

1. Kapitel

Ausgewählte Fragen des Allgemeinen Teils des Wirtschaftsstrafrechts

Robert Kert

Literatur: *Barz et al*, Aktiengesetz Großkommentar (1975); *Bleckmann*, Die Überlagerung des nationalen Strafrechts durch das Europäische Gemeinschaftsrecht, in FS für Walter Stree und Johannes Wessels (1993) 107; *Böse*, Die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft für das Strafrecht – Zugeleich Besprechung von EuGH, Urteil vom 13. 9. 2005, GA 2006, 211; *Böse*, Enzyklopädie Europarecht. Europäisches Strafrecht² (2020); *Braum*, Europäische Strafgesetzgebung: Demokratische Strafgesetzlichkeit oder administrative Opportunität – Besprechung des Urteils des EuGH vom 13. September 2005, RS C-176/03, *wistra* 2006, 121; *Braun/Kahl*, Beitrag zum Betrug durch Unterlassen, ÖZW 2015, 170; *Brinkmann*, Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung – Eine Untersuchung am Beispiel des Lebensmittelrechts (1995); *Burgstaller*, Aktuelles zur täglichen Reue gemäß § 164 StGB, in *Festschrift für Winfried Platzgummer* (1995) 97; *Burgstaller*, Wirtschaftsstrafrecht in Österreich, *JBl* 1984, 577; *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht (1974); *Csúri*, Zersplittete Einheit oder vereinheitlichte Zersplitterung, ZWF 2018, 189; *Dannecker*, Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1996, 869; *Eder-Rieder*, Wirtschaftsstrafrecht⁵ (2019); *Eilmansberger*, Zur Reichweite der Grundfreiheiten des Binnenmarktes, *JBl* 1999, 345 und 434; *Everling*, Zum Vorrang des EG-Rechts vor nationalem Recht, DVBl 1985, 1201; *Fabrizy*, Strafgesetzbuch¹³ (2018); *Fuchs*, Subjektive Tatseite und Zuständigkeitsabgrenzung (Gericht – Verwaltungsbehörde) bei der Abgabenhinterziehung, in *Leitner* (Hrsg), Finanzstrafrecht 2006 (2007) 195; *Fuchs*, Wirtschaftsordnung durch Strafrecht, in FS *Steininger* (2003) 57; *García Marqués/Kert*, Strafrechtsänderungsgesetz 1998: Umsetzung des EU-Betrugs-Übereinkommens in Österreich, ÖJZ 1999, 213; *Glaser/Kert*, Neue Vorgaben zum Kapitalmarktstrafrecht, ZWF 2015, 42; *Grabenwarter*, Abgabenverkürzung auf Zeit – verfassungsrechtliche Aspekte, in *Leitner* (Hrsg), Finanzstrafrecht 1996–2002 (2006) 291; *Graf/Wittig/Jäger*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. Kommentar² (2017); *Griller*, Der Anwendungsvorrang des EG-Rechts, *ecolex* 1996, 639; *Hafner/Kumin/Weiss*, Recht der Europäischen Union² (2019); *Hecht*, Derogation von österreichischem Recht durch Gemeinschaftsrecht? *ecolex* 1996, 494; *Hecker*, Europäisches Strafrecht⁵ (2015); *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts (2001); *Heinz*, Begriffliche und strukturelle Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts. Eine Übersicht über die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland, in *Gropp* (Hrsg), Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung (1998) 13; *Heise*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Strafrecht – Die Auswirkungen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsanwendung auf das deutsche materielle Strafrecht (1999); *Hinterhofer/Schallmoser*, Europäisches Strafrecht. Die Politiken der Gemeinschaft, *Jahrbuch Europarecht* 2010, 359; *Höpfel*, Die strafbefreiende tägliche Reue und verwandte Einrichtungen des österreichischen Rechts, in *Eser ua*, Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht (1990) 171; *Hugger*, Zur strafbarkeiterweiternden richtlinienkonformen Auslegung deutscher Strafvorschriften, *NStZ* 1993, 421; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil⁵ (1996); *Kert*, Die Angleichung von Strafen in der Europäischen Union, in *Miskolci Jogi Szemle*, Ünnepi Tanulmányok Farkas Ákos 65. Születésnapjára (Festschrift Farkas), Bd 2 (2019) 7; *Kert*, Europarechtliche Rahmenbedingungen zur Bestrafung von MWSt-Vergehen, in *Leitner/Brandl* (Hrsg), Finanzstrafrecht 2018 (2019) 1; *Kert*, Finanzstrafrechtliche Verant-

wortlichkeit des Steuerberaters, ZWF 2018, 308; *Kert*, Strafrecht, in *WiR Studiengesellschaft Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Privatisierung der Rechtsetzung (2018) 33; *Kert*, Schaden und Schädigungsvorsatz beim Kredit- und Anlagebetrug, ZWF 2015, 69; *Kert*, Lebensmittelstrafrecht im Spannungsfeld des Gemeinschaftsrechts (2004); *Kert*, Die Sanktionierung von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht durch nationales Strafrecht am Beispiel des Lebensmittelstrafrechts, JBl 1999, 87; *Kienapfel*, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, 281; *Kienapfel*, Die Garantenpflichten (§ 2 StGB). System, Voraussetzungen und Grenzen, JBl 1975, 13; *Komenda*, Der Vermögensnachteil bei der Untreue (Diss WU Wien 2015); *Kucsko-Stadlmayer*, Der Vorrang des EU-Rechts vor österreichischem Recht, ecolex 1995, 338; *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung (1989); *Langer*, Die Strafbestimmungen in Aktiengesetz und GmbH-Gesetz (1994); *Leitner*, Abgabenverkürzung auf Zeit – finanzstrafrechtliche Aspekte, in *Leitner* (Hrsg), Finanzstrafrecht 1996–2002 (2006) 269; *Leitner*, Das abgabenrechtliche Vertretbarkeitskalkül: Entschuldbarkeit des Verbotsirrtums und abgabenrechtliche Offenlegungspflicht, ecolex 2003, 617; *Leitner*, VwGH. Zur Entschuldbarkeit des Verbotsirrtums im Abgabenstrafrecht, ecolex 2002, 916; *Leitner/Brandl/Kert*, Handbuch Finanzstrafrecht⁴ (2017); *Liebscher*, Grundfragen des Wirtschaftsstrafrechts, JBl 1979, 225; *Medigovic*, Unterlassung der Anzeige nach § 84 StPO – Amtsmißbrauch, JBl 1992, 420; *Moos*, Die Irrtumsproblematik im Finanzstrafrecht, in *Leitner*, Finanzstrafrecht 1997, 127; *Müller-Gugenberger* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht⁷ (2020); *Öhlinger*, Unmittelbare Geltung und Vorrang des Gemeinschaftsrecht und die Auswirkungen auf das verfassungsrechtliche Rechtsschutzsystem, in *FS Rill* (1995) 359; *Pallin*, Die neuen Bestimmungen gegen Korruption und Vergabemißbrauch, ÖJZ 1982, 337; *Platzgummer*, Vorsatz und Unrechtsbewusstsein, in *StPdG* I, 95; *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes (1964); *Rebisant*, Irrtum und grobe Fahrlässigkeit im Finanzstrafrecht seit dem Steuerreformgesetz 2015/2016, ZWF 2016, 72; *Rüffler*, Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, ÖJZ 1997, 121; *Safferling*, Internationales Strafrecht (2011); *Sammer*, Die Sorgfaltspflichten im Lebensmittelstraf- und Ordnungswidrigkeitenrecht unter Berücksichtigung der europarechtlichen Überlagerung (1998); *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht⁹ (2020); *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts (2001); *Schick*, Landesbericht Österreich, ZStW 1998, 475; *Schick*, Kriminalpolitische Erwägungen zum Wirtschaftsstrafrecht in Österreich, ÖJZ 1975, 537; *Schmoller*, Grundfragen des Unterlassens bei der Abgabenverkürzung, ÖJZ 2011, 397; *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht (2002); *Sieber*, Die Zukunft des Europäischen Strafrechts, ZStW 121 (2009) 1; *Sieber*, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der „passiven“ Gesprächsteilnahme, JZ 1983, 431; *Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg* (Hrsg), Europäisches Strafrecht² (2014); *Steininger*, Typische Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität, ÖJZ 1982, 589; *Sutherland*, White Collar Crime (1949); *Tannert*, Finanzstrafgesetz⁹ (2014); *Thomas*, Die Anwendung europäischen materiellen Rechts im Strafverfahren, NJW 1991, 2237; *Tiedemann*, Anmerkung zu EuGH 21. 9. 1989, Rs 68/88 (Griechischer Maisfall), EuZW 1990, 100; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Bd I (1976); *Tipold*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die Möglichkeiten ihrer Übertragung auf andere Personen, in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch Geschäftsführerhaftung² (2011), 261; *Wabnitz/Janovsky* (Hrsg), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts⁵ (2020); *Wagner/Hammerl*, Die „vertretbare Rechtsansicht“ im Finanzstrafrecht, RdW 2003/146; *Wagner/Hammerl*, Offenlegungspflicht bei gegenteiliger Rechtsansicht der Behörde, RdW 2003/587; *Weinberger*, Kollegialorgane im Strafrecht. Die strafrechtliche Relevanz von Ressortverteilungen und Kollegialentscheidungen (Diss WU Wien 2020); *Weyembergh*, Approximation of substantive criminal law: The new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors, in *Galli/Weyembergh* (Hrsg), Approximation of substantive criminal law in the EU, 9; *Zimmermann*, Strafrechtliche Sanktionen und das Recht der Europäischen Union: eine Bestandsaufnahme, in *Satzger* (Hrsg), Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union (2020) 577.

Übersicht

	Rz
I. Der Begriff des Wirtschaftsstrafrechts	1.1
II. Regelungen des Allgemeinen Teils für das Wirtschaftsstrafrecht	1.6

A. Objektiver und subjektiver Tatbestand	1.7
1. Objektiver Tatbestand und Kausalität	1.8
a) Allgemeines	1.8
b) Kausalitätsfragen bei Entscheidungen von Kollegialorganen . .	1.10
c) Nichterfüllung des objektiven Tatbestandes: Versuchsstrafbarkeit	1.13
2. Subjektiver Tatbestand	1.14
a) Bezugspunkte des Vorsatzes	1.14
b) Stärkegrade des Vorsatzes	1.19
aa) Bedingter Vorsatz (dolus eventualis)	1.20
bb) Wissentlichkeit	1.22
cc) Absichtlichkeit	1.23
c) Besonderheiten	1.24
B. Fahrlässigkeit	1.27
C. Wirtschaftlicher Notstand	1.35
D. Irrtum	1.37
1. Tatbildirrtum	1.38
a) Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale	1.39
b) Irrtum über Blankettvorschriften	1.40
c) Rechtsfolgen des Tatbildirrtums	1.43
2. Verbotsirrtum	1.44
3. Die Irrtumsregelung im Finanzstrafrecht	1.46
E. Der Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue	1.47/1
F. Beteiligung mehrerer	1.48
1. Grundlagen der Beteiligungslehre	1.48
2. Täterschaftsformen	1.50
3. Deliktsspezifischer Vorsatz bei jedem Beteiligten	1.52
4. Sozialadäquanz und berufs(rollen)gemäßes Verhalten	1.54
5. Beteiligung am Sonderdelikt	1.57
a) Allgemeines	1.57
b) Sonderpflichtdelikte	1.60
G. Strafbarkeit der Begehung durch Unterlassen	1.62
1. Allgemeine Voraussetzungen	1.62
2. Garantenstellung	1.66
a) Garantenstellung durch Rechtsvorschriften	1.68
b) Garantenpflicht kraft freiwilliger und tatsächlicher Pflichtenübernahme	1.69
c) Garantenstellung aufgrund gefahrenbegründenden Vorverhaltens (Ingerenz)	1.72
3. Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen	1.73
4. Abgrenzung von Tun und Unterlassen	1.75
H. Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitgliedern eines Kollegialorgans	1.76
III. Der Einfluss des Europarechts auf das Wirtschaftsstrafrecht	1.82
A. Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Sanktionierung von Verletzungen des Unionsrechts	1.83
B. Sekundärrechtliche Vorgaben für das nationale Strafrecht	1.85
C. Beachtung des EU-Rechts bei der Anwendung nationalen Strafrechts	1.88
1. Vorrang des Unionsrechts und dessen Auswirkung auf das Wirtschaftsstrafrecht	1.88
2. Unionsrechtkskonforme Auslegung des Strafrechts	1.90
3. Wirkungen der einzelnen Rechtsquellen des Unionsrechts auf das Strafrecht	1.92

a) Primäres Unionsrecht	1.92
b) Sekundäres Unionsrecht	1.94
aa) Verordnungen	1.94
bb) Richtlinien	1.96
cc) Rechtsakte im Rahmen der dritten Säule mit Einfluss auf das Wirtschaftsstrafrecht	1.98

I. Der Begriff des Wirtschaftsstrafrechts

- 1.1** Wirtschaftsstrafrecht ist in Österreich ein wesentlicher Bereich des Strafrechts, der sich mit dem Wiederaufbau und dem Wachstum der Wirtschaft nach dem Zweiten Weltkrieg als spezielles Gebiet im Strafrecht entwickelt hat und in den letzten Jahrzehnten stark durch die Europäisierung und Globalisierung der Wirtschaft mitgeprägt wurde. Nicht nur wegen seiner Vielfältigkeit wird das Wirtschaftsstrafrecht im Schrifttum in vielfältiger Weise erörtert. In der österreichischen Literatur fand besonders Ende der 70er- und Anfang der 80er-Jahre eine erste intensivere Auseinandersetzung mit dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts als Ganzes statt.¹ Wird von Wirtschaftsstrafrecht gesprochen, stellt sich zunächst die Frage, was unter dem **Begriff** zu verstehen ist. Es gibt kein Gesetz, in dem alle Wirtschaftsdelikte zusammengefasst wären, sondern sie verteilen sich vielmehr auf eine Vielzahl von Gesetzen. Eine allgemein anerkannte Definition, welche die verschiedenen Aspekte der Wirtschaftskriminalität in seiner gesamten Dimension umfassen würde, fehlt.
- 1.2** Zweck des Wirtschaftsstrafrechts ist die **Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität**. Kennzeichen der Wirtschaftskriminalität ist, dass das strafbare Verhalten im Zusammenhang mit einer kaufmännisch-wirtschaftlichen Tätigkeit gesetzt wird und dabei die wirtschaftliche Macht und das soziale Ansehen ausgenützt werden, um Schwächere zu schädigen.²
- 1.3** Nach dem auf *Sutherland*³ zurückgehenden „white collar“-Konzept bestimmt sich Wirtschaftskriminalität nach den agierenden Tätern. „**White collar crimes**“ umfassen demnach Straftaten, die von ehrbaren Personen mit hohem sozialem Ansehen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit begangen werden. Diese Definition, deren Begründung in *Sutherlands* Bestreben liegt, dass kriminelles Verhalten nicht nur von Personen aus der Unterschicht gesetzt wird, greift auf der einen Seite für das heutige Verständnis von Wirtschaftskriminalität jedenfalls zu kurz, da sie lediglich auf Führungskräfte im Wirtschaftsleben abstellt. Potentielle Wirtschaftsstraftäter finden sich jedoch in allen Bevölkerungsschichten. Wirtschaftskriminalität ist daher keinesfalls nur auf Manager und Vorstände beschränkt, sondern auch untergeordnete Mitarbeiter können Täter von Wirtschaftsdelikten sein. Auf der anderen Seite fällt nicht jede Straftat, die im Rahmen der beruflichen Tätigkeit begangen wird, in den Bereich der Wirtschaftskriminalität. Eine

1 *Schick*, ÖJZ 1975, 537; *Liebscher*, JBl 1979, 225; *Steininger*, ÖJZ 1982, 589; *Burgstaller*, JBl 1984, 577; *Fuchs* in FS *Steininger* 57.

