

Strafbefreiende Zustimmung bei Servicegesellschaften

Geschäftsführer von Servicegesellschaften haben durchaus ein Strafbarkeitsrisiko bei Vermögensnachteilen für die Gesellschaft. Eine strafbefreiende Wirkung einer Weisung des Vertretungsorgans der Muttergesellschaft unterliegt einigen Voraussetzungen.

Von Günther Rebisant

GRAU 2020/9

Inhaltsübersicht:

- A. Servicegesellschaften im Strafrecht
- B. Vermögensschutz der Gläubiger der Gesellschaft und sonstiger Dritter
- C. Vermögensschutz der Gesellschaft
- D. Grauzone: Strafbefreiende Zustimmung der Muttergesellschaft

A. Servicegesellschaften im Strafrecht

In Konzernen kommt es praktisch häufig vor, dass eine Tochtergesellschaft von einer Muttergesellschaft weitgehend bloß zur Umsetzung bestimmter Aufgaben eingesetzt wird und somit von der Muttergesellschaft umfassend gesteuert wird. Als Rechtsform für eine solche Servicegesellschaft ist in Österreich die GmbH verbreitet. Bei einer Servicegesellschaft verbleiben der Tochtergesellschaft dabei **kaum eigenständige Leitungs- und Entscheidungsfunktionen**, sondern im Wesentlichen werden jene Entscheidungen ausgeführt, die bereits auf Ebene der Muttergesellschaft getroffen werden.

Die Entscheidungen der Muttergesellschaft werden durch einen Geschäftsführer der Tochter-GmbH umgesetzt. Der Geschäftsführer der Tochter-GmbH ist auf Ebene der Muttergesellschaft häufig ein dienstvertraglich weisungsgebundener Dienstnehmer. MaW: Der Dienstnehmer der Muttergesellschaft wird in der Tochtergesellschaft als Organwalter zur Umsetzung von Entscheidungen eingesetzt. Dies relativiert praktisch den Interessenkonflikt zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft. Folglich kann es im Rahmen der Servicegesellschaft faktisch auch zur Umsetzung von Weisungen bei der Tochter-GmbH kommen, die für **diese Gesellschaft selbst vermögensnachteilig** sind. Die für den Konzern gesamthaft betrachtet vorteilhaften Vorgänge können somit für die Servicegesellschaft allein durchaus auch nachteilige Auswirkungen zeigen.

Der Servicegesellschaft ist also eine **dienende Funktion** zugedacht, während die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen von anderen Konzerngesellschaften getroffen werden. Im vorliegenden Beitrag sollen dabei die **strafrechtlichen Auswirkungen für den Geschäftsführer** der Servicegesellschaft dargestellt werden, die sich daraus ergeben, dass dieser Geschäftsführer hauptsächlich fremde Entscheidungen und damit unter Umständen auch für die Servicegesell-

schaft selbst vermögensnachteilige Entscheidungen ausführt.

Zunächst ist dazu festzuhalten, dass das Strafrecht (als letztes und schärfstes Mittel des Staates) – plakatig gesprochen – zwar **keinen Konzern kennt**, so dass insb der **Grundsatz** der Vermögensbindung (Kapitalerhaltung der Gesellschaft) auch im Konzern gilt.¹⁾ **Vermögensverschiebungen innerhalb des Unternehmensverbundes** begründen jedoch schon mangels Schadenseignung keine Untreue, wenn eine Vertretungshandlung zwar formal den Machtgeber schädigt, der diesbezügliche Nachteil aber wirtschaftlich dem hinter dem Machtgeber stehenden wirtschaftlich Berechtigten (bei Kapitalgesellschaften beispielsweise den **Anteilseignern entsprechend ihren Anteilen**) zum Vorteil gereicht (vgl § 153 Abs 2 StGB).²⁾

Die (gesellschafts- und zivilrechtlichen) **Pflichten des Geschäftsführers** einer Servicegesellschaft bleiben aus strafrechtlicher Sicht – unabhängig von der dienenden Funktion der vertretenen Gesellschaft im Konzern – gleich wie bei jeder anderen Gesellschaft. Dementsprechend ist auch das Strafbarkeitsrisiko für den Geschäftsführer einer Servicegesellschaft grundsätzlich gleich. Eine **Weisung des Gesellschafters** (auch eine Weisung des Dienstgebers) bietet im Strafrecht keineswegs stets eine Rechtfertigung oder Entschuldigung für ein entsprechendes strafrechtlich bedeutsames Verhalten des Geschäftsführers,³⁾ sondern nur dann, wenn der Beschluss des Gesellschafters als Zustimmung zur strafrechtlich bedeutsamen Rechts- gutschverletzung zulässig und wirksam ist (tatbestandsausschließendes Einverständnis oder rechtfertigende Einwilligung). →

1) Vgl OGH 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s; RIS-Justiz RS0129283 (T 2); s dazu auch *Milchrahm*, Kapitalerhaltung und Satzungsgestaltung in der dienenden Gesellschaft, GRAU 2020, 10 (in diesem Heft).

