

ZWVF

Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

Rainer Brandl | Severin Glaser | Robert Kert | Roman Leitner
Mario Schmieder | Norbert Schrottmeyer | Norbert Wess

Wirtschaftsstrafrecht

VfGH zu Kostenersatz im Strafverfahren

Das Günstigkeitsprinzip im Bilanzstrafrecht

Wann liegt Zahlungsunfähigkeit vor?

Sozialbetrug – Netzwerkfälle

Grundsatzjudikatur des OGH zur tätigen Reue

Finanzstrafrecht

Checkliste zum Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz

Tagungsbericht „Finanzstrafrecht 2017 – Forum für Praktiker“

Grundsatzjudikatur des OGH zur Gewerbsmäßigkeit

Der aktuelle Fall

Ermittlung des strafbestimmenden Wertbetrags

Europastrafrecht

Neue europäische Vorgaben zu Geldwäscherisiken

Blick über die Grenze

Criminal-Compliance-Vorgaben in Spanien

Praxisinformationen

Aktuelle Rechtsprechung, Literaturreisenschau

Das Günstigkeitsprinzip im Bilanzstrafrecht

Norbert Wess / Vanessa McAllister

Wie hinlänglich bekannt, wurde mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015¹ (in Kraft getreten am 1. 1. 2016) auch das Bilanzstrafrecht einer umfassenden Reform unterzogen. Zahlreiche Publikationen und Abhandlungen sind zu der nunmehrigen Neuregelung bereits erschienen.² Eine – für die Praxis aktuell ganz bedeutsame – Frage wurde bis dato jedoch noch nicht behandelt: Bei den Strafverfolgungsbehörden sind derzeit zahlreiche Fälle anhängig, die ihren (historischen) Ausgangspunkt zu einem Zeitpunkt haben, zu dem (noch) die frühere Regelung („Altregelung“) in Kraft war. Fraglich ist, welche Regelung seitens der Strafverfolgungsbehörden nunmehr im Ermittlungsverfahren – aber auch im Hauptverfahren – ab dem Inkrafttreten der Neuregelung anzuwenden ist. Dieser Beitrag zeigt auf, dass zur Beurteilung einer allfälligen Strafbarkeit wegen eines Bilanzdelikts stets eine einzelfallbezogene, unter Umständen mehrstufige Vorgehensweise notwendig ist.



Dr. Norbert Wess, LL.M., M.B.L. ist Rechtsanwalt in Wien.

1. Änderungen im Bilanzstrafrecht durch das StRÄG 2015

1.1. Alte Rechtslage: verstreute Delikte im Nebenstrafrecht

Das bisherige Bilanzstrafrecht war vor allem dadurch gekennzeichnet, dass es in den unterschiedlichsten Materiegesetzen geregelt war (vgl die früheren Regelungen in § 255 AktG, § 122 GmbHG, § 64 SEG, § 89 GenG, § 43 ORF-Gesetz, § 41 PSG, § 114 VAG bzw § 323 VAG

2016 sowie § 18 SpaltG).³ In der Praxis bedeutsam waren und sind vor allem die Delikte des § 255 AktG und § 122 GmbHG. Diese beiden Tatbestände waren nahezu deckungsgleich formuliert, wobei nach § 122 GmbHG zusätzlich bestimmte „falsche“ (Z 1) bzw „unrichtige“ (Z 2) Erklärungen gegenüber dem Firmenbuch strafbar waren.⁴ Beide Bestimmungen sahen jedoch einen Strafraum von (lediglich) bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe und eine aus diesem Grund („kurze“) dreijährige Verjährungsfrist (§ 57 Abs 3 StGB) vor.⁵ Gegenstand regelmäßiger Kritik war, dass die einzelnen Tatbestände zahlreiche unbestimmte Gesetzesbegriffe aufwiesen und daher die „Schwelle“ zur Tatbildverwirklichung relativ niedrig angesetzt werden konnte.⁶ Einen eigenen Strafaufhebungsgrund bei Vorliegen von „tätiger Reue“ gab es damals ebenfalls nicht.⁷ Einzig in § 18 Abs 2 SpaltG erfolgte ein



Dr. Vanessa McAllister, LL.B. oec. ist Rechtsanwaltsanwältin in Wien.

¹ StRÄG 2015, BGBl I 2015/112.

