

# TE OGH 1987/10/6 150s131/87

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.10.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 6.Oktober 1987 durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Reisenleitner als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Walenta, Dr. Friedrich, Dr. Kuch und Dr. Massauer als weitere Richter in Gegenwart des Richteramtsanwärters Dr. Thoma als Schriftführer in der Strafsache gegen Dr.Franz F\*\*\* wegen des Verbrechens der Untreue nach §§ 12 dritter Fall, 153 Abs. 1 und Abs. 2 zweiter Fall StGB über die Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 26.Februar 1987, GZ 12 a Vr 6673/84-45, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Urteil aufgehoben sowie die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte darauf verwiesen.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Dr.Franz F\*\*\* des als Beitragstäter nach § 12 dritter Fall StGB begangenen Verbrechens der Untreue nach § 153 Abs. 1 und Abs. 2 zweiter Fall StGB schuldig erkannt.

Die vom Angeklagten unterstützte Untreue war von der Anklagebehörde darin erblickt worden, daß der im Hinblick auf §§ 31, 40 StGB deswegen nicht mehr verfolgte Dr.Ernst R\*\*\* als Vorstandsobmann der "W\*\*\*-O\*\*\*" - Gemeinnützige Baugenossenschaft reg.Genossenschaft mbH (im folgenden: WBO) die ihm durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über deren Vermögen zu verfügen, wissentlich mißbraucht und ihr dadurch einen 100.000 S übersteigenden Vermögensnachteil zugefügt habe, indem er zu ihren Lasten der G\*\*\* G\*\*\* GesmbH (im folgenden: "G\*\*\*")

durch deren Zwischenschaltung beim Erwerb eines Grundstücks zumindest 1,150.000 S Spekulationsgewinn habe zukommen lassen; als Tatbeitrag hiezu war dem Angeklagten angelastet worden, er habe als Vorstandsmitglied der "S\*\*\* O\*\*\*" AG (im folgenden: S\*\*\* AG), welche die Mehrheitseigentümerin der "G\*\*\*" war, an der betreffenden Transaktion im Bewußtsein mitgewirkt, hiedurch die WBO um den von Dr.R\*\*\* der genannten Zwischenerwerberin zugeschobenen Gewinn zu schädigen (ON 28).

Davon abweichend ging das Erstgericht davon aus, Dr.R\*\*\* habe die von der Anklagebehörde angenommene Untreue dadurch begangen, daß er wirtschaftlich für die WBO und damit zu ihren Lasten die von der S\*\*\* AG als Alleingesellschafterin gehaltene Stammeinlage der "G\*\*\*" - Gemeinnützige Bau-, Wohnungs- und Siedlungsgesellschaft mbH (im folgenden: "G\*\*\*") um einen um 1,150.000 S über dem Buchwert jener Gesellschaft gelegenen Kaufpreis teils selbst erwarb und teils über die "S\*\*\* S\*\*\*

W\*\*\*\* Gesellschaft mbH (im folgenden: "S\*\*\*\*")

erwerben ließ; dem Angeklagten warf es vor, zu dieser Untreue durch seine Beteiligung sowohl an dem in Rede stehenden Verkauf der "G\*\*\*\*" (durch die S\*\*\*\* AG) als auch an der (in Ansehung des Zwischenerwerbs durch die "G\*\*\*\*" inkriminierten) Grundstückstransaktion, die wirtschaftlich nur zur Verschleierung der Umgehung von Bestimmungen des WGG über die zulässige Höhe des Kaufpreises der "G\*\*\*\*" gedient habe, beigetragen zu haben, wobei er gewußt habe, daß die WBO bei deren Ankauf um den infolge des wissentlichen Befugnismißbrauchs durch Dr.R\*\*\*\* über die Bewertungsvorschriften des WGG hinaus bezahlten Preis an ihrem Vermögen geschädigt werde.

