

# ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

## Insolvenzen und Versicherungsrecht

- > Insolvenzbedingter Prämienverzug und Deckung
- > D&O-Versicherung in der Insolvenz
- > Privilegierung nach § 157 VersVG

MiCAR-Marktmissbrauch

Energiecharta und  
Investitionsschutz

Gender Pay Gap

Kartellrecht: Sondergesetz  
Energie

Körperschaftsteuer 2024

Hochrisiko-KI

NEU:  
Recht hören.  
Der ecolex-  
Podcast!



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418

# Das Vollständigkeitserfordernis der Schadensgutmachung bei tätiger Reue iSd § 167 StGB

**BEITRAG.** Der Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue beseitigt eine eingetretene Strafbarkeit wegen bestimmter Vermögensdelikte. Welche Bedeutung dieser Strafaufhebungsgrund auch für die anwaltliche Beratung hat, wurde jüngst mit OGH 1 Ob 200/23b verdeutlicht. Zu den Voraussetzungen der tätigen Reue ergeben sich eine Vielzahl an Fragestellungen. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit einigen Problemstellungen des Erfordernisses einer vollständigen Schadensgutmachung. **ecolex 2024/610**



RA Dr. **Alexander Prenner** ist Partner bei MPW Rechtsanwälte in Wien und auf Vertretung in allgemeinen Straf- und Wirtschaftsstrafverfahren spezialisiert.

RA Mag. **Matthias Holzmann** ist auf Strafrecht spezialisiert. Ebenso ist er als stellvertretender Generalsekretär und Vorstandsmitglied in der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen (VÖStV) tätig.

## A. Bedeutung der tätigen Reue in der anwaltlichen Beratung

Die anwaltliche Beratung unterliegt hohen Qualitätsanforderungen. Als SV iSd § 1299 ABGB besteht iZm Beratungsmängeln durch einen RA ein strenger Haftungsmaßstab. In der strafrechtlichen Beratung besteht eine wesentliche Einschränkung: Grds gilt nämlich, dass der Strafanspruch des Staats keinen zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch begründet, dessen Befriedigung der Bestrafte im Rückgriffsweg (§ 1302 ABGB) auf einen anderen überwälzen könnte.<sup>1)</sup> Das Übel der Strafe soll nach dem Gesetz nämlich denjenigen treffen, der den Verstoß gegen die unter Strafsanktion bestehende Bestimmung zu vertreten hat. Dies gilt nicht nur für natürliche Personen, sondern auch für eine über einen Verband verhängte Geldbuße.<sup>2)</sup>

Dieser Grundgedanke schließt jedoch nicht aus, dass es in gewissen Konstellationen dennoch zu einer Schadenersatzpflicht des RA kommen kann: Hat sich ein anwaltlicher Beratungsfehler etwa kausal (zum Nachteil des Mandanten) auf die Strafe ausgewirkt, kann der zu Unrecht verhängte (überhöhte) Anteil im Wege des Schadenersatz gem §§ 1293 ff ABGB Gegenstand eines zivilrechtlichen Anspruchs gegen den vertretenden RA sein.

Dies widerspricht auch nicht dem Strafzweck der übertretenen Norm, da dieser keine dem Verhaltensunrecht des Täters inadäquate (überhöhte) Strafe erfordert.

Der OGH hat iZm dieser Judikatur-Linie die Haftungsrisiken in der strafrechtlichen Beratung kürzlich nochmals verdeutlicht: In OGH 8. 4. 2024, 1 Ob 200/23b, hielt er fest, dass es auch zu den Pflichten eines RA gehöre, seinem Mandanten ggf die Möglichkeit der tätigen Reue aufzuzeigen. Ein Verstoß gegen diese Pflicht könne zu einer Schadenersatzpflicht führen, die auch die verhängte Verbands Geldbuße umfassen kann. In einem solchen Fall sei es nicht erforderlich, einen zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch des Geschädigten zu verneinen, um den Strafanspruch des Staats und die Zwecke der Strafe materiell aufrechtzuerhalten, da der Gesetzgeber in § 167 StGB selbst zum Ausdruck bringe, unter bestimmten Voraussetzungen auf den Strafanspruch zu verzichten.

