



12 Os 117/12s
12 Os 118/12p

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat am 30. Jänner 2014 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Schroll als Vorsitzenden sowie durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. T. Solé und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Bachner-Foregger, Mag. Michel und Dr. Michel-Kwapinski als weitere Richter in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Sattlberger als Schriftführerin in der Strafsache gegen André R***** und andere Angeklagte wegen des Verbrechens der Untreue nach § 153 Abs 1 und Abs 2 zweiter Fall StGB über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Angeklagten André R*****, Mag. Johann K*****, Mag. Kurt S***** und Dr. Bernhard H***** gegen das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Schöffengericht vom 21. Juni 2011, GZ 49 Hv 69/09f-938, sowie über den Antrag des Angeklagten Mag. Kurt S***** auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Mag. Höpler, der Angeklagten und ihrer Verteidiger Dr. Sporn, Dr. Preuschl, Mag. Leitner, Dr. Kralik, Dr. Tassul, Mag. Österreicher und Dr. Isola sowie des Privatbeteiligten Rechtsanwalt Dr. Viehböck als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der Li***** AG

I. den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Angeklagten Mag. Kurt S***** wird die

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt.

II. zu Recht erkannt:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten André R***** und Mag. Johann K***** werden verworfen.

2. Den Berufungen dieser Angeklagten wird dahin Folge gegeben, dass die Freiheitsstrafe bei André R***** - unter Bedachtnahme auf das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 12. Mai 2006, AZ 46 Hv 9/05d - auf ein Jahr und bei Mag. Johann K***** auf 18 Monate herabgesetzt wird.

a. Bei André R***** wird die verhängte Freiheitsstrafe unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen.

b. Ebenso wird bei Mag. Johann K***** die verhängte Freiheitsstrafe unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen.

3. Hingegen wird in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten Mag. Kurt S***** und Dr. Bernhard H***** das Urteil in dem sie betreffenden Umfang aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Wiener Neustadt verwiesen.

4. Mit ihren Berufungen werden die Angeklagten Mag. Kurt S***** und Dr. Bernhard H***** auf die kassatorische Entscheidung verwiesen.

5. Den Berufungen der Angeklagten André R***** und Mag. Johann K***** gegen den Ausspruch über die privatrechtlichen Ansprüche wird Folge gegeben und der Privatbeteiligte auf den Zivilrechtsweg verwiesen.

6. Den Angeklagten André R***** und Mag. Johann K***** fallen die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

G r ü n d e :

Mit dem angefochtenen, auch unbekämpft gebliebene Freisprüche der Angeklagten André R*****, Mag. Johann K*****, Mag. Kurt S***** und Dr. Bernhard H***** sowie einen Freispruch des Angeklagten Univ.-Prof. Dr. Christian N***** von dem ihn betreffenden Anklagevorwurf enthaltenden Urteil wurden André R***** und Mag. Johann K***** des Verbrechens der Untreue nach § 153 Abs 1 und Abs 2 zweiter Fall StGB (A./I./), der Vergehen nach § 255 Abs 1 Z 1 AktG (A./IV./1./a./ und b./) und des Vergehens nach § 255 Abs 1 Z 4 AktG (A./IV./1./c./), Mag. Kurt S***** des Verbrechens der Untreue nach § 153 Abs 1 und Abs 2 zweiter Fall StGB, § 12 zweiter Fall StGB (A./II./1./) und des Vergehens nach § 255 Abs 1 Z 1 AktG (A./IV./2./) sowie Dr. Bernhard H***** des Verbrechens der Untreue nach § 153 Abs 1 und Abs 2 zweiter Fall StGB, § 12 dritter Fall StGB (A./III./) und der Vergehen nach § 255 Abs 1 Z 1 AktG, § 12 dritter Fall StGB (A./V./) schuldig erkannt.

Von den Vorwürfen des Betrugs im Zuge des Börsegangs der Li***** AG im November 1999 mit einem Emissionsvolumen von 77,56 Mio Euro und zum Nachteil der T***** AG anlässlich deren Erwerbs von Aktien der „Altaktionäre“ zu einem Kaufpreis von rund 85 Mio Euro wurden sämtliche Angeklagte im Wesentlichen mangels Schädigungsvorsatzes freigesprochen (US 7 f, 29, 32, 98 f).

Nach dem Inhalt des Schuldspruchs haben in der

Zeit von Februar 1999 bis Mitte Mai 1999 in G***** und W*****

I./ André R***** und Mag. Johann K***** im bewussten und gewollten Zusammenwirken als Mittäter in ihrer Eigenschaft als Vorstände der L***** HandelsAG die ihnen durch Gesetz und Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen, nämlich jenes der L***** Handels AG, zu verfügen und diese zu verpflichten, wissentlich missbraucht, indem sie eine mit deren Betriebsergebnissen nicht in Einklang zu bringende und nur durch tatsachenwidrige Ausweisung eines Gewinns in der Höhe von zumindest 133.769.324,50 ATS (Gesamtgewinn 447.040.132,92 ATS) in der Bilanz 1998/99 ermöglichte Ausschüttung einer - tatsächlich eine im Ausmaß von zumindest 127.773.314,50 ATS gemäß § 52 AktG verbotene Rückgewähr von Einlagen darstellende - „Sonderdividende“ in Höhe von 440.000.000 ATS (31.976.047 Euro) an die UD-***** als Alleinaktionärin verfügten und die zur Finanzierung des tatsachenwidrigen Gewinns erforderlichen Darlehen bei der C***** und bei der P***** aufnahmen, und dadurch der L***** HandelsAG einen aus der Erhöhung der Passiva um 133.769.324,50 ATS resultierenden Vermögensnachteil in diesem Ausmaß zugefügt, wobei sie einen 50.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführten;

II./ Mag. Kurt S***** in seiner Eigenschaft als Aufsichtsratsvorsitzender der L***** HandelsAG André R***** und Mag. Johann K***** zur Ausführung der unter Punkt I./ beschriebenen strafbaren Handlung mit der Einschränkung, dass er von einem nicht erzielten und damit auch nicht ausschüttbaren Gewinn von zumindest 93.034.000 ATS ausging, dadurch bestimmt, „dass er die

hiefür erforderlichen grundlegenden konzeptionellen gesellschaftsrechtlichen und bilanztechnischen Maßnahmen in Auftrag gab bzw auch selbst setzte sowie seine Unterstützung im Aufsichtsrat durch Erteilung der erforderlichen Genehmigungen zusicherte“;

III./ Dr. Bernhard H***** zur Ausführung der unter Punkt I./ beschriebenen strafbaren Handlungen mit der Einschränkung, dass er von einem nicht erzielten Gewinn von zumindest 111.624.896 ATS, und davon nicht ausschüttbaren Gewinn von zumindest 105.303.991,36 ATS, ausging, dadurch beigetragen, dass er als mit der Prüfung des Jahresabschlusses der L***** HandelsAG für das Jahr 1998/99 befasster Wirtschaftsprüfer durch Bestätigung eines überhöhten und überdies nicht ausschüttbaren, von ihm mitgestalteten Bilanzgewinnes den zu Punkt I./ genannten Personen die Verschleierung der Rückgewähr von Einlagen in Höhe von zumindest 105.303.991,36 ATS gemäß § 52 AktG ermöglichte;

IV./ die Verhältnisse der L***** HandelsAG durch einen auf unzutreffenden Wertansätzen im Jahresabschluss aufbauenden, um einen Betrag von zumindest 133.769.324,50 ATS überhöht ausgewiesenen Bilanzgewinn für das Geschäftsjahr 1998/99 von insgesamt 447.000.000 ATS, unrichtig wiedergegeben, und zwar

1./ André R***** und Mag. Johann K***** als Mitglieder des Vorstands der L***** HandelsAG im bewussten und gewollten Zusammenwirken als Mittäter

a./ am 21. April 1999 in G***** im „Lagebericht 1998/99 Umsatz- und Ertragsentwicklung“;

b./ am 6. Mai 1999 in W***** in dem der Hauptversammlung vorgelegten Jahresabschluss der L***** HandelsAG 1998/99;

c./ in der Zeit von März bis Mai 1999 in einem den mit der Abschlussprüfung des Jahresabschlusses der L***** HandelsAG befassten Angestellten der A***** GmbH zur Durchführung der Prüfung und Testierung vorgelegten Jahresabschluss der L***** HandelsAG für das Bilanzjahr 1998/99 und den bezughabenden Informationen und Unterlagen, somit in Auskünften, die nach § 272 HGB einem Abschlussprüfer oder den sonstigen Prüfern der Gesellschaft zu geben sind;

2./ Mag. Kurt S***** als Mitglied des Aufsichtsrats am 6. Mai 1999 in W***** in einem der Hauptversammlung vorgelegten Jahresabschluss der L***** HandelsAG 1998/99;

V./ Dr. Bernhard H***** zur Ausführung der unter Punkt IV./1./a./ bis b./ und IV./2./ beschriebenen strafbaren Handlungen beigetragen, indem er als Wirtschaftsprüfer die zur Darstellung des unrichtigen Bilanzgewinns erforderlichen Bilanzmaßnahmen abstimmt und den Bestätigungsvermerk für den unrichtigen Jahresabschluss der L***** HandelsAG für das Jahr 1998/99 erteilt.

Dagegen richten sich die Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten, die von André R***** auf Z 1, 4, 5, 5a, 9 lit a, 9 lit b, 10 und 11, von Mag. Johann K***** auf Z 1, 4, 5, 5a, 9 lit a, 9 lit b und 10, von Mag. Kurt S***** auf Z 5 und 9 lit a sowie von Dr. Bernhard H***** auf Z 1, 5, 5a, 9 lit a und 9 lit b des § 281 Abs 1 StPO gestützt werden. Des weiteren liegt der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Ausführung der rechtzeitig angemeldeten Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde und

der Berufung des Angeklagten Mag. Kurt S***** vor.

