



universität  
wien

## **Exposé der Dissertation**

Mit dem Arbeitstitel

# **Der interdisziplinäre Tatbestand der Untreue**

Eine Analyse des § 153 StGB aus Sicht des Gesellschaftsrechts

**Verfasserin**

Mag.<sup>a</sup> Anna Grundschober

**Angestrebter akademischer Grad**

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, August 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Wirtschafts- und Unternehmensrecht

Betreuer:

Univ.Prof. Dr. Friedrich Ruffler, LL.M.

## I. Problemstellung

In den letzten Jahren geriet der Straftatbestand der Untreue in den Medien, wie auch in der Rechtswissenschaft, zunehmend in den Fokus des Interesses. Dazu haben nicht zuletzt aufsehenerregende und medial massiv begleitete Strafverfahren, wie insbesondere der BAWAG-Prozess<sup>1</sup>, Styrian Spirit<sup>2</sup> oder die zahlreichen Hypo-Verfahren beigetragen.<sup>3</sup> Da zur Beurteilung der Verwirklichung des Untreuetatbestand zwingend gesellschaftsrechtliche Vorfragen beantwortet werden müssen, fand die Untreue auch vermehrt Einzug in die gesellschaftsrechtliche Lehre und Literatur.<sup>4</sup>

Bereits bei der Frage, wann ein Organmitglied seine Befugnisse im Sinne des Untreuetatbestandes missbraucht, reicht eine isolierte strafrechtliche Betrachtung nicht aus. Denn um zu klären, ob der mögliche Täter seine Befugnis missbraucht hat, ist als notwendige Vorfrage zunächst nach gesellschaftsrechtlichen Normen zu klären, zu welchen Handlungen der Geschäftsleiter im Einzelfall berechtigt war.<sup>5</sup> Als maßgeblich wird hier das zwischen Machtgeber und Machthaber bestehende Innenverhältnis angesehen, welches den jeweiligen Handlungsspielraum des Machthabers definiert. Nimmt dieser im Namen des Machtgebers Rechtshandlungen vor, zu denen er nicht berechtigt ist, weil er dabei gegen interne Bindungen verstößt, missbraucht er seine Vertretungsmacht und damit seine Befugnis im Sinne des § 153 StGB, obwohl die Handlung von seiner Vollmacht im Außenverhältnis gedeckt ist. Die inhaltlichen Grenzen der Vertretungsbefugnisse eines jeden Machthabers werden jedoch nicht durch das Strafrecht vorgegeben, vielmehr ist eine zivilrechtliche Beurteilung notwendig, wobei sich hierbei eine Vielzahl von Rechtsquellen als relevant herausstellen können. Schließlich determinieren sowohl unternehmens- und gesellschaftsrechtliche Vorschriften, als auch rechtsgeschäftlich begründete Vorgaben in Satzungen oder durch Weisungen den Sorgfaltsmaßstab des handelnden Machthabers und damit die Grenzen des zulässigen Handelns.<sup>6</sup> Aufgrund dieses notwendigen Rückgriffs auf außerstrafrechtliche Normen spricht man im Zusammenhang mit dem Untreuetatbestand von der sogenannten „Zivilrechtsakzessorietät der Missbrauchsprüfung“. Nicht das Strafrecht selbst, sondern das Zivil- und Gesellschaftsrecht geben vor, ob eine Verhaltensweise als pflichtwidrig und damit

---

<sup>1</sup> OGH 23.12.2010, 14 Os 143/09z.

<sup>2</sup> OGH 29.10.2013, 11 Os 101/13g.

<sup>3</sup> N. Huber, Ausgewählte Fragen der Untreuebestimmung, in *Kert/Kodek*, Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2016) 129.

<sup>4</sup> Ruffler, Strafrechtliche Untreue und Gesellschaftsrecht, in FS Jud (2012) 533.

<sup>5</sup> Kodek, Zivilrechtliche Grundlagen, in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017) 21 (22).

