

# Der Schädigungsvorsatz im Vermögenstrafrecht

Von Ao. Univ.-Prof. Dr. **Margarethe Flora**, Innsbruck

## I. Einleitung

Im Jahre 2009 wurden u.a. der Generaldirektor der österreichischen BAWAG – damals die österreichische Gewerkschaftsbank – und ein Investmentbanker wegen Untreue bzw. Beitrag zur Untreue verurteilt. Der Generaldirektor hatte unter Umgehung aller bankrechtlichen Pflichten hinsichtlich Großveranlagungen über mehrere Jahre in hochrisikante Anlageformen investiert und dem Investmentbanker zu diesem Zweck auch Kredite in Millionenhöhe gewährt. Die Veranlagungen endeten in einem Totalverlust des gesamten Vermögens, die Bank stand vor dem Ruin. Die erstinstanzliche Entscheidung wurde vom OGH aufgehoben, unter anderem auch, weil im Urteil beim Investmentbanker die erforderlichen Feststellungen zum Schädigungsvorsatz fehlten.<sup>1</sup>

Im Jahre 2012 wurde die Causa neu verhandelt. Der Generaldirektor wurde wieder verurteilt. Der Investmentbanker wurde vom Vorwurf des Beitrages zur Untreue freigesprochen, unter anderem mit dem Argument, er habe auch eigenes Geld in diese Hochrisikogeschäfte investiert.<sup>2</sup> Daher sei davon auszugehen, dass er darauf vertraut hat, zu einem Veranlagungsverlust werde es nicht kommen und die Kredite könnten entsprechend getilgt werden.

Dies ist – allerdings sehr vereinfacht – der Sachverhalt eines der größten Wirtschaftsstrafprozesse der letzten Jahre in Österreich. Es könnten noch weitere solche Prozesse angeführt werden. Immer geht es dabei um Betrug oder Untreue, also um Vermögensschädigungsdelikte. Es geht um Kreditvergaben oder um das Eingehen von Spekulationsgeschäften, die zumeist abgeschlossen wurden, bevor im Jahre 2000 die erste von mehreren Finanzblasen platzte.

Allen diesen Strafverfahren ist etwas gemeinsam: In vielen dieser Fälle konnte erst einige Zeit nach der Vermögensverfügung überhaupt festgestellt werden, ob ein Schaden eingetreten war und wie hoch dieser Schaden war. Daher ist es unmöglich, den Schädigungsvorsatz im Vermögenstrafrecht zu besprechen, ohne sich vorher mit der in Österreich herrschenden Definition des strafrechtlichen Vermögensschadens auseinanderzusetzen.

## II. Der Vermögensschaden im österreichischen Strafrecht

Schon bei dieser Frage ergeben sich entscheidende Probleme. So würde man meinen, dass allen Delikten, bei denen ein Vermögensschaden Tatbestandsmerkmal ist, dieselbe Auslegung des Vermögensschadens zugrunde liegt. Allerdings ist dies gerade bei den wichtigsten Delikten – Betrug und Untreue – nicht der Fall.

<sup>1</sup> OGH, Urt. v. 23.12.2010 – 14 Os 143/09z.

<sup>2</sup> *Schwaighofer*, in: Ronco/Helfer (Hrsg.), I criteri d'imputazione soggettiva nel diritto penale dell'economia, 2017, S. 140 Fn. 36; Die Presse v. 18.12.2012, abrufbar unter [https://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1325126/BawagUrteil\\_Freisprueche-fuer-Floetti-und-ExBanker](https://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1325126/BawagUrteil_Freisprueche-fuer-Floetti-und-ExBanker) (17.6.2019).

Dem österreichischen Vermögenstrafrecht liegt ein wirtschaftlicher (ökonomischer) Vermögensbegriff und damit eine wirtschaftliche Betrachtungsweise des Vermögensschadens zugrunde.<sup>3</sup> Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn sich der wirtschaftliche Wert des Gesamtvermögens verringert, es also zu einem effektiven (realen) Verlust der Vermögenssubstanz kommt.<sup>4</sup> Die Höhe des Schadens ist die Differenz, um die sich der wirtschaftliche Wert des Gesamtvermögens durch die Verfügung verringert hat.<sup>5</sup> Der Schaden muss nicht dauerhaft sein, daher kann auch ein messbarer Verzögerungsschaden den Schadensbegriff erfüllen.<sup>6</sup>

## III. Der effektive Schadenseintritt

Ist es zu einem effektiven Verlust der Vermögenssubstanz gekommen, sind Vermögensdelikte, bei denen der Schadenseintritt tatbestandsmäßige Voraussetzung ist, vollendet. Allerdings ist die Bestimmung dieses Zeitpunktes gerade bei klassischen Wirtschaftsdelikten wie Betrug oder Untreue nicht immer einfach, wenn es sich dabei um das Eingehen von Risikogeschäften wie Spekulationsgeschäfte oder Kreditvergaben dreht.

### 1. Riskante Kapitalanlagen

Bei risikoreichen Kapitalanlagen muss man sich fragen, welcher Zeitpunkt der Schadensberechnung zugrunde zu legen

<sup>3</sup> *Birklbauer*, in: Birklbauer/Hilf/Konopatsch/Messner/Schwaighofer/Seiler/Tipold (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2018, § 146 Rn. 22; *Birklbauer/Hilf/Tipold*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 4. Aufl. 2017, § 146 Rn. 24; *Flora*, in: Leukauf/Steininger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2017, § 146 Rn. 39; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2018, S. 204; *Kirchbacher/Sadoghi* in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 219. Lfg., Stand: April 2019, § 146 Rn. 61f; *Kert*, in: Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 26. Lfg., Stand: Mai 2012, § 146 Rn. 176, 188; *Kienapfel/Schmoller*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2017, § 146 Rn. 117, 126.

<sup>4</sup> RIS-Justiz RS0094420; *Birklbauer/Hilf/Tipold* (Fn. 3), § 146 Rn. 24; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* (Fn. 3), S. 204; *Kirchbacher/Sadoghi* (Fn. 3), § 146 Rn. 66; *Kert* (Fn. 3), § 146 Rn. 265; *Kienapfel/Schmoller* (Fn. 3), § 146 Rn. 146; *Birklbauer* (Fn. 3), § 146 Rn. 25.

