Festschrift für Gabriele Schmölzer

HERAUSGEGEBEN VON

Dr. Sebastian Gölly, MA
Dr.in Nina Kaiser

LexisNexis®

Der wirtschaftlich Berechtigte im Konzern

Robert Kert

I. Problemaufriss

Mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (StRÄG 2015)[1] wurde der Tatbestand der Untreue (§ 153 StGB) geändert. Die wesentlichste Änderung betraf die Einführung einer Definition des Befugnismissbrauchs in § 153 Abs 2 StGB. Ausgangspunkt für diese Änderungen war unter anderem die „Libro"-Entscheidung[2] des OGH, in welcher dieser aussprach, dass auch die Zustimmung des Vorstands der Muttergesellschaft zu einem Befugnisgebrauch keine Einschränkung der Strafbarkeit bewirkt, weil die Aktiengesellschaft selbst durch den Untreue-Tatbestand geschützt werde. Ein Ziel der Gesetzesänderung war es, einen Befugnismissbrauch auszuschließen, wenn der wirtschaftlich Berechtigte dem Gebrauch der Befugnis zustimmt.

Mittlerweile hat der OGH in mehreren Entscheidungen[3] – zumindest für GmbH und AG – klargestellt, wer wirtschaftlich Berechtigter einer dieser Gesellschaften ist. Er geht davon aus, dass die Anteilseigner der jeweiligen Gesellschaften – Gesellschafter und Aktionäre – die wirtschaftlich Berechtigten sind. Wenig geklärt ist bisher allerdings, wer wirtschaftlich Berechtigter in Konzernen ist, in denen Gesellschaften wechselseitig Anteilseigner anderer Konzerngesellschaften sind und die wirtschaftlichen Entscheidungen von der Konzernspitze getroffen werden. Der folgende Beitrag, den ich *Gabriele Schmölzer* mit herzlichen Glückwünschen zu ihrem 65. Geburtstag widme, soll der Frage nachgehen, wer in Konzernen wirtschaftlich Berechtigter ist, insbesondere in solchen Fällen, in denen an der Spitze des Konzerns eine Person steht, welche die richtungsweisenden Entscheidungen für die Konzerngesellschaften trifft.

II. Befugnismissbrauch als Verstoß gegen Regeln, die das Vermögen des wirtschaftlich Berechtigten schützen

Die durch das StRÄG 2015 eingeführte Legaldefinition des Befugnismissbrauchs in § 153 Abs 2 StGB verlangt, dass *„in unvertretbarer Weise gegen Regeln verstoßen wird, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen"*. Es kommt somit darauf an, dass in unvertretbarer Weise gegen Regeln verstoßen wird, die das Vermögen des wirtschaftlich Berechtigten schützen. Unter Bezugnahme auf die Rsp zur Ein-Personen-GmbH[4] betonte der Initiativantrag[5] zur Änderung des Untreue-Tatbestands, dass bei der Beantwortung der Frage, ob ein Befugnismissbrauch vorliegt, nicht *„die formal-juristischen Rechtsverhältnisse"*, sondern die *„wirtschaftlich-faktischen Gegebenheiten"* maßgeblich sein sollen. Untreue scheide daher aus, wenn eine Vertretungshandlung zwar formal den Machtgeber schädige, der diesbezügliche Nachteil aber

1 BGBl I 2015/112.
2 OGH 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p).
3 OGH 17 Os 15/17k; 13 Os 128/18z; 14 Os 94/21m.
4 OGH 10 Os 170/80 SSt 53/45.
5 IA 1110/A 25. GP 4.

wirtschaftlich dem hinter dem Machtgeber stehenden Berechtigten zugute komme. Der Gesetzgeber hatte damit solche gesellschaftsrechtlichen Konstellationen im Kopf, in denen Gesellschafter ihr Kapital in juristische Personen investiert haben. Wenn es daher hinter einer juristischen Person einen wirtschaftlich Berechtigten gibt, soll nur dann ein Befugnismissbrauch vorliegen, wenn gegen Regeln verstoßen wird, die dessen Vermögen schützen.[6]

Ein Befugnismissbrauch setzt daher voraus, dass gegen Regeln verstoßen wird, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Verstöße gegen bloß organisatorische oder andere Regeln, die nicht dem Schutz des Vermögens des wirtschaftlich Berechtigten, sondern Interessen Dritter (etwa von Gläubigern, Mitbewerbern oder auch anderen Berechtigten) dienen, begründen keinen Befugnismissbrauch.[7]

III. Der wirtschaftlich Berechtigte iSd § 153 Abs 2 StGB

A. Kriterien für die Stellung als wirtschaftlich Berechtigter

Der Gesetzgeber verwendet zwar den Terminus *„wirtschaftlich Berechtigter"* in § 153 Abs 2 StGB, definiert aber nicht, wer ein wirtschaftlich Berechtigter sein könnte. Dem Strafrecht war der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten bis zum StRÄG 2015 fremd.[8] Nach den Erläuterungen zum Initiativantrag und der hM sind darunter bei Kapitalgesellschaften die hinter diesen stehenden Anteilseigner, dh bei der AG die Aktionäre, bei der GmbH die Gesellschafter, zu verstehen.[9] Dahinter steht die Überlegung, dass die Gesellschaft ein Instrument zur Verfolgung der Interessen der Gesellschafter darstellt und kein eigenständiges – gegenüber den Gesellschaftern selbstständiges – Bestandsinteresse besitzt.[10] Da die Gesellschafter dazu in der Lage sind, die Gesellschaft als Ganzes zu liquidieren, müsse ihnen *argumentum a maiore ad minus* auch gestattet sein, in die Schädigung der Gesellschaft einzuwilligen.[11]

