

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirnbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer

Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

Juli 2016

13

577 – 624

Aktuelles

25. Forum der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte
vom 20. bis 23. 6. 2016 in Walchsee ➔ 577

Beiträge

Schadenersatzverjährung: Kann aus dem Gesetz eine Nachforschungsobliegenheit abgeleitet werden?

Max Leitner ➔ 581

Verfassungsgerichtlicher Persönlichkeitsschutz
im Untersuchungsausschuss Matthias Zufner ➔ 586

Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes
und Wirtschaftsstrafverfahren Eckart Ratz ➔ 592

Evidenzblatt

Absonderungsrechte: Begrenzung durch den Verkehrswert
Andreas Konecny ➔ 598

Primär- und Folgeschaden beim Fremdwährungskredit
Fabian Liebel ➔ 606

Umgehungsverbot zum Schutz von Aussageverweigerung ➔ 618

Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes und Wirtschaftsstrafverfahren

ÖJZ 2016/83

§§ 22, 292 StPO;
§ 153 StGB

OGH 30. 1. 2014,
12 Os 117/12 s,
118/12 p

Prozess-
ökonomie;

Beschleunigung;

Wirtschafts-
strafrecht;

Rechtssätze

Die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ist ein zuweilen in seiner Tauglichkeit zu gering geschätztes Steuerungsinstrument im Interesse des Staates in der Rechtspflege (§ 22 StPO). Es eignet sich besonders zu rechtzeitiger Strukturierung komplexer Großverfahren und zur Vermeidung unnötiger „Kriminalisierung“.¹⁾

Von Eckart Ratz

Inhaltsübersicht:

- A. Problemstellung
- B. Methodisch geleitetes Vorgehen
 - 1. Korruption
 - 2. Wirtschaftsstrafrecht
- C. Kleintaktischer versus strategischer Einsatz der Wahrungsbeschwerde
- D. Verständniswilligkeit des OGH
- E. Gelungene Klärung beim Maßnahmenvollzug
- F. Darf die Generalprokuratur gegen ihre Auffassung Beschwerde führen?

A. Problemstellung

Jede Prozessordnung ist ein Kompromiss: richtiges Ergebnis in möglichst geringer Zeit und zu möglichst niedrigen Kosten.²⁾ Daher muss ganz genau auf das richtige Verhältnis von Aufwand (Kosten, Zeit) zu Erfolg (richtiges Ergebnis) geachtet werden. Der OGH macht das, indem er dem das Verfahren führenden Richter die Verfahrensführung so leicht wie rechtsstaatlich möglich macht, umgekehrt den Parteien – nur, aber immerhin – die Mittel in die Hand gibt, den Richter auf dem Pfad der prozessualen Tugend zu halten, Mittel, diesen über Gebühr von der direkten Suche nach materieller Wahrheit abzulenken, hingegen vorenthält.

Der Richter soll sich ganz gezielt darauf konzentrieren können, die Wahrheit über das historische Geschehen herauszufinden. Voraussetzung dafür ist das Herausarbeiten der entscheidenden Tatsachen, eines

möglichst knapp und klar formulierten Rechtssatzes, welcher die Tatumstände enthält, die für einen Schuldspruch bejaht oder verneint werden müssen. Dem OGH ist es nach Einschätzung vieler nicht zuletzt in den letzten Jahren gelungen, die praktisch bedeutsamen prozessual „entscheidenden Tatsachen“ exakt zu definieren und damit die Voraussetzungen für einen reibungsfreien und zugleich grundrechtlich unbedenklichen Strafprozess zu schaffen. *Lewisch* hat die Erneuerungs-Rsp als „goldenen Schlussstein“ im formellen Rechtsschutzsystem der StPO bezeichnet.³⁾

Es geht hier nur mehr darum, durch Ausbildung sicherzustellen, dass die am Prozess Beteiligten auch ganz genau die Anordnung der Räume, die Stiegenhäuser und Lifte, Küchen und Keller des Gebäudes verinnerlichen, um, wenn es darauf ankommt, gezielt und schnell das Richtige zu tun. Manchmal verhärten sich auch innerhalb des OGH die Fronten. Wenn die unterschiedlichen Positionen aber klar definiert werden, ist ein zielgenauer Dialog darüber möglich. Bei verhärten Fronten innerhalb des Gremiums kann sogar der Gesetzgeber wie mit einem Laser eingreifen und das

1) Vortrag, gehalten bei der von *Peter Lewisch* veranstalteten Jahrestagung Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015, mit freundlicher Genehmigung des NWV-Verlags, wo er im Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015 erscheint. Rechtsänderungen durch das StRAG 2015 sind nicht berücksichtigt, die Vortragsform wurde beibehalten.

2) Instrukтив *Lewisch*, Quo vadis Strafprozessreform? Reform des Rechtsmittelverfahrens, des Hauptverfahrens oder beider Verfahrensabschnitte? in FS Fuchs (2014) 309.

3) *Lewisch*, Der Zugang zum OGH in Strafsachen aus anwaltlicher Sicht, in *Kodek* (Hrsg), Zugang zum OGH (2012) 139 (146).

