

Praxishandbuch Untreue

Bearbeitet von
Hubert Hinterhofer

1. Auflage 2015 2015. Buch. ca. 232 S. Hardcover

ISBN 978 3 7073 3095 3

Format (B x L): 15,5 x 22,5 cm

Gewicht: 470 g

[Recht > Europarecht , Internationales Recht, Recht des Auslands > Recht des Auslands > Ausländisches Recht: Österreich](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

einandersetzt, welche Voraussetzungen konkret vorliegen müssen, damit ein solches Einverständnis strafbefreiende Wirkung entfaltet (III.). Eine kurze Zusammenfassung (IV.) rundet den Beitrag ab.

II. Grundlagen strafrechtlich relevanter Zustimmung

A. Disponibilität des geschützten Rechtsguts

Eine strafbefreiende Zustimmung des Rechtsgutsträgers setzt allgemein voraus, dass das mittels Zustimmung preisgegebene Rechtsgut disponibel ist.⁷ Nach ganz hM schützt das Delikt der Untreue ausschließlich das Vermögen des Machtgebers; andere Interessen, wie zB das Vermögen der Gläubiger, sind nicht Schutzgegenstand des § 153.⁸ Das Vermögen zählt unbestritten zu den disponiblen Rechtsgütern und unterliegt daher der unbeschränkten Autonomie des Rechtsgutsinhabers.⁹ Somit ist beim Delikt der Untreue eine strafrechtlich beachtliche Zustimmung – verstanden als eine freiwillige Preisgabe des Rechtsguts Vermögen durch den Rechtsgutsträger (hier: der Machtgeber) – grundsätzlich möglich.

B. Tatbestandsausschluss oder Rechtfertigung?

Im nächsten Schritt ist zu klären, welche Wirkung eine strafrechtlich beachtliche Zustimmung des Machtgebers zeitigt. Ist diese dogmatisch als rechtfertigende Einwilligung oder als tatbestandsausschließendes Einverständnis zu werten? Diese Unterscheidung ergibt sich daraus, dass einige Delikte des StGB ein Handeln gegen den Willen des Rechtsgutsträgers voraussetzen; eine wirksame Zustimmung schließt hier bereits den Tatbestand aus. Dieser Umstand wird mitunter im Wortlaut ausdrücklich erwähnt; so setzt § 110 eine medizinische Behand-

7 ZB *Hinterhofer*, Die Einwilligung im Strafrecht (1998) 23; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁴ (2014) E 1 Rz 54.

8 OGH 11 Os 39/05b, 14 Os 96/05g (RS0120455); 12 Os 117/12s (RS0129280); 9 Os 10/76, 10 Os 41/87, 15 Os 211/98 (RS0090782); *Birkbauer/Hilf/Tipold*, Strafrecht Besonderer Teil I² (2012) § 153 Rz 2; *Bollenberger/Wess* (FN 6) 250; *Eckert/Tipold*, Strafbare Sonderdividenden, GES 2013, 59 (68); *Huber*, Die Organuntreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften (2012) 182; *Kirchbacher/Presslauer*, in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2009) § 153 Rz 1; *Kienapfel/Schmoller*, BT II (FN 5) § 153 Rz 12; *Lewisich/Huber* (FN 4) 569; *Kalss* (FN 6) 498; *Pfeifer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (FN 2) § 153 Rz 4; *Plöckinger*, Strafbarkeit wegen Untreue trotz Zustimmung der Gesellschafter, GES 2012, 386; *Rüffler*, Strafrechtliche Untreue und Gesellschaftsrecht, in *Grünwald/Schummer/Zollner* (Hrsg), Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis (2012) 533 (546 f); *Wegscheider*, Strafrecht – Besonderer Teil³ (2009) 268; aM – jedoch ohne Begründung – *Schick*, Strafrechtliche Tatbestände, in *Krejci/Ruppe/Schick* (Hrsg), Unerlaubte Provisionen, Zuwendungen und Vorteile im Straf-, Privat- und Steuerrecht (1982) 15: Untreue schützt auch „das Vertrauen des außenstehenden Dritten“.