Nach der in der Literatur vertretenen und von der Judikatur übernommenen Ansicht sollen wirtschaftlich Berechtigte einer juristischen Person diejenigen sein, denen gegenüber die juristische Person kein durchsetzbares Bestandrecht hat, deren Interessen die Gesellschaft verfolgt und die *„das Recht"* haben, *„die juristische Person (im Wege der Liquidation) aufzulösen und sich deren (Netto-)Vermögen nach den einschlägigen Regeln zuzueignen"*.[12] Andere Personen, etwa Gläubiger, Dritte oder Arbeitnehmer, sollen hingegen nicht wirtschaftlich Berechtigte sein, deren Vermögen durch den Tatbestand der Untreue geschützt wird. Sie haben zwar auch ein Interesse am Fortbestand bzw an der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft, aber sie sind nicht materielle Träger des Machtgebervermögens.[13]

---

6 *Lewisch* in *Kodek* 105 (112).
7 OGH 14 Os 94/21m.
8 *Kert* in *Kodek* 1 (6).
9 IA 1110/A 25. GP 4; *Hinterhofer* in *Hinterhofer* 123 (129 ff); *McAllister*, ÖJZ 2015, 780 (785).
10 *Fuchs* in *Lewisch* 345 (355); *Lewisch/Huber*, RdW 2014, 567 ff; *McAllister* in *Hinterhofer* 97 (108).
11 *Bollenberger/Wess*, RdW 2014, 247.
12 OGH 13 Os 128/18z; *Mayerhöfer*, ZWF 2019, 180; *Lewisch* in *Kodek* 105 (112); vgl auch *Fuchs* in *Lewisch* 345 (355); *Kienapfel/Schmoller*, BT II^2 § 153 Rz 63 f; *Höcher/Kahl*, ecolex 2017, 661 (665 f).
13 *Fuchs* in *Lewisch* 345 (353).

Für den Gesetzgeber des StRÄG 2015 stellt somit der Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft den Idealtypus des wirtschaftlich Berechtigten dar. Damit von einem wirtschaftlich Berechtigten gesprochen werden kann, soll daher eine Person eine ähnliche Stellung wie ein solcher Anteilseigner haben.[14] Folglich müssen deren Rechte und vor allem Einflussmöglichkeiten in Art und Ausmaß ähnlich etwa jenen von Gesellschaftern einer GmbH sein. Letzteren kommen nach dem Gesetz weitgehende Vermögens- und Herrschaftsrechte zu. Nach hM ist von einem wirtschaftlich Berechtigten daher dann auszugehen, wenn

- der Person die grundsätzlich unbeschränkte Möglichkeit der Liquidation der Gesellschaft zukommt,
- sie sich das im Wege der Liquidation der Gesellschaft verbleibende Vermögen der Gesellschaft aneignen kann,
- ihr eine dominierende Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung und die Gebarung der Gesellschaft zukommt,
- sie einen regelmäßigen Anspruch auf den erwirtschafteten Bilanzgewinn hat,
- sie in die Strukturen der Gesellschaft eingebunden ist, indem ihr eine (vermögensrechtliche) Beteiligung an der Gesellschaft im Wege des jeweils zugeordneten Geschäftsanteils zukommt.[15]

Es wird davon ausgegangen, dass diese Kriterien kumulativ vorliegen müssen.[16] Dies gilt jedoch nicht absolut. Es geht darum, dass sich aus einer Gesamtwertung der Faktoren der beherrschende wirtschaftliche Einfluss der Person auf die Gesellschaft ergibt. Abhängig von der Konstellation können die Kriterien in unterschiedlicher Ausprägung und Intensität vorhanden sein. Besonders stark ausgeprägte Kriterien können ein schwächer ausgeprägtes Merkmal ausgleichen oder durch ein anderes Kriterium (teilweise) ersetzt werden. Die Stellung als wirtschaftlich Berechtigter ist nicht bereits dann zu verneinen, wenn die in Betracht kommende Person nicht die exakt gleichen Möglichkeiten wie der GmbH-Gesellschafter (oder eines Aktionärs einer AG) hat; es ist vielmehr ein Typenvergleich anzustellen und in einer Art Gesamtschau zu beurteilen, ob insgesamt die Kriterien in einer Weise erfüllt sind, um davon sprechen zu können, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten in einer mit dem Gesellschafter der GmbH vergleichbaren Weise bestehen.[17]

Was gilt aber in einem Konzern, in dem eine oder mehrere Person(-en) die eigentlichen wirtschaftlichen Entscheidungen treffen und auch die finanziellen Mittel zur Verfügung stellen (allenfalls Gesellschafter der Muttergesellschaft sind), sie aber nicht selbst Gesellschafter oder Aktionäre der jeweiligen Tochter- oder Enkelgesellschaften im Konzern sind? Sie stellen zwar die finanziellen Mittel zur Verfügung, Gesellschafter der Tochter- oder Enkelgesellschaften sind jedoch juristische Personen, deren Organe die Interessen jener Person oder Personen vertreten, die die finanziellen Mittel bereitstellen. Ist es in einer solchen Konstellation sachgerecht, auf die formalen Kriterien abzustellen, dass jemand Anteilseigner ist?

14 Vgl *Mayerhöfer*, ZWF 2019, 180 (184); *Kert* in FS Brandstetter 171 (177).

15 Eingehend *Mayerhöfer*, ZWF 2019, 180 (184 f); vgl auch *Kert* in FS Brandstetter 171 (177).

16 *Mayerhöfer*, ZWF 2019, 180 (184 f); aA *McAllister*, JSt 2021, 357 (359), die vorschlägt, dass die Merkmale in einem beweglichen System zueinander stehen.

