

Herausgegeben von
em. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
em. Univ.-Prof. Dr. Konrad Grillberger
em. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Schuhmacher
DDr. Franz W. Urlesberger
Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin

wirtschaftsrechtliche blätter:wbl

Schriftleiter: Wolfgang Schuhmacher

Verlag Österreich

Zeitschrift für österreichisches
und europäisches Wirtschaftsrecht

Heft 12 Dezember 2018 32. Jahrgang

ISSN 0930-3855 WIBLE2 32 (12) 661–720 (2018)

Wirtschaftsrechtliche Blätter 32, 661–668 (2018)
<https://elibrary.verlagoesterreich.at>
wbl 2018, 661

wbl

Der Befugnismissbrauch im Untreuetatbestand des § 153 StGB

von Prof. Dr. Dr. h.c. **Heinrich Honsell**, Salzburg/Zürich

Der Tatbestand einer Untreue (die keine Bereicherungsabsicht voraussetzt) entstand als Anlassgesetzgebung im Zuge der Wirtschaftskrise 1931 und besteht fort in § 153 StGB, der den Befugnismissbrauch regelt, also den Fall, dass der Bevollmächtigte etwas tut, was er im Außenverhältnis zwar kann, aber im Innenverhältnis nicht darf. Die Norm verstieß damals gegen das Rückwirkungsverbot und verstößt heute gegen das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot, den alten Grundsatz nulla poena sine lege certa et praevia. Denn § 153 Abs 2 StGB definiert die Untreue (Befugnismissbrauch) ganz unbestimmt als „unvertretbaren Verstoß gegen solche Regeln, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen“. Diese Definition verbindet einen Verweis auf außerstrafrechtliche Regeln mit einem inhaltsleeren, unbestimmten Rechtsbegriff, der gegen § 1 StGB und Art 7 Abs 1 S 1 EMRK verstößt und damit gegen ein Justizgrundrecht und gegen das Rechtsstaatsprinzip der Gewaltenteilung. Seither haben Verfahren wegen Untreue in besorgniserregendem Ausmaß zugenommen. Es ist eine enorme Verunsicherung bei Wirtschaftsführenden und Politikern entstanden und die Grenze zwischen Managementfehlern und kriminellen Handeln wurde verwischt. Die Strafbarkeit kann nicht nur ein Sponsoring und Spenden von Aktiengesellschaften oder nicht marktkonforme Darlehen von Tochtergesellschaften erfassen, sondern, wie unlängst ein nicht rechtskräftiges Urteil des Landesgerichts Salzburg entschieden hat, auch unentgeltliche Verträge zwischen Gebietskörperschaften. Dabei soll auch der Vertreter, der die Interessen seiner Partei gewahrt und ein vorteilhaftes Geschäft abgeschlossen hat, in Haftung genommen werden: Jetzt nicht wegen eigener Untreue, sondern wegen Beitragstäterschaft zur Untreue des Bevollmächtigten auf der anderen Vertragsseite.

Deskriptoren: Akt, kognitiver; Akt, volitiver; Analogieverbot; Arm's length-principle; Befugnismissbrauchs; Beitragstäter; Bereicherungsabsicht; Bereicherungsdelikte; Bestimmtheitsgebot; Derivate; Disziplinarstatut; EGMR; Einheits-tätersystem; Einlagenrückgewähr; EMRK; Ermessen; Finanzhilfe; Gebietskörperschaften; Gewaltenteilung; Hedge-Geschäfte; Justizgrundrecht; Kartellstrafrecht; Kollusion; petitio principii; Petitiones principii; Rechtsbegriff; normativer Rechtsbegriff; unbestimmter Rechtsstaatsprinzip; Regelverstoß; Risikoavers; Rückwirkungsverbot; Sonderdividende; Spekulationsgeschäfte; Spende; Sponsoring; StGB; Swaps; Tatbestand, unbestimmter; Tatbestand, exakter; Terminkontrakte; Treubruchtatbestand; tutor suspectus; unentgeltliche Verträge; Untreue; unvertretbar Verbotsirrtum; Vergleich; Verkehrsadäquat.

ABGB: § 1009, 1013; EMRK: Art 7; dStGB: §§ 224, 248c, 266; Sbg LV: § 10a; StG: Art 205c; StGB: §§1, 2, 5, 9, 12, 13, 34, 128, 132, 133, 142, 145, 147, 153, 154, 163a und b, 219, 313.

- I. Einleitung
- II. Das Bestimmtheitsgebot *nulla poena sine lege certa* nach § 1 StGB und Art 7 Abs 1 S 1 EMRK
- III. Die mangelnde Bestimmtheit von § 153 StGB im Besonderen
- IV. Unentgeltliche Verträge zwischen Gebietskörperschaften
- V. Gibt es eine Beitragstäterschaft zu fremder Untreue durch Abschluss eines für den eigenen Vollmachtgeber vorteilhaften, aber für die Gegenseite ungünstigen Geschäfts?
- VI. Subjektiver Tatbestand

I. Einleitung

Die Untreue ohne Bereicherungsabsicht war 1931 mit der Lex Ehrenfest in § 205c StG eingeführt worden, weil man nach dem im Gefolge der Weltwirtschaftskrise drohenden Zusammenbruch der Credit-Anstalt, der durch eine Staatsgarantie abgewendet wurde, offenbar einen „Sündenbock“ brauchte.¹⁾ Ähnlich war es in Deutschland, wo der weite Treubruchtatbestand des § 266 dStGB im Mai 1933 von den Nazis eingeführt wurde.²⁾ Im Strafgesetz 1852 und im dRStGB 1871 gab es *keine Untreue ohne Bereicherungsabsicht*, sondern nur die Veruntreuung (Unterschlagung, heute § 133 StGB). Der klassische Fall war der tutor suspectus, der Vormund, der Mündelvermögen veruntreut. Heute gibt es den Tatbestand des Befugnismissbrauchs, der eine Bereicherung des Täters oder eines Dritten gar nicht mehr voraussetzt, sondern einfach angenommen wird, wenn ein Vertreter seine Vollmacht überschreitet, also etwas tut, was er im Außenverhältnis zwar kann, aber im Innenverhältnis nicht darf. § 153 Abs 2 StGB definiert seit der als Präzisierungsvorschlag gedachten Novelle 2015 den Befugnismissbrauch erneut gänzlich unbestimmt als „unvertretbaren Verstoß gegen Regeln zum Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten“. Das geht über den damaligen Anlassfall weit hinaus und bewahrheitet den alten Spruch *hard cases make bad law*. Schon die Einführung des Tatbestands war mit einem schwerwiegenden Verstoß gegen das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot verbunden (*nulla poena sine lege praevia*).³⁾

