

# Zur Zulässigkeit von Parteispenden aus wirtschaftsstrafrechtlicher Sicht

Christopher Kahl / Alexander Stücklberger



**Christopher Kahl, LL.M. (WU)** ist Universitätsassistent am Institut für Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsstrafrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.



**Mag. Alexander Stücklberger** ist Rechtspraktikant im Sprengel des OLG Wien und wissenschaftlicher Mitarbeiter einer Wiener Rechtsanwaltskanzlei.

Im letzten Präsidentschaftswahlkampf hat sich gezeigt, dass Spenden an Politiker und politische Parteien<sup>1</sup> wichtiger sind denn je, weil lange Wahlkämpfe auch enorme finanzielle Aufwendungen bedeuten. Unter den Spendern findet sich neben mehreren bekannten Privatpersonen auch eine lange Liste großer und kleiner Unternehmen. Dies erscheint auf den ersten Blick verwunderlich, ist doch die Zulässigkeit derartiger Spenden – für Kapitalgesellschaften<sup>2</sup> – in Österreich nicht eindeutig geklärt.<sup>3</sup>

## 1. Einleitung

Eine jedenfalls in der Theorie vergleichsweise klare Grenze hinsichtlich der Zulässigkeit von Parteispenden setzt das Korruptionsstrafrecht: Die Spende darf weder iZm der Vornahme oder Unterlassung eines bestimmten Amtsgeschäfts stehen, weil sie sonst aus Sicht des Spenders den Tatbestand des § 307 StGB (im Fall eines pflichtwidrigen Amtsgeschäfts) oder des § 307a StGB (im Fall eines pflichtgemäßen Amtsgeschäfts) erfüllen könnte, noch darf sie dazu dienen, die künftige Amtsführung eines Amtsträgers zu beeinflussen, was den Tatbestand des § 307b StGB erfüllen könnte.<sup>4</sup> Da sich in jeder politischen Partei Amtsträger finden, ist hier in der Praxis mit besonderer Vorsicht vorzugehen. Auch abseits des Korruptionsstrafrechts muss die Zulässigkeit von Parteispenden genau untersucht werden. Soweit es sich nicht um Sponsoring oder ähnliche zulässige Vereinbarungen handelt, die eine fassbare Gegenleistung für eine Kapitalgesellschaft beinhalten, kann in einer Parteispende auch grundsätzlich eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens und damit ein potenziell strafrechtlich relevanter Vermögensschaden gesehen werden. Fraglich ist somit im Hinblick auf den Tatbestand der Untreue – vor allem aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des OGH zu dieser Frage<sup>5</sup> –, inwiefern in

Österreich eher misstrauisch betrachtete<sup>6</sup> Parteispenden aus dem Vermögen einer Aktiengesellschaft (AG) geleistet werden dürfen.

## 2. Die allgemeine Zulässigkeit von Unternehmensspenden

Das Delikt der Untreue sanktioniert Verhaltensweisen, bei denen der Inhaber einer nach außen zivilrechtlich<sup>7</sup> wirksam gewährten Verfügungsmacht seinem Machtgeber einen Vermögensschaden zufügt, indem er sich wissenschaftlich über die im Innenverhältnis gezogenen Schranken hinwegsetzt.<sup>8</sup> Um beurteilen zu können, ob und unter welchen Umständen die finanzielle Unterstützung von mildtätigen Institutionen, kulturellen Veranstaltungen oder politischen Parteien durch Mittel einer Gesellschaft in strafrechtlicher Hinsicht als Befugnismissbrauch zu qualifizieren ist, muss als logische Vorfrage in einem ersten Schritt untersucht werden, innerhalb welcher gesellschaftsrechtlichen Grenzen der Vorstand bei der Vergabe von Spenden agieren kann bzw darf.<sup>9</sup> In einem zweiten Schritt ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands bei Überschreiten dieser Grenzen zu beurteilen.

### 2.1. Das Unternehmenswohl als Grenze der Geschäftsführungsbefugnis

Da der Vorstand mangels Beschränkbarkeit seiner Vertretungsmacht gegenüber Dritten<sup>10</sup> die Gesellschaft auch zu Geschäften außerhalb des Unternehmensgegenstands verpflichten kann,<sup>11</sup> steht und fällt die Zulässigkeit von Spenden aus Gesellschaftsmitteln mit der Frage, wie weit die eigenständige Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands und damit sein internes rechtliches Dürfen reichen.<sup>12</sup>

<sup>1</sup> Die folgenden Ausführungen gelten gleichermaßen auch für Spenden an wahlwerbende Parteien und Kandidaten bzw deren vereinsrechtlich organisierten Unterstützungskomitees.