<sup>5</sup> RIS-Justiz RS0094376 (Gesamtsaldierung); *Birklbauer/Hilf/Tipold* (Fn. 3), § 146 Rn. 24; *Kert* (Fn. 3), § 146 Rn. 228, 238; *Kienapfel/Schmoller* (Fn. 3), § 146 Rn. 146; *Flora* (Fn. 3), § 146 Rn. 41.

<sup>6</sup> RIS-Justiz RS0094383; *Birklbauer/Hilf/Tipold* (Fn. 3), § 146 Rn. 32; *Kirchbacher/Sadoghi* (Fn. 3), § 146 Rn. 74; *Kert* (Fn. 3), § 146 Rn. 231; *Kienapfel/Schmoller* (Fn. 3), § 146 Rn. 146; *Flora* (Fn. 3), § 146 Rn. 44; *Birklbauer* (Fn. 3), § 146 Rn. 26.

ist.<sup>7</sup> Ob sich die Geschäfte erfolgreich entwickeln oder nicht, kann oftmals erst nach Jahren festgestellt werden.

### a) Betrug im Zusammenhang mit riskanten Kapitalanlagen<sup>8</sup>

Entscheidend für die Schadensberechnung beim Betrug ist nach h.M. der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Zeitpunkt der Übergabe des zu investierenden Kapitals.<sup>9</sup> Wenn der Käufer mehr investieren muss, als das Wertpapier in diesem Zeitpunkt wert ist, ist er geschädigt.<sup>10</sup>

Verspricht der Täter hingegen nur besondere Renditen, kann das zwar eine Täuschung darstellen, aber die Aussicht auf allfällige Gewinne aus spekulativen Kapitalanlagen stellt keinen Vermögenswert dar.<sup>11</sup> Das Ausbleiben von solchen Gewinnen ist nicht als Vermögensschaden zu werten, wenn die Wertpapiere zum Marktpreis erworben wurden.<sup>12</sup>

Anders ist die Sache zu beurteilen, wenn der Täter eine ganz andere Anlageform verkauft, als er dem Käufer versprochen hat, z.B. Spekulationspapiere anstatt mündelsichere Kapitalanlagen. Dann ist der Erwerb der Papiere für das Opfer unbrauchbar und wenn es die Wertpapiere nicht ohne Verluste verkaufen kann, ist es um die Differenz zwischen Kaufpreis und Verwertungserlös geschädigt.<sup>13</sup>

### b) Untreue im Zusammenhang mit riskanten Kapitalanlagen

Wird im Rahmen einer Untreue missbräuchlich in Risikopapiere investiert, so tritt nach der h.M. und Rspr. der Vermögensschaden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein. Der Vermögensschaden wird bei der Untreue entweder durch die Verminderung von Aktiva als auch durch Vermehrung der Passiva oder durch Gewinnentgang begründet.<sup>14</sup> Stellt der Kauf oder die Verpflichtung zum Kauf der Risikopapiere im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einen negativen Vermögenswert für den Machtgeber dar, ist ein Schaden eingetre-

ten.<sup>15</sup> Die weitere Entwicklung der Kapitalanlage spielt keine Rolle mehr.

### 2. Kreditvergaben

Auch bei einer Kreditvergabe an einen Kreditnehmer gibt es drei verschiedenen Zeitpunkte, die zur Bestimmung des effektiven Schadenseintrittes herangezogen werden könnten: Der Zeitpunkt, an dem der Kreditvertrag abgeschlossen wurde, die Auszahlung der Kreditvaluta, oder der Zeitpunkt, an dem es erstmals zu keiner Rückzahlung der Kreditraten kommt.

#### a) Betrug im Zusammenhang mit Kreditvergaben

Täuscht ein Täter über seine Zahlungsfähigkeit bzw. seine Zahlungswilligkeit und wird ihm daraufhin das Geld ausbezahlt, dann tritt mit Zuzählung der Kreditvaluta der effektive Vermögensschaden ein. Der Betrug ist damit vollendet.<sup>16</sup>

#### b) Untreue im Zusammenhang mit Kreditvergaben

Bei der Untreue kommt es nach der Rspr. auf den Vertragsabschluss an. Der Kreditvertrag ist seit dem Darlehens- und Kreditrechtsänderungsgesetz 2010 nicht mehr als Realvertrag, sondern als Unterfall des Darlehensvertrages und damit als Konsensualvertrag konzipiert.<sup>17</sup> So entstehen die Verbindlichkeit und der damit verbundene Schaden schon zum Abschlusszeitpunkt des Vertrages. Die Untreue ist damit zu einem Zeitpunkt vollendet, an dem es zu einem effektiven Vermögensabfluss noch gar nicht gekommen ist. Eine gegen die Erwartungen erfolgte Rückzahlung des Kredites hat nur den Charakter einer nachträglichen Schadensminderung.<sup>18</sup>

Dieser unterschiedliche Zeitpunkt des Schadenseintrittes ist die Konsequenz daraus, dass bei der Untreue im Gegensatz zum Betrug schon das Eingehen der Verbindlichkeit als etwaiger Vermögensschaden angesehen wird, weil eben auch die Vermehrung der „Passiva“ den Vermögensschaden begründet.<sup>19</sup>

Diese Praxis, den Eintritt des Schadenszeitpunktes je nach Delikt unterschiedlich zu beurteilen, ruft zu Recht Kritik hervor. Deutlich wurde dazu *Velten* in einem Beitrag im österreichischen Anwaltsblatt: „Wenn die Definitionen von Tatbestandsmerkmalen keine generelle Geltung haben, dann versagt die Dogmatik in ihrer wichtigsten Funktion; statt Gleichheit und Rationalität der Gesetzesanwendung zu ver-

<sup>7</sup> Siehe dazu *Fuchs*, in: Lewisch (Hrsg.), *Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Verantwortlichkeit*, 2016, S. 37 (45 f); *Velten*, *AnwBl* 2013, 687 (699).