9 Siehe *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I⁸ (2012) Kap 16 Rz 7; *Hinterhofer*, Einwilligung (FN 7) 23; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT (FN 7) E 1 Rz 54; *Triffterer*, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil² (1994) Kap 11 Rz 151; *Zipf*, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977, 380.

lung eines anderen „*ohne dessen Einwilligung*“ voraus. Das Erfordernis eines Handelns gegen den Willen des Opfers kann sich aber auch aus der Tathandlung ergeben, wie zB bei § 105 (arg: „*nötigt*“).¹⁰ Bei diesen Delikten bewirkt eine Zustimmung des Rechtsgutsinhabers, dass eben kein Handeln *gegen* dessen Willen vorliegt und somit eine Tatbestandsverwirklichung ausgeschlossen ist. Die Strafbarkeit scheidet also in allen diesen Fällen wegen fehlender Tatbestandsmäßigkeit und nicht wegen der Rechtfertigungswirkung einer Einwilligung aus.

Zu diesen Delikten zählt auch die Untreue gem § 153; denn strafbar ist nur jener Machthaber, welcher seine Vermögensverfügungsbefugnis missbraucht, dh sein rechtliches Dürfen im Innenverhältnis überschreitet. Eine Zustimmung des Machtgebers zu einer bestimmten Rechtshandlung des Machthabers erweitert nun diese Befugnis (das interne Dürfen), wodurch schon begrifflich ein Befugnismissbrauch nicht mehr möglich ist. Folglich führt eine rechtswirksame Zustimmung des Machtgebers zu einer bestimmten Rechtshandlung des Machthabers zum Ausschluss des Untreuetatbestands; diese ist daher als ein tatbestandsausschließendes Einverständnis zu qualifizieren.¹¹

Trotz der grundsätzlichen Unterscheidung von rechtfertigender Einwilligung und tatbestandsausschließendem Einverständnis sind an beide Formen strafbefreiender Zustimmung im Wesentlichen die gleichen Anforderungen zu stellen.¹² Ausschlaggebend dafür sind vor allem die „*identischen Sachprobleme*“¹³; denn sowohl der rechtfertigenden Einwilligung als auch dem tatbestandsausschließenden Einverständnis liegt „*eine freiwillige Rechtsgutspreisgabe*“¹⁴ durch den Rechtsgutsträger zu Grunde.

C. Gegenstand des Einverständnisses

Zu klären ist außerdem, worauf sich bei § 153 ein Einverständnis des Machtgebers beziehen muss, um strafbefreiende Wirkung für den Machthaber zu entfalten. Nach hM wirkt eine Zustimmung bei Erfolgsdelikten (nur) dann straf-

10 Triffterer, AT (FN 9) Kap 11 Rz 153; Kienapfel/Höpfel/Kert, AT (FN 7) E 1 Rz 58; vgl auch Leukauf/Steininger, Kommentar zum Strafgesetzbuch³ (1992) § 3 Rz 34; Seiler, Strafrecht Allgemeiner Teil I² (2011) Rz 429 ff.

11 Artmann, Wirtschaftskriminalität und Gesellschaftsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2008) 246; Bollenberger/Wess (FN 6) 248; Hinterhofer, Einwilligung (FN 7) 10 f.; Kienapfel/Schmoller, BT II (FN 5) § 153 Rz 65, 105; Lewisch, Aktuelles zum Wirtschaftsstrafrecht und zu Wirtschaftsstrafverfahren, in Bundesministerium für Justiz (Hrsg), 41. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2014) 5 (12).

12 Fuchs (FN 9) AT I Kap 16 Rz 3; Hinterhofer, Einwilligung (FN 7) 60; Kienapfel/Höpfel/Kert, AT (FN 7) E 1 Rz 59. – Kleinere Unterschiede sind lediglich bei der Relevanz von Willensmängeln zu konstatieren, die bei den einzelnen Tatbeständen entsprechend angepasst werden müssen (Hinterhofer, Einwilligung [FN 7] 61).

