

# TE OGH 2019/8/28 13Os28/19w

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.08.2019

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 28. August 2019 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Lässig als Vorsitzenden sowie die Hofräte und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Nordmeyer, Mag. Michel, Dr. Oberressl und Dr. Brenner in Gegenwart der Schriftführerin Mag. Rathgeb in der Strafsache gegen Mag. Dr. Alexander K\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens der Untreue nach §§ 12 dritter Fall, 153 Abs 1 und 3 zweiter Fall StGB und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt als Schöffengericht vom 17. Mai 2018, GZ 15 Hv 104/15b-411, nach Anhörung der Generalprokurator in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Mag. Dr. Alexander K\*\*\*\*\* im zweiten Rechtsgang (vgl zum ersten 13 Os 137/16w) gemäß § 259 Z 3 StPO vom Vorwurf freigesprochen, er habe in K\*\*\*\*\*

„l.) zu den Untreuetaten des im Verfahren 15 Hv 176/12m des Landesgerichtes Klagenfurt abgesondert verfolgten, und in Ansehung der gegenständlichen Fakten im Umfang des Schulterspruchs, rechtskräftig verurteilten unmittelbaren Täters Josef Ki\*\*\*\*\*,

der als Vorstandsmitglied der H\*\*\*\*\* AG (kurz: H\*\*\*\*\*) seine Befugnis, über das Vermögen dieser Gesellschaft zu verfügen und diese zu verpflichten, wissentlich missbrauchte, und der H\*\*\*\*\* vorsätzlich einen EUR 300.000,00 übersteigenden Vermögensnachteil dadurch zufügte, dass er bei (bzw. im Zusammenhang mit) Verkäufen von Vorzugsaktien der Konzern Tochter (und H\*\*\*\*\* Enkelgesellschaft) H\*\*\*\*\* AG (kurz: HL\*\*\*\*; bzw. HL\*\*\*\*-Vorzugsaktien) im Namen der H\*\*\*\*\* (soweit hier relevant) Put-Optionen zu Gunsten der Vorzugsaktionärinnen F\*\*\*\*\* Privatstiftung und S\*\*\*\*\* Privatstiftung abschlossen, die diesen Investorinnen das Recht einräumten, die Vorzugsaktien nach einer bestimmten Frist (hier rund vier Wochen) auf ihr Verlangen gegen vollständige Rückzahlung des Kaufpreises samt bis dahin 'angefallener' Dividendenansprüche an die H\*\*\*\*\* zurück zu verkaufen, was zur Folge hatte, dass

- die H\*\*\*\*\* für sich (und die Kreditinstitutsgruppe; kurz KI-Gruppe) kein dauerhaftes, nicht rückzahlbares und damit nicht risiko- und verlusttragungsfähiges (Kern-)Kapital erhielt, sondern nur rückzahlbare 'Liquidität',
- die H\*\*\*\*\* deswegen für die von ihr erbrachte Leistung – Übertragung der ansonsten ihr zustehenden

Dividendenansprüche in Höhe von 6 % bzw. 6,25 % pro Jahr an die Vorzugsaktienerwerberinnen – keine wertadäquate Gegenleistung erhielt, weil sie Liquidität in vergleichbarer 'Qualität' (sich vor allem ergebend aus der Pflicht zur Rückzahlung nach rund vier Wochen nach einseitiger Inanspruchnahme der Put-Optionen durch die Vorzugsaktienerwerberinnen in voller Höhe [Nominal zuzüglich anteilig 'angefallener' Dividenden]) zu wesentlich geringeren Kosten aufnehmen hätte können, sie mit anderen Worten also für Geld, das ihr nur für eine – vom Willen der Investorinnen abhängige – Dauer zur Verfügung gestellt wurde, deutlich 'höhere Zinsen' zahlen musste und gezahlt hat, als sie für eine vergleichbare Zuverfügungstellung zahlen hätte müssen,

in Bezug auf die folgenden Vorzugsaktientransaktionen, und zwar

2.) F\*\*\*\*\* Privatstiftung vom 09/11. Mai 2007 (kurz: F\*\*\*\*\* PS I; 15.000 Stück im Gesamtnominalen von EUR 15 Mio.; Vermögensnachteil der H\*\*\*\*\*: EUR 620.000);