<sup>2</sup> In der Folge wird speziell auf die Situation bei der Aktiengesellschaft eingegangen. Die Ausführungen gelten *mutatis mutandis* jedoch genauso für die GmbH.

<sup>3</sup> Vgl nur *Karollus*, Unternehmerische Ermessensentscheidungen und Business Judgment Rule aus primär gesellschaftsrechtlicher Sicht mit besonderem Blick auf Versicherungsunternehmen, VR 10/2015, 23, der in FN 42a darauf hinweist, dass aus seiner Sicht die Zulässigkeit von Parteispenden gesondert untersucht werden müsse.

<sup>4</sup> Erforderlich ist hierbei aber immer, dass die Spende/der Vorteil tatsächlich einem Amtsträger angeboten wird (wenn auch indirekt) – dies bedeutet auch, dass zB Spenden an Kandidaten, die im Zeitpunkt der Spende noch keine Amtsträger sind, nicht von den Korruptionsdelikten erfasst sind. Bei Parteispenden handelt es sich im Übrigen nicht um Vorteile für gemeinnützige Zwecke iSd § 305 Abs 4 Z 2 StGB, weshalb Parteispenden ungebührliche Vorteile sein können; siehe VwGH 3. 10. 1996, 94/16/0246.

<sup>5</sup> OGH 20. 11. 1985, 10 Os 211/84; 6. 9. 1990, 12 Os 50/90.

<sup>6</sup> Vgl hierzu *Ulrich*, Von Parteien, ihrer Finanzierung und der Grenze zwischen moralisch Anstößigem und strafrechtlich Relevantem, RZ 2012, 49.

<sup>7</sup> RIS-Justiz RS0108872.

<sup>8</sup> *Kirchbacher/Presslauer* in *Höpfel/Ratz*, WK StGB<sup>2</sup> (2009) § 153 Rz 1.

<sup>9</sup> *Loeck*, Strafbarkeit des Vorstands der Aktiengesellschaft wegen Untreue (2006) 107.

<sup>10</sup> Vgl § 74 Abs 2 AktG.

<sup>11</sup> Vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/35.

<sup>12</sup> *Kind*, Darf der Vorstand einer AG Spenden an politische Parteien vergeben? NZG 2000, 567 (568).

Enthält die Satzung einer AG eine Gemeinwohlklausel, erübrigen sich sämtliche in der Folge angesprochenen Problemfelder. So ist es einer Kapitalgesellschaft selbstverständlich erlaubt, neben der Gewinnerzielung auch ideelle Unternehmensziele in die Satzung aufzunehmen und Renditeinteressen der Gesellschafter sekundär zu behandeln.<sup>13</sup> In Ermangelung einer solchen Satzungsermächtigung liegt der Gesellschaftszweck im Zweifel in der Gewinnerzielung<sup>14</sup> und die Problematik der Zulässigkeit von Spenden entfaltet sich in ihrer gesamten Tragweite.<sup>15</sup>

Schnell könnte man geneigt sein, die Zulässigkeit von Spenden an karitative Einrichtungen aufgrund des die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands bindenden Gesellschaftswohls zu verneinen, da Kapital ohne erkennbare Gegenleistung aus der Gesellschaft abfließt und den an die Gesellschafter ausschüttbaren Gewinn vermindert. Das Wohl der Gesellschaft kann aber nicht mit der kurzfristigen Gewinnmaximierung zum Wohle der Gesellschafter gleichgesetzt werden.<sup>16</sup> Dies zeigt sich schon dadurch, dass § 70 Abs 1 AktG neben dem Wohl der Gesellschaft und der Wahrung der Interessen der Gesellschafter explizit auch die Berücksichtigung der Interessen der Arbeitnehmer sowie der Öffentlichkeit fordert. Der Vorstand hat deshalb für das langfristige Überleben der Gesellschaft und damit für eine dauerhafte Rentabilität zu sorgen.<sup>17</sup> Gerade unter diesem Aspekt muss die Gewährung von Spenden an wohltätige Organisationen nicht unbedingt konträr zum Unternehmensinteresse stehen, sondern kann langfristig sogar zum Unternehmenserfolg beitragen.<sup>18</sup> Eine Kapitalgesellschaft ist Teil eines Sozialgefüges, dh „*sie dankt und grüßt, sie feiert Jubiläen und gratuliert anderen, [...] sie beteiligt sich an öffentlichen Sammlungen, an gemeinschaftlichen Bildungsprojekten*“.<sup>19</sup> Als Teil dieses Sozialgefüges haben Gesellschaften ein Interesse daran, ihr soziales Ansehen zu wahren und stetig zu verbessern, da nur so ihre langfristige Rentabilität sichergestellt ist.<sup>20</sup> Kurzfristige, aus