² Vgl dazu bspw *Bernreiter*, Bilanzdelikte: Wie weit reichen die neuen Strafbestimmungen? *ecolex* 2015, 1054; *Frotz/Schörghofer/Spitznagel*, Unvertretbare Darstellung wesentlicher Informationen über bestimmte Verbände (§ 163a StGB), *RWZ* 2016, 45; *Gröhs*, Die Novellierung der Bilanzstrafatbestände durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015, *SWK* 27/2015, 1272; *Hartig*, Strafrechtsänderungsgesetz 2015 – das (vorerst) letzte Kapitel einer scheinbar unendlichen Geschichte, *VWT* 2015, 272; *Hinterhofer*, Bilanzstrafrecht neu (Entwurf für ein StRÄG 2015): Überblick und erste Einschätzung, *RdW* 2015, 283; *Karollus*, Bilanzstrafrecht neu – Analyse aus der Sicht des Gesellschafts- und Bilanzrechts, in *Leitner/Brandl* (Hrsg), *Finanzstrafrecht* 2016 (2017) 27; *Lewis*, Bilanzstrafrecht: Status Quo und Reform, in *Kals/U. Torggler* (Hrsg), *Enforcement im Rechnungslegungsrecht* (2015) 63; *Oberlauer*, Bilanzstrafrecht neu – Was ist strafbar, was nicht? *ÖJZ* 2016, 299; *Rebisant/Singer*, Das Strafrechtsänderungsgesetz 2015, *ZWF* 2015, 150; *Rohregger*, Das neue Bilanzstrafrecht – ein erster Überblick, *ÖZW* 2015, 162; *Rohregger*, Aktuelle Fragen des Bilanzstrafrechts, in *Lewis* (Hrsg), *Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit* 2016 (2016) 73; *Schmitt/Wess*, Bilanzstrafrecht NEU aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden und der Verteidigung, in *Zeder* (Hrsg), *Das neue Bilanzstrafrecht* (2015) 40; *Schrank/Schlager*, Bilanzstrafrecht NEU, *ecolex* 2015, 558; *Stuefer*, Die Bilanzdelikte nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015, *JSt* 2015, 344; *Tipold*, Das Strafrechtsänderungsgesetz 2015, *JSt* 2015, 405; *Wess/Bachmann*, Das „neue“ Bilanzstrafrecht, *CFO* aktuell 2016, 61; *Wess/Machan*, Bilanzstrafrecht, in *Kert/Kodek* (Hrsg), *Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht* (2016) Rz 8.1; *Zeder*, Bilanzstrafrecht: Reform vollbracht, in *Zeder* (Hrsg), *Das neue Bilanzstrafrecht* (2015) 9 = Bilanzstrafrecht: Reform vollbracht, in *Lewis* (Hrsg), *Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit* 2015 (2015) 365 = Bilanzstrafrecht: Die neuen Bestimmungen (§§ 163a–163d StGB), in *Leitner/Brandl* (Hrsg), *Finanzstrafrecht* 2016 (2017) 1.

³ § 15 KMG, § 189 InvFG 2011 und § 37 ImmoInvFG wurden – trotz ursprünglicher Intention – nicht harmonisiert und bleiben daher im Folgenden außer Betracht.

⁴ *Zeder* in *Zeder*, *Bilanzstrafrecht*, 9 (9 f); *Hinterhofer*, *RdW* 2015, 283; *Rohregger*, *ÖZW* 2015, 162; *Wess/Bachmann*, *CFO* aktuell 2016, 61.

⁵ Diese Regelung bzgl der Strafdrohung war nicht ganz unumstritten, zumal sie lediglich für diese beiden Bestimmungen des § 255 AktG und des § 122 GmbHG von (ursprünglich) zwei Jahren durch Art XVII Finanzmarktaufsichtsgesetz (FMAG), BGBl I 2001/97, auf ein Jahr herabgesetzt wurde und sich damit die Verjährungsfrist für die beiden Straftatbestände signifikant geändert hat. Bei den anderen Bestimmungen war und ist eine Strafdrohung von zwei Jahren vorgesehen, womit die Verjährungsfrist bei diesen Delikten auch stets fünf Jahre betragen hat (§ 57 Abs 3 StGB); vgl dazu näher *Zeder* in *Zeder*, *Bilanzstrafrecht*, 9 (13); kritisch zur Strafdrohung von zwei Jahren *Hinterhofer*, *RdW* 2015, 283 (287).

⁶ *Schmitt/Wess* in *Zeder*, *Bilanzstrafrecht*, 40; *Lewis* in *Kals/U. Torggler*, *Enforcement*, 63 (64); *Wess/Machan* in *Kert/Kodek*, *HB Wirtschaftsstrafrecht*, Rz 8.2f.