Bei der Annahme eines derartigen Vermögensnachteils der WBO vertrat das Schöffengericht die Ansicht, die "G\*\*\*\*" als gemeinnützige Bauvereinigung habe nach § 10 Abs. 2 WGG nicht teurer als um ihren Bilanzwert verkauft werden dürfen und die Käuferin habe demzufolge durch die (mittels der Grundstückstransaktion verschleierte) Bezahlung eines "ungerechtfertigten, weil unzulässigen" Agios im Betrag von 1,150.000 S einen Schaden in dieser Höhe erlitten (US 5, 10/11); dem Umstand, daß auch andere Interessenten bereit gewesen waren, für die genannte Gesellschaft mehr zu bezahlen als ihren Buchwert, und daß Dr.R\*\*\*\* ihren Erwerb für äußerst geeignet gehalten hatte, die wirtschaftliche Situation der WBO im Weg einer Ausweitung von deren Geschäftstätigkeit auf andere Bundesländer samt damit verbundener verstärkter Inanspruchnahme von Förderungsmitteln zu sanieren oder doch zu verbessern, maß es demgegenüber keine Bedeutung bei, weil bei der Bewertung genossenschaftlicher (gemeint: gemeinnütziger) Bauvereinigungen marktwirtschaftliche Überlegungen ausgeschlossen seien (US 5, 6, 17/18); im übrigen sei aber nach dem Gutachten des Buchsachverständigen selbst "objektiv gesehen" für eine Höherbewertung der "G\*\*\*\*" kein Raum, weil die Mehrforderung "gewissermaßen als good-will" gleichfalls lediglich auf der bewußten Mißachtung der §§ 10 und 11 WGG beruhe (US 19).

Der auf § 281 Abs. 1 Z 5 und 9 lit a StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten gegen diesen Schuldspruch kommt Berechtigung zu.

### **Rechtliche Beurteilung**

Nach § 10 Abs. 1 WGG ist die Gewinnausschüttung bei gemeinnützigen Bauvereinigungen beschränkt; auch bei deren Auflösung dürfen die Mitglieder nicht mehr erhalten als die von ihnen eingezahlten Einlagen und ihren Anteil am verteilbaren Gewinn (Abs. 3). Das im Fall einer Auflösung verbleibende Restvermögen ist gemäß § 11 Abs. 1 WGG für Zwecke des gemeinnützigen Wohnungswesens zu verwenden, worüber die Landesregierung entscheidet (Abs. 2). Alle diese Bestimmungen dienen augenscheinlich der Bewahrung und dauernden Zwecksicherung des Vermögens gemeinnütziger Bauvereinigungen; auf denselben Effekt zielt aber nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes auch § 10 Abs. 2 WGG, wonach die Mitglieder "im Fall ihres Ausscheidens nicht mehr als die eingezahlten Einlagen und ihren Anteil am verteilbaren Gewinn erhalten" dürfen. Das in Rede stehende Verbot betrifft demnach nur Fälle, in denen Zahlungen aus dem Vermögen einer gemeinnützigen Bauvereinigung an ein ausscheidendes Mitglied in Betracht kommen, wie etwa auf Grund eines Austritts oder einer Kündigung nach §§ 54 f., 77, 79 GenG. Auf die Veräußerung von Aktien oder von Geschäftsanteilen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Genossenschaft an Dritte hingegen ist es nach dem Gesagten nicht anwendbar: geht es doch bei den dabei an das ausscheidende Mitglied zu erbringenden Leistungen weder um die "eingezahlte Einlage" noch sonst um irgendeine Zuwendung aus dem Vermögen der betreffenden Bauvereinigung, die hiedurch ihrer Zweckbestimmung für das gemeinnützige Wohnungswesen entzogen werden könnte, sondern um ein vom Erwerber aus dessen Vermögen zu leistendes Entgelt; ein derartiger bloßer Wechsel in der Person von Mitgliedern einer gemeinnützigen Bauvereinigung ändert an deren Vermögensbestand nichts.

Die Schlußfolgerungen, die das Erstgericht bei der Bewertung der "G\*\*\*\*" im Vermögen der WBO aus den Bestimmungen der §§ 10 (insbes Abs. 2) und 11 WGG ableitete, sind darnach rechtlich verfehlt; schon dieser vom Beschwerdeführer im Kern zutreffend gerügte Rechtsirrtum, der den nach § 153 StGB tatbestandsmäßigen Schädigungsvorsatz betrifft (Z 9 lit a), erfordert eine Verfahrenserneuerung in erster Instanz, sodaß nach Anhörung der Generalprokuratur schon bei einer nichtöffentlichen Beratung wie im Spruch zu erkennen war (§ 285 e StPO), ohne daß es einer Erörterung des übrigen Beschwerdevorbringens bedarf.