Spenden resultierende Gewinneinbußen können das Image der Gesellschaft verbessern und somit den Grundstein für langfristigen Erfolg legen.<sup>21</sup> Im Ergebnis können Spenden daher sehr wohl durch das Unternehmensinteresse gedeckt und damit gesellschaftsrechtlich zulässig sein.<sup>22</sup>

## 2.2. Grenzen der Freigiebigkeit

Die Bindung der Zulässigkeit von Spenden an das Wohl des Unternehmens zeigt jedoch deutlich, dass nur solche Spenden gesellschaftsrechtlich zulässig sein können, die sich in der Zukunft – wenn auch über Umwege – positiv auf das Unternehmen auswirken können.<sup>23</sup> Dient die Gesellschaft der Wahrung der Interessen der Gesellschafter und ist somit „*eine Veranstaltung der Gesellschafter, dann ist sie eben keine Benefizveranstaltung*“.<sup>24</sup> Spenden aus ausschließlich altruistischen Motiven oder zur Verfolgung privater Wertvorstellungen des Vorstands sind demnach nicht zulässig.<sup>25</sup>

Doch auch der Verteilung von Spenden, die über längere Zeit Vorteile erwarten lassen, wird durch das Gesellschaftsrecht Grenzen gesetzt. Die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands ist mit dem Unternehmensgegenstand beschränkt.<sup>26</sup> Spenden, Förderungen und Zuwendungen für außerhalb des eigentlichen Unternehmensgegenstands gelegene karitative, gemeinnützige, sportliche oder kulturelle Zwecke können laut OGH jedoch dann zulässig sein, wenn sie mit dem Unternehmenswohl vereinbar sind.<sup>27</sup> Die Beurteilung, inwieweit im Einzelfall dem Unternehmenswohl durch die Verwendung der Gelder der Gesellschaft gedient wird, obliegt dem Vorstand, der dafür einen weiten Ermessenspielraum hat. Je loser das geförderte Unterfangen mit dem Unternehmensgegenstand zusammenhängt, desto enger ist der Ermessenspielraum des Vorstands<sup>28</sup> und desto höher sind die Anforderungen an die interne Publizität, um so den anderen Geschäftsorganen die Überprüfung, Kontrolle und Rüge der Geschäftsführung zu ermöglichen.<sup>29</sup> Bei der Entscheidung, welcher von mehreren gemeinnützigen Zwecken gefördert wird, darf der

<sup>13</sup> *Fleischer*, Unternehmensspenden und Leitungsermessen des Vorstands, AG 2001, 171 (173); *Otto*, Untreue der Vertretungsorgane von Kapitalgesellschaften, in *Hirsch/Wolter/Brauns* (Hrsg), FS Kohlmann (2003) 192 FN 18 mwN.

<sup>14</sup> *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 3/322; *Loeck*, Strafbarkeit des Vorstands, 111.

<sup>15</sup> *Fleischer*, AG 2001, 171 (173).

<sup>16</sup> *Kind*, NZG 2000, 567 (568); *Otto* in *Hirsch/Wolter/Brauns*, FS Kohlmann, 192 (198 f).

<sup>17</sup> *Krejci*, Die Kapitalgesellschaft als Spender und Förderer – Teil II, GesRZ 1984, 199 (199 ff); *Loeck*, Strafbarkeit des Vorstands, 112; *Spindler* in *Goette et al*, MK AktG<sup>4</sup> (2014) § 76 Rz 68 ff.

<sup>18</sup> *Kind*, NZG 2000, 567 (568); BGH 6. 12. 2001, 1 StR 215/01, Rz 26.

<sup>19</sup> *Rittner*, Zur Verantwortung des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AktG 1965, in *Ballerstedt/Hefermehl*, FS Gessler (1971) 139 (152).

<sup>20</sup> *Kind*, NZG 2000, 567 (568); *Otto* in *Hirsch/Wolter/Brauns*, FS Kohlmann, 192 (198 f); ähnlich *Karollus*, VR 10/2015, 23 (29); *Spindler* in *Goette et al*, MK AktG<sup>4</sup>, § 76 Rz 87; BGH 6. 12. 2001, 1 StR 215/01, Rz 28.

<sup>21</sup> *Krejci*, GesRZ 1984, 199 (203 f); *Loeck*, Strafbarkeit des Vorstands, 112.

<sup>22</sup> *Karollus*, VR 10/2015, 23 (29); *Nowotny*, Zur Spendenverantwortung des Vorstandes, RdW 2002, 258 (258); *Otto* in *Hirsch/Wolter/Brauns*, FS Kohlmann, 192 (203); BGH 6. 12. 2001, 1 StR 215/01 mwN.