<sup>6</sup> Artmann, Wirtschaftskriminalität und Gesellschaftsrecht, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2008) 233 (236ff).

missbräuchlich zu werten ist. Die Wechselwirkung zwischen Zivil- und Strafrecht in diesem Zusammenhang führt jedoch unweigerlich zu der Herausforderung, strafrechtsrelevante und durch § 153 StGB pönalisierte Verhaltensweisen von lediglich nach dem Zivilrecht als pflichtwidrig anzusehendem und dadurch mit einer schadenersatzrechtlichen Verantwortung einhergehendem Handeln abzugrenzen.<sup>7</sup> Diese Akzessorietät im Zusammenhang mit der Missbrauchsprüfung hat überdies zur Konsequenz, dass vage gehaltene Ausführungen des Gesellschaftsrechts die Prüfung des Untreuetatbestands ebenfalls beeinflussen und damit ausschlaggebende Wirkung für das (Nicht-)Vorliegen einer Strafbarkeit entfalten können.<sup>8</sup>

Auch die Tatsache, dass der Befugnismissbrauch im Einzelfall durch die vorherige Einwilligung des Machtgebers ausgeschlossen werden kann, wirft bei juristischen Personen Fragen im Lichte des Gesellschaftsrechts auf. Zunächst stellt sich die Frage, wem beziehungsweise welchem Organ die Zuständigkeit zugesprochen wird, eine solche Einwilligung zu erteilen.<sup>9</sup> Während natürliche Personen unbestritten in eine Vermögensschädigung durch einen Machthaber einwilligen können, ist juristischen Personen mangels Handlungsfähigkeit die Ausübung der Dispositionsbefugnis über ihr Vermögen selbst nicht möglich. Da es jedoch in den Anwendungsfällen der tatbestandsausschließenden Einwilligung in der Regel gerade um Verhaltensweisen der zur Vertretung der juristischen Person berufenen Organe geht, können diese ebenso wenig ihre Zustimmung erteilen und es muss zu einer Verlagerung dieser Kompetenz kommen.<sup>10</sup> Deshalb wird in der Lehre fast einhellig davon ausgegangen, dass die Anteilseigner der jeweiligen Gesellschaft zur Einwilligung in eine Vermögensschädigung berechtigt sind.<sup>11</sup> Obwohl diese zwar selbst nicht Machtgeber sind, kommt ihnen in Bezug auf zu einem Vermögensabfluss führenden Dispositionen das letzte Wort zu. Argumentiert wird diese Ansicht mit der Tatsache, dass eine Kapitalgesellschaft lediglich als Instrument zur Verfolgung gebündelter wirtschaftlicher Interessen der Anteilseigner dient, ein eigenständiges Bestandsinteresse der Gesellschaft bestünde jedoch nicht.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> N. Huber in Kert/Kodek Rz 4.24.

<sup>8</sup> Harreiter, Probleme des „Befugnismissbrauchs“ bei Ermessensentscheidungen, in Hinterhofer (Hrsg), Praxishandbuch Untreue (2015) 3.

<sup>9</sup> McAllister, „Sonderdividende an Alleinaktionär: Untreue gemäß § 153 StGB? in Hinterhofer (Hrsg), Praxishandbuch Untreue (2015) 97.

<sup>10</sup> Höcher/Kahl, Von der Untreue und Bildern im Kopf, *ecolex* 2017, 661.

<sup>11</sup> Hinterhofer, Voraussetzungen und Grenzen strafbefreiender Zustimmung, in Hinterhofer (Hrsg), Praxishandbuch Untreue (2015) 123.

<sup>12</sup> Lewisch, Aktuelles zum Wirtschaftsstrafrecht und zu Wirtschaftsstrafverfahren, in *Bundesministerium für Justiz*, 41. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2014) 5.

Weiterhin strittig ist jedoch, welches Zustimmungsquorum für eine derartige strafbefreiende Einwilligung vorliegen muss. Während ein Teil der Lehre davon ausgeht, dass bereits ein ordnungsgemäß zustande gekommener Mehrheitsbeschluss die Strafbarkeit entfallen lässt<sup>13</sup>, vertritt die Gegenmeinung die Ansicht, dass ein einstimmiges Vorgehen der Anteilseigner notwendig ist. In diesem Zusammenhang sei auch darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob die Einwilligung innerhalb oder außerhalb einer formellen Gesellschafterversammlung erfolgt, von wesentlicher Bedeutung für das notwendige Zustimmungsquorum sein kann, nicht zuletzt deshalb, weil das Gesellschaftsrecht für die Beschlussfassung innerhalb einer Gesellschafterversammlung in den meisten Fällen bereits eine einfache Mehrheit genügen lässt, um die Beschlüsse als willensbildend zu qualifizieren.<sup>14</sup>