13 Kienapfel/Höpfel/Kert, AT (FN 7) E 1 Rz 59; vgl auch Hinterhofer, Einwilligung (FN 7) 60.

14 Hinterhofer, Einwilligung (FN 7) 60.

befreidend, wenn diese (auch) den tatbestandsmäßigen Erfolg umfasst.¹⁵ Diese Aussage trifft allerdings nur für solche Erfolgsdelikte zu, bei denen es sich um reine Verursachungsdelikte handelt; dies sind Delikte, die keine gesonderte Um- schreibung der Tathandlung im Tatbestand vorsehen, wie zB Körperverletzung nach § 83 („Wer einen anderen am Körper verletzt“).¹⁶ Etwas anderes gilt dagegen bei verhaltensgebundenen Erfolgsdelikten; bei diesen wird die Tathandlung näher umschrieben und damit auf ein bestimmtes Verhalten eingeschränkt (sog Verhaltensbindung).¹⁷ Zu diesen Delikten zählt insb die Untreue gem § 153; denn nicht jede beliebige Vermögensschädigung des Machtgebers (Erfolg), sondern nur eine solche durch Befugnismissbrauch (Tathandlung) verwirklicht den Tat- bestand. Bei diesen Strafbestimmungen ist bereits die (rechtswirksame) Zustim- mung des Rechtsgutsinhabers zu der gesetzlich umschriebenen Tathandlung als strafbefreend zu werten. Die Einwilligung in den tatbestandsmäßigen Erfolg ist folglich hier nicht zusätzlich notwendig.¹⁸

Im Falle der Untreue gem § 153 genügt somit das Einverständnis des Machtge- bers zum *Befugnismissbrauch* durch den Machthaber. Der Machtgeber muss dar- über hinaus nicht auch in die *Vermögensschädigung* einwilligen. Durch das Ein- verständnis des Machtgebers zu einem bestimmten Rechtsgeschäft des Machtha- bers ist der Tatbestand schon deshalb nicht erfüllt, weil die Befugnis des Machthabers – das rechtliche Dürfen im Innenverhältnis – vom Machtgeber ent- sprechend erweitert wurde. Ein *Befugnismissbrauch* durch den Machthaber ist in diesen Fällen begrifflich nicht möglich, da das Dürfen im Innenverhältnis infolge des Einverständnisses des Machtgebers nicht überschritten wird.¹⁹ Dass darüber hinaus eine Vermögensschädigung eintritt, mit welcher der Machtgeber uU nicht einverstanden war, ist für die Beurteilung der Strafbarkeit gem § 153 nicht weiter relevant; denn die Herbeiführung eines Vermögensschadens beim Machtgeber, der nicht auf einen Befugnismissbrauch des Machthabers zurückzuführen ist, be- gründet keine strafbare Untreue nach § 153.

15 Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 90 Rz 20 (2003); Hinterhofer, Einwilligung (FN 7) 53 ff; Kienapfel/Höpfel/Kert, AT (FN 7) E 1 Rz 61; Leukauf/Steininger, StGB (FN 10) § 90 Rz 7; Triffterer (FN 9) AT I Kap 11 Rz 169 f; Zipf (FN 9) 379 (382); aM Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil I¹² (2012) § 90 Rz 1 f; Brandstetter, Aktuelle Probleme des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung, StPdG 21 (1993) 171 ff; Gege- stand der Einwilligung ist nur die Handlung; differenzierend Fuchs (FN 9) AT I Kap 16 Rz 11 ff: Handlung oder Erfolg.