2) Vgl JAB 728 BlgNR 25. GP 10; *McAllister*, Untreue bei gesellschaftsrechtswidriger Vermögensverschiebung im Konzern? ÖJZ 2015/103, 780 (787f); *Kirchbacher/Sadoghi*, WK StGB² § 153 Rz 30/4.

3) Vgl zur dienstrechtlichen Weisung *Lewis*, WK StGB² Nach § 3 Rz 257.

B. Vermögensschutz der Gläubiger der Gesellschaft und sonstiger Dritter

Das Vermögen von Gläubigern von Gesellschaften und sonstiger Dritter schützt das Strafrecht durch die **Gläubigerschutzdelikte** (§§ 156 bis 163 StGB)⁴⁾ und die **Bilanzdelikte** (Unvertretbare Darstellung wesentlicher Informationen über bestimmte Verbände; §§ 163 a und 163 c StGB).⁵⁾ Schon aufgrund der geschützten, vom wirtschaftlich Berechtigten der Gesellschaft unterschiedlichen Rechtsgutsträger kann ein Beschluss des Gesellschafters (selbstverständlich) bei solchen Rechtsgutsverletzungen **keine Rechtfertigung** bieten. Sollte der Geschäftsführer einer Servicegesellschaft tatsächlich einem rechtlichen Irrtum über die vermeintliche Rechtfertigung eines solchen Beschlusses (mit dem Inhalt einer Weisung) unterliegen (Verbotsirrtum), wäre dieser **Irrtum** aufgrund der leichten Erkennbarkeit und der Pflicht des Geschäftsführers, sich mit den einschlägigen Vorschriften bekannt zu machen, stets vorwerfbar und somit unbeachtlich (§ 9 StGB).

Die **Finanzstrafdelikte** schützen den Staat hinsichtlich seiner Abgaben. Die einer Servicegesellschaft obliegenden abgabenrechtlichen Pflichten (insb die Offenlegungs- und Wahrheitspflicht [§ 119 BAO]) hat deren Geschäftsführer zu erfüllen (§ 80 Abs 1 BAO). Bei Verletzung dieser Pflichten kann ein Beschluss des Gesellschafters aufgrund des Staates als Rechtsgutsträger (selbstverständlich) **keine Rechtfertigung** bieten.⁶⁾ Sollte der Geschäftsführer einer Servicegesellschaft jedoch tatsächlich einem rechtlichen Irrtum über die vermeintliche Rechtfertigung eines solchen Beschlusses unterliegen (Verbotsirrtum), wäre dieser **Irrtum** aufgrund der leichten Erkennbarkeit und der Pflicht des Geschäftsführers, sich mit den einschlägigen Vorschriften bekannt zu machen, zwar stets unentschuldigbar, würde aber – im Unterschied zu den Gläubigerschutzdelikten und Bilanzdelikten – immerhin zum **Entfall der Vorsatzstrafbarkeit** und zu einer allfälligen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit führen (vgl § 9 FinStrG). Können die Abgaben aufgrund einer schuldhaften Pflichtverletzung des Geschäftsführers nicht eingebracht werden, haftet er neben der Gesellschaft insoweit für die betroffenen Abgaben (Ausfallhaftung [§ 9 BAO]). Bei vorsätzlichen Finanzstraftaten haften Geschäftsführer sogar als Gesamtschuldner für den Betrag, um den die Abgaben verkürzt wurden (§ 11 BAO).

C. Vermögensschutz der Gesellschaft

Das Vermögen der Gesellschaft schützt das Strafrecht durch den Straftatbestand der Untreue (§ 153 StGB). Die Untreue schützt das Vermögen des **wirtschaftlich Berechtigten** (die Muttergesellschaft der Servicegesellschaft als Gesellschafterin) gegen vermögensschädigende Rechtshandlungen des Machthabers (des Geschäftsführers), mit denen er über das Vermögen des Machtgebers (der Servicegesellschaft) verfügt oder diesen verpflichtet. Sie zielt auf Verhaltensweisen ab, durch die der Geschäftsführer als Inhaber einer nach außen wirksam gewährten Verfügungsmacht sich bewusst über die im Innenverhältnis gezogenen Schranken hinwegsetzt und demnach im Rahmen des durch

seine Machthaberposition bestehenden rechtlichen Könnens gegen sein rechtliches Dürfen verstößt.⁷⁾ Die Zustimmung des wirtschaftlich Berechtigten ist jedoch wie bei allen Vermögensdelikten auch bei der Untreue nach allgemein strafrechtlichen Regeln zulässig (dazu noch Pkt D).⁸⁾

