Lieben* (Hrsg), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechtes, FS Knut Amelung zum 70. Geburtstag (2009) 247 f (256 ff).

56 Vgl zB *Perron* in *Schönke/Schröder*, StGB<sup>99</sup> § 266 Rz 21 a ff, zur AG insb Rz 21 c mwN; darauf weist auch *Fuchs* (in *Lewisich*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit [2014] 9 ff [17] zutreffend hin); vgl auch *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit (2007) 228 f.

57 BGH 21. 12. 2005, 3 StR 470/04, NZG 2006, 141 = NJW 2006, 522 ff, 525 = NStZ 2006, 214 ff, 216 f = ZIP 2006, 72 ff.

58 BGH 21. 12. 2005, 3 StR 470/04, NZG 2006, 141 = NJW 2006, 522 ff, 525 = NStZ 2006, 214 ff (216) = ZIP 2006, 72 ff = BB 2006, 323 ff: „...weil es an der erforderlichen Zustimmung aller Anteilseigner der Mannesmann AG oder der diese repräsentierenden Hauptversammlung fehlt“; vgl dazu auch *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit (2007) 231; darauf in Ö verweisend *N. Huber*, Organuntreue (2012) 183.

59 So auch *Fuchs* in *Lewisich*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2014) 9 ff (17).

chischen Meinungsstand betreffend) kann einem Höchstgericht wohl nicht einfach „passieren“.

Unter jenen – wie gesagt, in der Minderheit befindlichen – Stimmen in Deutschland, die die Möglichkeit einer Untreuestrafbarkeit auch bei Einwilligung aller Gesellschafter/Aktionäre bejahen, finden sich zwei unterschiedliche Strömungen, die zu teilweise völlig unterschiedlichen Ergebnissen gelangen und einander geradezu unversöhnlich gegenüberstehen.<sup>60</sup>

Die eine Richtung meint, dass die – in Deutschland freilich (anders als in Österreich) gegenüber dem deutschen GmbH-Recht strengere – Vermögensbindung in der AG (vgl insb § 57 dAktG) und das (insb in § 62 Abs 1 Satz 1 dAktG zum Ausdruck kommende) Eigeninteresse der Gesellschaft einer strafrechtlich bedeutsamen Einwilligungskompetenz der Aktionäre enge Grenzen setze oder diese überhaupt ausschließe.<sup>61</sup>

Dieser Sichtweise steht die zB von *Rönnau*,<sup>62</sup> den der OGH als Einzigen aus dem deutschen Schrifttum zitiert, vertretene Ansicht gegenüber, der zufolge es die spezielle Struktur der AG und deren komplexes System aufeinander abgestimmter Organe mit genauen Zuständigkeiten sowie der geringe Einfluss der Aktionäre auf die Geschäftsführung seien, die einer Deutung der Aktionärszustimmung als strafrechtlich tatbestandsausschließende Einwilligung im Wege stünden.

Die beiden Ansätze führen nicht einmal bei der AG, noch viel weniger aber bei der GmbH in allen Konstellationen zum selben Ergebnis. Während nämlich *Brand* die Reichweite des tatbestandsausschließenden Einverständnisses im Aktienstrafrecht (nur) von dem Verbot begrenzt sieht, das Grundkapital und die gesetzlichen Rücklagen anzugreifen,<sup>63</sup> lehnt *Rönnau* es ab, den Grad der Kapitalbindung als strafrechtlich relevantes Begrenzungskriterium für die Einwilligung der Gesellschafter heranzuziehen, sondern stellt auf die „umfassende Interessensdefinitions-macht“ der GmbH-Gesellschafter ab, für die die Gesellschaft nur eine „Marionette“ sei, bei der die Gesellschafter durch Zielvorgabe und Weisungsbefugnis die Fäden zögen. Den Gesellschaftern als „Puppenspielern“ käme gegenüber der GmbH kein eigener Bewegungsspielraum zu. Soweit die Gesellschafter in ihrem Umgang mit der GmbH durch § 30 dAktG<sup>64</sup>

beschränkt seien, dienten solche Beschränkungen ausschließlich dem Drittschutz.<sup>65</sup> Damit gelangt *Rönnau* bei der GmbH zur sogenannten „strengen Gesellschaftertheorie“, der zufolge eine Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers bei Einverständnis aller Gesellschafter stets und damit selbst dann ausgeschlossen ist, wenn das Stammkapital der Gesellschaft angegriffen wird.<sup>66</sup> *Rönnau*, den der OGH in der Libro-E gleichsam als „Gewährsmann“ verwendet, versagt zwar in der AG der Zustimmung aller Aktionäre immer (dh soweit nicht interne Kompetenzen in Bezug auf die Kompetenzaufteilung zwischen den Gesellschaftsorganen betroffen sind) die tatbestandsausschließende Wirkung, vertritt jedoch in Bezug auf die GmbH eine Sichtweise, die sogar liberaler ist als die des BGH, der seit 1988<sup>67</sup> trotz Gesellschafterzustimmung dann Untreue für möglich erachtet, wenn das Stammkapital beeinträchtigt wird oder der Eingriff die wirtschaftliche Existenz der GmbH konkret gefährdet.