2 *Schick*, ÖJZ 1975, 539.

3 *Sutherland*, White Collar Crime, pass.

Gleichstellung von „white collar crimes“ mit Wirtschaftsstrafrecht ist daher nicht zulässig.⁴

Teilweise wird für den Begriff der Wirtschaftskriminalität verlangt, dass über die Schädigung von Individualinteressen hinaus die gesamte Volkswirtschaft betroffen ist.⁵ Neben dem Schutz von Individualinteressen schützt das Wirtschaftsstrafrecht auch das gesamtwirtschaftliche Gefüge.⁶ Vielfach wird daher eine Besonderheit des Wirtschaftsstrafrechts darin gesehen, dass es in besonderer Weise dem Schutz überindividueller Rechtsgüter diene.⁷ Betrachtet man jedoch die Delikte, die üblicherweise dem Wirtschaftsstrafrecht zugeordnet werden, führen diese keineswegs immer zu einer Schädigung der gesamten Volkswirtschaft.⁸ Innerhalb der EU wäre eine Beschränkung auf die Schädigung der Nationalökonomie jedenfalls zu kurz gegriffen; man müsste darauf abstellen, ob die Binnenmarktwirtschaft betroffen ist.

Anhaltspunkte für eine inhaltliche Konkretisierung des Begriffs des Wirtschaftsstrafrechts (in Österreich) könnten aus der Zuständigkeitsregelung für die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA) in § 20a StPO gewonnen werden. Das Gesetz enthält einen Katalog von Straftaten, für welche die WKStA zuständig ist. Allerdings handelt es sich hierbei nicht um eine inhaltliche Umschreibung, sondern eine bloße Zuständigkeitsregel, die auch von prozesstechnischen Überlegungen geprägt ist und darüber hinaus den Tätigkeitsbereich der WKStA (teilweise) auf schwere Straftaten beschränkt (etwa auf einen Schaden von mehr als 5 Mio EUR). Der Begriff des Wirtschaftsstrafrechts ist somit jedenfalls weiter zu verstehen, das Ausmaß des deliktsspezifischen Schadens ist weniger relevant. Hingegen gehören Terrorismus und organisierte Kriminalität, für deren Verfolgung auch die WKStA zuständig ist, per se nicht zum Wirtschaftsstrafrecht, auch wenn es Berührungs punkte gibt.

Typischerweise wird heute für die Begriffsbestimmung auf rechtsdogmatische Aspekte Bezug genommen. Unter Wirtschaftskriminalität wird die Gesamtheit jener **Straftaten** verstanden, die im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit begangen werden und über eine individuelle Schädigung hinaus auch Belange der Allgemeinheit berühren.⁹ **Kriterien** sind ein wirtschaftlicher Bezug des mit Strafe bedrohten Verhaltens und eine Begehung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit. Teilweise wird auch ein Vertrauensmissbrauch als typisch angesehen.¹⁰

4 Dannecker/Bülte in Wabnitz/Janovsky/Schmitt, HB Wirtschafts- und Steuerstrafrecht⁵ Kap 1 Rz 6; Eder-Rieder, Wirtschaftsstrafrecht⁵ 29.

5 Liebscher, JBL 1979, 225.

6 In diesem Sinne Steininger, ÖJZ 1982, 589; Burgstaller, JBL 1984, 578.

7 Vgl Dannecker/Bülte in Wabnitz/Janovsky/Schmitt, HB Wirtschafts- und Steuerstrafrecht⁵ Kap 1 Rz 10.

8 Vgl zu dieser Problematik bei der Begriffsbestimmung Burgstaller, JBL 1984, 579.

9 Heinz in Gropp, Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht 17; Dannecker/Bülte in Wabnitz/Janovsky/Schmitt, HB Wirtschafts- und Steuerstrafrecht⁵ Kap 1 Rz 9.

10 Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Bd I, 50.

II. Regelungen des Allgemeinen Teils für das Wirtschaftsstrafrecht

- 1.6 Die Regelungen des Allgemeinen Teils des StGB finden grundsätzlich auch auf die Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts Anwendung. Dies gilt nicht nur für die Strafbestimmungen im StGB, sondern im Prinzip auch für jene in den strafrechtlichen Nebengesetzen, soweit diese nichts Anderes bestimmen (Art I Abs 1 StRAG). Für das Finanzstrafrecht geht der OGH jedoch in jüngerer Zeit davon aus, dass der Allgemeine Teil des StGB – abgesehen von Sonderregelungen wie § 23 Abs 2 FinStrG, der ausdrücklich auf Bestimmungen des StGB verweist – in Finanzstrafsachen nicht anzuwenden sei, da der Allgemeine Teil im FinStrG abschließend geregelt sei.¹¹

A. Objektiver und subjektiver Tatbestand

- 1.7 Jede strafbare Handlung besteht aus einer **äußerem** (= objektiven) und **innerem** (= subjektiven) **Tatseite**. Eine Strafbarkeit nach dem vollendeten Delikt setzt voraus, dass ein Tatbestand zur Gänze erfüllt ist, dh es müssen alle **objektiven und subjektiven** Tatbestandselemente vorliegen. Sind nicht alle objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt, handelt der Täter aber mit Vollendungsvorsatz, kann der Täter wegen des versuchten Delikts strafbar sein.¹²

1. Objektiver Tatbestand und Kausalität

a) Allgemeines

- 1.8 Die meisten objektiven Tatbestandsmerkmale werden in den Deliktstatbeständen des Besonderen Teils explizit angeführt. Darunter fallen die Person des Tatobjekts, die Tathandlung, das Tatobjekt sowie allfällige Tatmodalitäten. Eine Reihe von Straftatbeständen setzt darüber hinaus voraus, dass das Verhalten des Täters eine zumindest gedanklich abtrennbare Wirkung in der Außenwelt, einen Erfolg, nach sich zieht, wie bspw der Betrug (§ 146), die Untreue (§ 153) oder die Betrügerische Krida (§ 156).¹³ Bei diesen **Erfolgsdelikten** muss als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal stets ein **Kausalzusammenhang** zwischen Tathandlung und Erfolg vorliegen. Eine Handlung ist dann ursächlich für einen Erfolg, wenn sie nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele (**conditio sine qua non**-Formel).¹⁴ Mitursächlichkeit genügt, um die Kausalität zu bejahen. Fehlt es an einem Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg, kommt uU eine Strafbarkeit wegen Versuchs in Betracht.¹⁵

Beispiel

Der Bankangestellte erkennt, dass die vom Kreditwerber gemachten Angaben über seine Einkommenssituation unrichtig sind, und zahlt dennoch das Darlehen aus. Tatsächlich wird in der Folge das Darlehen nicht zurückgezahlt. Eine Bestrafung wegen vollendeten Betrugs scheidet

11 OGH 13 Os 16/08i, SSt 2008/22. Vgl Leitner/Brandl/Lehner in diesem Buch Rz 15.3.

12 Siehe Rz 1.13.

13 Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 9.6.

14 L/St/Stricker, StGB⁴ Vor § 1 Rz 19; OGH 12 Os 21/06i, SSt 2006/54; 13 Os 111/86, SSt 57/69 = JBl 1987, 191; 12 Os 110/84, SSt 55/86; 13 Os 150/83, JBl 1984, 326 mit Anm Fuchs; 12 Os 165/81, SSt 53/2; 12 Os 118/77, SSt 48/68.

15 Siehe Rz 1.13.

mangels Kausalität der Täuschung aus, da die Vermögensverfügung in Kenntnis des wahren Sachverhalts vorgenommen wurde, die Täuschung somit nicht ursächlich war.¹⁶ Der Kreditwerber ist allerdings wegen versuchten Betrugs strafbar.

Bei der Untreue wird die Kausalität zwischen Befugnismissbrauch und Vermögensschaden durch den Wortlaut der Bestimmung ausdrücklich gefordert („dadurch“). Mitursächlichkeit des Befugnismissbrauchs genügt auch hier. Daher ist der Befugnismissbrauch auch dann kausal, wenn andere Umstände – wie etwa eine mangelhafte Kontrolle des Machthabers – mitursächlich für den Eintritt des Schadens waren.¹⁷

Die Weite der Äquivalenztheorie erfordert – vor allem bei fahrlässigen, aber auch bei vorsätzlichen Erfolgsdelikten – eine Begrenzung der Haftung mittels einer normativen Verknüpfung zwischen Handlung und Erfolg. Diese wird im Wege der **objektiven (normativen) Zurechnung** des Erfolgs geprüft und umfasst drei Prüfungsschritte, nämlich Adäquanzzusammenhang, Risikozusammenhang und Risikoerhöhung gegenüber rechtmäßigem Alternativverhalten.¹⁸

b) Kausalitätsfragen bei Entscheidungen von Kollegialorganen

Kausalitätsfragen können sich gerade im Wirtschaftsstrafrecht auch dann stellen, wenn **mehrere Personen** das Gremium (etwa den Vorstand oder die Geschäftsführung) bilden, das für den Eintritt eines Schadens verantwortlich ist.

Beispiel

Ein aus mehreren Personen bestehender Vorstand beschließt, einen falschen Jahresabschluss der AG zu erstellen, damit die Gesellschaft ein Darlehen erhält. Es wird in der Folge entsprechend diesem Beschluss ein falscher Jahresabschluss erstellt und der Bank vorgelegt, um ein Darlehen auf betrügerische Weise zu erhalten.

Bei solchen Kollegialentscheidungen stellt sich die Frage, ob das einzelne Mitglied des entscheidungsbefugten Organs durch seine pflichtwidrige oder pflichtgemäße Stimmabgabe kausal für den Eintritt des Erfolges wird, da der Erfolg erst durch das Zusammenwirken mehrerer, die unabhängig voneinander abstimmen, herbeigeführt wird. Hierbei handelt es sich meist bloß um einen Zwischenerfolg, da die Beschlussfassung für sich genommen nur ausnahmsweise den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt. In der Regel wird die strafbare Handlung erst mit Durchführung des Beschlusses gesetzt.¹⁹

Für die Beurteilung ist zum einen zu unterscheiden, ob das einzelne Organmitglied pflichtwidrig oder pflichtgemäß abgestimmt hat, zum anderen, ob die Beschlussfassung nach dem Zustimmungs-, Einstimmigkeits- oder Mehrheitsprinzip erfolgte. Die Kausalität ist – mit Hilfe der **conditio sine qua non**-Formel – dann eindeutig zu bejahen, wenn die Ja-Stimme des einen Organmitglieds jene ist, mit der die Zustimmung aller Organ-

16 Kert, SbgK § 146 Rz 288.

17 Komenda, Vermögensnachteil 240.

18 Ausführlich dazu s Fuchs/Zerbes, AT I¹⁰ Kap 13 Rz 23 ff; Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 28.1 ff.

19 Ausführlich dazu Weinberger, Kollegialorgane 122 ff.

mitglieder, die Einstimmigkeit oder die erforderliche Mehrheit erreicht wird, da mit ihrem Entfall der Beschluss nicht zustande gekommen wäre.²⁰

1.11/2 Zu denken wäre auch daran, dass sich die Organmitglieder vorher absprechen und damit als **Mittäter** zusammenwirken. In diesem Fall wäre ihnen das Verhalten der anderen Beteiligten wechselseitig zurechenbar. Allerdings setzt dies voraus, dass bereits mit dem Beschluss eine strafbare Handlung begangen wird, was etwa dann in Betracht kommt, wenn der Beschluss unmittelbar zu einem Erfolgseintritt führt, etwa zu einer Körperverletzung einer Person aufgrund unterlassener Sicherheitsvorkehrungen.²¹

1.12 Weniger klar ist die Kausalität allerdings, wenn es sich um Abstimmungen nach dem Mehrheitsprinzip handelt, bei denen im konkreten Fall mehr als die zwingend notwendigen (pflichtwidrigen) Pro-Stimmen vorliegen. Denkt man sich hier die konkrete einzelne Stimme weg, entfällt der Erfolg nicht, weil trotzdem eine Mehrheit an Stimmen erreicht würde. Daher kommt man in diesem Fall nicht mit der *conditio sine qua non*-Formel zum Ziel, denn auch ohne die eine Stimme wäre die Tat ausgeführt worden. Daher führt das Hinwegdenken der Stimme des einzelnen nicht zum Entfall des Erfolges. In solchen Fällen ist die **Formel von der gesetzmäßigen Bedingung**²² heranzuziehen, wonach Kausalität dann vorliegt, wenn ein gesetzmäßiger Zusammenhang den Erfolg als Wirkung einer Handlung erklärt.²³

Beispiel

A, B, C, D und E sind Mitglieder eines fünfköpfigen Vorstandes einer AG. Wenn A, B und C für ein strafrechtswidriges Verhalten stimmen, D und E dagegen, führt die *conditio sine qua non*-Formel zum Ergebnis, dass das Stimmverhalten von A, B und C kausal war für das Zustandekommen des Beschlusses.