Verfahren wegen Untreue haben in besorgniserregendem Ausmaß zugenommen und die Grenze zwischen Managementfehlern und kriminellen Handeln verwischt. In Deutschland sprach man geradezu von einer Untreuemode,⁴⁾ und in Österreich hat man festgestellt: „Damit sind die Strafbestim-

mungen gegen Untreue zum wirksamsten und besonders in jüngster Zeit höchst aktuellen Instrument im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität und vor allem gegen die Wirtschaftskorruption geworden; denn mit ihnen kann unter Umständen jedes den Interessen des Vertretenen abträgliche Verhalten des Machthabers erfasst werden.“⁵⁾ Zum vergleichbaren deutschen Treubruchtatbestand des § 266 dStGB (Verletzung einer Vermögensfürsorgepflicht) hat man gesagt, die Norm sei so unbestimmt, „dass sie, wenn man will, immer passt“.⁶⁾

Immerhin erkennt der dt. Bundesgerichtshof allmählich die Gefahr falscher Verallgemeinerung und beginnt, seine Rechtsprechung zurückzufahren und den Tatbestand einzugrenzen.⁷⁾

Am Tatbestand der Untreue nach § 153 Abs 2 StGB fällt auf, dass das Gesetz auf jede Tatbestandsbeschreibung verzichtet und ein Blankett enthält, das auf außerstrafrechtliche Regeln verweist.⁸⁾ Der „unvertretbare Verstoß“ ist ein inhaltsleerer, unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Ausfüllung allein dem Richter überlassen bleibt (vgl. unten 2). Das birgt die Gefahr einer uferlosen Ausweitung. Ein Beispiel dafür ist ein Urteil des LG Salzburg⁹⁾ im sog. „Swap-Prozess“, das die unentgeltliche Übertragung von Swaps (die im Zeitpunkt ihrer Übertragung einen negativen Barwert hatten) durch die Stadtgemeinde an das Land als Untreue (gegenüber dem Land) bewertet und einen Landesrat sowie die zuständigen Landesbeamten wegen Untreue und den Bürgermeister sowie die mit der Transaktion befassten Stadtbeamten wegen Beitragstäterschaft zu fremder Untreue zu teilweise mehrjährigen Haftstrafen verurteilt hat.

Unter dem Postulat der *Einheit der Rechtsordnung*¹⁰⁾ ist es nicht hinnehmbar, dass das Strafrecht

Intellektuelle Moden und Zeitgeistabhängigkeit in Recht und Rechtswissenschaft, GS Mayer-Maly (2011).

⁵⁾ Wess aaO. 225; dem liegt der Leitsatz von SSt 47/3 (u. öfter) zugrunde, wo gesagt wird, der Machthaber sei verpflichtet, „dem Machtgeber den größtmöglichen Nutzen zu verschaffen, weshalb jedes den Interessen des Machtgebers abträgliche Verhalten Missbrauch ist“.

⁶⁾ So Ransiek, ZStW 2004, 634 zum Treubruchtatbestand des § 266 dStGB.

⁷⁾ Z.B. BGH, Urteil v. 7. 9. 2017 – 2 StR 24/16 – keine Untreue von Finanzbeamten wegen Fehlens einer strafbewehrten Vermögensbetreuungspflicht, wenn die Prüfung der Voraussetzungen von Investitionszulagen zu großzügig gehandhabt wurde.

⁸⁾ Honsell, FS Roth [2011] 277 ff.; Fischer, Komm. dStGB § 266 für das dt. Recht und die dortige Vermögensfürsorgepflicht; auch N. Huber in: Kodek/Kerk Das große Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts (2016), Ausgewählte Fragen der Untreuebestimmungen, 129, 138 bemängelt, dass zur Begründung des Missbrauchs auf außerstrafrechtliche Wertungen und Regelungen zurückgegriffen werden muss und nicht immer eindeutig geklärt werden könne, ob ein Verhalten pflichtwidrig war (Rn 4.28).

⁹⁾ v. 28.7.2017 – 36 Hv 15/17a-1 In dem Verfahren ging es also nicht um Untreue wegen des Abschlusses von Zins-Derivaten durch Land oder Stadtgemeinde, sondern um die Übertragung solcher Derivate von der Stadt auf das Land.

¹⁰⁾ Im Hinblick auf die zivilrechtliche Relevanz des Themas muss auch Kritik von Seiten der Zivilrechtler ge-

¹⁾ Näher Wess, Entwicklung des Untreuestrafatbestands in Österreich, CFO aktuell 2015, 224; Wiener Komm StGB/Liebscher § 153 Rn 36; Lewisch, Verfassung und Strafrecht (1993) 96, 139; s. auch Georg Ransmayr, Der arme Trillionär – Aufstieg und Untergang des Inflationskönigs Sigmund Bosel (2016).

²⁾ Anlässlich der Beseitigung von NS-Unrecht nach dem Krieg hat man diese Norm leider nicht wieder aufgehoben. Die Nazis hatten mit unbestimmten oder rückwirkenden Tatbeständen kein Problem, vgl. unten bei Fn 18.

³⁾ Wegen dieses Verstoßes wurde Ehrenfest von Portugal, wohin er geflüchtet war, nicht ausgeliefert.

⁴⁾ Saliger, Gibt es eine Untreuemode? HRRS 2006, 10 ff., der die Frage allerdings verneint; s. auch K. Schmidt,

ein Verhalten kriminalisiert das zivilrechtlich eine schlichte Vertragsverletzung ist, die den anderen Vertragsteil nichts angeht und ihn deshalb auch nicht schadenersatzpflichtig macht, weil immer noch der Satz gilt, dass das Vermögen im außervertraglichen Bereich nur bei vorsätzlicher Schädigung geschützt ist, z.B. bei kollusivem Zusammenwirken der Vertreter.

II. Das Bestimmtheitsgebot *nulla poena sine lege certa* nach § 1 StGB und Art 7 Abs 1 S 1 EMRK¹¹⁾

Das Bestimmtheitsgebot, also der alte Grundsatz *nulla poena sine lege certa* – keine Strafe ohne bestimmtes Gesetz ist so wichtig, dass man es an den Anfang des Strafgesetzbuchs gestellt hat: § 1 StGB verlangt für jede strafrechtliche Verurteilung eine „ausdrückliche gesetzliche Strafdrohung“¹²⁾ ähnlich und vor allem Art 7 Abs 1 S. 1 EMRK¹³⁾. Erforderlich ist danach eine hinreichend determinierende Bestimmtheit, so dass der Richter die Tatbestandselemente der strafbaren Handlung dem Gesetz entnehmen kann. Daraus wird auch abgeleitet, dass die Analogie zum Nachteil des Täters (in *malam partem*) im Besonderen Strafrecht verboten ist. Daher wird die Abgrenzung zwischen extensiver Auslegung und Analogie wichtig. Ein altes Beispiel ist der Stromdiebstahl; weil Strom keine körperliche Sache ist, hielt man einen neuen Tatbestand der Entziehung von Energie für nötig.¹⁴⁾ Zur Vermeidung von Strafbarkeitslücken nimmt man gelegentlich auch Zuflucht zu einer weiten Auslegung, die in Wahrheit schon Analogie ist. So sah man etwa in Deutschland in Salzsäure eine Waffe¹⁵⁾ oder in einem Damenschuh mit Bleistiftabsatz ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 dtStGB (gefährliche Körperverletzung), obwohl diese Subsumtion, dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu-

stattet sein. Es kann also nicht eingewendet werden, das Strafrecht sei Sache der Strafrechtler und Zivilrechtler verstanden davon nichts.