⁷ *Kerschbaumer/Maronitsch*, *Das neue Bilanzstrafrecht aus Prüfersicht*, in *Zeder* (Hrsg), *Das neue Bilanzstrafrecht* (2015) 24 (38); *Flora* in *Leukauf/Steininger*, *StGB*⁴ (2017) § 163d Rz 1; *Rohregger*, *ÖZW* 2015, 162 (168); *Schrank/Ruhri*, *Strafrecht für Wirtschaftstreuhand* (2014) 89; kritisch *Hinterhofer*, *RdW* 2015, 283 (287 f); *Glaser*, *Tätige Reue*, in *Albiez/Petutschnig/Wimpissinger* (Hrsg), *Handbuch Bilanzstrafrecht* (in Druck) Rz 14 ff.

Verweis auf § 167 StGB, der aber eher als „totes Recht“ beurteilt wurde, zumal § 167 StGB auf eine Schadenswiedergutmachung abzielt und daher auf abstrakte Gefährungsdelikte, bei denen der Eintritt eines Schadens gerade keine Voraussetzung ist, wenig bis gar nicht übertragen werden konnte.⁸

1.2. Neue Rechtslage: einheitlicher Straftatbestand im Kernstrafrecht

Vor diesem Hintergrund war die Reform nun darum bemüht, einen einheitlichen Straftatbestand (eigentlich: Straftatbestände) mit einheitlicher Strafdrohung zu formulieren (§§ 163a, 163b StGB). Die beiden neuen Straftatbestände im StGB ersetzen alle acht bisherigen Straftatbestände in den einzelnen Materiengesetzen.⁹

Der Kreis der vom Bilanzstrafrecht erfassten Rechtsträger wurde im Rahmen der Novellierung weiter gefasst, als nunmehr auch große Vereine iSd § 22 Abs 2 VerG (§ 163c Z 7 StGB), kapitalistische Personengesellschaften (§ 163c Z 8 StGB), Sparkassen (§ 163c Z 9 StGB) und ausländische Verbände (unter bestimmten näheren Voraussetzungen) umfasst werden.¹⁰ Für diese neu hinzugekommenen Verbände erübrigt sich jeglicher, hier noch näher zu erörternder, Günstigkeitsvergleich, weil eine Strafbarkeit bezüglich einer vor dem 1. 1. 2016 vorgenommenen Handlung ohnehin ausscheidet.

Die Tathandlungen wurden nun – das Kernstück der Reform darstellend – präziser und vor allem in Einklang mit den Bestimmungen des Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts¹¹ erfasst, um in Hinkunft die Strafverfolgung auf das „wirklich Strafwürdige“ zu begrenzen.¹² Um eine solche Tatbestandseinschränkung zu bewirken, wird nunmehr auf eine „falsche oder unvollständige Darstellung“ der „Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage, einschließlich deren künftiger Entwicklung“ abgestellt, die „in unvertretbarer Weise“ erfolgen, „wesentlich“ sein und letztendlich auch „geeignet“ sein muss, „einen erheblichen Schaden für den Verband, dessen Gesellschafter, Mitglieder oder Gläubiger oder für Anleger herbeizuführen“. Jedes dieser Tatbestandsmerkmale ist gesondert zu prüfen.¹³ Eine Strafbarkeit ist nur zu bejahen, wenn alle Tatbestandsmerkmale kumulativ vorliegen. Der Ent-

fall auch nur eines dieser Elemente führt freilich zur Straflosigkeit.

Als Strafdrohung ist nun einheitlich eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren vorgesehen (§§ 163a Abs 2, 163b Abs 1 StGB), bei börsenotierenden Unternehmen bis zu drei Jahren (§§ 163 Abs 3, 163b Abs 4 StGB). Daraus folgt, dass die Verjährungsfrist nunmehr einheitlich fünf Jahre beträgt (§ 57 Abs 2 StGB). Unter bestimmten – freilich relativ engen – Voraussetzungen ist auch die Strafaufhebung durch Ausübung tätiger Reue (§ 163d StGB) möglich.¹⁴

1.3. Entkriminalisierung oder Verschärfung?

Vergleicht man daher für die in der Praxis mit Abstand bedeutsamsten Fälle, nämlich allfällige bilanzstrafrechtliche Verfehlungen bei Aktiengesellschaften und/oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die „Altregelung“ mit der „Neuregelung“, so ist einerseits zu konstatieren, dass sich der Strafraum (samt Verjährungskonsequenz) im Zuge der Neuregelung deutlich und spürbar erhöht hat. Insofern kann von einer Verschärfung gesprochen werden, insb mit Blick auf den Strafraum bei börsenotierenden Unternehmen, der sich durch die Neuregelung sogar verdreifacht hat.