Im zweiten Rechtszug wird vorerst die - im ersten Verfahrensgang ersichtlich im Hinblick auf die Bejahung der Schuldfrage aus anderen Erwägungen (mit nur unzulänglicher Begründung, jedoch seitens der Anklagebehörde mangels Beschwer nicht anfechtbar) zugunsten des Angeklagten beantwortete - Frage, ob die "G\*\*\*\*" von Dr.R\*\*\*\* und

der "S\*\*\*" treuhänderisch für die WBO erworben wurde (US 9/10, 11/12, 14, 19), neuerlich zu prüfen sein. Dabei wird das Erstgericht eingehend zu erörtern und auf ausreichender Beweisgrundlage darüber zu befinden haben, auf welchen sinnvollen wirtschaftlichen Erwägungen ein derartiges Treuhandverhältnis beruht haben sollte und wie es ohne Beeinträchtigung ökonomischer Interessen der WBO hätte realisiert werden sollen.

Für den Fall der Nichtannahme eines (treuhänderisch verdeckten) Ankaufs der Gesellschaftsrechte an der "G\*\*\*" für die WBO wird zur subjektiven Tatseite festzustellen sein, ob der Angeklagte insoweit einen (zumindest bedingt) vorsätzlichen Befugnismißbrauch durch Dr.R\*\*\* beim Erwerb dieser Rechte für sich selbst und für die "S\*\*\*" mit aus dem Machtgeber-Vermögen

stammenden Mitteln im Sinn des § 5 Abs. 3 StGB für gewiß hielt (vgl. ÖJZ-LSK 1986/95 = RdW 1986, 371 = RZ 1987/4 = EvBl 1987/37 ua) und ob sich sein (eigener) Vorsatz auch auf den damit verbundenen Schaden der Genossenschaft erstreckte.

Denn beim Zusammenwirken mehrerer Täter zu einer Untreue (§ 153 StGB) ist in Ansehung des tatbildlichen Befugnismißbrauchs durch den Machthaber das Erfordernis wissentlichen Handelns (§ 5 Abs. 3 StGB) nach § 13 StGB bei jedem von ihnen gesondert zu prüfen, und zwar unabhängig von der Art seiner Beteiligung (§ 12 erster bis dritter Fall StGB); auch ein deliktsspezifischer besonderer Vorsatz ist für jeden Täter vorauszusetzen, weil er ansonsten den Tatbestand auf der subjektiven Tatseite nicht verwirklichen würde (§ 1 Abs. 1 StGB): weder § 12 noch § 14 noch eine andere Vorschrift des geltenden Rechts dispensieren Bestimmungs- oder Beitragstäter von der Erfüllung subjektiver Tatbestandsmerkmale in eigener Person (wie etwa § 14 Abs. 1 erster Satz StGB den extraneus von der besonderen Subjekts-Qualität), wodurch diese Beteiligten im übrigen schlechter gestellt würden als der unmittelbare Täter.

(IdS zu § 87: 9 Os 59/87; zu § 108: RZ 1977/69, JBl 1983, 443; zu § 153: RZ 1987/4, JBl 1983, 551, ÖJZ-LSK 1983/57; zu § 302:

10 Os 146/86, ZVR 1983/43, 1979/47, SSt 48/81, JBl 1978, 270, EvBl 1977/34; Leukauf-Steininger Komm2 § 12 RN 28, § 87 RN 9, § 108 RN 19, § 302 RN 45; Bertel im WK § 108 Rz 75, § 302 Rz 92 f.;

Kienapfel AT E 4 RN 41, E 5 RN 34, BT II § 87 RN 8, § 108 RN 49, § 153 RN 75 f.; Triffterer AT 393 iVm 387 f., Beteiligungslehre va 76, 84 f., 89; Friedrich in RZ 1986, 260 vor und in FN 97, 98;

Liebscher in ZVR 1983, 54; Pallin in ÖJZ 1982, 344; Höpfel in ÖJZ 1982, 321. AM Burgstaller im WK § 87 Rz 13; Schick in RZ 1980, 107; sowie jeweils mit Bezug auf die noch zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten des StGB ergangene E RZ 1972, 181 Liebscher im WK § 153 Rz 25, Leukauf-Steininger aaO § 153 RN 26 und, letzteren folgend, ÖJZ-LSK 1984/93.)