3.) S\*\*\*\*\* Privatstiftung vom 04. Juni 2007 (100 Stück im Gesamtnominalen von EUR 100.000; Vermögensnachteil der H\*\*\*\*\*: EUR 4.000);

4.) F\*\*\*\*\* Privatstiftung vom 20. Juni 2007 (kurz: F\*\*\*\*\* PS II; 10.000 Stück im Gesamtnominalen von EUR 10 Mio.; Vermögensnachteil der H\*\*\*\*\*: EUR 422.000);

beigetragen, indem er

B) die Put-Option, die dann bei allen zuvor genannten Fällen (2. bis 4.) zum Einsatz kam, trotz der zuvor von Dr. Ku\*\*\*\*\* erhaltenen Information, dass ein damit behaftetes Vorzugsaktienkapital nicht Kernkapitalqualität aufweisen könnte, verfasste

D) anlässlich der Vorzugsaktientransaktion F\*\*\*\*\* PS I am 09/11. Mai 2007

i) seine Kanzlei als Vertragsschlussort zur Verfügung stellte;

ii) erläuterte, welche Vertragsteile – darunter Aktienkaufvertrag und Put-Option – an welcher Stelle von welcher Person unterschrieben werden sollen;

iii) die Vertragsunterlagen – darunter Aktienkaufvertrag und Put-Option – selbst als Vorstandsmitglied der F\*\*\*\*\* PS unterfertigte;

iv) Notar Dr. Ke\*\*\*\*\* den mündlichen Auftrag erteilte, die zusätzlich zum Aktienkaufvertrag und zur Call-Option abgeschlossene Put-Option zu verwahren;

E) hinsichtlich der Vorzugsaktientransaktion S\*\*\*\*\* PS am 04. Juni 2007

i) als Vorstandsmitglied der S\*\*\*\*\* PS bei der H\*\*\*\*\* anfragte, ob diese PS – ebenso unter Abschluss einer Put Option – HL\*\*\*\*\*-Vorzugsaktien erwerben könne;

ii) nach Zusage, dass dies möglich sei, die auf die S\*\*\*\*\* PS ausgerichtete Put-Option erstellte;

iii) anlässlich des Unterschrifentermins am 4. Juni 2007 in der H\*\*\*\*\* die von ihm vorbereiteten Unterlagen – Aktienkaufvertrag, Call-Option und Put-

Option – vorlegte und erklärte, dass diese Vertragsunterlagen nunmehr zu unterfertigen seien;

iv) als Vorstandsmitglied der S\*\*\*\*\* PS die Vertragsbestandteile – darunter die Put-Option zu ihren Gunsten – unterfertigte;

v) Notar Dr. U\*\*\*\*\* als Vertreter von Notar Dr. Ke\*\*\*\*\* mündlich beauftragte, die Put-Option zu verwahren;

F) anlässlich der Vorzugsaktientransaktion F\*\*\*\*\* PS II am 20. Juni 2007

i) erläuterte, welche Vertragsteile – darunter Aktienkaufvertrag und Put-Option – an welcher Stelle von welcher Person unterschrieben werden sollen;

ii) die Vertragsunterlagen – darunter Aktienkaufvertrag und Put-Option – selbst als Vorstandsmitglied der F\*\*\*\*\* PS unterfertigte;

iii) Notar Dr. Ke\*\*\*\*\* den mündlichen Auftrag erteilte, die zusätzlich zum Aktienkaufvertrag und zur Call-Option abgeschlossene Put-Option zu verwahren

obwohl er

- wusste, dass der unmittelbare Täter Josef Ki\*\*\*\*\* die Rechtsgeschäfte Vorzugsaktienverkäufe' namens der H\*\*\*\*\* in der konkreten Form – unter Abschluss einer das Element der 'dauerhaften Kapitalüberlassung' beseitigenden Put-Option – nicht hätte abschließen dürfen, weil sie sich zum (Vermögens-)Nachteil der H\*\*\*\*\* auswirkten (keine wertadäquate Gegenleistung für die Übertragung der Dividendenansprüche infolge bloß kurzfristiger Bindung des Aktienkapitals wegen Rückzahlbarkeit nach ca. vier Wochen auf Wunsch der Investorinnen);