Zum Wiedereinsetzungsantrag des Angeklagten
Mag. Kurt S*****:

Der Wiedereinsetzungswerber bringt vor, dass bei der beabsichtigten (rechtzeitigen) Einbringung seiner Nichtigkeitsbeschwerde im Wege des WEB-ERV von einer Kanzleikraft seines Verteidigers versehentlich und erstmals eine falsche, nämlich das Rechtsmittel nicht enthaltende pdf-Datei übermittelt wurde und bescheinigt dies mit deren beigelegter Erklärung.

Gemäß § 364 Abs 1 StPO ist dem Angeklagten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Ausführung eines Rechtsmittels zu bewilligen, wenn er nachzuweisen vermag, dass ihm die Einhaltung der Frist durch unabwendbare Umstände ohne sein oder seines Vertreters Verschulden unmöglich war, bzw ihm oder seinem Vertreter insoweit bloß ein Versehen minderen Grades zur Last zu legen ist.

Ausgehend vom Vorbringen im Wiedereinsetzungsantrag, an dessen Richtigkeit zu zweifeln kein Grund besteht, war der fristgerecht beantragte Rechtsbehelf zu bewilligen, weil das dargestellte Kanzleiversehen der unterbliebenen Einbringung der Rechtsmittelausführung die Voraussetzungen des § 364 Abs 1 StPO erfüllt, zumal darin keine Verletzung der von einem ordentlichen Rechtsanwalt zu erwartenden Organisations- und Kontrollpflichten zu erblicken ist (RIS-Justiz RS0101310, RS0101329).

Für die Erledigung der Nichtigkeitsbeschwerden

maßgebliche erstgerichtliche Feststellungen:

Der Erstangeklagte André R*****, der als Vorstand der L***** HandelsAG bestellt war, beabsichtigte bereits 1996 dieses damals dem B*****-Konzern gehörende Unternehmen an Finanzinvestoren zu verkaufen und wandte sich hiefür an den Angeklagten Mag. Kurt S***** als Vorstand der Mittelstandsfinanzierungsgesellschaft „U***** AG“ (kurz: U*****). Zur Umsetzung dieses Ziels gründete Mag. Kurt S***** am 15. Oktober 1997 die „UD-***** AG“ (kurz: UD*****) und übernahm am 1. Juli 1998 selbst die Vorstandsfunktion.

Das zum Erwerb der L***** HandelsAG erforderliche Kapital brachte die UD***** wie folgt auf:

300 Mio ATS Eigenmittel von Aktionären (beteiligt waren zu 25,1 % die „U*****“, zu 25 % die de***** AG [DB*****) und zu 49,9 % andere Investoren, darunter André R***** und Mag. Johann K*****) bestehend aus insgesamt 150 Mio ATS Grundkapital und 150 Mio ATS Agio auf die gezeichneten Aktien. Ferner erhielt die UD***** von ihren Aktionären im Verhältnis ihrer Aktienbeteiligungen 300 Mio ATS an nachrangigen Gesellschafterdarlehen, nahm zusätzlich bei der (ehemaligen) C***** AG einen (mit 49 % der Li*****-Aktien besicherten) Bankkredit über 500 Mio ATS auf und erwarb (letztlich) im Oktober 1997 100 % der Geschäftsanteile der Li***** zu einem Gesamtkaufpreis von ca 1,09 Milliarden ATS. Die UD***** wurde somit zur einzigen Aktionärin der L***** HandelsAG.

Mit Vorstandsvertrag vom 17. November 1997 wurde der Zweitangeklagte Mag. Johann K***** zum weiteren Vorstandsmitglied der L***** HandelsAG bestellt.

Der Erstangeklagte war Vorstandsvorsitzender

(CEO) und intern für Verkauf, Einkauf, Strategie, Marketing, Werbung, Expansion und Investors Relations zuständig. Dem Zweitangeklagten fielen als Vorstandsdirektor die Aufgabenbereiche Finanz- und Rechnungswesen, Controlling, Logistik und Organisation, IT und Verwaltung zu (CFO).

Für einen in Aussicht genommenen Börsegang im Jahr 1999 war dafür nach dem Plan des Drittangeklagten Mag. Kurt S***** die Verschmelzung der UD***** mit der L***** HandelsAG erforderlich. Zum einen, damit die Aktionäre der UD*****, die die Li*****-Aktien nur mittelbar über die UD***** hielten, zu unmittelbaren Aktionären wurden und so auch an diversen Beteiligungsverkäufen bzw am Börsegang mitpartizipieren könnten, zum anderen zur Vermeidung von Steuern bei einem allfälligen Veräußerungsgewinn der Anteile der UD***** an der L***** HandelsAG.

Der Erst-, Zweit- und Drittangeklagte kamen überein, dass die steuerrechtlich und für die Aktionäre der UD***** günstigste Variante eine „Down-Stream“-Verschmelzung der UD***** an die aufnehmende L***** HandelsAG sei. Zu diesem Zweck war es erforderlich, dass die UD*****, die aufgrund der Darlehen der Aktionäre und der C***** AG verschuldet war, schuldenfrei gestellt werde, damit kein Verschmelzungsverlust entstände. Planmäßig war die Ausschüttung einer Sonderdividende der L***** HandelsAG in der Höhe von 440.000.000 ATS an die UD***** (Alleinaktionärin) erforderlich (US 16).

Da jedoch tatsächlich bloß ein Gewinn von maximal ca 313 Mio ATS vorlag (US 22), setzten die Angeklagten André R***** und Mag. Johann K*****, denen schon vor Abschluss des Wirtschaftsjahres 1998/99 klar war,

dass die Bilanz angesichts des bevorstehenden Börsengangs einen möglichst hohen Gewinn ausweisen sollte, mit Hilfe des Fünftangeklagten Dr. Bernhard H***** im Zeitraum von Februar bis Mai 1999 die nachstehenden bilanziellen Maßnahmen (US 17 bis 21):

Filiale 99:

In dieser für Retourware vorgesehenen Filiale waren die Lagerbestände um zumindest 24.700.000 ATS zu hoch ausgewiesen. Dies gründete sich auf einen nicht vorhandenen Warenbestand von 1 Mio Feuerzeugen und mehr als 450.000 Energydrinks des Unternehmens Fi***** und Retourbuchungen der Unternehmen Gr***** & Me*****. Obwohl der Erst- und der Zweitangeklagte um diesen überhöhten Lagerbestand wussten, ließen sie diesen Wertposten in der Bilanz unberichtigt stehen.

Werbekostenzuschüsse, Boni und Gutschriften:

Im Wissen, dass diese im Folgejahr wieder storniert würden, veranlassten die Angeklagten André R***** und Mag. Johann K***** ihre Mitarbeiter, bei einzelnen Lieferanten anzufragen, ob erst für das nächste Jahr vorgesehene Boni und Werbekostenzuschüsse vorgezogen werden könnten, sodass es zu entsprechenden Scheinerträgen im Wert von zumindest 9.344.429,24 ATS kam.

Pre-Opening-Zuschuss:

Anlässlich eines am 14. Juli 1998 zwischen der L***** HandelsAG und der Ge***** AG abgeschlossenen Bestandsvertrags im Ka***** wurde der L***** HandelsAG im Rahmen einer Nachtragsvereinbarung ein

Pre-Opening-Zuschuss von 8 Mio ATS gewährt, der laut einem ebenfalls mit diesem Datum versehenen Sideletter nicht durch Bezahlung eines entsprechenden Betrags, sondern durch laufende monatliche Anrechnung eines Teilbetrags entsprechend eines angenommenen neunjährigen Bestandverhältnisses auf den Mietzins erfolgen sollte. Trotzdem wurde der gesamte Betrag von 8 Mio ATS als außerordentlicher Ertrag in die Bilanz für das Geschäftsjahr 1998/99 aufgenommen und daher ein um 7.483.750 ATS überhöhter Ertrag ausgewiesen. Dem Erst-, Zweit- und Fünftangeklagten waren nach den erstinstanzlichen Konstatierungen die genannten Urkunden bekannt gewesen.

Fremdwährungskredite:

Im Juli und August 1998 sowie im Februar 1999 aufgenommene Fremdwährungskredite in Schweizer Franken wurden trotz Kursverlusten zum Bilanzstichtag 28. Februar 1999 zum Anschaffungswert und nicht zu einem auf den aktuellen Wechselkurs aufgewerteten Betrag ausgewiesen, ohne dass im Jahresabschluss für die Kursverluste Vorsorge getroffen worden wäre. Zwischenzeitig erworbene europäische Call-Optionen zu einem dem Anschaffungskurs in etwa entsprechenden Ausübungskurs waren wenige Tage nach dem Bilanzstichtag veräußert worden. Die Verbindlichkeiten wurden daher um 11.107.146 ATS zu niedrig ausgewiesen.

Unternehmensbewertung Li***** Deutschland:

Nachdem der Viertangeklagte Univ.-Prof. Dr. Christian N***** dem Drittangeklagten

Mag. Kurt S***** mitgeteilt hatte, dass es zu einem Verschmelzungsverlust in Höhe von 145 Mio ATS kommen werde, machten sich der Erst- und der Zweitangeklagte im Auftrag von Mag. S***** und im Wissen, dass es einen solchen nicht gab, auf die Suche nach einem möglichen weiteren Gewinnposten. Dabei stieß Mag. Johann K***** auf Li***** Deutschland. Obwohl der Viertangeklagte meinte, dass er den Firmenbuchrichter trotz eines Verschmelzungsverlusts von der Notwendigkeit der Verschmelzung überzeugen könnte, entschied der Drittangeklagte nach Anraten des Dr. Roland Ri*****, der für die E***** Wirtschaftsprüfungs- und SteuerberatungsgesellschaftmbH dieses Konzept erstellte, und im Wissen des Fünftangeklagten, dass durch die Einbringung der Li***** Deutschland in die zu 100 % der L***** HandelsAG gehörende Li***** Management und der sich dadurch ergebenden Möglichkeit einer Neubewertung der Li***** Deutschland (§ 202 Abs 1 UGB) sowie der folgenden Aufwertung der Beteiligung der Li***** Management an der L***** HandelsAG ein entsprechender Buchgewinn zur Abdeckung des erwarteten Verschmelzungsverlusts dargestellt werden sollte.