<sup>8</sup> Im Gegensatz zu Deutschland (vgl. § 264a dStGB) gibt es in Österreich den Kapitalanlagebetrug nicht. Die Strafbarkeit solcher betrügerischen Handlungen muss an den allgemeinen Betrugsvoraussetzungen gemessen werden.

<sup>9</sup> *Kert*, *ZWF* 2015, 69 (71); *ders.* (Fn. 3), § 146 Rn. 316; *Kienapfel/Schmoller* (Fn. 3), § 146 Rn. 197.

<sup>10</sup> *Kienapfel/Schmoller* (Fn. 3), § 146 Rn. 160; *Kert* (Fn. 3), § 146 Rn. 317.

<sup>11</sup> OGH, Urt. v. 27.5.2014 – 15 Os 41/14i = *Kert*, *ZWF* 2015, 69; *ders.* (Fn. 3), § 146 Rn. 213.

<sup>12</sup> OGH, Urt. v. 27.5.2014 – 15 Os 41/14i = *Kert*, *ZWF* 2015, 69; *ders.* (Fn. 3), § 146 Rn. 213; *Kienapfel/Schmoller* (Fn. 3), § 146 Rn. 165; *McAllister*, *ÖJZ* 2014, 13 (18).

<sup>13</sup> *Bertel/Schwaighofer/Venier*, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 14. Aufl. 2018, § 146 Rn. 26; *Kert*, *ZWF* 2015, 69 (72); *ders.* (Fn. 3), § 146 Rn. 315 ff; *Flora* (Fn. 3), § 146 Rn. 39.

<sup>14</sup> *Birkbauer/Hilf/Tipold* (Fn. 3), § 153 Rn. 21; *Flora* (Fn. 3), § 153 Rn. 28; *Kirchbacher/Presslauer* (Fn. 3), § 153 Rn. 36; *Kienapfel/Schmoller* (Fn. 3), § 153 Rn. 82, 85; *Birkbauer* (Fn. 3), § 153 Rn. 23.

<sup>15</sup> OGH, Urt. v. 11.10.2017 – 13 Os 55/17p = *EVBl* 2018/56, 374; *Birkbauer/Hilf/Tipold* (Fn. 3), § 146 Rn. 21.

<sup>16</sup> *Birkbauer/Hilf/Tipold* (Fn. 3), § 146 Rn. 24; *Flora* (Fn. 3), § 146 Rn. 45; *Fuchs/Reindl-Krauskopf* (Fn. 3), S. 205; *Kert*, *ZWF* 2015, 69 (71); *Kert* (Fn. 3), § 146 Rn. 301; *Kienapfel/Schmoller* (Fn. 3), § 146 Rn. 197.

<sup>17</sup> OGH, Urt. v. 11.10.2017 – 13 Os 55/17p = *EVBl* 2018/56, 374.

<sup>18</sup> *Huber*, in: *Kert/Kodek* (Hrsg.), *Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2016, Rn. 4.72.

<sup>19</sup> Siehe Fn. 14.

bürgen, dient sie nur noch der Scheinlegitimation des im Einzelfall erwünschten Ergebnisses.<sup>20</sup>

c) Klarheit durch das StRÄG 2015?

Die Ungleichheit die sich hier in der Rspr. entwickelt hat, wurde bis zum StRÄG 2015<sup>21</sup> mit den unterschiedlichen Formulierungen der Tatbestände im Gesetz begründet. Nur im Betrug war von einer Handlung die Rede, die ein Opfer „am Vermögen schädigt“. Die Untreue verlangte hingegen die Herbeiführung eines „Vermögensnachteils“.

Seit dem StRÄG 2015 ist nun auch bei der Untreue der Vermögensschaden als Tatbestandsmerkmal normiert. Aber auch durch diese Änderung wird die von den Kritikern erhoffte Vereinheitlichung der Tatbestände nicht erreicht werden: Schon vor dem StRÄG 2015 gab es Befürworter, beim Betrug das Eingehen der Verbindlichkeit als Schaden anzuerkennen. Die Vertreter dieser Ansicht sehen sich durch diese Gesetzesänderung bestärkt und führen weitere Argumente an, eine Belastung mit einer Verbindlichkeit nun auch beim Betrug schon als Vermögensschaden anzuerkennen.<sup>22</sup> Wie schon erwähnt, erfüllt auch eine vorübergehende Vermögensverminderung den Begriff des Vermögensschadens und eine Vermögensgefährdung kann einen so hohen Grad erreichen, dass dies einem Vermögensschaden gleichzusetzen ist.<sup>23</sup> Und schließlich wäre es möglich, dass aufgrund einer zivilrechtlichen Pflicht zur Sicherstellung über bestimmte Güter gar nicht mehr frei verfügt werden kann.<sup>24</sup>

Gegner dieser Ansicht führen allerdings diese Gesetzesänderung ebenso als Argument dafür an, dass ein beträchtliches Verlustrisiko nur eine Vermögensgefährdung,<sup>25</sup> aber noch kein Schaden sei.<sup>26</sup> Liest man die Erläuterungen zum StRÄG 2015 scheint auf den ersten Blick einiges dafür zu sprechen. So führt der Bericht des Justizausschusses (JAB)<sup>27</sup> aus, dass der Schadensbegriff für die Untreue – mit Verweis auf das sonstige Vermögensstrafrecht – als effektiver Verlust an der Vermögenssubstanz zu verstehen sei. Dafür würden

bloße Vermögensgefährdungen nicht ausreichen.<sup>28</sup> Und so sei es kein effektiver Verlust an der Vermögenssubstanz, wenn der Machthaber Vermögenswerte des Machtgebers einem sehr hohen beträchtlichen Verlustrisiko aussetzt.