Stimmen aber A, B, C und D für das strafbare Verhalten, während E dagegen stimmt, ist die Stimme jedes Einzelnen von ihnen nicht zwingend notwendig für das Zustandekommen des Beschlusses, sofern eine Stimmenmehrheit zur Annahme des Beschlusses ausreicht. Nach der *conditio sine qua non*-Formel ist das Abstimmungsverhalten des mit Nein stimmenden E nicht kausal für die Begehung der Straftat. Bei Prüfung des Verhaltens von A, B, C und D kommt man bei der Prüfung mittels der *conditio sine qua non*-Formel jeweils zum Ergebnis, dass die Pro-Stimme für das strafbare Verhalten für sich genommen weggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Form entfiele. Prüft man beispielsweise die Kausalität von C's Stimmverhalten, kann davon ausgegangen werden, dass auch mit den Stimmen von A, B und D eine Mehrheit für das strafbare Verhalten vorgelegen wäre, sodass auch bei Wegdenken von C's Stimme der Erfolg eingetreten wäre. Geht man aber von der Lehre der gesetzmäßigen Bedingung aus, so ist bei einem Kausalverlauf, der zu einem Beschluss führt, von einem gesetzmäßigen Zusammenhang zwischen Zustimmung und Zustandekommen des Beschlusses auszugehen; und zwar unabhängig davon, ob einzelne Stimmen weggedacht werden können.²⁴

20 Weinberger, Kollegialorgane 122ff.

21 Diesen Ansatz eher ablehnend Weinberger, Kollegialorgane 143.

22 Fuchs/Zerbes, AT I¹⁰ Kap 13 Rz 4ff; Jescheck/Weigend, AT⁵ 281; Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 10.11; Roxin, AT Bd I⁴ § 11 Rz 15ff.

23 Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 10.11; Steininger in SbgK Vor § 2 Rz 35.

24 Instruktiv Weinberger, Kollegialorgane 146ff.

Entscheidet ein Kollegialorgan nach dem Mehrheitsprinzip, ist ein rechtswirksamer Beschluss auch dann möglich, wenn ein oder mehrere Mitglieder des Organs pflichtgemäß gegen den Antrag gestimmt haben. Wendet man die oben genannten Prinzipien auf diese Konstellation an, so ist die pflichtgemäße Stimmabgabe nicht kausal für den Eintritt des Erfolges. Auch wenn die Stimmabgabe nicht kausal ist, bedeutet dies aber nicht automatisch, dass ein Organmitglied, das sich der Stimme enthält oder dagegen stimmt, aber überstimmt wird, automatisch von jeder Strafbarkeit befreit ist. Es ist zu prüfen, ob das Organmitglied mit seiner Gegenstimme oder Stimmenthaltung ausreichend getan hat oder eine Pflicht besteht, weitergehende Schritte zur Verhinderung der Straftat zu setzen. Dazu s Rz 1.76 ff.

1.12/1

c) Nichterfüllung des objektiven Tatbestandes: Versuchsstrafbarkeit

Ist der objektive Tatbestand nicht zur Gänze erfüllt, kommt bei Vorsatzdelikten eine **Strafbarkeit wegen Versuchs** in Betracht. Nach § 15 StGB ist nämlich nicht nur das vollendete Delikt, sondern auch die versuchte Begehung eines Vorsatzdelikts strafbar. Das heißt, auch wenn nicht alle objektiven Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, etwa weil beim Betrug oder bei der Untreue kein Schaden eintritt, der Täter aber mit dem Vorsatz darauf handelt, das gesetzliche Tatbild zur Gänze zu erfüllen (voller Tatentschluss), kommt eine Strafbarkeit in Betracht.²⁵ Das versuchte Delikt ist dabei mit der gleichen Strafe wie das vollendete bedroht.

1.13

Beispiel

Täuscht A den Bankangestellten über sein Einkommen, um einen Kredit zu erhalten, und führt die Täuschung dazu, dass der Bankangestellte einen Kredit bewilligt und die Auszahlung veranlasst, tritt mit der Auszahlung des Darlehens ein Schaden ein und ist der Betrug vollendet. Bei entsprechendem Vorsatz ist A daher wegen vollendeten Betrugs (§ 146ff StGB) strafbar. Erkennt der Bankangestellte aber, dass A kein oder ein zu geringes Einkommen für die Gewährung eines Kredits in der gewünschten Höhe hat, und verweigert er deswegen die Gewährung des Darlehens, ist A zwar nicht wegen vollendeten, sehr wohl aber wegen versuchten Betrugs (§§ 15, 146ff StGB) strafbar, wenn er mit Täuschungs- und Schädigungsvorsatz sowie Bereicherungsvorsatz gehandelt hat.

Der Versuch ist bei allen Vorsatzdelikten strafbar. Ist der objektive Tatbestand bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht vollständig erfüllt, ist das Verhalten nach diesem Delikt nicht strafbar, allenfalls nach einem weniger schweren, sofern ein weniger schwerer Erfolg (zB Körperverletzung statt Tod) eingetreten ist.

1.13/1

2. Subjektiver Tatbestand

a) Bezugspunkte des Vorsatzes

Um den Tatbestand eines (Vorsatz-)Delikts zu erfüllen, muss nicht nur der objektive, sondern auch der subjektive Tatbestand erfüllt sein. Der **subjektive Tatbestand** ist die **Summe aller subjektiven Tatbestandsmerkmale eines Delikts**. Er stellt das Pendant zum objektiven Tatbestand (Tatbild) dar und erst durch seine Erfüllung wird das gesamte

25 Fuchs/Zerbes, AT I¹⁰ Kap 28 Rz 1f; Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 22.13.

Unrecht der Tat begründet.²⁶ Subjektive Tatbestandsmerkmale beziehen sich auf Umstände, die im seelischen Bereich des Täters liegen. Es geht somit um die innere Einstellung des Täters zur Tat.

- 1.15** Bei jedem Vorsatzdelikt muss der Täter mit **Tatbildvorsatz** handeln, der alle Merkmale des äußeren Tatbestandes umfasst. Sofern ein Tatbestand des Besonderen Teils zur inneren Tatseite nichts Spezielles ausführt, ist nur vorsätzliches Handeln strafbar (§ 7 Abs 1 StGB). Das ist bei den meisten Delikten der Fall, insb bei den für das Wirtschaftsstrafrecht relevanten Vermögensdelikten (mit Ausnahme von § 159 StGB) oder Korruptionsdelikten.
- 1.16** Bei einzelnen Delikten können über den Tatbildvorsatz hinaus besondere subjektive Tatbestandsmerkmale hinzukommen, die das Gesetz ausdrücklich nennt und mit denen ein bestimmtes Ziel, das der Täter mit der Begehung der Tat verfolgen muss, umschrieben wird (**erweiterter Vorsatz**). In diesem Fall geht der subjektive Tatbestand über den objektiven Tatbestand hinaus (Delikte mit überschießender Innentendenz), dh es muss ein Tatbestandselement nur subjektiv, nicht aber objektiv erfüllt sein.

Beispiele

Einen erweiterten Vorsatz auf unrechtmäßige Bereicherung verlangen die meisten Vermögensdelikte, etwa Diebstahl (§ 127), Veruntreuung (§ 133) oder Betrug (§ 146); nicht aber die Untreue (§ 153). Die unrechtmäßige Bereicherung ist kein objektives Tatbestandsmerkmal und muss daher bei diesen Delikten nicht tatsächlich eintreten, allerdings muss der Vorsatz des Täters darauf gerichtet sein. Die Urkundenfälschung verlangt bspw in § 223 Abs 1 StGB einen erweiterten Vorsatz, die gefälschte oder verfälschte Urkunde später im Rechtsverkehr zu gebrauchen.

- 1.17** Der Vorsatz muss sich bei **Deliktsqualifikationen** – anders als bei Erfolgsqualifikationen iSd § 7 Abs 2 StGB – auch auf die qualifizierenden Umstände erstrecken. Um Deliktsqualifikationen handelt es sich etwa bei den Schadens- und Wertqualifikationen der Vermögensdelikte, wie etwa § 133 Abs 2, § 147 Abs 2 und 3, § 153 Abs 3 StGB, oder auch den Handlungsqualifikationen nach § 128 Abs 1 Z 1–3 oder § 147 Abs 1 StGB.
- 1.18** Umstritten ist, ob sich im **Finanzstrafrecht** der Vorsatz auch auf den **strafbestimmenden Wertbetrag** und damit auf die Höhe der Abgabenverkürzung beziehen muss. Nach der Rsp des OGH muss der Vorsatz des Täters lediglich auf die Abgabenverkürzung (von mehr als Null) dem Grunde nach, nicht aber auf die Höhe des Verkürzungsbetrages gerichtet sein.²⁷ Für das Vorliegen einer (vorsätzlichen) Abgabenhinterziehung reicht es daher aus, dass sich der Vorsatz des Täters auf eine Abgabenverkürzung an sich bezieht. Es ist jedoch irrelevant, ob der Vorsatz lediglich auf einen oder mehrere Millionen Euro gerichtet ist. Mit der FinStrG-Nov 2010 hat der Gesetzgeber in § 33 Abs 5 insofern eine

26 Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 11.1.

27 Vgl OGH 10 Os 76/82, EvBl 1983/75; 10 Os 159/82, EvBl 1983/156; 12 Os 182/96; 13 Os 47/97, ÖStZB 1998, 31; 15 Os 32/06 d. Zu Recht kritisch dazu ua *Leitner*, Abgabenverkürzung auf Zeit – finanzstrafrechtliche Aspekte, in *Leitner*, Finanzstrafrecht 1996–2002 (2006) 269 (271); *Grabewarter*, Abgabenverkürzung auf Zeit – verfassungsrechtliche Aspekte, in *Leitner*, Finanzstrafrecht 1996–2002, 291; *Fuchs*, Subjektive Tatseite und Zuständigkeitsabgrenzung (Gericht – Verwaltungsbehörde) bei der Abgabenhinterziehung, in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2006 (2007) 195.

Klarstellung dahingehend getroffen, dass der strafbestimmende Wertbetrag nur jene Abgabenbeträge bzw. ungerechtfertigte Gutschriften umfasst, deren Verkürzung im Zusammenhang mit Detailunrichtigkeiten bewirkt wurde, auf die sich der Vorsatz des Täters bezieht. Ein Vorsatz auf die Höhe des Verkürzungsbetrags ist auch danach nicht erforderlich.²⁸

b) Stärkegrade des Vorsatzes

Vorsätzlich handelt, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht (§ 5 Abs 1 erster Halbsatz StGB, § 8 Abs 1 erster Halbsatz FinStrG). Der Vorsatz umfasst eine **Wissens-** und eine **Wollenskomponente**.

Im Hinblick auf die Intensität des Vorsatzes unterscheidet das Gesetz verschiedene Stärkegrade des Vorsatzes.

aa) Bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*)

Die Untergrenze des Vorsatzes bezeichnet der bedingte Vorsatz (***dolus eventualis***). Bedingt vorsätzlich handelt, wer es **ernstlich für möglich** hält, dass er einen Sachverhalt verwirklicht, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht, und **sich damit abfindet** (§ 5 Abs 1 2. Halbsatz StGB; § 8 Abs 1 2. Halbsatz FinStrG). Jenseits des bedingten Vorsatzes beginnt die (bewusste) **Fahrlässigkeit**. Die Definition des bedingten Vorsatzes erfordert eine restriktive Anwendung. Bewusste Gleichgültigkeit ist nicht ausreichend für die Annahme bedingten Vorsatzes. Bedingter Vorsatz liegt daher nur dann vor, wenn der Täter die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung als naheliegend und relativ groß ansieht und sie trotzdem hinzunehmen gewillt ist.²⁹ Die Wollenskomponente wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Tatbestandsverwirklichung an sich unerwünscht ist, sich der Täter aber mit ihr notgedrungen abfindet.³⁰

Aus § 7 Abs 1 iVm § 5 Abs 1 2. Halbsatz StGB ergibt sich, dass für Vorsatzdelikte grundsätzlich bedingter Vorsatz genügt. Auch derjenige, der den Eintritt eines Schadens ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, ist (bei Vorliegen der sonstigen Strafbarkeitsvoraussetzungen) wegen Betrugs oder Untreue zu bestrafen. Ausnahmen gelten nur insoweit, als das Gesetz **ausdrücklich Wissentlichkeit** oder **Absichtlichkeit** fordert.

Beispiel

Schädigungsvorsatz beim Kredit- und Anlagebetrug

Dass für den Betrug im Hinblick auf die Schädigung und Bereicherung bedingter Vorsatz genügt, erfordert insb im Zusammenhang mit dem Anlage- und Kreditbetrug, aber auch mit der Untreue, besonderes Augenmerk darauf, dass die Erfordernisse des § 5 Abs 1 StGB auch tatsächlich erfüllt sind.³¹ Bedingter Vorsatz heißt nämlich auch: Das bloße **Für-möglich-Halten reicht** nach dem Gesetzeswortlaut **nicht** aus. Der Täter muss es **ernstlich** für möglich halten, somit den möglichen Eintritt eines Schadens konkret erkennen und ernst nehmen. Darüber

28 Siehe dazu in diesem Buch *Leitner/Brandl/Lehner*, Rz 15.65.

29 OGH 13 Os 6/75, SSt 46/8 = JBl 1975, 384; vgl auch 15 Os 15/02, JBl 2003, 399; 12 Os 150/86, SSt 57/90; 11 Os 119/82, EvBl 1983/58; 13 Os 65/81, SSt 52/39; 13 Os 20/78, SSt 49/18.

30 *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 28.25.

31 Siehe dazu in diesem Buch *Hinterhofer*, Rz 3.79f.

hinaus muss er diesen Erfolg – über bloße Gleichgültigkeit im Sinne innerer Teilnahmslosigkeit – auch **willensmäßig hinnehmen**, dh sich damit **positiv abfinden**.³² Der Täter muss folglich die Schädigung nicht nur für naheliegend ansehen, sondern damit auch einverstanden sein.³³ Bloßes „Wissen-müssen“³⁴, Unbedachtheit oder Leichtsinn³⁵ reichen also nicht aus.