Der Geschäftsführer einer GmbH ist schon aufgrund des Gesetzes zur uneingeschränkten (und unbeschränkbareren) Vertretung nach außen befugt, ohne dass es einer vertraglichen Festlegung seiner Rechte und Pflichten bedürfe. Im Innenverhältnis ist er im **Grundsatz** verpflichtet, seine Vertretungsmacht zum Wohl der GmbH zu nutzen, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns stets den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden.⁹⁾ Die Unanfechtbarkeit oder endgültige rechtliche Wirkung einer rechtlichen Vertretungshandlung ist keine Voraussetzung für die Strafbarkeit wegen Untreue. Selbst wenn sie zivilrechtlich ex tunc nichtig wäre, ist sie nicht per se unwirksam, sondern nur anfechtbar, das Tatbestandsmerkmal des Handelns im Rahmen einer rechtlichen Verfügungs- oder Verpflichtungsmacht im Tatzeitpunkt wäre damit erfüllt.¹⁰⁾

Bei mehreren Geschäftsführern reicht eine **Kollektivvertretungsbefugnis** aus. Ein kollektivvertretungsberechtigter Geschäftsführer, der ohne Einverständnis mit den anderen handelt, verantwortet Befugnismissbrauch als unmittelbarer Täter genauso wie jener, der die Zustimmung der anderen Geschäftsführer durch Verschweigen wesentlicher Umstände oder auch bloß dadurch erreicht, dass er sich auf mangelnde Kontrolle verlässt.¹¹⁾

Missbrauch der Befugnis ist (erst) gegeben, wenn sich der Geschäftsführer nach außen im Rahmen der Befugnis handelnd über Begrenzungen im Innenverhältnis hinwegsetzt und in **unvertretbarer Weise** gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen (vgl nunmehr auch § 153 Abs 2 StGB).¹²⁾ Unvertretbar ist der Gebrauch der Vertretungsmacht außerhalb des Bereichs des vernünftig Argumentierbaren nach Art eines qualifizierten Regelverstößes.¹³⁾

Die entscheidende Antwort auf die Frage, was das Vertretungsorgan im Verhältnis zu der von ihm vertretenen Gesellschaft darf, bestimmt sich bei der Untreue von Gesellschaftsorganen nach dem **Zivil- oder Gesellschaftsrecht**: Mehr oder weniger klare Verhaltensvor-

4) Vgl *Kirchbacher*, WK StGB² § 156 Rz 2, § 157 Rz 1, § 158 Rz 2, § 159 Rz 3, § 160 Rz 2, § 162 Rz 1.

5) Vgl *Rohregger*, WK StGB² § 163a Rz 1.

6) Vgl OGH 22. 5. 1984, 9 Os 51/84; *Kahl* in *Leitner/Brandl/Kert*, Finanzstrafrecht⁴ Rz 207.

7) Vgl RIS-Justiz RS0099024; RS0094545.

8) Vgl JAB 728 BlgNR 25. GP 10.

9) Vgl *Kirchbacher/Sadoghi*, WK StGB² § 153 Rz 4.

10) Vgl RIS-Justiz RS0132854.

11) Vgl OGH 12. 9. 2019, 12 Os 34/18v; 4. 7. 2017, 11 Os 126/16p, 127/16k; 30. 5. 2017, 11 Os 7/17i; 11. 11. 2015, 15 Os 98/14x; 11. 11. 2015, 15 Os 97/14z; RIS-Justiz RS0094845; RS0130419; RS0094442; RS0059509; *Kirchbacher/Sadoghi*, WK StGB² § 153 Rz 18.

12) Vgl schon bisher OGH 27. 7. 1982, 10 Os 170/80; 22. 5. 2013, 15 Os 1/13f; 29. 10. 2013, 11 Os 101/13g; 5. 3. 2013, 14 Os 79/12t; RIS-Justiz RS0094723.

13) Vgl JAB 728 BlgNR 25. GP 1; *Kirchbacher/Sadoghi*, WK StGB² § 153 Rz 28.

gaben und Pflichtwidrigkeitsmaßstäbe für das Vertretungsorgan ergeben sich aus allen sachlich einschlägigen, dem Schutz des Vermögens des wirtschaftlich Berechtigten dienenden materiellen und auch formellen (prozessualen) Vorgaben.¹⁴⁾ Solche Regeln finden sich im Zusammenhang mit gesellschaftsrechtlichen Zusammenhängen in den **einschlägigen Gesetzesbestimmungen** (etwa im GmbHG oder AktG) oder in sonstigen Sondergesetzen (etwa im BWG), doch auch in allen sonstigen Vorschriften, die das Verhalten des Geschäftsführers zum Gegenstand haben können, wie etwa Satzungen, Geschäftsordnungen oder (gesellschaftsrechtliche) Weisungen.

