

Strafbarkeit wirtschaftlich unvertretbarer Kreditvergabe

Auswirkungen des „Styrian Spirit“-Urteils des OGH auf die Gewährung von Sanierungskrediten?

ALEXANDER ISOLA / DAVID SEIDL / FLORIAN SPRAJC*

In jüngerer Zeit muss sich der OGH vermehrt mit dem Straftatbestand der Untreue gem § 153 StGB befassen. Es ist klar die Tendenz zu einer schärferen Anwendung dieses – immerhin mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 10 Jahren im Qualifikationsfall bedrohten – Delikts zu erkennen, was von der Fachwelt mit einiger Besorgnis beobachtet wird. Zu lesen ist etwa: „Die Strafbestimmung ufert aus“,¹ „Damoklesschwert über jedem Manager“² oder „Gericht fasst den Begriff der Untreue auffallend weit“.³ Im Folgenden sollen die Auswirkungen des viel beachteten Styrian Spirit-Urteils des OGH⁴ auf die Gewährung von Sanierungskrediten untersucht werden.

I. Der Untreuetatbestand gemäß § 153 StGB

Strafbare Untreue iSd § 153 StGB verlangt folgende Tatbestandsmerkmale:

1. Tatsubjekt (Befugnisträger)

Täter der Untreue ist, wer eine durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, hat. § 153 StGB stellt ein sog Sonderdelikt dar, welches grundsätzlich nur von einem *intra-neus* als Alleintäter begangen werden kann, dh von einer Person, die diese tatbestandsmäßige Befugnis hat. An diesem „unrechtsgeprägten“ Sonderdelikt können sich gem §§ 12, 14 StGB auch *extranei* beteiligen.⁵ Hier interessiert im Weiteren nur der rechtsgeschäftliche Ursprung der Verfügungs- bzw Verpflichtungsbefugnis. Danach sind jedenfalls Gesellschafts- und Genossenschaftsorgane, Prokuristen, selbständig disponierende Filialleiter und Bankangestellte mit Überweisungsermächtigung Befugnisträger iSd § 153 StGB; darüber hinaus Bevollmächtigte jeglicher Art gem §§ 1002 ff ABGB.⁶

2. Tathandlung (Befugnismissbrauch)

Der Tatbestand des § 153 StGB ist nur dann erfüllt, wenn sich der Täter innerhalb seines rechtlichen Könnens bewegt, dh, seine Handlungen von seiner Vollmacht gedeckt sind. Ebenso kann ein Handeln als Kollektivvertretungsberechtigter unter Umgehung der übrigen Vertretungsbefugten als Befugnismissbrauch zu qualifizieren sein.⁷

Die Tathandlung des § 153 StGB stellt der Missbrauch der erläuterten Befugnis dar. Dieser liegt grundsätzlich dann vor, wenn sich der Täter nach außen über interne Beschränkungen hinwegsetzt.⁸ Subsidiär gilt der Grundsatz, dass der Macht-haber dem Machtgeber den größtmöglichen Nutzen verschaffen muss.⁹ Darüber hinausgehend sprach der OGH in der in Rede stehenden Entscheidung¹⁰ aus, dass ein Bankangestellter jedenfalls seine Befugnis, über das Vermögen des Bankinstituts zu verfügen, missbrauche, wenn er trotz erkannter mangelnder Bonität und fehlender Sicherheiten (zum Zeitpunkt der Kreditschuldentstehung) Kredit gewähre. Dies sei wirtschaftlich unvertretbar und indiziere „jedenfalls“, so der OGH, vorsätzlichen Missbrauch.

An der Aussage, dass wirtschaftlich unvertretbare Kreditgewährung ein Missbrauch sei, ist grundsätzlich nichts auszusetzen: Neben den offenen Pflichtverletzungen, wie etwa dem Übertreten starrer interner Regelungen, existiert ein Bereich, in dem der Befugnisträger einen gewissen Entscheidungsspielraum hat; hier wird die Sorgfalt eines ordentlichen Bankangestellten etc der Maßstab für den Befugnismissbrauch sein. Wird dieses Ermessen – aus der Sicht *ex ante* – evident überschritten, liegt objektiv Missbräuchlichkeit vor (zur Frage der subjektiven Tatseite siehe sogleich unter Pkt I.4.).¹¹