Nach diesen Ausführungen könnte davon ausgegangen werden, dass das Eingehen einer Verbindlichkeit auch bei der Untreue noch nicht als Schaden zu beurteilen ist. Allerdings führt der JAB als Beispiel die schon oben genannte Kreditgewährung an. Die Auszahlung des Kredits habe Schadenscharakter, wenn es sich um einen absolut zahlungsunfähigen oder zahlungsunwilligen Kreditnehmer handle, so der Bericht. Ist der Kreditnehmer nur insolvenzgefährdet, so liege darin noch kein Schaden, ungeachtet der gefährdeten Rückzahlung.<sup>29</sup> Dies ist allerdings, wenn man die bisherige Rspr. betrachtet, keine neue Erkenntnis. Auf die Bonität des Kreditnehmers kam es schon vor dem StRÄG 2015 an und bei der Untreue kommt es laut Rspr. nunmehr auf den Auszahlungszeitpunkt gar nicht an, sondern auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Eine Klärung dieser Frage hat daher das StRÄG 2015 nicht gebracht.

d) Die Entscheidung OGH, Urt. v. 11.10.2017 – 13 Os 55/17p

Dies zeigt auch eine Entscheidung des OGH zur Untreue im Zusammenhang mit Spekulationsgeschäften aus dem Jahre 2017. Der OGH hält daran fest, dass ein Vermögensschaden in der Vermehrung von Passiva – also dem Hinzutreten einer Verbindlichkeit – bestehen kann. Der Änderung des Wortlautes bei der Untreue durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 gesteht der OGH keine inhaltliche Neuausrichtung zu. Es sei bloß um die Vereinheitlichung der Terminologie innerhalb der Tatbestände des § 153 StGB gegangen.<sup>30</sup>

Und so hat der OGH als Vollendungszeitpunkt wie bisher den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages für die Risikopapiere angenommen. Die Beurteilung des Vermögensschadens auf den Zeitpunkt zu verlegen, an dem die Papiere ablaufen<sup>31</sup> wird definitiv abgelehnt.<sup>32</sup>

Damit gibt es bei Betrug und Untreue bei gleicher Sachlage weiterhin verschiedene Zeitpunkte für den Schadenseintritt und in manchen Fällen eine – nennen wir es – Schadensvorverlagerung auf einen Zeitpunkt, an dem noch nicht sicher ist, ob sich das entsprechende Risiko, so groß es auch sein mag, wirklich realisieren wird.

#### IV. Der Schädigungsvorsatz im Vermögensstrafrecht

##### 1. Schädigungsvorsatz als reiner Vermögensgefährdungsvorsatz?

Dies bedeutet allerdings, dass gerade der inneren Tatseite und damit dem Schädigungsvorsatz besondere Bedeutung zu-

<sup>20</sup> Velten, AnwBl. 2013, 687 (687).

<sup>21</sup> Strafrechtsänderungsgesetz 2015: öBGBI. I 2015, S. 112.

<sup>22</sup> Hinterhofer, in: Kert/Kodek (Fn 18), Rn. 3.42, 3.74; Kessel, JBl 1999, 12; Kienapfel/Schmoller (Fn. 3), § 146 Rn. 159, § 153 Rn. 81; McAllister, ÖJZ 2014, 13 (16 ff.).

<sup>23</sup> Birklbauer (Fn. 3), § 146 Rn. 30.

<sup>24</sup> Kessel, JBl. 1999, 12 (19 f.); Kienapfel/Schmoller (Fn. 3), § 146 Rn. 159.

<sup>25</sup> Anzumerken ist, dass in Österreich die bloße Vermögensgefährdung i.S.e. „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ nicht als Schadenseintritt und damit als Erfolgseintritt beurteilt wird. Eine solche Vermögensgefährdung kann in Österreich jedoch nach den Regeln des § 15 StGB als Versuch bestraft werden: Huber (Fn. 18), Rn. 4.68; Kienapfel/Schmoller (Fn. 3), § 146 Rn. 155.

<sup>26</sup> Eckert/Spanti/Wess, ZWF 2016, 7; Huber (Fn. 18), Rn. 4.76; Lewisch, AnwBl 2012, 141 (144 f); Schwaighofer (Fn. 2), S. 144 Fn. 13.

<sup>27</sup> JAB, 728. Beilage zur den Stenographischen Protokollen des Nationalrates (BlgNR), 25. Gesetzgebungsperiode (GP), S. 6.

<sup>28</sup> Zum Vergleich verweist der JAB, 728. BlgNR, 25. GP, explizit auf den Betrug.

<sup>29</sup> JAB, 728. BlgNR, 25. GP.

<sup>30</sup> OGH, Urt. v. 11.10.2017 – 13 Os 55/17p = EVBl 2018/56, 374.

<sup>31</sup> Fuchs (Fn. 7), S. 49.

<sup>32</sup> OGH, Urt. v. 11.10.2017 – 13 Os 55/17p = EVBl 2018/56, 374.

kommen muss. Kritiker<sup>33</sup> dieser Vorverlagerung des Schädigungszeitpunktes argumentieren damit, dass der Schaden eben noch nicht eingetreten sei, objektiv daher nur eine Vermögensgefährdung vorliege und dies auch Konsequenzen hinsichtlich der inneren Tatseite habe. Da der Tatvorsatz sich auf alle Elemente des äußeren Tatbestands beziehen muss und nur von einer Vermögensgefährdung ausgegangen werden könnte, müsse sich auch der Vorsatz nur auf das Risiko des Vermögensverlustes beziehen. Der Vorsatz bestehe daher nur mehr in der Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit des Schadenseintrittes und in der Inkaufnahme dieser Gefahr.<sup>34</sup> Dies lässt sich natürlich zumeist problemlos feststellen.

### 2. Zur Feststellung des Schädigungsvorsatzes

Der OGH hat den Vorwurf, eine reine Vermögensgefährdung anzunehmen und daher einen Vermögensgefährdungsvorsatz genügen zu lassen, entschieden zurückgewiesen.<sup>35</sup> Hält er allerdings am Schädigungsvorsatz fest, dann muss dem Täter auf der inneren Tatseite nachgewiesen werden, dass er sich zum Zeitpunkt der Kreditvergabe bzw. der Ausgabe der Valuta bzw. zum Zeitpunkt des Kaufes der Spekulationspapiere nicht nur des Risikos bewusst war und sich damit abgefunden hat, sondern dass er in diesem Zeitpunkt den Eintritt des Schadens ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden hat.<sup>36</sup> Nur dann ist die unterste Vorsatzstufe – der bedingte Vorsatz bzw. der *dolus eventualis* – erfüllt.