16 Kienapfel/Höpfel/Kert AT (FN 7) Z 29 Rz 20.

17 Kienapfel/Höpfel/Kert AT (FN 7) Z 29 Rz 20.

18 Hinterhofer, Einwilligung (FN 7) 57 f; vgl auch Zipf (FN 9) 382.

19 ZB Lewisch, Wirtschaftsstrafrecht (FN 11) 12; Artmann, Wirtschaftskriminalität (FN 11) 246; Kienapfel/Schmoller, BT II (FN 5) § 153 Rz 65.

III. Voraussetzungen für ein strafbefreiendes Einverständnis

A. Überblick

Ein den Tatbestand der Untreue ausschließendes Einverständnis setzt neben der Disponibilität des Rechtsguts (dazu oben II.A.) zunächst voraus, dass der Zustimmende die grundsätzliche Befugnis hat, über das preisgegebene Rechtsgut zu verfügen (Dispositionsbefugnis); da es im vorliegenden Zusammenhang um die Frage der Wirksamkeit eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses geht (siehe oben II.B.), wird diese Befugnis im Folgenden als Einverständnisbefugnis bezeichnet (unten III.B.). Ferner muss der Zustimmende aufgrund seiner individuellen Beschaffenheit konkret dazu fähig sein, ein Einverständnis auszusprechen – Einverständnissfähigkeit; da Personengesellschaften diesbezüglich keine Besonderheiten im Vergleich zu natürlichen Personen aufweisen, wird die Einverständnissfähigkeit ausschließlich bei Kapitalgesellschaften einer näheren Prüfung unterzogen (unten III.C.). Ein Einverständnis ist außerdem nur dann rechtswirksam, wenn es frei von Willensmängeln erteilt wurde (unten III.D.). Schließlich muss die Zustimmung auch rechtzeitig abgegeben worden sein – nachträgliche Genehmigungen entfalten keine tatbestandsausschließende Wirkung (unten III.E.).

B. Einverständnisbefugnis

Grundlegende Voraussetzung für ein wirksames Einverständnis ist die Einverständnisbefugnis der zustimmenden Person. Der Zustimmende muss also dazu befugt sein, über das preisgegebene Rechtsgut zu verfügen. Diese Befugnis kommt dem Inhaber des geschützten (disponiblen) Rechtsguts zu.²⁰ Soweit eine natürliche Person Rechtsgutsinhaber ist, ist diese dazu befugt, ein tatbestandsausschließendes Einverständnis abzugeben. In den hier zu behandelnden Fällen tritt aber eine Gesellschaft als Rechtsgutsträger auf. Die Frage ist daher, wer in diesem Fall befugt ist, ein strafrechtlich wirksames Einverständnis auszusprechen. Dabei ist grundlegend danach zu differenzieren, ob es sich um eine Kapitalgesellschaft (1) oder um eine Personengesellschaft (2) handelt. Gesonderter Betrachtung zuzuführen ist schließlich der Spezialfall einer Einpersonengesellschaft (3).

1. Kapitalgesellschaften

a) Gesellschaftsrechtsakzessorische Betrachtung

Nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regeln können Zustimmungserklärungen für eine Gesellschaft von den dazu berufenen Vertretungsorganen,

20 Hinterhofer, Einwilligung (FN 7) 70.

also den Geschäftsführern bei der GmbH bzw dem Vorstand bei der AG, erfolgen; da es in den vorliegenden Konstellationen aber gerade um ein Einverständnis in deren Verhaltensweisen geht, muss es zu einer Verlagerung der Zuständigkeit für eine derartige Zustimmung kommen.²¹ In der Literatur hat sich die Ansicht verbreitet, dass (nur) alle Gesellschafter zusammen dazu berechtigt sind, eine strafbefreiende Zustimmung zu Rechtshandlungen des Geschäftsführers (Vorstands) zu erteilen, die an sich von seiner ursprünglichen Vermögensvertretungsbefugnis nicht umfasst sind. Voraussetzung für ein den Tatbestand der Untreue ausschließendes Einverständnis sei also ein einstimmiges Vorgehen der Gesellschafter (*Einstimmigkeitsfordernis*).²² Nach dieser Auffassung sind nur alle Gesellschafter zusammen als „wirtschaftlich Berechtigte der Gesellschaft“²³ dazu befugt, mit strafbefreiender Wirkung das rechtliche Dürfen des Geschäftsführers im Innenverhältnis auszudehnen.²⁴ Für diese Position spricht, dass die Gesellschafter „in Bezug auf die Gesellschaft ultimativ vermögensberechtigt“ sind, weil sie die Gesellschaft jederzeit liquidieren können.²⁵