Der OGH scheint in der Libro-E – freilich ohne nähere Reflexion und ohne auch nur im Ansatz tiefere Befassung mit dem in Wahrheit in die gegenteilige Richtung weisenden deutschen Meinungsstand – beide Ansätze miteinander kombiniert zu haben und sowohl aus der angeblich geringen Einflussnahme der Aktionäre auf die Geschicke der Gesellschaft und der grundsätzlichen (freilich nicht ausnahmslosen, siehe unten) Weisungsungebundenheit des Vorstandes (§ 70 Abs 1 AktG) als auch aus der in § 52 AktG statuierten strengen Kapitalbindung den Ausschluss einer strafrechtlich anerkannten Einwilligungskompetenz der Aktionäre ableiten zu wollen. Welchen Stellenwert freilich das Argument der Kapitalbindung hat, ist nach der Libro-E gerade fraglich. Denn die Kapitalbindung im österreichischen GmbH-Recht ist sogar noch strenger als jene im Aktienrecht, weil § 54a AktG die Ausschüttung von Zwischendividenden ermöglicht, der durch die §§ 65 f AktG gezogene Rahmen für den Erwerb eigener Anteile weiter ist als im GmbH-Recht,<sup>68</sup> der Aktionär nur für den von ihm zu Unrecht empfangenen Teil haftet (§ 56 AktG), wohingegen der GmbH-Gesellschafter gem § 83 Abs 2 GmbHG auch zur Zahlung der an andere Gesellschafter verbotenen geleisteten Zahlungen subsidiär heranzuziehen ist,<sup>69</sup> und schließlich eine § 82 Abs 5 GmbHG nachgebildete Norm im Aktienrecht fehlt, wengleich sie nach hA dort analog anzuwenden ist. Wenn also die aktienrechtliche Kapitalbindung das tragende Element dafür sein soll, der Einwilligung des Alleingesellschafters die tatbestandsausschließende Wirkung zu versagen, müsste der OGH die Dinge bei der GmbH genauso sehen.

##### 5. INTERESSENDEFINITIONSMACHT DER AKTIONÄRE/GESELLSCHAFTER UND WEISUNGS(UN)GEBUNDENHEIT DER GESCHÄFTSLEITUNG ALS STRAFRECHTLICHES UNTERSCHIEDUNGSKRITERIUM ZWISCHEN AG UND GmbH?

Wenn klar ist, dass die strafrechtliche Einwilligungskompetenz der Gesellschafter aus deren wirtschaftlichem Eigentum am Gesellschaftsvermögen und deren Stellung als ausschließliche

60 Vgl zum Folgenden ausführlich G. Schima, FS Reich-Rohrwig (2014) 161 ff (177 ff).

61 Ein Vertreter dieser Ansicht ist zB *Brand*, Die Strafbarkeit des Vorstandes gem § 266 StGB trotz Zustimmung aller Aktionäre, AG 2007, 681 ff (683) mwN. Sehr interessant ist, dass die von *Brand* für die Ablehnung der anderen, die Einwilligung der Gesellschafter als unmaßgeblich ansehenden Strömung, die aus der Kompetenzstruktur der AG Konsequenzen für die strafrechtliche Unwirksamkeit des Einverständnisses der Aktionäre zieht, ins Treffen geführten Argumente (*Brand*, AG 2007, 681 ff [683 ff]) eine sehr prägnante Begründung dafür liefern, warum der vom OGH in der Libro-E verwendete Ansatz unzutreffend ist, wonach die unterschiedliche Weisungsgebundenheit bei AG und GmbH und das angeblich nur bei Ersterer vorhandene „Eigeninteresse“ einer Einwilligung der Aktionäre die tatbestandsausschließende Wirkung nehme.

62 *Rönnau* in FS Knut Amelung 247 ff (264).

63 *Brand*, AG 2007, 681 ff (689). *Brand* unterscheidet damit freilich auch innerhalb des Einlagenrückgewährverbots des § 57 Abs 1 dAktG zwischen Verstößen gegen vermögensmäßige Interessenspositionen der AG und solchen, bei denen „nur“ in das Recht des Vorstandes und Aufsichtsrates eingegriffen wird, über die Finanzausstattung der AG zu entscheiden, was zB der Fall ist, wenn der Alleinaktionär die Auflösung freier Rücklagen genehmigt, ohne dass die Feststellung des Jahresabschlusses an die Hauptversammlung übertragen wurde.

64 Diese sich bekanntlich ganz wesentlich von § 82 öGmbHG unterscheidende Vorschrift schützt in der deutschen GmbH nur das Stammkapital vor der Auskehrung an die Gesellschafter.