Der Handlungsunwert der Untreue ist deswegen schwierig genau zu erfassen, weil die Begründung des Missbrauchs einen **Rückgriff auf außerstrafrechtliche Regeln** erfordert und gerade nicht immer eindeutig geklärt werden kann, ob ein Verhalten pflichtwidrig war (oder sein wird). Wenn ausdrückliche Regeln zum Pflichtenmaßstab fehlen, gilt der allgemeine – und wenig trennscharfe – Grundsatz, dass der Machthaber die Interessen des Machtgebers „*bestmöglich zu wahren hat*“.¹⁵⁾ Da nämlich weder das Zivilrecht noch das Gesellschaftsrecht eine abschließende Aufzählung sämtlicher Verhaltensvorgaben finden kann, orientiert sich die Rsp bei Fehlen konkreter Verhaltensvorgaben ersatzweise an einem gedachten Vergleichsverhalten eines ordentlichen Geschäftsführers.¹⁶⁾ Gerade in solchen Fällen, in denen das Gesellschaftsrecht ein eindeutiges Unwerturteil über eine Verhaltensweise nicht zu treffen vermag, lässt sich dann im Strafverfahren oft erst nach langer Verfahrensdauer und in manchen Fällen überhaupt erst auf Grundlage des Gutachtens eines Sachverständigen klären, ob das Verhalten bereits zum Entscheidungszeitpunkt missbräuchlich war. Die Arbeitsgruppe Strafrecht 2015 kam im Rahmen der Evaluierung des Reformbedarfs der Untreue zum Ergebnis, dass darin wohl die Kernproblematik deren Anwendung in der Praxis besteht: Denn eine strafrechtliche Unsicherheit bestehe aufgrund der „*teilweise undeutlichen Vorgaben bezüglich eines Sorgfaltsmaßstabs im Zivilrecht und kann das Strafrecht keinen Beitrag zur Veränderung oder Klarstellung der zivilrechtlichen Verpflichtungen leisten*“.¹⁷⁾

D. Grauzone: Strafbefreiende Zustimmung der Muttergesellschaft

Bei der Untreue ist eine Zustimmung des wirtschaftlich Berechtigten auch nach den Regeln des allgemeinen Strafrechts zu beurteilen (vgl auch § 153 Abs 2 StGB).¹⁸⁾ Demzufolge schließt das mängelfreie, spätestens im Tatzeitpunkt gegebene und seinerseits nicht pflichtwidrige **Einverständnis des wirtschaftlich Berechtigten** als Rechtsgutträger einen Befugnisfehlgebrauch (also einen Verstoß gegen das rechtliche Dürfen) des Machthabers grundsätzlich aus (man spricht strafrechtlich von tatbestandsausschließendem Einverständnis, weil es bereits das objektive Tatbestandsmerkmal des Befugnisfehlgebrauchs beseitigt).¹⁹⁾ Eine solche Zustimmung darf zunächst, um den Befugnisfehlgebrauch wirksam zu beseitigen, nicht auf **unrichtiger oder unvollständiger Information** des wirtschaft-

lich Berechtigten beruhen (etwa, wenn der Geschäftsführer die Gesellschafter bewusst falsch oder unvollständig informiert).²⁰⁾ Sie muss zudem spätestens im **Zeitpunkt der Vertretungshandlung** des Machthabers erteilt worden sein; eine nachträgliche Zustimmung ist strafrechtlich nicht ausreichend.²¹⁾

Ist der Machtgeber eine **GmbH** oder eine **AG**, kann die Zustimmung (das Einverständnis), um tatbestandsausschließend zu sein, von den Gesellschaftern als Rechtsgutträger gegeben werden.²²⁾ Fraglich ist, ob nur **alle Gesellschafter** zusammen dazu berechtigt sind, eine strafbefreiende Zustimmung zu Vertretungshandlungen des Geschäftsführers zu erteilen: Im Schrifttum ist diese Ansicht verbreitet, weil nur alle Gesellschafter zusammen in Bezug auf die Gesellschaft ultimativ vermögensberechtigt und daher wirtschaftlich Berechtigte der Gesellschaft sind.²³⁾ Diese Ansicht scheint aber für Kapitalgesellschaften zu eng gefasst, weil sie sich zu wenig am geltenden Gesellschaftsrecht

14) Vgl N. Huber in Kert/Kodek (Hrsg), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 4.24f.