Problem punktgenau lösen. Geschehen zuletzt in der Frage, ob von einer späteren Partei bestellte und angeleitete Sachverständige in der Hauptverhandlung ohne gravierenden Fairnessverstoß verwendet werden dürfen, wenn die andere Partei ihrerseits keine Sachverständigen einbringen darf. Hier ist das Parlament aus ganz eigener Initiative auf den Plan getreten und hat eine Lösung getroffen, die eindeutig gegen die Position zweier Senate des OGH gerichtet war, zugleich aber – gegen die Entscheidung zweier anderer Senate – sicherstellt, dass die Verfahrenseffizienz nicht beeinträchtigt wird: Fairness und Effizienz sind mit der seit heuer geltenden Regelung gesichert.⁴⁾

An dieser prozessualen Kernfrage kann man festmachen, wie fruchtbar der Dialog nicht nur innerhalb der Akteure eines Systems selbst, sondern systemübergreifend, hier: staatsgewaltenübergreifend, sein kann. Innerhalb des Strafrechtssystems selbst ist so ein Dialog – international gesehen – zumeist nur dann möglich, wenn Verfahren abgeschlossen und die richtigen Punkte in Rechtsmitteln an das Höchstgericht herangetragen wurden. Denn Höchstgerichte, wie überhaupt Gerichte, können – etwas verallgemeinert gesagt – nicht von sich aus initiativ werden, können nur auf ganz konkret abgezielte Fragen antworten, wenn sie sich nicht dem berechtigten Vorwurf von unangebrachtem „judicial activism“ aussetzen wollen.

Was die gesetzlichen Möglichkeiten anlangt, ist Österreich allerdings eine Insel der Seligen. Bei uns hat nämlich die Generalprokuratur ein Steuerungsinstrument in der Hand, das ihr ungeheure Gestaltungsmacht verleiht; die Macht, jede wichtige Strukturfrage zu jeder Zeit ganz transparent und rasch dem Höchstgericht vorzulegen und so zB gleich zu Beginn von Massenphänomenen einerseits und hochverschachtelten Wirtschafts- und Korruptionsverfahren andererseits mithilfe just des Höchstgerichts das zu tun, worauf es ankommt, nämlich die rechtlich entscheidenden Fragen zu klären.

B. Methodisch geleitetes Vorgehen

Um erkenntnistheoretisch weiterzukommen, ist es wichtig, aus oft weitwendigen Texten die entscheidenden Aussagen zu isolieren, möglichst knappe Rechtsätze zu bilden, unter Umständen vom bisher Gewohnten abweichende Aussagen des OGH genau auf den Punkt zu bringen. Seit dem ausgehenden Mittelalter verwendet man dazu den sog *Ockham'schen* Razor. Man schneidet konsequent alles weg, was nichts Neues (und in der Alltagspraxis noch wichtiger: alles, was bei Licht betrachtet gar nichts) sagt, und bildet so den Rechtssatz. Ein ganz praktisches Hilfsmittel, um zu erkennen, ob man die Methode auch richtig und konsequent angewendet hat, ist ein Blick auf dessen Länge. Ist er – sagen wir – mehr als fünf Zeilen lang, hat man es idR nicht geschafft (man nennt das einen pragmatischen Paralogismus). Der Rechtssatz ist dann oft nicht falsch, aber an den Knochen des Rechtssatzes hängen noch Eiweißfasern, die den Blick auf die wirkliche Aussage behindern. Redundanzen, sogenannte logische Zirkel oder Pleonasmen sind häufige Ursache: Be-

rühmt ist die idS nichtssagende Aussage des Reichsgerichts, wonach eine Eisenbahn eine Bahn von Eisen sei.

1. Korruption

Und jetzt sehe ich, dass seit Jahren die Zeitungen voll sind mit Unklarheiten über die strafrechtlichen Korruptionsbestimmungen, etwa die Fragen,

- ob Schuldirektoren sich strafbar machen, wenn sie just jenem Fotografen die Anfertigung von Maturafotos in den Schulräumen gestatten, welcher der Schule ein sonst nicht vorhandenes Arbeitsgerät kauft,
- ob Lehrer sich strafbar machen, die Schiwochen organisieren, wenn sie ein paar Tageskarten zur Erkundung dafür in Frage kommender Schigebiete annehmen,
- ob Müllmänner sich strafbar machen, wenn sie gegen einen Obulus mehr Müll mitnehmen, als sie eigentlich dürfen.

Zugleich stelle ich fest, dass unser eigens deswegen bereits vor mehreren Jahren eingerichteter Fachsenat für strafbare Verletzungen der Amtspflicht, Korruption und verwandte strafbare Handlungen noch keine Gelegenheit bekommen hat, auf eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes hin auch nur eine solche oder ähnliche Frage zu beantworten. Stattdessen werden von vielen Staatsanwälten gegen viele bislang unbescholtene Bürger unter lebhafter medialer Beteiligung mit großem Aufwand die Einzelheiten der verschiedenen Fälle unter maßgeblicher Beteiligung vieler Kriminalbeamter ermittelt. Dabei klagen wir nachhaltig über Personalmangel, entnehme ich jüngsten Pressemeldungen, dass nicht weniger als **ein Drittel aller in der WKStA anhängigen Fälle das Korruptionsstrafrecht betreffen**.⁵⁾

2. Wirtschaftsstrafrecht

Jüngst wurde von SPÖ und ÖVP ein Initiativantrag zur Änderung des Untreuetatbestands eingebracht und von Spitzen der Interessenvertretungen der Wirtschaft nachhaltig begrüßt. Im Wesentlichen zielt er darauf ab, hintanzuhalten, „Untreue als Auffangtatbestand für alles und jeden“ zu verwenden, wie es der Präsident der Industriellenvereinigung auf den Punkt gebracht hat.⁶⁾

Wenn sich die Rsp tatsächlich verändert hätte und just deshalb Ängste vor dem Strafrichter entstanden wären, müsste man ganz dringend den Versuch unternehmen, die Änderung genau auf den Punkt zu bringen, um ein Urteil darüber zu ermöglichen, ob sie weiterhin Geltung beanspruchen soll oder nicht. Hielte der OGH eine solcherart genau angesprochene Änderung für richtig, wüsste man im politischen Diskurs über eine etwaige Kurskorrektur auf Gesetzesebene genau, worüber man spricht. Das kann man checks and

4) StPÄG 2014: NR-Beschluss 10. 7. 2014; kundgemacht 11. 8. 2014 – BGBl I 2014/71; erstmalige Normanfechtung durch OGH 16. 9. 2014, 11 Os 26/14 d und Urteil des VfGH 10. 3. 2015, G 180/2014 ua. Zur Veränderung durch das StPÄG 2015 s Ratz, Was gilt mit Inkrafttreten des StPÄG 2015 für Sachverständige im Strafprozess? ÖJZ 2015, 835.