3. Taterfolg (Vermögensnachteil)

Untreue ist als Erfolgsdelikt konzipiert, dh erst bei Eintritt eines Vermögensnachteils vollendet. Dieser kann in der Verminderung der Aktiven, der Erhöhung der Passiven oder dem Entgang eines Gewinns liegen.¹² Jedenfalls muss der Erfolg in kausaler und zurechenbarer Weise herbeigeführt werden und beim Vertretenen selbst eintreten.¹³ Die Schadensberechnung erfolgt nach hA im Wege einer sog Gesamtsaldierung, dh, es ist die Vermögenslage vor und nach der Verfügung zu verglei-

* Dr. Alexander Isola, MCJ (NYU) ist Rechtsanwalt in Graz und Wien, ua mit Spezialisierung auf Insolvenz- und Organhaftungsrecht. Dr. David Seidl ist Rechtsanwaltsanwarter in Wien, ua mit Spezialisierung auf Organhaftungs- und Wirtschaftsstrafrecht. Mag. Florian Sprajc ist Universitätsassistent am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie der Karl-Franzens-Universität Graz mit Forschungsschwerpunkt Organverantwortlichkeit.

¹ *Milchrahm/Rauter*, Untreue: Libro-Urteil als Auftakt zu neuer Prozesslawine? Die Presse vom 3.2.2014.

² *Reich-Rohrwig*, Damoklesschwert über jedem Manager, Der Standard vom 9.10.2013.

³ *Hirschbrich*, Kullterer: Gericht fasst den Begriff der Untreue auffallend weit, Die Presse vom 11.2.2013.

⁴ OGH 21.8.2012, 11 Os 19/12x (11 Os 91/12k).

⁵ *Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz*, StGB³, § 153 Rz 2.

⁶ *Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz*, StGB³, § 153 Rz 6. Im vorliegenden Fall können die Problemstellungen hinsichtlich Treuhandverhältnissen, indirekter Stellvertretung etc ausgeklammert werden; vgl hierzu eingehend *Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz*, StGB³, § 153 Rz 11 ff.

⁷ RIS-Justiz RS0094442.

⁸ *Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz*, StGB³, § 153 Rz 28.

⁹ *Pfeifer in Trifflerer/Rosbaud/Hinterhofer*, StGB, § 153 Rz 23.

¹⁰ OGH 21.8.2012, 12 Os 19/12x (11 Os 91/12k).

¹¹ Vgl *Rüffler*, Strafrechtliche Untreue und Gesellschaftsrecht, in FS W. Jud (2012) 533 (538 f).

¹² StRspr; vgl RIS-Justiz RS0094836; *Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz*, StGB³, § 153 Rz 36.

¹³ *Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch Strafrecht – Besonderer Teil II (2003) § 153 Rz 81.

chen; unter Umständen kann es auch zu einer Schadenskompensation durch entstehende Vorteile kommen.¹⁴ Den Vermögensdelikten im StGB liegt ein sog wirtschaftlicher Vermögensbegriff zugrunde, worunter „die Gesamtheit aller wirtschaftlich ins Gewicht fallenden und rechnerisch feststellbaren Werte“ zu verstehen ist.¹⁵ IZm Kreditvergaben hängt der Vermögensnachteil laut stRspr von der Einbringlichkeit der Kreditforderung im Zeitpunkt der Schuldentstehung ab. Ist die Kreditvergabe wirtschaftlich unvertretbar, tritt ein unmittelbarer Schaden in Höhe der Kreditsumme also schon mit dem Zeitpunkt der Auszahlung ein. Spätere Rückzahlungen begründen nur Schadensminderung.¹⁶

4. Subjektiver Tatbestand

Der erste Inhalt des subjektiven Tatbestands der Untreue betrifft den Befugnismissbrauch. Hier verlangt § 153 StGB „Wissentlichkeit“ iSd § 5 Abs 3 StGB; danach handelt ein Täter wissentlich, „wenn er den Umstand ... nicht bloß für möglich, sondern für gewiß hält.“ In concreto muss der Täter es für gewiss halten, dass er die ihm eingeräumte Befugnis missbraucht, dh, dass er evident pflichtwidrig handelt.

Der zweite Inhalt des subjektiven Tatbestands betrifft den Eintritt eines Vermögensnachteils beim Machtgeber. Hierfür genügt *dolus eventualis* iSd § 5 Abs 1 StGB. Da der Vorsatz „die Spiegelung des äußeren Tatbestands in das Wissen und Wollen des Täters“¹⁷ ist, muss sich dieser auch auf den Eintritt eines Vermögensschadens im Auszahlungszeitpunkt beziehen.