Auch im Urteil muss der für das Sich-Abfinden notwendige Willensentschluss entsprechend festgestellt und begründet werden.³⁶ Allgemeine Schlüsse aus den objektiven Tatbestandsmerkmalen auf den Schädigungsvorsatz sind daher nicht zulässig. Wer ein **Kreditgeschäft** abschließt, wird es vielfach für möglich halten, dass er das Darlehen nicht oder nicht immer rechtzeitig zurückzahlen kann. Allein daraus, dass der Beschuldigte die Rückzahlungsraten nicht geleistet hat, zu schließen, der Täter habe es ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden, einen Vermögensschaden herbeizuführen, würde die Bedeutung der subjektiven Komponente „Schädigungsvorsatz“ entwerten. Auch nach der Jud des OGH reicht die bloße Feststellung im Urteil, dass der Täter mit einem Schaden „rechnete“, nicht aus, da damit die Willenskomponente des bedingten Vorsatzes („sich damit abfinden“) nicht erfasst wird.³⁷ Das Gericht muss vielmehr feststellen, dass sich der Täter im Fall eines bedingten Vorsatzes dennoch zur Tat entschließt, weil er eine Vermögensschädigung hinzunehmen gewillt ist. Im Fall bewusster Fahrlässigkeit handelt er hingegen im Vertrauen darauf, den verpinkten Erfolg nicht herbeizuführen.³⁸ Auch ein Hinweis auf die **schlechte finanzielle Lage des Täuschenden**, ohne darzulegen, welche konkreten Vorstellungen der Täuschende über seine künftigen finanziellen Möglichkeiten hatte, genügt zur Begründung eines Schädigungsvorsatzes ebenso wenig wie die Feststellung, dass der Kreditnehmer „hätte wissen müssen“, dass er das Darlehen nicht rechtzeitig zurückzahlen kann. Wer sich jedoch der **Unausweichlichkeit des Schadenseintritts bewusst** ist, aber „auf einen guten Ausgang“ hofft (zB Lottogewinn), handelt vorsätzlich hinsichtlich der Schädigung.³⁹

bb) Wissentlichkeit

1.22 Wissentlichkeit umschreibt den mittleren Stärkegrad des Vorsatzes. Bei der Wissentlichkeit dominiert die **Wissenskomponente**. Wissentlich handelt, wer den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nicht bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiss hält (§ 5 Abs 3 StGB). Somit ist in Bezug auf bereits vorliegende Tatumstände **sicheres Wissen**, in Bezug auf künftige Umstände **subjektive Gewissheit** erforderlich.⁴⁰ Wissentlichkeit fordert das StGB idR nur bezüglich **einzelner Tatbestandsmerkmale**, etwa bei §§ 153, 191, 297 Abs 1, 298, 302 StGB.

Beispiel

Wer eine Untreue (§ 153 StGB) begeht, muss es für gewiss halten, dass er gegen die ihm eingräumte Befugnis verstößt, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten. Dass man dies bloß für möglich hält, ist nicht ausreichend. Für den Eintritt des Vermögensschadens reicht es hingegen aus, dass dieser eventualvorsätzlich herbeigeführt wird.

32 OGH 12 Os 150/86, St 57/90; 13 Os 29/75; 11 Os 45/76, St 47/27.

33 Kirchbacher/Sadoghi in WK² StGB § 146 Rz 115.

34 OGH 9 Os 10/78, ÖJZ-LSK 1978/142.

35 OGH 13 Os 103/75, St 46/70.

36 Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 28.25.

37 OGH 9 Os 114/86; 10 Os 44/81; 9 Os 10/78, ÖJZ-LSK 1978/142.

38 Siehe ua OGH 11 Os 133/78; 13 Os 172/77, EvBl 1978/80; 13 Os 6/75, St 46/8 = JBl 1975, 384.

39 Vgl dazu Kert, ZWF 2015, 73f.

40 Vgl Jescheck/Weigend, AT⁵ 298; Triffterer, AT² 9/27ff; L/St/Stricker, StGB⁴ § 5 Rz 10.

cc) Absichtlichkeit

Als intensivste Vorsatzform definiert das StGB die **Absichtlichkeit**. Absichtlich handelt, 1.23 wem es darauf ankommt, den Umstand oder Erfolg zu verwirklichen, für den das Gesetz absichtliches Handeln voraussetzt (§ 5 Abs 2 StGB). Hier dominiert die **Wollenskomponente**. Es ist daher gleichgültig, ob der Täter den Eintritt des bezeichneten Erfolges für sicher oder nur für möglich gehalten hat. Die Vorsatzform der Absichtlichkeit ist nur dann erforderlich, wenn dies vom Gesetz ausdrücklich verlangt wird.

Beispiel

Gewerbsmäßige Begehung

§ 70 StGB verlangt für die gewerbsmäßige Begehung, dass der Täter die Absicht hat, sich durch die wiederkehrende Begehung einer Tat längere Zeit hindurch ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen zu verschaffen. Bis zum StRÄG 2015 war die Absicht des Täters die einzige Voraussetzung für die Gewerbsmäßigkeit. Nunmehr verlangt das Gesetz neben der Absicht auch objektive Elemente.

c) Besonderheiten

Der Vorsatz muss immer zur **Zeit der Tat**, dh bei Vornahme der Tathandlung, vorliegen. 1.24 Weder **dolus subsequens** noch **dolus antecedens** genügen. Bei mehraktigen Delikten muss der Vorsatz bereits beim ersten Akt vorliegen, bei Dauerdelikten kann er erst später gefasst werden. Bei Erfolgsdelikten genügt es, dass der Vorsatz zum Zeitpunkt der Tathandlung, nicht zum Zeitpunkt des Erfolgseintritts vorliegt.

Für den Vorsatz ist es nicht erforderlich, dass der Täter einen bestimmten Umstand als gesetzliches Tatbestandsmerkmal erkennt bzw ihn strafrechtlich zutreffend wertet. Der Täter muss lediglich die Wertungen des Gesetzes nachvollziehen und die Tatbildelemente in ihrem sozialen Bedeutungsgehalt erfassen. Dazu ist keine juristisch korrekte Beurteilung notwendig, sondern es reicht für den Vorsatz aus, dass der Täter die (straf-)rechtliche Wertung zumindest in laienhafter Weise nachvollzieht. Es genügt eine **Parallelwertung in der Laiensphäre**.⁴¹

Beispiele

Wer falsche Rechnungen, die bloß computerschriftlich unterzeichnet sind, herstellt, handelt auch dann hinsichtlich der Urkundenfälschung vorsätzlich, wenn er irrigerweise annimmt, es handle sich bei den hergestellten Rechnungen nicht um Urkunden, weil diese keine handschriftliche Unterschrift aufweisen.⁴² Ebenso handelt hinsichtlich der Bestimmung zum Missbrauch der Amtsgewalt vorsätzlich, wer den Betreiber einer Werkstatt, welche zur Durchführung einer Kfz-Begutachtung nach § 57 a KFG befugt ist, dazu überredet, ihm das „Pickerl“ trotz Vorliegens schwerer Mängel zu geben, obwohl er nicht weiß, dass der Betreiber ein Beamter iSd § 74 Abs 1 Z 4 StGB ist.

Sicheres Wissen ist beim Täter häufig nicht vorhanden und auch nicht erforderlich. Be- 1.26 reits undeutliche und unreflektierte Vorstellungen genügen den Anforderungen an das

41 Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 11.11; Fuchs/Zerbes, AT I¹⁰ Kap 14 Rz 21 ff.

42 Niemeyer/Grube in Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht⁷ Rz 17.33.

Wissen. Lehre und Praxis unterscheiden **zwei Bewusstseinsformen** des Wissens: Das **Aktualwissen** und das **Begleitwissen (Mitbewusstsein)**.⁴³ Von **Aktualwissen** spricht man, wenn der Täter an die Verwirklichung des Tatbestandes oder eines bestimmten Tatbestandsmerkmals explizit gedacht hat. Das **Begleitwissen** umfasst solche Fälle, in denen dem Täter die Verwirklichung des Tatbestandes oder eines bestimmten Tatbestandsmerkmals entweder aus den Begleitumständen oder sonst latent bewusst war. Nach hM ist Begleitwissen hinsichtlich solcher Umstände ausreichend, die im Bewusstsein des Täters jederzeit so verhaftet sind, dass sie jedenfalls Inhalt seiner Willensbildung werden.⁴⁴

B. Fahrlässigkeit

- 1.27** Ist dem Täter eine vorsätzliche Handlung nicht nachzuweisen, so kommt eine **Strafbarkeit wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts** in Betracht, sofern das Gesetz die fahrlässige Begehung unter Strafe stellt und der Täter überhaupt fahrlässig gehandelt hat. Im Wirtschaftsstrafrecht gibt es nur wenige Fahrlässigkeitsdelikte: im StGB die grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 StGB), im FinStrG die grob fahrlässige Abgabenverkürzung (§ 34 FinStrG) und die grob fahrlässige Verkürzung von Eingangs- und Ausgangsabgaben (§ 36 FinStrG). Allerdings können auch fahrlässige Delikte gegen Leib und Leben (fahrlässige Tötung und Körperverletzung) oder fahrlässige Umweltdelikte im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit verwirklicht werden.
- 1.28** Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts ist, dass der Täter die „Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist, und deshalb nicht erkennt, dass er einen Sachverhalt verwirklichen könne, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht“ (§ 6 StGB). Es ist daher erforderlich, dass der Täter **objektiv sorgfaltswidrig** handelt und der **Erfolg objektiv voraussehbar** ist. Maßstab der einzuhaltenden Sorgfalt ist das Verhalten eines einsichtigen und besonnenen Menschen in der konkreten Situation des Täters. Es ist daher das Verhalten eines einsichtigen und besonnenen Geschäftsführers eines Transportunternehmens, Vorstands einer Bank, Poliers in einem Bauunternehmen, Lebensmittelhändlers oder Abteilungsleiters eines Industriebetriebes als Vergleichsmaßstab heranzuziehen. Für zahlreiche Bereiche des Wirtschaftsrechts existieren teils in Rechts-, teils in Verkehrsnormen verankerte **Sorgfaltregeln**, die den allgemeinen Sorgfaltmaßstab modifizieren und spezifizieren. So kommen etwa feuer-, bau- und gewerbepolizeiliche Vorschriften, Sicherheitsbestimmungen für Berg-, Stahl- oder Chemiewerke als Rechtsnormen oder ÖNORMEN und der Codex Alimentarius Austriacus als Verkehrsnormen in Betracht.⁴⁵ Die Einhaltung oder Verletzung solcher Verkehrsnormen ist als **Indiz für sorgfaltsgemäßes bzw sorgfaltswidriges Verhalten** anzusehen.⁴⁶

⁴³ Platzgummer, Bewusstseinsform 63; Reindl-Krauskopf in WK² StGB § 5 Rz 16 ff; L/St/Stricker, StGB⁴ § 5 Rz 3; Fabrizy, StGB¹³ § 5 Rz 3.

⁴⁴ Reindl-Krauskopf in WK² StGB § 5 Rz 17.

⁴⁵ Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 26.11.

⁴⁶ Kert in WiR Studiengesellschaft Wirtschaft und Recht, Privatisierung 36 ff.

Beispiele

Objektiv sorgfaltswidrig handelt ein Schichtmeister, der einen die Umwelt gefährdenden Defekt der Emissionsanlage nicht weitermeldet. Auch der Manager eines Unternehmens, das mit umweltgefährdenden Chemikalien agiert, handelt objektiv sorgfaltswidrig, wenn er keine entsprechenden Sicherheitsvorkehrungen trifft. Ebenso handelt ein Geschäftsführer objektiv sorgfaltswidrig, wenn er entgegen den arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften nicht für den vorgeschriebenen Arbeitnehmerschutz in einer Fabrik sorgt.

Gerade innerhalb eines komplexen Wirtschaftslebens ist es für den einzelnen oft nicht 1.29 einfach, alle ihn treffenden Sorgfaltspflichten (selbst) zu erfüllen. Um innerhalb einer arbeitsteiligen Wirtschaft ein Funktionieren der Abläufe zu gewährleisten, sind daher Begrenzungen der Sorgfaltspflichten erforderlich. Eine Begrenzung erfahren die Sorgfaltspflichten durch den **Vertrauensgrundsatz**. Positivrechtlich verankert ist der Vertrauensgrundsatz im Straßenverkehrsrecht (§ 3 StVO). Nach hM ist er – wenn auch mit Ausnahmen – immer dann anzuwenden, wenn bei gefahrträchtigen Handlungen mehrere in Form der Arbeitsteilung zusammenwirken.⁴⁷ Nach Ansicht *Burgstallers*⁴⁸ sollte Richtlinie für die weitere Ausdehnung des Vertrauensgrundsatzes sein, dass „der Vertrauensgrundsatz überall dort anzuwenden ist, wo die Erreichung eines sozial erwünschten und vom Recht als wertvoll anerkannten Zustandes möglich erscheint, wenn man den Handelnden von der generellen Einkalkulierung fremden Fehlverhaltens freistellt“. Grundsätzlich kann daher bei arbeitsteiligem Zusammenwirken mehrerer Personen innerhalb eines Unternehmens darauf vertraut werden, dass sich alle anderen im Unternehmen tätigen Personen ebenfalls sorgfaltsgemäß verhalten. Unter dieser Annahme werden die an ein bestimmtes Verhalten zu stellenden Sorgfaltsanforderungen dementsprechend beschränkt. Ein Vertrauen auf die Vorschriftsmäßigkeit des Verhaltens des anderen ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn „die Vorschriftswidrigkeit des Verhaltens bereits eindeutig erkennbar ist“.⁴⁹

Der Vertrauensgrundsatz gilt grundsätzlich auch **innerhalb von Kollegialorganen** eines 1.30 Unternehmens, findet seine Grenzen aber darin, dass sich die Mitglieder eines Kollegialorgans nicht blind darauf verlassen dürfen, dass die anderen Mitglieder sorgfaltsgemäß handeln.⁵⁰ In **hierarchisch organisierten Strukturen** ist der Vertrauensgrundsatz insofern beschränkt, als sich auf den Vertrauensgrundsatz nur derjenige berufen kann, der seinen Auswahl-, Überwachungs- und Begleitpflichten nachkommt, insb auch die erforderlichen klaren Anweisungen erteilt.⁵¹ Organisationsmängel innerhalb eines Unternehmens schließen die Berufung auf den Vertrauensgrundsatz aus.

Der Vertrauensgrundsatz gilt auch zwischen mehreren Gliedern einer Produktions- und 1.31 Vertriebskette.

47 Vgl dazu *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt 63f; *Kuhlen*, Fragen 129.

48 *Burgstaller/Schütz* in WK² StGB § 6 Rz 54; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt 63.

49 *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt 60.

50 Siehe dazu Rz 1.76ff.

51 *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 26.20.