## Den RA kann beim Beratungsfehler zur Möglichkeit der tätigen Reue eine Haftung treffen.

Diese E liefert nicht nur eine Klarstellung betreffend den Umfang der Beratungspflicht eines RA, sondern hebt insb die Bedeutung, welche Strafaufhebungsgründen in der anwaltlichen Praxis beizumessen ist, hervor. Die Beratungspflicht wird dabei neben der grundsätzlichen Möglichkeit der tätigen Reue auch eine vollständige Beratung im Hinblick auf die einzelnen Voraussetzungen erfordern.

## B. Überblick zur tätigen Reue

Der Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue durchzieht das gesamte Strafrecht an verschiedenen Stellen. Bspw gibt es besondere Bestimmungen der tätigen Reue im Bereich der Urkundendelikte<sup>3)</sup>, der Bilanzdelikte<sup>4)</sup> sowie der Strafbestimmungen zum Schutz unbarer Zahlungsmittel.<sup>5)</sup> Ebenso reuefähig sind die Geldwäscherei (§ 165a StGB), das Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 153c StGB) sowie der Versicherungsmissbrauch (§ 151 Abs 2 StGB). Die Kernbestimmung zur tätigen Reue findet sich in § 167 StGB und zielt auf die wichtigsten Vermögensdelikte ab (zB Diebstahl, Veruntreuung, Betrug, Untreue, betrügerische Krida und Hehlerei).<sup>6)</sup> Mitumfasst sind dabei auch die jeweiligen Qualifikationen.<sup>7)</sup> Der Strafaufhebungsgrund gilt nicht nur für natürliche Personen, sondern ist auch für Verbände im Rahmen des VbVG anwendbar.<sup>8)</sup>

<sup>1)</sup> RIS-Justiz RS0026746.

<sup>2)</sup> *Lehmkuhl/Zeder*, WK-VbVG § 11 Rz 2; OGH 8. 4. 2024, 1 Ob 200/23b.

<sup>3)</sup> §§ 226, 220 Abs 2 StGB.

<sup>4)</sup> § 163d StGB.

<sup>5)</sup> §§ 241d, 241f StGB.

<sup>6)</sup> Welche Delikte reuefähig sind, ergibt sich aus der Aufzählung in § 167 Abs 1.

<sup>7)</sup> *Flora* in *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup> § 167 Rz 9.

<sup>8)</sup> *Lehmkuhl/Zeder* in *Höpfel/Ratz*, WK<sup>2</sup> VbVG § 3 Rz 25.

Das Instrument der tätigen Reue bedingt ihrem Wesen nach, eine vorangehende, vollendete<sup>9)</sup> Straftat und kann nachträglich die Strafbarkeit des gesetzten Verhaltens beseitigen. Das Erfordernis der vollendeten Straftat kann zum bemerkenswerten Ergebnis führen, dass es für den Tatverdächtigen „günstiger“ sein kann, eine Tat vollendet zu haben, um durch tätige Reue straflos zu werden. Demgegenüber könnte bei mangelnder Tatvollendung (etwa beim fehlgeschlagenen Versuch) der Täter seine Strafbarkeit nicht beseitigen.<sup>10)</sup>

Die Voraussetzung des Strafaufhebungsgrundes tätiger Reue gem § 167 StGB ist, abgesehen vom Vorliegen eines reuefähigen Delikts, die rechtzeitige, „freiwillige“ und vollständige Schadensgutmachung.<sup>11)</sup>

### 1. Rechtzeitigkeit

Tätige Reue setzt iSd § 167 Abs 2 StGB voraus, dass der Täter den Schaden kompensiert, „bevor die Behörde (§ 151 Abs. 3) von seinem Verschulden erfahren hat“.<sup>12)</sup>