- es ernstlich für möglich hielt und sich damit abfand, dass der H\*\*\*\*\* ein – der Dimension nach vorhergesehener – insgesamt EUR 300.000,00 übersteigender Vermögensnachteil (in Summe konkret restlich EUR 1.046 Mio.) entsteht, weil sie für die von ihr erbrachte (bereits bezeichnete) Leistung keine wertadäquate Gegenleistung in Form nicht rückzahlbaren (Kern-)Kapitals (auf Ebene der KI-Gruppe) erhielt, sondern nur 'kurzfristige', auf Wunsch der Investorinnen binnen einer Frist von rund vier Wochen rückzahlbare Liquidität, die für die H\*\*\*\*\* von wesentlich geringerem Wert war, und

- es für gewiss hielt, dass auch der unmittelbare Täter Josef Ki\*\*\*\*\* bei der Vornahme der Rechtsgeschäfte 'HL\*\*\*\*\*-Vorzugsaktienverkäufe an die erwähnten Investorinnen unter Abschluss der Put-Optionen' zumindest bedingt vorsätzlich seine Befugnis, über das Vermögen der H\*\*\*\*\* zu verfügen und diese Gesellschaft zu verpflichten, missbrauchte;

II.) durch die zu I.) beschriebenen Taten Josef Ki\*\*\*\*\* als Vorstandsmitglied der H\*\*\*\*\* bei folgenden Handlungen unterstützt, und zwar

an der Aufstellung des Konzernabschlusses zum 31. Dezember 2007 dabei mitgewirkt, dass er in diesem Konzernabschluss die wirtschaftlichen Verhältnisse des – durch die H\*\*\*\*\* repräsentierten – Konzerns HG\*\*\*\* in Bezug auf seine Fähigkeit, Risiken und Verluste durch entsprechende Kernkapitalausstattung (auf Gruppenebene) abdecken zu können, besser darstellen konnte, als es den Tatsachen entsprochen hat, weil die Put-Optionen zu den Vorzugsaktien diesen Kapital-Teilen just diese Fähigkeit genommen haben,

durch seine Handlungen im Zusammenhang mit den Vorzugsaktientransaktion

i) F\*\*\*\*\* PS I am 09/11. Mai 2007 (Falschdarstellung einer Kernkapital-Teilposition von EUR 15 Mio. in Bezug auf das Vorzugsaktienpaket F\*\*\*\*\* PS 1);

ii) S\*\*\*\*\* PS am 04. Juni 2007 (Falschdarstellung einer Kernkapital-Teilposition von EUR 100.000 in Bezug auf das Vorzugsaktienpaket S\*\*\*\*\* PS);

iii) F\*\*\*\*\* PS II am 20. Juni 2007 Falschdarstellung einer Kernkapital-Teilposition von EUR 10 Mio. in Bezug auf das Vorzugsaktienpaket F\*\*\*\*\* PS II);

in Berichten der H\*\*\*\*\* an die Öffentlichkeit und an die Aktionäre (Konzernabschluss 2007 sowie dazugehörige Konzernlageberichte) verschweigen konnte, obwohl diese Rückverkaufsrechte wesentliche geschäftliche Umstände auch in Bezug auf die jeweilige Einzeltransaktion waren".

## **Rechtliche Beurteilung**

Dagegen wendet sich die auf § 281 Abs 1 Z 4, 5 und 9 lit a StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft.