17 Vgl *McAllister*, JSt 2021, 357 (360).

Entspricht der bloß formale Blick auf die Gesellschafterstellung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, auf die der Gesetzgeber eigentlich abstellen wollte?

B. Vergleich mit dem Geldwäscherecht

Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten war zwar dem österreichischen Strafrecht vor 2015 fremd, er wird aber vor allem im Geldwäscherecht schon länger und dort meist synonym mit jenem des wirtschaftlichen Eigentümers verwendet.[18] Nach der Geldwäsche-Verordnung[19] fallen darunter *„alle natürlichen Personen, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle eine juristische Person, ein Express Trust oder eine ähnliche Rechtsvereinbarung letztlich steht"* (Art 2 Abs 1 Z 28 EU-Geldwäsche-Verordnung). Das wirtschaftliche Eigentum haben somit die Personen, die das Eigentum an einer juristischen Person tatsächlich kontrollieren oder davon profitieren, wenn der Titel oder das Eigentum auf den Namen einer anderen Person lautet. Es geht hier also nicht so sehr um die formale Stellung als um den tatsächlichen Einfluss oder die tatsächliche wirtschaftliche Macht über die juristische Person.

Gem § 2 Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz (WiEReG) sind wirtschaftliche Eigentümer alle natürlichen Personen, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle ein Rechtsträger letztlich steht. Darunter fallen zum einen auch indirektes wirtschaftliches Eigentum in dem Sinne, dass natürliche Personen über eine Beteiligungskette wirtschaftliches Eigentum an einem Rechtsträger haben, und zum anderen, dass solche Personen Kontrolle über den Rechtsträger ausüben.[20] Sowohl der europäische als auch der österreichische Rechtsakt greifen bestimmte, wirtschaftlich bedeutsame Kunden bzw Rechtsträger heraus, um deren wirtschaftliche Eigentümer näher zu bestimmen.

Das deutsche Geldwäschegesetz (GwG) verwendet – im Unterschied zum österreichischen Recht – den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten und geht davon aus, dass es sich dabei um natürliche Personen handelt, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle der Vertragspartner letztlich steht, oder um natürliche Personen, auf deren Veranlassung hin eine Transaktion letztlich durchgeführt oder eine Geschäftsbeziehung letztlich begründet wird (§ 3 dGwG). In der Folge führt das Gesetz exemplarisch eine Reihe von Personen an, die zu den wirtschaftlich Berechtigten zählen. Dabei handelt es sich stets um natürliche Personen, die entweder aufgrund ihrer Kapitalanteile, Stimmrechte oder auf sonstige Weise Kontrolle über die juristische Person ausüben. Bei Stiftungen und Rechtsgestaltungen, mit denen treuhänderisch Vermögen verwaltet oder verteilt oder die Verwaltung oder Verteilung durch Dritte beauftragt wird, zählen solche natürlichen Personen zu den wirtschaftlich Berechtigten, die unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss auf die Vermögensverwaltung oder Ertragsverteilung ausüben.

Aus den Definitionen ergibt sich, dass als wirtschaftlich Berechtigte stets natürliche Personen angesehen werden, die entweder aufgrund ihrer Kapital- oder Stimmrechtsanteile eine wesentliche Kontrollfunktion bei juristischen Personen ausüben oder aber die unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss auf die Vermögensverwaltung, Ertragsverteilung

18 Vgl *Kalss/Nicolussi*, GesRZ 2015, 221 (222).

19 Verordnung (EU) 2024/1624 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. Mai 2024 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems für Zwecke der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung, ABl L 2024/1624.

20 Ausführlich dazu *Reiner/Zahradnik*, WiEReG § 2 Rz 36 ff und 67 ff.

oder sonstige wirtschaftliche Entscheidungen ausüben. Gemeinsames Merkmal ist dabei, dass es sich um natürliche Personen handelt, die direkt oder indirekt einen ausreichenden Anteil von Aktien oder Stimmrechten halten, ausreichend an der Gesellschaft beteiligt sind (einschließlich in Form eines Geschäfts- oder Kapitalanteils) oder Einfluss und Kontrolle auf die alltägliche Geschäftsführung der Gesellschaft ausüben.

Das Geldwäscherecht stellt somit für die wirtschaftliche Berechtigung nicht zwingend auf eine formale Stellung als Anteilseigner ab, sondern es geht darum, dass die Person – in welcher Form auch immer – unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung, Vermögensverwaltung oder Ertragsverteilung ausübt.[21]

C. Schlussfolgerung für die Definition des wirtschaftlich Berechtigten im Untreuestrafrecht

Legt man die oben genannten Kriterien zugrunde, dann sind für die Einordnung als wirtschaftlich Berechtigter zum einen der dominierende Einfluss auf die Geschäftsführung, Gebarung und Ertragsverteilung der Gesellschaft, und auf der anderen Seite die wirtschaftliche Verknüpfung mit der Gesellschaft entscheidend. Die formale (gesellschaftsrechtliche) Stellung der Person ist zwar ein Indiz dafür, ob jemand wirtschaftlich Berechtigter ist, sie ist aber kein zwingendes Erfordernis. Wirtschaftlich Berechtigter kann aber nur sein, wer in irgendeiner Weise tatsächlichen Einfluss auf und wirtschaftliche Macht über die Gesellschaft hat. Außenstehende, die nur ein wirtschaftliches Interesse am Bestehen der Gesellschaft haben, können hingegen nicht wirtschaftlich Berechtigte sein.