Da die Untreue ein klassisches Delikt des Vermögensstrafrechts darstellt, gilt es naturgemäß, als Vorfrage zur Prüfung des Tatbestandsmerkmals des Vermögensschadens den Umfang des von § 153 StGB geschützten Vermögens zu definieren. Insbesondere im Rahmen von Gesellschaften unterscheidet sich dieser strafrechtliche Vermögensbegriff jedoch von jenem des Gesellschaftsrechts. Auch die Inhaberschaft des Vermögens bereitet aufgrund des unbestimmten Begriffs des „wirtschaftlich Berechtigten“ gemäß § 153 Abs 2 StGB Auslegungsprobleme und ist deshalb einer genaueren Beurteilung zuzuführen. Dies ist nicht zuletzt deshalb notwendig, weil aufgrund der Konzeption des Abs 2 erst nach Klärung dieses Begriffs definiert werden kann, welche Rechtsnormen verletzt werden müssen, um die Verwirklichung des Untreuetatbestands überhaupt in Betracht zu ziehen. Zuletzt sind die Auswirkungen auf die Strafbarkeit in jenen Fällen fraglich, in denen durch Befugnismissbrauch zwar ein Vermögensschaden beim Machtgeber, gleichzeitig jedoch ein Vermögensvorteil – beim Machtgeber oder -haber – verursacht wurde.

Innerhalb von Konzernverhältnissen nehmen die Widersprüchlichkeiten und Streitpunkte rund um den Untreuetatbestand eine weitere, nicht weniger komplexe Dimension an. Zunächst ist hierbei auf die – im Rahmen von konzernrechtlichen Strukturen nicht unwesentliche Bedeutung zukommenden – Mehrfachmandate hinzuweisen. Obwohl gesetzlich nicht positiviert<sup>15</sup>, gelten Doppel- bzw. Mehrfachmandate im Konzern insbesondere aus Praktikabilitätsgründen als zulässig, schließlich ermöglicht sie eine simple

---

<sup>13</sup> *Hinterhofer* in *Hinterhofer* 123; *Rüffler* in *Grünwald/Schummer/Zollner* 533.

<sup>14</sup> *Hinterhofer* in *Hinterhofer* 123 (131).

<sup>15</sup> Die Zulässigkeit von Mehrfachmandaten ergibt sich jedoch schon aus dem Umkehrschluss zu den einzelnen gesetzlichen Unvereinbarkeitsbestimmungen.; *Burtscher*, Haftung bei Multiorganschaft (2018) 13.

Informationsschiene.<sup>16</sup> Ihnen ist naturgemäß jedoch auch Konfliktpotenzial inhärent. Dies betrifft vor allem die von den Leitungsorganen bei der Besorgung ihrer Aufgaben einzuhaltenden Sorgfaltspflichten. So sind etwa Doppelmandatsträger als Mitglied des Leitungsorgans von zwei konzernmäßig verbundenen Gesellschaften den Interessen beider Gesellschaften verpflichtet, was bei kollidierenden Interessen unweigerlich einen Loyalitätskonflikt auslösen und in weiterer Folge zu einer Sorgfaltswidrigkeit führen kann.<sup>17</sup> Neben der Frage, wie Vermögensverschiebungen innerhalb eines Konzerns – vor allem im Hinblick darauf, dass die einzelnen Konzerngesellschaften als rechtlich selbständig gelten und damit auch ihre Vermögenssphären als rechtlich voneinander unabhängig anzusehen sind – im Lichte des § 153 StGB zu beurteilen sind, bereitet auch die Einwilligung in eine Vermögensschädigung in Konzernverhältnissen besonderes Konfliktpotential.

Obwohl die Neufassung des § 153 StGB durch das StRÄG 2015 grundsätzlich ein Mehr an Klarheit gebracht hat, blieben entscheidende Fragen, sowohl für die Praxis, als auch in der Lehre, im Hinblick darauf, wie Führungspersonen als Organmitglieder die Verwirklichung des Untreuetatbestands erhindern können, weiterhin offen.<sup>18</sup> Wenngleich der Straftatbestand der Untreue, wie dargelegt, zahlreiche Verweise auf das Gesellschaftsrecht vornimmt und damit stark zivilrechtsakzessorisch ausgestaltet ist, blieb eine umfassende Analyse des § 153 StGB aus gesellschaftsrechtlicher Sicht bis heute aus.

## **II. Gang der Untersuchung**

Die dargestellten Rechtsfragen bilden einen kleinen Ausschnitt der Überschneidungen und Schnittpunkte von Straf- und Gesellschaftsrecht in Bezug auf den Untreuetatbestand gemäß § 153 StGB. Ziel dieser Dissertation ist die systematische Herausarbeitung und Darstellung der Verweise auf gesellschaftsrechtliche Regelungen, wobei zu Beginn auf die Befugnisse sowie deren Missbrauch im Rahmen von Kapitalgesellschaften eingegangen werden soll. Dabei soll ausführlich auf die umfassenden Anforderungen an das Handeln der Befugnisinhaber, insbesondere auch im Zusammenhang mit Ermessensentscheidungen, eingegangen werden.