Diese Ansicht ist allerdings für Kapitalgesellschaften zu eng gefasst, weil sie sich zu wenig am geltenden österreichischen Gesellschaftsrecht orientiert; denn nicht nur alle Gesellschafter zusammen können den Willen der Kapitalgesellschaft rechtswirksam bilden, sondern auch die dazu berufenen Organe der Gesellschaft. „Oberstes Willensbildungsorgan“²⁶ einer jeden Kapitalgesellschaft ist die Gesellschafterversammlung (Generalversammlung/Hauptversammlung). Schon diese Ausgangsposition spricht dafür, der Gesellschafterversammlung die Kompetenz einzuräumen, einer Rechtshandlung des Geschäftsführers/Vorstands mit strafbefreiender Wirkung zuzustimmen.²⁷ Es ist kein Grund ersichtlich, warum die formalen Vorgaben, die das Gesellschaftsrecht für eine wirksame Willensbildung innerhalb einer Kapitalgesellschaft vorsieht, nicht auch für das Strafrecht beachtlich sein sollen. Man könnte also plastisch von einer „Gesellschaftsrechtsakzessorietät“ der Einverständnisbefugnis bei der Untreue sprechen.

b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Für eine Einverständnisbefugnis der Generalversammlung spricht bei der GmbH neben der bereits unter a) vorgetragenen Ausgangsposition vor allem deren Kom-

21 Lewisch/Huber (FN 4) 569.

22 ZB Artmann, Wirtschaftskriminalität (Fn 11) 251; Eckert/Tipold (FN 8) 59 (68 f); Plöckinger (FN 8) 387; Rüffler, Untreue (FN 8) 545 f.

23 Lewisch, Wirtschaftsstrafrecht (FN 11) 13.

24 Artmann, Wirtschaftskriminalität (FN 11) 252 f; Eckert/Tipold (FN 8) 68 f; Plöckinger (FN 8) 385; Rüffler, Strafrechtliche Untreue (FN 8) 533.

25 Lewisch, Wirtschaftsstrafrecht (FN 11) 13; Bollenberger/Wess (FN 5) 249.

26 Huber, Organuntreue (FN 8) 180 f; Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht² (2011) 259; Toijl, Verdeckte Gewinnausschüttung im Allgemeinen Strafrecht und im Bilanzstrafrecht, in Leitner (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung (2009) 225 (248).

27 Überzeugend Huber, Organuntreue (FN 8) 180 f.

petenz zur Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers sowie jene zur Begrenzung seines Dürfens im Innenverhältnis (§§ 15 Abs 1, 16 Abs 1, 20 Abs 1 GmbHG).²⁸ Neben der Bestellung des Geschäftsführers besitzt die Generalversammlung auch die Kompetenz, eine dem Geschäftsführer eingeräumte Befugnis später durch Beschluss einzuschränken bzw sogar ganz zu entziehen (siehe § 20 Abs 1 GmbHG).²⁹ Die Generalversammlung kann ferner ein verbindliches Verbot aussprechen, ein bestimmtes Rechtsgeschäft durchzuführen.³⁰ Wenn nun die Generalversammlung den Geschäftsführer überhaupt erst bestellen, diesen abberufen sowie dessen Befugnisgrenzen im Einzelnen abstecken kann, ist es nicht einsichtig, warum dasselbe Organ nicht auch in eine bestimmte Rechtshandlung des Geschäftsführers einwilligen und somit dessen Dürfen im Innenverhältnis erweitern können soll.