Bezieht man dies auf den wirtschaftlich Berechtigten im Sinne der Untreue, ist daraus zu schließen, dass zwar Außenstehende, wie bspw Gläubiger, nicht wirtschaftlich Berechtigte sein können. Allerdings gibt es auch Personen, die zwar formell nicht in die Gesellschaft eingegliedert sind, die aber die finanziellen Mittel für die Gründung der Gesellschaft zur Verfügung stellen, indirekt über andere Wege an der Gesellschaft beteiligt sind und auch entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausüben. Können diese als wirtschaftlich Berechtigte angesehen werden?

Die Rechtsprechung setzte sich bisher nur mit solchen Konstellationen auseinander, in denen der Gesellschafter selbst der wirtschaftlich Berechtigte ist, dies selbst dann, wenn es sich beim Gesellschafter wiederum um eine juristische Person handelt. Für diesen Fall hat der OGH ausgesprochen, dass die Muttergesellschaft als Anteilseignerin die wirtschaftlich Berechtigte ist und die Vertretungsorgane der Gesellschaft zur Zustimmung befugt sind.[22] Dies lässt aber die Frage unbeantwortet, wie der Sachverhalt zu beurteilen ist, wenn hinter der Muttergesellschaft oder einer anderen übergeordneten Gesellschaft eine (natürliche) Person steht, die tatsächlich faktisch entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft ausübt und die finanziellen Mittel zur Verfügung stellt.

21 S zum Ganzen *Kert* in FS Brandstetter 171 (179 f).
22 OGH 11 Os 126/16p (11 Os 127/16k).

D. Wirtschaftlich Berechtigter in einem Konzern

Indem der Gesetzgeber in § 153 Abs 2 StGB auf den wirtschaftlich Berechtigten abgestellt hat, hat er zum Ausdruck gebracht, dass durch den Tatbestand der Untreue nicht (allein) das Vermögen des Machtgebers, bei dem der Vermögensschaden eintreten muss, geschützt wird, sondern (auch) das Vermögen von hinter dem Machtgeber stehenden Personen, die wirtschaftlich (vorrangig) geschützt werden sollen. Es wird somit hinter eine juristische Person auf jene Personen geschaut, die aufgrund der wirtschaftlich-faktischen Gegebenheiten entsprechend ihren Anteilen berechtigt sind und die über den Bestand der juristischen Person entscheiden.[23] Das heißt, es geht um die hinter dem Machtgeber stehende(n) Person(en), die wirtschaftlich tatsächlich das Sagen hat (haben); bei Kapitalgesellschaften können das beispielsweise die Anteilseigner entsprechend ihren Anteilen und Stimmrechten sein.[24] Damit hat der Gesetzgeber aber die Entscheidung getroffen, dass bei juristischen Personen für die Beurteilung des Befugnismissbrauchs auf die Person abzustellen ist, die aufgrund der wirtschaftlich-faktischen Gegebenheiten wirtschaftlich dominierenden Einfluss auf oder Kontrolle über die Tätigkeit des Machthabers ausübt. Wenn aber aufgrund dieser gesetzgeberischen Entscheidung auf diese Personen hinter dem Machtgeber geschaut wird, gibt es keinen Grund, nicht auch hinter jene juristischen Personen zu blicken, die an der Machtgeber-Gesellschaft beteiligt sind. Es muss jeweils im Einzelfall beurteilt werden, wer den beherrschenden Einfluss auf die wirtschaftlichen Entscheidungen ausübt und wer die juristische Person wirtschaftlich beherrscht.[25] Denn auch hier gilt, dass wirtschaftlich Berechtigte jene Personen sind, denen wirtschaftlich das Vermögen zuzuordnen ist und welche die entsprechenden Einflussmöglichkeiten auf die wirtschaftlichen Entscheidungen der juristischen Person haben. Es spricht daher auch nichts dagegen, dass dieser Blick nicht auf die (unmittelbaren) Anteilseigner der Gesellschaft beschränkt, sondern auf jene Person abgestellt wird, der tatsächlich dieser Einfluss und diese wirtschaftliche Macht zukommt. Im Gegenteil, wirtschaftlich Berechtigter ist derjenige, der über Bestand und wirtschaftliche Interessen der juristischen Person bestimmt.[26] Denn wenn man auf den wirtschaftlich Berechtigten abstellt, kann dieser auch einige Ebenen weiter „oben" stehen.

Daher geht es bei der Beurteilung, wer wirtschaftlich Berechtigter ist, stets darum, wer faktisch die oben genannten Kriterien erfüllt. Das Konzept des wirtschaftlich Berechtigten im Zusammenhang mit § 153 StGB macht nur dann Sinn, wenn auf jene Personen abgestellt wird, die tatsächlich wirtschaftlich das Sagen haben. Dies ist einerseits der Fall, wenn die Person entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft hat, andererseits auch dann, wenn sie der juristischen Person die finanziellen Mittel zur Verfügung stellt und ihr im Fall der Liquidation letztlich auch das Vermögen der juristischen Person – allenfalls auch indirekt – zukommt. Ein bloßes Abstellen auf die unmittelbaren Anteilseigner, denen formal-juristisch zwar die Rechte entsprechend ihrer Anteile zukommen, welche aber nicht diejenigen sind, die das Sagen haben, die wirtschaftlich das Risiko tragen und denen der wirtschaftliche Erfolg zugute kommt, weil sie bloß als „Stellvertreter" agieren, würde wieder nicht die tatsächlichen „wirtschaftlich-faktischen Gegebenheiten" berücksichtigen.