Bei der Untreue als unrechtsbezogenem Sonderdelikt (§ 14 Abs. 1 StGB; vgl. SSt 53/57; Leukauf-Steininger aaO § 153 RN 2; Liebscher aaO § 153 Rz 6, 24; Kienapfel BT II § 153 RN 11) hängt aber außerdem bei jedem Täter das deliktstypische Unrecht seiner Tat davon ab, daß der Qualifizierte, also der zur Verfügung über fremdes Vermögen befugte Träger der daraus resultierenden besonderen Pflichtenstellung, daran - ohne die seinen Machtgeber schädigende Handlung selbst ausführen zu müssen (vgl. Leukauf-Steininger aaO § 14 RN 7, 10; Nowakowski in ZnStR II 158 bei und in FN 50), sonst - "in bestimmter Weise", das heißt vorsätzlich, mitwirkt (§ 14 Abs. 1 Satz 2 zweiter Fall StGB); enthält doch das der Untreue innewohnende Unrecht (gleichermaßen wie jenes des Mißbrauchs der Amtsgewalt) auch eine subjektive Komponente: "Mißbrauch ist - vom allgemeinen (§ 7 Abs. 1 StGB) gleichwie vom spezifizierten (§§ 153, 302 StGB) Vorsatz-Erfordernis ganz unabhängig - sowohl sprachlich als auch nach seinem materiellen Gehalt, also schon von der Wortbedeutung her, vorsätzlicher Fehlgebrauch (vgl. EBRV 1971 81 rechts unten, 82 links oben; Leukauf-Steininger aaO; Mayerhofer/Rieder StGB2 Anm 8 d; Nowakowski aaO 150, 157 bis 159; Höpfel aaO 322; Friedrich aaO 259 vor FN 86).

Mit der insoweit abweichenden Ansicht, daß zur Mitwirkung des Qualifizierten "sonst in bestimmter Weise" schon ein objektiv pflichtwidriges Handeln seinerseits genüge (Triffterer AT 141 f., 144 f., Beteiligungslehre 60, 84 f., 88 f., 99 f.; sowie nunmehr auch Kienapfel in RZ 1987 19 f.; anders noch AT E 7 RN 32 f. und BT II § 153 RN 76), wird nicht nur die klare Absicht des Gesetzgebers (EBRV aaO) negiert, sondern zudem verkannt, daß ein derartiges (objektiv pflichtwidriges) Verhalten des Trägers der besonderen Pflichtenstellung Tatbestandsmerkmal aller Sonderpflichtdelikte ist, wogegen aus der konditional einschränkenden Formulierung des Gesetzes ("Hängt ... jedoch davon ab, daß ..., so muß ...") und aus den Materialien (EBRV aaO 81 rechts unten: "nicht immer", "manchmal", "insbesondere") eindeutig erhellt, daß das hier in Rede stehende Kriterium einer Mitwirkung ("sonst in bestimmter Weise") bloß für einige von ihnen unrechtsrelevant sein soll: aus der Gegenüberstellung (arg "sonst") dieser (zweiten) Fallgruppe des § 14 Abs. 1

Satz 2 StGB zu den "eigenhändigen" Delikten (erste Fallgruppe), bei denen das Tatunrecht des extraneus von einem objektiven Merkmal - und zwar von der unmittelbaren Tat-Ausführung durch den Qualifizierten - abhängt, ist abzuleiten, daß das hier selektionierende Unrechtskriterium im Bereich des subjektiven Tatbestands liegen muß (vgl Friedrich aaO 259 vor FN 84).