Schließlich ist auch auf die Bestimmungen zur Liquidation der Gesellschaft hinzuweisen. Tatsächlich obliegt es nicht nur *allen* Gesellschaftern gemeinsam, die Gesellschaft nach Belieben zu liquidieren. Vielmehr kann auch die Generalversammlung die Gesellschaft durch einen Mehrheitsbeschluss liquidieren (§ 84 Abs 1 Z 2 GmbHG).³¹ Einem Organ, das die Gesellschaft als Rechtssubjekt mittels Liquidation rechtsgültig „vernichten“ kann, muss zugleich die Kompetenz obliegen, auf den strafrechtlichen Schutz des § 153 für die Gesellschaft rechtswirksam zu verzichten.³²

Für die Beschlussfassung einer Generalversammlung ist in den meisten Fällen schon eine einfache Mehrheit (mehr Ja- als Neinstimmen) ausreichend.³³ Sofern also das Gesellschaftsrecht solche Beschlüsse als willensbildend qualifiziert, spricht nichts dagegen, auch für die strafrechtliche Relevanz eines Einverständnisses im Rahmen der Untreue Mehrheitsbeschlüsse ausreichen zu lassen. Nicht nur sämtliche Gesellschafter zusammen sind also „ultimativ berechtigt“, den Willen der Gesellschaft zu bilden; auch einer fehlerfrei einberufenen und mit Mehrheitsbeschluss entscheidenden Generalversammlung kommt dieses Recht zu.

Für ein tatbestandsausschließendes Einverständnis im Rahmen der Generalversammlung einen einstimmigen Beschluss zu fordern, könnte demgegenüber nicht überzeugen. Denn wenn die Generalversammlung mit einfacher Mehrheit ein Verbot einer bestimmten Rechtshandlung des Geschäftsführers beschließen kann, muss dasselbe auch für eine Erweiterung der Kompetenzen gelten. Schließ-

28 Zum Ganzen näher Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht (FN 26) 227, 235, 262.

29 Siehe Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht (FN 26) 235.

30 Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht (FN 51) 235; Arnold/Pampel in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG Kommentar (2014) § 20 Rz 25.

31 Gelter in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG Kommentar (2014) § 84 Rz 8 f.

32 Siehe Lewisch/Huber (FN 4) 571.

33 Harrer, GmbHG (FN 50) § 39 Rz 9.

lich genügt sogar für die Liquidation der Gesellschaft ein Mehrheitsbeschluss.³⁴ In Anbetracht dessen wäre es nicht einsichtig, für ein Einverständnis in eine konkrete Rechtshandlung des Geschäftsführers ein anderes Zustimmungsquorum zu verlangen.

Diese Ausführungen gelten ausschließlich für die Beschlussfassung in einer ordnungsgemäß einberufenen Generalversammlung; denn nur unter dieser Voraussetzung kann ein Mehrheitsbeschluss den Willen der Gesellschaft repräsentieren. Außerhalb einer formellen Gesellschafterversammlung muss freilich ein einstimmiges Vorgehen der Gesellschafter vorliegen, um ein strafrechtlich beachtliches Einverständnis annehmen zu können, das der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern zuzurechnen ist.³⁵

Sollten die Entscheidungsbefugnisse im Rahmen einer Gesellschafterversammlung durch Gesellschaftsvertrag oder Geschäftsordnung abweichend von den gesetzlichen Vorgaben individuell ausgestaltet sein, ist dies auch für die Frage der Einverständnisbefugnis maßgebend. Insofern bedarf es also jeweils einer Überprüfung der konkreten gesellschaftsrechtlichen Ausgangslage im Einzelfall.