5) Wr Zeitung 19. 2. 2015.

6) Wr Zeitung 14. 4. 2015.

balances im demokratischen Rechtsstaat nennen, funktionierende Gewaltenteilung, Aufeinander-Eingehen der Staatsgewalten bei voller Respektierung der Trennung, mit anderen Worten der richterlichen Unabhängigkeit. Produziert die Rsp verwaschene Rechtssätze oder macht man sich nicht die Mühe, den an sich erkennbaren Inhalt der Rechtssätze herauszuschälen, ist dieser Dialog nicht möglich. Frustration und zielloses Agieren beider Seiten sind die Folge. Denn zielgerichtetes Agieren setzt das genaue Erkennen des Ziels (hier des sozusagen nackten Rechtssatzes) zwingend voraus. Zielloses Handeln ist nicht nur frustrierend, sondern verschlingt auch Ressourcen; Ressourcen, deren Knappheit gerade wir in der Justiz ständig und lautstark bedauern.

Etwas bloß von anderen zu verlangen ist leicht. Man sollte zumindest einen Versuch zur Diskussion stellen, wie man es machen könnte. Nun denn: Wenn ich nicht ganz falsch liege, gibt es zur Untreue drei Themenkreise, nämlich

- den Zeitpunkt des Schadenseintritts,
- Darlehensgewährung an dubiose Schuldner und die nötigen Sicherheiten und
- die Libro-Entscheidung unseres 12. Senats.⁷⁾

Zu den beiden ersten Punkten hat sich schlicht gar nichts geändert:⁸⁾

- Ob der effektive Verlust von Vermögenssubstanz erwartete Gewinne mit einbeziehen soll oder nicht, wird in Deutschland und Österreich auf der Grundlage eines Rahmenbeschlusses des Rates aus 2003⁹⁾ ganz gleich beantwortet. Wer also zB „schwarze Kassen“ bildet, schädigt das Unternehmen, indem er das Geld aus dessen Gesichtsfeld und damit völlig verschwinden lässt. Das kann man politisch für richtig halten oder nicht. Der Richter hat zu Gesetzen gewordene Entscheidungen der Politik zu re-spektieren.¹⁰⁾ Die angebliche Verunsicherung resultiert aus dieser seit jeher gewählten Gesetzesauslegung sicher nicht.

- Wer einem als höchst dubios erkannten Schuldner bloß deshalb einen Millionenkredit gewährt und auszahlt, weil ein Landeshauptmann formlos mitteilt, dass sein Land dafür gerade stehen wird, handelt nicht mit der vom Gesetz ausdrücklich verlangten „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“. ¹¹⁾ Dazu muss man nicht lange studieren und mit einer Annäherung an Fahrlässigkeitshaftung hat das nichts zu tun. Man muss nur das aus der Methodenlehre bekannte Drei-Bereiche-Modell mit klaren Pro und Kontra-Kandidaten und fraglichen Kandidaten anwenden: Ein klarer Pro-Kandidat!

Auch hier also keine Abweichung, und die Styrian-Spirit-Entscheidung des 11. Senats wird denn auch in allen fachlichen Analysen für zutreffend gehalten. Also bisher kein Grund für Verunsicherung, keine plötzlich ungeklärte Lage, die strafrechtlich unbedenkliche wirtschaftliche Entscheidungen erschwert. Von „redlichem Scheitern“ kann hier keine Rede sein.¹²⁾

Bleibt die Libroentscheidung des 12. Senats.¹³⁾

Es ging dort unbestritten um nach § 52 AktG verbotene Einlagenrückgewähr. Wann verbotene Einlagenrückgewähr vorliegt, ergibt sich klar aus einschlägi-

ger zivilrechtlicher Judikatur des OGH. Wenn es gerade die Untreuejudikatur der Strafsenate ist, welche „die Wirtschaft“ verunsichert haben soll, sind die für verbotene Einlagenrückgewähr entscheidenden Tatsachen nicht weiter klärungsbedürftig. Just verbotene Einlagenrückgewähr soll aber der Verurteilung wegen Untreue zugrunde liegen.

Ein **Zwischenresümee** für diejenigen, die durch die OGH-Rsp die Möglichkeit zu gesicherter wirtschaftlicher Planung in Frage gestellt sehen, lässt sich übrigens bereits hier ziehen: Wenn man sich an die Regeln hält, die das Gesellschaftsrecht aufstellt, kann man ohne Angst vor dem Strafrichter planen. Denn ein Verstoß gegen das Verbot von Einlagenrückgewähr wurde von den Tatrichtern offenbar unbestritten festgestellt.

Hält man sich an die Vorgaben des Gesellschaftsrechts, gab und gibt es nach Maßgabe der Rsp des OGH in Strafsachen nicht das geringste Problem. Selbst diejenigen besorgten wirtschaftlichen Planer, denen offen zutage liegende Strafbarkeit nach § 255 AktG als eine Art Kavaliersdelikt sozusagen vernachlässigbar erscheint, können beruhigt schlafen – **volle Entwarnung!**

Man kann noch einen Schritt weiter gehen: Folgt man denjenigen, welche meinen, das Verbot von Einlagenrückgewähr diene neben dem Gläubigerschutz auch dem Bestandschutz der Gesellschaft als solcher (also nicht bloß der gerechten Verteilung unter den Anteilseignern), hat auch mit Untreue kein Problem, falls einmal Strafbarkeit wegen betrügerischer Krida ausscheidet und das – jedermann in die Augen fallende – Bilanzdelikt wegen Verjährung nicht greift; dann ist Einlagenrückgewähr nämlich absolut verboten und

7) 12 Os 117/12 s, 118/12 p.