Hinsichtlich des vom Freispruch II umfassten Teils der Anklage (vgl die Anklageschrift ON 222 S 13 f) hat das Landesgericht Klagenfurt im ersten Rechtsgang mit Urteil vom 6. Juli 2016 (ON 364), das seitens der Staatsanwaltschaft nur mit Berufung bekämpft worden war (ON 368, 377), zwar nicht förmlich (§ 259 StPO) einen Freispruch gefällt, einen solchen aber in den Entscheidungsgründen (ON 364 S 43 f) zum Ausdruck gebracht (RIS-Justiz RS0116266 [T9, T10]). Die solcherart (rechtskräftig) erledigten Anklagepunkte waren daher – entgegen der von der Staatsanwaltschaft vertretenen Ansicht (vgl ON 398 S 2) – nicht (zulässiger) Gegenstand des zweiten Rechtsgangs. In Ansehung des ungeachtet dessen erfolgten, mit Blick auf das Verfolgungshindernis der rechtskräftig entschiedenen Sache rechtlich verfehlten Freispruchs II geht die Nichtigkeitsbeschwerde daher schon im Ansatz ins Leere.

Der Erledigung der Nichtigkeitsbeschwerde im Übrigen ist voranzustellen:

Untreue setzt unter anderem einen Missbrauch – also vorsätzlichen Fehlgebrauch – der dem Machthaber zukommenden Befugnis, über das Vermögen des Machtgebers zu verfügen, voraus (vgl 13 Os 110/18b).

Befugnisfehlgebrauch liegt vor, wenn der Machthaber zwar nach außen wirksame Vertretungshandlungen setzt, dabei aber gegen das interne (rechtliche) Dürfen, also die bindenden Vorgaben des Machtgebers, verstößt (RIS-Justiz RS0094545 [insbesondere T14], jüngst 13 Os 128/18t mwN).

Ein Beitrag zur Ausführung einer strafbaren Handlung nach § 12 dritter Fall StGB muss zu einer ausreichend individualisierten Tat erfolgen (näher dazu Fabrizy in WK2 StGB § 12 Rz 93). Ob eine ausreichende Individualisierung der vom Beitragstäter geförderten Straftat gegeben ist, ist einzelfallbezogen und insbesondere auch abhängig vom Deliktstyp zu beurteilen (RIS-Justiz RS0120600). So erfordert für die hier relevante Zurechnung eines sonstigen Beitrags zum Sonderdelikt der Untreue (vgl Kirchbacher/Presslauer in WK2 StGB § 153 Rz 2) die Individualisierung der geförderten Straftat im Urteil die Darlegung der pflichtwidrig schädigenden Handlung des Inhabers der Befugnis (RIS-Justiz RS0119837; Kirchbacher/Presslauer in WK2 StGB § 153 Rz 44a).

Den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils sind jedoch keine Feststellungen zu einer solchen gegen bindende Vorgaben der H\*\*\*\*\* als Machtgeberin verstoßenden und daher als Befugnisfehlgebrauch zu beurteilenden Handlung eines Intraneus zu entnehmen.

Die Konstatierungen, wonach die H\*\*\*\*\*, die „Eigenmittel zur Aufstockung des Grundkapitals erhalten wollte“, durch die von Josef Ki\*\*\*\*\* als Vorstand zu vertretende Ausgabe der hier in Rede stehenden Vorzugsaktien „kein Eigenkapital in erforderlicher und beabsichtigter Qualität“ erhielt und „dadurch einen Vermögensschaden“ erlitt (US 11) und wonach nicht festgestellt werden konnte, dass der Angeklagte bewusst an „dem Befugnismissbrauch“ des Josef Ki\*\*\*\*\* oder auch eines anderen Vertreters der HG\*\*\*\*\* im Zuge der Erstellung und des Abschlusses der in Rede stehenden Vorzugsaktientransaktionen mitgewirkt habe, noch dass er „vom Missbrauch“ der Befugnis durch Josef Ki\*\*\*\*\* wusste (US 12), reichen zur Erfüllung dieses Erfordernisses nicht hin. Gleiches gilt für die im Rahmen der rechtlichen Beurteilung vorgenommene Zusammenfassung des Anklagevorwurfs, dass der Angeklagte „zu den Missbrauchshandlungen des unmittelbaren, rechtskräftig verurteilten Haupttäters Josef Ki\*\*\*\*\*“ beigetragen habe (US 20).