<sup>23</sup> *Lewisch*, Aktuelle wirtschaftsstrafrechtliche Praxisfragen, in *Lewisch* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2011 (2011) 15 (19 ff); *Spindler* in *Goette et al*, MK AktG<sup>4</sup>, § 76 Rz 89; *Torggler*, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften, wbl 2009, 168 (174 f); ähnlich *Karollus*, VR 10/2015, 23 (29), und BGH 6. 12. 2001, 1 StR 215/01 Rz 27 („*Tue Gutes und rede darüber*“).  
<sup>24</sup> *Torggler*, wbl 2009, 168 (175).

<sup>25</sup> *Torggler*, wbl 2009, 168 (175).

<sup>26</sup> *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 3/322.

<sup>27</sup> OGH 6. 9. 1990, 12 Os 50/90; aA noch OGH 20. 11. 1985, 10 Os 211/84.

<sup>28</sup> BGH 6. 12. 2001, 1 StR 215/01, Rz 30; *Nowotny*, RdW 2002, 258 (258); so schon *Krejci*, GesRZ 1984, 199 (204).

<sup>29</sup> BGH 6. 12. 2001, 1 StR 215/01, Rz 30 f.

Vorstand seine eigenen, privaten Interessen verfolgen, solange er diesen keinen unangemessenen Raum einräumt („*pet charities*“<sup>30</sup>).<sup>31</sup> Verspricht eine von mehreren möglichen Handlungsalternativen einen höheren Nutzen für die Gesellschaft als der Rest, muss der Vorstand diese Option wählen.<sup>32</sup>

In quantitativer Hinsicht gilt für die Höhe des Spendenvolumens das Gebot der Angemessenheit.<sup>33</sup> So darf die Zuwendung die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens nicht übersteigen. Gleichzeitig muss zwischen dem eingesetzten Kapital und den für die Gesellschaft erhofften Vorteilen eine vernünftige Mittel-Zweck-Relation bestehen.<sup>34</sup> Hierbei darf jedoch keinesfalls auf den tatsächlich erwirtschafteten Erfolg abgestellt werden, da es niemandem zum Vorwurf gemacht werden kann, wenn sich die erhofften Effekte einer auf angemessener Information basierenden und aus *Ex-ante*-Sicht zum Wohle des Unternehmens getroffenen unternehmerischen Entscheidung nicht erfüllen.<sup>35</sup> Auch ist der in der Verbesserung des „*social standings*“ der Gesellschaft erzielte Erfolg meist weder *ex ante* noch *ex post* genau messbar.<sup>36</sup> Es kommt vielmehr darauf an, dass die Relation der eingesetzten Mittel zum angestrebten Erfolg aus einer *ex ante* und am Unternehmenswohl orientierten Perspektive nicht schlechthin unvertretbar ist.<sup>37</sup>

Ob die Vergabe einer Spende noch im Ermessensbereich des Vorstands liegt, ist anhand eines beweglichen Systems mit den bisher vorgestellten Kriterien zu entscheiden. Aus der Verletzung bloß eines dieser Kriterien folgt hierbei nicht automatisch die Pflichtwidrigkeit der Spendenvergabe. Gerade hinsichtlich der internen Publizität wird nämlich auf die Höhe der Spende im Verhältnis zur Vermögens- und Ertragslage des Unternehmens abzustellen sein. Ist die Spende in Relation zum Umsatz des Unternehmens unerheblich, muss der Aufsichtsrat (oder gar die Gesellschafterversammlung) nicht befasst werden.

### 3. Zur Zulässigkeit von Parteispenden

Es existieren also Kriterien, um abzuschätzen, unter welchen Bedingungen der Vorstand einer Kapitalgesellschaft Spenden gewähren darf. Fraglich bleibt dennoch, ob und inwiefern Spenden auch an politische Organisationen wie vor allem politische Parteien, aber auch die nunmehr in Österreich auftauchenden „Wahlkomi-

tees“ gewährt werden dürfen. Der OGH hat in seiner soweit ersichtlich einzigen Entscheidung zu Parteispenden diesen mit dem relativ pauschalen Verweis auf das Gebot der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit gem § 23 Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz (der Verurteilte war hier Vorstand einer gemeinnützigen Wohnbaugenossenschaft) die Zulässigkeit abgesprochen und die Verurteilung wegen § 153 StGB aufrecht erhalten, weil Spenden mit diesen Grundsätzen nicht vereinbar seien.<sup>38</sup> Auch *Karollus* will derartige Spenden nicht von seinen Ausführungen zur allgemeinen Zulässigkeit von (karitativen) Spenden erfasst wissen.<sup>39</sup>