Als Behörde (iSd § 151 Abs 3 StGB) gilt jede – auch ausl<sup>13)</sup> – Institution, die zur Strafverfolgung berufen ist, dh Sicherheitsbehörden, StA, GenProk, StrafG (auch der OGH) sowie Polizeidienststellen.<sup>14)</sup>

Nach stRsp<sup>15)</sup> erfordert die behördliche Kenntnis noch keine konkreten Ermittlungshandlungen. Nach hA<sup>16)</sup> ist es vollkommen ausreichend, dass die Behörde aus einer „objektiv gegebenen Beweislage“ Anhaltspunkte gegen den Täter ableiten kann. Ein dringender Tatverdacht ist dabei nicht erforderlich.<sup>17)</sup>

Im Hinblick auf eine Anzeige ist es zudem irrelevant, ob sich diese bereits gegen eine bestimmte Person richtet. Vielmehr kommt es darauf an, ob dem angezeigten Sachverhalt konkrete Anhaltspunkte für eine Tatbegehung durch bestimmte Personen entnommen werden können. Reueverhalten kommt daher zu spät, wenn sich der Geschädigte vor der Schadensgutmachung mit einem objektiven Beweissubstrat an die Behörde wendet und dieses Beweissubstrat einen konkreten Anhaltspunkt dafür bietet, dass er die Straftat begangen hat.<sup>18)</sup>

Aus kriminologischer Sicht muss es einen Konnex zw dem Verhalten des Täters und der Tat geben, der eine bestimmte Ausprägtheit in zeitlicher und örtlicher Hinsicht sowie bezogen auf den *modus operandi* erreicht hat.<sup>19)</sup> Nicht ausreichend sind jedenfalls unkonkrete Verdächtigungen.

Das Wissen des Täters über den Kenntnisstand der Behörde spielt bei der Frage der Rechtzeitigkeit keine Rolle. Dh, selbst wenn der Täter, im festen, jedoch irrigen, Glauben, dass die Behörde noch nicht von dem inkriminierten Verhalten weiß, Schadensgutmachung leistet, wäre sein Reueverhalten nach hA<sup>20)</sup> verspätet.

### Das Wissen des Täters über den Kenntnisstand der Behörde spielt bei der Beurteilung der Rechtzeitigkeit keine Rolle.

Hat es hingegen bereits im Zeitpunkt der Schadensgutmachung beendete (weil erfolglos gebliebene) Erhebungen der Behörde gegen einen konkreten Täter gegeben,

schließt dieser Umstand eine Rechtzeitigkeit nicht aus.<sup>21)</sup>

Bei der Frage, wann die Behörde von einer übermittelten Sachverhaltsdarstellung erfährt, kommt es nach hA<sup>22)</sup> auf den Zeitpunkt des Einlangens – und nicht des Absendens – an. Bei der Nutzung von Einlaufkästen<sup>23)</sup> kommt es auf den Zeitpunkt der Aushebung an.

### 2. Freiwilligkeit

Nach § 167 Abs 2 StGB wird der Täter durch tätige Reue nur dann straffrei, wenn die Schadensgutmachung freiwillig erfolgt – maW ohne dazu gezwungen zu sein. Die erforderliche Freiwilligkeit ist jedoch deutlich weniger streng als beim Rücktritt vom Versuch iSd § 16 StGB. Während beim Versuch ein strafbefreiender Rücktritt insb bei Angst vor Entdeckung nicht mehr möglich ist, kommt tätige Reue bei vollendeten Taten in solchen Fällen sehr wohl in Betracht.<sup>24)</sup>

### Freiwilligkeit des Täters bei tätiger Reue wird weniger streng beurteilt als beim Rücktritt vom Versuch.

Freiwilligkeit der tätigen Reue liegt dann vor, wenn der Täter Schadensgutmachung leistet, obwohl er diese noch mit Erfolg hätte verweigern können.

Dabei spielt das Motiv für die Schadensgutmachung keine Rolle. Auch ein Drängen und selbst Drohungen durch den Geschädigten oder Dritte schließen Freiwilligkeit nicht aus. Dass eine Schadensgutmachung erfolgt, um einer Anzeige oder strafgerichtlichen Verfolgung vorzubeugen, schadet der Freiwilligkeit ebenso wenig.