Beispiele

Nach hM gilt der Vertrauensgrundsatz grundsätzlich auch im Lebensmittelrecht.⁵² Lebensmittelproduzenten und -händler müssen nicht mit einem Verstoß gegen das Lebensmittelrecht durch denjenigen rechnen, der in der Lieferkette vor ihnen gereiht ist (zB Lieferanten, Zwischenhändler). Ein Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsschäden und Täuschung ist auch möglich, wenn der Handelnde grundsätzlich davon ausgeht, dass es sich um nicht zu beanstandende Ware handelt, die er geliefert bekommt. Die Rechtsgüter Gesundheit und Verbraucherschutz erfordern es aber, dass trotz des Vertrauens auf den Vormann gewisse Kontrollpflichten des Verantwortlichen bestehen bleiben, da sich ein Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften bei einem – in der lebensmittelrechtlichen Kette an sich unbeteiligten – Dritten, nämlich dem Verbraucher, schädlich auswirkt.⁵³ Die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes bedeutet daher nicht, dass sich der Händler blind darauf verlassen darf, dass die ihm gelieferte Ware frei von Beanstandungsgründen ist.⁵⁴ Es genügt aber in der Regel, die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Vorschriften stichprobenartig bei Lieferung der Waren zu überprüfen.⁵⁵ Eine Berufung auf den Vertrauensgrundsatz ist ausgeschlossen, wenn ein konkreter Anlass zu Bedenken gegen die einwandfreie Beschaffenheit der bezogenen Ware besteht,⁵⁶ etwa beim erstmaligen Bezug vom Hersteller oder Händler, bei wiederholtem Grund zur Beanstandung oder auffallend niedrigem Preis.

Der Vertrauensgrundsatz gilt auch zwischen Steuerberater und Steuerpflichtigem.⁵⁷ Der Grundsatz des Vertrauens in die vollständige und richtige Sachverhaltsinformation ist auch in § 77 Abs 6 WTBG verankert, wonach der Steuerberater berechtigt ist, die ihm erteilten Auskünfte und übergebenen Unterlagen des Auftraggebers, insb Zahlenangaben, als richtig und vollständig anzusehen. Um eine effiziente Abwicklung der Beratertätigkeit zu ermöglichen, darf der Berater grundsätzlich auf die Richtigkeit der ihm übergebenen Informationen vertrauen. Dem Vertrauen sind allerdings auch hier Grenzen gesetzt: Der Vertrauensgrundsatz gilt insoweit nicht, als sich der steuerliche Vertreter ausdrücklich zur Überprüfung der Angaben verpflichtet hat – was in der Praxis nur ausnahmsweise der Fall sein wird – sowie dann, wenn die erhaltenen Informationen offensichtliche oder erhebliche Unrichtigkeiten aufweisen. In letzterem Fall trifft den Steuerberater die Pflicht zur Rückfrage und Klärung.⁵⁸

- 1.32** Auf Ebene der Schuld müssen beim Fahrlässigkeitsdelikt zusätzlich zu den allgemeinen Schuldelementen spezielle Elemente der **Fahrlässigkeitsschuld** vorliegen. Dazu gehören die subjektive Sorgfaltswidrigkeit, die subjektive Voraussehbarkeit des Erfolgs und die Zumutbarkeit sorgfaltsgemäßen Verhaltens. Insbesondere ist zu prüfen, ob der Täter die notwendigen Fähigkeiten und Kenntnisse hatte, um in der konkreten Situation zum Zeitpunkt der Handlung die objektiv gebotene Sorgfalt einzuhalten (**subjektive Sorgfaltswidrigkeit**).⁵⁹ Der Täter muss somit in der konkreten Situation in der Lage gewesen sein, objektiv sorgfaltsgemäß zu handeln.

52 Vgl OGH 9 Os 59/84, St 55/24; Sammer, Sorgfaltspflichten 146f und 156f; Brinkmann, Vertrauensgrundsatz 50.

53 Vgl Sammer, Sorgfaltspflichten 156.

54 OGH 9 Os 59/84, St 55/24.

55 Ausführlich dazu Kert, Lebensmittelstrafrecht 333 ff.

56 OGH 9 Os 59/84, St 55/24.

57 Leitner, Finanzstrafrecht 2014, 141; Leitner/Brandl/Kert, HB Finanzstrafrecht⁴ Rz 502.

58 Leitner/Brandl/Kert, Handbuch Finanzstrafrecht⁴ Rz 504 und 269f; Kert, ZWF 2018, 309 f.

59 Burgstaller/Schütz in WK² StGB § 6 Rz 108 ff; Fuchs/Zerbes, AT I¹⁰ Kap 26 Rz 2; Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 25.23.

Hatte der Täter zum Zeitpunkt der Handlung nicht die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse, ist zu fragen, ob ihm ein Vorwurf gemacht werden kann, die (gefährliche) Tätigkeit überhaupt übernommen zu haben, von der er erkennen konnte, dass er für sie nicht die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten hat (**Übernahms- oder Einlassungsfahrlässigkeit**).⁶⁰ Zum Zeitpunkt der Übernahme der Tätigkeit müssen die objektiven und subjektiven Voraussetzungen vorliegen.⁶¹

1.33

Beispiele

Ein Unternehmer, der einen Installateursbetrieb führt, hat keinerlei Kenntnisse in Buchhaltung. Dennoch führt er selbstständig seine Bücher. Diese sind daher unvollständig und nicht ordnungsgemäß geführt und ermöglichen keinen zeitnahen Überblick über die wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens. Als das Unternehmen zahlungsunfähig ist, beruft sich der Unternehmer darauf, dass er keine Buchhaltungskenntnisse besitzt und daher nicht in der Lage war, objektiv sorgfaltsgemäß zu handeln. Dies kann ihm daher nicht zum Vorwurf gemacht werden. Jedoch ist es objektiv sorgfaltswidrig, dass er sich auf die Führung der Bücher überhaupt eingelassen hat, ohne fachkundige Hilfe durch einen Buchhalter einzuholen. Er wäre auch in der Lage gewesen, seine fehlenden Kenntnisse zu erkennen. Daher handelte er zum Zeitpunkt der Übernahme subjektiv sorgfaltswidrig. Somit ist bei Vorliegen der sonstigen Strafbarkeitsvoraussetzungen aufgrund der Übernahmsfahrlässigkeit eine Bestrafung nach § 159 StGB möglich.

Entsprechendes gilt hinsichtlich der Erfüllung der abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- und Wahrheitspflicht, welche für das Finanzstrafrecht von Bedeutung ist. Fehlendes steuerrechtliches Wissen befreit nicht von der Strafbarkeit wegen grob fahrlässiger Abgabenverkürzung (§ 34 FinStrG), da dem Steuerpflichtigen zum Vorwurf gemacht werden kann, dass er keine fachkundige Beratung eingeholt hat.⁶²

Wie beim Vorsatzdelikt müssen auch beim Fahrlässigkeitsdelikt alle Strafbarkeitsvoraussetzungen bei jedem einzelnen Täter vorliegen. Somit ist nur strafbar, wer in eigener Person objektiv und subjektiv sorgfaltswidrig handelt und wem ein sorgfaltsgemäßes Verhalten auch zumutbar ist.

1.34

C. Wirtschaftlicher Notstand

Der **Schuldgrundsatz**, welcher zu den tragenden Prinzipien des österreichischen Strafrechts gehört, verlangt, dass die Schuld des Täters Grund und auch Grenze jeder Strafe ist (§ 4 StGB).⁶³ Strafbarkeit setzt daher voraus, dass dem Täter die rechtswidrige Tat persönlich vorgeworfen werden kann.⁶⁴ Im Wirtschaftsstrafrecht wäre auf Schuldebene an eine Entschuldigung durch (**entschuldigenden**) „**wirtschaftlichen Notstand**“ zu denken. Vorausgesetzt ist eine Notstandssituation nach § 10 StGB, die in einem unmittelbar drohenden bedeutenden Nachteil für Individualrechtsgüter des Notstandstäters oder eines Dritten besteht.⁶⁵ Die Notstandshandlung muss das einzige und mildeste Mittel sein. Es darf nicht unverhältnismäßig sein, der Täter darf sich nicht ohne einen anerkannten

1.35

60 Fuchs/Zerbes, AT I¹⁰ Kap 26 Rz 7; Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 26.26.

61 Fuchs/Zerbes, AT I¹⁰ Kap 26 Rz 7; Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 26.27.

62 Siehe in diesem Buch Leitner, Rz 15.76.

63 Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 16.1 ff.

64 Fuchs/Zerbes, AT I¹⁰ Kap 21 Rz 1 ff.

65 Fuchs/Zerbes, AT I¹⁰ Kap 24 Rz 9 f; Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 21.7.

Grund bewusst der Gefahr ausgesetzt haben und von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen darf kein anderes Verhalten zu erwarten gewesen sein.⁶⁶ Ob und inwieweit vermögensrechtliche Nachteile eine Notstandssituation begründen und damit ein wirtschaftlicher Notstand entschuldigend wirken kann, ist aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.⁶⁷

Beispiel

Das Bauunternehmen Z steht vor dem Konkurs. Um einen großen Bauauftrag einer Gemeinde zu erhalten, der den wirtschaftlichen Weiterbestand des Unternehmens sichern würde, wendet der Geschäftsführer dem für die Vergabe zuständigen Bürgermeister der Gemeinde einen Vorteil zu.

1.36 Die Rsp stellt hohe Anforderungen an die **Unmittelbarkeit** und **Bedeutsamkeit des wirtschaftlichen Nachteils**. Sie anerkennt den wirtschaftlichen Notstand grundsätzlich weder als Rechtfertigungs- noch als Entschuldigungsgrund. So hat der OGH eine Notstandssituation verneint für die Gefahr eines entgangenen Gewinns, eines drohenden Umsatzverlustes von 2%, für den drohenden Entgang eines Großauftrags⁶⁸ und für den Schutz vieler Arbeitsplätze⁶⁹. Der drohende wirtschaftliche Ruin eines Unternehmens entschuldigt nach der Rsp daher idR nicht die Begehung einer Abgabenhinterziehung oder eines Betrugs mit dem Ziel, dadurch das Unternehmen zu retten.⁷⁰ Nach in der Lit vertretener Ansicht kann hingegen die Gefahr bedeutsamer Gewinneinbußen uU eine Notstandssituation begründen. Die Notwendigkeit einer Betriebseinschränkung, die Arbeitsplätze einzusparen zwingt, und eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Situation des Betroffenen über längere Zeit darstellt, kann demnach einen Notstand für Unternehmer begründen.⁷¹ Entgegen der restriktiven Handhabung durch die Rsp ist die Annahme eines wirtschaftlichen Notstands bei Vorliegen einer existenzbedrohenden wirtschaftlichen Situation nicht gänzlich auszuschließen. Es ist aber im Einzelfall streng zu prüfen, ob der Schaden aus der Tat nicht unverhältnismäßig schwerer wiegt, der Täter sich der Gefahr ohne einen von der Rechtsordnung anerkannten Grund bewusst ausgesetzt hat und ob von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen ein anderes Verhalten zu erwarten war.⁷²

D. Irrtum

1.37 Wirtschaftsstrafrechtliche Tatbestände beziehen sich vielfach auf komplizierte Sachverhalte oder Rechtsnormen. In einer derart komplexen Materie sind Irrtümer der wirtschaftlich Agierenden nicht selten, zumal oftmals juristische Laien mit komplizierten rechtlichen Vorschriften konfrontiert sind. Für die rechtliche Beurteilung ist der Bezugspunkt des Irrtums entscheidend. Da die verschiedenen Irrtumsarten mit unterschiedli-

66 Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 21.17 ff; Fuchs/Zerbes, AT I¹⁰ Kap 24 Rz 11 ff.

67 Pallin, ÖJZ 1982, 344; L/St/Koller/Schütz, StGB³ § 10 Rz 9.

68 OGH 12 Os 121/82, StGB § 54/42.

69 OGH 12 Os 107/01.

70 OGH 13 Os 210/83, EvBl 1984/142.

71 Höpfel in WK² StGB § 10 Rz 6.

72 Zu den Anforderungen an die Notstandshandlung Fuchs/Zerbes, AT I¹⁰ Kap 24 Rz 12 ff; Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 21.17 ff.

chen Rechtsfolgen verbunden sind, ist stets zu untersuchen, worüber der Täter irrt. Bezieht sich der Irrtum auf die tatsächliche Seite der Tat und verhüllt er dem Täter den Sachverhalt, handelt es sich um einen **Tatbildirrtum**. Der Täter erkennt dabei nicht, dass er einen Sachverhalt verwirklicht, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht. Weiß der Täter hingegen, was er tut, ist ihm aber verborgen, dass seine Tat verboten und damit strafbar ist, ist ihm das Unrecht verhüllt und unterliegt er einem **Verbotsirrtum**.

Beispiele

Erkennt A nicht, dass es sich bei dem an sich genommenen Tablet nicht um sein eigenes, sondern jenes des Y handelt, unterliegt er einem Tatbildirrtum. Daher handelt es sich auch um einen Tatbildirrtum, wenn der Täter darüber irrt, dass die Sache im Miteigentum eines anderen steht.⁷³ Ebenso bleibt dem Täter der Sachverhalt verhüllt, wenn er nicht erkennt, dass es sich um einen Beamten im strafrechtlichen Sinn handelt, den er verletzt. Hingegen handelt es sich um einen Verbotsirrtum, wenn der Täter zwar den Sachverhalt einer Zahlung an einen Devisen-Ausländer, nicht aber die Existenz devisenrechtlicher Verfügungsbeschränkungen erkennt.⁷⁴

1. Tatbildirrtum

Der Täter muss – wie oben ausgeführt – Vorsatz auf alle äußereren Tatbestandselemente haben. Er irrt beim Tatbildirrtum daher über einen Umstand, der zum objektiven Tatbestand des Delikts gehört. Das StGB enthält keine ausdrückliche Definition des Tatbildirrtums. Sie ergibt sich aber aus der Vorsatzdefinition des § 5 Abs 1 1. Halbsatz. Der Tatbildirrtum ist die Kehrseite des Vorsatzes. Ein Tatbildirrtum liegt bereits vor, wenn der Täter über ein einziges von mehreren Tatbildelementen irrt.