Im Gegensatz zu den „klassischen“, karitativen Spenden werden Parteispenden – da sie in der österreichischen Öffentlichkeit grundsätzlich als anstößig, wenn nicht sogar illegal angesehen werden – in aller Regel gerade nicht publik gemacht, womit der Grundsatz „*Tue Gutes und rede darüber*“ hier keine Anwendung finden kann. Somit fällt der „Marketingaspekt“ der Spendentätigkeit in den ganz überwiegenden Fällen weg. Dieser Marketingaspekt wird demgegenüber in Deutschland sehr wohl offen gelebt, wo große Unternehmen und Unternehmensverbände unter dem Schlagwort „*Demokratieförderung*“ ihre politische Spendentätigkeit publik machen.<sup>40</sup> Dies wird allgemein als Beteiligung am Sozialleben interpretiert.<sup>41</sup> In der Praxis verteilen viele Unternehmen ihre Spenden relativ gleichmäßig auf verschiedene Parteien, was jedoch rechtlich nicht geboten ist.<sup>42</sup>

Der Zweck der Parteispende muss in Österreich deshalb abseits der öffentlichen Imagepflege gesucht werden. Zur alten Rechtslage vor dem Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2012<sup>43</sup> konnte noch argumentiert werden, dass der Zweck für die Gesellschaft darin liegt, sich unter dem Schlagwort der „*politischen Landschaftspflege*“ Entscheidungsträger gewogen zu halten, weil der Anfüterungsbestand faktisch keinen Anwendungsbereich hatte.<sup>44</sup> Durch die Ausdehnung des Korruptionsstrafrechts auf den gesamten Tätigkeitsbereich insb der Nationalratsabgeordneten,<sup>45</sup> aber auch durch die umfassende Ausdehnung des § 307b StGB – der nunmehr keinen Konnex zu einem bestimmten

<sup>38</sup> OGH 20. 11. 1985, 10 Os 211/84.

<sup>39</sup> *Karollus*, VR 10/2015, 23 (23 FN 42a).

<sup>40</sup> Bspw die *Daimler AG* („*Daimler zahlt je 100.000 Euro an CDU und SPD*“, Spiegel vom 22. 4. 2014) oder der *Verband der Chemischen Industrie* (<http://www.pressportal.de/pm/12523/3299198> [Zugriff am 6. 4. 2017]).

<sup>41</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup>, § 76 Rz 50 mwN; BGH 6. 12. 2001, 1 StR 215/01, Rz 20 mwN; *Ritter* in *Schüppen/Schaub*, MAH Aktienrecht<sup>2</sup> (2010) § 24 Rz 52 mwN.

<sup>42</sup> *Kind*, NZG 2000, 567 (568); *Spindler* in *Goette et al*, MK AktG<sup>4</sup>, § 76 Rz 88; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup>, § 76 Rz 50 f.

<sup>43</sup> *KorrStrRÄG* 2012, BGBl I 2012/61.

<sup>44</sup> Vgl *Ulrich*, RZ 2012, 49 (49); zum mangelnden Anwendungsbereich des § 307b StGB aF: *Initiativantrag 1950/A BlgNR* 24. GP, 11.

<sup>45</sup> Durch Entfernung des bisherigen § 74 Z 4a lit a StGB; vgl *Brandstetter/Singer*, Gedanken zum *KorrStrÄg* 2012 – aller guten Dinge sind drei, *JSt* 2012, 209 (210).

<sup>30</sup> *Fleischer*, AG 2001, 171 (179).

<sup>31</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> (2015) § 76 Rz 48; BGH 6. 12. 2001, 1 StR 215/01, Rz 29 f.

<sup>32</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup>, § 76 Rz 48; *Flora* in *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup> (2017) § 153 Rz 28.

<sup>33</sup> BGH 6. 12. 2001, 1 StR 215/01, Rz 31; ähnlich OGH 6. 9. 1990, 12 Os 50/90.

<sup>34</sup> OGH 6. 9. 1990, 12 Os 50/90; *Krejci*, GesRZ 1984, 199 (204).

<sup>35</sup> *Krejci*, GesRZ 1984, 199 (204); vgl nunmehr auch § 84 Abs 1a AktG.

<sup>36</sup> *Hoffmann*, Untreue und Unternehmensinteresse (2010) 57; *Krejci*, GesRZ 1984, 199 (204); BGH 6. 12. 2001, 1 StR 215/01, Rz 26.

<sup>37</sup> *Krejci*, GesRZ 1984, 199 (204); *Torggler*, wbl 2009, 168 (174 f).