Zwecks Aufwertung der Li***** Deutschland, deren Beteiligung im Jahresabschluss 1997/98 der L***** HandelsAG mit 1 ATS bewertet und der zuletzt am 28. Februar 1999 ein Zuschuss zur Verlustabdeckung in Höhe von 18 Mio ATS gewährt worden war, beauftragte der Zweitangeklagte nach Auftrag des Drittangeklagten, im Zusammenwirken mit dem Fünftangeklagten und im Wissen des Erstangeklagten im April 1999 die KP*****, ein Unternehmensbewertungsgutachten hinsichtlich der Li*****

Deutschland zu erstatten, wobei Mag. Johann K***** Mitarbeitern der KP***** das „Wunschergebnis“ mitteilte.

Im Bewertungsgutachten der KP*****, bei dem den Erst-, Zweit-, Dritt- und Fünftangeklagten klar war, dass es sich um ein „Rechtfertigungsgutachten“ handelte, dessen Inhalt von den Auftraggebern bestimmt war, wurde zuletzt - unter der Voraussetzung, dass die finanziellen Ressourcen gegeben sind - ein Unternehmenswert zwischen 140 Mio und 160 Mio ATS ermittelt. Die Beteiligung der Li***** Management an der Li***** Deutschland wurde von den beiden Vorstandsdirektoren unter Berücksichtigung latenter Steuer (in Höhe von 23,9 Mio ATS) mit einem Betrag von 116,1 Mio ATS in die Bilanz genommen und wirkte sich unter Berücksichtigung einer erst am 3. Mai 1999 in Anschlag gebrachten Rückstellung für Schließungskosten in Höhe von 35 Mio ATS und der daraus resultierenden Ersparnis an Körperschaftssteuer (vgl US 65) mit einem unrichtigen Bilanzgewinn von 93.034.000 ATS auf das Jahresergebnis aus.

Der Erst- und der Zweitangeklagte wussten, dass es sich dabei um einen überhöht ausgewiesenen außerordentlichen Ertrag handelte.

Der Drittangeklagte wollte, dass diese einen solchen zur Vermeidung eines Verschmelzungsverlusts in der Bilanz darstellten. Er wusste, dass die Unternehmensbewertung nicht der Realität entsprach, dass damit Erst- und Zweitangeklagter ihre Befugnis missbrauchten und dass der L***** HandelsAG durch die fremdfinanzierte Ausschüttung ein Schaden in dieser Höhe erwuchs.

Der Fünftangeklagte bestätigte den Jahresabschluss 1998/99 im Wissen, dass die

Unternehmensbewertung Li***** Deutschland nicht richtig war, die Verbindlichkeiten für Fremdwährungskredite zu niedrig angesetzt waren und der Pre-Opening-Zuschuss entgegen der Vereinbarung mit Ge***** in einem realisiert wurde.

Auf Basis eines in diesen Positionen bewusst unrichtigen, den Gewinn um 133.769.324,50 ATS zu hoch ausweisenden Jahresabschlusses, der auch dem Lagebericht 1998/99 vom 21. April 1999 zugrunde lag, und eines Gewinnverwendungsvorschlags der Angeklagten André R***** und Mag. Johann K***** wurde nach Billigung durch den Aufsichtsrat von der Hauptversammlung, bestehend aus der Alleinaktionärin UD*****, am 6. Mai 1999 die Ausschüttung einer Sonderdividende in der Höhe von 440 Mio ATS beschlossen (vgl. § 126 Abs 4 AktG idF BGBl 1996/304).

Mit einem Betrag von zumindest 127.773.314,50 ATS (US 22), mit dem die L***** HandelsAG zu Unrecht entreichert wurde, wurde deren Alleinaktionärin UD***** bereichert. Überdies wurde die L***** HandelsAG um die aufgrund des überhöht ausgewiesenen Gewinns zu Unrecht bezahlte Körperschaftsteuer in Höhe von 5.996.010 ATS belastet (US 24).

Die Kreditverbindlichkeiten der L***** HandelsAG erhöhten sich durch die vom Erst- und Zweitangeklagten im Wege der Inanspruchnahme von Barvorlagen bei der C***** und der P***** finanzierten gesamten Ausschüttung von 440 Mio ATS, die bereits am 10. Mai 1999 an die UD***** überwiesen wurden, von bisher 634 Mio ATS auf 1.074 Mio ATS. Mit 31. Mai 1999 gab es

einen offenen Kreditrahmen von insgesamt ca 2,4 Mrd ATS, der jederzeit abrufbar war (US 24).

Sowohl der Erst- als auch der Zweitangeklagte wussten, dass der Jahresabschluss um den genannten Betrag überhöht war und präsentierten ihn in diesem Wissen auch der Hauptversammlung. Sie wussten beide, dass die Sonderdividende durch die Abberufung der Barvorlagen um zumindest 127.773.314,50 ATS zu Unrecht ausbezahlt wurde und sie damit das Unternehmen in dieser Höhe am Vermögen schädigten, was sie billigend in Kauf nahmen. Schließlich wussten sie, dass sie damit ihre Befugnis als Vorstandsmitglieder missbrauchten (US 24).

Der Drittangeklagte Mag. Kurt S***** sorgte als Aufsichtsratsvorsitzender dafür, dass die für die Ausschüttung erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrats und die Genehmigung des Jahresabschlusses erfolgten. Im Wissen, dass der Bilanzgewinn zumindest in der Höhe von 93.034.000 ATS überhöht war, bestätigte er in der Hauptversammlung im Wissen, dass diese Bestätigung falsch war, dass nach der vom Aufsichtsrat vorgenommenen Prüfung des Jahresabschlusses, des Gewinnverwendungsvorschlags, des Lageberichts und der Geschäftsführung kein Anlass zu einer Beanstandung bestehe und der Aufsichtsrat den Jahresabschluss gebilligt habe (US 23).

Der Fünftangeklagte Dr. Bernhard H***** stimmte als Wirtschaftsprüfer namens der A***** GmbH die für die Bilanzfälschungen notwendigen Bilanzmaßnahmen ab und erteilte den Bestätigungsvermerk hinsichtlich des Jahresabschlusses 1998/99 im Wissen, dass der Gewinn zumindest in einem Betrag von 111.624.896 ATS überhöht war. Er wusste ferner, dass dem Erst- und dem

Zweitangeklagten bewusst war, dass der Gewinn zumindest in dieser Höhe unrichtig dargestellt wurde. „Es war ihm auch klar, dass die Ausschüttung in der Höhe von 105.303.999,35 ATS zu Unrecht erfolgte. Er wusste daher, dass ein fremdfinanzierter Betrag „in dieser Höhe“ an Kredit ohne Grund an die UD***** auf Vorschlag des Erst- und Zweitangeklagten ausgeschüttet wurde, und eine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung in dieser Höhe an die UD*****, finanziert durch Barvorlagen, stattfand. Ihm war dabei auch bewusst, dass die L***** HandelsAG um diesen Betrag am Vermögen geschädigt wurde“ (US 23).

Den unrichtigen Jahresabschluss mit den bezug habenden, teilweise unrichtigen Unterlagen stellten die Angeklagten André R***** und Mag. Johann K***** den Angestellten der A***** GmbH während ihrer Tätigkeit von März bis Mai 1999 zur Durchführung der Prüfung zur Verfügung (US 22).

In weiterer Folge zahlte die UD***** die Gesellschafterdarlehen in der Höhe von 300 Mio ATS zurück und führte eine Kapitalerhöhung durch, für welche die Aktionäre die zurückerhaltenen Beträge und die Managementaktionäre André R***** und Mag. Johann K***** zusätzlich 84 Mio ATS an die UD***** einzahlten. Dadurch konnte der Kredit bei der (ehemaligen) C***** AG getilgt werden, sodass die UD***** lastenfrei gestellt war und die verpfändeten Li*****-Aktien frei wurden (US 25 f).

Im Wege einer im Mai 1999 durchgeführten „Down-Stream“-Verschmelzung wurde das Vermögen der UD***** an die L***** HandelsAG übertragen. Die ehemaligen Aktionäre der UD***** („Altaktionäre“) erhielten sämtliche Aktien, die dieses Unternehmen an der L*****

HandelsAG gehalten hatte (US 26) und wurden so deren unmittelbare Aktionäre.

Durch die Ausschüttung der Sonderdividende entstand weder ein bedrohender Liquiditätsengpass bei der L***** HandelsAG noch war sie Grund für die Nichtrückführung von Krediten in den Jahren 2001 und 2002 (US 25).

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Erstangeklagten André R***** und des Zweitangeklagten Mag. Johann K*****:

Die gegen das Urteil einleitend vorgebrachten Ausführungen des Angeklagten André R***** nehmen zwar zum Teil einzelne Beschwerdeeinwände vorweg, erschöpfen sich aber im Wesentlichen in der Einschätzung der Verfahrensergebnisse aus Sicht des Angeklagten. Solcherart sind sie keinem bestimmten Anfechtungspunkt zuzuordnen und daher unbeachtlich (vgl 14 Os 92/03).

Beide Beschwerdeführer behaupten eine verfassungswidrige, weil gegen Art 6 Abs 1 EMRK verstoßende Besetzung des Schöffengerichts mit nur einem Berufsrichter und zwei in einer derart komplexen Wirtschaftsstrafsache nicht fachkundigen Laienrichtern nach § 32 Abs 1 letzter Satz StPO idF BGBl I 2009/52, die auch durch die Möglichkeit der Beiziehung von Sachverständigen nicht ausgeglichen werden könne. Sie sind aber zu einer Anfechtung aus Z 1 des § 281 Abs 1 StPO schon mangels Rüge nicht legitimiert.