Allein die – keine Feststellungen der Tatrichter darstellende, sondern bloß – den Anklagevorwurf wiedergebende Beschreibung der Tat des Josef Ki\*\*\*\*\* im Urteilsspruch (zu den formalen Erfordernissen eines freisprechenden Urteils vgl Lendl, WK-StPO § 259 Rz 11 ff mwN) vermag die fehlenden Feststellungen nicht zu ersetzen (vgl zum Referat der entscheidenden Tatsachen [§ 260 Abs 1 Z 1 StPO] eines schuldig sprechenden Urteils RIS-Justiz RS0114639&SkipToDocumentPage=True&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=False">RS0114639; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 580).

Das Fehlen dieser für eine rechtliche Beurteilung des Verhaltens des Angeklagten als Beitrag zur Untreue erforderlichen Feststellungsbasis bleibt von der Beschwerdeführerin unbekämpft.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde:

Die Verfahrensrüge (Z 4) wendet sich gegen die Abweisung (ON 410 S 17) des Antrags, aufgrund behaupteter gravierender Mängel des Gutachtens des Sachverständigen Hans-Peter W\*\*\*\*\*, MBA, und erheblicher Abweichungen desselben von der Expertise des zu AZ 15 Hv 176/12m des Landesgerichts Klagenfurt bestellten Sachverständigen Mag. Karl H\*\*\*\*\* einen weiteren Sachverständigen beizuziehen (ON 409 S 18 ff, insbesondere S 22). Da dieser Beweisantrag nicht auf den Nachweis einer pflichtwidrig schädigenden Handlung des unmittelbaren Täters abzielte, erübrigte sich ein Eingehen auf das bezughabende Beschwerdevorbringen bereits mit Blick auf § 281 Abs 3 zweiter Satz StPO.

Zudem kritisiert die Verfahrensrüge „die Abweisung des Antrages auf Verlesung“ näher bezeichneter „Aktenunterlagen von Mag. Karl H\*\*\*\*\*“. Insoweit versagt sie schon mangels Stellung eines solchen Antrags in der Hauptverhandlung (RIS-Justiz RS0099250 und RS0118060). Denn nach dem ungerügten Protokoll über die Hauptverhandlung hat der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft lediglich auf die seiner Ansicht nach vom Senat vorzunehmende „Berücksichtigung“ dieser Unterlagen für die Beurteilung der behaupteten Mangelhaftigkeit des Gutachtens des Sachverständigen Hans-Peter W\*\*\*\*\*, MBA, hingewiesen (ON 409 S 22; ON 410 S 4 f) und in der Folge zudem ausdrücklich erklärt, dass seitens der Staatsanwaltschaft „eine Verlesung gutachterlicher Ausführungen des Sachverständigen Mag. H\*\*\*\*\* [...] nicht beantragt wurde“ (ON 410 S 6).

Gegenständlich haben die Tatrichter den Freispruch vom Vorwurf des Beitrags zur Untreue zu I auf die Verneinung der subjektiven Tatseite des Angeklagten gegründet, zu einer pflichtwidrig schädigenden Handlung des unmittelbaren Täters – wie eingangs bereits dargestellt – jedoch keine Feststellungen getroffen.

Hinsichtlich solcher Konstatierungen werden weder Feststellungsmängel (Z 9 lit a) noch darauf bezogene Anträge aus Z 4 des § 281 Abs 1 StPO geltend gemacht.

Demzufolge spricht die Mängelrüge (Z 5) von vornherein keine entscheidenden Tatsachen an (RIS-JustizRS0127315 und RS0130509).

Indem die Rechtsrüge (Z 9 lit a) Feststellungsmängel zu anderen Tatbestandselementen einwendet, ohne darzulegen, weshalb diese gegebenenfalls trotz der fehlenden Konstatierungen zu einer pflichtwidrig schädigenden Handlung des unmittelbaren Täters zu einem Schulterspruch führen sollten, leitet sie die angestrebte rechtliche Konsequenz nicht methodengerecht aus dem Gesetz ab (siehe aber RIS-Justiz RS0116565 und RS0116569).

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher – im Ergebnis in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokurator – bereits bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO).

**Textnummer**

E126165

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2019:0130OS00028.19W.0828.000

**Im RIS seit**

02.10.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

02.10.2019

**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)