Amtsgeschäft erfordert – sind die allermeisten Fälle der „politischen Landschaftspflege“ wohl schon aus diesem Grund nicht rechtmäßig, was jede Vereinbarung von Zahlungen nichtig machen und dadurch auch die Untreue begründen würde. Gleichzeitig kann aufgrund der Änderungen im Korruptionsstrafrecht aber keinesfalls eine allgemeine Unzulässigkeit von Parteispenden gesehen werden, sind diese doch indirekt im Parteiengesetz 2012<sup>46</sup> vorgesehen (vgl § 6 PartG 2012). Parteispenden (und politische Spenden allgemein) sind auch grundsätzlich wünschenswert, da sie nicht nur die politische Tätigkeit fördern, sondern gleichzeitig auch ein Akt aktiver Partizipation des Spenders sind.<sup>47</sup>

Ein dem Unternehmenswohl dienlicher Zweck von Parteispenden kann darin gesehen werden, dass die geförderte Partei bzw der geförderte Kandidat Positionen vertritt, die das Unternehmen begünstigen. Damit ist gleichzeitig auch das „Bevorzugen“ einzelner politischer Richtungen gerechtfertigt. In der Entscheidung darüber, welche Partei(en) oder Wahlwerber letztlich die Position des Unternehmens am besten unterstützen, ist der Vorstand wiederum sehr frei. In vielen Fällen der Praxis wird dies letztlich auch der ausschlaggebende Grund für die Entscheidung zu einer Spende sein. So wurde der formell parteifreie, pro-europäische Präsidentschaftskandidat *Van der Bellen* im vergangenen Präsidentschaftswahlkampf von zahlreichen größeren wie kleineren Unternehmen finanziell unterstützt, die sich vom Kandidaten wohl eine international ausgerichtete, weitere Vernetzung Österreichs sowie eine grundsätzlich positive Einstellung zur EU und zum Freihandel allgemein versprochen haben.

Praktisch werden Parteispenden dennoch jedenfalls nach außen hin verschleiert, wobei Inserate bei parteinahen Medien, Produktspenden oder Beratungsverträge mit parteinahen Personen oder Unternehmen durchaus häufig sind. Werden diese letztlich „entdeckt“, entsteht schnell zusätzlicher Erklärungsbedarf. Kann jedoch nachgewiesen werden, dass die Parteispende tatsächlich dem Unternehmenswohl gedient hat (bzw dies vom Vorstand *ex ante* angenommen werden durfte, vgl § 84 Abs 1a AktG), wird dies auch in einem allfälligen Verfahren kein Problem sein.<sup>48</sup> Wird zusätzlich nachgewiesen, dass die gebotene interne Publizität – in aller Regel gegenüber dem Aufsichtsrat – eingehalten wurde, ist der Vorstand auf der „sicheren Seite“. Die Verschleierung an sich ändert nichts am wirtschaftlichen Gehalt der Spende, sodass

aus der Diskretion gegenüber der Öffentlichkeit keine Strafbarkeit abgeleitet werden kann. Ihre Grenze findet die Verschleierung aber jedenfalls im Steuerrecht: Politische Spenden dürfen weder als Betriebsausgaben noch als Sonderausgaben geltend gemacht werden.<sup>49</sup>

#### 4. Zur strafrechtlichen Beurteilung pflichtwidriger Spenden

Die Annahme einer Untreue gem § 153 StGB setzt sowohl den wissentlichen Missbrauch der Vertretungsmacht als auch den Eintritt eines Vermögensschadens voraus. Im Hinblick auf den Vermögensschaden judiziert der OGH, dass bereits „durch jedes wirtschaftliche Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung“ ein „effektiver Vermögensnachteil“ bei der Gesellschaft eintritt.<sup>50</sup> Besonderheiten ergeben sich jedoch dann, wenn die erwartete Gegenleistung gar nicht materiell messbar ist. So zog der OGH iZm dem Sponsoring eines Sportvereins durch eine AG zur Bestimmung des durch die Erhöhung der Werbewirkung einhergehenden wirtschaftlichen Vorteils Erfahrungswerte aus der Werbebranche als objektivierbare Grundlage heran, wobei er diese nicht als absolut zugrunde legt,<sup>51</sup> sondern allfällige, in den gesponserten Partner gesetzte Erwartungen, die später enttäuscht werden, auch bei der Beurteilung des Schadens berücksichtigt.<sup>52</sup>

Während zur Bestimmung der durch „offene“ Parteispenden verwirklichten, verbesserten Imagewirkung innerhalb bestimmter Bevölkerungsgruppen wohl bis zu einem gewissen Grad auch die in der Werbebranche gesammelten Erfahrungswerte verwendet werden können, muss für „verdeckte“ Spenden ein anderer Gegenwert gefunden werden. Wird eine Partei zB aufgrund ihrer für das Unternehmen vorteilhaften wirtschaftspolitischen Positionen unterstützt, existiert keinerlei vergleichbare Grundlage zur Bestimmung der durch die Ausgabe erzielten Gegenleistung, da sich die gewonnenen Vorteile der Gesellschaft meist nur über Umwege (wie einer liberaleren Wirtschaftspolitik oder der Öffnung der Märkte) erschließen. Auch hängt die Verwirklichung des an die Spende gekoppelten Zwecks von zahlreichen nicht von den Organen der Gesellschaft beeinflussbaren Faktoren wie dem Wählerverhalten oder allfälligen Koalitionspartnern ab, die allesamt dazu führen können, dass der wirtschaftliche Zweck der Spende gar

<sup>46</sup> PartG 2012, BGBl I 2012/56.