15) Vgl schon OGH 20. 11. 1985, 10 Os 211/84.

16) Vgl N. Huber in Kert/Kodek (Hrsg), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 4.28.

17) Bericht der Arbeitsgruppe, StGB 2015, III – 104 BlgNR 25. GP – Bericht – Hauptdokument, 38.

18) Vgl JAB 728 BlgNR 25. GP 11.

19) Vgl OGH 10. 7. 2019, 13 Os 128/18z; RIS-Justiz RS0094545 (T 18); vgl dazu auch Kirchbacher/Sadoghi, WK StGB² § 153 Rz 30/1; Artmann, Wirtschaftskriminalität und Gesellschaftsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2008) 246; Bollenberger/Wess, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, RdW 2014, 248; Hinterhofer, Voraussetzungen und Grenzen strafbefreiender Zustimmung der Gesellschafter bei der Untreue, in Hinterhofer (Hrsg), Praxishandbuch Untreue 127; Lewisch, Aktuelles zum Wirtschaftsstrafrecht und zu Wirtschaftsstrafverfahren, in Bundesministerium für Justiz (Hrsg), 41. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2014) 5 (12).

20) Vgl RIS-Justiz RS0094764; vgl auch Hinterhofer, Voraussetzungen und Grenzen strafbefreiender Zustimmung der Gesellschafter bei der Untreue, in Hinterhofer (Hrsg), Praxishandbuch Untreue 141f mwN.

21) Vgl OGH 10. 7. 2019, 13 Os 128/18z; 11. 10. 2017, 13 Os 55/17p; RIS-Justiz RS0131818; vgl auch Hinterhofer, Voraussetzungen und Grenzen strafbefreiender Zustimmung der Gesellschafter bei der Untreue, in Hinterhofer (Hrsg), Praxishandbuch Untreue 142 mwN.

22) Vgl OGH 10. 7. 2019, 13 Os 128/18z; 19. 4. 2018, 17 Os 23/17m; 19. 4. 2018, 17 Os 15/17k; RIS-Justiz RS0132027; Lewisch, Gesellschaftsrecht und Strafrecht nach „Libro“, in Lewisch (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2014, 19 (22f); Hinterhofer, Voraussetzungen und Grenzen strafbefreiender Zustimmung der Gesellschafter bei der Untreue, in Hinterhofer (Hrsg), Praxishandbuch Untreue 123 (129ff); N. Huber, Die Organuntreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften 171f und 180ff; bei der AG noch dagegen OGH 30. 1. 2014, 12 Os 117/12, 118/12p („Libro“); RIS-Justiz RS0129283; vgl dazu etwa Bollenberger/Wess, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, RdW 2014, 250; Kalss, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, ecolex 2014, 498; Lewisch/Huber, Untreue zulasten einer Kapitalgesellschaft trotz Gesellschafterzustimmung? Anmerkungen zu OGH 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p), „Libro“, RdW 2014, 567 (567); McAllister, „Sonderdividende“ an Alleinaktionär: Untreue gemäß § 153 StGB? Anmerkung zu 12 Os 117/12s, 118/12p, in Hinterhofer (Hrsg), Praxishandbuch Untreue 97f.

23) Vgl etwa Artmann, Wirtschaftskriminalität und Gesellschaftsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2008) 251f; Eckert/Tipold, Strafbare Sonderdividenden, GES 2013, 59 (68f); Lewisch, Aktuelles zum Wirtschaftsstrafrecht und zu Wirtschaftsstrafverfahren, in Bundesministerium für Justiz (Hrsg), 41. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2014) 5 (13); Plöckinger, Strafbarkeit wegen Untreue trotz Zustimmung der Gesellschafter, GES 2012, 387; Ruffler, Strafrechtliche Untreue und Gesellschaftsrecht, in Grünwald/Schummer/Zollner (Hrsg), Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis (2012) 533 (545f).