Andererseits, und damit wird auch die Einführung eines höheren Strafraums begründet, wurden die Tatbestandsmerkmale enger und präziser umschrieben und die Möglichkeit der tätigen Reue berücksichtigt, sodass dergestalt auch nur mehr das „wirklich Strafwürdige“ bestraft werden soll.¹⁵ Vor diesem Hintergrund kann somit von einer Entkriminalisierung des Bilanzstrafrechts gesprochen werden.¹⁶

Diese – wenn man so möchte – zwei Seiten ein und derselben Medaille sind im Ergebnis konsequent. Die Beurteilung von „Altfällen“ (also Verfehlungen, die allenfalls vor dem 1. 1. 2016 gesetzt wurden) nach dem Günstigkeitsprinzip gem § 61 StGB kann damit jedoch zu Schwierigkeiten führen.

2. Das Günstigkeitsprinzip im Überblick

§ 61 StGB bezieht sich auf den zeitlichen Geltungsbereich des Strafrechts und ist in enger Verbindung mit § 1 StGB zu lesen.¹⁷ Nach § 1 Abs 1 StGB würde es genügen, dass die in Rede stehende Tat zum Urteilszeitpunkt gesetzlich

⁸ Hinterhofer, RdW 2015, 283 (286); Zeder in Zeder, Bilanzstrafrecht, 9 (12 f); Wess/Machan in Kert/Kodek, HB Wirtschaftsstrafrecht, Rz 8.48.

⁹ Art 4–11 StRÄG 2015.

¹⁰ Vgl dazu näher Hinterhofer, RdW 2015, 283 (285); Zeder in Zeder, Bilanzstrafrecht, 9 (16); Rohregger, ÖWZ 2015, 162 (163); Wess/Bachmann, CFO aktuell 2016, 61 (63 f).

¹¹ Vgl etwa Hinterhofer, RdW 2015, 283 (286); Karollus in Leitner/Brandl, Finanzstrafrecht, 27 (40 ff).

¹² Rohregger, ÖWZ 2015, 162 (163); Rohregger in Lewisch, Jahrbuch 16, 73 (82); vgl auch Zeder in Zeder, Bilanzstrafrecht, 9 (18).

¹³ Zeder in Zeder, Bilanzstrafrecht, 9 (18 f); Wess/Machan in Kert/Kodek, HB Wirtschaftsstrafrecht, Rz 8.9 ff; vgl zB für das Kriterium der Schadenseignung Bollenberger/Wess, Neues Bilanzstrafrecht – Was bedeutet Schadenseignung? ZWF 2016, 144.

¹⁴ Zeder in Zeder, Bilanzstrafrecht, 9 (21); Wess/Machan in Kert/Kodek, HB Wirtschaftsstrafrecht, Rz 8.48 ff; kritisch zur Neuregelung: Hinterhofer, RdW 2015, 283 (287 f); Glaser in Albiez/Petutschnig/Wimpissinger, HB Bilanzstrafrecht, Rz 31 ff; Gröhs, SWK 27/2015, 1272.

¹⁵ Vgl Bollenberger/Wess, ZWF 2016, 144 (145); Rohregger, ÖWZ 2015, 162 (163); Lewisch in Kalss/U. Torggler, Enforcement, 63 (72 f); Wess/Bachmann, CFO aktuell 2016, 61; Zeder in Zeder, Bilanzstrafrecht, 9 (18).

¹⁶ Vgl Hinterhofer, RdW 2015, 283 (286) („Intention einer maßvollen Entkriminalisierung“).

¹⁷ ErlRV 30 BlgNR 13. GP (= ErlRV 1971) 172; Höpfel in Höpfel/Ratz, WK StGB², § 61 Rz 1; vgl auch Triffiterer in Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 61 Rz 1; Tipold in Leukauf/Steininger, StGB³ (2017) § 61 Rz 2.

ausdrücklich unter Strafe gestellt und schon zur Zeit der Begehung mit Strafe bedroht war. § 1 Abs 2 Satz 1 StGB sieht außerdem vor, dass keine schwerere Strafe verhängt werden darf, als zum Zeitpunkt der Begehung angedroht war (Verbot der Rückwirkung von Strafrecht in *ma-lam partem*; vgl Art 7 Abs 1 EMRK). Ergänzend normiert § 61 StGB ein (beschränktes) Gebot der rückwirkenden Anwendung neueren Rechts.¹⁸