23 Vgl IA 1110/A 25. GP 4.
24 Vgl *Lewisch* in *Lewisch* 177 (184).
25 Ebenso *McAllister*, JSt 2021, 357 (358).
26 *McAllister*, JSt 2021, 357 (358).

Es ist somit zu prüfen, wer die Person ist, der eine dominierende Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung und Gebarung der Gesellschaft zukommt sowie die wirtschaftlich einen dominierenden Einfluss hat, da sie die Möglichkeit hat, der Gesellschaft das Vermögen zu entziehen und sich das verbleibende Vermögen anzueignen.

Insofern ist auch nachvollziehbar, warum in anderen Rechtsbereichen, insb dem Geldwäsche-Recht, für die Qualifikation als wirtschaftlich Berechtigter auf die dahinterstehenden natürlichen Personen abgestellt wird. Denn andernfalls könnte eine natürliche Person ihren tatsächlichen Einfluss und ihr wirtschaftliches Interesse an den Entscheidungen der Konzerngesellschaften in einfacher Weise dadurch verschleiern, dass weitere Gesellschaften zwischengeschaltet werden.

Aus dem folgt, dass es für die Beurteilung, ob jemand wirtschaftlich Berechtigter ist, nicht zwingend erforderlich ist, dass dieser unmittelbar aufgrund seiner formalen rechtlichen Stellung den Einfluss ausübt, sondern er diesen auch über andere Personen – etwa über Geschäftsführer der Tochter-, Enkel- oder Urenkelgesellschaften – ausübt. Geht man beispielsweise davon aus, dass in einem Konzern eine oder mehrere natürliche Personen (indirekt) wirtschaftlich sämtliche Konzerngesellschaften beherrschen, indem sie die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen für alle Gesellschaften treffen, an denen sie zwar selbst keine Anteile halten, aber über andere Gesellschaften bzw deren Organe Einfluss ausüben, werden durch ein Abstellen auf die Muttergesellschaft als Anteilseignerin der Tochtergesellschaft nicht die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt. Eine streng formale Betrachtungsweise kann diese tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse nicht immer oder nur unzureichend abbilden. Werden Gesellschaften auf Initiative und mit den finanziellen Mitteln einer natürlichen Person gegründet und betrieben und trifft diese auch im Hintergrund die wesentlichen Entscheidungen, entspricht die Betrachtung der bloß als Instrument dienenden Muttergesellschaft (und deren Organe) der jeweiligen Gesellschaft nicht den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen, auf die nach den Erläuterungen des Initiativantrags abgestellt werden soll. Dies gilt vor allem dann, wenn die Organe der Tochtergesellschaften als (mittelbare) Stellvertreter oder Treuhänder dieser Person agieren. Wenn die finanziellen Mittel dieser Person auch in der Gesellschaft stecken, trägt sie auch das wirtschaftliche Risiko und hat am wirtschaftlichen Fortgang ein entsprechendes Interesse.

Schließlich ist Voraussetzung für die wirtschaftliche Berechtigung, dass sich die Person im Wege der Liquidation der Gesellschaft das verbleibende Vermögen der Gesellschaft aneignen kann. Hier ist zu prüfen, wem letztlich wirtschaftlich das verbleibende Vermögen der Gesellschaft zukommt. Das Entscheidende ist aber der beherrschende wirtschaftliche Einfluss auf die Geschäftsführung und Gebarung. Dies wird häufig der Anteilseigner sein. Handelt der Anteilseigner aber auf Rechnung und im Interesse eines anderen, der auch die wirtschaftlichen Mittel für die Gesellschaft zur Verfügung stellt, ist ein Abstellen auf den Anteilseigner verkürzt und entspricht nicht den wirtschaftlichen Gegebenheiten.

IV. Strafbarkeit wegen Untreue bei Vermögensverschiebung zwischen Gesellschaften desselben wirtschaftlich Berechtigten

Über das Gesagte hinaus ist weiters zu erwägen, ob ein Befugnismissbrauch überhaupt vorliegt, wenn Vermögen zwischen den Gesellschaften desselben wirtschaftlich Berechtigten verschoben wird. In der Entscheidung 11 Os 126/16p hat der OGH[27] angedeutet, dass die Strafbarkeit unabhängig vom Vorliegen einer wirksamen Zustimmungserklärung ausgeschlossen sein könnte, wenn es lediglich zu einer Vermögensverschiebung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft kommt, nicht aber zu einem *„Vermögensabfluss aus dem Unternehmensverbund"*. Da es im genannten Fall zu einem Abfluss des Vermögens aus dem Vermögensverbund gekommen war, ging der OGH nicht weiter auf diese Möglichkeit ein. Eine solche vom OGH angedachte Betrachtungsweise erscheint dann schlüssig, wenn hinter all den beteiligten Konzerngesellschaften derselbe wirtschaftlich Berechtigte steht. Indem in § 153 Abs 2 StGB bewusst auf den Vermögensschutz des *„wirtschaftlich Berechtigten"* abgestellt wird, ist bei der Beurteilung des Befugnismissbrauchs darauf zu achten, ob es zu einem Verstoß gegen Regeln kommt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Wenn Vermögen lediglich zwischen Gesellschaften desselben wirtschaftlich Berechtigten verschoben wird, kann auch nicht von einem Verstoß gegen Regeln gesprochen werden, die dem Vermögensschutz des(selben) wirtschaftlich Berechtigten dienen. Wenn es bloß zu einer Verschiebung innerhalb eines Unternehmensverbunds desselben wirtschaftlich Berechtigten, nicht jedoch zu einer Vermögensverminderung im Unternehmensverbund kommt, werden nicht die Vermögensinteressen dieses wirtschaftlich Berechtigten beeinträchtigt, denn dieser hat die Möglichkeit, über sein Vermögen frei zu verfügen, jedenfalls solange es nicht zu einem Abfluss aus dem Vermögensverbund kommt. Wenn daher eine (natürliche) Person wirtschaftlich Berechtigter hinsichtlich aller beteiligten Gesellschaften ist, kann davon ausgegangen werden, dass bei einer Verschiebung zwischen diesen gar nicht gegen Regeln verstoßen wird, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Gibt es jedoch mehrere wirtschaftlich Berechtigte, welche mit einer bestimmten Vorgehensweise nicht einverstanden sind, werden auch deren wirtschaftliche Interessen geschützt und liegt bei einem Verstoß gegen diese ein Befugnismissbrauch vor.