---

<sup>16</sup> *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* I<sup>2</sup> § 86 Rz 73.

<sup>17</sup> *Artmann*, *Organschaft* 57 f.

<sup>18</sup> *N. Huber*, *Untreue aus Sicht der Verteidigung*, in *Kodek* (Hrsg), *Untreue NEU* (2017) 143.

Darauffolgend soll definiert werden, wann es zu einem zur Strafbarkeit gemäß § 153 StGB führenden Befugnismissbrauch kommt, wobei hier auch auf pflichtwidriges Verhalten des Aufsichtsrats sowie mögliche Pflichtwidrigkeiten im Rahmen von Gremienbeschlüssen einzugehen ist. Nicht zuletzt ist hier auch der Themenbereich der Weisungen sowie deren Folgepflicht im Rahmen von Kapitalgesellschaften anzusprechen, wobei in diesem Zusammenhang auch die Strukturunterschiede zwischen AG und GmbH zu beleuchten sind. Abschließend gilt es in diesem Kapitel auf die Nichtigkeit der unter Befugnismissbrauch geschlossenen Geschäfte sowie deren Relevanz für die Untreuestrafbarkeit einzugehen.

Anschließend soll der Begriff des Vermögens eine kurze Gegenüberstellung als Terminus des Gesellschafts- bzw. Zivilrechts sowie des Strafrechts erfahren, wobei in diesem Zusammenhang auch erläutert werden soll, wer als Vermögensinhaber anzusehen ist. Hierbei ist insbesondere genauer auf den Begriff des „wirtschaftlich Berechtigten“ iSd § 153 Abs 2 StGB einzugehen, nicht zuletzt, weil dieser bis heute in Lehre und Judikatur nicht abschließend definiert ist. Daneben ist überdies der Begriff des Vermögensschadens vor allem in jenen Fällen, in denen ein Ausgleich des erlittenen Schadens erfolgt, genauer zu betrachten.

Danach gilt es, die Möglichkeit der Einwilligung in eine Vermögensschädigung einer näheren Betrachtung zuzuführen. Dabei ist sowohl zu beleuchten, wem die Einverständnisbefugnis bei juristischen Personen zukommt, als auch, wie diese Zustimmung konkret zu erfolgen hat. Wie bereits dargelegt, bilden die Fragen, ob hierbei ein Mehrheitsbeschluss genügt oder die Einwilligung einstimmig zu erfolgen hat, sowie ob die Einwilligung innerhalb oder außerhalb von Gesellschafterversammlungen erteilt werden muss, wesentlichen Streitpunkte in der Lehre. Es sollen deshalb zunächst alle Möglichkeiten gegenübergestellt werden, um danach zu entscheiden, welche Variante – vor allem auch unter Zugrundelegung zivil- und gesellschaftsrechtlicher Normen – als richtige zu werten ist. Neben der (möglichen) Relevanz mangelhafter Beschlüsse soll in diesem Kapitel nicht zuletzt auch auf die Frage, ob eine Einwilligung auch in Fällen von Verstößen gegen zwingendes Recht als gültig gewertet werden kann, eingegangen werden.

Abschließend sollen die dargelegten Problemstellungen in den Kontext von Konzernverhältnissen eingeordnet werden, um danach auf Sonderprobleme im Rahmen dieses Themenkomplexes einzugehen. Insbesondere Vermögensverschiebungen im Konzern können sich hier schnell als Nährboden für strafrechtlich relevantes Fehlverhalten der Organmitglieder herausstellen, und auch der Einwilligungsthematik ist aufgrund in der Praxis teils komplex ausgestalteter Konzernstrukturen besondere Beachtung zu schenken.