orientiert; denn nicht nur alle Gesellschafter zusammen, sondern auch dazu berufene Organe der Gesellschaft können den Willen der Kapitalgesellschaft rechtswirksam bilden. Die Gesellschafterversammlung ist das **oberste Willensbildungsorgan** der Kapitalgesellschaft. Die formalen Vorgaben des Gesellschaftsrechts für eine wirksame Willensbildung sollten **also auch für das Strafrecht beachtlich** sein, also die (ordnungsgemäß einberufene) Gesellschafterversammlung die Befugnis haben, einer Vertretungshandlung des Geschäftsführers mit strafbefreiender Wirkung zuzustimmen.²⁴⁾ Dabei sollten (formal) nichtige Beschlüsse dazu führen, dass ein rechtmäßig gebildeter Wille der Gesellschaft nicht mehr gegeben und daher ein wirksames Einverständnis nicht erteilt worden ist; bloß anfechtbare Beschlüsse sollten aber grundsätzlich rechtswirksam sein und auch eine nachträgliche Aufhebung des Beschlusses durch das Gericht keine (sodann rückwirkende) Strafbarkeit des Geschäftsführers bewirken.²⁵⁾ Gesellschaftsrechtlich **formal rechtswirksame Beschlüsse** sollten also eine **strafrechtlich wirksame Zustimmung** (hinsichtlich der Untreue) bieten, auch dann, wenn sie nicht verbindlich sind (etwa wegen des Verstoßes gegen Kapitalerhaltungsvorschriften [§ 82 Abs 1 GmbHG; § 52 AktG]), außer der Schutzzweck der Vorschriften, welche die inhaltliche Nichtigkeit des Beschlusses anordnen, erfasst gerade das Vermögen der Gesellschaft (etwa die Sicherung der Gleichbehandlung aller Gesellschafter als Zweck der Kapitalerhaltungsvorschriften).²⁶⁾

Ist die **Gesellschafterin eine juristische Person**, werden deren Gesellschafterrechte durch das nach außen vertretungsbefugte **Organ** wahrgenommen, dessen Zustimmung (Weisung) daher einen Befugnismissbrauch auf Ebene der Tochtergesellschaft ausschließen kann.²⁷⁾ Nach der Rsp des OGH bei einer GmbH aber nur dann, wenn die Weisung überhaupt rechtswirksam, also für den Geschäftsführer der GmbH verbindlich ist. Bei Weisungen (Gesellschafterbeschlüssen), die (absolut) nichtig (und nicht bloß iSd § 41 GmbHG anfechtbar) sind, soll dies nach der Rsp (ohne Differenzierungen bezüglich der Nichtigkeit) nicht der Fall sein.²⁸⁾ Besteht bei der Gesellschafterin Gesamtvertretung, wird die Anordnung aber nur von einem Mitglied des Vertretungsorgans erteilt, fehlt es bereits überhaupt an einer Zustimmung (Weisung) der Gesellschafterin durch ihr Vertretungsorgan.²⁹⁾ Die **Vermögensinteressen der wirtschaftlich Berechtigten** hat jedoch (auch) der organschaftliche Vertreter der (Allein-)Gesellschafterin gegenüber den vertretungsbefugten Organen der Tochtergesellschaft wahrzunehmen. Eine diesbezügliche Pflichtwidrigkeit der Zustimmung steht deren strafbefreiender Wirkung auf Ebene der Tochtergesellschaft entgegen. Die Pflichtwidrigkeit ist (wiederum) am Maßstab der Vermögensinteressen zu messen, die das nach außen vertretungsbefugte Organ der juristischen Person als (Allein-)Gesellschafter-

in **dieser Funktion zu wahren** hat. Wirken etwa beide Vertretungsorgane von Mutter- und Tochtergesellschaft kollusiv zum Nachteil des wirtschaftlich Berechtigten zusammen, entfaltet das Einverständnis des Vertretungsorgans der Alleingesellschafterin (selbstverständlich) keine strafbefreiende Wirkung.³⁰⁾

Eine **Weisung des Vertretungsorgans der Muttergesellschaft** bietet für den Geschäftsführer einer Servicegesellschaft bei für die von ihm vertretene Gesellschaft vermögensnachteiligen Vertretungshandlungen also nur dann eine strafbefreiende Wirkung (bezüglich der Vermögensschädigung der Gesellschaft hinsichtlich der Untreue, nicht aber etwa der Gläubigerschutzdelikte oder Bilanzdelikte), wenn sie willensmangelfrei und rechtzeitig ist sowie das Vertretungsorgan seinerseits pflichtgemäß die Vermögensinteressen des wirtschaftlich Berechtigten der Muttergesellschaft wahrt. Sollte der Geschäftsführer einer Servicegesellschaft tatsächlich einem **Irrtum** über das Vorliegen dieser Voraussetzungen (insb die Wahrung der Vermögensinteressen der wirtschaftlich Berechtigten der Muttergesellschaft), also über die vermeintlich den Befugnismissbrauch beseitigende, strafbefreiende Wirkung einer solchen Anordnung (Weisung) oder Beschlusses unterliegen (bei der Untreue aufgrund des objektiven Tatbestandsmerkmals des Befugnismissbrauchs kein Verbotsirrtum, sondern ein Tatbestandsirrtum), würde dieser Irrtum das für die Strafbarkeit wegen Untreue erforderliche Wissen über den Befugnismissbrauch beseitigen. Der einschlägigen **Rsp des OGH** liegen jedoch mangelfreie gegenteilige Tatsachenfeststellungen der Erstgerichte zugrunde.³¹⁾

24) Vgl schon *Hinterhofer*, Voraussetzungen und Grenzen strafbefreiender Zustimmung der Gesellschafter bei der Untreue in *Hinterhofer* (Hrsg), Praxishandbuch Untreue, 123 (130–133); *Huber*, Die Organuntreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften (2012) 180f.