1.38

a) Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale

Schwierigkeiten bereitet insb der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale. Wenn der Täter entweder die dem normativen Begriff zugrundeliegenden tatsächlichen Umstände nicht wahrgenommen oder ihren sozialen und rechtlichen Bedeutungsgehalt nicht erkannt hat, handelt es sich um einen Tatbildirrtum.⁷⁵ Im Hinblick auf die normativen Tatbestandsmerkmale ist es erforderlich, dass der Täter in laienhafter Parallelwertung die rechtliche Wertung nachvollzieht. Erkennt der Täter nicht in zumindest laienhafter Weise die soziale Bedeutung der normativen Tatbestandsmerkmale, handelt es sich nicht um einen Verbotsirrtum nach § 9 StGB, sondern um einen Tatbildirrtum.⁷⁶

1.39

Beispiel

Wer nicht erkennt, dass eine gelieferte Ware bis zur Bezahlung unter Eigentumsvorbehalt steht und damit noch im Eigentum des Verkäufers steht, irrt darüber, dass die Sache fremd ist. Beschädigt oder zerstört er die Sache, ist er aufgrund eines Tatbildirrtums nicht nach § 125 StGB strafbar.⁷⁷

73 OGH 15 Os 88/89.

74 Vgl OGH 9 Os 142/82, RdW 1984/327.

75 OGH 13 Os 5/08x, EvBl 2008/99; 12 Os 119/05z, StGB 2006/20 = RZ 2007/3; 12 Os 111/94, EvBl 1995/16; *Platzgummer*, StP I 35; *L/St/Huber*, StGB³ § 7 Rz 6ff; *Fuchs/Zerbes*, AT I¹⁰ Kap 14 Rz 45f; *Schick*, ZStW 1998, 485.

76 *Reindl-Krauskopf* in WK² StGB § 5 Rz 50.

77 *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 12.4.

b) Irrtum über Blankettvorschriften

- 1.40** In wirtschaftsstrafrechtlichen Tatbeständen finden sich häufig **Blankettvorschriften**. Dabei verweist eine Strafnorm zur Beschreibung des strafbaren Verhaltens ganz oder teilweise auf andere Vorschriften innerhalb desselben Gesetzes oder in anderen (zB verwaltungsrechtlichen) Gesetzen.⁷⁸ Die vollständige Beschreibung des strafbaren Verhaltens ergibt sich hier erst aus einer Zusammenschau von **verweisender** und **ausfüllender Norm**.
- 1.41** Besonders häufig sind Blankettstrafnormen im Finanzstrafgesetz, das hinsichtlich der abgabenrechtlichen Pflichten auf die spezifischen Steuergesetze verweist, aber etwa auch § 57 WeinG, § 168 GaswirtschaftsG, § 80 AußWG 2011 enthalten Blankettstrafnormen. Teilweise verweisen Blankettstrafnormen auch auf EU-Verordnungen, um eine Verfolgung von Verstößen gegen diese zu sanktionieren.⁷⁹ Die Umweltdelikte (§§ 180ff StGB) verlangen (mit Ausnahme von § 182 Abs 1 StGB) ein Handeln „entgegen einer Rechtsvorschrift oder einem behördlichen Auftrag“.
- 1.42** Irrtümer über Blankettstrafnormen sind nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen.⁸⁰ Nach hM gehören zum Tatbestand auch die Merkmale der blankettausfüllenden Norm. Kennt daher der Täter die Existenz der blankettausfüllenden Norm nicht, so liegt ein Verbotsirrtum vor, der nach § 9 StGB zu beurteilen ist. Irrt der Täter hingegen über ein Tatbestandsmerkmal der Ausfüllungsnorm, handelt es sich um einen Tatbildirrtum.⁸¹

c) Rechtsfolgen des Tatbildirrtums

- 1.43** Liegt ein Tatbildirrtum vor, entfällt der Vorsatz. Daher führt das Vorliegen eines Tatbildirrtums stets zum **Entfall der Strafbarkeit wegen der vorsätzlichen Tat**. Allerdings bleibt eine **Bestrafung wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts** möglich. Voraussetzung dafür ist, dass es ein entsprechendes Fahrlässigkeitsdelikt überhaupt gibt und dass der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht (doppelt bedingte Fahrlässigkeitshaftung). Da die meisten Wirtschaftsdelikte Vorsatzdelikte sind, führt hier die Annahme eines Tatbildirrtums häufig zur Straflosigkeit.

2. Verbotsirrtum

- 1.44** Ein Verbotsirrtum nach § 9 Abs 1 StGB schließt im Gegensatz zum Tatbildirrtum die **Schuld** aus. Der Täter handelt zwar vorsätzlich, es **fehlt** ihm aber das notwendige **Unrechtsbewusstsein**.⁸² Nicht schulhaft handelt demnach, wer das Unrecht der Tat wegen eines Rechtsirrtums nicht erkennt, wenn ihm dieser Irrtum nicht vorzuwerfen ist. Selbst wenn der Handelnde nicht erkennt, dass sein Handeln verboten und daher Unrecht ist, wird er in der Regel strafbar sein, weil ihm der **Irrtum vorzuwerfen** ist. Entscheidend für die Entschuldigung ist somit, ob der Irrtum vorwerfbar ist. Ein Rechtsirrtum ist dem

78 Zu Blankettvorschriften im Detail *Reindl-Krauskopf* in WK² StGB § 5 Rz 51.

79 Vgl dazu *Kert*, Lebensmittelstrafrecht 442ff mit Hinweisen auf die straf- und verfassungsrechtliche Problematik solcher Verweisungen auf Verordnungen der EU.

80 *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT I¹⁶ Rz 12.23; *Moos* in *Leitner*, Finanzstrafrecht 1997, 127; *Jescheck/Weigend*, AT⁵ 309; *Schick*, ZStW 1998, 485ff.

81 *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT I¹⁶ Rz 18.14f.

82 *Fuchs/Zerbes*, AT I¹⁰ Kap 23 Rz 17; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 26.26.

Täter dann vorzuwerfen, wenn das Unrecht für den Täter wie für jedermann leicht erkennbar war oder wenn sich der Täter mit den einschlägigen Vorschriften nicht bekannt gemacht hat, obwohl er seinem Beruf, seiner Beschäftigung oder sonst den Umständen nach dazu verpflichtet gewesen wäre (§ 9 Abs 2 StGB). Es ist zwar im Rahmen der wirtschaftlichen und unternehmerischen Tätigkeit durchaus denkbar, dass das Unrecht der Tat nicht für jedermann leicht erkennbar ist – man denke etwa an steuer- oder wirtschaftsrechtliche Vorschriften –, allerdings trifft den Wirtschaftstreibenden aufgrund seiner Tätigkeit die Pflicht, sich mit den einschlägigen Rechtsvorschriften vertraut zu machen. Übernimmt daher jemand eine wirtschaftliche Tätigkeit, muss er sich mit den seine Tätigkeit betreffenden Vorschriften bekannt machen. Er hat sich mit den für seine wirtschaftliche Tätigkeit wesentlichen Rechtsvorschriften ebenso bekannt zu machen wie mit allgemeinen wirtschaftlichen, buchhalterischen, steuerlichen oder sozialversicherungsrechtlichen Regelungen. Eine Entschuldigung aufgrund eines Verbotsirrtums wird daher aufgrund dieser Erkundigungspflichten für eine in einem Unternehmen mit bestimmten Tätigkeiten betraute Person selten vorliegen. Fehlt ihm selbst nämlich dieses Wissen, so hat er entsprechende Fachleute zu Rate zu ziehen.

Verlangt das Gesetz **Wissentlichkeit**, wie etwa für das befugnismissbräuchliche Handeln in §§ 153 und 302 StGB, so schließt nach stRsp jeder **Rechtsirrtum** nach § 9 StGB die Wissentlichkeit aus. In diesem Fall ist nicht § 9 StGB anzuwenden und kommt es daher nicht auf die Vorwerfbarkeit eines solchen Irrtums an. Es handelt sich somit selbst dann nicht um einen wissentlichen Befugnismissbrauch nach § 302 StGB, wenn die Überzeugung eines Beamten, sich noch innerhalb seiner gesetzlichen Befugnisse zu bewegen, auf einer abwegigen Rechtsmeinung oder einem vorwerfbaren Irrtum beruht.⁸³

Beispiel

Der Bürgermeister einer Gemeinde, gleichzeitig Baubehörde erster Instanz, erteilt in einem Bauverfahren eine Baubewilligung, weil er fälschlich der Ansicht ist, dass die Zustimmung der Eigentümerin der angrenzenden Liegenschaft nicht erforderlich ist. In diesem Fall kommt es nicht auf die Vorwerfbarkeit des Irrtums an, denn Voraussetzung für die Strafbarkeit nach § 302 StGB ist, dass der Täter sowohl in Kenntnis des Erfordernisses als auch des Fehlens der Zustimmung des Grundnachbarn handelte. Fehlt diese Kenntnis, mangelt es bereits an der subjektiven Tatseite, sodass die Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums irrelevant ist.

3. Die Irrtumsregelung im Finanzstrafrecht

In anderer Weise als im StGB ist der **Rechtsirrtum im Finanzstrafrecht** geregelt. § 9 FinStrG unterscheidet hinsichtlich der Rechtsfolgen nicht zwischen Tatbild- und Verbotsirrtum.⁸⁴ Für den Tatbildirrtum gilt das Gleiche wie im StGB: Fehlt der Vorsatz auf ein Tatbestandsmerkmal, schließt dies die Strafbarkeit wegen des Vorsatzdelikts aus.⁸⁵ Nach § 9 FinStrG **entfällt** aber auch bei einem **Rechtsirrtum** wie bei einem Tatbildirrtum der **Tatvorsatz** und damit eine Strafbarkeit nach dem Vorsatzdelikt. Bei der

83 OGH 17 Os 16/14b; RIS-Justiz RS0088879, RS0088829, RS0088880.

84 Ähnlich auch die Regelung in § 5 Abs 2 VStG.

85 Lässig in WK² FinStrG § 9 Rz 1.

Begehung eines vorsätzlichen Finanzvergehens wird also auch bei Vorliegen eines Verbotssirrums – unabhängig von der Entschuldbarkeit des Irrtums – der bestehende Vorsatz nicht zugerechnet. Unterlieft dem Täter ein **entschuldbarer Irrtum**, entfällt die Strafbarkeit zur Gänze. Bei **Unentschuldbarkeit des Irrtums** ist dem Täter grobe Fahrlässigkeit (bis 31. 12. 2015: Fahrlässigkeit) zuzurechnen.⁸⁶ Grobe Fahrlässigkeit wird dem Täter auch dann nicht zugerechnet, wenn ihm bei der Tat eine entschuldbare Fehlleistung unterlieft. Für die Entschuldbarkeit des Irrtums wird von der Rsp auf die Legaldefinition der Vorwerfbarkeit in § 9 Abs 2 StGB zurückgegriffen.⁸⁷ Die Vermeidbarkeit des Rechtsirrums ergibt sich bei Finanzvergehen häufig aus einer unterlassenen Einholung fachkundiger Informationen, zu der der Abgabepflichtige verpflichtet ist.⁸⁸

- 1.47** **Entschuldbar** ist ein Irrtum auch, wenn er einer **vertretbaren Rechtsansicht** entspringt.⁸⁹ Eine solche liegt vor, wenn der Steuerpflichtige oder sein Berater die materielle oder formelle Norm des Abgaben- oder Zollrechts anders auslegt als die Finanzverwaltung oder die höchstrichterliche Rsp und diese abweichende Rechtsansicht aufgrund des Wortlautes der entsprechenden Bestimmung nicht gänzlich unvertretbar ist, wenn sich also die Rechtsansicht bei Anwendung aller gängigen Auslegungsmethoden nicht als gänzlich unvernünftig erweist.⁹⁰ Teilweise wird angenommen, dass ein Abgabepflichtiger dann nicht entschuldet sein soll, wenn seine Abgabenerklärung zwar auf einer vertretbaren Rechtsansicht basiert, ihm aber die gegenteilige Rechtsauffassung der Abgabenbehörde erster Instanz bekannt sei.⁹¹ Dies ist allerdings rechtlich nicht zutreffend. Das Wissen um eine abweichende Rechtsauffassung der Behörde schließt noch nicht aus, dass die Ansicht des Abgabepflichtigen, der eine kompetente Rechtsauskunft eingeholt hat, eine vertretbare Gegenposition ist.⁹² Maßstab für die Vertretbarkeit der Rechtsauffassung ist nicht die Rechtsauffassung der Behörde 1. Instanz, sondern die höchstgerichtliche Rechtsprechung und herrschende Lehre. Solange die Ansicht auf einer fachkundigen Rechtsauskunft beruht und ein Spielraum der Vertretbarkeit besteht, ist ein Fahrlässigkeitsvorwurf ausgeschlossen.⁹³

E. Der Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue

- 1.47/1** Das StGB sieht für eine Reihe von Delikten vor, dass der Täter durch tätige Reue straffrei werden kann, vgl. etwa §§ 167, 226, 240, 241 d, 243, 291, 294 StGB. Die praktisch bedeutsamste Regelung ist jene des § 167 StGB. Zweck dieser Regelung ist es, dem Opfer eines Vermögensdelikts zu rascher **Schadensgutmachung** zu verhelfen.⁹⁴ Die **Opferinteressen** werden damit bewusst vor das Interesse an der Strafverfolgung gestellt.⁹⁵ Das österrei-

86 Zur Änderung durch das Steuerreformgesetz 2015/2016 *Rebisant*, ZWF 2016, 72.

87 RIS-Justiz RS0086197, RS0086205, RS0086206, RS0086818.

88 *Leitner/Brandl/Kert*, Finanzstrafrecht⁴ Rz 561.

89 *Lässig* in WK² FinStrG § 9 Rz 2; *Tannert*, FinStrG § 9 Anm 4.

90 *Leitner/Brandl/Kert*, Finanzstrafrecht⁴ Rz 569 ff.

91 *Wagner/Hammerl*, RdW 2003/146, 170; *Wagner/Hammerl*, RdW 2003/587, 671 unter Bezugnahme auf VwGH 19. 12. 2001, 2001/13/0064.

92 *Lässig* in WK² FinStrG § 9 Rz 2; *Leitner/Brandl/Kert*, Finanzstrafrecht⁴ Rz 576 ff.

93 *Leitner*, ecolex 2002, 916; *Leitner*, ecolex 2003, 617.

94 *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 23.25.

95 *Birkbauer/Lehmkuhl/Tipold*, BT⁵ Vor §§ 125–168 d Rz 22.

chische Strafrecht bietet damit dem Täter im Hinblick auf eine rasche Gutmachung des dem Opfer aus einer Straftat entstandenen Schadens eine besonders weitgehende Möglichkeit, straffrei zu werden, auch wenn das Delikt bereits vollendet wurde.⁹⁶

Eine Strafaufhebung durch tätige Reue ist nur bei einem vollendeten Delikt möglich; im **1.47/2** Versuchsstadium kommt bloß Rücktritt vom Versuch in Betracht.