Da der Oberste Gerichtshof demnach die Besetzungsvorschrift des § 32 Abs 1 letzter Satz StPO bei seiner Rechtsmittelentscheidung wegen fehlender Rüge in der

Hauptverhandlung gar nicht anzuwenden hat, kommt - aufgrund fehlender Präjudizialität (Art 89 Abs 2 B-VG) - der angeregte Normenprüfungsantrag beim Verfassungsgerichtshof von vornherein nicht in Betracht (vgl. *Mayer B-VG*⁴ Art 89 Anm. II.1 ff).

Aus eben diesem Grund scheidet auch die Anregung des Erstangeklagten, beim Verfassungsgerichtshof den Antrag zu stellen, die Verfassungsmäßigkeit bzw. Verfassungswidrigkeit der Wortfolge „... durch einen gegen seinen Antrag oder Widerspruch gefassten Beschluss ...“ in § 281 (1) Z 4 StPO zu überprüfen und als verfassungswidrig aufzuheben, stützt sie der Nichtigkeitswerber doch ausschließlich auf behauptete, seiner Ansicht nach gegen Art 6 EMRK verstoßende Vorgänge nach Urteilsfällung anlässlich der Zustellung und Berichtigung von Hauptverhandlungsprotokollen, deren fehlende Nichtigkeitsrelevanz er ausdrücklich zugesteht. Der genannte Nichtigkeitsgrund kommt insoweit somit nicht zur Anwendung.

Der Zweitangeklagte behauptet die Ausgeschlossenheit des vom Untersuchungsrichter mit Beschlüssen vom 1. Dezember 2003 (ON 172) und vom 6. März 2006 (ON 2 in ON 745; vgl. auch S 3 sss des fortgesetzten Antrags- und Bewilligungsbogens) bestellten Sachverständigen Mag. (FH) Martin G*****, zumal diesen nach Erstattung entsprechender Gutachten im Vorverfahren (ON 519, 673, 737a) auch das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung, ohne dass ein Bestellungsbeschluss gefasst worden wäre (vgl. jedoch *Hinterhofer*, WK-StPO § 126 Rz 43), beigezogen habe, womit ihm jegliche Möglichkeit genommen worden sei, ihn in der Hauptverhandlung abzulehnen, weil

gemäß der nunmehr geltenden Bestimmung des § 126 Abs 4 letzter Satz StPO „... die Befangenheit des Sachverständigen [...] nicht bloß mit Begründung geltend gemacht werden [kann], dass er bereits im Ermittlungsverfahren tätig gewesen ist“. Gemäß § 68 Abs 2 StPO in der Fassung vor Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes BGBl I 2004/19, dessen wesentlicher Regelungsgehalt sich in den nunmehrigen Bestimmungen des § 43 StPO (gemeint wohl: dessen Abs 2) wiederfinde, seien von der Mitwirkung und Entscheidung in der Hauptverhandlung jene Richter ausgeschlossen, die in der selben Sache als Untersuchungsrichter tätig gewesen seien. Diese Regelungen hinsichtlich des Ausschlusses des Untersuchungsrichters hätten jedoch auch für sein Hilfsorgan, den Sachverständigen, zu gelten, sodass - um im Hinblick auf den Grundsatz des fair trial auch nur den Anschein der Befangenheit zu vermeiden - die „Beteiligung des Sachverständigen an der Hauptverhandlung im gegenständlichen Verfahren der Beteiligung eines ausgeschlossenen Richters gleichzuhalten“ sei und Nichtigkeit aus Z 1 begründe.

Diese Argumentation geht jedoch schon im Ansatz fehl, handelt es sich doch bei einem Sachverständigen nicht um ein Mitglied des erkennenden Gerichts, auf das der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund ausschließlich Anwendung findet (*Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 96), sondern um ein persönliches Beweismittel, dessen Aufnahme in der Hauptverhandlung durch Vernehmung geregelt ist (*Kirchbacher*, WK-StPO § 247 Rz 2 und 46; *Hinterhofer*, WK-StPO § 125 Rz 11 mwN).

Überdies wird eine analoge Anwendung richterlicher Ausgeschlossenheit auf die gesondert geregelten

Fälle der Befangenheit eines Sachverständigen (vgl § 126 Abs 4 iVm § 47 StPO) und damit das Vorliegen einer planwidrigen Lücke von der Rüge unter Hinweis auf die gerichtliche Organe betreffende Judikatur bloß behauptet, aber nicht methodisch vertretbar begründet.

Auch der weitere - eventualiter erhobene - Einwand der Ausgeschlossenheit des Sachverständigen „auch nach den nunmehr geltenden Bestimmungen der StPO“ orientiert sich nicht am Anfechtungsrahmen der auch in diesem Zusammenhang relevierten Besetzungsrüge (Z 1).

Im Übrigen lassen die weitwändig vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Beiziehung eines von der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren bestellten Sachverständigen auch in der Hauptverhandlung insoweit einen Bezug zum vorliegenden Akteninhalt vermissen, als der Sachverständige Mag. (FH) Martin G***** ausschließlich durch den Untersuchungsrichter bestellt wurde. Inwieweit dieser „in weiterer Folge für die Staatsanwaltschaft tätig“ geworden sein soll, bleibt ohne Aktenbezug (vgl RIS-Justiz RS0124172) und ist darüber hinaus auch nicht nachvollziehbar, wurde der Akt doch nach Schluss der Voruntersuchung gemäß § 112 StPO aF der Staatsanwaltschaft übermittelt und - nachdem im Juli 2008 das letzte (noch vom Untersuchungsrichter in Auftrag gegebene) Teilgutachten eingelangt war - nach zwischenzeitiger mehrfacher Rückmittlung zwecks Entscheidung über diverse Anträge und Beschwerden - am 14. Oktober 2009 mit Anklage retourniert (ON 767).

Schließlich legt die Beschwerde nicht dar, weshalb es dem Angeklagten nach der zum Zeitpunkt der Sachverständigenbestellung geltenden Rechtslage nicht

möglich gewesen sein sollte, Einwände wegen Befangenheit oder Zweifel an der fachlichen Eignung des Experten geltend zu machen (vgl §§ 120, 125 f StPO idF vor BGBl I 2004/19).

Das vom Beschwerdeführer Mag. Johann K***** in seiner nachträglich eingebrachten „Nichtigkeitsrüge“ vom 8. Oktober 2012 erstattete Vorbringen, aufgrund nunmehr hervorgekommener Umstände bestünden Zweifel an der Gesetzestreue, Korrektheit, Sorgfalt, Charakterstärke und am Pflichtbewusstsein des Sachverständigen Mag. (FH) Martin G*****, was ausdrücklich als nichtigkeitsbegründend gerügt werde, ist sowohl auf Grund des im Nichtigkeitsverfahren geltenden Neuerungsverbots als auch angesichts der Einmaligkeit der Rechtsmittelausführung unbeachtlich (*Ratz*, WK-StPO § 285 Rz 6).

Nach Einlangen der Anklageschrift gab die Vorsitzende am 16. Oktober 2009 dem Präsidenten des Landesgerichts Wiener Neustadt bekannt, dass ihr Mann Dr. Rainer Bo***** in seiner Funktion als Vorstandsmitglied des Österreichischen Genossenschaftsverbands den Viertangeklagten Univ.-Prof. Dr. Christian N***** in den letzten zwei Jahren zumindest fünf Mal als Gutachter herangezogen habe, ihr Schwager Dr. Werner Bo***** 2006 einen Lehrauftrag im Institut für Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien, dem der Viertangeklagte vorstehe, gehabt habe, sie Univ.-Prof. Dr. Christian N***** persönlich nicht kenne und sich auch nicht befangen fühle (ON 768). Am 20. Oktober 2009 fasste der Präsident des genannten Gerichtshofs den Beschluss, dass eine Ausgeschlossenheit nicht vorliege (ON 769). Einen daraufhin eingebrachten Ablehnungsantrag des Erstangeklagten vom 13. November 2009 (ON 783) wies der Präsident nach

neuerlicher Einholung einer Stellungnahme der Vorsitzenden des Schöffengerichts, in der diese im Wesentlichen auf ihre Darstellung vom 16. Oktober 2009 verwies und sie dahingehend ergänzte, dass ein privater Kontakt zwischen ihrem Ehemann und Univ.-Prof. Dr. Christian N***** nicht bestehe (ON 788), mit Beschluss vom 14. Dezember 2009 ab (ON 791).

Beide Beschlüsse wurden allen Verteidigern zugestellt (5. Teil des Antrags- und Bewilligungsbogens, S 5 und 13 verso f).

Befangenheitsgründe können nunmehr auch erst im Rechtsmittel geltend gemacht werden, falls der Beschwerdeführer nicht in der Lage war, seiner Rügeobliegenheit zu entsprechen (*Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 132). Diesem Erfordernis wird die Rüge des Zweitangeklagten schon deshalb nicht gerecht, weil sie sich unter bloßem Hinweis auf den Freispruch des Viertangeklagten Univ.-Prof. Dr. Christian N***** lediglich auf die oben geschilderten Umstände stützt, die dem Rechtsmittelwerber schon zu Beginn der Hauptverhandlung bekannt waren und aus denen er nunmehr im Wege eigenständiger hypothetischer Überlegungen den unzulässigen Versuch unternimmt, den zumindest objektiven Anschein fehlender völliger Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit und damit Ausgeschlossenheit abzuleiten (RIS-Justiz RS0109958).

Der Angeklagte André R***** vermeint, dass die von ihm dargestellte „unterschiedliche Gewichtung beim Schuldspruch des Drittangeklagten einerseits und beim Freispruch des Viertangeklagten andererseits den befangenen und nicht objektiven Zugang der vorsitzenden Richterin zu

dieser Strafsache zeige“. Mit diesen Überlegungen wendet er sich im Ergebnis bloß gegen das den Tatrichtern nach § 258 Abs 2 zweiter Satz StPO zustehende Beweismittelermessen (vgl. *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 470, 490). Sie sind daher bereits per se nicht geeignet, die Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit der Vorsitzenden in Zweifel zu setzen (*Lässig*, WK-StPO § 43 Rz 12; vgl. auch RIS-Justiz RS0098236; 13 Os 38/99).