25) Vgl *Hinterhofer*, Voraussetzungen und Grenzen strafbefreiender Zustimmung der Gesellschafter bei der Untreue in *Hinterhofer* (Hrsg), Praxishandbuch Untreue, 123 (136–138); *Huber*, Die Organuntreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften (2012) 181.

26) Vgl *Hinterhofer*, Voraussetzungen und Grenzen strafbefreiender Zustimmung der Gesellschafter bei der Untreue, in *Hinterhofer* (Hrsg), Praxishandbuch Untreue 123 (138–140); *Huber*, Die Organuntreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften (2012) 181; *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, eocolex 2014, 497.

27) Vgl OGH 2. 10. 2019, 13 Os 145/18z; 19. 4. 2018, 17 Os 23/17m; 4. 7. 2017, 11 Os 126/16p, 127/16k; 20. 10. 2015, 11 Os 52/15d; RIS-Justiz RS0130392.

28) Vgl OGH 2. 10. 2019, 13 Os 145/18z; 19. 4. 2018, 17 Os 23/17m; 4. 7. 2017, 11 Os 126/16p, 127/16k; 20. 10. 2015, 11 Os 52/15d; RIS-Justiz RS0130392; vgl dazu *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 20 Rz 33f sowie § 41 Rz 13f und 25; *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 191; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 20 Rz 9 und § 41 Rz 14 und 16.

29) Vgl OGH 19. 4. 2018, 17 Os 23/17m; 4. 7. 2017, 11 Os 126/16p, 127/16k; RIS-Justiz RS0130392 (T 2); vgl dazu und zu Fällen der Anscheinsvollmacht, die strafrechtlich einen Irrtum nahelegen, *Rauter*, Weisungserteilung durch gesamtvertretungsbefugte Organe, GRAU 2020, 14 (16) (in diesem Heft).

30) Vgl OGH 10. 7. 2019, 13 Os 128/18z; 19. 4. 2018, 17 Os 23/17m; 19. 4. 2018, 17 Os 15/17k; RIS-Justiz RS0132027.

31) Vgl nur OGH 19. 4. 2018, 17 Os 15/17k, aber auch OGH 10. 7. 2019, 13 Os 128/18z.

→ In Kürze

- Die Pflichten und somit das Strafbarkeitsrisiko des Geschäftsführers einer Servicegesellschaft sind grundsätzlich gleich wie bei jeder anderen Gesellschaft.
- Eine Weisung des Gesellschafters bietet keineswegs stets eine strafbefreiende Wirkung bei strafrechtlich bedeutsamem Verhalten des Geschäftsführers, nur dann, wenn die Zustimmung des Gesellschafters zur strafrechtlich bedeutsamen Rechtsgutsverletzung zulässig und wirksam ist.
- Eine solche strafbefreiende Wirkung ist bezüglich der Vermögensschädigung der Gesellschaft hin-

sichtlich der Strafbarkeit wegen Untreue nur bei willensmangelfreier, spätestens im Tatzeitpunkt gegebener und ihrerseits pflichtgemäßer Zustimmung des Vertretungsorgans der Muttergesellschaft einer Servicegesellschaft gegeben.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Mag. Günther Rebisant ist Rechtsanwalt in Wien.
E-Mail: guenther.rebisant@rebisant.at

Für Sie gelesen

Bernhard Hainz, Erik Pinetz, Roman Alexander Rauter, Günther Rebisant

GRAU 2020/10

Brameshuber, Die Sorgfalt des Arbeitnehmers (2019).

Dass ein Arbeitnehmer – anders als ein Werkunternehmer – keinen konkreten Erfolg schuldet, ist allgemein bekannt. Schuldinhalt ist vielmehr die Erbringung von Diensten in sorgfältiger Art und Weise. Vordergründig müsste bei rein zivilrechtlicher Betrachtung daher die nicht sorgfältige Leistung auch entsprechend negative Konsequenzen für den Leistungserbringer nach sich ziehen können. All dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es an einer eingehenden Untersuchung, worum es sich bei der Pflicht, die Arbeitsleistung sorgfältig zu erbringen, in concreto handelt, bislang gefehlt hat. *Brameshuber* geht mit dem vorliegenden Buch, dem ihre Habilitationsschrift 2018 an der WU Wien zugrunde liegt, diesen Fragen tiefgründig und überzeugend nach.