¹¹⁾ „No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war“.

¹²⁾ „Eine Strafe oder eine vorbeugende Maßnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die unter eine ausdrückliche gesetzliche Strafdrohung fällt und schon zur Zeit ihrer Begehung mit Strafe bedroht war.“ Der Grundsatz ist uralte und findet sich schon bei Ulpian Dig. 50, 16, 131, 1: *poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est.* „Die Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus (*Nulla poena sine lege*)“. Er wurde wieder aufgegriffen von *Feuerbach* (Lehre des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. A. 1832, S.19) und ist seither fester Bestandteil der Rechtsordnung.

¹³⁾ S. Fn 11; gleichlautend Art. 49 EU GrCh: „Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war.“

¹⁴⁾ So in Österreich, Deutschland und der Schweiz (§ 132 StGB § 248c dStGB, Art 142 chStGB).

¹⁵⁾ BGHSt 1, 3.

derläuft. Doch scheint sie vertretbar, weil der Unrechtsgehalt der gleiche und die Grenze zwischen Analogie und extensiver Auslegung fließend und nicht klar zu ziehen ist. Das deutsche Betäubungsmittelgesetz spricht von Pflanzen. Erfasst es damit auch halluzinogene Pilze? Der Bundesgerichtshof hat das bejaht,¹⁶⁾ obwohl Pilze nicht zu den Pflanzen zählen.)

Das Problem ist uralte. Schon der römische Rhetor Quintilian schrieb: *si finitio infirma est, in syllogismo delabitur* – ist die Definition (des gesetzlichen Tatbestands) schwach, fällt man in die Analogie.¹⁷⁾ Diese Warnung richtet sich zunächst gegen tatbestandliche Ungenauigkeit, die durch fehlerhafte oder (häufiger) zu abstrakte Definitionen entsteht.

Rechtstaatlich hat das Verbot der im Zivilrecht unverzichtbaren Analogie im Strafrecht einen hohen Stellenwert. Das zeigt sich z.B. daran, dass man es im Dritten Reich abgeschafft und durch eine Bestrafung nach „gesundem Volksempfinden“ ersetzt hatte.¹⁸⁾

Allerdings darf man den Grundsatz und den in ihm zum Ausdruck kommenden Glauben an eine exakte *ex ante*-Bestimmbarkeit von Straftatbeständen auch nicht überschätzen. Indessen bleibt das Analogieverbot geltendes Verfassungsrecht und eine notwendige rechtsstaatliche Sicherung gegen Richterwillkür, auch wenn man einzuräumen bereit ist, dass sich die zulässige extensive Auslegung von der verbotenen Analogie mit Hilfe des Kriteriums des möglichen Wortsinns (sog. „Wortlautgrenze“) nicht exakt trennen lässt.

Noch bedenklicher als mangelnde tatbestandliche Exaktheit sind ganz unbestimmte, rein normative Rechtsbegriffe (wie in § 153 Abs 2 StGB), die auf eine Tatbestandsbeschreibung ganz verzichten, durch Auslegung nicht konkretisierbar sind und die Entscheidung allein ins Belieben des Richters stellen.

Nulla poena sine lege ist ein *Justizgrundrecht*. Der Bürger soll sich durch Lektüre des Strafgesetzbuches ohne Zuhilfenahme weiterer Erkenntnisquellen und idealiter auch ohne rechtliche Beratung darüber informieren können, welches Verhalten strafbar ist und welches nicht. Es ist darüber hinaus ein grundlegendes *Rechtsstaatsprinzip*, denn die Gewaltenteilung verlangt, dass über die

¹⁶⁾ In § 2 BTMG und der zugehörigen Anlage 1 war zunächst nur von Pflanzen und Pflanzenteilen die Rede. Da Pilze eine eigene botanische Spezies sind (die Wissenschaft unterscheidet flora, fauna, fungi), hat der Gesetzgeber die alte Aufzählung in Anlage 1 durch den Begriff „Organismen“ ersetzt. Freilich wich nun die Definition in der Anlage vom Wortlaut des § 2 BTMG ab. Nach BGH 1 StR 384/06, Beschluss v. 25.10.2006 ändert der biologisch richtige Einwand „Pilze sind keine Pflanzen“ nichts daran, dass Pilze im allgemeinen Sprachgebrauch sehr wohl zu den Pflanzen gerechnet würden. Man kaufe Pilze auch beim Obst- und Gemüsehändler (zweifelhaft).

¹⁷⁾ *Institutiones oratoriae* 7,8,2.

¹⁸⁾ § 2 Abs1, S. 1 RStGB 1935: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient“.

Strafbarkeit eines Tatbestands nicht die Gerichte, sondern die Parlamente entscheiden.

Auch Art 7 Abs 1 EMRK wird vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte genau im Sinne des Bestimmtheitsgebotes und des Analogieverbot eines *lex certa et stricta* interpretiert und nicht nur i.S.e. Verbotes rückwirkender Strafgesetze. So sagen z.B. EGMR 14307/88 Rn 52 und EGMR 17862/91 v. 11.11.1996 – *Cantoni v. France* Rn 29:

The Court points out that Article 7 para. 1 (art. 7-1) of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy; *it follows from this that an offence must be clearly defined in law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts interpretation of it, what acts and omissions will make him liable* [Hervorhebung hinzugefügt].

Danach „darf ein Strafgesetz nicht zum Nachteil des Angeklagten extensiv interpretiert und analog angewandt werden. *Daraus folgt, dass der gesetzliche Tatbestand klar definiert sein muss. Diese Bedingung ist nur erfüllt, wenn der Einzelne aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmung – notfalls mit Hilfe der Interpretation durch die Gerichte – weiß, welche Handlungen und Unterlassungen ihn verantwortlich machen*“ [Hervorhebung hinzugefügt].