### III. Vorläufige Gliederung

#### I. Einleitung

- A. Problemstellung
- B. Forschungsfragen und Zielsetzung
- C. Grundlagen
  - 1. Die Untreue als interdisziplinärer Tatbestand
    - a) Allgemeines
    - b) Zivilrechtsakzessorietät
    - c) Das Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Strafrecht
      - (1) Ausgestaltung und Normzwecke der Haftungsregelungen
      - (2) Verhältnis der Haftungsregelungen zueinander

#### II. Befugnisse und deren Missbrauch bei Kapitalgesellschaften

- A. Die Befugnisinhaber
  - 1. Allgemeines
  - 2. Die Inhaber unternehmensrechtlicher Formalvollmachten
    - a) Leitungsorgane
      - (1) Vorstand der AG
      - (2) Geschäftsführer der GmbH
      - (3) Demgegenüber: Vertretungsbefugte Anteilseigner
    - b) Prokuristen
  - 3. Handlungsbevollmächtigte gemäß § 54 UGB
  - 4. Der Aufsichtsrat
  - 5. Die Gesellschafterversammlung
  - 6. Weitere Befugnisinhaber
- B. Die Befugnisse von Organmitgliedern
  - 1. Geschäftsführung
    - (a) Aktiengesellschaft
    - (b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung
  - 2. Vertretung
    - a) Vertretung von AG und GmbH
    - b) Einzelvertretung vs. Gesamtvertretung
    - c) Abgrenzung zwischen „Können“ und „Dürfen“
    - d) Grenzen der Vertretungsmacht
      - (1) Schranken durch die gesellschaftsinterne Kompetenzordnung
      - (2) Grundlagengeschäfte
      - (3) Insichgeschäfte
    - e) Missbrauch der Vertretungsmacht
- C. Gesellschaftsrechtliche Anforderungen an das Handeln der Befugnisinhaber
  - 1. Verhaltensvorgaben durch das Gesellschafts- bzw. Zivilrecht
    - a) Gesetzliche Regelungen
      - (1) § 84 Abs 1 AktG bzw. § 25 Abs 1 GmbHG
      - (2) § 99 AktG bzw. § 33 GmbHG
      - (3) § 1009 ABGB
      - (4) Österreichischer Corporate Governance Kodex (ÖCGK)
    - b) Sonstige Regelungen
      - (1) Schranken durch den Gesellschaftsvertrag oder Satzung
      - (2) Geschäftsordnung
      - (3) Regelungen in Dienstverträgen
    - c) Gefahrenpotential durch Heranziehung von Generalklauseln

- d) Maßstab bei Ermessensentscheidungen
  - (1) Allgemeines
  - (2) Business Judgement Rule
- D. Der Befugnismissbrauch
  - 1. Allgemeines
  - 2. Tatbegehung
    - a) Durch pflichtwidriges Handeln
    - b) Durch missbräuchliches Unterlassen
  - 3. Einschränkung auf Regeln des Vermögensschutzes
    - a) Grundsätzliches
    - b) Pflicht zur Vermögenswahrung
    - c) Allgemeine Legalitätspflicht des Geschäftsleiters
      - (1) Ausprägung im österreichischen Recht
      - (2) Nützliche Gesetzesverletzungen und ihre Folgen
      - (3) Integration drittschützender Normen durch Legalitätspflicht?
  - 4. Der Begriff der Unvertretbarkeit des § 153 Abs 2 StGB
  - 5. Weisungen bei Kapitalgesellschaften
    - a) Die Weisungsfreiheit des Vorstands
    - b) Unterwerfung der Geschäftsführer unter Gesellschafterweisungen
    - c) Weisungsfreier Mindestbereich?
    - d) Folgepflicht der Geschäftsführer und ihre Grenzen
    - e) Exkurs: Nichtige Gesellschafterbeschlüsse bei AG und GmbH
    - f) Zivilrechtliche Haftungsfolgen bei Nichtbeachtung von Weisungen
    - g) Bedeutung von Weisungen iZm Untreue
      - (1) Bedeutung der Nichtigkeit von Weisungsbeschlüssen
      - (2) Wirkung von Scheinbeschlüssen
      - (3) Relevanter Unterschied zwischen AG und GmbH?
      - (4) Pflichtwidriges Verschweigen von Risiken als Befugnismissbrauch?
  - 6. Folgen des Befugnismissbrauchs
- E. Das Verhältnis von Befugnismissbrauch und Nichtigkeit
  - 1. Das nichtige Rechtsgeschäft als Tathandlung der Untreue?
    - a) Gründe zivilrechtlicher Nichtigkeit von Vertreterhandeln
    - b) Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr als Anschauungsbeispiel
    - c) Befugnismissbrauch trotz Nichtigkeitsfolge?
      - (1) Fehlen einer Verpflichtung des Machtgebers bei nichtigen Rechtsgeschäften
      - (2) Vergleich zu den Fällen des falsus procurator und der Rechtsscheinvollmacht
      - (3) Dennoch: Bejahung des Befugnismissbrauchs
  - 2. Das rechtliche Schicksal eines unter Befugnismissbrauchs geschlossenen Rechtsgeschäfts
- III. Die Schädigung des Vermögens von Kapitalgesellschaften
  - A. Das Vermögen
    - 1. Als Begriff des Unternehmens- und des Strafrechts im Vergleich
      - a) Wirtschaftlicher Vermögensbegriff des Strafrechts
      - b) Bilanzieller Vermögensbegriff des Unternehmensrechts
    - 2. Das durch § 153 StGB geschützte Vermögen
  - B. Der Vermögensinhaber
    - 1. Formaljuristische Betrachtung
    - 2. Der Begriff des „wirtschaftlich Berechtigten“ gemäß § 153 Abs 2 StGB
      - a) Die Absicht des Gesetzgebers
      - b) Berücksichtigung der Besonderheiten juristischer Personen
        - (1) Ausgangspunkt: Der wirtschaftlich Berechtigte bei natürlichen Personen
        - (2) Wirtschaftliche Beherrschung durch Anteilseigner