Somit kann – unbeschadet einer abweichenden Ausgestaltung der Zustimmungsbefugnisse in Gesellschaftsvertrag oder Geschäftsordnung – ein den Tatbestand der Untreue ausschließendes Einverständnis insgesamt entweder durch die Zustimmung aller Gesellschafter oder durch einen rechtswirksamen Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung ergehen. Wenn also alle an einer GmbH beteiligten Gesellschafter oder aber die Mehrheit der Gesellschafter innerhalb der Generalversammlung einem bestimmten Rechtsgeschäft des Geschäftsführers zustimmen, ist dieser selbst dann nicht wegen Untreue zu bestrafen, wenn das betreffende Rechtsgeschäft zu einem Vermögensnachteil für die GmbH führt.³⁶ Denn die Machtgeberin – die Gesellschaft – hat in dieser Konstellation ein wirkungsmäßiges strafbefreiendes Einverständnis ausgesprochen.

c) Aktiengesellschaft

Für die Aktiengesellschaft gilt das Gleiche wie für die GmbH. Unbestreitbar sind alle Aktionäre gemeinsam dazu berechtigt, ein tatbestandsausschließendes Einverständnis auszusprechen, was freilich bei großen Publikumsgesellschaften mit einer Vielzahl von Aktionären³⁷ praktisch kaum erreichbar sein wird. Darüber hinaus kann aber auch die Hauptversammlung mittels Mehrheitsbeschluss eine solche Zustimmung abgeben; denn aus der Unterscheidung zwischen der Hauptversammlung der AG und der Generalversammlung der GmbH ergibt sich keine

34 Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht (FN 26) 303.

35 Huber, Organuntreue (FN 8) 182.

36 Huber, Organuntreue (FN 8) 181 f.

37 Die noch dazu im Regelfall relativ häufig wechseln.

Abweichung bei der Einverständnisbefugnis. Zwar ist es richtig, dass die Hauptversammlung – anders als die Generalversammlung bei der GmbH – kein weitreichendes Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand besitzt. Dennoch bildet die Hauptversammlung als Repräsentantin der Aktionäre den Willen der AG. Sie hat in dieser Hinsicht also die gleiche Kompetenz wie die Generalversammlung der GmbH.³⁸ In Bezug auf die Befugnis zur Erteilung eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses kann demnach kein Unterschied zwischen den Gesellschaftsformen festgemacht werden; denn im „*Strafrecht geht es nicht um die Corporate-Governance-Struktur der jeweiligen Gesellschaftsform, sondern darum, dass die Einwilligung desjenigen, dessen Interessen der jeweilige Straftatbestand zu schützen bestimmt ist, die Strafbarkeit ausschließt*“.³⁹

Festzuhalten bleibt somit, dass alle Aktionäre gemeinsam als die wirtschaftlich Berechtigten an der Gesellschaft ein tatbestandsausschließendes Einverständnis zu einer Rechtshandlung des Vorstandes abgeben können. Darüber hinaus kommt diese Befugnis aber auch der mit Mehrheitsbeschluss entscheidenden Hauptversammlung als Repräsentantin der Aktionäre zu.⁴⁰ Sollten freilich die Entscheidungsbefugnisse im Rahmen einer Hauptversammlung durch die Satzung abweichend von den gesetzlichen Vorgaben individuell ausgestaltet sein, ist dies auch für die Frage der Einverständnisbefugnis maßgebend. Insofern bedarf es also jeweils einer Überprüfung der konkreten aktienrechtlichen Ausgangslage im Einzelfall.