Ähnlich heißt es im Leitsatz eines Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofs v. 30.06.1988 B 1286/87) zum Disziplinarstatut (DSt) der Rechtsanwälte: „Das in Art 7 enthaltene Klarheitsgebot hat zum Ziel, dem einzelnen Orientierung seines Verhaltens am Gesetz zu ermöglichen. [Eine] Verwertung [recte: Verurteilung] nach § 2 ist daher nur wegen Verstoßes gegen solche Berufs- und Standespflichten verfassungskonform, die sich aus gesetzlichen Regelungen oder verfestigten Standesauffassungen ergeben, die in einer dem Klarheitsgebot iS des Art 7 EMRK entsprechenden Bestimmtheit feststehen; kein entsprechend konkretisierter Vorwurf – Willkür“.¹⁹⁾

¹⁹⁾ In den Gründen stimmt der VfGH *Frowein* zu (in *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, S 183), dass Art 7 mit dem Verbot rückwirkender Strafgesetze eine der wichtigsten Grundlagen des rechtsstaatlichen Strafprozesses, aber darüber hinaus eine grundlegende Norm des Freiheitsschutzes“ enthalte. „Nur wenn der Bürger weiß, welches Verhalten strafbar ist, kann er seinen Freiheitspielraum erkennen und ausnutzen [Hervorhebung hinzugefügt]. Ohne die Grundsätze *nullum crimen sine lege* und *nulla poena sine lege* wäre auch die für einen Rechtsstaat fundamentale Rechtssicherheit nicht gewährleistet.“ – Leider weicht VfGH G 48/2018 a.E. (v. 4.10.2018 publ. nach Abschluss dieses Ms.) hiervon wieder ab und erklärt § 153 Abs. 2 StGB mit dem dürren Hinweis für verfassungskonform, die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe sei zulässig.

Fraglich ist allerdings weiter, ob es – wie der EGMR meint – mit dem Verbot des *nulla poena sine lege* vereinbar ist, wenn ein unbestimmter Tatbestand erst nach seinem Erlass durch die Gerichte konkretisiert wird. Der Gerichtshof bejaht das in dem zitierten Fall *Cantoni v. France*. Dort ging es um die Auslegung des aus der EWG RL 65/65 Art 1 Nr. 2 übernommenen konkreten, deskriptiven Begriffs *médicament* in Art 7.1 L 511 ss. des frz. Code de la santé publique. Apotheker hatten die Inhaber von Supermärkten angezeigt, in denen 70%iger Alkohol, Kampfer, Sprays, Vitamintabletten usw. verkauft worden waren. Die Inhaber wurden bestraft, weshalb es um die Frage ging, ob diese Produkte *médicaments* seien. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte führte zutreffend aus, eine Grauzone der Unbestimmtheit am Rande eines Begriffes begründe für sich allein keine Unvereinbarkeit mit Art 7 Ziff. 1 EMRK, solange die Bestimmung in der großen Mehrheit der Fälle hinreichend klar und nachvollziehbar sei. Problematisch ist aber die weitere Feststellung, dass auch eine notfalls unter Zuhilfenahme der richterlichen Auslegung zu gewinnende Bestimmtheit genüge. Danach soll also die Auslegung durch die Rechtsprechung einen an sich unbestimmten Wortlaut hinreichend bestimmt machen.⁶⁷⁾ Dass dies fragwürdig ist, lässt sich schon daran erkennen, dass der Tatbestand jedenfalls bis zur Konkretisierung durch die Gerichte unbestimmt bleibt und bis dahin gegen den *nulla poena*-Satz verstößt. Nimmt man die *Maxime* ernst, so kann die Auslegung durch die Rsp. den Mangel der Bestimmtheit ebenso wenig heilen wie eine Interpretation durch die Literatur oder die Beiziehung eines Rechtsberaters. Man hat daher gegen diese Überlegung eingewandt, sie laufe auf eine *petitio principii* hinaus und mit dem Hinweis auf die Konkretisierung durch die Rechtsprechung werde mittelbar eingeräumt, dass die Norm von vornherein nicht hinreichend bestimmt sei.²⁰⁾

Im vorliegenden Kontext mag diese Frage dahinstehen, denn selbst wenn man eine Konkretisierung durch Interpretation genügen lässt, genügt jedenfalls § 153 Abs 2 StGB den Anforderungen von § 1 StGB und Art 7 EMRK nicht:

III. Die mangelnde Bestimmtheit von § 153 StGB im Besonderen

§ 153 Abs 2 StGB stellt (neu) auf die *Vertretbarkeit* ab, was zunächst schon insofern schief ist als ein Regelverstoß zwar schwer oder leicht sein kann (was offenbar gemeint ist), aber nicht vertretbar oder unvertretbar. Denn was ist ein vertretbarer Regelverstoß? Der strafbewehrte Regelverstoß lässt sich vom straffreien durch das Adjektiv *unvertret-*

²⁰⁾ *Jetzern*, Das Bestimmtheitsgebot im Kartellstrafrecht, recht 2013, 169 ff.; ebenso *Tuchschmied*, AJP 2018, 848 ff.; ähnlich *Honsell*, FS Roth (2011) 277 ff.; krit. Auch *Schima*, Reform des Untreue-Tatbestand und gesetzliche Verankerung der Business Judgement Rule, RdW 2015, 288 ff., 299.

bar²¹⁾ in rechtsstaatlich hinreichend konturierter Form nicht abgrenzen.

Nach den Maßstäben des EGMR erfüllt die Definition von § 153 Abs 2 StGB die Anforderungen von Art 7 Ziff. 1 EMRK nicht. Das Studium des Gesetzes schafft keine Rechtsklarheit und der Begriff *unvertretbar* ist zu unbestimmt als dass er weit oder eng ausgelegt werden könnte. Der Richter kann von seinem Ermessen keinen weiteren oder engeren Gebrauch machen und es hilft keine Auslegung des Gesetzesbegriffs, denn es geht nicht um die sog. Wortlautgrenze oder unscharfe Begriffsränder. In den oben 1 zitierten Fällen des EGMR ging es um einen im Sinne eines Erkenntnisaktes auslegungsfähigen deskriptiven Begriff, der enger oder weiter ausgelegt werden kann, nicht um einen völlig unbestimmten und normativen Rechtsbegriff wie *unvertretbar*. Die Anwendung dieses Begriffs ist kein Erkenntnisvorgang, kein kognitiver, sondern ein volitiver Akt. Der Begriff ist noch vager als der „wichtige Grund“ oder das Prinzip von „Treu und Glauben“ und ähnliche Generalklauseln. Denn er sagt nicht, welcher Regelverstoß die Strafbarkeit auslöst und was ein unvertretbarer Verstoß ist. Am Ende wird die Verletzung von Treu und Glauben, (ein Grundsatz, der im Zivilrecht dem Vertrag vorbehalten ist, der kein deliktisches Schutzgesetz darstellt und – von vorsätzlicher Schädigung abgesehen – auch keinen Schutz des Vermögens als solchem gewährt), zu einem allgemeinen Straftatbestand umfunktioniert, der (nur vom Richter) mehr oder weniger beliebig bejaht oder verneint werden kann, wenn der Befugnismissbrauch nur gravierend oder evident genug erscheint.