- (3) Auseinanderfallen von Machtgeber und wirtschaftlich Berechtigtem
  - (4) Konsequenz: Die Anteilseigner als wirtschaftlich Berechtigte
  - (5) Konstellationen ohne wirtschaftlich Berechtigten
- c) Die Gesellschaft als wirtschaftlich Berechtigte?
- d) Zwischenergebnis: Kein Schutz des Gesellschaftsvermögens durch § 153 StGB
- 3. Die Anteilseigner als mittelbare Vermögensinhaber
  - a) Durchgriff aufgrund wirtschaftlicher Betrachtung
  - b) Gesamtheit der Anteilseigner vs. Jeder einzelne
- 4. Wirtschaftliche Betrachtung bei Einpersonen-Gesellschaften
- 5. Kapitalerhaltung und strafrechtlicher Vermögensschutz
  - c) Die Grundsätze der gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltung
  - d) Das geschützte Vermögen
  - e) Der Schutzzweck der Kapitalerhaltungsvorschriften
  - f) Subsumierbarkeit unter Regeln im Sinne des § 153 Abs 2 StGB
- C. Der Vermögensschaden
  - 1. Schaden: effektiver Verlust an Vermögenssubstanz
  - 2. Abstellen auf Schadenseintritt bei Gesellschaft
  - 3. Ausgleich des erlittenen Schadens
    - a) Durch Vorteil bei Anteilseignern
    - b) Durch Leistungsverweigerungsrecht bzw. Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft
    - c) Konsequenz: Keine Verwirklichung des Untreuetatbestands?
- V. Die Einwilligung in eine Vermögensschädigung
  - A. Allgemeines
  - B. Grundsätzliches: Gegenstand und rechtliche Einordnung der Einwilligung
  - C. Einverständnisbefugnis bei juristischen Personen
    - 1. Im Unterschied zu natürlichen Personen
    - 2. Die möglichen Inhaber der Dispositionsbefugnis bei Kapitalgesellschaften
      - a) Vorstandsmitglieder/Geschäftsführer
      - b) Aufsichtsrat
      - c) Anteilseigner
    - 3. Exkurs: Personengesellschaften
    - 4. Sonderfall der Einpersonen-Gesellschaften
    - 5. Zwischenergebnis
    - 6. Argumente der hM, warum Gesellschafter einwilligungsbefugt sind
      - a) Ausschluss der Vertretungsorgane bei § 153 StGB
      - b) Gesellschaft als Instrument zur Interessenverfolgung der Anteilseigner
      - c) Schutz des wirtschaftlich Berechtigten durch § 153 StGB
    - 7. Zivilrechtskonformität und Vereinbarkeit dieser Argumente?
  - D. Gültigkeitsvoraussetzungen der Einwilligung in eine Vermögensschädigung
    - 1. Allgemein
    - 2. Einwilligungsfähigkeit
      - a) Im Vergleich zur zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit
      - b) Demgegenüber: Beschlussfähigkeit
    - 3. Nötige Aufklärung
    - 4. Fehlen von Willensmängeln
    - 5. Heranziehung der gesellschaftsrechtlichen Beschlussfassungsregelungen?
      - a) Gesellschaftsrechtsakzessorische Betrachtung iZm Einwilligung?
      - b) Notwendigkeit ordnungsgemäßer Einberufung
      - c) Formale Beschlussnichtigkeit und ihr Einfluss auf die Einwilligungswirksamkeit
      - d) Strafrechtliche Bewertung von Stimmenthaltungen
    - 6. Gemeinsames Einwilligen durch mehrere Rechtsgutsinhaber