8) Mir geht es hier nur um das prozessuale Vorgehen. Zur inhaltlichen Richtigkeit von Lösungen materiellrechtlicher Fragen nehme ich bewusst nicht Stellung. Ich nehme die getroffenen Lösungen vielmehr als Faktum (mit anderen Worten: geltend) hin.

9) Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates v 22. 7. 2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor.

10) Ob die Gelder dann doch – verdeckt – zum Nutzen des Unternehmens eingesetzt werden oder sogar um einen sonst nicht erzielbaren Gewinn vermehrt zurückfließen, ändert nichts mehr an der Erfüllung des Tatbestands, kann allenfalls als tätige Reue die bereits eingetretene Strafbarkeit beseitigen oder als Milderungsgrund von Schadensgutmachung bloß zu einer milderen Bestrafung führen. Diese Rsp kennt der Gesetzgeber genau. Er kann das Ergebnis jederzeit ändern, sozusagen vor den Klammerausdruck, der da lautet: „Bereits Nichtverbuchung von Vermögen bedeutet dessen effektiven Verlust und damit Schadenseintritt in der Höhe des auf diesen Zeitpunkt bewerteten Vermögens.“ statt des von der Rsp gesetzten „Es gilt“ schreiben: „Es gilt nicht“.

11) Aber genau das verlangt § 84 Abs 1 AktG, mit anderen Worten „das Gesetz“, von ihm: Gegenteiliges Verhalten ist also Fehlgebrauch von Befugnis iSd § 153 StGB und wer das weiß, handelt bewusst missbräuchlich. Will er die Auszahlung des Kredits, ist der Tatbestand also erfüllt.

12) So die Abgeordnete *Steinacker* zur Begründung des geplanten Initiativantrags zwecks Änderung des Untreuetatbestands (lt *WR Zeitung* 14. 4. 2015).

13) Dazu und ganz generell ist **mit Nachdruck zu betonen**, dass es mir hier nicht um eine wissenschaftlichen Anforderungen genügende Abhandlung gesellschaftsrechtlicher und materiell-strafrechtlicher Fragestellungen, vielmehr allein darum geht, holzschnittartig anhand dieses Beispielsfalls die Möglichkeiten der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes beim Generieren von Rechts-sätzen zu demonstrieren. Ich habe daher auch auf Angaben hinsichtlich des umfangreichen Schrifttums zur Libroentscheidung verzichtet. Mir geht es hier nur um die prozessuale Methode für strategisch erhobene Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes.

strafrechtlich relevanter wirksamer Zustimmung der Anteilseigner von vornherein entzogen.

Klärung mithilfe der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes wäre dann besonders einfach: Die in Klammer gesetzte Aussage „§ 52 AktG dient unabhängig vom Schutz der Gläubiger – jedenfalls auch – dem ‚Bestandschutz‘ der Gesellschaft (also nicht bloß der gerechten Verteilung unter den Anteilseignern)“ müsste nur in irgendeiner gerichtlichen Entscheidung – und sei es auch nur in einer ohne weitere Erwägungen bewilligten Anordnung – bejaht oder verneint werden, um ohne weiteres als Rechtssatz dieses Gerichts an den OGH herangetragen zu werden. Würde sie vom OGH als zutreffend befunden, wäre – auch – Tatbildlichkeit nach § 153 StGB unproblematisch und die Strafverfolgungsbehörden könnten sich im Folgenden allein auf die Tatfrage konzentrieren, wer wissentlich bei der Einlagenrückgewähr tätig geworden oder in seiner Organfunktion passiv geblieben ist.

Im Folgenden geht es nur noch um das Problem, wie just mit den Fällen umzugehen ist, wo beim Verstoß gegen § 52 AktG betrügerische Krida nach § 156 StGB ausscheidet, die gerechte Verteilung unter den Anteilseignern nicht in Frage steht und Bilanzdelinquenz nicht interessiert. Es geht mit anderen Worten um die fragliche Geltung des Rechtssatzes „volenti non fit iniuria“ unter dem Aspekt dann allein interessierender Strafbarkeit wegen Untreue.

Tatsächlich scheint der 12. Senat nämlich Untreue gerade nicht allein deshalb bejaht zu haben, weil die Gesellschaftsorgane gewusst haben, dass es sich beim ausgeschütteten Gewinn um nach § 52 AktG verbotene Einlagenrückgewähr gehandelt hat. Sonst wäre der Hinweis auf mangelnde Untreuestrafbarkeit des Alleingesellschafters der GmbH bei entsprechender Gewinnausschüttung¹⁴⁾ ohne weitere Erklärungen nicht recht verständlich.¹⁵⁾ Denn auch das GmbHG verbietet die Einlagenrückgewähr.¹⁶⁾ Zudem sind Weisungen der Hauptversammlung keineswegs ausgeschlossen.¹⁷⁾

Geht man demnach davon aus, dass der 12. Senat im gesellschaftsrechtlichen Verbot von Einlagenrückgewähr gerade nicht auch den Zweck des Bestandsschutzes der Gesellschaft als solcher sieht, sagt sie Folgendes:

- § 52 AktG verbietet Einlagenrückgewähr. § 52 AktG dient allerdings (neben der gerechten Verteilung unter den Anteilseignern) dem Gläubigerschutz. Gläubigerschutz wird von § 156 StGB erfasst, nicht von § 153 StGB (Untreue).
- Scheidet – aus welchen Gründen immer – Strafbarkeit nach § 156 StGB aus, kann verbotene Einlagenrückgewähr bei Zustimmung aller Aktionäre dann zu keinem Schaden für die Gesellschaft führen, wenn § 153 StGB allein dem Schutz der Vermögen – und zwar auch im Verhältnis untereinander – dient: volenti non fit iniuria.
- Nun aber ist das Vermögen der großen Kapitalgesellschaft AG, anders als jenes der kleinen Kapitalgesellschaft GesmbH, nach § 70 AktG nicht bloß den Interessen der Anteilseigner, sondern darüber hinaus den Interessen des Gemeinwohls – § 70 AktG spricht wörtlich vom „öffentlichen Interesse“ – verpflichtet. Öffentliche Interessen, das Gemein-

wohl, stehen nicht zur Disposition der Anteilseigner.¹⁸⁾

So gesehen ließe sich der neue Rechtssatz der Libro-Entscheidung exakt anschreiben: Nach § 52 AktG verbotene Einlagenrückgewähr ist Fehlgebrauch von Befugnis, welcher auch bei mangelfreier¹⁹⁾ Einwilligung aller Aktionäre zu einem von § 153 StGB verlangten Schaden – und damit zu Strafbarkeit wegen Untreue – führen kann, wenn dadurch Gemeinwohlinteressen verletzt werden. Das hat zur Konsequenz, dass Richter zu beurteilen hätten, ob Gemeinwohlinteressen der verdeckten Gewinnausschüttung entgegengestanden sind. Und tatsächlich scheint der Initiativantrag zur Änderung des Untreuetatbestands primär just darauf abzuzielen.

Nun liegt der Idee von Gewaltenteilung – sagen wir – dominierend eine Überzeugung zugrunde, die *Wiederin* folgendermaßen auf den Punkt gebracht hat: „**Neben dem Gesetz ist die Verwaltung auch dem Gemeinwohl verpflichtet.** Anders wäre weder erklärbar, weshalb Verwaltungsorgane an die Weisungen ihrer Vorgesetzten gebunden sind, noch rechtfertigbar, dass die obersten Organe der Verwaltung dem Parlament gegenüber verantwortlich sind.“ „Was das Gemeinwohl erfordert, wird durchwegs politisch entschieden, in den Weisungen der Verwaltungsspitzen an die untergeordneten Organe, durch parlamentarische Interpellation, durch Funktionsenthebung der Verwaltungsspitzen, durch Abstimmung an der Urne.“²⁰⁾ **Der Richter hingegen „ist ausschließlich dem Gesetz unterworfen; ihm ist nicht das Gemeinwohl anvertraut.“**²¹⁾

Das Gegenteil würde die Libro-Entscheidung sagen. Hier also gäbe es tatsächlich ein Problem. Die beiden Aussagen stehen als Wertungen zur Gewaltentrennung

14) RIS-Justiz RS0094723.

15) Dem Hinweis (S 19 des RIS-Volltexts im drittletzten Absatz): „Nicht die Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Hand“ führe bei der Einmann-GmbH „zur Annahme einer straflosen Selbstschädigung, sondern [...] der Umstand, dass in diesem Sonderfall der ‚Täter‘ zugleich einziger ‚Geschädigter‘“ sei, ist nicht zu entnehmen, warum bei einer Kapitalgesellschaft die Summe der Teile nicht das Ganze repräsentieren sollte.

16) § 82 GmbHG; vgl 6 Ob 48/12w.

17) § 84 Abs 4 erster Satz (§ 103 Abs 2) AktG und § 104 Abs 2 Z 2 AktG, der Gewinnausschüttung der Hauptversammlung vorbehalten. Daraus ergibt sich, dass mangelfreie Zustimmung der Hauptversammlung gegenüber der Gesellschaft (§ 153 StGB) – wenn auch nicht den Gläubigern (§ 84 Abs 5 dritter Satz AktG; § 156 StGB) – haftungsfrei stellt; vgl dagegen die auf S 19 des RIS-Volltexts stehende Aussage, wonach „der fehlende Einfluss der Aktionäre auf den gesamten Bereich der Geschäftsführung [...] einer (wirtschaftlichen) Identifikation von Aktionären und Aktiengesellschaft entgegen“ stehe.

18) Der OGH hat Ähnliches bereits zur Verleumdung judiziert (RIS-Justiz RS0096527): Ich kann einen Verleumder nicht dadurch straffrei stellen, dass ich ihm den falschen Vorwurf, eine Straftat begangen zu haben, erlaube; ganz einfach, weil es nicht nur um meinen Schutz, sondern auch um die Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden geht, die von § 297 StGB geschützt werden sollen.

19) Vgl §§ 869 ff ABGB; die Frage von mangelfreier Einwilligung wurde (in der drei letzten Absätzen der S 21 des RIS-Ausdrucks) als nicht entscheidend angesehen. Dem (aaO) referierten Einwand, ohne „Verpflichtungs- oder Verfügungsmacht“ gehandelt zu haben (der Sache nach also aufgrund der von der Hauptversammlung beschlossenen Gewinnausschüttung; § 104 Abs 2 Z 2 AktG oder aber auf Weisung der Hauptversammlung [§ 84 Abs 4 erster Satz AktG]) wird zirkulär (und damit ebenfalls „wegkürzbar“) mit dem Hinweis geantwortet, die Beschwerdeführer hätten die Ausschüttung „selbst veranlasst“.

20) *Wiederin*, Die öffentliche Hand als Partei und Behörde, in FS Stolzlechner (2013) 741 (753).