Bei mehreren Tatbeteiligten muss der unmittelbare Täter seine Befugnis nach stRspr¹⁸ zumindest vorsätzlich missbrauchen – es handelt sich um ein sog Sonderpflichtdelikt iSd § 14 Abs 1 Satz 2 Fall 2 StGB („Mitwirkung in bestimmter Weise“) –, um das Unrecht der Untreue herzustellen. Der extrane Beteiligte muss, um strafrechtlich zu haften, es nach der Rspr¹⁹ nicht nur für gewiss (§ 5 Abs 3 StGB) halten, dass der unmittelbare Täter seine Befugnis zumindest bedingt vorsätzlich missbraucht, sondern auch selber einen (zumindest bedingten) Schädigungsvorsatz aufweisen.²⁰ Untergerichte übersehen nicht selten, dazu, also zum *Vorsatz des extraneus auf den Vorsatz des unmittelbaren Täters* beim Sonderdelikt Untreue, Konstatierungen zu treffen (wie etwa zuletzt bei LIBRO).

II. Die in OGH 21.8.2012, 11 Os 19/12x (11 Os 91/12k) enthaltene Rechtsmeinung des OGH

1. Zu der Frage nach dem Befugnismissbrauch: „Losgelöst von den gesetzlichen Vorgaben des BWG und bankinternen Richtlinien missbraucht ein Bankangestellter seine Befugnis, über das Vermögen des Bankinstituts durch Kreditvergabe zu verfügen, jedenfalls (vorsätzlich), wenn er trotz – erkannter – mangelnder Bonität und fehlender Sicherheiten zum Zeitpunkt der Kreditschuldentstehung – also wirtschaftlich unvertretbar – Kredit gewährt.“

2. Zu der Frage nach dem Vermögensnachteil: „Bei einem solchen Befugnismissbrauch eines Bankangestellten hängt der dem Bankinstitut zugefügte Vermögensnachteil im Sinn des § 153 StGB von der Einbringlichkeit des Rückzahlungsanspruchs im Zeitpunkt der Kreditschuldentstehung ab. Bonität des Schuldners und/oder ausreichende Sicherheiten lassen keinen Vermögensnachteil entstehen, wogegen die wirtschaftliche Unvertretbarkeit der Kreditzuzahlung zu einem solchen in der Höhe der Kreditsumme führt und zwar auch dann, wenn Rückzahlungen erfolgen oder später Sicherheiten bestellt werden; diese haben dann (nur) den Charakter nachträglicher Schadensminderung.“

3. Zu den Fragen wissentlicher Befugnismissbrauch sowie (zumindest bedingt) vorsätzliche Zufügung des Vermögensschadens: „Wenn ein Bankangestellter „wirtschaftlich unvertretbar“ Kredite vergibt und er die mangelnde Bonität der Kreditwerbers erkennt – sie nach dem OGH „von seinem Wissen“ umfasst ist – determiniere dies „in objektiver wie subjektiver Hinsicht sowohl das Tatbestandsmerkmal des Befugnismissbrauchs als auch jenes der Zufügung eines Vermögensnachteils“.

III. Würdigung der Entscheidung

1. Kritik

Neben der (dogmatisch kritikwürdigen) Vermengung der beiden Erfordernisse Wissentlichkeit hinsichtlich des Missbrauchs (siehe Pkt I.2.) und (zumindest) bedingtem Vorsatz hinsichtlich des Eintritts eines Vermögensschadens (siehe Pkt I.4.) wird gleichsam apodiktisch ausgesprochen, dass eine Kreditvergabe trotz mangelnder Bonität bzw Sicherheiten jedenfalls einen (vorsätzlichen) Befugnismissbrauch sowie eine vorsätzliche Vermögensschädigung darstelle. Frei nach dem Motto: „Wer weiß, dass er das nicht darf, der nimmt wohl auch in Kauf, dass durch die Handlung ein Schaden eintritt.“

Soll dieses Judikat nun wirklich so verstanden werden, dass in Fällen wie dem vorliegenden von dem objektiven Faktum der Kreditvergabe trotz mangelnder Bonität (= Befugnismissbrauch) gleichsam automatisch sowohl auf die Wissentlichkeit des Missbrauchs als auch auf den (zumindest) bedingten Schädigungsvorsatz geschlossen werden kann? Bejahendenfalls bedeutete dies für die Gerichte natürlich erhebliche Entlastungen in zwei Richtungen: Weder die verletzten Pflichten (BWG, bank- bzw konzerninterne Richtlinien) bzw die (möglicherweise) wirtschaftlich legitimen „Hintergedanken“²¹ der kreditgewährenden Stelle müssten konkretisiert werden – eine Kreditvergabe ohne Sicherheiten bzw bei mangelnder Bonität ist ja jedenfalls ein Befugnismissbrauch – noch, was in praxi tatsächlich enorme Beweisschwierigkeiten in sich birgt, müsste die subjektive Tatseite mit ihren zwei Komponenten eruiert werden; diese ist laut OGH in solchen Fällen offenbar immer zu bejahen.