Keine Freiwilligkeit liegt dann vor, wenn dem Täter bspw die Beute abgenommen wird oder nach seiner Meinung die Abnahme unausweichlich bevorsteht. Dies gilt etwa auch für Zahlungen zwecks Vermeidung des Einsatzes staatlicher Zwangsmittel im Rahmen einer bereits in Gang befindlichen Zwangsvollstreckung.<sup>25)</sup>

### C. Zur vollständigen Schadensgutmachung

Zentraler Gesichtspunkt der tätigen Reue ist die vollständige Schadensgutmachung. Die rechtzeitige und freiwillige Gutmachung des gesamten Schadens soll dem Täter einen Weg zurück in die Legalität ermöglichen. Dabei werden die Opferinteressen, an einer raschen und unkomplizierten Wiedergutmachung des erlittenen Schadens, gegenüber dem staatlichen Strafanspruch in den Vordergrund gestellt. Auf eine innere Umkehr des Täters, dh ob er sein Verhalten bereut oder sein Verschulden einsieht, kommt es nicht an.<sup>26)</sup>

<sup>9)</sup> RIS-Justiz RSO110956.

<sup>10)</sup> Vgl OGH 1. 10. 2002, 11 Os 100/02.

<sup>11)</sup> Anm: Auch eine vertragliche Verpflichtung des Täters zur Schadensgutmachung kann unter bestimmten Voraussetzungen für eine tätige Reue genügen (§ 167 Abs 2 Z 2 StGB).

<sup>12)</sup> Vgl § 167 Abs 2 StGB.

<sup>13)</sup> Kirchbacher/Sadoghi in WK<sup>2</sup> StGB § 151 Rz 21.

<sup>14)</sup> Kirchbacher/Sadoghi in WK<sup>2</sup> StGB § 151 Rz 19.

<sup>15)</sup> RIS-Justiz RSO095184.

<sup>16)</sup> RIS-Justiz RSO095184 [T 6].

<sup>17)</sup> Kirchbacher/Ifsits in WK<sup>2</sup> StGB § 167 Rz 35; Flora in Leukauf/Steininger, StGB<sup>4</sup> § 167 Rz 16.

<sup>18)</sup> Kirchbacher/Ifsits in WK<sup>2</sup> StGB § 167 Rz 31.

<sup>19)</sup> Vgl OGH 16. 12. 1980, 10 Os 98/80.

<sup>20)</sup> RIS-Justiz RSO134618.

<sup>21)</sup> RIS-Justiz RSO095230; Kirchbacher/Ifsits in WK<sup>2</sup> StGB § 167 Rz 37.

<sup>22)</sup> Kirchbacher/Ifsits in WK<sup>2</sup> StGB § 167 Rz 32.

<sup>23)</sup> Vgl § 38 Abs 2 Satz 3 GOG iVm § 2 DV-StAG.

<sup>24)</sup> RIS-Justiz RSO095112.

<sup>25)</sup> Kirchbacher/Ifsits in WK<sup>2</sup> StGB § 167 Rz 42ff mwN; Germ/Hajszan in Hinterhofer, SbgK § 167 StGB Rz 92ff mwN.

<sup>26)</sup> Kirchbacher/Ifsits in WK<sup>2</sup> StGB § 167 Rz 9ff mwN; Germ/Hajszan in SbgK § 167 StGB Rz 6 mwN.