Welche Möglichkeiten hat nun das Gericht, diesen Vorsatz festzustellen und zu begründen? Es ist anerkannte Rspr., dass aus dem objektiven Geschehen wie z.B. aus den äußeren Umständen der Tat durchaus Schlüsse auf die subjektive Tatseite gezogen werden können.<sup>37</sup> Und es wird argumentiert, dass der Schluss von einem gezeigten Verhalten auf ein zugrunde liegendes Wissen bzw. Wollen ohne weiteres rechtsstaatlich vertretbar und bei leugnenden Angeklagten in aller Regel methodisch gar nicht ersetzbar ist.<sup>38</sup>

#### a) Objektives Verhalten als Indiz für die Vorsatzfeststellung?

Natürlich ist das Verhalten des Täters als Indiz für oder gegen die Annahme eines Schädigungsvorsatzes heranzuziehen. Aber es besteht insbesondere bei der Untreue die Gefahr, dass rein aus dem objektiven Verhalten auf den Schädigungsvorsatz geschlossen wird.

Dies gilt umso mehr, als die Untreuehandlung seit dem StRÄG 2015 so definiert ist, dass dabei in unvertretbarer Weise gegen Regeln verstoßen werden muss, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Natürlich verneint die Rspr. die zwingende Verknüpfung von Befugnismissbrauch und Schädigungsvorsatz. Aber dem Angeklagten wird im Einzelfall die Argumentation schwerfallen, warum er davon ausgegangen ist, dass seine Handlung für den Vollmachtgeber von Vorteil gewesen sein soll, wenn die wissentlich missbräuchlich getätigte Investition fehlschlägt.<sup>39</sup>

Auch beim Betrug hat der Täter schon vorsätzlich eine Täuschungshandlung gesetzt, um das Opfer zu einer Vermögensverfügung zu verleiten, die es bei Kenntnis der wirklichen Sachlagen eben nicht gemacht hätte.

Trotzdem gibt es Beispiele, die das Gegenteil eindrücklich beweisen. Zu denken ist an den Anstellungsbetrug. Der Täter erschleicht sich eine Stelle unter Vorspiegelung falscher Aufnahmekriterien; er täuscht über seine Qualifikation. Wenn der Arbeitgeber für das vereinbarte Gehalt keine gleichwertige Arbeitsleistung bekommt, ist er geschädigt. Aber hat der Täter auch einen Schädigungsvorsatz? Wenn der Täter davon überzeugt ist, dass er die entsprechende Leistung erbringen kann, er sich also für qualifiziert hält, dann hat er diesen Vorsatz nicht und es liegt kein Betrug vor.<sup>40</sup>

Ein weiteres Beispiel zeigt sich im Zusammenhang mit dem „Fake-President-Trick“. Dabei erhalten Mitarbeiter von großen Unternehmen gefälschte E-Mails, die von ihrem Vorgesetzten zu sein scheinen. In der E-Mail werden sie dazu aufgefordert unter strengster Verschwiegenheit und unter Außerachtlassung aller internen Vorgaben für Finanztransaktionen einen hohen Betrag an ein bestimmtes Konto zu überweisen. Dies sei notwendig, um einen äußerst lukrativen Deal – z.B. eine Firmenübernahme – für das Unternehmen schnell und geheim abwickeln zu können. So wurde im Jahre 2016 ein in Österreich ansässiges Luftfahrtunternehmen während der Weihnachtsfeiertage um 50 Mio. Euro erleichtert.<sup>41</sup> Die betroffene Mitarbeiterin hat das Geld überwiesen und dabei die im Unternehmen herrschenden Regeln hinsichtlich der Transaktion so hoher Beträge wissentlich nicht eingehalten.

Natürlich ist klar, dass die durch die Mail getäuschte Mitarbeiterin keinen Schädigungsvorsatz hatte, wollte sie doch dem Unternehmen zu dem lukrativen Geschäft verhelfen. Aber aus objektiver Sicht hat sie alle Tatbestandsmerkmale der Untreue erfüllt.<sup>42</sup> Nur die fehlende subjektive Tatseite führt zur Straflosigkeit. Die Mitarbeiterin hat nicht einmal daran gedacht, dass sie mit der Überweisung ihr Unternehmen schädigen könnte.

Diese Beispiele sind natürlich sehr plakativ. Im Rahmen unternehmerischen Handelns ist es nicht so schwarz-weiß. Unternehmerisches Handeln verlangt Risiko und verwandelt

<sup>33</sup> *Lewis*, AnwBl. 2012, 141 (146); *Schwaighofer* (Fn. 2), S. 152.

<sup>34</sup> *Lewis*, AnwBl. 2012, 141 (146); *Ruhri*, JSt 2015, 327 (328).

<sup>35</sup> *Kirchbacher*, Die Presse vom 21.10.2012, abrufbar unter <https://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/1303793/Untreue-nur-bei-Schaedigungsvorsatz> (17.06.2019).

<sup>36</sup> *Kert*, ZWF 2015, 69 (73); *Fuchs* (Fn. 7), S. 359.

<sup>37</sup> RIS-Justiz RS0098671; RIS-Justiz RS0116882.

<sup>38</sup> *Ratz*, in: *Fuchs/Ratz* (Hrsg.), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 221. Lfg., Stand: April 2015, § 281 Abs. 1 Z 5–8 (Teil 5), Rn. 452.

<sup>39</sup> *Ruhri*, JSt 2015, 327 (328).

<sup>40</sup> *Kienapfel/Schmoller* (Fn. 3), § 146 Rn. 206; *Kert* (Fn. 3), § 146 Rn. 312.

<sup>41</sup> *Fleckl*, news.at v. 28.1.2016 abrufbar unter <https://www.news.at/a/facc-betrug-fake-president-trick-millionen> (17.6.2019).