21) *Wiederin* in FS Stolzlechner 754.

in einem unübersehbaren Spannungsverhältnis. Aber jeder von uns, demnach auch die entscheidenden Organe, also die Gerichte und der OGH auf der einen, der Gesetzgeber auf der anderen Seite, hätte nun klar vor Augen, wofür er sich entscheidet, wenn er vor die Klammer mit der Aussage „Nach § 52 AktG verbotene Einlagenrückgewähr kann trotz mangel freier Einwilligung aller Aktionäre zu Strafbarkeit wegen Untreue führen, wenn dadurch Gemeinwohlinteressen verletzt werden.“ die Willenserklärung setzt: „So soll es sein“ oder aber: „So soll es nicht sein.“

Nach meinem Eindruck kann man also den angeblichen „Tumor“ so ganz klar ansprechen. Hält man ihn für gutartig, ist nichts weiter zu tun. Hält man ihn für bösartig, kann man die Geltung des generierten Rechtssatzes punktgenau angehen. Im Justizsystem ist es – will man nicht jahrelang auf einen geeigneten Fall warten – allein die Währungsbeschwerde, die rasch Klarheit bringen kann.

Tatsächlich ist das OLG Wien in einer auf großes Medieninteresse gestoßenen Entscheidung über einen Anklageeinspruch²²⁾ bei seinem Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung unmissverständlich von diesem der Libro-Entscheidung zugrunde liegenden Rechtssatz ausgegangen. Die allgemein bekannte Entscheidung müsste nur beige schaft und der ihr zugrunde liegende Rechtssatz an den OGH herangetragen werden. Hielte der angerufene Senat ihn für gesetzwidrig, wäre die ins Auge gefasste Änderung des StGB schlicht überflüssig. Im umgekehrten Fall hätte der demokratische Diskurs zu beginnen, an dessen Ende eine Gesetzesänderung stehen kann.

C. Kleintaktischer versus strategischer Einsatz der Währungsbeschwerde

Misst man die Schlagkraft der Generalprokuratur an Zahl und Erfolg ihrer zur Wahrung des Gesetzes erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden, ist natürlich vor dem Herantragen ungeklärter Strukturfragen zu warnen. Die Erfolgswahrscheinlichkeit liegt ungleich niedriger als dann, wenn eine seit vielen Jahren stRsp oder der unzweideutige Gesetzeswortlaut eine zustimmende Antwort des OGH am Fließband garantiert. Und der Arbeitsaufwand dafür ist ungleich höher. Auch muss man zugeben, dass es dann nicht mehr möglich wäre, 22,4% des Gesamtanfalls an Nichtigkeitsbeschwerden durch Währungsbeschwerden abzudecken. Das sichert auch dem OGH blendende statistische Belastungswerte. Die Frage ist, ob wir tatsächlich eine solche Art von Rechtfertigung für unsere Arbeit wollen und ob es nicht besser wäre, die Fakten auf den Tisch zu legen und den für die Bereitstellung der Mittel Verantwortlichen klarzumachen, dass viel weniger Währungsbeschwerden mit fünfzig- statt einer neunzigprozentigen Erfolgsquote²³⁾ „den Interessen des Staates in der Rechtspflege“ ungleich mehr zugutekommen – oder, um es wie ein allein dem Gesetz verpflichteter Richter auszudrücken, schlicht rechtsrichtige Anwendung von § 22 StPO und § 1 StAG wäre. Niemand wartet auf die soundsovielte Klarstellung von allgemein Bekanntem wie, dass Abwesenheitsurteile gegen jugendliche Angeklagte unzulässig sind.

So funktioniert übrigens der Zugang zu angloamerikanischen Höchstgerichten, wo sich einfach eine bestimmte Anzahl der dortigen Richter die Fälle aus der Fülle der herangetragenen Rechtssachen heraus sucht, die von allgemeinem Interesse sind, gleichsam mit spitzen Fingern nur das, was sie just deshalb interessiert. Strategischer Einsatz der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes hätte die Vorteile des Writ of certiorary-Systems bei geringstmöglicher Versuchung zu judicial activism. Diese Versuchung ist für Richter eines Supreme Court, die danach über die von ihnen als interessant eingestuften Fälle (mit) zu entscheiden haben, naturgemäß eher gegeben, als wenn eine staatsanwaltliche Behörde die von ihr (im Interesse der Strafrechtspflege) als „interessant“ eingestuften Fälle heranträgt.

D. Verständniswilligkeit des OGH

Selbstverständlich müssen auch wir beim OGH darauf achten, nicht unnötig Frustration zu erzeugen. So hat der OGH jüngst auf die Frage, ob es zulässig ist, das durch ausländische Behörden angeordnete „Verwanzen“ eines Fahrzeugs, das durch Europa und so auch durch österreichisches Staatsgebiet fährt, nachträglich zu genehmigen, um so die Überwachungsergebnisse im Verfahren nutzen zu können, geantwortet, die Genehmigung einer Überwachung komme nicht in Betracht, weil § 137 StPO die Überwachung nur hinsichtlich gegenwärtiger oder zukünftiger Vorgänge erlaube. Die allein interessierende Frage, ob Genehmigung der Verwendung von Ergebnissen einer – ohne vorangegangenen RHE durch ausländische Behörden veranlassten, bereits erfolgten – Überwachung als Rechtshilfe ohne bilaterales Rechtshilfeübereinkommen nach § 59 Abs 1 erster Satz ARHG zulässig und gegebenenfalls berechtigt war, aber hat der OGH nicht beantwortet. Abzuwarten bleibt, ob die Generalprokuratur den Hinweis im EvBl aufgreift und die Sache nunmehr auf den Punkt gebracht erneut an den OGH heranträgt.²⁴⁾

Noch etwas, was mir entscheidend scheint: Die Begründung einer Entscheidung ist dazu da, deutlich und bestimmt offen zu legen, wie das gefundene Ergebnis, also die Entscheidung selbst, in ganz konkreten gesetzlichen Vorschriften verankert ist. Das ergibt sich für unser Rechtssystem schon aufgrund der verfassungsrechtlichen „Gesetzes“-Bindung (auch) der unabhängigen Rsp.²⁵⁾ Der Weg zwischen Entscheidung und Gesetz muss also – jedenfalls für denjenigen, welcher mit rechtlischem Sachverstand danach sucht – klar erkennbar sein. Sind einzelne entscheidende Tatsachen (rechtliche Kategorien, denen der Sachverhalt zu subsumieren ist) nur nach Art eines beweglichen Systems fassbar, müssen sie klar von anderen abgegrenzt werden. Gesichtspunkte, die Gewinn bei Ausschüttung im Konzern zu Einlagenrückgewähr nach § 52 AktG machen können (zB Bonität des Kreditnehmers, Fremdüblichkeit), sind

22) OLG Wien 15. 4. 2015, 22 Bs 42/15k.