2. Mögliche Auswirkungen auf die Finanzierungspraxis bei Sanierungen

Betrachtet man die in der Entscheidung geäußerte Rechtsmeinung des OGH losgelöst vom Sachverhalt, wird schnell klar, dass diese ohne größere Schwierigkeiten zu einem „Totschlagargument“ bei der Frage über die Gewährung von

²¹ Siehe dazu die Überlegungen unter III.2.

¹⁴ Kienapfel/Schmoller, Studienbuch Strafrecht – Besonderer Teil II, § 146 Rz 161; zu den komplexen Fragestellungen rund um die Schadensberechnung siehe vertiefend Velten, Vermögensschaden bei Schmiergeldzahlungen und Risikogeschäften, AnwBl 2013, 687.

¹⁵ HA und stRspr; vgl RIS-Justiz RS0094171.

¹⁶ ZB OGH 10.12.1996, 11 Os 106/96.

¹⁷ Lewisch, Aktuelle wirtschaftsstrafrechtliche Praxisfragen, in Lewisch, Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit. Jahrbuch 2011 (2011) 15 (31).

¹⁸ RIS-Justiz RS0090382.

¹⁹ RIS-Justiz RS0103984.

²⁰ Zuletzt OGH 30.1.2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p) – LIBRO.

Überbrückungs- und/oder Sanierungskrediten umgemünzt werden kann.

Regelmäßig gewähren Banken Sanierungskredite an Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit durch eine Überbrückungsfinanzierung ermöglicht es, ein Sanierungskonzept zu erstellen, welches dann auf Grundlage eines (regelmäßig) langfristigen Sanierungskredits zur (nachhaltigen) Überwindung der Krise umgesetzt wird.²²

IdR ist in diesen Phasen das Sicherheitenpotenzial des betroffenen Unternehmens (auch in der Gesellschafter-sphäre) erschöpft. Die Neufinanzierung stellt in diesem Kontext, wie *Lichtkoppler/Reisch* ganz richtig konstatieren, „eine unbesicherte Blankofinanzierung und damit eine echte Risikohöherung für die Bank dar“.²³

Es kann nun aber nicht sein, dass Banken die Gewährung (und notleidenden Unternehmen die Beantragung) von Sanierungskrediten rücksichtlich des Wortlauts der *Styrian Spirit*-Entscheidung verwehrt werden soll. Nicht jede Kreditierung und nicht jeder Kreditantrag stellt, selbst bei mangelnder Bonität und fehlenden Sicherheiten, sofort einen Befugnismissbrauch dar. Es wäre fatal, aus der Entscheidung abzuleiten, dass gleichsam jeder Kredit banküblich besichert sein müsse.

Entscheidungswesentlich ist (vielmehr), ob die Kreditgewährung, selbst wenn sie nicht banküblich besichert ist, (aus anderen Gründen) wirtschaftlich vertretbar erfolgt, also im vermögenswerten Interesse der Bank liegt.

Diese Voraussetzungen liegen uE bei folgenden Konstellationen vor:

- **Erfolgschancen der Sanierung:** Sofern die Bank auf Grundlage eines ihr vorgelegten Sanierungskonzepts, weiters einer darauf basierenden, allenfalls von Dritten (über-) begutachteten positiven Fortbestehensprognose und auf Grundlage des Vertrauens in die (künftig) unternehmerseits handelnden Personen, eine reelle Erfolgchance für die Sanierung ihres Kreditnehmers erblickt, kann dies selbst in Ermangelung werthaltiger Sicherheiten eine valide Entscheidungsprämisse darstellen. Dies nicht zuletzt in dem von *Lichtkoppler/Reisch* skizzierten Szenario, bei dem die hinsichtlich ihrer „Altkredite“ schlecht besicherte Bank „sich durch eine ‚Neufinanzierung‘ die Chance zu ‚erkaufen‘ [versucht], das drohende Verlustpotenzial bei einer allfälligen (sofortigen) Insolvenz nicht realisieren zu müssen“.²⁴ Ähnlich liegt der Fall, wenn es darum geht, das Garantieobligo unter Kontrolle zu halten, indem Gewerke noch rechtzeitig fertiggestellt werden (Hintanhaltung der Inanspruchnahme von Erfüllungsgarantien). Auch hier reduziert sich die wirtschaftliche Vertretbarkeit auf die Gegenüberstellung des Nominales des Neukredits und der Besicherung des Aval-Risikos.
- **Ablauf von Anfechtungsfristen:** Ein Zusatzargument zur wirtschaftlichen Rechtfertigung des Blankokredits kann sich auch daraus ergeben, dass sich hierdurch nicht nur die Chance einer Verlustvermeidung, sondern auch die Chance der „Abreifung“ von Anfechtungsfristen (idR nach den §§ 30 und 31 IO) ergibt. Übersteigt der Wert der ansonsten anfechtbaren Sicherheiten das Ausfallrisiko