Zwar gibt es auch im Strafrecht unbestimmte Begriffe, wie *unzüchtig* (§ 219 StGB) *Notlage*, *Leichtsinn*, *Unerfahrenheit* im Wuchertatbestand des § 154 StGB. Diese enthalten aber immerhin Sachverhaltselemente und Begriffe, die wenigstens einer Auslegung zugänglich sind.

Auch die Arbeitsgruppe Strafrecht 2015 kam zu dem Ergebnis, dass eine strafrechtliche Unsicherheit bestehe aufgrund der „teilweise undeutlichen Vorgaben bezüglich eines Sorgfaltsmaßstabs“ und betonte, dass das Strafrecht keinen Beitrag zur Veränderung oder Klarstellung der zivilrechtlichen Verpflichtungen leisten könne.²²⁾ Das Prob-

lem ist aber, dass die Strafjustiz mit ihren Urteilen dies tut.

Der OGH formuliert, missbräuchlich handle, wer „... den Grundsätzen redlicher und verantwortungsbewusster, an den Interessen des Geschäftsherrn und an den besonderen Umständen des Falles orientierter Geschäftsführung zuwiderhandelt“.²³⁾ Auch diese Formel verweist ganz auf das Zivilrecht und ist ebenfalls für eine strafrechtliche Verurteilung nicht hinreichend präzise und geht zu weit; denn es wird gleichsam jedes Handeln, dass nicht im Einklang mit Treu und Glauben steht unter Strafe gestellt.

Die Unbestimmtheit ergibt sich also aus der Verwendung eines unbestimmten normativen Begriffs und dem Verweis auf das Privatrecht (oder auf das öffentliche Recht; dazu unten 3). Dafür einige Beispiele aus der Rechtsprechung: Eine Sonderdividende, selbst an einen Alleingesellschafter, verstößt gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr und gilt als Untreue.²⁴⁾ Das Darlehen einer Tochtergesellschaft an die Konzerngesellschaft zu Konditionen, die dem Drittvergleich (Arm's length-principle) nicht standhalten, die also günstiger sind als am Markt, ist eine ebenfalls pönalisierte, verdeckte Gewinnausschüttung. Untreue soll nach Meinung einiger auch vorliegen bei Spekulationsgeschäften durch Abschluss von Terminkontrakten oder den Erwerb von Swaps.²⁵⁾ Selbst ein Sponsoring oder eine Spende durch den Vorstand einer AG oder den Geschäftsführer einer GmbH erfüllt den Tatbestand der Untreue, wenn sie nicht „verkehrsadäquat“ oder „vertretbar“ sind.²⁶⁾ Was das heißt, liegt im Ermessen oder Gutdünken des Richters und man kann nicht mehr von einem hinreichend konkretisierten *gesetzlichen* Tatbestand sprechen.

Im Bereich des Kernstrafrechts, das ganz überwiegend ethisch verwerfliches Handeln unter Strafe stellt – eine Ausnahme ist leider § 153 StGB – ist das Erkennen der Strafbarkeit einfach und man muss deshalb vielleicht auf tatbestandliche Genauigkeit kein allzu großes Gewicht legen. Dagegen ist bei den unbestimmten Tatbeständen des Wirtschaftsrechts, bei denen sich Ethik und Strafbarkeit häufig nicht decken, tatbestandliche Exaktheit

²³⁾ OGH 3 Ob 503/92.

²⁴⁾ OGH 12 Os 117/12s – Libro; dazu etwa *Bollenberger/Wess*, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, RdW 2014, 247 ff.; *Briem*, Verbotene Einlagenrückgewähr und Untreue, RdW 2016, 59 ff.; *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, *ecolex* 2014, 496 ff.; *Lewis/N. Huber*, Untreue zulasten einer Kapitalgesellschaft trotz Gesellschafterzustimmung, RdW 2014, 567 ff.

²⁵⁾ Dazu etwa *McAllister*, Untreue bei Kreditvergabe und Spekulationsgeschäften?, *ÖJZ* 2014, 4 ff mNw. Das kann aber nicht für Hedge-Geschäfte gelten, die zur Kurs- oder Zinnsicherung abgeschlossen werden, wie sie im Fall der Stadt Salzburg und vielfach bei der öffentlichen Hand, auch im Ausland geschlossen wurden (vgl. auch Fn 30 a.E.). – Der OGH hat, soweit ersichtlich, über Untreue durch Abschluss solcher Geschäfte bislang nicht entschieden.

²⁶⁾ S. *Kienapfel* BT § 153 Rz 58; *Wiener Komm-Kirchbacher/Presslauer* (2. Aufl. 2009) § 153 StGB Rz 35 mwNw.

²¹⁾ Der Begriff kommt neben § 153 StGB nur in § 163a und 163b StGB vor *unvertretbar falsche oder unrichtige Darstellung in Jahres- oder Konzernabschlüssen* usw., *die geeignet sind erheblichen Schaden zuzufügen*. Da hier mit der falschen oder unrichtigen Darstellung, wenigstens ein auslegungsfähiges Tatbestandselement vorliegt ist die Verwendung des Begriffs weniger bedenklich; passend ist sie auch hier nicht. Zweifelhaft erscheint auch, ob damit eine Haftungsbegrenzung erreicht wird, wie die Regierungsvorlage 26 meint, die auch auf die Ultima Ratio-Funktion des Strafrecht hinweist. Bei § 153 StGB hängt der gesamte Tatbestand allein an der Vokabel *unvertretbar*, der die Grenze markieren soll, an der beim Regelverstoß der ansonsten undefinierte strafbare Befugnismissbrauch beginnt. Dass jedenfalls hier eine Begrenzung der Haftung verfehlt wird, zeigen die obigen Beispiele.

²²⁾ Bericht der Arbeitsgruppe StGB 2015 III – 104 Bglnr. 35 GP.– Bericht – Hauptdokument.

unerlässlich.²⁷⁾ Mit dem Wegfall der Bereicherungsabsicht gehört auch § 153 StGB nicht mehr zu einem an der Ethik orientierten Kernbestand des Strafrechts, den auch ein Täter kennt und kennen muss, der von dem konkreten Delikt nichts weiß, und in dem Rechtsunkenntnis zurecht nicht entschuldigt wird.