65 So prägnant *Rönnau*, FS Knut Amelung 247 ff (264).

66 Explizit *Rönnau*, FS Knut Amelung 247 ff (264).

67 BGHSt 35/333 ff und Folge-Judikatur.

68 Darauf weist *Kalss* (ecolex 2014, 496 ff [497]) hin.

69 Dies betonen *Kapsch/Kier*, JBl 2014, 605.

Nutznießer der Erträge aus diesem Vermögen folgt, dann kann die unterschiedliche Verteilung der Kompetenzen auf die einzelnen Organe in AG und GmbH und die unterschiedliche Abhängigkeit der Geschäftsleitung von den Gesellschaftern keine Relevanz für die Beantwortung der Frage haben, ob Vermögensverfügungen mit Zustimmung Letzterer den Tatbestand der Untreue verwirklichen können.<sup>70</sup> Dass die Weisungsgebundenheit und Abhängigkeit von GmbH-Geschäftsführern eine andere und deutlich intensivere ist als die des Vorstandes einer AG, ist völlig unbestritten.<sup>71</sup> Abgesehen von der mangelnden Relevanz der Unterschiede, werden diese freilich vom OGH deutlich überzeichnet und wird va die Stellung der Hauptversammlung in der AG verkannt.

Schon das deutsche Reichsgericht bezeichnete treffend die Hauptversammlung in der AG als das „oberste Willensorgan für die Regelung der inneren Vermögensangelegenheiten“. <sup>72</sup> Auch die AG ist in erster Linie eine „Veranstaltung der Aktionäre“. <sup>73</sup> Die durch die Hauptversammlung verkörperten Aktionäre sind – und nur das kann für die strafrechtliche Betrachtung Bedeutung haben – wirtschaftliche Eigentümer des Gesellschaftsvermögens. <sup>74</sup> Aus der grundsätzlich fehlenden Weisungsgebundenheit des Vorstandes in der AG etwas gegen die Anerkennung eines strafrechtlich bedeutsamen Einverständnisses der Aktionäre abzuleiten, ist im Ansatz verfehlt. Denn die tatbestandsausschließende Wirkung eines Einverständnisses der Gesellschaftergesamtheit ergibt sich nicht aus einer wie auch immer gearteten Weisungskompetenz. Vielmehr bedeutete die wirksame Zustimmung der Aktionäre das Einverständnis der AG selbst. <sup>75</sup>

Darüber hinaus ist die Weisungsungebundenheit des Vorstandes in der AG bzw dessen Unabhängigkeit von einer Zustimmung der Hauptversammlung mehrfach eingeschränkt. So ist der Vorstand bei von der Hauptversammlung beschlossenen „Strukturmaßnahmen“ wie Verschmelzungen, Spaltungen etc nach ganz hM zum Abschluss der entsprechenden Durchführungsverträge verpflichtet. <sup>76</sup>

Außerdem ist auch in Österreich die vom BGH in der berühmten „Holzmüller-E“ <sup>77</sup> vertretene Ansicht herrschend, dass bestimmte Grundlagenentscheidungen (im damaligen Anlassfall: die Ausgliederung eines rund 80 % des Vermögens der AG

verkörpernden Vertriebsteils in eine 100%ige Tochtergesellschaft) einer Zustimmung der Hauptversammlung bedürfen. <sup>78</sup>

Schließlich ist der Vorstand dann an Weisungen der Hauptversammlung nach ganz hM gebunden, wenn er auf eigene Initiative, der Aufsichtsrat dann, wenn es sich um ein seiner Genehmigung unterliegendes Geschäft handelt, gem § 103 Abs 2 AktG der Hauptversammlung eine Maßnahme der Geschäftsführung vorlegt. <sup>79</sup>

Richtigerweise umfasst die Kompetenz der – zu einer Entscheidung freilich nicht verpflichteten – Hauptversammlung gem § 103 Abs 2 AktG auch solche Maßnahmen, die für die Gesellschaft objektiv nachteilig sind und bei eigenmächtiger Umsetzung durch den Vorstand uU den Tatbestand der Untreue nach § 153 StGB verwirklichen würden. <sup>80</sup> Man kann zwar darüber streiten, wie weit die diesbezüglichen Befugnisse der Hauptversammlung gehen – insb dann, wenn es sich um einen bloßen Mehrheitsbeschluss handelt; dass die Aktionäre im Rahmen von § 103 Abs 2 AktG aber zumindest innerhalb bestimmter Grenzen befugt sein müssen, das Unternehmensinteresse iSd § 70 AktG für den Einzelfall abweichend zu definieren, ergibt sich mE schon daraus, dass die Vorschrift sonst wenig Sinn hätte. <sup>81</sup>

Keinerlei Bedeutung kann schließlich die vom OGH beschworene „Interessen-Pluralität“ bei der Verfolgung des Unternehmensinteresses durch den Vorstand iSd § 70 Abs 1 AktG haben. <sup>82</sup> Abgesehen davon, dass auch die Geschäftsführung einer GmbH – vorbehaltlich anderer Steuerung durch die Gesellschafter über § 20 Abs 1 GmbHG – kein anderes Unternehmensinteresse und keine anderen Sub-Interessen zu berücksichtigen hat als der Vorstand in der AG, <sup>83</sup> sind die durch § 70

<sup>70</sup> Vgl näher G. Schima in FS Reich-Rohrwig 161 ff (179 ff).