Mit Verfahrensrüge (Z 4) kritisieren beide Beschwerdeführer die Abweisung (ON 935 S 54) des vom Erstangeklagten am 31. Mai 2011 (ON 921 S 17) gestellten Antrags auf Einholung des Gutachtens eines Sachverständigen aus dem Fachgebiet des Handels mit Büchern, Musik, Papeterie (Papier-, Büro- und Schreibwaren) und Geschenkartikel, Telekommunikation und Neuen Medien zum Nachweis dafür, dass die vom Nichtigkeitswerber in den Jahren 1998 bis 2000 angestellten Überlegungen bei der Unternehmensplanung für Li***** Deutschland (wie auch für Li***** Österreich) nicht nur plausibel, sondern sogar richtig waren, und zwar nicht zuletzt im Hinblick auf die damalige Marktsituation und die damals zu erwartenden Marktentwicklungen.

Diesem Begehren hat sich der Zweitangeklagte weder angeschlossen noch selbst einen derartigen Antrag gestellt. Er ist daher zu einer Rüge aus Z 4 nicht legitimiert (RIS-Justiz RS0119854; *Ratz* WK-StPO § 281 Rz 324).

Aber auch der Beschwerde des Erstangeklagten zuwider wurde dieser durch das Zwischenerkenntnis in seinen Verteidigungsrechten nicht verletzt, weil die Tatrichter selbst von der Richtigkeit des auf den Vorgaben der Angeklagten André R***** und Mag. Johann K***** basierenden

Zahlenwerks des Unternehmensbewertungsgutachtens der KP***** (US 55) und davon ausgingen, dass es sich bei Li***** Deutschland lediglich um einen Plan handelte (US 49), dessen Konzept noch zwei Monate nach der Ausschüttung nicht klar war und das bereits unmittelbar nach der Erstellung des Gutachtens mehrfach geändert wurde (US 50). Außerdem stehen Plausibilität und Richtigkeit der von André R***** in den Jahren 1998 bis 2000 angestellten Überlegungen bei der Unternehmensplanung und seiner damaligen Markteinschätzung mit den erstgerichtlichen Feststellungen nicht im Widerspruch (vgl auch die Begründung des abweislichen Beschlusses ON 935 S 54).

Die in der Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde nachgetragenen Argumente als Versuch einer Fundierung des Antrags unterliegen dem Neuerungsverbot und sind somit unbeachtlich (RIS-Justiz RS0099618).

Den Ausführungen zum Vorbringen der Mängelrüge ist Folgendes voranzustellen:

Das Gericht ist gemäß § 270 Abs 2 Z 5 StPO verpflichtet, die schriftliche Urteilsbegründung in gedrängter Darstellung abzufassen und darin mit Bestimmtheit anzugeben, welche Tatsachen als erwiesen oder als nicht erwiesen angenommen werden und aus welchen Gründen dies geschah.

Dabei hat es die Beweismittel nicht nur einzeln, sondern (vor allem) in ihrem inneren Zusammenhang sorgfältig zu prüfen und nicht nach starren Beweisregeln, sondern nach seiner freien, aus der gewissenhaften Prüfung aller für und wider vorgebrachten Beweismittel gewonnenen Überzeugung zu entscheiden (§ 258 Abs 2 StPO). Das

erkennende Gericht ist nicht gehalten, den vollständigen Inhalt sämtlicher Verfahrensergebnisse in extenso zu erörtern und darauf zu untersuchen, wieweit die einzelnen Angaben oder Beweismittel für oder gegen diese oder jene Darstellung sprechen. Auf alle denkbaren Einwände eines Rechtsmittelwerbers einzugehen wäre ohnedies faktisch unmöglich und kann daher in keiner Weise postuliert werden (RIS-Justiz RS0098377).

Die unter Nichtigkeitsdrohung stehende Begründungspflicht besteht ausschließlich für den Ausspruch über entscheidende Tatsachen. Darunter sind solche zu verstehen, die entweder auf die Unterstellung der Tat unter das Gesetz oder auf die Wahl des anzuwendenden Strafsatzes Einfluss üben (§§ 260, 270 Abs 2 Z 4, 5, 281 Abs 1 Z 5 StPO). Die entscheidenden Tatsachen sind von den erheblichen Tatumständen zu unterscheiden. Damit sind Verfahrensergebnisse gemeint, welche die Eignung haben, die dem Gericht durch die Gesamtheit der übrigen Beweisergebnisse vermittelte Einschätzung vom Vorliegen oder Nichtvorliegen einer entscheidenden Tatsache maßgebend zu beeinflussen. Mit ihnen muss sich die Beweiswürdigung bei sonstiger Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) auseinandersetzen.

Die in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck kommende sachverhältnismäßige Bejahung oder Verneinung bloß einzelner von mehreren erheblichen Umständen, welche erst in der Gesamtschau mit anderen zum Ausspruch über entscheidende Tatsachen führen, kann aus Z 5 nicht bekämpft werden, es sei denn, die Tatrichter hätten in einem besonders hervorgehobenen Einzelpunkt erkennbar eine notwendige Bedingung für Feststellungen hinsichtlich einer

entscheidenden Tatsache erblickt (RIS-Justiz RS0116737; vgl *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 399 ff; 409 f).

Die gesetzliche Anordnung, die Nichtigkeitsgründe bestimmt zu bezeichnen (§ 285 Abs 1 zweiter Satz StPO), schließt in den Fällen, in denen die eingewendete Nichtigkeit nach dem Gesetz aus den Akten zu entwickeln ist, als logisch ersten Schritt bestimmter Bezeichnung die Notwendigkeit ein, die diesbezüglichen Fundstellen zu nennen. Demnach muss stets - unabhängig vom Umfang der Akten - die Aktenseite, auf der insoweit die argumentative Basis der Nichtigkeitsbeschwerde zu finden ist, exakt bezeichnet werden (RIS-Justiz RS0124172 [T4]).

Zeugen sind im Allgemeinen nicht über ihre Werturteile, Mutmaßungen und Meinungen, sondern allein über ihre (sinnlichen) Wahrnehmungen von Tatsachen zu befragen (RIS-Justiz RS0097573, RS0097545).

Undeutlichkeit im Sinn der Z 5 erster Fall ist gegeben, wenn - nach Beurteilung durch den Obersten Gerichtshof, also aus objektiver Sicht - nicht für sämtliche unter dem Gesichtspunkt der Nichtigkeitsgründe relevanten Urteilsadressaten, mithin sowohl für den Beschwerdeführer als auch das Rechtsmittelgericht, unzweifelhaft erkennbar ist, ob eine entscheidende Tatsache in den Entscheidungsgründen festgestellt worden oder auch aus welchen Gründen die Feststellung entscheidender Tatsachen erfolgt ist. Dabei ist stets die Gesamtheit der Entscheidungsgründe und das Erkenntnis in den Blick zu nehmen (RIS-Justiz RS0117995).

Unvollständig (Z 5 zweiter Fall) ist ein Urteil genau dann, wenn das Gericht bei der für die Feststellung entscheidender Tatsachen angestellten Beweiswürdigung erhebliche, in der Hauptverhandlung vorgekommene (§ 258

Abs 1 StPO) Verfahrensergebnisse unberücksichtigt ließ. Dem Rechtsmittelgericht obliegt dabei nur die Kontrolle, ob alles aus seiner Sicht Bedeutsame erwogen wird, nicht aber der Inhalt dieser Erwägungen (RIS-Justiz RS0118316).

Widersprüchlich sind zwei Aussagen, wenn sie nach den Denkgesetzen nicht nebeneinander bestehen können. Im Sinn der Z 5 dritter Fall können die Feststellungen über entscheidende Tatsachen in den Urteilsgründen (§ 270 Abs 2 Z 5 StPO) und deren Referat im Erkenntnis (§ 260 Abs 1 Z 1 StPO), die Feststellungen über entscheidende Tatsachen in den Urteilsgründen, die zu den getroffenen Feststellungen über entscheidende Tatsachen angestellten Erwägungen sowie die Feststellungen über entscheidende Tatsachen in den Urteilsgründen und die dazu angestellten Erwägungen zueinander in Widerspruch stehen (RIS-Justiz RS0117402).

Offenbar unzureichend (Z 5 vierter Fall) ist eine Begründung, die den Gesetzen folgerichtigen Denkens oder grundlegenden Erfahrungssätzen widerspricht (RIS-Justiz RS0118317).

Aktenwidrig (Z 5 fünfter Fall) sind die Entscheidungsgründe, wenn sie den eine entscheidende Tatsache betreffenden Inhalt einer Aussage oder eines anderen Beweismittels in seinen wesentlichen Teilen unrichtig oder unvollständig wiedergeben (RIS-Justiz RS0099547). Aktenwidrigkeit liegt jedoch nicht vor, wenn die getroffenen Feststellungen vom Inhalt der Aussage oder Urkunde abweichen (RIS-Justiz RS0099431 [T7]).

Wie bereits anlässlich der Erledigung der Verfahrensrüge angeschnitten, ist das Erstgericht bei der Begründung der Feststellung, wonach die Aufwertung der Li***** Deutschland, die - was den Beschwerdeführern

bekannt war - zuvor mit dem Erinnerungsschilling bewertet worden war (US 21, 55), nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprach, es sich vielmehr um einen zur Gänze konstruierten Betrag im Sinne eines nicht vorhandenen Buchgewinns (US 19 bis 21, 55) handelte, von folgenden wesentlichen, mit den Gesetzen folgerichtigen Denkens und grundlegenden Erfahrungssätzen im Einklang stehenden Erwägungen ausgegangen (US 47 bis 56):

Angesichts eines zu erwartenden Verschmelzungsverlusts, den der Zeuge Dr. Roland Ri***** mit 150 Mio ATS und der Viertangeklagte Univ.-Prof. Dr. Christian N***** mit 145 Mio ATS beziffert habe, und des Erfordernisses einer zufriedenstellenden Eigenkapitalquote angesichts des geplanten Börsegangs (ON 913 S 9) sei es erforderlich gewesen, einen entsprechenden Buchgewinn darzustellen (Beilagen ./ 79 und ./ 80 in ON 655; ON 649 S 199).