<sup>42</sup> Vgl. *Höcher/Kahl*, *ecolex* 2017, 661.

sich das Risiko in einen Schaden ist klar, dass eine falsche – unwirtschaftliche – Entscheidung getroffen wurde. Aber wie stellt sich diese Situation ex ante, also im Zeitpunkt dar, in dem das Risiko eingegangen wurde?

*b) Das voluntative Element des Vorsatzes*

Im Rahmen des Schädigungsvorsatzes muss der Täter auf der Wissensseite den Eintritt des Schadens ernstlich für möglich halten. Er muss sich daher bewusst mit dieser Möglichkeit auseinandersetzen.

Aber auch wenn er dies getan hat, reicht das für die Feststellung des Vorsatzes nicht aus.<sup>43</sup> Es muss noch das voluntative Element hinzukommen. Dabei muss er sich mit seinem Wissen auf der Willensseite auch emotional auseinandersetzen und sich mit dem Eintritt des tatsächlichen Vermögensverlustes auch abfinden. Es kommt damit auf die Erwartungshaltung des Täters an. Auf dieser Ebene ist die schwierige Grenze zwischen Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit zu ziehen.

Der OGH hat dabei im „BAWAG“-Urteil folgende Unterscheidung getroffen:

„Die Hoffnung auf Erfolg eines Risikogeschäftes für sich allein betrachtet, sagt noch nichts darüber aus, ob mit bedingtem Vorsatz oder in bewusster Fahrlässigkeit gehandelt wird. Bloßes Hoffen auf den positiven Ausgang eines geplanten Vorhabens hat nicht zwangsläufig zur Folge, dass mit einem solchen positiven Ausgang auch ernstlich gerechnet wird. Vielmehr sind das emotionale Wunschelement der Hoffnung und das rationale Element der Erwartung gesondert zu beurteilen. Der Täter, der den Eintritt des zwar nicht erhofften, aber dennoch drohenden negativen Erfolgs seiner Tat ernstlich für möglich hält und hinzunehmen gewillt ist, handelt mit bedingtem Vorsatz. Während jenem Täter, der sich mit den negativen Tatfolgen nicht abgefunden hat, bloß bewusste Fahrlässigkeit angelastet werden kann.“<sup>44</sup>

So ging der OGH davon aus, dass die Feststellungen zum Schädigungsvorsatz des Generaldirektors – auch unter Einbeziehung seiner Hoffnung auf den Erfolg seiner Optionsstrategien – mit seinem Wissen um das hohe Veranlagungsrisiko und seiner Expertenkenntnis einwandfrei empirisch begründet waren. Dem Angeklagten wurde zwar geglaubt, dass er auf einen guten Ausgang des Geschäftes gehofft hat, aber in freier Beweiswürdigung nicht geglaubt, dass er auch auf den guten Ausgang des Geschäftes vertraut hat.

Aber beschränkt der OGH damit den Schädigungsvorsatz nicht auf die reine Kenntnis der Fakten um das Risiko?<sup>45</sup> Kann man wirklich aufgrund des Wissens um das Risiko

davon ausgehen, dass ein Bankdirektor sich auf der Wollensebene mit dem Eintritt eines Schadens in Milliardenhöhe abfindet?<sup>46</sup> Dass er Geschäfte tätigt, bei denen er ernstlich davon ausgeht und sich damit abfindet, dass die Bank existenzgefährdende Verluste erleidet, die er zu verantworten hat? Könnte es nicht sein, dass sich auch der Generaldirektor daran orientiert hat, dass der Investmentbanker eigenes Geld investiert hat und daher trotz Wissen um das hohe Veranlagungsrisiko auf einen positiven Ausgang vertraut hat?

Auch andere Beispiele aus der Rspr. zeigen, dass dieses Abgrenzungselement nicht eindeutig ist. Interessanterweise beziehen sie sich auf Causen zu demselben Angeklagten.

Dem Angeklagten, Vorstandsvorsitzender einer Kärntner Bank, wurde vorgeworfen einen Mitangeklagten angewiesen zu haben, einem unmittelbar vor der Zahlungsunfähigkeit stehenden Unternehmen ohne entsprechende Sicherheiten einen Kredit in der Höhe von 1 Mio. € gewährt zu haben. In erster Instanz wurde der Angeklagte mangels Schädigungsvorsatzes freigesprochen. Das Erstgericht ging davon aus, dass er darauf vertrauen konnte, dass es für den Kredit nachträglich eine Haftungserklärung durch ein landeseigenes Unternehmen geben würde.

Für das Erstgericht war es glaubhaft, dass ihm diese Haftungserklärung vom damaligen Landeshauptmann mündlich vorweg zugesagt worden sei. Das Vertrauen des Angeklagten in diese Zusage wurde vom Erstgericht mit den damaligen Machtverhältnissen in Kärnten, der dominanten Stellung des Landeshauptmannes und mit Erfahrungen aus früheren – allerdings nicht näher benannten – Finanzierungsgeschäften begründet. Der OGH hielt diese Begründung für empirisch nicht nachvollziehbar. Er stellte auch fest, dass die Kenntnis des Angeklagten über ein belastendes Gutachten, hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit des Kreditnehmers – also sein Wissen darüber – nicht entsprechend gewürdigt worden war.<sup>47</sup>

Im zweiten Rechtsdurchgang wurde der Angeklagte verurteilt und das Urteil vom OGH bestätigt. Zur Frage des Vorliegens oder Nicht-Vorliegens des Schädigungsvorsatzes ist der Entscheidung des OGH nichts mehr zu entnehmen.<sup>48</sup>

Problematisch war offensichtlich, dass es keine schriftliche Zusage oder sonstigen Beweise für diese nachträgliche Haftungserklärung gab.<sup>49</sup> Hätte eine solche bestanden, wäre der Freispruch nach den Vorgaben des OGH wohl zu Recht erfolgt. Der Kredit wäre dann zwar missbräuchlich ohne entsprechende Sicherheiten vergeben worden, aber aufgrund der Zusage einer solchen Haftungserklärung hätte der Angeklagte trotz Kenntnis der mangelnden Bonität wohl nicht nur emotional gehofft, sondern auch darauf vertraut, dass es zu keinem Schaden für die Bank kommen würde.