23) Vgl nur den Tätigkeitsbericht 2013 des OGH www.ogh.gv.at/sites/www.ogh.gv.at/files/ogh/documents/taetigkeitsberichte/taetigkeitsbericht2013.compressed.pdf (Stand 17. 11. 2015).

24) 15 Os 180/13 d EvBl 2015/28, 184.

25) Art 18 Abs 1 B-VG; einschließlich des europarechtlichen Anwendungsvorrangs, der hier nicht weiter interessiert.

zB klar von der Frage zu scheiden, ob (als gegeben unterstellte) Einlagenrückgewähr auch dem Bestandsschutz der Gesellschaft als solcher dient. Diese wiederum ist klar abgrenzbar von der Frage, was für eine wirksame Zustimmung der Hauptversammlung verlangt werden muss. Auch innerhalb der Menge der für die Antwort auf einzelne Rechtsbegriffe relevanten Gesichtspunkte lassen sich diese untereinander isolieren, sodass der jeweilige Weg zum Zwischenziel sich nicht in diffussem Aneinanderreihen je für sich plausibel erscheinender Behauptungen zur Falllösung im Ganzen verliert: Klare Struktur statt Begründungsbrei zeigt geordnete Gedankenführung und ermöglicht in der Regel erst gegenseitiges Verstehen, das für den Steuerungseffekt einer Rechtsordnung unverzichtbar ist.

Soweit die Strafsenate des OGH in jüngerer Zeit auffallend knapp und holzschnittartig argumentiert haben, war es ihnen just um Erreichen dieses Ziels zu tun. Oft subtile Erwägungen für die Verwendung eines Rechtsbegriffs in einem bestimmten Sinn wurden bewusst nur durch einen Verweis auf jene Abhandlung im Schrifttum kenntlich gemacht, denen sich der Senat angeschlossen hatte: Beim Befahren einer Straße ist die genaue Herkunft des Baumaterials regelmäßig nicht von Bedeutung. Wen sie trotzdem interessiert, der kann sich an der angegebenen Stelle genau damit auseinandersetzen. Die anderen aber werden in ihrer Aufmerksamkeit nicht unnötig abgelenkt.

E. Gelungene Klärung beim Maßnahmenvollzug

Um über Änderungen bei Anordnung und Vollzug freiheitsentziehender vorbeugender Maßnahmen sachgerecht sprechen zu können, braucht es keine Währungsbeschwerde mehr. Man muss sich nur die jüngst dazu ergangene Entscheidung des Senats 15 ansehen. Sie zeigt, dass das System des StGB in geradezu idealtypischer Weise gelungen und anpassungsfähig ist²⁶⁾ und man Reformdiskussionen in diesem Bereich ganz konkret und ausschließlich beim sachgerechten Vollzug dieser Regelungen durch Richter und vor allem Sachverständige ansiedeln muss. Die Behandlung in der Anstalt selbst und vor allem, wo diese stattfinden soll, ist davon strikt zu trennen.

F. Darf die Generalprokuratur gegen ihre Auffassung Beschwerde führen?

Eine letzte Unklarheit gilt es aus dem Weg zu räumen. Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ist nämlich nur gegen *gesetzwidrige* Vorgänge zulässig. Stuft also die Generalprokuratur einen Vorgang als *rechtsrichtig* ein, sei ihr der Rechtsbehelf verwehrt.

Ein solcher Zugang verkennt jedoch den Blickwinkel, der bei dieser Beurteilung einzunehmen ist. So wie eine Rechtsbelehrung im Verfahren vor dem Geschworenengericht nur dann unrichtig ist, wenn der in diesem Verfahren über die darauf abzielende Rüge nach § 345 Abs 1 Z 8 StPO entscheidende Senat des OGH sie als unrichtig einstuft, es also keineswegs erforderlich ist, dass der Beschwerdeführer selbst sie für unrichtig hält, vielmehr nur, dass er sie als unrichtig reklamiert, kommt es auch bei der Beurteilung eines

Vorgangs als *gesetzwidrig* auf den Blickwinkel des über die Reklamation von *Gesetzwidrigkeit* erk Senats an.²⁷⁾

Die Generalprokuratur darf also *Gesetzwidrigkeit* eines Vorgangs mit Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes geltend machen, wenn der darüber erk Senat den Vorgang als *gesetzwidrig* einstufen wird. Sie darf das auch tun, wenn sie selbst überzeugt ist, dass der als *gesetzwidrig* reklamierte Vorgang *gesetzeskonform* war. Damit geht es nur noch darum, welche *Wahrscheinlichkeit* für die Einstufung als *gesetzwidrig* – wie gesagt nicht durch die Generalprokuratur, vielmehr durch den über deren Nichtigkeitsbeschwerde erkennenden OGH – im Zeitpunkt der Erhebung des Rechtsbehelfs zu verlangen ist.