Bei der Suche nach stillen Reserven sei laut dem Zeugen Dr. Roland Ri***** (ON 649 S 203) ergebnisorientiert vorgegangen worden, wobei auch andere Varianten, wie man zur Darstellung eines höheren Gewinnes kommen könnte, etwa die Veräußerung der Marke und deren anschließende Zurückmietung (ON 649 S 197), erwogen worden seien. Auch der Zweitangeklagte habe in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass die Dividendenpolitik ohne geplanten Börsegang sicherlich anders ausgesehen hätte. Schließlich belege die Passage, „dass ein entsprechender Buchgewinn dargestellt wird, der die weiteren Probleme bei der Verschmelzung (insbesondere Verschmelzungsverlust) lösen sollte“ (Beilage ./ 80 in ON 655), dass man bei der Bewertung Li***** Deutschland „ergebnisorientiert“

vorgegangen sei.

Die Unternehmensbewertung durch die KP***** sei - wie vom Sachverständigen Mag. (FH) Martin G*****, vom Zeugen Dr. Roland Ri***** (ON 870, S 23 und 30) und von sämtlichen Angeklagten ausgeführt - in der Methodik lege artis durchgeführt worden. Grundlage für die Bewertungsüberlegungen sei laut Dr. Gottwald Kr***** ein Vorstandskonzept gewesen, das mit der Geschäftstätigkeit von Li***** Deutschland wenig zu tun gehabt habe (ON 648 S 285, ON 868 S 35). Dies stimme zwar mit der Verantwortung der Angeklagten überein, die sich immer wieder darauf berufen hätten, es habe sich bei der Bewertung um Li***** Deutschland neu (im Gegensatz zu den drei defizitären Altfilialen) gehandelt. Wie aber der Zeuge Dr. Gottwald Kr***** richtig ausgeführt habe, habe es sich um ein Konzept gehandelt, das als solches bewertet worden sei. Die KP***** habe sich dabei auf die Kontrolle der methodischen Richtigkeit beschränkt, so dass es zu einem funktionsfähigen Gesamtmodell gekommen sei (ON 868 S 29).

Aufgrund der mehrfachen „Änderung der Expansionsgeschwindigkeit“ der Li***** Deutschland von November 1998 von rund 80 Filialen zum März 1999 auf 45 Filialen, die dann Anfang Mai und im Juli 1999 (ON 902 S 8, ON 646 S 373) noch einmal verringert worden sei und im Endeffekt in elf Filialen der Be*****-Gruppe im Februar 2000 geendet habe (ON 646 S 359), sei es für den Vorstand vollkommen klar gewesen, dass nicht ein Unternehmen, sondern lediglich ein Plan, der aber auch noch nach der Bewertung geändert worden sei, bewertet wurde. Der Rechtfertigung des Zweitangeklagten, dass die Änderungen in der Planung aufgrund äußerer Umstände, nämlich des späteren

Börsegangs, der nicht das erwartete Ergebnis erzielt hätte - erfolgt sei (ON 928 S 14), wurde entgegengehalten, dass die erste Planänderung schon weit vorher, nämlich bereits Anfang Mai, gewesen sei.

Aus den Aufzeichnungen des Angeklagten André R***** sei ebenfalls ersichtlich, dass man hinsichtlich Li***** Deutschland nicht einmal noch im Juli 1999 eine Strategie gehabt hätte (Beilage ./ I zum Hauptverhandlungsprotokoll). Der Erklärung dieses Angeklagten, bloß die Abteilung hätte keine Strategie gehabt, er hingegen schon (ON 846a S 3), hielten die Tatrichter entgegen, dass Li***** Deutschland neu zum Zeitpunkt der Bewertung bloß ein Konzept gewesen sei, dessen Umsetzung zwei Monate nach der Ausschüttung noch immer nicht klar gewesen sei und das im Übrigen nach der Erstellung des Gutachtens bereits Anfang Mai und dann noch einmal im Juni 1999 geändert worden sei.

Außerdem ergebe sich aus der Entwicklung der vorhergehenden Jahre, dass die Planung, die die Grundlage für die Unternehmensbewertung gewesen sei, nicht mit den Erfahrungen der Li***** Deutschland in der Vergangenheit im Zusammenhang mit der Großfiliale in Österreich zusammengepasst habe (Zeuge Mag. Manfred Gär*****, ON 872 S 23). Es habe sich um die Bewertung eines Unternehmens gehandelt, wie es in der Zukunft sein könnte, ohne dass es zum Zeitpunkt der Bewertung eine entsprechende Umsetzung gegeben habe.

Des Weiteren hätte es Ende April 1999 Entwürfe der Berechnungen des Unternehmenswerts in unterschiedlichster Höhe gegeben. So habe Mag. Claudia Bad***** von der A***** GmbH am 23. April 1999 unter

Zugrundelegung von noch 180 Mio ATS die Lukrierung eines zu hohen Gewinns erkannt, wobei sie in ihren Unterlagen von einem geplanten Buchgewinn (BG) ausgegangen sei (Beilage ./101 in ON 521).

Dass Mag. Johann K***** der KP***** das Wunschergebnis vorweg mitteilte (US 20), schloss das Erstgericht daraus, dass auf einem Entwurf, bei dem eine Variante einen Unternehmenswert von 73,6 Mio ATS, eine andere von 182,2 Mio ATS zeigte („Draft“ ON 646 S 465 f), vermerkt gewesen sei, es handle sich um eine „unverbindliche Diskussionsgrundlage“, weil dieser Beisatz sonst keinen Sinn ergäbe.

Da es sich bei dem Unternehmenswert um einen konstruierten Betrag gehandelt habe, sei nicht darauf einzugehen gewesen, ob ein subjektiver Unternehmenswert hätte bilanziert werden können.

Schließlich legte das Erstgericht der in Rede stehenden Konstatierung zugrunde, dass

- die KP***** schon angesichts des von ihr so verstandenen Auftragsinhalts (vgl Beilage ./ 130 in ON 657) keinerlei Marktstudien durchgeführt habe,

- die Anteile an Li***** Deutschland nicht einmal eineinhalb Jahre später zur Gänze abgeschrieben worden seien (ON 648 S 109),

- die KP***** , wie vom Zeugen Dr. Gottwald Kr***** ausgeführt (ON 869 S 18), keine Marktkenntnisse bei der Bewertung der Li***** Deutschland gehabt habe,

- im Jahre 1997 eine Schließung der Li***** Deutschland angedacht gewesen sei und auch für den Erstangeklagten im Rahmen der ersten Sitzung der Li***** Eigentümerversammlung am 19. Februar 1997 eine Expansion

nicht in Frage gekommen sei, sondern maximal eine Weiterführung auf „Sparflamme“ (ON 654 S 805 in Beilage ./ 66) und

- die Li***** Deutschland zum Zwecke der Aufwertung zwar in die Li***** Management GmbH eingebracht worden sei (US 19 f), diese Umgründung aber - wie sich aus der Aussage der Zeugin Barbara Am***** (ON 905 S 34) und aus dem Bericht des Amtsgerichts München (ON 388 = ON 658 S 1 bis 51) ergeben habe, in dieser Form aber „nie gelebt“ worden sei.

Die mangelnde Werthaltigkeit der Beteiligung an der Li***** Deutschland im Wege der Li***** Management GmbH hat das Schöffengericht daher primär auf das Fehlen eines von einer abgeschlossenen Planung des Vorstands getragenen, konkret umzusetzenden Konzepts, also eines für eine Bewertung überhaupt geeigneten Objekts erschlossen, sodass das Erstgericht nicht dazu verhalten war, sich damit auseinanderzusetzen, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen in diesem Fall ein subjektiver Unternehmenswert bilanziert werden konnte (US 56; zur Zulässigkeit vgl *Ludwig-Stimitzer* in *Hirschler Bilanzrecht - Einzelabschluss* § 202 Rz 15 bis 17).

Dem Einwand offenbar unzureichender Begründung (Z 5 vierter Fall) des Beschwerdeführers André R***** zuwider hat das Erstgericht dessen Wissen um einen überhöht ausgewiesenen Ertrag durch die Bilanzierung der Beteiligung der Li***** Management GmbH an der Li***** Deutschland nicht nur aus den eben wiedergegebenen Überlegungen und seiner Stellung als Vorstandsdirektor, der nicht nur über die in seine Ingerenz fallenden Bereiche im Wesentlichen Bescheid wusste und darüber auch informiert

werden wollte (US 38, 61), sondern weiters daraus erschlossen, dass Li***** Deutschland zum Zeitpunkt der Bewertung im Hinblick auf die unmittelbar darauf folgenden Änderungen grundsätzlicher Umstände, wie insbesondere der Filialzahlen, nicht so klar definiert gewesen sei, dass dies eine Ausschüttung gerechtfertigt hätte, zumal der Erstangeklagte selbst dazu ausgeführt habe, die Unternehmensplanung Li***** Deutschland sei erst Ende Juli 1999 abgeschlossen gewesen (ON 920 S 65).

Der Rüge (dSn Z 9 lit a) zuwider hat das Erstgericht zweifelsfrei festgestellt, dass der von der KP***** ermittelte Unternehmenswert nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprach (US 20 f). Ob die von der KP***** zur Anwendung gebrachten Parameter die allgemeinen Grundsätze der Unternehmensbewertung erfüllten und der Nichtigkeitswerber allenfalls davon überzeugt war, betrifft - wie dargelegt - ebensowenig eine entscheidende Tatsache wie die Frage, ob deren Gutachten für einen bilanziellen Beteiligungsansatz geeignet war.