Als Konsequenz dieses Rückwirkungsverbots (§ 1 StGB) stellt auch § 61 StGB zur Beantwortung der Frage, welche Strafgesetze grundsätzlich zur Anwendung gelangen, auf das Tatzeitprinzip ab.¹⁹ Von diesem Tatzeitprinzip weicht aber § 61 Satz 2 StGB insofern ab, als er – für den Fall der Rechtsänderung zwischen Tatzeitpunkt und Urteilszeitpunkt – eine beschränkte Rückwirkung neuerer Strafgesetze anordnet (Günstigkeitsprinzip oder *Lex-mitior*-Regel). Genauer gesagt legt § 61 Satz 2 StGB eigentlich fest, dass grundsätzlich die im Urteilszeitpunkt in Kraft stehenden Strafgesetze zur Anwendung kommen, es sei denn, das ältere Recht (Tatzeitpunkt) ist für den Angeklagten in seinen Gesamtauswirkungen günstiger.²⁰ Neben einer Milderung der Strafdrohung kommt dem Angeklagten daher insb eine ersatzlose Einschränkung oder sogar Aufhebung einer Strafdrohung zugute.²¹

Ob das ältere Recht für den Angeklagten im Einzelfall günstiger ist als das zum Urteilszeitpunkt in Kraft stehende, ist zwar in erster Linie, aber nicht nur anhand der Strafdrohung zu entscheiden.²² Es kann daher sein, dass ein strengeres Gesetz (mit einer höheren Strafdrohung) zur Anwendung kommt, weil es aufgrund anderer Auswirkungen den Täter (trotzdem) günstiger stellt. In diesem Fall ist überdies die Regelung des § 1 Abs 2 Satz 1 StGB zu berücksichtigen, wonach eine schwerere Strafe als die zur Zeit der Begehung angedrohte nicht verhängt werden darf.²³

Der Günstigkeitsvergleich ist streng am Einzelfall orientiert („konkrete Gesamtschau“).²⁴

¹⁸ Vgl ausführlich Höpfel in Höpfel/Ratz, WK StGB², § 61 Rz 1, insb mit zahlreichen Nachweisen zur grundrechtlichen Tragweite dieses Gebots: zB EGMR 17. 9. 2009, Bws-Nr 10249/03, *Scoppola gg Italien* („Meistbegünstigungsprinzip“); vgl ferner Triffterer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 61 Rz 4; Tipold in Leukauf/Steininger, StGB⁴, § 61 Rz 8.

¹⁹ Vgl Höpfel in Höpfel/Ratz, WK StGB², § 61 Rz 2.

²⁰ Vgl Triffterer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 61 Rz 23 f; Höpfel in Höpfel/Ratz, WK StGB², § 61 Rz 2; Tipold in Leukauf/Steininger, StGB⁴, § 61 Rz 8.

²¹ Vgl zB OGH 1. 3. 1979, 13 Os 193/78; 21. 11. 1995, 11 Os 160/95 = RIS-Justiz RS0088969.

²² OGH 27. 1. 1987, 11 Os 156/86; 14 Os 138/04 = JBl 2006, 192; Tipold in Leukauf/Steininger, StGB⁴, § 61 Rz 13.

²³ Nimmervoll, Zum Günstigkeitsvergleich im Sanktionsbereich, JSt 2017, 166 (167); Höpfel in Höpfel/Ratz, WK StGB², § 61 Rz 13.

²⁴ Vgl EvBl 1990/119; 13 Os 149/99; Höpfel in Höpfel/Ratz, WK StGB², § 61 Rz 14; Tipold in Leukauf/Steininger, StGB⁴, § 61 Rz 12.