Der Vollständigkeit halber sei auch bemerkt, dass ein Vermögensfluss zwischen Konzerngesellschaften nur so lange nicht strafbar ist, als nicht Dritte, insb Gläubiger, durch diese Transaktionen geschädigt sind und damit etwa Gläubigerschutz- oder Bilanzdelikte verwirklicht sind.

V. Tatbestandsausschließendes Einverständnis durch die Zustimmung des wirtschaftlich Berechtigten

Der Initiativantrag zum StRÄG 2015 schlug zusätzlich für § 153 Abs 2 StGB eine ausdrückliche Regelung vor, dass ein Befugnismissbrauch ausgeschlossen sein sollte, *„wenn der*

27 OGH 11 Os 126/16p.

Machtgeber oder der wirtschaftlich Berechtigte der Vertretungshandlung zugestimmt hat". Die zahlreichen im Begutachtungsverfahren vorgebrachten Bedenken, die vor schwer vorhersehbaren Folgen einer derartigen Ausschlussregelung – va auch abseits gesellschaftsrechtlicher Konstellationen – warnten, haben schließlich dazu geführt, dass der Gesetzgeber von dieser Einfügung Abstand nahm.[28]

Aus dem durch das StRÄG 2015 eingefügten § 153 Abs 2 StGB, der für den Befugnismissbrauch auf den Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten abstellt, schließt die überwiegende Meinung[29], dass die Zustimmung des wirtschaftlich Berechtigten einen Befugnismissbrauch ausschließen kann. Auch die Rsp anerkennt grundsätzlich eine solche strafbarkeitsausschließende Möglichkeit der Zustimmung des wirtschaftlich Berechtigten.[30] Es ist davon auszugehen, dass der wirtschaftlich Berechtigte, dessen Vermögen durch die Untreue geschützt wird, auch auf diesen Schutz verzichten kann.

In der Entscheidung „*Immofinanz*"[31] anerkannte der OGH zwar die Möglichkeit des Ausschlusses eines Befugnismissbrauchs durch Zustimmung der Anteilseigner. Ist die einzige Gesellschafterin der GmbH eine AG, wird deren Befugnis (zur Weisung oder Zustimmung) durch ihren Vorstand wahrgenommen. Dessen Weisung könnte daher an sich einen Befugnismissbrauch (auf Ebene der Tochtergesellschaft) ausschließen. Allerdings schränkte der OGH diese Regel ein: Eine Weisung kann nur dann einen Befugnismissbrauch ausschließen, „*wenn diese Weisung (oder Zustimmung) überhaupt rechtswirksam, also für den Geschäftsführer der GmbH verbindlich ist. Bei Weisungen (Gesellschafterbeschlüssen), die – etwa wegen Strafgesetzwidrigkeit – (absolut) nichtig (und nicht bloß im Sinn des § 41 GmbHG anfechtbar) sind, ist dies nicht der Fall*". Beschlüsse der Gesellschafter könnten nur dann einen Befugnismissbrauch ausschließen, wenn diese Weisung (oder Zustimmung) überhaupt rechtswirksam, also für den Geschäftsführer der GmbH verbindlich ist. Dahinter steht der Gedanke, dass wer für das Gebiet des Zivilrechts bestimmte Verfügungen nicht rechtsgültig setzen darf, auch für das Gebiet des Strafrechts eine solche Rechtsmacht nicht in Anspruch nehmen darf.[32]

In der Entscheidung zu 11 Os 126/16p[33] klärte der OGH, dass eine Weisung des GmbH-Gesellschafters an den Geschäftsführer grundsätzlich den Befugnismissbrauch ausschließen könne, sofern die Weisung zivilrechtlich wirksam ist. Wenn Gesellschafter eine juristische Person ist, werden die Gesellschafterrechte vom – nach außen vertretungsbefugten – Geschäftsführungsorgan wahrgenommen. Grundsätzlich könne daher die Weisung des Vorstands der Muttergesellschaft (in diesem Fall einer AG) gegenüber den Geschäftsführern der Tochtergesellschaft genügen, um einen Befugnisfehlgebrauch auf Ebene der Tochtergesellschaft auszuschließen. Die Interessen des wirtschaftlich Berechtigten werden somit durch das nach außen hin vertretungsbefugte Organ wahrgenommen. Allerdings gilt dies nur dann,

28 *Brandstetter*, ZWF 2019, 218 (221).

29 *Kienapfel/Schmoller*, BT II[2] § 153 Rz 61; *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I[16] § 153 Rz 4; *Fuchs* in *Lewisch* 345 (355 f); *Eckert/Spani/Wess*, ZWF 2015, 258 (260 f); *Hinterhofer* in *Hinterhofer* 123 (139 f); differenzierend *Kert/Komenda*, ÖZW 2015, 141 (144).