<sup>71</sup> Vgl zur Weisungsunterworfenheit des Geschäftsführers einer GmbH Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht (1983) 125 f; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht<sup>2</sup> I (1996) Rz 2/259; Runggaldier/G. Schima, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 24; Koppensteiner/Rüfler, GmbHG<sup>3</sup> § 20 Rz 9; Enzinger in Straube, GmbHG<sup>20</sup> Rz 31 f; N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG (2014) § 20 Rz 25 ff.

<sup>72</sup> RGZ 169, 65 ff (80 ff); dies betonend Dittrich, Untreuestrafbarkeit 228.

<sup>73</sup> Seibt in K. Schmidt/Lutter (Hrsg), AktG (2007) § 76 Rz 12 mwN; die Terminologie stammt wohl von Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980) 627; für die GmbH U. H. Schneider in Scholz, GmbHG<sup>10</sup> § 43 Rz 63.

<sup>74</sup> Vgl Lencker/Perron in Schönke/Schröder, StGB<sup>27</sup> § 266 Rz 21c; Eisele, GA 2001, 377 ff (391 ff); Brand, AG 2007, 681 ff (684).

<sup>75</sup> So prägnant Brand, AG 2007, 681 ff (684); Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten<sup>3</sup> (2011) § 4 Rz 217. Tiedemann, Der Untreuetatbestand – Ein Mittel zur Begrenzung von Managerbezügen? Bemerkungen zum „Fall Mannesmann“, in Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (Hrsg), FS Ulrich Weber (2004) 19 ff (321).

<sup>76</sup> Vgl Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> 327; Szep in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> II § 221 Rz 3.

<sup>77</sup> BGHZ 83/122 ff.

<sup>78</sup> Vgl auch BGHZ 159, 30 ff – Gelatine, wo der BGH diese Ansicht freilich nicht mehr auf § 119 Abs 2 dAktG, sondern auf eine Analogie zu jenen gesetzlichen Vorschriften stützte, mit denen die Hauptversammlung für grundlegende Strukturmaßnahmen zuständig gemacht wird. Die dogmatische Ableitung hat Bedeutung für die Beantwortung der Frage, ob eine einfache Mehrheit ausreicht (dies wäre nach § 119 Abs 2 dAktG bzw dem österreichischen Pendant des § 103 Abs 2 AktG der Fall) oder eine Dreiviertel-Mehrheit erforderlich ist; vgl für Österreich Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 103 Rz 30, mit Darstellung des Meinungsstandes.

<sup>79</sup> Vgl ausführlich Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte (1991) 16 ff; Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 103 Rz 18 ff (25 ff); Bydliński/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 103 Rz 17 ff.

<sup>80</sup> G. Schima, FS Reich-Rohrwig 161 ff (181). Davon geht offenkundig auch der BGH bei insofern vergleichbarer deutscher Rechtslage in der Mannesmann-E aus, wenn er die (im Anlassfall eben fehlende) Einwilligung der Hauptversammlung in ein von ihm in der Folge als Untreue beurteiltes Verhalten (Zuerkennung überhöhter Vorstandsprämien) als Umstand anführt, der Untreue ausgeschlossen hätte (siehe oben im Text).

<sup>81</sup> § 84 Abs 4 erster Satz AktG verknüpft mit dem Handeln des Vorstandes auf der Grundlage eines „gesetzmäßigen Hauptversammlungsbeschlusses“ die Konsequenz der Haftungsfreiheit des Vorstandes gegenüber der AG. Dies bedeutet für den Fall einer verbotenen Einlagenrückgewähr, dass auch die (selbst einstimmige) Genehmigung bzw „Anordnung“ durch die Hauptversammlung den Vorstand zivilrechtlich nicht haftungsfrei macht. Bei der Genehmigung bzw Anordnung eines für die AG sonst nachteiligen Rechtsgeschäftes mit einem Dritten, also zB beim Verkauf einer Liegenschaft unter Wert, gilt das aber nicht. Ein solcher Hauptversammlungsbeschluss ist mE sehr wohl „gesetzmäßig“, weil die Gesellschafter insoweit über das Vermögen der Gesellschaft disponieren können, wenn die Verwaltung selbst sie anruft. Für die strafrechtliche Beurteilung spielt dies aber ohnehin keine Rolle, weil (siehe im Text) die Einwilligung der Aktionäre richtigerweise Untreue immer ausschließt.

<sup>82</sup> Vgl Bollenberger/Wess, RdW 2014, 247 ff (249); Kalss, ecoloex 2014, 496; aM offenbar Felzl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG (2014) § 25 Rz 42; dagegen G. Schima/Liemberger/Toscani, GmbH-Geschäftsführer (2015) in Druck.

<sup>83</sup> Vgl Bollenberger/Wess, RdW 2014, 247 ff; G. Schima/Liemberger/Toscani, GmbH-Geschäftsführer (2015) in Druck mwN.

Abs 1 AktG geschützten Interessen eben ganz andere als jene, die § 153 StGB schützt.<sup>84</sup>

#### 6. AKTIENRECHTLICHE KAPITALBINDUNG ALS BEGRENZUNGSFAKTOR FÜR DIE TATBESTANDSAUSSCHLIESSENDE WIRKUNG DER AKTIONÄRSZUSTIMMUNG?