Strafbefreiung nach § 167 StGB tritt unter folgenden Voraussetzungen ein:

- **Reuefähiges Delikt:** Erfasst werden die meisten Vermögensdelikte, bei denen weder Gewalt noch gefährliche Drohung als Tatmittel eingesetzt werden; und zwar auch dann, wenn eine oder mehrere Qualifikationen erfüllt sind.
- **Schadensgutmachung:** Der Täter muss entweder den **gesamten** aus der Tat entstandenen **Schaden** gutmachen (Abs 2 Z 1) oder sich zumindest vertraglich dazu verpflichten, dem Verletzten binnen einer bestimmten Zeit eine Schadensgutmachung zu leisten (Abs 2 Z 2). Unter Schadensgutmachung ist grundsätzlich Naturalrestitution zu verstehen. Wenn eine solche nicht möglich ist – und nur dann –, hat der Täter Schadenersatz zu leisten. Der Ersatz des positiven Schadens genügt, Folgeschäden müssen nicht ersetzt werden.⁹⁷
- **Rechtzeitigkeit:** Der Täter muss tätig werden, bevor die Strafverfolgungsbehörde von seinem Verschulden erfahren hat. An der Rechtzeitigkeit fehlt es, wenn der Strafverfolgungsbehörde konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass die konkrete Person die Straftat begangen hat.⁹⁸
- **Freiwilligkeit:** Der Täter darf nicht zur Schadensgutmachung gezwungen werden. Allerdings unterscheidet sich die Freiwilligkeit der tätigen Reue von jener des Rücktritts vom Versuch. Im Gegensatz dazu schadet es nicht, wenn der Täter „**auf Andringen des Verletzten**“ tätig wird. Die Drohung mit einer Anzeige oder einer Klage durch das Opfer schließt daher die Freiwilligkeit im Sinne des § 167 StGB nicht aus. Gezwungen ist der Täter, wenn er sich einem solchen Druck ausgesetzt fühlt, dass eine Schadensgutmachung unvermeidbar erscheint.⁹⁹

F. Beteiligung mehrerer

1. Grundlagen der Beteiligungslehre

Nicht nur derjenige, der selbst eine Tat unmittelbar ausführt, kann sich strafbar machen. Vielmehr ist auch Täter, wer den Ausführenden zur Ausführung der strafbaren Handlung bestimmt oder in sonstiger Weise dazu beträgt (§ 12 StGB, § 11 FinStrG). Das österr StGB und das FinStrG folgen damit dem **Einheitstätersystem**. Alle Beteiligten sind Täter und verantworten ausschließlich eigenes Unrecht und eigene Schuld.

96 Höpfel in *Eser ua*, Neue Wege 171; *Burgstaller* in FS Platzgummer 97.

97 Kirchbacher in WK² StGB § 167 Rz 51ff; ausnahmsweise aber für den Ersatz entgangener Zinsen OGH SS 32/33.

98 Kirchbacher in WK² StGB § 167 Rz 35; *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold*, BT⁵ Vor §§ 125–168 d Rz 31.

99 Kirchbacher in WK² StGB § 167 Rz 45; *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold*, BT⁵ Vor §§ 125–168 d Rz 32.

Anders ausgedrückt: Als Täter kann nur bestraft werden, wer sämtliche allgemeinen und besonderen Unrechts- und Schuldmerkmale in seiner eigenen Person verwirklicht. Aber er kann auch dann bestraft werden, wenn der unmittelbare Täter oder andere Beteiligte nicht strafbar sind, weil sie zB keinen Vorsatz hatten. Die Strafbarkeit des Beteiligten ist daher weitgehend unabhängig von jener eines „Haupttäters“ (keine qualitative Akzessorietät).

- 1.49** Niemand wird für das strafbare Verhalten eines anderen bestraft. Setzt daher ein anderer Entscheidungsträger oder ein anderer Mitarbeiter des Unternehmens ein strafrechtlich relevantes Verhalten, wird dessen Verhalten nicht automatisch dem Entscheidungsträger zugerechnet. Ein Täter (Entscheidungsträger oder Mitarbeiter) wird nur für solche Straftaten strafrechtlich verantwortlich gemacht, bezüglich welcher er selbst rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat (§ 13 StGB).

2. Täterschaftsformen

- 1.50** StGB und FinStrG unterscheiden zwischen **unmittelbarem Täter**, **Bestimmungstäter** und **Beitragstäter**. Für alle Täter und somit für sämtliche Täterschaftsformen gelten dieselben Strafdrohungen; Unterschiede können sich allerdings in der Strafzumessung ergeben (vgl bspw den Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 6 StGB).

- 1.51** **Unmittelbare Mittäter** sind solche Personen, welche die tatbestandliche, dh dem Wortlauttatbestand entsprechende und vom gemeinsamen Vorsatz getragene Ausführungshandlung ganz oder zumindest teilweise selbst vornehmen. **Bestimmungstäter** iSd § 12 2. Fall ist, wer vorsätzlich einen anderen zur Ausführung einer strafbaren Handlung veranlasst. Nicht erforderlich ist, dass im unmittelbaren Täter Vorsatz erweckt wird. **Beitragstäter** iSd § 12 3. Fall ist, wer in sonstiger Weise vorsätzlich oder fahrlässig zur Ausführung einer strafbaren Handlung beiträgt.

3. Deliktsspezifischer Vorsatz bei jedem Beteiligten

- 1.52** Jeder Tatbeteiligte muss selbst alle Strafbarkeitsvoraussetzungen erfüllen. Der Grundsatz, dass jeder nach seinem eigenen Unrecht und seiner eigenen Schuld bestraft wird, bedeutet auch, dass er selbst alle subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt. Wesentlich für die Strafbarkeit des Beteiligten ist, dass **jeder Beteiligte** den **spezifischen vollständigen Vorsatz** auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale und darüber hinaus auch die spezifischen Vorsatzerfordernisse des Besonderen Teils (erweiterter Vorsatz, besondere Vorsatzintensität) erfüllt.

- 1.53** Nach einem Vorsatzdelikt kann nur bestraft werden, wer selbst – auch hinsichtlich der Herbeiführung eines Erfolges – vorsätzlich gehandelt hat. Begeht daher ein Mitarbeiter eines Unternehmens zB einen Betrug, kann der Entscheidungsträger, dem dieser Mitarbeiter unterstellt ist, nur dann (wegen Betrugs) bestraft werden, wenn er selbst vorsätzlich handelt und die Tat – durch einen physischen oder psychischen Beitrag – vorsätzlich unterstützt oder dazu bestimmt. Dafür genügt es allerdings, dass er die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes zumindest ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet (Eventualvorsatz, § 5 Abs 1 zweiter Halbsatz StGB).

Praxistipp**Deliktsspezifischer Vorsatz**

Der Beteiligte muss immer auch die spezifischen subjektiven Voraussetzungen jedes Straftatbestandes erfüllen. So muss der Bestimmungs- oder Beitragstäter zur Untreue auch vom Missbrauch der Befugnis des Machthabers wissen.¹⁰⁰

4. Sozialadäquanz und berufs(rollen)gemäßes Verhalten

Fraglich ist, inwiefern „sozialadäquate“ oder „neutrale“ oder „berufstypische“ Handlungen auch zu einer Strafbarkeit wegen Beitragstätterschaft führen können oder ob es bezüglich solcher Handlungen zu Einschränkungen kommt. Grundsätzlich kennt das StGB keine prinzipielle Beschränkung der Beitragstätterschaft auf bestimmte Mittel; auch sozialadäquates Verhalten kann zu einer Strafbarkeit wegen Beitragstätterschaft führen.¹⁰¹

In vielen Fällen ist das Verhalten jedoch trotzdem nicht strafbar. Denn die wesentliche Frage wird häufig sein, wann es sich überhaupt um eine sozialadäquate Handlung handelt. An eine Strafbarkeit ist nur dann zu denken, wenn der Beitragstäter auch hinreichend genaue Tatplankenntnis hatte, das heißt, dass er **Vorsatz** auf die entsprechenden **Tatbestandsmerkmale** hatte. Vorsätzliche Verhaltensweisen sind meist nicht mehr sozialadäquat. Weiß der Steuerberater etwa, dass nicht alle Einkünfte in die Abgabenerklärung aufgenommen werden, wird er auch strafrechtlich verantwortlich sein.

Der OGH hat sich mit der **Sozialadäquanz von Mitwirkungshandlungen** in einer Grundsatzentscheidung¹⁰² auseinandergesetzt: Wenn der Tatbeitrag das Risiko der Tatbildung verwirklichung durch den unmittelbaren Täter in rechtlich missbilliger Weise – mit hin einer unerlaubten Gefahr – schafft oder erhöht, ist die Beitragshandlung dem Beitragstäter objektiv zurechenbar. Die soziale Verträglichkeit (Sozialadäquanz) des Verhaltens des Beitragstatters ist nach dem Schutzzweck der anzuwendenden Norm in einem richterlichen Wertungsakt des Einzelfalles zu beurteilen. Dabei zu prüfende Kriterien stellen insb die Wichtigkeit des geschützten Rechtsgutes sowie die spezifische Bedeutung (zB aktionsmäßiger Zusammenhang, Ersetzbarkeit, Bestärkungspotential) des Beitrags für die Verwirklichung des tatbestandlichen Unrechts dar.

Beispiele

Unternehmer A beantragt eine Betriebsgenehmigung, obwohl er weiß, dass die erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Der zuständige Beamte B hat ihm zuvor zugesichert, dass er die behördliche Genehmigung trotz Fehlens der erforderlichen Voraussetzungen erhalten wird. Für die Erledigung eines Antrags und Erteilung einer behördlichen Bewilligung ist primär der zuständige Beamte, nicht aber der Antragsteller selbst verantwortlich. Die Antragstellung selbst ist daher noch nicht sozial inadäquat und stellt noch keine strafbare Beteiligung am Amtsmissbrauch dar. Das gilt selbst dann, wenn der Antragsteller weiß, dass sein Antrag amtsmissbräuchlich genehmigt werden wird, und er auf die amtsmissbräuchliche Geneh-

100 Vgl OGH 10 Os 76/85, St 57/45 = RZ 1987/4 mit Anm *Kienapfel*; 14 Os 143/09 z.

101 OGH 11 Os 130/05k, SSt 2006/54; 12 Os 43/03, SSt 2003/83 = JBl 2004, 804; 14 Os 150/88, SSt 60/13; vgl *Jescheck/Weigend*, AT⁵ 695.

102 OGH 11 Os 130/05k, SSt 2006/54.

migung abzielt. Eine strafbare Beteiligung liegt allerdings dann vor, wenn es nicht bei der bloßen Antragstellung bleibt, sondern der Antragsteller weitere (sozial inadäquate) Verhaltensweisen setzt, etwa indem er den Beamten zur missbräuchlichen Genehmigung überredet oder ihm einen Vorteil in Aussicht stellt.¹⁰³

C schließt mit dem Installationsunternehmer D einen Werkvertrag ab. C weiß, dass D das Geschäft dem Fiskus verheimlichen wird. Dennoch beteiligt sich C allein aufgrund dieses Wissens nicht an der Abgabenhinterziehung des D. Denn der Abschluss des Geschäftes stellt ein sozial-adäquates Verhalten dar. Es fehlt in diesem Fall der aktionsmäßige Zusammenhang mit der Abgabenhinterziehung, denn der Abschluss des Geschäfts dient ausschließlich der Erzielung von Einkünften, unterstützt aber nicht deren Verschleierung. Anderes gilt, wenn der Kunde C dem D vorschlägt, dass er keine Rechnung brauche, und er sich dafür einen Preisnachlass erwartet.¹⁰⁴

Der Steuerberater S schlägt seinem Mandanten M mehrere steuerlich günstige Gestaltungen vor. Gestaltungshinweise stellen ein berufstypisches Verhalten eines Steuerberaters dar. Allerdings handelt es sich nur so lange um ein sozial adäquates Verhalten, solange es nicht zur Verschleierung der Bemessungsgrundlage oder zum Rechtsmissbrauch beiträgt. Läuft die Beratung aber darauf hinaus, wie steuerpflichtige Einkünfte verheimlicht werden können, handelt es sich nicht mehr um ein sozial adäquates Verhalten und macht sich der Berater strafbar. Ebenso wenig ist es sozial adäquat, wenn der Steuerberater im Wissen um die Unvollständigkeit der vom Mandanten bekanntgegebenen Einkünfte die Abgabenerklärung erstellt.¹⁰⁵

5. Beteiligung am Sonderdelikt

a) Allgemeines

- 1.57** Die meisten Delikte können von jedermann begangen werden (Allgemeindelikte). Bei einigen Delikten verlangt das Gesetz **beim Täter** aber eine **bestimmte Subjektqualität (Sonderdelikte)**: Nicht jeder kann eine solche Tat begehen, sondern nur derjenige, der diese besonderen gesetzlich festgelegten Eigenschaften aufweist. So kann zB nur ein Beamter einen Amtsmissbrauch begehen, nur ein Befugnisträger eine Untreue, nur ein Zeuge eine falsche Zeugenaussage. Dieser **qualifizierte Täter** ist der sog **Intraneus**.
- 1.58** Allerdings schließt diese Beschränkung des Tatbestandes auf bestimmte Personen nicht aus, dass sich andere Personen, die die besonderen Subjekteigenschaften selbst nicht aufweisen (sog **Extranei**), an solchen Sonderdelikten beteiligen. Gem § 14 StGB können sich **extrane Beteiligte** an den unrechtsgeprägten Sonderdelikten beteiligen, bei schuldgeprägten Sonderdelikten ist dies hingegen ausgeschlossen.
- 1.59** § 14 StGB unterteilt die Sonderdelikte in solche, bei denen die besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse das Unrecht betreffen (§ 14 Abs 1 StGB), und solche, bei denen sich solche Umstände „ausschließlich auf die Schuld“ beziehen (§ 14 Abs 2 StGB). An schuldgeprägten Sonderdelikten ist eine Beteiligung nicht möglich, bei ihnen müssen bei jedem Beteiligten die besonderen Eigenschaften und Verhältnisse persönlich vorliegen. Letztere spielen aber für das Wirtschaftsstrafrecht praktisch keine Rolle.

103 Siehe das Beispiel bei *Schmoller* in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2008, 31.

104 *Leitner/Brandl/Kert*, Finanzstrafrecht⁴ Rz 478 und 481.

105 *Kert*, ZWF 2018, 311.