30 OGH 11 Os 126/16p (11 Os 127/16k); 13 Os 55/17p; 17 Os 15/17k; 14 Os 94/21m.

31 OGH 11 Os 52/15d.

32 Vgl *Mitterdorfer* in *Kert/Kodek* Rz 4.44 mit Verweis auf OGH 18. 1. 1996, 11 Os 144/95t.

33 OGH 11 Os 126/16p (11 Os 127/16k).

wenn die gesellschaftsrechtlichen Vertretungsregeln eingehalten werden. Sind die organschaftlichen Vertreter nur gemeinschaftlich vertretungsbefugt, werden rechtsgeschäftliche Erklärungen grundsätzlich erst dann wirksam, wenn sich sämtliche Gesamtvertreter an ihnen beteiligen. Nur wenn ein Vorstandsmitglied einzelvertretungsbefugt ist, vermag seine alleinige Zustimmung eine tatbestandsausschließende Zustimmung der Muttergesellschaft darzustellen.

In der Entscheidung 17 Os 15/17k[34] wiederholte der 17. Senat das allgemeine Grundprinzip, dass die (mängelfreie) Einwilligung des Machtgebers grundsätzlich den Befugnisfehlgebrauch des Machthabers ausschließe, und meinte, dass die Einwilligungsmöglichkeit auch für die AG gelte. Wenn der Machtgeber eine GmbH oder eine AG sei, könne das Einverständnis, um tatbestandsausschließend zu sein, von den Gesellschaftern (als Rechtsgutträger) gegeben werden. Handle es sich beim einzigen Gesellschafter um eine juristische Person, werden deren Gesellschafterrechte durch das nach außen vertretungsbefugte Organ wahrgenommen. § 153 Abs 2 StGB stelle ausdrücklich klar, dass der Untreuetatbestand (ausschließlich) das Vermögen des wirtschaftlich Berechtigten schütze.

Die Vermögensinteressen der wirtschaftlich Berechtigten hat – neben den vertretungsbefugten Organen der Tochtergesellschaft – der organschaftliche Vertreter der Alleingesellschafterin gegenüber den vertretungsbefugten Organen der Tochtergesellschaft wahrzunehmen. Wirken allerdings die Vertretungsorgane der Mutter- und Tochtergesellschaft kollusiv zum Nachteil des wirtschaftlich Berechtigten zusammen, entfalte das Einverständnis des Vertreters der Alleingesellschafterin keine tatbestandsausschließende Wirkung. In der Entscheidung 17 Os 23/17m[35] verneinte der OGH ein tatbestandsausschließendes Einverständnis für solche Fälle, in denen der Gebrauch der Befugnis nicht im Interesse der wirtschaftlich Berechtigten (B-AG) liegt.

Eine Zustimmung des wirtschaftlich Berechtigten kann nach der Rsp unter folgenden Voraussetzungen den Missbrauch der Befugnis ausschließen:

- Das Einverständnis des wirtschaftlich Berechtigten muss zivilrechtlich gültig und frei von Willensmängeln sein, um strafrechtlich relevant zu sein.[36] Absolut nichtige Gesellschafterbeschlüsse schließen eine tatbestandsausschließende Wirkung der Zustimmung aus.
- Die organschaftlichen Vertreter der Mutter- und der Tochtergesellschaft dürfen nicht kollusiv zum Nachteil des wirtschaftlich Berechtigten zusammenwirken.
- Ist der Machtgeber eine Kapitalgesellschaft, muss – zumindest nach Ansicht des 17. Senats – das Einverständnis *„von den Gesellschaftern"* gegeben werden.
- Die Zustimmung muss zum Tatzeitpunkt vorliegen, um strafrechtlich relevant zu sein. Eine nachträgliche Genehmigung eines Regelverstoßes schließt die Tatbestandsmäßigkeit nicht aus.

Legt man das hier vertretene Verständnis des wirtschaftlich Berechtigten zugrunde, so sind diese Kriterien insofern zu formal, als dass sie bloß Anteilseigner als wirtschaftlich Be-

34 OGH 17 Os 15/17k.
35 OGH 17 Os 23/17m.
36 *Mitterdorfer* in *Kert/Kodek* Rz 4.42; *Hinterhofer* in *Hinterhofer* 123 (129 ff).

rechtigte im Auge haben, in der geschilderten Ausgangssituation der wirtschaftlich Berechtigte aber gerade nicht Gesellschafter der wirtschaftlich agierenden Gesellschaft ist. Stellt man auf die faktisch-wirtschaftlichen Gegebenheiten ab, so sind die formalen gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen nicht (immer) passend, sondern geht es darum, ob der wirtschaftlich Berechtigte, dem nicht zwingend eine Stellung als Anteilseigner zukommt, die Zustimmung erteilt hat. Damit diese wirksam ist, müssen jedenfalls die allgemeinen Voraussetzungen der Einwilligung nach dem Allgemeinen Teil des Strafrechts vorliegen.[37] Insbesondere dürfen keine Willensmängel vorliegen, darf nicht zum Nachteil (anderer) wirtschaftlich Berechtigter gehandelt werden und muss das Einverständnis vor dem Tatzeitpunkt abgegeben werden. Sobald es mehrere wirtschaftlich Berechtigte gibt, müssen diese auch stets alle ihre Zustimmung geben, die alle Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllen. Liegt nicht von allen wirtschaftlich Berechtigten die Zustimmung vor, handelt es sich um einen Befugnismissbrauch, weil gegen Regeln verstoßen wird, die dem Schutz des nicht-zustimmenden wirtschaftlich Berechtigten dienen.