In Wahrheit hätte man den einer zweifelhaften Anlassgesetzgebung entstammenden § 153 StGB wieder abschaffen oder doch erheblich einschränken und präzisieren müssen. So wie z.B. der Tatbestand der fahrlässigen Krida (§ 159 StGB) durch die grob fahrlässige Verletzung von Gläubigerinteressen ersetzt wurde, wobei die einzelnen Tathandlungen aufgezählt werden und die Höchststrafe nicht 10 Jahre, sondern ein 1 Jahr beträgt. Dazu liegt § 153 StGB völlig quer. Eine so überzogene und auch im internationalen Vergleich singuläre Strafe findet man sonst nur bei Bereicherungsdelikten, wie schwerem Diebstahl (§ 128 Abs 2), schwerem Betrug (§ 147 Abs 3 StGB), schwerer Veruntreuung (§ 133 Abs 2), schwerem Raub (§ 142 Abs 1), oder schwerer Erpressung (§ 145 StGB) usw.

IV. Unentgeltliche Verträge zwischen Gebietskörperschaften

Im Swap-Urteil des LG Salzburg hat das Gericht die unentgeltliche Übertragung von Swaps (die im Zeitpunkt ihrer Übertragung einen negativen Barwert hatten) durch die Stadtgemeinde an das Land als Untreue (der Landesbeamten gegenüber dem Land) bewertet.

Unklar ist, woher das Gericht die Kenntnis nimmt, dass es verboten ist, dass eine übergeordnete Gebietskörperschaft einer nachgeordneten ein Risiko abnimmt (vgl. dazu *Berka/Hinterhofer*²⁸⁾). Die Frage drängt sich auf, weil es gute Gründe dafür geben kann, aber auch, weil es für den Steuerzahler gleichgültig bleibt, wer den Schaden letztlich trägt. Im Urteil findet sich kein Wort zu derartigen Erwägungen. Es geht einfach davon aus, dass schlicht jedes ungünstige und ohne Gegenleistung abgeschlossene Geschäft „unvertretbar“ ist und einen Vollmachtsmissbrauch darstellt. Eine derartige Einschränkung politischer Handlungsfreiheit durch die Strafgerichte ist der Anfang vom Ende jeder politischen Tätigkeit. Bedenklich ist dabei schon, dass die Frage, ob eine privat- oder öffentlichrechtlich relevante Pflichtverletzung vorliegt, von den Strafrichtern beurteilt wird. So muss sich auch der Gesellschaftsrechtler heute von den Strafrechtlern belehren lassen, welche Pflichten der Vor-

stand einer Aktiengesellschaft hat oder was eine verbotene Einlagenrückgewähr ist (vgl. oben 2). Dadurch wächst die Gefahr von Fehlurteilen durch Überdehnung eines vagen und unkonturierten Untreuetatbestands. Ähnliches gilt für das öffentliche Recht. Das Urteil des LG Salzburg stellt ohne weitere Reflexion und ohne Frage nach konkreten Pflichten einfach einen Befugnismissbrauch der Landesbeamten fest. Zur Frage der Unvertretbarkeit findet sich in dem Urteil überhaupt nur ein einziger, nichtssagender Behauptungssatz zu dem jede weitere Begründung fehlt. Das Gericht sagt nur, dass die Übertragung der Derivate ohne Gegenleistung „außerhalb jeder vernünftigen Ermessensübung“ lag.²⁹⁾ An die Stelle einer interpretierenden Kognition tritt schlicht ein volitiver Akt.

Was Politiker und Landesbeamte dürfen, weiß das Gericht offenbar aus „Lebenserfahrung“ und entscheidet selbst und allein über Fragen des öffentlichen Finanz- und Wirtschaftsrechts, ohne irgendwelche Regeln zu benennen, gegen die verstößen worden wäre.³⁰⁾ Eine öffentlichrechtliche Expertise oder eine Auskunft bei den beteiligten Gebietskörperschaften benötigte es nicht. So könnte man etwa fragen, ob der zuständige Landesrat für eine solche Entscheidung eine (alleinige) Kompetenz besaß. Selbst wenn das aber nicht der Fall gewesen sein sollte, wäre die Strafe der Untreue wegen eines Zuständigkeitsfehlers ganz unangemessen. Demgegenüber kommen *Berka/Hinterhofer* aufgrund einer sorgfältigen Analyse und ausgehend „vom verfassungsrechtlich vorausgesetzten öffentlichen Gesamtinteresse an einer geordneten, wechselseitig abgestimmten und effizienten Haushaltsführung“ zu dem Ergebnis:

„dass es legitim ist, wenn Gebietskörperschaften zusammenwirken, um finanzielle Problemlagen einer Körperschaft zu beheben. Vergleichbar vertretbar ist ein Handeln, um das Vertrauen in die Bonität der öffentlichen Körperschaften in ihrer Gesamtheit zu stärken oder andere Anliegen zu verfolgen, die dazu beitragen, dass die miteinander verbundenen öffentlichen Haushalte effektiv und

²⁹⁾ S. 448: „Die Übernahme des Derivate-Portfolios ... lag außerhalb jeder vernünftigen Ermessensübung („Ermessensmissbrauch“), denn es bestand im Übertragungszeitpunkt kein dem negativen Barwert der übernommenen Derivate von zumindest EUR 3.000.000.00 kompensierender wirtschaftlicher Nutzen“.

³⁰⁾ Zu beachten ist, dass das Land Spekulationsverbote und Grundsätze der risikoaversen Finanzgebarung erst 2013 erlassen hat. § 10a Abs 1 S. 2 Sbg LV (LGBL 37/2013) lautet: Der Abschluss von derivativen Finanzinstrumenten ohne entsprechendes Grundgeschäft sowie die Aufnahme von Darlehen und sonstigen Krediten und von Anleihen zum Zweck mittel- und langfristiger Veranlagungen sind unzulässig. Nach der Finanzgeschäfte-VO (LGBL 59/2013) bleiben Derivatgeschäfte zur Sicherung von Zinsobergrenzen (Caps) sowie zum Austausch fixer gegen variable Zinsen (Swaps) weiterhin zulässig; näher *Schön*, Die Kontrolle der Gemeindegebarung (Diss. Wien 2017) 163 ff., 165 – Andere österreichische und deutsche Länder haben ähnliche Vorschriften erlassen, nachdem zuvor etliche Kommunen und Länder mit damals verbreiteten Finanzierungs- und Zinsmanagementinstrumenten Verluste erlitten hatten.

²⁷⁾ Sie fehlt z.B. auch im EU-Kartellstrafrecht. Der EU-Gesetzgeber glaubt allerdings die rechtsstaatlichen Anforderungen an Straftatbestände damit umgehen zu können, dass er in Art 23 Abs 5 KartVO 1/2003 einfach behauptet, die Geldbußen hätten „keinen strafrechtlichen Charakter“. (Ausführlich dazu *McAllister*, Die Kartellgeldbuße, 2017). Die nicht einmal als Fiktion formulierte Aussage erinnert an den Mönch, der Freitags einen Karpfen aß, nachdem er ihn zuvor mit den Worten gesegnet hatte: ich taufe dich Karpfen (ego te baptizo carpem).