Beispiele

Das **Anvertrautsein** bei § 133 StGB ist ein **besonderes persönliches Unrechtsmerkmal** und macht die Veruntreuung zum Sonderdelikt; ebenso kann § 153 StGB nur von einem Machthaber oder § 302 nur von einem Beamten begangen werden. Da es sich bei all diesen Delikten um unrechtsgeprägte Sonderdelikte handelt, können sich aber Extranei daran beteiligen, indem sie etwa einen Beitrag zur Veruntreuung leisten oder den Machthaber zur Begehung der Untreue bestimmen.

b) Sonderpflichtdelikte

Eine spezielle Gruppe von Sonderdelikten sind die sog. **Sonderpflichtdelikte**, für die § 14 **1.60** Abs 1 Satz 2 Fall 2 StGB eine besondere Regelung enthält. Dabei handelt es sich um Sonderdelikte, die auf der objektiven Unrechtsebene durch den Missbrauch einer besonderen Pflichtenstellung gekennzeichnet sind und insoweit ein bestimmtes (objektiv) pflichtwidriges Verhalten des Pflichtigen (Intraneus) voraussetzen.¹⁰⁶ Damit sind alle Tatbestände gemeint, in denen der Qualifizierte **mit einer bestimmten inneren Einstellung**, also mit einer bestimmten Vorsatzform, handeln muss. Zu dieser Gruppe gehören alle „Vertrauensbruchsdelikte“ wie etwa die Untreue (§ 153 StGB) und der Missbrauch der Amtsgewalt (§ 302 StGB), die „Aussagedelikte“ (§§ 288f StGB) sowie die betrügerische Krida (§ 156 StGB).

Das Gesetz verlangt für solche Sonderpflichtdelikte, dass der Qualifizierte (= der Befugnisträger) seine Befugnis **nicht nur objektiv pflichtwidrig** ausübt, sondern „**in bestimmter Weise**“ **mitwirkt**: Die Rsp verlangt daher für die Strafbarkeit eines Extraneus, dass der Machthaber (= Intraneus) bei der Untreue durch internes Überschreiten der ihm eingeräumten Vertretungsmacht seine Befugnis **vorsätzlich** „missbraucht“.¹⁰⁷ Dies ist die Grundvoraussetzung dafür, einen extranen Beteiligten wegen Untreue oder Amtsmissbrauchs gem §§ 12, 14 Abs 1 Satz 1 iVm Satz 2 2. Fall, 153 bzw 302 StGB zu bestrafen. Das beiden Delikten innewohnende Unrecht enthält danach neben der objektiven auch eine **subjektive Komponente**: **Missbrauch** ist demnach sowohl sprachlich als auch von seinem materiellen Gehalt **vorsätzlicher Fehlgebrauch der Befugnis**.¹⁰⁸ Dieser auf den Missbrauch bezogene Vorsatz ist vom allgemeinen wie von dem durch §§ 153, 302 StGB spezifizierten Vorsatzerfordernis (Wissentlichkeit hinsichtlich des Befugnismissbrauchs) losgelöst. Während für eine Beteiligung normalerweise der Vorsatz des unmittelbaren Täters irrelevant ist, erfordert bei den **Sonderpflichtdelikten** die Strafbarkeit extraner Beteiligter zusätzlich in der Person des Intraneus den **zumindest bedingt vorsätzlichen Befugnismissbrauch**. Nicht relevant ist hingegen für das Unrecht der Tat und damit für die Strafbarkeit des extranen Beteiligten, ob der Intraneus mit Schädigungsvorsatz handelt.

106 Kienapfel/Höpfel/Kert, AT I¹⁶ Rz 37.32.

107 OGH 15 Os 131/87, St 58/74; 15 Os 34/89, JBl 1990, 331; 15 Os 16/02, JBl 2003, 330 mit krit Ann Sautner.

108 Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 37.34; Nowakowski, Perspektiven 176; aA Fuchs/Zerbes, AT I¹⁰ Kap 35 Rz 24; Reindl-Krauskopf in WK² StGB § 5 Rz 78.

Beispiel

A ist Wertpapierreferent bei der X-Bank und hat die Befugnis, durch Ein- und Verkäufe von Wertpapieren (und Derivaten) über fremdes Vermögen zu verfügen und einen anderen (die X-Bank) zu verpflichten. B überredet den A, dass dieser ohne vorherige Hinterlegung von Sicherheiten hochriskante Terminspekulationen tätigt, ohne zuvor und laufend für die Bereitstellung der zur Geschäftsabwicklung zwingend vorgeschriebenen Sicherheiten durch B zu sorgen. Dadurch erleidet die X-Bank einen Schaden von Euro 2 Mio. Damit B wegen (vollendet) Bestimmungstäterschaft bestraft werden kann, ist es notwendig, dass A seine Befugnis zumindest bedingt vorsätzlich missbraucht.

Praxistipp

Welcher Vorsatz muss bei B als extranem Beteiligten gegeben sein? Diese Frage ist streng von der Frage des Vorsatzes des Intraneus zu trennen. Der extrane Beteiligte muss vom (vorsätzlichen) Befugnismisbrauch durch den Pflichtigen wissen. Auch er muss also das besondere subjektive Tatbestandsmerkmal der Wissentlichkeit erfüllen, um strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden zu können. Darüber hinaus muss er (zumindest) mit Eventualvorsatz hinsichtlich des restlichen objektiven Tatbestandes handeln.¹⁰⁹

G. Strafbarkeit der Begehung durch Unterlassen

1. Allgemeine Voraussetzungen

- 1.62** Eine Strafbarkeit kann **nicht nur durch aktives Tun**, sondern auch durch **Unterlassen begründet** werden. Voraussetzung dafür ist das Bestehen einer Handlungspflicht und das Nicht-Setzen der gebotenen Handlung. Unterlassen bedeutet nicht bloßes Nichts-Tun, sondern dass jemand nicht tut, wozu er verpflichtet ist. Daher handelt es sich auch um ein Unterlassen, wenn jemand eine **andere** Tätigkeit als die gebotene vornimmt, auch wenn er sich dabei bewegt.
- 1.63** Es wird zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten unterschieden: **Echte Unterlassungsdelikte** sind solche, bei denen das Gesetz **die Nichtvornahme des gebotenen Tuns** mit Strafe bedroht (§§ 94, 95, 286 StGB). Echte Unterlassungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht finden sich etwa in § 163a Abs 2 StGB (Nichterstattung eines Sonderberichts) oder in § 33 FinStrG (Abgabenhinterziehung).
- 1.64** Auch alle Delikte, bei denen das Gesetz die Herbeiführung eines Erfolges mit Strafe bedroht, können durch Nichtvornahme eines gebotenen Tuns, also durch Unterlassen begangen werden (**unechte Unterlassungsdelikte**). Die Strafbarkeit unechter Unterlassungsdelikte ist in § 2 StGB geregelt. Im FinStrG fehlt eine entsprechende Regelung, dennoch ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des § 2 StGB auch für unechte Unterlassungsdelikte im Finanzstrafrecht gelten.¹¹⁰
- 1.65** Das Tatbild eines Unterlassungsdelikts ist hergestellt, wenn
- eine pflichtbegründende Situation vorliegt,
 - das gebotene Tun unterlassen wird,

¹⁰⁹ Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 37.38.

¹¹⁰ Vgl zur Strafbarkeit des Unterlassens im Finanzstrafrecht Leitner/Brandl/Kert, HB Finanzstrafrecht⁴ Rz 408. Schmoller, ÖJZ 2011, 399 ff; Kert, JBI 2011, 58 ff.

- obwohl die objektive Möglichkeit zu handeln besteht, und
- bei Erfolgsdelikten darüber hinaus der Erfolg eintritt und er dem Unterlassen objektiv zurechenbar ist.

Bei unechten Unterlassungsdelikten müssen noch eine **Garantenstellung** des Täters und eine **Gleichwertigkeit** von Tun und Unterlassen vorliegen.

2. Garantenstellung

Unmittelbarer Täter eines unechten Unterlassungsdelikts kann **nicht jedermann**, sondern nur eine Person sein, die aufgrund ihrer qualifizierten Pflichtenstellung Garant für die Abwendung des Erfolges ist. **Garant** ist, wer rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt. Eine solche Pflicht kann sich aus einer Rechtsvorschrift, aus freiwilliger Pflichtenübernahme, Gefahrengemeinschaft oder gefahrbegründendem Vorverhalten (= Ingerenz) ergeben.¹¹¹

Bei juristischen Personen trifft die Garantenstellung nicht die juristische Person (AG, 1.67 GmbH, Verein etc) selbst, sondern die einzelnen Organmitglieder ad personam.¹¹² Um die fehlende Handlungsfähigkeit der Gesellschaft auszugleichen, kommt es somit zu einer „Individualisierung der Garantenpflicht“,¹¹³ weshalb in diesem Fall der Geschäftsführer oder das Vorstandsmitglied die Verantwortung für die Abwendung der Vermögensschädigung der Vertragspartner der Gesellschaft zu tragen hat.

a) Garantenstellung durch Rechtsvorschriften

Die Garantenstellung aufgrund von Rechtsvorschriften kann sich ua aus Vorschriften des ABGB, des Arbeitnehmerschutzes, des Baurechts, des Gewerberechts sowie aus behördlichen Anordnungen (bspw Auflagen) ergeben. In Betracht kommen auch Amts- und Dienstpflichten von Beamten.¹¹⁴ Nicht jede Rechtsvorschrift begründet bereits eine Garantenstellung iSd § 2 StGB. Entscheidend ist der Schutzzweck der jeweiligen Norm.¹¹⁵ Nur solche Rechtsvorschriften begründen eine Garantenstellung, die Obhutspflichten für bestimmte Rechtsgüter oder Kontrollpflichten zur Überwachung bestimmter Gefahrenquellen begründen (bspw § 1320 ABGB).

Beispiele

Gem § 50 Arbeitslosenversicherungsgesetz ist der Bezieher von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung verpflichtet, die Aufnahme einer Tätigkeit sowie jede andere für das Fortbestehen und das Ausmaß des Anspruches maßgebende Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitslosen der zuständigen regionalen Geschäftsstelle anzuzeigen.

§ 99 WTBG 2017 verpflichtet Wirtschaftstreuhandier dazu, zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung geeignete Maßnahmen zu treffen. Sie haben dazu angemessene

111 Ausführlich zu den Entstehungsgründen *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 30.6ff; *Fuchs/Zerbes*, AT I¹⁰ Kap 37 Rz 41ff. Strittig ist, inwiefern auch eine enge natürliche Verbundenheit eine Garantenstellung begründen kann; vgl *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 31.12f.

112 OGH 12 Os 121/82, StSt 54/42; 11 Os 172/01; *Hilf* in WK² StGB § 2 Rz 123; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 31.5.

113 *Hilf* in WK² StGB § 2 Rz 123.

114 OGH 16 Os 19/92, JBl 1994, 487; 11 Os 47/92, NRsp 1992/267; 15 Os 3/90, EvBl 1990/107.

115 *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 30.11.

und geeignete Strategien und Verfahren für die Einhaltung der Sorgfaltspflichten gegenüber Auftraggebern, Verdachtsmeldungen, die Aufbewahrung von Aufzeichnungen, die Risikobewertung und das Risikomanagement in Bezug auf Geschäftsbeziehungen und Transaktionen und geeignete Kontroll- und Informationssysteme in ihren Kanzleien einzuführen. Berufsbe rechtigte haben einen besonderen Beaufragten zur Sicherstellung der Einhaltung der Geldwäschebestimmungen zu bestellen, wenn dies nach Art und Umfang der Geschäftstätigkeit erforderlich ist.¹¹⁶

b) Garantenpflicht kraft freiwilliger und tatsächlicher Pflichtenübernahme

- 1.69 Durch freiwillige Pflichtenübernahme wird Garant, wer eine **Pflicht freiwillig übernommen** und sie auch **tatsächlich angetreten** hat. Oft wird diese Pflichtenübernahme mittels eines Vertrages erfolgen, das Vorliegen eines formalen Vertrages ist jedoch nicht entscheidend.¹¹⁷ Jedenfalls wird die Garantenstellung aber nicht durch den bloßen Abschluss des Vertrages begründet, sondern erst durch die Übernahme der Tätigkeit.
- 1.70 Eine Garantenstellung kann sich auch aus einer freiwilligen (vor-)vertraglichen Pflichtenübernahme ergeben, wenn damit „jenes rechtliche Nahe- oder besser Vertrauensverhältnis, das für die Garantenpflicht so charakteristisch ist“,¹¹⁸ einhergeht.¹¹⁹ Entscheidend ist ein besonderes Vertrauensverhältnis. Aus einer langjährigen Geschäftsbeziehung, durch die ein Vertrauensverhältnis zu Geschäftspartnern geschaffen wurde, kann sich etwa eine Pflicht zur Aufklärung über wesentlich geänderte Umstände ergeben.¹²⁰ Aber nicht jeder Vertrag begründet bereits eine Garantenstellung, da sonst jede Vertragsverletzung bereits eine Strafbarkeit (wegen Betruges) auslösen könnte.¹²¹
- 1.71 Die Übernahme von Überwachungs- und Schutzpflichten kann auch durch Dienstvertrag erfolgen. Der bloße Vertragsabschluss reicht aber nicht aus, sondern die Garantenstellung wird erst durch die tatsächliche Übernahme des Pflichtenkreises begründet. Hinzutreten muss regelmäßig ein besonderes Vertrauensverhältnis, das den Übertragenden gerade dazu veranlasst, dem Verpflichteten besondere Schutzpflichten zu überantworten.

Beispiel

Nach Auffassung des BGH trifft den **Compliance Officer** regelmäßig eine Garantenpflicht, im Zusammenhang mit der Unternehmenstätigkeit stehende Straftaten von Unternehmensmitarbeitern zu verhindern.¹²² Die Annahme einer solchen strafrechtlichen Pflicht sei die „notwendige Kehrseite“ der gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht des Compliance Officers, Rechtsverstöße und Straftaten zu unterbinden. Inhalt und Umfang der Garantenpflicht bestimmen sich aus dem konkreten Pflichtenkreis des Verantwortlichen. Maßgeblich für die Garantenstellung ist die Bestimmung des Verantwortungsbereichs, den der Verpflichtete tatsächlich übernommen hat. Die Entstehung der Garantenstellung folgt aus der Überlegung, dass denjenigen, dem Obhutspflichten für eine bestimmte Gefahrenquelle übertragen sind, dann

116 Inwiefern sich daraus tatsächlich eine Garantenpflicht ergibt, ist strittig; vgl dazu *Glaser, Rz 7.59 mwN.*

117 *Hilf* in WK² StGB § 2 Rz 14.

118 *Kienapfel*, JBl 1975, 20.

119 *Kert*, SbgK § 146 Rz 118.

120 OGH 9 Os 114/86. Siehe auch *Braun/Kahl*, ÖZW 2015, 171.

121 *Kert*, SbgK § 146 Rz 118.

122 BGH 5 StR 394/08, NJW 2009, 3173.