Der OGH hat die Untreue-Verurteilung in der Libro-E letztlich darauf gestützt, dass die Gewinnausschüttung aufgrund eines falschen, durch Überbewertung von Aktiva zustande gekommenen (und damit unzweifelhaft den Tatbestand des – freilich nicht angeklagten – § 255 AktG verwirklichenden) Jahresabschlusses zustande kam und deshalb gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 52 AktG verstieß. Zu klären ist daher, ob Hauptversammlungsbeschlüsse, die zivil- und gesellschaftsrechtlich unzulässig und nach ganz hA absolut nichtig sind,<sup>85</sup> als strafrechtlich anerkannte Einwilligung des „Machtgebers“ in Betracht kommen.

Dass das Ausmaß der gesellschaftsrechtlichen Kapitalbindung im deutschen und österreichischen Aktienrecht im Wesentlichen gleich gestaltet, im GmbH-Recht aber sehr unterschiedlich beschaffen ist, wurde schon gesagt. Während nämlich § 82 Abs 1 öGmbHG einen umfassenden, mit dem Aktienrecht vergleichbaren, ja sogar aufgrund bestimmter Besonderheiten noch strengeren Vermögensschutz statuiert,<sup>86</sup> schützt § 30 dGmbHG nur das Stammkapital der GmbH vor Ausschüttung an die Gesellschafter.

Zumindest für Österreich können also unterschiedliche Kapitalbindungsvorschriften jedenfalls keine strengere Behandlung der AG gebieten.

Einer der Hauptvorwürfe, der dem OGH iZm der Libro-E im Schrifttum gemacht wurde, lautet, das Höchstgericht habe außer Acht gelassen, dass das Einlagenrückgewährverbot des § 52 AktG dem Gläubigerschutz diene und Gläubigerinteressen durch § 153 StGB nicht geschützt seien.

Tatsächlich ist dies ein zentraler Gesichtspunkt: Dient das Verbot der Einlagenrückgewähr nur dem Gläubigerschutz oder zumindest nur solchen Interessen, die nicht im Vermögensschutz zugunsten des Machtgebers bestehen, den § 153 StGB richtigerweise allein bezweckt,<sup>87</sup> dann kann die Verletzung von § 52 AktG durch einen Beschluss der Hauptversammlung oder der Gesamtheit der Aktionäre nicht den Tatbestand der Untreue verwirklichen.

Ein Blick ins gesellschaftsrechtliche Schrifttum, den sich der OGH leider versagt haben dürfte, bestätigt, dass der Vorwurf gegenüber dem Höchstgericht zu Recht erhoben wurde, weil § 52 AktG nach praktisch einhelliger Meinung nur den Schutz der Gläubiger und den Schutz einzelner Gesellschafter vor Ver-

kürzung<sup>88</sup> bezweckt.<sup>89</sup> Dasselbe gilt für Deutschland, wie schon die Gesetzesmaterialien zum dAktG 1965 deutlich machen,<sup>90</sup> und auch für § 82 GmbHG.<sup>91</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es unmaßgeblich, dass der gegen das Einlagenrückgewährverbot verstoßende Beschluss zivil- bzw gesellschaftsrechtlich nichtig ist, weil die Nichtigkeit aus einem Verstoß gegen Vorschriften resultiert, die vom Schutzzweck des § 153 StGB gerade nicht erfasste Interessen schützen.<sup>92</sup>

Zu ergänzen ist, dass Verweise auf die Rechtslage in Deutschland iZm dem Schutzzweck des Einlagenrückgewährverbots deshalb mit Vorsicht zu genießen sind, weil zumindest ein Teil des deutschen aktienrechtlichen und strafrechtlichen Schrifttums das vermeintliche Eigeninteresse der Gesellschaft am Erhalt ihres Vermögensbestandes mit § 62 Abs 1 erster Satz dAktG begründet.<sup>93</sup> Gem § 62 Abs 1 erster Satz dAktG hat der eine nach § 57 Abs 1 dAktG verbotene Zahlung empfangende Aktionär diese auch dann *an die Gesellschaft* zurückzustellen, wenn er gutgläubig ist und der geleistete Betrag zur Gläubigerbefriedigung nicht erforderlich ist.<sup>94</sup> Im Gegensatz dazu statuiert § 56 Abs 1 öAktG für den Fall des Empfangs verbotener Zahlungen durch Gesellschafter bloß deren *unmittelbare Haftung gegenüber den Gläubigern*, jedoch *keinen Rückgewähranspruch der Gesellschaft*. Zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtslage bestehen daher gravierende materielle Unterschiede.<sup>95</sup>

Auch der Rückgewähranspruch nach § 62 Abs 1 erster Satz dAktG existiert freilich nur im Interesse der Gläubiger und nicht wegen eines „Interesses der Gesellschaft an sich selbst“, so dass die hA in Deutschland daraus keineswegs den Schluss

84 Kalss, *ecolex* 2014, 496 ff (499); G. Schima, FS Reich-Rohrwig 161 ff (183).

85 Vgl auch für den vorliegenden Fall Kalss, *ecolex* 2014, 496 ff; *Bollenberger/Wess*, RdW 2014, 247 ff.

86 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rz 1; *Auer in Gruber/Harer*, GmbHG § 82 Rz 1; *Reich-Rohrwig*, Grundfragen der Kapitalerhaltung (2004) 96; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 4/407.