<sup>43</sup> *Reindl-Krauskopf*, in: Höpfel/Ratz (Fn. 3), 131. Lfg., Stand: August 2015, § 5 Rn. 37; *Fuchs/Zerbes*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 10. Aufl. 2018, Kap. 14 Rn. 54 ff; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht Allgemeiner, Teil, 15. Aufl. 2016, Z 27 Rn. 22 ff.

<sup>44</sup> OGH, Urt. v. 23.12.2010 – 14 Os 143/09z.

<sup>45</sup> *Velten*, in Ronco/Helfer (Fn. 2), S. 79 (81).

<sup>46</sup> *Schwaighofer* (Fn. 2), S. 149.

<sup>47</sup> OGH, Beschl. v. 21.8.2012 – 11 Os 19/12x = *ecolex* 2014/190, 500 = *Bollenberger*, ZWF 2018, 74.

<sup>48</sup> OGH, Urt. v. 29.10.2013 – 11 Os 101/13g = *ecolex* 2014/190, 500 = *Bollenberger*, ZWF 2018, 74.

<sup>49</sup> OGH, Beschl. v. 21.8.2012 – 11 Os 19/12x = *Bollenberger*, ZWF 2018, 74.

In einem anderen Verfahren wurde derselbe Angeklagte vom Vorwurf der Untreue freigesprochen.<sup>50</sup> Wieder wurde ohne entsprechende Sicherheiten ein Kredit in Millionenhöhe trotz mangelnder Bonität des Kreditnehmers vergeben. Im Urteil wurde auch festgestellt, dass die Kreditvergabe wirtschaftlich unvertretbar war und dass das dem Angeklagten bewusst war. Aber diesmal hielt der OGH die Negativfeststellungen zum Schädigungsvorsatz für begründet. Der OGH führt dazu aus, dass die Tatrichter die Urteilsannahmen vertretbar aus der Verantwortung des Angeklagten ableiteten, der „immer noch hoffte, dass das Gesamtprojekt trotz schlechter Bonität gerettet werden könnte“. Im Übrigen habe es sich nur um eine Aufstockung des Betriebsmittelkredits, aber nicht um einen neuen Kreditantrag gehandelt.

Ein Vergleich der zwei Urteile zeichnet folgendes Bild: Das Hoffen auf einen positiven Ausgang eines risikoreichen Geschäftes ist für sich alleine zur Feststellung des Fehlens eines Schädigungsvorsatzes nicht geeignet. Eine solche Hoffnung des Täters kann jedoch als Begründung für das Fehlen dieses Vorsatzes herangezogen werden, wenn der Angeklagte damit versucht, ein in die Krise geratenes Projekt zu retten.<sup>51</sup>

Aber will bzw. hofft nicht auch der Spekulant mit neuen Krediten bzw. Investitionen schon eingetretene Schäden wieder zu neutralisieren? Daher führt auch diese Unterscheidung zu keinem befriedigenden Ergebnis.

### V. Vorsatz als Bewusstsein des verbotenen Risikos

Es gibt Überlegungen für einen neuen Ansatz, wie der Schädigungsvorsatz festgestellt werden kann. Der Vorsatz wird als Bewusstsein des verbotenen Risikos definiert.<sup>52</sup> Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Wissensseite des Vorsatzes, ob der Täter den Eintritt des Schadens ernstlich für möglich gehalten hat. Diese Ernstlichkeit bestimmt sich nach einem normativen Maßstab. Es wird nicht nur auf das persönliche Empfinden des Täters abgestellt, sondern auch darauf, wie dieses Empfinden durch die Rechtsordnung bewertet wird. Wenn der Täter das Risiko der Tatbildverwirklichung so hoch einschätzt, dass ein gesetzestreuer Bürger in dieser Situation die Tathandlung unterlassen hätte, weil ihm das Risiko zu groß erschienen wäre, dann ist Vorsatz anzunehmen.

Allerdings besteht das Leben aus risikoreichen Tätigkeiten und bei dieser Lösung muss zwischen erlaubtem und verbotenem Risiko unterschieden werden. Daher wird bei diesem Ansatz nach Art des Deliktes und nach Art der Tathandlung unterschieden.<sup>53</sup> Je gefährlicher die Tathandlung als solche ist, desto eher sei Vorsatz anzunehmen. Diese Vorsatzkonstruktion könnte für wirtschaftlich unvertretbare Kreditvergaben und für missbräuchlich getätigte Spekulationsgeschäfte einen Ansatz bieten, der auch mit der Annahme des Schädigungszeitpunktes durch die Rspr. übereinstimmt.

<sup>50</sup> OGH, Beschl. v. 6.9.2016 – 13 Os 54/16i = *Bollenberger*, ZWF 2018, 76.

<sup>51</sup> *Velten* (Fn. 45), S. 88.

<sup>52</sup> *Reindl-Krauskopf* (Fn. 43), § 5 Rn. 41; *Fuchs/Zerbes* (Fn. 43), Kap. 14 Rn. 56.

<sup>53</sup> *Fuchs/Zerbes* (Fn. 43), Kap. 14 Rn. 57.

Schätzt der Täter das Risiko des Vermögensverlustes selbst so hoch ein, dass der verantwortungsvolle und gesetzestreue Manager den Kredit nicht mehr vergeben hätte bzw. die Spekulationspapiere nicht gekauft hätte, dann handelt der Täter vorsätzlich, unabhängig vom voluntativen Element.