des Neukredits, stellte dies aus Bankensicht zweifellos ein wirtschaftlich vertretbares Geschäft dar.

- **Zeitgewinn für Partnersuche:** Der blanko gewährte Sanierungskredit kann auch helfen, die Chance auf Hereinnahme eines strategischen Partners zu wahren, Forderungsverzichte mit Drittgläubigern zu vereinbaren, existenzbedrohende Schadenersatzverpflichtungen zu vergleichen oder einen – auch für den späteren Insolvenzfortbetrieb überlebenswichtigen – Zuschlag im Rahmen eines Vergabeverfahrens zu erhalten.
- **Sanierung wegen Vorliegens des Tatbestands nach § 16 EKEG:** § 16 EKEG beschränkt, bei Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen, den Rückzahlungsanspruch der Bank gegen die Gesellschaft bis zu deren Sanierung auf den (vermutlichen) Ausfall. Auch hier wird die Gewährung des Neukredits zum Rechenexempel, bei dem das Kreditnominale dem durch § 16 EKEG bewirkten Ausfallrisiko gegenüberzustellen ist.
- **Abwehr von Reputationsschäden:** Selbstverständlich ist Banken aus vielfachen Gründen daran gelegen, ihre Reputation am Markt möglichst hoch zu halten. Eine Insolvenz kann durchaus mit einem entsprechenden Imageschaden verbunden sein.

3. Wie geht's weiter?

In den genannten Fällen – und diese sind nur demonstrativ zu lesen – offenbart sich die Problematik: Es existieren durchaus Gründe, warum ein Kreditinstitut, etwa in den hier besprochenen Sanierungsszenarien, einen Blankokredit gewährt. Es kann weder für die kreditgewährende Bank noch für das Management eines Sanierungsbetriebs einen Befugnismissbrauch begründen, wenn es für den Blankokredit wirtschaftlich vertretbare Gründe gibt.

Styrian Spirit war, wenngleich der Kredit in zwei praktisch unmittelbar aufeinander folgenden Tranchen binnen Monatsfrist ausgezahlt wurde, ein „Neukunde“ der betroffenen Bank, sodass die oben thematisierten wirtschaftlichen „Rechtfertigungsgründe“²⁵ nicht zur Diskussion standen. Da *Styrian Spirit* zum Zeitpunkt des fallbezogen gewährten Kredits aber zweifellos bereits einen Sanierungsfall darstellte, wird von der Praxis mitunter der zu kurz gegriffene Schluss gezogen, auch ein Sanierungskredit dürfe bei offenkundig mangelnder Bonität ohne Sicherheiten nicht gewährt werden.

Das kann uE aber aus der *Styrian Spirit*-Entscheidung nicht gefolgert werden: Es muss (insb im Rahmen der Sanierung) zulässig sein, einen (Sanierungs-)Kredit trotz erkannter mangelnder Bonität des Kreditnehmers und fehlender Sicherheiten zu gewähren. Dies jedenfalls dann, wenn die Kreditgewährung unter Berücksichtigung des bereits bestehenden *exposure* die Gläubigerposition insgesamt zu verbessern vermag. Dies erscheint vor allem unter dem Gesichtspunkt, dass der entscheidende Zeitpunkt für die strafrechtliche Beurteilung jener des Mittelabflusses ist und nachfolgende Entwicklungen dahingestellt bleiben können, geboten. Bei der (straf)rechtlichen Beurteilung sollte diese wirtschaftliche Realität nicht verkannt werden, denn die aufziehenden negativen Auswirkungen – speziell auch auf die Sanierungsfinanzierung – sind kaum abschätzbar.

²² *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmenssanierung (2010) 92.

²³ Siehe FN 22.

²⁴ Siehe FN 22.

²⁵ In Wahrheit wäre wohl schon die Tatbestandsmäßigkeit zu verneinen.