²⁸⁾ ÖJZ 2018, 154, 162 f.

professionell gestaltet werden. Werden diese Voraussetzungen im konkreten Fall eingehalten, scheidet ein Befugnismissbrauch und damit eine Strafbarkeit wegen Untreue (sowohl der unmittelbaren Täter als auch allfälliger Beteiligten) aus. Dies liegt darin begründet, dass bei der Realisierung des öffentlichen Gesamtinteresses an einer insgesamt geordneten Haushaltsführung ganz erhebliche Ermessensspielräume bestehen und in solchen Fällen von einem unvertretbaren Regelverstoß iSd. § 153 Abs 2 StGB keine Rede sein kann.“

Schließlich hat – und dies völlig zurecht – niemand die Handelnden der Republik wegen der Finanzhilfe für das Bundesland Kärnten belangt und der Verfassungsgerichtshof³¹⁾ hat die Rechtmäßigkeit solcher Finanzhilfen bestätigt und festgestellt, dass z.B. die Zielsetzung, ein Bundesland vor einer insolvenzähnlichen Situation zu bewahren, im öffentlichen Interesse liegt.

V. Gibt es eine Beitragstäterschaft zu fremder Untreue durch Abschluss eines für den eigenen Vollmachtgeber vorteilhaften, aber für die Gegenseite ungünstigen Geschäfts?

Der Vollmachtmissbrauch geschieht immer durch Abschluss eines für den Vollmachtgeber ungünstigen Rechtsgeschäfts oder einer ihm nachteiligen Rechtshandlung. Wer, wie das Urteil des LG Salzburg v. 28. 7. 2017 Beitragstäterschaft zur Untreue auf der Vertragsgegenseite³²⁾ durch Abschluss eines für den eigenen Vollmachtgeber günstigen Geschäfts annimmt, verkennt, dass eine Vollmachtüberschreitung auf der Gegenseite den anderen Teil – von kollusivem Zusammenwirken zum Nachteil des Vollmachtgebers abgesehen³³⁾ – grundsätzlich nichts angeht. Denn eine Rechtsbeziehung, nämlich das allein maßgebliche zivilrechtliche Auftragsverhältnis, besteht für ihn nur auf der eigenen Seite. Nämlich man eine strafrechtliche Vermögensfürsorgepflicht auch gegenüber der Gegenpartei an bzw. eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf deren Interessen – was implizit geschieht, wenn man Beitragstäterschaft an der Untreue auf ihrer Seite bejaht –, so entstünde ein Interessenkonflikt mit der eigenen Seite, für die der Bevollmächtigte allein eine Pflicht hat. Denn das für diese günstige Geschäft ist notwendig für die andere ungünstig und umgekehrt. Lässt man die Beitragstäterkonstruktion zu, so macht sich der Angeklagte immer strafbar, egal was er tut; auf der eigenen Seite ist er selbst Täter, auf der anderen Beitrags- bzw. Bestimmungstäter. Schließt er ein ungünstiges Geschäft ab (zB einen ungünstigen gerichtlichen Vergleich³⁴⁾) so ist er Täter, schließt er ein günstiges ab, ist er Beitragstäter

einer fremden Untreue. Auch im vorliegenden Fall hätte jemand auf die Idee kommen können, umgekehrt dem Vertreter der Stadt einen Vorwurf zu machen, wenn er die Möglichkeit, die Derivate ans Land abzugeben, nicht wahrgenommen hätte. Die Lage des Angeklagten ist bei solchen Konstrukten prekär. Es heißt also frei nach Kierkegaard: „Tu es also oder tu es nicht, du wirst beides bereuen“. Es gibt bei diesem Ansatz kein straffreies Alternativverhalten. Lediglich, wenn das Geschäft eine sichere win-win-Situation darstellt, muss man keine Strafe befürchten.

Wie der OGH unter Berufung auf §§ 1009, 1013 ABGB in stRsp. judiziert „ist jeder Machthaber verpflichtet, seinem Machtgeber den größtmöglichen Nutzen zu verschaffen“³⁵⁾; dabei „kann der Missbrauch gemäß § 2 StGB auch durch Unterlassen begangen werden, indem der Machthaber es pflichtwidrig unterlässt, ... die Vermögenslage des Machtgebers zu verbessern“ (SST 54/42). Zurecht ist die mangelnde Trennschärfe dieser Maxime kritisiert worden.³⁶⁾ Vor allem aber kann, wer solchermaßen zur Nutzenmaximierung verpflichtet ist, nicht gleichzeitig als Beitragstäter zur Untreue auf der Vertragsgegenseite belangt werden, deren Machtbefugnis (Innenverhältnis) ihn grundsätzlich nichts angeht.

Diese Überlegung zeigt, dass man Beitragstäterschaft zu fremder Untreue in der Regel nicht annehmen kann,³⁷⁾ wenn man widersprüchliche Verhaltensanweisungen an den Befugnisinhaber und die Begründung zivilrechtsfremder, interessengegenläufiger Pflichten vermeiden will.

VI. Subjektiver Tatbestand

Wenn der objektive Tatbestand verwirklicht wäre, müsste man immer noch fragen, ob auch der subjektive erfüllt ist.

§§ 153, 12, 5 Abs 3 StGB erfordern *Wissen und Wollen eines Befugnismissbrauchs*. Dafür reicht es nicht aus, dass der Bestimmungstäter das Rechtsgeschäft (usw.) kennt. Das ist immer der Fall, denn er hat es ja selbst abgeschlossen. Er hätte vielmehr auch wissen müssen, dass die Übertragung der Swaps auf das Land einen Befugnismissbrauch der für das Land handelnden Personen darstellt und dass er es deshalb auf der Seite der Stadt nicht abschließen darf, wenn er nicht selbst wegen Beihilfe zur Untreue des Landes belangt werden will.³⁸⁾ Das Urteil beschränkt sich dazu auf den (monoton wiederholten) Computerbaustein, „dass der Dritangeklagte im Zeitpunkt seiner Bestimmungs- und Beitragshandlungen wusste und wollte, dass die be-

³¹⁾ v. 21.3.2018 (G 248/2017).

³²⁾ Auf die Problematik einer unbesehenen Anwendung der Beitragstäterschaft auf die Untreue beim gegenseitigen Vertrag mit typischerweise gegenläufigen Interessen und in ähnlichen Fällen haben zuerst *Hinterhofer/Müller* hingewiesen, in dem Beitrag, Berufstypische Interessenmaximierung im Wirtschaftsleben – Beteiligung an der fremden Untreue, JSt 2015, 423 ff.