Wenn für die Einstufung eines Vorgangs als „*gesetzwidrig*“ (und damit die Zulässigkeit des Rechtsbehelfs) Sicherheit (aus Sicht der zur Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes legitimierten Generalprokuratur) über die Bejahung notwendig wäre,²⁸⁾ bedürfte es stets einer Art „*acte-claire*“, sei es eines eindeutigen, sicher nicht planwidrig lückenhaften Gesetzeswortlauts, sei es entsprechender Vorjudikatur. Dann aber könnte der Rechtsbehelf bloß der Einzelfallgerechtigkeit und gerade nicht dem Ziel dienen, vom OGH Neues über die rechtsrichtige Gesetzesanwendung zu erfahren. Just dies ist aber (jedenfalls auch) der Zweck der Regelung.²⁹⁾ Folgerichtig ist Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes auch zulässig, wenn die Gesetzeskonformität des Vorgangs nicht ohnehin offen zutage liegt, maW „*erwiesen*“ ist. Als richtig „*erwiesen*“ ist der Vorgang selbst dann nicht, wenn er durch Rsp des OGH, sei es auch die Entscheidung eines verstärkten Senats, gedeckt ist, also bloß idS „*acte-éclairé*“ vorliegt, weil über den Inhalt von Gesetzen der nationale Richter nur im Einzelfall, nie aber generell entscheidet.³⁰⁾ →

26) 15 Os 129/14f, 130/14b EvBl 2015/42 hat das erst vor Kurzem erneut klargemacht, indem die Entscheidung treffsicher den wahren Inhalt der Bestimmungen über den Vollzug angewendet und damit klargemacht hat, dass Entlassung und Widerruf beim Maßnahmenvollzug keineswegs hochschwierig wie bei Strafen anzusetzen sind, die bestehenden Regelungen vielmehr jeden Spielraum geben, um in geeigneten Fällen gleich nach sachgerechter medikamentöser Einstellung zu entlassen, die Entlassung aber bei mangelnder Compliance sofort zu widerrufen und den Vorgang erforderlichenfalls sogar mehrfach zu wiederholen, also ganz und gar flexibel zu gestalten. Was in diesem Bereich fehlt, ist bloß ausreichend verfügbare gutachterliche Expertise. Die Frage des Vollzugs durch Justiz oder Landesspitäler und damit verbundene Fragen haben damit nichts zu tun und man sollte sich hüten, das Kind mit dem Bade auszuschütten.

27) Ratz, WK-StPO § 292 Rz 1, § 345 Rz 60.

28) Vgl § 23 Abs 1 StPO.

29) Vgl bloß § 292 vorletzter Satz StPO.

30) Für die Generalprokuratur müsste vom – vorgesetzten (vgl § 2 Abs 1 zweiter Satz StAG) – Bundesminister für Justiz oder vom Generalprokurator iS der historischen Zielsetzung klargestellt werden, dass Einzelfallgerechtigkeit gerade nicht das Ziel der Währungsbeschwerde ist. Damit kann oft mit einem Blick vom zuständigen Generalanwalt erkannt werden, ob die aufgeworfene Rechtsfrage von strukturellem Gemeinwohlinteresse ist oder nicht. Antworten an Petenten könnten sich just auf die Antwort auf diese Frage beschränken. Mühsames Abarbeiten von Akten wäre unnötig und die gewonnene Zeit könnte in die Beratung unterstellter Staatsanwaltschaften zur pfannenfertigen Aufbereitung der benötigten gerichtlichen Aussagen (es kann ja bekanntlich jeder Vorgang, also auch jede Textpassage isoliert an den OGH herangetragen werden) fließen. Zuweilen wird sich dann sogar die Rechtsfrage ganz eindeutig bereits ohne Befassung des OGH klären lassen, wie es ja auch keines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH bei *acte-claire* oder *acte-éclairé* bedarf.

Nicht anders als bei Geltendmachung unrichtiger Rechtsbelehrung im Verfahren vor dem Geschworenengericht enthält der Begriff „gesetzwidrig“ demnach keine Zulässigkeitsbeschränkung für die Beschwerdeführerin, markiert vielmehr bloß den Prüfungsgegenstand des angerufenen OGH. Unter dem Aspekt interner Pflichtenbindung der Generalprokuratur genügt es, dass die Rechtsrichtigkeit nicht in einem eindeutigen, sicher nicht planwidrig lückenhaften Gesetzeswortlauts

„erwiesen“ ist. Die Zulässigkeit des Rechtsbehelfs hängt davon aber nicht ab. Unzulässig ist er nur, soweit unmittelbar Gesetzwidrigkeit eines Vorgangs des OGH selbst behauptet wird. Dient hingegen ein Rechtssatz des OGH bloß als Grundlage für den Vorgang eines anderen Strafgerichts, identifiziert sich dieses mit anderen Worten bloß mit einer Rechtsauffassung des OGH, steht einer gegen diesen Vorgang erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes nichts entgegen.

→ **In Kürze**

Ebenso wie zu Mitgliedern des OGH sollen nur außergewöhnlich gute Juristinnen und Juristen zur Generalprokuratur ernannt werden. Das dort angesiedelte intellektuelle Potential kann insb in Zeiten knapper Ressourcen zu strukturellen Zwecken genutzt werden. Die Generalprokuratur kann so in besonders effizienter Weise die Interessen der Rechtspflege vertreten, wie es § 22 StPO von ihr verlangt.

→ **Zum Thema**

Über den Autor:

Dr. Eckart Ratz ist Präsident des OGH und Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Wien. Er ist Herausgeber und Autor der Wiener Kommentare zu StGB und StPO und Redakteur des EvBl der ÖJZ.
E-Mail: eckart.ratz@justiz.gv.at

Vom selben Autor erschienen:

Was gilt mit Inkrafttreten des StRÄG 2015 für Sachverständige im Strafprozess? ÖJZ 2015, 835; Verfahrensbeendende Prozessabsprachen in Strafprozess, AnwBl 2015, 276.

→ **Literatur-Tipp**



Ratz, Rechtsmittel gegen Urteile (2015)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100

Fax: (01) 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at