- E. Das Zustandekommen wirksamer Einwilligungen in Gesellschaftsstrukturen
    - 1. Einwilligung innerhalb von Gesellschafterversammlungen
      - a) Allgemeines
      - b) Höhe des Zustimmungsquorums
      - c) Mängel bei der Beschlussfassung und ihre Folgen
        - (1) Materiell nichtige Beschlüsse
        - (2) Anfechtbare Beschlüsse
        - (3) (Schwebend) unwirksame Beschlüsse
    - 2. Einwilligung außerhalb von Gesellschafterversammlungen
      - a) Allgemeines
      - b) Durch das Gesellschaftsrecht vorgegebene Möglichkeiten
        - (1) Umlaufbeschluss bei der GmbH
        - (2) Formlose Zustimmung
      - c) Einstimmige Einwilligung als strafrechtliche Willensäußerung
  - F. Zusammenfassung: Wirksamkeitsprüfung in zwei Schritten
  - G. Folgen einer wirksamen Einwilligung
- VI. Besonderheiten im Rahmen von Konzernverhältnissen
- A. Allgemeines
  - B. Problematik der Doppelmandate bzw. Multiorganschaft
  - C. Leitungs- und Sorgfaltspflichten der Konzernorgane
    - 1. Konzernleitung durch Muttergesellschaft
      - a) Umfang ihrer Ausgestaltung als Grundsatzentscheidung
      - b) Konzerninterne Überwachung
      - c) Die Rolle des Aufsichtsrats
    - 2. Geschäftsführung der Tochtergesellschaft
      - a) Eigenverantwortliche Leitung der abhängigen Gesellschaft
      - b) Konzernrechtliche Weisungsbefolgungspflicht bei AG und GmbH?
      - c) Verbot der Nachteilszufügung im Konzern
    - 3. Fälle verletzter Sorgfaltspflichten
      - a) Durch Repräsentanten der Muttergesellschaft
      - b) Durch Repräsentanten der Tochtergesellschaft
      - c) Befugnismissbrauch iSd § 153 StGB als mögliche Konsequenz
  - D. Vermögensverschiebungen im Konzern und § 153 StGB
    - 1. Verbot der Einlagenrückgewähr als Grundprinzip des Gesellschaftsrechts
      - a) Leistungen an mittelbare Gesellschafter und zwischen Schwestergesellschaften
      - b) Leistungen zwischen Schwestergesellschaften
      - c) Cash Pooling, Eigenkapitalersatz und ähnliche Fälle
  - E. Der Vermögensschaden und dessen Ausgleich im Konzern
  - F. Konzernrechtliche Besonderheiten der strafrechtlichen Einwilligung
    - 1. Weisungen in Konzernstrukturen
    - 2. Einwilligungsbefugnis
      - a) Rückgriff auf natürliche Personen iSd wirtschaftlichen Betrachtungsweise?
      - b) Zustimmung durch Repräsentanten der Mutter?
    - 3. Gleich bleibendes Zustimmungsquorum
    - 4. Durch Umwege zur Strafbarkeit
- VII. Ergebnisse
- A. Thesenförmige Zusammenfassung
  - B. Ausblick