87 Vgl nur *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB § 153 Rz 1; *Pfeifer*, Salzburger Komm StGB § 153 Rz 4.

88 Insofern etwas missverständlich *Fuchs* (in *Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit [2014] 9 ff), der meint, es sei geradezu widersinnig anzunehmen, dass § 52 AktG jene Personen schütze, an die auszuschütten die Norm verbiete. Denn erstens bezweckt § 52 AktG nach ganz hM sehr wohl auch den Schutz einzelner Aktionäre vor Verkürzung (ein Problem, das sich beim Alleingeschafter natürlich nicht stellt) und zweitens ändert ja die Erkenntnis, dass § 52 AktG auch dem Schutz der Gesellschafter vor Verkürzung dient, nichts an der Unrichtigkeit der Sichtweise des OGH, denn die Norm müsste den Schutz der Gesellschaft oder der Gesellschaftergesamtheit bezwecken, um das vom Höchstgericht vertretene Ergebnis rechtfertigen zu können.

89 Vgl nur *Maria Doralt*, Management Buyout: Aktionärs- und Gläubigerschutz durch den Grundsatz der Kapitalerhaltung (2001) 91; *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>2</sup> I § 1 Rz 82; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht – Rechtfertigung und Grenzen (2009) 198 f; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 100 f; abweichend – soweit ersichtlich – nur *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 3, der neben dem Schutz der Gläubiger und der Aktionäre auch den Schutz der Gesellschaft nennt, sich dabei aber zu Unrecht auf den OGH beruft (vgl näher G. Schima, FS Reich-Rohrwig 161 ff [186]).

90 Vgl *Kropff*, § 57 RegBegr dAktG 1965, 73, wonach die Norm das „notwendige Gegenstück zu dem [...] Grundsatz [bildet], dass den Gesellschaftsgläubigern nur das Gesellschaftsvermögen hafte“.

91 Vgl *Bauer/Zehetner in Straube*, GmbHG § 82 Rz 3; *Auer in Gruber/Harer*, GmbHG § 82 Rz 3.

92 G. Schima, FS Reich-Rohrwig 161 ff (185); *Lewisch in Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2014) 19 ff (33 f).

93 Vgl *J. Kaufmann*, Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften (1999) 150 f; *Loeck*, Strafbarkeit des Vorstandes der Aktiengesellschaft wegen Untreue (2006) 104; referierend *Brand*, AG 2007, 681 ff (683); ebenfalls referierend *Rönnau*, FS Knut Amelung 247 ff (252); strafrechtliche Konsequenzen aus § 62 Abs 1 dAktG zu Recht ablehnend zB *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit 228 f.

94 Vgl dazu *Hüffer*, AktG<sup>11</sup> § 62 Rz 2. Nur bei als Gewinnanteile bezogenen verbotenen Leistungen setzt der Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft voraus, dass der empfangende Aktionär vorsätzlich oder fahrlässig handelte (vgl *Henze* in GroßKomm AktG<sup>4</sup> [2012] § 62 Rz 3 ff) und ist insofern vergleichbar in § 56 Abs 1, 2. Satz iVm § 56 Abs 3 öAktG geregelt.

95 So auch *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 56 Rz 3.



zieht, die Einwilligung der Aktionäre könne den Untreue-Tatbestand dann nicht ausschließen, wenn gegen das Einlagenrückgewährverbot verstoßen werde.<sup>96</sup>

#### 7. GESELLSCHAFTSRECHTLICHE FOLGEPFLICHT, EINWILLIGUNG DURCH MEHRHEITSBESCHLUSS UND ULTIMA-RATIO-PRINZIP DES STRAFRECHTS

Dass der OGH mit seiner der Libro-E anscheinend zugrunde liegenden (wenn auch nicht deutlich gemachten) These nicht Recht haben kann, die Einwilligung auch sämtlicher Gesellschafter würde generell Untreue nicht ausschließen, ergibt sich auch aus folgendem Umstand:

Bekanntlich ist für das GmbH-Recht so gut wie einhellig anerkannt, dass die Geschäftsführung auch solchen Weisungen der Gesellschafter zu folgen verpflichtet ist, die ein für die Gesellschaft nachteiliges (und ohne Gesellschafterzustimmung uU den Untreue-Tatbestand erfüllendes) Verhalten zum Gegenstand haben.<sup>97</sup> Diese Folgepflicht gilt selbstverständlich nicht bei Weisungsbeschlüssen, deren Befolgung gegen das Einlagenrückgewährverbot verstößt. Weisen die Gesellschafter den Geschäftsführer (der aussagekräftige Informationen geliefert hat) hingegen an, eine Liegenschaft einem nicht einem Gesellschafter verbundenen Dritten um den halben Verkehrswert zu verkaufen, hat die Geschäftsführung dem nachzukommen. Ohne eine solche Weisung begingen die Geschäftsführer in einem solchen Fall in aller Regel Untreue.