Eingehend erörtert wird beispielsweise die Frage, worauf sich das sorgfältige, erfolgstrebende Bemühen des Arbeitnehmers eigentlich bezieht. Wird im Schrifttum iZm dem Schadenersatzrecht vertreten, der Sorgfaltsmaßstab sei „im Arbeitsverhältnis herabgesetzt“, so bedarf dies ebenfalls einer Überprüfung. Wie *Brameshuber* zeigt, ist die Sorgfaltspflicht gerade bei Arbeitnehmern in Verantwortungspositionen verstärkt. Auf der Rechtsfolgenseite befasst sich die vorliegende Arbeit vor allem mit der praktisch relevanten, im Schrifttum jedoch bislang nur cursorisch erörterten Frage, ob eine nicht sorgfältige Arbeitsleistung tatsächlich zu keiner Entgeltreduktion führen kann.

Darüber hinaus werden die schadenersatz- und beendigungsrechtlichen Konsequenzen bei nicht sorgfältiger Arbeitsleistung umfassend erörtert. Spannend auch *Brameshubers* Auslotung der Grenzen des Weisungsrechts des Arbeitgebers und die Ausführungen über die Berechtigung bzw sogar Verpflichtung des Arbeitnehmers, gesetzwidrige Weisungen nicht zu befolgen.

Hayden/Thorbauer/Gröhs, Sanierungsinstrumente für Gesellschaften in der Krise, PSR 2020/3, 8.

Die Autoren beschäftigen sich nach einer einleitenden Darstellung von Rechtsnormen, die an die „Krise“ anknüpfen, mit einzelnen Sanierungsinstrumenten, welche auch im Hinblick auf die speziellen Rechtsnormen untersucht werden. Der erste Teil der Aufsatzreihe widmet sich folgenden Instrumenten: Gesellschafterzuschüsse (iwS), Darlehen (iwS), Kapitalherabsetzung, Kapitalschnitt,

Dept-Equity-Swap, Forderungsverzicht und Besserungsvereinbarung. Die Darstellung ist sehr nützlich, weil sie in kompakter Form jeweils insb die Themen Bilanzrecht, Ertragsteuerrecht, URG, Insolvenzrecht und Eigenkapitalersatz behandelt und so einen sehr guten Überblick mit weiterführenden Hinweisen bietet. Abgerundet wird der Beitrag durch eine mehrseitige Tabelle mit Kurzinformationen zu den Sanierungsinstrumenten. Insb auch für Organwalter ein empfehlenswerter Behelf.

Hinweis: In der Fortsetzung der Aufsatzreihe werden voraussichtlich die Themen Bürgschaft, Pfandbestellung, Garantievertrag, privative Schuldübernahme, Schuldbetritt, Erfüllungübernahme, Patronatserklärung, Genussrechte, stille Gesellschaft, Dept-Mezzanine-Swap und Sanierungstreuhand behandelt.

Koppensteiner, Gemeinschaftsunternehmen im Normenvergleich, wbl 2020, 241.

Der Beitrag von *Koppensteiner* beschäftigt sich mit dem Thema des – meist aus dem Rechnungslegungsrecht bekannten – „Gemeinschaftsunternehmens“. Dabei handelt es sich um eine Gesellschaft, welche zwei oder mehreren (Anteile haltenden) Mutterunternehmen zum Zweck der Zusammenarbeit auf einem bestimmten Gebiet dient. Der Autor spürt dem Phänomen aus dem Blickwinkel zahlreicher Rechtsgebiete nach, nämlich: Gesellschaftsrecht (insb § 15 AktG, § 115 GmbHG und daran anknüpfende Normen sowie § 9 EKEG), Rechnungslegungsrecht, Kartellrecht und Fusionskontrolle, Arbeitsrecht. *Koppensteiner* weist selbst auf den Umstand hin, dass bestimmte Themenstellungen aus Platzgründen ausgespart bleiben, etwa steuerrechtliche Fragen. Die Lektüre ist ua zu empfehlen, weil sie den Blick auf die gesetzgeberischen Konzepte schärft und trotz der kompakten Form der Darstellung für großen Verständnisgewinn sorgt. Weitere Beiträge des Autors zu Themen des Unternehmensverbands sind zu erwarten.

Leyrer, Steuerliche Behandlung von Fruchtgenussvereinbarungen (2020).

Das Werk beruht auf der Dissertation des Autors an der Wirtschaftsuniversität Wien; die Darstellung der einzelnen Facetten von Fruchtgenussvereinbarungen ist umfangreich (ca 296 Seiten inkl Verzeichnissen), übersichtlich und gut verständlich. Allge-