Aus eben diesem Grund waren daher die Angaben des Zeugen Dr. Roland Ri***** zu den Grundlagen einer modernen, zukunftsorientierten, mit der Vergangenheit bloß verplausibilisierten Unternehmensbewertung (ON 870 S 24 f), die Ausführungen des Sachverständigen Mag. (FH) Martin G***** zur methodischen Richtigkeit und handelsrechtlichen Bilanzierungseignung des KP*****-Gutachtens, zur Nachvollziehbarkeit der Einschätzung von Univ.-Prof. Dr. Peter Sch*****, zu einer möglichen ex-ante Verprobung des Expansionskonzepts in Deutschland und zur Entwicklung des deutschen Markts Ende der 90iger-Jahre, seine Aussage, der Unternehmenswert wäre unter

Zugrundelegung eines geänderten Planungsszenarios höher gewesen, als von der KP***** ermittelt (ON 927 S 11, 27 ff, 41 ff, 51 f), sowie die Aussage des Zeugen Dr. Gottwald Kr*****, wonach ein Expansionskonzept und nicht eine bestehende Struktur bewertet wurde, entgegen den Beschwerdeausführungen (Z 5 zweiter Fall) nicht erörterungsbedürftig.

Im Rahmen ihres Vorwurfs mangelnder Berücksichtigung (Z 5 zweiter Fall) der bereits ab dem Jahre 1998 erfolgten Genehmigung zahlreicher Standorte in Deutschland durch den Aufsichtsrat, der „Expansionsstrategie Li***** Deutschland“ vom 21. Jänner 1999 und der schon zeitlich nicht einzuordnenden (vgl. ON 520 S 345) „Standortübersicht BRD - konkrete Projekte“ (Beilagen ./ 143 bis 174 und 193 bis 197 zum Sachverständigengutachten, ON 521 f) stellt die Mängelrüge beider Angeklagter nicht dar, inwieweit diese Projekte mit der der KP***** vom Vorstand vorgelegten Planerfolgsrechnung korrespondierten und solcherart von den Tatrichtern in ihre Überlegungen miteinzubeziehen gewesen wären (vgl. demgegenüber die Expertise von Mag. (FH) Martin G*****), wonach die genehmigten, nur zum Teil tatsächlich realisierten Filialen und die früheren Expansionsstrategien schon von der Verkaufsfläche her überwiegend nicht dem von der KP***** beurteilten Konzept von „Großfilialen“ entsprachen; ON 520, S 367 bis 383, 509).

Mit der pauschalen Behauptung, die nachträgliche Änderung der Anzahl der Filialen habe „mit dem Zeitpunkt der Ausschüttung aber schon überhaupt nichts zu tun und ist es andererseits nun einmal eine ganz grundlegende Aufgabe eines Unternehmensführers, Planungen

permanent zu überdenken und in einer unternehmerischen Entscheidung zu adaptieren“, kritisiert der Beschwerdeführer André R***** hingegen nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren nicht vorgesehenen Schuldberufung die Beweiswürdigung des Erstgerichts.

Wie eingangs dargelegt, blieb die Urteilsannahme, im Unternehmensbewertungsgutachten der KP***** sei ein Wunschergebnis dargestellt worden, keineswegs unbegründet (Z 5 vierter Fall).

Die auch vom Beschwerdeführer Mag. Johann K***** relevierte Aussage des Zeugen Dr. Gottwald Kr*****, er habe keine Hinweise darauf, dass ein bestimmtes Ergebnis vorgegeben wurde, wurde der behaupteten Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) zuwider erwogen (US 65). Demgegenüber war seine angesichts der tatrichterlichen Erwägungen nicht erhebliche Aussage, die KP***** habe sich auf die Kontrolle der methodischen Richtigkeit beschränkt, sodass es ein funktionsfähiges Gesamtmodell gegeben habe, nicht zu erörtern (ON 868 S 29; vgl im Übrigen US 55); gleiches gilt für die ebenfalls nicht relevante Aussage des Sachverständigen Mag. (FH) Martin G*****, dass „einer Einbeziehung im Rahmen der handelsrechtlichen Beteiligungsbewertung insoweit nichts im Wege steht“ (ON 927 S 29 ff), mit der er aber - was die Rüge verschweigt - eine in einem deutschen Fachgutachten vertretene Ansicht wiedergibt.

Der behauptete Widerspruch (Z 5 dritter Fall) zwischen der Feststellung, Li***** Deutschland sei im Endeffekt nichts wert gewesen (US 55) und der Konstatierung, dass die auf der Bewertung beruhende Beteiligung an der Li***** Management GmbH durch den

Unternehmenswert Li***** Deutschland daher mit 116.134.000 ATS zu hoch angesetzt war (US 56), ist nicht nachvollziehbar. Die weiters relevierte Diskrepanz zwischen dem laut KP***** ermittelten Unternehmenswert von 140 Mio bis 160 Mio ATS und dem überhöhten Wert der Beteiligung resultiert hingegen aus der in Anschlag gebrachten latenten Steuer in Höhe von ca 23,9 Mio ATS (vgl US 24, 60).

Weiters vermeint die Mängelrüge des Erstbeschwerdeführers, das Schöffengericht hätte sich anlässlich der Feststellung, der Angeklagte André R***** habe gewusst, „dass es sich bei der Bilanzierung der Beteiligung der Li***** Management an der Li***** Deutschland in der Bilanz der L***** HandelsAG um einen überhöht ausgewiesenen Ertrag gehandelt habe“ (US 21), begründungslos über nachstehende Beweisergebnisse hinweggesetzt. Diesem Vorwurf - der sich im Übrigen nicht an der Gesamtheit der Entscheidungsgründe orientiert - ist zu entgegenen:

- Dass die Einholung des KP*****-Gutachtens als unmittelbaren Anlass Fragen der Bewertung des Beteiligungsansatzes gemäß § 202 bzw § 208 HGB, nicht jedoch die Ermittlung eines konkreten Transaktionspreises für dieses Bewertungsobjekt nennt, ist angesichts des vom Vorstand der L***** HandelsAG - wie dargestellt - herbeigeführten Bewertungsergebnisses nicht von Relevanz.

- Die Aussage des Zeugen Dr. Andreas St***** (ON 904 S 5 f, 13 f, 18, 26 und 27), der im Übrigen im Ergebnis die Ansicht vertrat, dass eine Aufwertung ungerechtfertigt gewesen sei (vgl ON 904, S 19), habe eine

ausreichende Grundlage für die Bewertung eines Beteiligungsansatzes auch für Zwecke der Bilanzierung geboten, wird in der Rüge einerseits aus dem Kontext gelöst wiedergegeben und stellt andererseits bloß dessen subjektive Einschätzung dar.

- Auch bei den zitierten Angaben des Zeugen Dr. Roland Ri*****, er hätte, angesichts der Zitierung des § 202 HGB und für den Fall, dass seine Einschätzung mit dem Bewertungsergebnis übereinstimmt, keine Bedenken, diese Bilanz so zu erstellen (ON 870 S 23), bezieht sich die Beschwerde unzulässig auf dessen persönliche Rechtsansicht.

- Mutmaßungen über ein hypothetisches Aussageverhalten von Mag. Friedrich La***** sowie Mag. Regina Re*****, die sich der Aussage entschlugen, haben naturgemäß außer Betracht zu bleiben.

Nominell aus Z 5 dritter, vierter und fünfter Fall wendet dieser Nichtigkeitswerber ein, aus dem Unternehmensbewertungsgutachten der KP***** (ON 521 S 159 bis 173; vgl auch ON 657 Beilage ./130) ergebe sich entgegen den erstgerichtlichen Feststellungen, Li***** Deutschland sei im Endeffekt nichts wert und ein auch durch Erst- und Zweitangeklagten konstruierter Betrag gewesen, dass es für die L***** HandelsAG eine finanzierungs- und liquiditätsmäßig vertretbare und plausible wesentliche Ausweitung ihres Geschäftsumfanges gewesen sei, wobei es bei der Bewertung nicht etwa um einen „Transaktionspreis“ gegangen sei. Der Vorwurf versagt schon deshalb, weil das KP*****-Gutachten selbst klarstellt, auf der vom Vorstand erstellten Mittelfristplanung 1999/00 bis 2003/04 und plausiblen Annahmen für die darüber hinausgehende Zukunft aufzubauen, und damit keine Rückschlüsse auf die objektive

Richtigkeit des ermittelten Werts und darauf zulässt, ob es sich um ein „Rechtfertigungsgutachten“ handelte.

Die oben dargestellte Begründung des Erstgerichts, weshalb es keineswegs von der Bewertung eines in der vorliegenden Form tatsächlich umzusetzenden Unternehmenskonzepts, sondern eines nicht abschließend definierten Plans ausging, zeigt, dass der behauptete Widerspruch (Z 5 dritter Fall) der Urteilsbegründung, wonach einerseits die Überlegungen von André R***** plausibel waren (US 62), die Methodik der Unternehmensbewertung lege artis (US 54) und das Zahlenwerk der Planung (als Grundlage für die Unternehmensbewertung) stimmig war (US 55) und sich daraus ein Unternehmenswert zwischen 140 Mio und 160 Mio ATS errechnete, andererseits aber Li***** Deutschland „nichts wert“ gewesen sein soll, nicht vorliegt. Vielmehr orientiert sich die Rüge ebensowenig an der Gesamtheit der Entscheidungsgründe wie mit ihrer Behauptung (der Sache nach offenbar Z 5 zweiter Fall), die vom Erstgericht angenommene Wertlosigkeit der Beteiligung werde nicht nur durch das KP*****-Gutachten, sondern auch durch das im Rechtsmittel dargestellte (Privat-)Gutachten von Univ.-Prof. Dr. Peter Sch***** und dessen Kurzstellungnahme (beides in der Hauptverhandlung verlesen; vgl. ON 935 S 56 f), denen auch der Sachverständige Mag. (FH) Martin G***** gefolgt sei, widerlegt.