³³⁾ Einzelheiten bei *Hinterhofer/Müller*, JSt 2015, 423 ff.

³⁴⁾ S. etwa *Fischer* § 266 dStGB Rn 42 mNw.

³⁵⁾ 10 Os 211/84, SSt 56/88; 60/19; SSt 51/52; *Kirchbacher/Presslauer* in *Höpfel/Ratz*, WK StGB² § 153 Rn 28 ff.; *N. Huber* in: *Kert/Kode* 139 Rn 4.25.

³⁶⁾ *N. Huber* in: *Kert/Kode* 138 Rn 4.26).

³⁷⁾ Ebenso *Hinterhofer/Müller*, JSt 2015, 423 ff., 427, 430, die für eine objektive Beschränkung der Beitragstäterschaft bei einem Sonderpflichtdelikt wie der Untreue plädieren, d.h., für eine straflose Beteiligung bei Verfolgung legitimer berufstypischer Eigeninteressen.

³⁸⁾ Vgl. *Honsell*, FS Roth [2011] 277 ff.; *Schima*, RdW 2015, 288 ff.

vollmächtigten Mitarbeiter des Landes Salzburg die Vertragsübernahme des Landes Salzburg ohne vermögenswerte Gegenleistung erklären und, dass er auch für gewiss hielt, dass die bevollmächtigten Mitarbeiter des Landes Salzburg zumindest ernstlich für möglich hielten und sich damit abfanden, die Vertragsübernahme des Landes Salzburg ohne vermögenswerte Gegenleistung zu erklären ...“ (301, 304 u. passim). Die Formulierung „gewiss wissen“ ist ein Pleonasmus. Man kann etwas nur wissen oder nicht wissen; und „für gewiss halten“ ist mehr als nur „für möglich halten“ (§ 5 Abs 3 StGB) aber weniger als wissen. Der merkwürdig und lebensfremd formulierte Sachverhalt, dass der Beitragstäter *für gewiss hält*, was der Haupttäter nur ernstlich *für möglich hält*, versucht offenbar die Vorgaben von OGH 15Os131/87 u. öfter (= SSt 58/74 = JBl 1988, 392 mit A. Liebscher) umzusetzen. Damit werden aber lediglich Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 5 Abs 3, 153 StGB wiedergegeben ohne dass deren Vorliegen im konkreten Fall dargetan wird. Vor allem aber ist damit nicht erstellt, dass der Bürgermeister und die Beamten der Stadt wussten, dass ihr Handeln verboten war. Denn die Urteilsfeststellung bezieht sich nur auf die Kenntnis der unentgeltlichen Übertragung der Derivate. Zur Kenntnis von Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit des Handelns auf Seite des Landes findet man im Urteil nur die wiederholte Bewertung, die Einlassung des Drittangeklagten, er habe an eine etwaige Untreue überhaupt nicht gedacht und sei von dem Anklagevorwurf völlig überrascht worden, sei unglaubwürdig, eine Schutzbehauptung usw. Es ist aber gerade bei einem derart unbestimmten und ethisch nicht relevanten Tatbestand des Wirtschaftsstrafrechts (dazu oben 2) und bei der gekünstelten Konstruktion der Beitragstäterschaft zu fremdem Befugnismissbrauch auf der Vertragsgegenseite (oben 4) durchaus einleuchtend, dass man gar nicht auf die Idee kommt, das Handeln könnte strafbar sein. Ein „mit den rechtlich geschützten Werten verbundener Mensch“ hat eine solche Idee nicht. Das Gericht hätte also jedenfalls einen entschuldigenden *Verbotsirrtum* nach § 9 StGB prüfen müssen. Dass ein Verbotsirrtum entschuldigbar wäre, zeigt sich auch daran, dass der Bürgermeister kein Jurist war und die Juristen der Stadt die Transaktion nicht beanstandet hatten; wie damals überhaupt niemand auf die Idee gekommen war, es könnte sich um strafbare Untreue handeln. Diese Idee, die das Gericht übernommen hat, hatte zuerst

die Wirtschaftsstaatsanwaltschaft und das zeigt, wie nötig vor allem exakte gesetzliche Vorgaben wären; es zeigt auch, wie schnell solche Konstrukte aus dem Ruder laufen und „wie das Werkzeug im Märchen ein unheilvolles Treiben veranstalten“.³⁹⁾

Unabhängig davon müsste hilfsweise im Rahmen der *Strafzumessung* jedenfalls dem Umstand Rechnung getragen werden, dass es sich um ein Sonderpflichtdelikt handelt und zwischen Vollmachtgeber und Beitragstäter kein Vertrauensverhältnis besteht.⁴⁰⁾ Das Gericht verkennt, dass der besondere Strafmilderungsgrund des § 34 Abs 1 Nr. 6 StGB (Beteiligung in untergeordneter Weise) allein schon deshalb heranzuziehen ist, weil anders als bei den Landesbeamten zwischen Vertretern der Stadt und dem Land kein besonderes Vertrauensverhältnis besteht. Unrichtig ist weiter, dass der Drittangeklagte die Tat unter Ausnutzung seiner Amtsstellung begangen hat, denn die Amtsstellung bei der Stadt hatte mit dem Befugnismissbrauch gegenüber dem Land nichts zu tun. Der Straferschwerungsgrund von § 313 StGB kann also nicht herangezogen werden. Unverständlich ist es schließlich, wenn im Urteil ausgeführt wird, „...dass die Tat für den Drittangeklagten als Bürgermeister aus politischen Erwägungen, insbesondere wegen besorgter heftiger Diskussionen seitens der Oppositionsparteien nützlich und darin sein Motiv zu sehen war ...“. Natürlich war es seine Aufgabe Schaden von der Stadt abzuwenden und politische Überlegungen sind nicht per se strafverschärfend. Unbegreiflich ist schließlich die Höhe der Strafe des Beitragstäters (3 Jahre), die höher ist als die des Haupttäters (2 Jahre). Das bleibt auch dann unverständlich, wenn in der Theorie des „Einheitstätersystems“ von § 12 StGB die Akzessorietät von Täterschaft und Teilnahme keine Rolle mehr spielen soll.

Korrespondenz: Prof. Dr. Dr. h.c. Heinrich Honsell, Heinrich@honsell.at

³⁹⁾ Das Bild verwendet *Wilburg* in seiner Grazer Rektoratsrede (1950), Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht.

⁴⁰⁾ Nach deutschem Recht ist das Fehlen dieser besonderen Pflicht beim Beitragstäter wenigstens ein Strafmilderungsgrund (28 Abs 1 dStGB). Auch das geht aber noch zu weit. Wer auf der einen Seite eines gegenseitigen Vertrages Vertreter ist, kann grundsätzlich nicht Beitragstäter auf der anderen Seite sein, vgl. oben 4.