Allerdings nehmen die Vertreter dieser Ansicht damit auch Vorsatzannahmen bei gefährlichen sozialinadäquaten Handlungen in Kauf, die bisher in Österreich nicht zur Annahme eines Vorsatzes geführt hätten:

So muss auch in diesem Beitrag auf Straßenrennen oder ähnliches Verhalten im Straßenverkehr mit weit überhöhter Geschwindigkeit Bezug genommen werden. Bisher wurde von der Rspr. in Österreich bei Unfällen im Straßenverkehr – so risikoreich die Tathandlung auch war – ein Verletzungsvorsatz oder Tötungsvorsatz regelmäßig<sup>54</sup> nicht angedacht. Schließlich könne man in diesen Fällen nicht davon ausgehen, dass solche Täter sich mit der Möglichkeit eines Unfalles und einer damit verbundenen Selbstverletzung abfinden würden.<sup>55</sup>

Aber nach dieser neuen Auslegung des Vorsatzes, wäre der Raser, wenn es zu einem Unfall kommt und der Fahrer des anderen Autos getötet wird, wegen vorsätzlicher Tötung – also in Österreich wegen Mordes (§ 75 StGB) – zu bestrafen. Das Risiko war so hoch, dass ein gesetzestreuer Bürger aufgrund des hohen Risikos die Fahrt unterlassen hätte. Allerdings sehen die Vertreter dieses Ansatzes noch eine Möglichkeit, den Täter doch nicht wegen Mordes zu bestrafen. Wenn der Täter zum Zeitpunkt, in dem er den anderen Straßenverkehrsteilnehmer erst sieht, sein Auto nicht mehr kontrollieren kann und der Unfall damit unvermeidbar war, entfalle in diesem Zeitpunkt der entsprechende Vorsatz. Es fehle an der Gleichzeitigkeit von Vorsatz und Tathandlung.<sup>56</sup>

Aber es gibt andere Fälle, bei denen es diesen Ausweg nicht gibt. Ein Drogensüchtiger spritzt seiner Freundin, die selbst dazu nicht mehr in der Lage ist, Heroin. Sie stirbt an der Überdosis. Der Täter nimmt eine sozialinadäquate sehr gefährliche Handlung vor, die ein Todesrisiko in sich birgt. Schließlich ist der Reinheitsgehalt von Heroin, das vom Schwarzmarkt stammt, sehr unterschiedlich. Natürlich hätte ein gesetzestreuer Bürger aufgrund des hohen Risikos diese Handlung unterlassen. Der Täter hätte nach der Lösung „Vorsatz als Bewusstsein des verbotenen Risikos“ Tötungsvorsatz zu verantworten.

Und noch ein Fall, der sich so in Südtirol zugetragen hat.<sup>57</sup> Ein Mann lässt sich, um sich eine Invalidenrente aus

<sup>54</sup> Eine Ausnahme ist allerdings bekannt: Der Standard v. 9.7.2018, abrufbar unter <https://derstandard.at/2000083124525/Zehn-Jahre-Haft-fuer-Verkehrsunfall-mit-zwei-Toten> (17.6.2019). OGH, Beschl. v. 12.12.2018 – 15 Os 141/18a.

<sup>55</sup> *Schwaighofer* (Fn. 2), S. 152 f.

<sup>56</sup> Weder in der Verabredung zum Rennen noch in der hochgefährlichen Fahrhandlung allein liegt der Vorsatz auf Tötung, *Fuchs/Zerbes* (Fn. 43), Kap. 14 Rn. 57.

<sup>57</sup> news.at v. 3.12.2003, abrufbar unter <https://www.news.at/a/cousin-kettensaenge-bein-vier-jahre-haft-suedtiroler-70466> (17.6.2019).

vorher abgeschlossenen Versicherungen zu erschleichen, von seinem Cousin mit einer Kettensäge den Unterschenkel abschneiden. Der Cousin sollte den Tatort gleich verlassen, der Betrüger selbst den Notruf wählen und so einen Unfall vor-täuschen. Der Mann verblutet aber, bevor er, wie geplant, den Notruf absetzen konnte. Die Handlung Täters ist aus mehrfachen Gründen sozialinadäquat und birgt unzweifelhaft ein hohes Todesrisiko. An die Möglichkeit, dass sein Cousin verbluten könnte, hat der Täter möglicher Weise sogar gedacht, aber sich sicher nicht mit diesem Erfolg abgefunden. Trotzdem wäre der Täter nach diesem Ansatz nach österreichischen Recht nicht nur wegen absichtlich schwerer Körperverletzung mit Todesfolge (§ 86 StGB), sondern wegen Mordes (§ 75 StGB) zu verurteilen.

Man könnte solche Fälle natürlich als Sonderopfer ansehen, um die hier angesprochenen hohen Vermögensverluste, die in den letzten Jahren über den Einzelnen hinaus im Rahmen der Bankenkrise auch den Steuerzahler wirtschaftlich sehr belastet haben, strafrechtlich verfolgen zu können. Allerdings erscheinen die Auswirkungen auf andere, wie die hier beispielhaft angeführten Fälle, wenig angemessen.

#### VI. Zusammenfassung

Unter einem Vermögensschaden versteht das österreichische Strafrecht den effektiven Verlust der Vermögenssubstanz. Nicht einheitlich ist die Rspr. jedoch in der Frage, ab welchem Zeitpunkt bei Kreditvergaben oder spekulativen Kapitalanlagen vom Vorliegen dieses Vermögensschadens gesprochen werden kann. So wird der Schadenseintritt bei der Untreue schon zu dem Zeitpunkt angenommen, an dem der Täter die Verbindlichkeit eingeht. Damit besteht die Gefahr, dass beim Täter nicht mehr auf den Schädigungsvorsatz, sondern nur mehr auf einen Vermögensgefährdungsvorsatz abgestellt wird. Das ist jedoch mit dem österreichischen Betrugs- oder Untreuetatbestand nicht vereinbar. Überschätzt der Täter sein unternehmerisches Können und denkt er gar nicht an die Möglichkeit, dass ein Schaden eintritt oder vertraut er darauf, dass ein Schaden trotz ernstlicher Überlegungen in diese Richtung nicht eintreten wird, ist er freizusprechen. Hält man aus kriminal- und wirtschaftspolitischer Sicht ein solches Ergebnis für nicht wünschenswert, müsste über ein entsprechendes fahrlässiges Schädigungsdelikt nachgedacht werden.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> *Lewis*, AnwBl. 2012, 141 (146); *Schwaighofer* (Fn. 2), S. 155 f.