<sup>47</sup> Vgl *Heindl*, Parteispenden: Transparenz versus Parteifreiheit. Finanzkontrollbestimmungen für politische Parteien aus verfassungsrechtlicher und Parteirechtlicher Sicht, ZfV 2000, 370.

<sup>48</sup> Soweit darin eine Beihilfe zu § 12 Abs 2 PartG 2012 gesehen wird, stellt sich die Frage der Zulässigkeit; vgl die Diskussion zur nützlichen Gesetzesverletzung: *Eckert/Spanti/Wess*, Neuregelung des § 153 StGB und Auswirkungen auf die Praxis – Teil I, ZWF 2015, 258 (260 mwN).

<sup>49</sup> § 12 Abs 1 Z 5 KStG iVm § 4a EStG oder § 8 Abs 4 Z 1 KStG; EStR 2000, Rz 1331, KStR 2013, Rz 1263; politische Parteien sind keine gemeinnützigen Organisationen und auch nicht in der Liste der begünstigten Spendenempfänger des BMF angeführt.

<sup>50</sup> RIS-Justiz RS0094836; *Flora* in *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup>, § 153 Rz 28.

<sup>51</sup> *Flora* in *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup>, § 153 Rz 41 mwN.

<sup>52</sup> Vgl OGH 6. 9. 1990, 12 Os 50/90, wobei er im konkreten Fall ausführt, dass die vom geförderten Verein ausgehende Werbewirkung – zB aufgrund sportlicher Misserfolge – nicht immer ein volles wirtschaftliches Äquivalent für die ausgezahlten Sponsorgelder darstelle; hier komme es ausschließlich darauf an, ob „der mit dem wirtschaftlichen Austauschverhältnis gekoppelte Zweck erreicht wird“.

nicht erreicht wird, weshalb die Inadäquanz der Gegenleistung und damit die Vermutung der Entstehung eines Vermögensschadens naheliegt.

Liegt ein Vermögensschaden vor, ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands nun also davon abhängig, ob er bei der Spendenvergabe wissentlich missbräuchlich iSd § 153 StGB gehandelt hat oder nicht. Die gesellschaftsrechtliche Vertretbarkeit der Spende schlägt hier auch auf das Strafrecht durch: Liegt keine gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung seitens des Vorstands vor, kann keinesfalls der Tatbestand der Untreue erfüllt sein.<sup>53</sup> Fraglich ist jedoch, ob umgekehrt jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung auch als Missbrauch im Sinne des Strafrechts zu werten ist.

So führt der BGH hierzu iZm der Spendenuntreue aus, dass nur eine „*gravierende*“ gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung einen Missbrauch der Vertretungsmacht im Sinne der Untreue konstituiert.<sup>54</sup> Offen ist jedoch, ob sich diese Rechtsprechung auf die österreichische Rechtslage übertragen lässt. Mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015<sup>55</sup> wurde in § 153 Abs 2 StGB nämlich eine Legaldefinition des Befugnismissbrauchs eingeführt, nach der missbräuchlich handelt, wer in „*unvertretbarer Weise*“ gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Nach den Gesetzesmaterialien sei hierbei jener Gebrauch von Rechtsmacht unvertretbar, der außerhalb des Bereichs des vernünftig Argumentierbaren und somit jenseits jeder vernünftigen Ermessensausübung liegt.<sup>56</sup> Schon diese Definition zeigt jedoch, dass es sich bei der Unvertretbarkeit des Befugnismissbrauchs um kein strafeinschränkendes Kriterium, sondern vielmehr um eine bloße Klarstellung handelt. So setzt jeder Befugnismissbrauch eine rechtswidrige und unvertretbare Handlung voraus.<sup>57</sup> Solange sich der Machthaber innerhalb seines gesellschaftsrechtlich vorgegebenen Ermessensspielraums bewegt, begeht er keinen Regelverstoß und handelt nicht missbräuchlich. Die Frage der Vertretbarkeit des Missbrauchs stellt sich somit gar nicht.<sup>58</sup> Überschreitet der Machthaber seine im Innenverhältnis gezogenen Grenzen der Vertretungsmacht, handelt er stets auch missbräuchlich.<sup>59</sup> Denn ein