Auf die konkrete Strafzumessung hat der Günstigkeitsvergleich keinen Einfluss.²⁵

3. Anwendung des Günstigkeitsprinzips im Bilanzstrafrecht – aktuelle Fallkonstellation aus der Praxis

Zu beurteilen sind in der Praxis aufgrund der Novellierung durch das StRÄG 2015 daher Konstellationen, bei denen bei AGs und/oder GmbHs bilanzstrafrechtliche Verfehlungen vor dem 1. 1. 2016 begangen wurden, diese von den Strafverfolgungsbehörden nunmehr in Untersuchung gezogen und – in letzter Konsequenz – auch angeklagt werden. So ist den Verfassern ein Fall beim LG Steyr zugetragen worden, bei dem der Angeklagte (in weiterer Folge unbekämpft und daher rechtskräftig) des Vergehens der unvertretbaren Darstellung wesentlicher Informationen über bestimmte Verbände gem § 163a Abs 1 Z 1 StGB iVm § 163c Z 1 StGB (also nach der „Neuregelung“) schuldig gesprochen wurde, obwohl die in Rede stehenden Verfehlungen die Bilanzen der Geschäftsjahre 2009, 2010 und 2011 betrafen. Zusätzlich wurde der Angeklagte wegen des Verbrechens der betrügerischen Krida (§ 156 Abs 1 und 2 StGB), des Vergehens der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 Abs 1, 4 Z 1, 5 Z 4 und 5 StGB iVm § 161 Abs 1 StGB) sowie des Vergehens des Vorenthaltens von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 153c Abs 1 und 2 StGB) – anklagekonform – verurteilt. Bereits in der Anklageschrift wurde die Anwendbarkeit der „Neuregelung“ bzgl der bilanzstrafrechtlichen Verfehlungen dahingehend begründet, dass diese in ihrer Gesamtauswirkung nicht „ungünstiger“ wären als die Altregelung, weil sich der höhere Strafraumen (nunmehr zwei Jahre statt einem Jahr) für den Angeklagten nicht nachteilig auswirken würde. Er habe wegen § 28 Abs 1 StGB ohnehin (nur) „einen“ Strafraumen zu verantworten und dieser orientiere sich im konkreten Fall an § 156 Abs 2 StGB (Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren).

Diese Überlegungen können nicht überzeugen. Der Günstigkeitsvergleich nach § 61 StGB ist auch bei Tatmehrheit (Realkonkurrenz) gesondert für jede Tat vorzunehmen, selbst wenn sich eine Tat aufgrund des Absorptionsprinzips (§ 28 StGB) im konkreten Strafausspruch nicht auswirkt.²⁶ Aus unserer Sicht erscheint vielmehr folgende Herangehensweise geboten:

3.1. Verjährung

Sollte das bilanzstrafrechtliche Delikt bereits nach der „Altregelung“ iSd § 57 Abs 2 StGB ver-

²⁵ Höpfel in Höpfel/Ratz, WK StGB², § 61 Rz 14; Triffterer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 61 Rz 24; Tipold in Leukauf/Steininger, StGB⁴, § 61 Rz 9.

²⁶ OGH 24. 11. 1999, 13 Os 149/99 = RIS-Justiz RS0112939: „Die Günstigkeitsprüfung ist dabei für jede urteilsgegenständliche Tat, das heißt für jeden zu beurteilenden Sachverhalt („Faktum“) gesondert vorzunehmen“; vgl dazu Höpfel in Höpfel/Ratz, WK StGB², § 61 Rz 15.

jährt sein (diese Fälle sind derzeit in der Praxis bei GmbHs und AGs gar nicht so selten, weil – wie oben bereits ausgeführt – bei den „Altfällen“ die Verjährungsfrist lediglich drei Jahre und nicht, wie nunmehr, fünf Jahre beträgt), ändert sich daran durch die Novellierung im Zuge des StRÄG 2015 freilich nichts.²⁷ Da die eingetretene Verjährung für den Täter zweifellos günstiger ist (Straflosigkeit), ist das Ermittlungsverfahren wegen Verjährung gem § 190 Z 1 StPO einzustellen.²⁸

Streng genommen müsste nach der Diktion des § 61 Satz 1 StGB zunächst geprüft werden, ob überhaupt die Voraussetzungen des § 163a StGB erfüllt sind, weil grundsätzlich das zum Urteilszeitpunkt geltende Recht zur Anwendung kommt. Kommt § 163a StGB mangels Tatbestandsverwirklichung nicht in Betracht (etwa weil die abstrakte Eignung fehlt, dass durch die Tat ein erheblicher Schaden für eine der genannten Personengruppen herbeigeführt wird), ist der Täter straflos. Auf eine allfällige, bereits eingetretene Verjährung (aufgrund der geringeren Strafdrohung des § 255 AktG bzw § 122 GmbHG) würde es dann nicht mehr ankommen.

3.2. Diversionelle Erledigung

Aufgrund der Strafdrohung der Bilanzdelikte (sowohl nach „altem“ als auch nach neuem Recht) kommt bei diesen eine diversionelle Erledigung in Betracht, unabhängig davon, ob die Beurteilung vor oder nach dem Inkrafttreten des Strafprozessrechtsänderungsgesetzes II 2016²⁹ vorgenommen wird.