VI. Schlussfolgerungen

Nach den Erläuterungen zum Initiativantrag[38] zur Änderung des Untreue-Tatbestands soll für die Beurteilung, ob ein Befugnissmissbrauch vorliegt, auf die *„wirtschaftlich-faktischen Gegebenheiten"* abgestellt werden. Als Beispiele werden die Anteilseigner bei den Kapitalgesellschaften genannt. Auch die Rechtsprechung sieht die jeweiligen Gesellschafter oder Aktionäre als wirtschaftlich Berechtigte einer Gesellschaft. Diese streng formale Betrachtungsweise bildet zwar in der Regel, nicht aber immer die wirtschaftlich-faktischen Gegebenheiten ab. Besonders in Konzernstrukturen muss derjenige, der die finanziellen Mittel zur Verfügung stellt und der auch wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung aller Konzerngesellschaften ausübt, nicht der Gesellschafter der einzelnen Gesellschaften sein. Vielmehr kann dies jemand sein, der an der Spitze des Konzerns steht und etwa Gesellschafter der Mutter- oder Großmuttergesellschaft ist und wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung aller Gesellschaften ausübt. Wenn er es ist, von dem die Finanzmittel kommen und der im Wesentlichen die Vorgaben für die Geschäftsführung macht, sollte tatsächlich auf die wirtschaftlich-faktischen Gegebenheiten abgestellt und diese Person als wirtschaftlich Berechtigter angesehen werden. In Übereinstimmung mit dem Geldwäscherecht spricht dabei auch einiges dafür, auf die natürliche Person abzustellen, die als „Hintermann" die juristische Person für seine wirtschaftlichen Zwecke einsetzt.[39]

Eine Zustimmung dieser Person kann dann einen Befugnismissbrauch ausschließen, wenn es keine anderen wirtschaftlich Berechtigten gibt, deren Vermögensinteressen ebenfalls durch die Untreue geschützt werden. Auch wenn diese anderen Personen bloß Minderheitsanteile haben, ist deren Zustimmung erforderlich, um den Befugnismissbrauch auszuschließen. Denn auch ihre Vermögensrechte sind geschützt und ein Verstoß gegen ihre Vermögensinteressen begründet einen Befugnismissbrauch. Um eine strafausschließende Zustimmung annehmen zu können, ist daher zunächst zu klären, wer wirtschaftlich Berechtigter ist.

37 Siehe dazu *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT[17] Rz 15.62 ff; vgl auch OGH 13 Os 55/17p.

38 IA 1110/A 25. GP 4.

39 Vgl *McAllister*, JSt 2021, 357 (362).

Literatur

Bertel/Schwaighofer/Venier, Strafrecht Besonderer Teil I[17] (2026)

Bollenberger/Wess, Libro Erkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, RdW 2014, 247

Brandstetter, Zu den Grenzen des Tatbestandes der Untreue nach der StGB-Novelle 2015, ZWF 2019, 218

Eckert/Spani/Wess, Neuregelung des § 153 StGB und Auswirkungen auf die Praxis – Teil I, ZWF 2015, 258

Fuchs, Die Reform der Untreue durch das StRÄG 2015, in *Lewisch* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit: Jahrbuch 2015 (2015) 345

Hinterhofer, Voraussetzungen und Grenzen strafbefreiender Zustimmung, in *Hinterhofer* (Hrsg), Praxishandbuch Untreue (2015) 123

Höcher/Kahl, Von der Untreue und Bildern im Kopf, ecolex 2017, 661

Kalss/Nicolussi, Die wirtschaftlich Berechtigten einer Privatstiftung und eines Trusts, GesRZ 2015, 221

Kert, Untreue aus strafrechtlicher Sicht, in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017) 1

Kert, Der wirtschaftlich Berechtigte im Rahmen der Untreue, in *Dietrich/Glaser/Kert/Tipold* (Hrsg), Festschrift Brandstetter (2022) 171

Kert/Komenda, Untreue neu nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015, ÖZW 2015, 141

Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil[17] (2024)

Kienapfel/Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil II[2] (2017)

Lewisch, Grundsatzfragen der Untreue (neu), in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017) 105

Lewisch, Befugnismissbrauch und „wirtschaftlich Berechtigter" bei der Untreue, in *Lewisch* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit: Jahrbuch 2020 (2020) 177

Lewisch/Huber, Untreue zulasten einer Kapitalgesellschaft trotz Gesellschafterzustimmung, RdW 2014, 567

Mayerhöfer, Überlegungen zum wirtschaftlich Berechtigten iSd § 153 StGB bei einer Privatstiftung nach dem Privatstiftungsgesetz, ZWF 2019, 180

McAllister, „Sonderdividende" an Alleinaktionär: Untreue gemäß § 153 StGB? in *Hinterhofer* (Hrsg), Praxishandbuch Untreue (2015) 97

McAllister, Untreue bei gesellschaftsrechtswidriger Vermögensverschiebung im Konzern? ÖJZ 2015, 780

McAllister, Der wirtschaftlich Berechtigte des Vereins, JSt 2021, 357

Mitterdorfer, Untreue: Altbekanntes und neue Entwicklungen, in *Kert/Kodek* (Hrsg), Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht[2] (2022)

Reiner/Zahradnik, WiEReG. Wirtschaftliche-Eigentümer-Registergesetz. Kommentar (Stand 1. 10. 2021, rdb.at)