#### IV. Auszug aus dem Literaturverzeichnis

- Artmann*, Wirtschaftskriminalität und Gesellschaftsrecht, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2008).
- Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach 2 Ob 225/07 - eine Kapitalgesellschaft? (2011).
- Bachl/Piringer*, Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule aus Sicht des Buchsachverständigen, *Sachverständige* 2016, 148.
- Bertl et al* (Hrsg), Fehler und Fehlverhalten in Bilanz- und Steuerrecht (2016).
- Birkner/Löffler*, Corporate Governance in Österreich (2004).
- Bollenberger*, Geschäftsführerhaftung, 6. Auflage (2017).
- Briem*, Einlagenrückgewähr und Untreue, in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017).
- Clovara/Kapp/Mohr* (Hrsg), Insolvenz- und Sanierungsrecht, *Jahrbuch* 16 (2016).
- Fabrizy*, StGB<sup>13</sup> (2018).
- H. Foglar-Deinhardsein/Aburumieh/Hoffenschwer-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017).
- Fuchs*, Strafrecht Allgemeiner Teil I<sup>9</sup> (2016).
- Fuchs*, Legislativer Handlungsbedarf aus Sicht der Wissenschaft, in *Jarolim* (Hrsg.), § 153/Untreue – Dialog im Parlament, Bd 6 (2014).
- Ginthoer/Hasch*, Prokurist und Handlungsbevollmächtigter<sup>2</sup> (2017).
- Ginhör/Hasch/Guggenberger*, Der GmbH-Geschäftsführer (2013).
- Gruber*, Libro - Bilanzfälschung und Untreue, *Aufsichtsrataktuell* 2014 H 3, 9.
- Harreiter*, Probleme des „Befugnismisbrauchs“ bei Ermessensentscheidungen, in *Hartig*, Die Krida im Spannungsfeld zwischen dem Scheitern als neu entdeckte Kulturtechnik und den strafrechtlichen Konsequenzen, *VWT* 2017, 49.
- Hinterhofer*, Die Einwilligung im Strafrecht (1998).
- Hinterhofer*, Voraussetzungen und Grenzen strafbefreiender Zustimmung der Gesellschafter bei der Untreue, in *Hinterhofer* (Hrsg), *Praxishandbuch Untreue* (2015).
- Höcher/Kahl*, Von der Untreue und Bildern im Kopf, *ecolex* 2017, 661.
- N. Huber*, Ausgewählte Fragen der Untreuebestimmung, in *Kert/Kodek*, *Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht* (2016).
- N. Huber*, Die Organuntreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften (2012).
- N. Huber*, Untreue aus Sicht der Verteidigung, in *Kodek* (Hrsg), *Untreue NEU* (2017).
- Jaufer/Nummer-Krautgasser/Schummer* (Hrsg), Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (2016).
- Kalss*, Organhaftung in Österreich - einige rechtspolitische Anmerkungen, *GesRZ* 2014, 159.
- Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, *ecolex* 2014, 496.
- Kalss/Kunz*, *Handbuch Aufsichtsrat* (2016).
- Kalss/Nowotny/Schauer*, *Österreichisches Gesellschaftsrecht*<sup>2</sup> (2017).

*Karollus*, Die neuen gesetzlichen Regelungen zur Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG), in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017).

*Kert/Komenda*, Untreue neu nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015, GesRZ 2015, 286.

*Kiehl/Lindtner*, Update: Untreue, *ecolex* 2018, 987.

*Kirchler/Muehlbacher/Wahl*, Wirtschaftskriminalität: Zur Effizienz von Kontrollen und Strafen auf Steuerehrlichkeit, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2008).

*Kodek*, Zivilrechtliche Grundlagen, in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017).

*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007).

*Lukas*, Schnittstellen zwischen Straf- und Zivilrecht Plädoyer für eine verstärkte interdisziplinäre Forschung, Aus- und Weiterbildung, *AnwBl* 2010, 259.

*Lewisch*, Aktuelles zum Wirtschaftsstrafrecht und zu Wirtschaftsstrafverfahren, in Bundesministerium für Justiz (Hrsg), 41. Ottenseiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2014).

*Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2014).

*Lewisch*, Grundsatzfragen der Untreue (neu), in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017).

*McAllister*, „Sonderdividende“ an Alleinaktionär: Untreue gemäß § 153 StGB? in *Hinterhofer* (Hrsg), Praxishandbuch Untreue (2015).

*McAllister*, Untreue bei gesellschaftsrechtswidriger Vermögensverschiebung im Konzern? Zur Konkretisierung des durch § 153 StGB geschützten Rechtsguts, *ÖJZ* 2015/103.

*Pastner*, Corporate Governance und Wirtschaftskriminalität (2005).

*Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004).

*Reich-Rohrwig*, Gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung und Untreuevorwurf, *ecolex* 2017/231.

*Rüffler*, Strafrechtliche Untreue und Gesellschaftsrecht, in *FS Jud* (2012).

*Rüffler*, Dividendenuntreue, in *Kalss/U. Torggler* (Hrsg), Enforcement im Rechnungslegungsrecht (2015).

*Schellner*, Was ist neu an der Untreue neu? *GesRZ* 2016, 197.

*Schima*, Dividendenausschüttung, Einlagenrückgewähr und Untreue, in *FS Reich-Rohrwig* (2014).

*Schima*, Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht. Die Bedeutung der neuen Regelung, *GesRZ* 2015, 286.

*Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer (2015).

*Schrank/Kollar*, Business Judgment Rule - der (neue) Sorgfaltsmaßstab auch für Aufsichtsratsmitglieder, *Aufsichtsrataktuell* 2016 H 6, 5.

*Zollner*, Gesellschafterbeschlüsse und Untreue - Eine Anmerkung zu 12 Os 117/12s, *ÖJZ* 2014/140.

*Zollner*, Organuntreue und Einverständnis der Gesellschafter, in *FS Reich-Rohrwig* (2014).