Verstoß gegen die ihm durch § 84 Abs 1 AktG auferlegten Sorgfaltspflichten ist stets unvertretbar; „*ein vertretbarer [...] Befugnismissbrauch ist schlicht nicht denkbar*“.<sup>60</sup> Für eine Art Zwischenbereich, in dem der Machthaber zwar gesellschaftsrechtlich pflichtwidrig, jedoch nicht missbräuchlich im Sinne der Untreue handelt, bleibt dem Wortlaut des § 153 StGB zufolge einfach kein Platz.<sup>61</sup>

## 5. Conclusio

Im Ergebnis sind Parteispenden aus gesellschafts- wie strafrechtlicher Sicht grundsätzlich zulässig. Aufgrund der vagen Kriterien bleibt jedoch eine Einzelfallanalyse unumgänglich. So hängt die gesellschafts- und strafrechtliche Zulässigkeit davon ab, ob die Spenden in einem angemessenen Verhältnis zur Vermögens- und Ertragslage des Unternehmens stehen, ein unternehmensrelevanter, plausibler Zweck verfolgt wird, insb privaten Interessen des Vorstands kein unangemessener Raum eingeräumt wird, und dass die eingesetzten Mittel in einer angemessenen Relation zum verfolgten Zweck stehen. In Übereinstimmung mit dem BGH ist auch anzunehmen, dass eine angemessene interne Publizität gegeben sein muss. Diese Kriterien bilden gemeinsam ein bewegliches System, sodass die Verletzung eines dieser Gebote nicht zwangsläufig zur Rechtswidrigkeit führt – umgekehrt aber auch die Erfüllung einzelner dieser Gebote nicht ausreicht, um die Strafbarkeit auszuschließen.

### ► Auf den Punkt gebracht

- Bei der Vornahme von Parteispenden aus Mitteln einer AG ist nicht nur aus korruptionsstrafrechtlicher Sicht, sondern auch im Hinblick auf die Möglichkeit der Verwirklichung einer Untreue gem § 153 StGB mit besonderer Vorsicht vorzugehen.
- Liegt die Gewährung der Spende innerhalb des unternehmerischen Ermessensspielraums des Vorstands, drohen weder gesellschaftsrechtliche noch strafrechtliche Konsequenzen.
- Überschreitet der Vorstand seinen Ermessensspielraum hingegen, stellt dies auch einen Missbrauch der Vertretungsmacht im Sinne der Untreue dar.
- Erhält die Gesellschaft für die Gewährung der Spende zusätzlich keine ausreichende Gegenleistung, liegt der Eintritt eines Vermögensschadens und damit einhergehend die Strafbarkeit des Vorstands nach § 153 StGB nahe.

<sup>53</sup> Eckert/Spanti/Wess, ZWF 2015, 258 (259).

<sup>54</sup> So zB BGH 6. 12. 2001, 1 StR 215/01; ähnlich zur Untreue durch pflichtwidrige Kreditvergaben BGH 15. 11. 2001, 1 StR 185/01; zur Auslegung der „*gravierenden Pflichtwidrigkeit*“ vgl Salinger in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB<sup>2</sup> (2014) § 266 Rz 40 ff.

<sup>55</sup> StRÄG 2015, BGBl I 2015/112.

<sup>56</sup> Bericht des Justizausschusses 728 BlgNR 25. GP, 6.

<sup>57</sup> Kert, Der Untreuetatbestand nach dem StRÄG 2015, in Bertl et al (Hrsg), Fehler und Fehlverhalten in Bilanz- und Steuerrecht – Wiener Bilanzrechtstage 2016 (2016) 81 (91); Kert/Komenda, Untreue neu nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015, ÖZW 2015, 141 (144) mwN.

<sup>58</sup> StGB 2015 Bericht der Arbeitsgruppe, III-104 BlgNR 25. GP, 39; vgl auch Bertel/Schwaighofer/Venier, Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I<sup>13</sup> (2015) § 153 Rz 4; Kert in Bertl et al, Wiener Bilanzrechtstage 2016, 81 (91).

<sup>59</sup> Bertel/Schwaighofer/Venier, BT I<sup>13</sup>, § 153 Rz 4; Kert/Komenda, ÖZW 2015, 141 (144).

<sup>60</sup> Kert/Komenda, ÖZW 2015, 141 (144); ähnlich Kert in Bertl et al, Wiener Bilanzrechtstage 2016, 81 (91).

<sup>61</sup> Vgl auch die neueren Rechtsprechung des BGH: BGH 12. 10. 2016, 5 StR 134/15, Rz 23 ff.