Umgekehrt jedoch würde es über das Ziel schießen, das spezifische Tat-Unrecht der Untreue (gleichwie des Mißbrauchs der Amtsgewalt) von einem wissentlichen Befugnismißbrauch durch den Machthaber (oder den Beamten) abhängig zu machen; dazu genügt vielmehr - wie bei allen Sonderdelikten mit einer schon von der Wortbedeutung her vorsatzgeprägten Ausführungsart - der bedingt vorsätzliche Mißbrauch des besonderen Vertrauensverhältnisses durch den Qualifizierten; auf diesen muß sich der tatbestandsmäßige besondere Vorsatz des extranen Beteiligten, also dessen Wissen, erstrecken (vgl Höpfel aaO 321 FN 81; Friedrich aaO 260 f. vor FN 101). Ein "doppeltes Wissentlichkeitserfordernis" hingegen ist weder dem Gesetz noch den Materialien zu entnehmen und - entgegen der den klaren Wortlaut und Sinn jener Entscheidungen verkennenden Auffassung Kienapfels (in RZ 1987, 19) - auch in der Rechtsprechung bisher nicht postuliert worden: wurde doch insoweit nur hervorgehoben, daß über ein grundsätzliches Wissen von der - in erster Instanz jeweils festgestellten - wissentlichen Pflichtverletzung durch den Machthaber hinausgehende besondere Kenntnisse in bezug auf den Umfang von dessen rechtsgeschäftlichen Obliegenheiten im Innenverhältnis beim Beitragstäter nicht erforderlich sind (JBl 1983, 545, ÖJZ-LSK 1983/57 ua). Eine Aufspaltung und Kumulierung des Vorsatz-Erfordernisses beim Bestimmungs- und beim Beitragstäter dahin schließlich, daß jene einerseits selbst von einem objektiven Befugnismißbrauch durch den Qualifizierten wissen, zugleich aber andererseits auch ein Wissen des letzteren von diesem Mißbrauch wenigstens ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden müßten (Bertel aaO § 302 Rz 92 f.), wäre damit unvereinbar, daß sich deren tatbestandsmäßiger besonderer Vorsatz, also ihr Wissen, unteilbar auf den Unrechts-Sachverhalt, hier also auf einen - zumindest, aber jedenfalls - vorsätzlichen Befugnismißbrauch durch den Machthaber (gleichwie durch den Beamten), erstrecken muß (vgl va EBRV aaO 81 links Mitte, rechts oben).

Im Fall der neuerlichen Annahme eines Erwerbs der Gesellschaftsrechte für die WBO hingegen wird bei der Bewertung jener Rechte - im Sinn einer gebotenen Beachtung opferbezogener Faktoren (vgl Kienapfel BT II AllgVorbem RN 92 ff., § 153 RN 58; SSt 52/20, EvBl 1982/132 ua), die sich unter Umständen (abweichend vom Regelfall) auch wertsteigernd auswirken können - darauf abzustellen sein, welche konkret zu ermittelnde ökonomische Bedeutung ihnen zu dieser Zeit nach dem für den Erwerber aktuell gewesenen Wirtschaftsplan in dessen (wirtschaftlichem) Vermögen (vgl SSt 51/19, 10 Os 145/81 ua) zukam (vgl etwa S 53/II). Sollte sich dabei ein auf dem Abfluß des Agios und der mit der Grundstückstransaktion verbundenen zusätzlichen Nebenspesen beruhender Schaden der WBO (im Ausmaß einer Differenz zwischen diesem Vermögensabgang und dem als Gegenleistung eingegangenen Wert der "G\*\*\*\*") ergeben, dann wäre im Sinn des zuvor Gesagten zunächst zu prüfen, ob Dr.R\*\*\*\* durch den Erwerb der in Rede stehenden Gesellschaftsrechte zu jenen Bedingungen seine Geschäftsführungsbefugnisse vorsätzlich mißbraucht hat, sowie in weiterer Folge, ob dem Angeklagten zur Zeit seines eigenen Tatverhaltens ein derartiger Befugnismißbrauch durch den Genannten bewußt war und ob er den daraus entstandenen Schaden für dessen Machtgeber mit zumindest bedingtem Vorsatz gewollt hat.

#### **Anmerkung**

E11984

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1987:0150OS00131.87.1006.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19871006\_OGH0002\_0150OS00131\_8700000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)