Vor diesem Hintergrund hat die Staatsanwaltschaft, wenn eine diversionelle Erledigung grundsätzlich in Betracht kommt, das strafrechtliche Ermittlungsverfahren nach der Neuregelung durchzuführen. Aufgrund der engeren und präziseren Umschreibung der Tatbestandsmerkmale führt eine Gesamtbetrachtung derartiger Fallkonstellationen dazu, dass die Neuregelung aus Sicht des Betroffenen günstiger ist. Somit kommt neben einer diversionellen Erledigung insb eine Einstellung des Strafverfahrens in Betracht, wenn durch die Einschränkung der Strafbarkeit nunmehr (im Vergleich zum alten Recht) Straflosigkeit eintritt. Allenfalls hat der Betroffene (noch rechtzeitig) tätige Reue geübt, die nach der Neuregelung zur Strafaufhebung

führt, sodass (auch) aus diesem Grund eine (weitere) Strafverfolgung unzulässig ist.³⁰

Bei Erledigung mittels Diversion ist im Hinblick auf die einzelnen Diversionsmaßnahmen darauf Rücksicht zu nehmen, dass zum Tatzeitpunkt eine Bilanzverfehlung (gem § 122 GmbHG bzw § 255 AktG) mit einer Strafdrohung von bis zu einem Jahr geahndet wurde.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass es nicht zulässig ist, bei einem Strafverfahren wegen mehrerer, real konkurrierender Straftaten die Bilanzverfehlung „herauszulösen“ und einer Diversion zuzuführen, während das Strafverfahren zu den übrigen Vorwürfen (betreffend dasselbe Geschehen) weitergeführt wird.³¹

3.3. Anklageerhebung eines Bilanzdelikts während der „Übergangszeit“

Die Strafverfolgungsbehörde kommt im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zu der Überzeugung, dass Anklage zu erheben ist. Das Bilanzstrafdelikt wurde zwar vor dem 1. 1. 2016 begangen, das Hauptverfahren findet aber nach dem 1. 1. 2016 statt.

Richtigerweise muss die Anklagebehörde im Zuge ihrer Prüfung bis zur Anklageerhebung (nach Inkrafttreten der Neuregelung) „mehrstufig“ vorgehen: Gegenstand des Ermittlungsverfahrens sind §§ 163a ff StGB, also die Neuregelung, die in ihrer Gesamtheit für den Betroffenen günstiger ist (die entkriminalisierenden Maßnahmen überwiegen). Denkbar ist daher, dass die Tat gar nicht die neuen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, etwa weil die Informationsdarstellung nicht „unvertretbar“ ist, sodass das Ermittlungsverfahren einzustellen ist und keine Anklage erhoben werden darf.

Kommt die Strafverfolgungsbehörde zu dem Ergebnis, dass eine Strafbarkeit nach § 163a StGB oder § 163b StGB vorliegt, ist uE im Regelfall – und das mag auf den ersten Blick etwas kurios erscheinen – in der Anklageschrift bzw im Strafantrag auf das Delikt des § 255 AktG bzw § 122 GmbHG abzustellen. Denn die Verwirklichung der §§ 163a f StGB führt im Regelfall dazu, dass auch der Tatbestand nach der alten Regelung (§ 122 GmbHG bzw § 255 AktG) erfüllt wurde.³²

²⁷ Für Konstellationen im Bilanzstrafrecht ist die Sonderregelung des § 58 Abs 3a StGB nicht einschlägig, weil diese zur Voraussetzung hat, dass nach neuer Rechtslage eine niedrigere Strafdrohung und eine kürzere Verjährungsfrist zur Anwendung kommen; vgl zu dieser Regelung etwa *Stricker*, StRÄG 2015 – Neuerungen im Allgemeinen Teil des StGB, ÖJZ 2016, 16 (21 f).

²⁸ Vgl in diesem Sinne (generell) *Durl*, Geänderte Verjährungsanlaufhemmung und § 61 StGB, JBl 2010, 156 (158); zum umgekehrten Fall (günstigere Verjährungsvorschriften nach dem neuen Recht) zB OGH 11 Os 71/50 = JBl 1981, 217.

²⁹ StPRÄG II 2016, BGBl I 2016/121; seit der Novellierung wird für die Anwendbarkeit der Diversionsvorschriften nicht mehr auf die Zuständigkeit abgestellt, sondern auf die Strafdrohung (§ 198 Abs 2 Z 1 StPO).

³⁰ Ebenso wäre bei Anwendung der (dann im konkreten Fall günstigeren) Neuregelung uU § 22 Abs 4 FinStrG zu berücksichtigen, sodass dann ebenfalls Straflosigkeit eintreten würde.

³¹ Vgl OGH 8. 5. 2014, 12 Os 43/14m = SSt 2014/19 (Verbot einer Sanktions- und Reaktionskumulierung); *Schroll*, Judikatur zu den Anwendungsvoraussetzungen der Diversion, ÖJZ 2013, 861 (865) mwN.