Für die AG gilt das Gesagte zumindest innerhalb gewisser Grenzen richtigerweise bei Anwendung des § 103 Abs 2 AktG (siehe oben).<sup>98</sup>

In Österreich nur rudimentär anerkannt und va von den Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichten nicht gelebt, in Deutschland aber von höchster Stelle klargestellt, ist der Umstand, dass das Strafrecht Ultima-ratio-Charakter hat.<sup>99</sup> Was zivilrechtlich bzw gesellschaftsrechtlich erlaubt ist, kann und darf strafrechtlich nicht verboten sein.<sup>100</sup> Ein zivil- bzw gesellschaftsrechtliches Verbot ist daher notwendige, aber nicht ausreichende Bedingung für die Untreue-Strafbarkeit.<sup>101</sup> Das Strafrecht ist somit zwingend negativ, nicht jedoch notwendig positiv zivilrechtsakzessorisch.<sup>102</sup>

Noch viel weniger kann strafrechtlich verpönt sein, was zivil- und gesellschaftsrechtlich sogar geboten ist. Entspricht die

Geschäftsleitung einer gesellschaftsrechtlichen Folgepflicht gegenüber einer Weisung der Gesellschafter, ist es denkunmöglich, dass sie sich dadurch strafbar macht.

Damit lässt sich auch erkennen, dass eine Einwilligung nicht stets einen Beschluss aller Gesellschafter (bzw des Alleingesellschafters) voraussetzt. Für die Befolgung von Weisungsbeschlüssen nach § 20 Abs 1 GmbHG bzw § 103 AktG ergibt sich dies schon daraus, dass solche Beschlüsse (vorbehaltlich anderer Satzungsregelung) mit einfacher Mehrheit gefasst werden können.<sup>103</sup>

Auch abgesehen von solchen Fällen reicht aber ein Mehrheitsbeschluss aus, wenn er von der Hauptversammlung oder Generalversammlung in dem dafür vorgesehenen Verfahren gefasst wird.<sup>104</sup> Das ergibt sich daraus, dass der Hauptversammlung/Gesellschafterversammlung als entweder partiell oder insgesamt oberstem Organ gegenüber den Gesellschaftern eine Vorrangstellung eingeräumt ist.<sup>105</sup> Einwilligungsträger ist daher das die Gesamtheit der Gesellschafter repräsentierende Organ Haupt- oder Generalversammlung.

Bei bloß formloser Zustimmung ist freilich Konsens sämtlicher Gesellschafter erforderlich, weil nur so die Möglichkeit gewahrt bleibt, dass sämtliche Gesellschafter an der Willensbildung teilnehmen können.<sup>106</sup>

Auf die Einhaltung gesellschaftsrechtlicher Formvorschriften bzw notarielle Beurkundung kommt es indes nicht an. Treffen sämtliche Gesellschafter außerhalb einer Haupt- oder Generalversammlung zusammen und fassen dort in einer nachvollziehbaren Abstimmung einen Mehrheitsbeschluss, mit der einer Maßnahme zugestimmt oder diese angeordnet wird, scheidet Untreue ebenso aus.<sup>107</sup>

Eine Beschlussfassung bzw Zustimmung durch alle Gesellschafter ist hingegen dann erforderlich, wenn es durch die beschlossene Maßnahme zu einer Verkürzung einzelner Gesellschafter kommen soll, also zB Vermögen der Gesellschaft ohne einem Drittvergleich standhaltende Gegenleistung dem Mehrheitsgesellschafter zugewendet wird.<sup>108</sup> Denn die gesetzlichen Vorschriften über die Kapitalerhaltung im Aktien- und GmbH-Recht dienen nicht nur dem Gläubigerschutz, sondern – wie dargetan – eben auch dem Schutz einzelner Gesellschafter vor Vermögensverkürzung.<sup>109</sup>

Das bisher Gesagte hat mE für die Publikums-AG<sup>110</sup> genauso wie für die geschlossene AG zu gelten. Denn auch wenn es sein mag, dass gewisse Vorschriften des AktG sich uU mit dem Interesse künftiger Aktionäre erklären lassen,<sup>111</sup> kann es für die

<sup>96</sup> Vgl zB *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit (2007) 228 f.

<sup>97</sup> Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 26; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 126; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht<sup>2</sup> I Rz 2/253 f; *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG<sup>10</sup> II § 37 Rz 38; so offenbar auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 20 Rz 9.

<sup>98</sup> Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 26; *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 103 Rz 25; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/668.

<sup>99</sup> Vgl BVerfGE 6, 389 ff, 433 f; BVerfGE 39, 1 ff, 47; BVerfGE 28, 5, 1993, 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 ff, 258.

<sup>100</sup> Vgl zB *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit 35.

<sup>101</sup> Vgl *J. Kaufmann*, Organuntreue (1999) 26; *Matt*, Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-)Recht und Moral, NJW 2005, 389 ff (390).