Unter vollständiger Gutmachung des Schadens ist grds die Zurückversetzung in den vorigen Stand idS § 1323 ABGB zu verstehen. Dh, der Vermögenszustand des Geschädigten vor der Vermögensschädigung ist wiederherzustellen.<sup>27)</sup> Ist eine Naturalrestitution nicht möglich, hat der Täter Ersatz für den zugefügten Vermögensschaden zu leisten.<sup>28)</sup>

Die Schadenshöhe ist dabei objektiv zu ermitteln, wofür eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten ist. Die Schadenshöhe bemisst sich nach der Differenz im Gesamtvermögen des Geschädigten. Dabei sind der wirkliche Geschehensablauf und der Erfolg in seiner konkreten Gestalt maßgebend.<sup>29)</sup> In welcher Höhe das Gesamtvermögen des Geschädigten gemindert wurde, ist durch Vergleich der Vermögenslage vor und nach der täuschungsbedingten Verfügung im Weg der Gesamtsaldierung zu ermitteln. Dabei ist auch eine allfällige unmittelbare Schadenskompensation zu berücksichtigen.<sup>30)</sup> Die subjektive Einschätzung oder die Vorstellungen des Täters sind bei der Schadensermittlung irrelevant.<sup>31)</sup>

Zu beachten ist, dass im Falle sog Scheinkonkurrenz, der gesamte – tatsächlich verwirklichte – Schaden zu kompensieren ist. Beschädigt etwa der Täter bei einem Einbruchdiebstahl auch begleitend fremde Sachen, so ist neben der Restituierung des Diebesgutes auch der Sachschaden zu ersetzen.<sup>32)</sup>

Während zivilrechtliche Grundsätze bei der Schadensermittlung herangezogen werden können, sind zivilrechtliche Schadenersatzansprüche mitunter deutlich weitreichender als jener Schaden, der iZm der tätigen Reue wiedergutzumachen ist.

So genügt im Unterschied zum Zivilrecht, nach dem bei vorsätzlich bewirktem Schaden „volle Genugtuung“ zu leisten ist, der Ersatz des positiven Schadens. Dh, der entgangene Gewinn und sonstige Folgeschäden sind idR nicht zu ersetzen.<sup>33)</sup>

Dies gilt jedoch nicht generell und bedarf einer Einzelfallbeurteilung. In gewissen Fällen kann es nämlich sehr wohl erforderlich sein, dass der Täter auch Zinsschäden bzw Veranlagungsschäden ersetzen muss. Dies trifft nach hA<sup>34)</sup> etwa dann zu, wenn es um die Veruntreuung von Spargeldern durch einen Täter geht, dem sie zur Einzahlung auf ein Sparbuch anvertraut worden waren.

Dem Vollständigkeitserfordernis ist in diesen Fällen nur dann Genüge getan, wenn auch der Zinsschaden ersetzt wird. Hinsichtlich der genauen Berechnung können sich hierbei Schwierigkeiten und Unklarheiten ergeben. Grds sollte ein allfälliger Zinsschaden bei der Prüfung tätiger Reue insb dann in den Fokus gerückt werden, wenn es um Tatobjekte wie zB Sparbücher, verzinste Wertpapiere udgl geht.

Die jüngste E des OGH vom 6. 3. 2024, 13 Os 93/23k, zeigt schließlich auf, dass dem Vollständigkeitserfordernis bei speziellen Beziehungen zw Geschädigtem und Täter gewisse Besonderheiten innewohnen. Im zugrunde liegenden Verfahren war zu klären, ob eine ehemalige Ministerin, die verdächtig war, zu Unrecht staatliche Lohnfortzahlungen kassiert zu haben, zur erfolgreichen Berufung auf die tätige Reue auch den auf die Lohnsteuer entfallenden Betrag überweisen hätte müssen. Die StA vertrat nämlich die Rechtsauffassung, dass die geleistete Schadensgutmachung – also der zurückgezahlte Netto-Lohn – dem Vollständigkeitserfordernis nicht genügen würde.

Der OGH teilte diese Auffassung nicht und wies in diesem Zusammenhang auf die bei der Schadensermittlung gebotene wirtschaftliche Betrachtungsweise hin. Da die Einbehaltung der

Lohnsteuer (vgl dazu § 78 EStG) unter dem Blickwinkel der dargelegten Kriterien im Vermögen des Bundes keinen effektiven Verlust an Vermögenssubstanz bewirkte, war diese bei der Schadensberechnung nicht in Anschlag zu bringen. Die Erstattung des Netto-Lohnes war daher als vollständige Schadensgutmachung zu qualifizieren.