³² Zu einem anderen Ergebnis gelangt man freilich, wenn im konkreten Fall ein Rechtsträger betroffen ist, der nach altem Recht nicht erfasst war, wie etwa Sparkassen oder große Vereine; ebenso, wenn die konkrete Handlung einem Qualifikationstatbestand (§ 163a Abs 3 StGB bzw § 163b Abs 4 StGB) zu unterstellen wäre, den es nach der Altregelung (zB bei § 122 GmbHG) nicht gegeben hat. Für diese Konstellationen bleibt auch während des Ermittlungsverfahrens das alte Recht anwendbar, sofern die Tatbestandsvoraussetzungen des § 163a Abs 1 StGB bzw § 163b Abs 1 StGB erfüllt wären.

Aufgrund des deutlich niedrigeren Strafrahmens ist eine Anklage nach der „Altregelung“ für den Betroffenen aber idR günstiger als eine Anklage nach der „Neuregelung“. Das gilt umso mehr, wenn die Tat einem Qualifikationstatbestand (§ 163a Abs 3 StGB bzw § 163b Abs 4 StGB) zu unterstellen wäre.

Da in derartigen Konstellationen im Zuge eines Einspruchs gegen die Anklageschrift das OLG eine Anklage wegen § 163a StGB bzw § 163b StGB zu korrigieren hätte (§ 212 Z 4 StPO iVm § 211 Abs 1 Z 3 StPO), besteht uE bereits eine Verpflichtung der Anklagebehörde, iSd Günstigkeitsvergleichs nach der „Altregelung“ anzuklagen bzw im Strafantrag auf die Altregelung abzustellen.

3.4. Urteilsfällung über ein Bilanzdelikt während der „Übergangszeit“

Unabhängig davon, ob die Strafverfolgungsbehörde das in Rede stehende Delikt iSd Günstigkeitsvergleichs (richtigerweise) nach der „Altregelung“ oder (rechtsirrig) nach der „Neuregelung“ angeklagt hat, hat auch das (Berufungs-) Gericht „mehrstufig“ vorzugehen (vgl die Ausführungen unter Pkt 3.3.).

Das Hauptverfahren hat zunächst unter Prüfung der „Neuregelung“ zu erfolgen (vgl auch § 61 Satz 1 StGB), insb aber deshalb, weil mit größerer Wahrscheinlichkeit (verglichen mit der „Altregelung“) denkbar erscheint, dass mangels Erfüllung sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen des § 163a StGB bzw § 163b StGB ein Freispruch zu fällen ist (während das Delikt des § 122 GmbHG bzw § 255 AktG allenfalls verwirklicht wäre).

Kommt das Gericht im Zuge der Hauptverhandlung zu dem Ergebnis, dass alle Tatbestandsvoraussetzungen des § 163a StGB oder § 163b StGB vorliegen und eine diversionelle Erledigung nicht in Betracht kommt, hat es in derartigen Fallkonstellationen seine rechtliche

(End-)Beurteilung – wenn man so möchte – wieder „umzustellen“ und eine Verurteilung wegen § 255 AktG bzw § 122 GmbHG auszusprechen, weil die (deutlich) geringere Strafdrohung der Altregelung für den Angeklagten günstiger ist.

► Auf den Punkt gebracht

Die Bilanzdelikte stellen die Strafverfolgungsbehörden in der Übergangszeit vor eine gewisse Herausforderung. Da die „Neuregelung“ aufgrund der enger gezogenen Tatbestandsvoraussetzungen für den Betroffenen zwar günstiger, jedoch mit einer höheren Strafdrohung pönalisiert ist, muss unter Berücksichtigung des § 61 StGB seitens der Strafverfolgungsbehörden und des Gerichts in aller Regel „mehrstufig“ vorgegangen werden. Zunächst ist, wenn nicht nach der „Altregelung“ überhaupt schon Verjährung eingetreten ist oder ein Bilanzdelikt bei dem jeweiligen „Verband“ (zB Sparkassen) nicht tatbestandsmäßig war, nach der „Neuregelung“ zu prüfen, ob die (engeren) Tatbestandsvoraussetzungen des § 163a StGB bzw § 163b StGB vorliegen, der Betroffene tätige Reue geübt hat (§ 163d StGB) oder eine diversionelle Erledigung in Betracht kommt. Kommt (auch) das Gericht zu dem Ergebnis, dass der Täter wegen einer Bilanzverfehlung iSd §§ 163a f StGB strafbar sei, hat eine Verurteilung iSd Günstigkeitsvergleichs (§ 61 StGB) wegen der niedrigeren Strafdrohung ausschließlich nach der alten Regelung (§ 255 AktG bzw § 122 GmbHG) zu erfolgen.