<sup>102</sup> Vgl *Busch*, Konzernuntreue (2004) 35; zust *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit 35, die diese Wertung als „fundamentales Grundprinzip“ ihrer eigenen monografischen Untersuchung voranstellt. Davon spricht augenscheinlich auch *Kalss* (ecolex 2014, 96 ff (497)), wenn sie meint, dass sich bei einer Dividendenausschüttung in Form einer offenen Einlagenrückgewähr die „Grenzen der Zivilrechtsakzessorietät deutlich zeigen“.

<sup>103</sup> Vgl nur *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 20 Rz 25; *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> II § 121 Rz 10.

<sup>104</sup> Vgl *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit 227 ff; vgl auch *Ransiek*, Anerkennungsprämie und Untreue – Das „Mannesmann-Urteil“ des BGH, NJW 2006, 814 ff (815).

<sup>105</sup> Vgl *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit 232; ebenso *G. Schima*, Zulässigkeitsgrenzen von „Golden Handshakes“, in FS M. Binder (2010) 817 ff (851 ff, 854).

<sup>106</sup> Vgl *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit 232 f; *G. Schima*, FS M. Binder (2010) 817 ff (851, 854).

<sup>107</sup> Vgl *G. Schima*, FS M. Binder (2010) 817 ff (855, FN 148).

<sup>108</sup> Genauer gesagt müssen zumindest die verkürzten Gesellschafter zustimmen.

<sup>109</sup> Überzeugend *N. Huber*, Organuntreue (2012) 182; *G. Schima*, FS Reich-Rohrwig 161 ff (190).

<sup>110</sup> Diesbezüglich erwägt *Zollner* (FS Reich-Rohrwig 265 ff [278]) eine Differenzierung.

<sup>111</sup> *Zollner*, FS Reich-Rohrwig 265 ff (278); ein Beispiel ist § 84 Abs 4 AktG, dessen Ratio man damit wohl noch am ehesten rechtfertigen kann.

strafrechtliche Beurteilung doch nur auf das aktuelle (wirtschaftliche) Eigentum am Gesellschaftsvermögen und auf das Recht an dessen Erträgen ankommen.

### 8. FAZIT

Zusammenfassend gesagt, hat der OGH in Sachen Libro eine uU sehr folgenschwere Fehlentscheidung getroffen, die leider auch nicht das Ergebnis tiefer gehender strafrechts- oder gesellschaftsrechtsdogmatischer Betrachtung ist und nicht einmal den Anschein erweckt, als habe das Höchstgericht eine Grundsatzentscheidung fällen und einen Paradigmen-Wechsel im Recht der Untreue signalisieren wollen. Die – in Justiz-, Wissenschafts- und Beraterkreisen mehr oder weniger offen geäußerte Vermutung einer „politischen Entscheidung“ des Höchstgerichtes<sup>112</sup> liegt daher nahe, und das ist überaus bedenklich.

Dabei hat der OGH sich nicht bloß bei der zivilrechtlichen Anknüpfung des § 153 StGB „vergaloppiert“. Vielmehr hat das Höchstgericht schon die *genuin strafrechtliche (Vor-)Frage falsch beurteilt* – oder besser gesagt: gar nicht richtig behandelt –, wer denn in einer Körperschaft für Zwecke der Anwendung des § 153 StGB Träger des geschützten Rechtsgutes

„Machhabervermögen“ ist. Der OGH hat verkannt, dass es das wirtschaftliche Eigentum am Gesellschaftsvermögen und das Recht auf Ausschüttung der aus diesem Vermögen erwirtschafteten Erträge sind, die die Gesellschafter von AG und GmbH zu den allein in Betracht kommenden Einwilligungsträgern machen. Hat man das vor Augen, kann man den Irrweg gar nicht mehr beschreiten, aus der unterschiedlichen Struktur und Weisungs(un)gebundenheit von Vorstand und Geschäftsführung strafrechtlich etwas abzuleiten.



#### Der Autor:

Hon. Prof. Dr. **Georg Schima**, M.B.L.-HSG, LL.M. (Vaduz) ist Rechtsanwalt und Partner der Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG sowie Honorarprofessor an der Wirtschaftsuniversität Wien für Unternehmensrecht und Arbeitsrecht.

#### Publikationen des Autors:

Über 100 Aufsätze und Entscheidungsbesprechungen im Arbeitsrecht, Gesellschafts- und Stiftungsrecht sowie Bank- und Kapitalmarktrecht sowie diverse Bücher, zB: Manager-Dienstverträge 20144 (gemeinsam mit U. Runggaldier); Umgründungen im Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht Aktuell (2004); Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in Kalss/Kunz (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) 309-542.

✉ [georg.schima@ksw.at](mailto:georg.schima@ksw.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Schima/Georg](http://lesen.lexisnexis.at/autor/Schima/Georg)

Foto Cathrine Stukhard

<sup>112</sup> Von *Fuchs* bei seinem Vortrag am 5. 6. 2014 im BMJ zB ganz offen geäußert.