Aus dieser E lässt sich über den Anlassfall hinaus ableiten, dass bei der Schadensermittlung stets eine wirtschaftliche Betrachtungsweise der Vermögenssphäre des Geschädigten maßgeblich ist. Verbleiben daher Teile der Tatbeute beim Geschädigten, etwa in Form von Steuern und Abgaben, ist dies dem gutzumachenden Schaden nicht hinzuzurechnen. Insb im Bereich von Sozialbetrug wird man mit dieser Fragestellung bei der Schadensberechnung regelmäßig konfrontiert sein.

### Effektiver Verlust an Vermögenssubstanz ist bei der Schadensermittlung maßgebliches Kriterium.

Abschließend ist jedoch im Hinblick auf das strenge Erfordernis der vollständigen Schadensgutmachung zu empfehlen, im Zweifelsfall eine großzügige Schadensberechnung vorzunehmen. Denn ein Irrtum über die Höhe des Schadens ist unbeachtlich. Auch dann, wenn der Irrtum des Täters über die Schadenshöhe auf die Fehleinschätzung durch das Opfer zurückgeht, ist dieser unbeachtlich. Es ist Sache des Täters, sich über die Vollständigkeit der Schadensgutmachung Gewissheit zu verschaffen. Gutmachung eines zu gering angenommenen Ausmaßes des Schadens bedeutet mangels Vollständigkeit keine tätige Reue. Selbst eine Aufstockung des Ersatzes, nachdem die Behörde vom Verschulden des Täters erfahren hat, kommt zu spät.<sup>35)</sup>

### Schlussstrich

In der anwaltlichen Beratung ist dem Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue besonderes Augenmerk zu schenken. Gleich zu Beginn eines Mandats wird die Möglichkeit der Inanspruchnahme dieses Rechtsinstitutes zu überprüfen sein. Kommt eine Anwendung in Frage, ergibt sich ein umgehender Handlungsbedarf, denn bspw mit einer Sachverhaltsdarstellung durch den Geschädigten – und folglich einer behördlichen Kenntnis – ist immer zu rechnen. IdR empfiehlt sich eine proaktive Herangehensweise, dh etwa den Schaden und die Geschädigten zu erheben, mit diesen in Kontakt zu treten und eine umgehende Kompensation einzuleiten. Häufig ist das Zeitfenster, in welchem tätige Reue möglich ist, sehr klein. Im Falle einer Säumnis ist dieser Strafaufhebungsgrund nicht restituerbar. Tätige Reue ist aber nicht nur aus der Perspektive der Verteidigung bedeutsam: Auch als Vertreter von Geschädigten ist man gut beraten, in Kenntnis des Strafaufhebungsgrundes „in kurzem (effizienten) Weg“<sup>36)</sup> Schadensgutmachung zu betreiben, um bestmögliche Chancen für eine Kompensation zu wahren.

<sup>27)</sup> Germ/Hajszan in SbgK § 167 StGB Rz 31 mWN.

<sup>28)</sup> Schmieder, Tätige Reue (§ 167 StGB), AnwBl 2016, 313 mWN.

<sup>29)</sup> RIS-Justiz RS0094171; RS0129293.

<sup>30)</sup> RIS-Justiz RS0094376.

<sup>31)</sup> Vgl OGH 6. 3. 2024, 13 Os 93/23k.

<sup>32)</sup> Vgl OGH 24. 1. 1980, 12 Os 180/79.

<sup>33)</sup> Kirchbacher/Ifsits in WK<sup>2</sup> StGB § 167 Rz 51 mwN; Schmieder, AnwBl 2016, 313 mWN.

<sup>34)</sup> Kirchbacher/Ifsits in WK<sup>2</sup> StGB § 167 Rz 56.

<sup>35)</sup> Kirchbacher/Ifsits in WK<sup>2</sup> StGB § 167 Rz 81ff mwN.

<sup>36)</sup> Lewis in Kier/Wess, Handbuch Strafverteidigung<sup>2</sup> (2022) Kap 10 Rz 10.2.