2. Personengesellschaften

Ein Befugnismissbrauch und eine damit verbundene Verwirklichung des § 153 sind auch im Rahmen einer Personengesellschaft möglich. Auch bei diesen Gesellschaftsformen (OG, KG) ist eine Fremdorganschaft denkbar. Obwohl grundsätzlich alle an der Personengesellschaft beteiligten Personen (bei KG: nur Komplementäre) zur Geschäftsführung berechtigt und sogar dazu verpflichtet sind, kann im Gesellschaftsvertrag einem oder mehreren Gesellschaftern die Geschäftsführung übertragen werden.⁴¹

Im Unterschied zu den Kapitalgesellschaften haben diese Gesellschaftsformen aber keine willensbildenden Organe bzw. Organe, welche die Gesamtheit der Gesellschafter repräsentieren.⁴² Soll also im Rahmen einer Personengesellschaft ein tatbestandsausschließendes Einverständnis erklärt werden, kann ein solches nur dann strafrechtlich wirksam sein, wenn alle Gesellschafter der betreffenden Rechtshandlung des Machthabers zustimmen. Stimmt nur eine Mehrheit dafür,

38 Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht (FN 26) 354 f.

39 Eckert/Tipold (FN 8) 69.

40 Huber, Organuntreue (FN 8) 183.

41 Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht (FN 26) 121.

42 Vgl Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht (FN 26) 117 ff.

liegt auf Grund der fehlenden Dispositionsbefugnis der Mehrheitsgesellschafter kein strafbefreiendes Einverständnis vor.⁴³

3. Sonderfall Eipersonengesellschaften

Wenn eine Gesellschaft aus nur einem einzigen Gesellschafter besteht (Eipersonengesellschaft), der gleichzeitig als Geschäftsführer fungiert (Alleingeschäftschafter-Geschäftsführer), stellt sich die Frage, ob dieser überhaupt das Delikt der Untreue begehen bzw. inwiefern eine Zustimmung rechtliche Relevanz entfalten kann.

Eine Gesellschaft ist grundsätzlich als eigenständiges Rechtssubjekt einzustufen, das auch über eigenes Vermögen verfügt.⁴⁴ Darüber hinaus ist die Gesellschaft als Machtgeber zu qualifizieren. Der Fall der Eipersonengesellschaft ist dabei insoweit speziell, als hier dieselbe Person sowohl als Machthaber als auch als Machtgeber auftritt; denn auch wenn formal gesehen die Gesellschaft als juristische Person der Machtgeber ist, bildet doch der Alleingeschäftschafter das willensbildende Organ der Gesellschaft. Sein Wille ist folglich ident mit jenem der Gesellschaft. Eine Strafbarkeit wegen Untreue iS des § 153 ist also schon deshalb ausgeschlossen, weil beim Alleingeschäftschafter-Geschäftsführer ein Überschreiten seines internen Dürfens nicht möglich ist: Jede Handlung des alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführers geschieht mit dessen impliziter Zustimmung.⁴⁵ Auf die formale Einberufung einer Gesellschafterversammlung, die nur aus diesem einen Gesellschafter besteht, kann es dabei nicht ankommen.

Der OGH⁴⁶ geht noch einen Schritt weiter. Obwohl er anerkennt, dass bei der Untreue nur ein Schaden der Gesellschaft als rechtsfähiges Subjekt ausschlaggebend ist und nicht ein Schaden, den die Gesellschafter erleiden, hebt er diese Unterscheidung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft bei Eipersonengesellschaften auf. Im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise setzt er das Vermögen des Alleingeschäftsführers mit jenem der Gesellschaft gleich. Dies hat zur Folge, dass der Alleingeschäftschafter-Geschäftsführer jeden Vermögensnachteil, den er der Gesellschaft zufügt, letztlich ausschließlich sich selbst zufügt. So mit ist der Schaden nicht bei einem „anderen“ eingetreten und der Tatbestand des § 153 nicht erfüllt. Vielmehr handelt es sich hierbei um eine straflose Selbstschädigung.⁴⁷

43 Siehe *Hinterhofer*, Einwilligung (FN 7) 82.

44 *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht (FN 26) 205.

45 *Huber*, Organuntreue (FN 8) 153.

46 OGH 10 Os 170/80; 13 Os 55/12f.

47 OGH 10 Os 170/80; 13 Os 55/12f; *Huber*, Organuntreue (FN 8) 165; vgl auch *Rüffler*, Strafrechtliche Untreue (FN 8) 545 f.