Dass sich der Nichtigkeitswerber André R***** in Ansehung der übrigen Bilanzansätze darauf beschränkt, den von den anderen Angeklagten relevierten Nichtigkeitsgründen beizutreten, ist unbeachtlich, weil das Gesetz nur eine einzige Ausführung der Beschwerdegründe zulässt (*Ratz*, WK-StPO § 285 Rz 6).

Dem Einwand des Beschwerdeführers Mag. Johann K***** zuwider sind die Tatrichter unmissverständlich davon ausgegangen, dass die auf einer nicht abgeschlossenen Planung basierende und überdies an einem erwünschten Ergebnis orientierte Bewertung keinen für eine Bilanzierung tauglichen Unternehmenswert verkörperte und damit Li***** Deutschland im Endeffekt nichts wert war (vgl US 20 f, 48 ff, 55).

Dass die Anteile nicht einmal eineinhalb Jahre später zur Gänze abgeschrieben wurden (vgl US 55), haben die Tatrichter bloß als weiteres Argument erwähnt, keineswegs jedoch als notwendige Bedingung für ihre Konstatierungen gewertet, sodass eine Bekämpfung aus Z 5 ausscheidet. Entsprechendes gilt für den aus Z 9 lit a (dSn Z 5 vierter Fall) erhobenen Einwand, die Tatrichter hätten aus der Bereitschaft des Zweitangeklagten zu bilanzverschönernden Maßnahmen (US 63) auf Bilanzfälschungen geschlossen.

Aus welchen Gründen Li***** Deutschland zu „B*****-Zeiten“ mit dem Erinnerungsschilling ausgewiesen war und in welchem Ausmaß den damals bestehenden drei Filialen allenfalls stille Reserven innewohnten, ist für die Beurteilung der Bewertungsfähigkeit der dem KP*****-Gutachten zugrunde liegenden, die bestehende Struktur nur am Rande tangierende, vielmehr auf die Errichtung zahlreicher Großfilialen gerichtete Planerfolgsrechnung des Vorstands nicht von Relevanz. Damit war auch eine Erörterung der in diesem Zusammenhang von der Rüge (Z 5 zweiter Fall) des Zweitangeklagten relevierten Aussage des Zeugen Veit Sc***** (ON 872 S 6) nicht geboten. Außerdem vernachlässigt der Beschwerdeführer, dass die Abwertung im Jahresabschluss 1995/96 erfolgte und

anlässlich einer Fünfjahresplanung im Jahre 1996 für die nächsten Jahre davon ausgegangen wurde, dass sich weiterhin Verluste von Li***** Deutschland ergeben würden (vgl US 55).

Dass die BD***** GmbH in ihrer Stellungnahme vom 18. September 2004 unter Zugrundelegung weiterer Planungsversionen (vgl ON 520 S 411 ff) auf Basis des KP*****-Bewertungsgutachtens zu höheren Unternehmenswerten gelangte, ist entgegen dem Vorwurf der Unvollständigkeit durch den Beschwerdeführer Mag. Johann K***** unter Berücksichtigung der Gesamtheit der erstgerichtlichen Erwägungen nicht erheblich.

Ausführungen des Sachverständigen, wonach der Wert des EGT (Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit) für das Wirtschaftsjahr 1999/2000 für Li***** Deutschland mit dem im Bewertungsgutachten der KP***** angeführten EGT übereinstimme und der Bilanzansatz somit auch unverändert habe fortgeschrieben werden können, sind den in der Rechtsmittelschrift des Zweitangeklagten angeführten Belegstellen nicht zu entnehmen, sodass der Vorwurf ihrer mangelnden Berücksichtigung einer sachbezogenen Erwiderung nicht zugänglich ist.

Wie der Zweitangeklagte auf der Suche nach möglichen Gewinnposten konkret auf Li***** Deutschland stieß, betrifft weder eine entscheidende noch eine erhebliche Tatsache, sodass die gesonderte Erörterung seiner Verantwortung zur diesbezüglichen Aussage des Zeugen Dr. Roland Ri***** unterbleiben konnte.

Da das Schöffengericht davon ausging, die Unternehmensbewertung sei von der KP***** in der Methodik *lege artis* durchgeführt worden (US 55), erübrigte

sich eine gesonderte Auseinandersetzung mit der Aussage des Zeugen Dr. Gottwald Kr***** sowie den Ausführungen des Sachverständigen Mag. (FH) Martin G***** zu deren Berechnung und zur Sensitivität der Ergebnisse bei bloß kleinen Änderungen einzelner Parameter.

Weshalb es von Bedeutung sein soll, dass sich die „unverbindliche Diskussionsgrundlage“ auf Phase II der Bewertung bezogen habe, sagt die Rüge des Zweitangeklagten nicht. Die Beschwerde behauptet, die vom Gericht angeführte „unverbindliche Diskussionsgrundlage“ (ON 646 S 467), zeige einmal mehr, wie vorsichtig und um Objektivität bemüht der Zweitangeklagte hinsichtlich der Bewertung von Li***** Deutschland durch die KP***** gewesen sei, zumal in diesem Draft von der KP***** als Gutachter zunächst ein EBIT-Wert als worst-case von 122,5 Mio ATS angesetzt worden sei, der (gestützt auf eine nicht näher genannte Fundstelle in ON 521; RIS-Justiz RS0124172; gemeint möglicherweise Beilage ./88) nach Diskussion mit dem Vorstand und unter Berücksichtigung aller Unsicherheiten, die eine langfristige Planung mit sich bringe, auf 110,3 Mio ATS reduziert worden sei. Weshalb dies einem „Wunschergebnis“ entgegenstehe, wird ebensowenig nachvollziehbar erklärt wie die Behauptung, ein solches lasse sich auch mit der erst zeitlich danach festgestellten Einbuchung von Schließungskosten nicht in Einklang bringen. Diese Einwände sind somit nicht erwidernsfähig.

Warum es von Bedeutung sein sollte, dass das sogenannte „Rechtfertigungsgutachten“ laut Verantwortung des Viertangeklagten (ON 902 S 59) „eigentlich eine Fleißaufgabe (war), die vom Wirtschaftsprüfer gefordert wurde“, um den Bilanzansatz nachzuweisen, wird von der

Rüge des Zweitangeklagten nicht dargelegt.

Wenn der Beschwerdeführer Mag. Johann K***** auf die Ausführungen des Erstgerichts, dass der Businessplan generell - aber auch für Li***** Deutschland - für Go***** Sa***** nicht so nachvollziehbar war (US 74), verweist, übersieht er, dass sich diese Erwägungen nicht auf den Schuldspruch, sondern auf den vom Freispruch umfassten Themenkomplex „Börsegang“ beziehen.

Indem dieser Nichtigkeitswerber aus seinen Ausführungen zur Notwendigkeit nachträglicher Planänderungen (ON 929 S 14) andere, für ihn günstigere Schlüsse zieht als das Erstgericht, wendet er sich nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren nicht vorgesehenen Schuldberufung gegen die tatrichterliche Beweiswürdigung.

Der behauptete Widerspruch (Z 5 dritter Fall), die Beteiligungsaufwertung von Li***** Deutschland sei einerseits zu Recht als steuerfrei (US 22), demgegenüber jedoch auf US 52 - entgegen Art III UmgrStG - als steuerpflichtig angenommen worden, ist nicht relevant, weil sich die solcherart bekämpfte Erwägung des Schöffengerichts, dass bei den Berechnungen von einem geplanten Buchgewinn ausgegangen wurde (US 52), aus der von den Tatrichtern zitierten Urkunde selbst ergibt (Beilage 101 in ON 521).

Die Behauptung des Zweitangeklagten (nominell Z 5 vierter Fall), ein sogenanntes „Wunschergebnis“ lasse sich aus dem Beisatz „unverbindliche Diskussionsgrundlage“ nicht ableiten, wendet sich ebenso in unzulässiger Weise gegen die tatrichterliche Beweiswürdigung wie sein Argument, die permanente Optimierung der Planungsrechnung sei eine unabdingbare Notwendigkeit für ein erfolgreiches Fortkommen im Wirtschaftsleben.

Der Vorwurf, das Erstgericht habe seine Konstatierung, Li***** Deutschland sei aufgrund der defizitären Entwicklung bis zum Jahre 1996 nach den Plänen der Entscheidungsträger im B*****-Konzern inzwischen von der Schließung bedroht gewesen (US 12), zu Unrecht auf die Aussage des Zeugen Veit Sc***** gestützt, begründet der Rüge zuwider keine Aktenwidrigkeit (Z 5 fünfter Fall). Überdies setzten sich die Tatrichter sehr wohl damit auseinander, dass der Genannte seine Aussage vor dem Landesgendarmeriekommando für Niederösterreich in der Hauptverhandlung relativierte (US 51).

Wenn der Beschwerdeführer Mag. Johann K***** die Aussage der Zeugin Barbara Am***** (ON 905 S 34) anders deutet als das Erstgericht, bringt er eine Aktenwidrigkeit gleichfalls nicht zur Darstellung, sondern überschreitet schlicht den Anfechtungsrahmen einer Mängelrüge.

Dass das Schöffengericht die Änderung der Expansionsgeschwindigkeit der Li***** Deutschland auch auf die Aussage des Zeugen Dr. Gottwald Kr***** (ON 902 S 8) stützte, begründet ebensowenig den letzten Fall der Z 5. Vielmehr ist diese Schlussfolgerung der Rüge zuwider nicht zu beanstanden.

Durch das Zitat, dass auch für den Erstangeklagten zu diesem Zeitpunkt eine Expansion nicht in Frage kam, sondern maximal eine Weiterführung auf „Sparflamme“ (US 51), wird das Protokoll über die erste Sitzung der L*****-Eigentümervertreter vom 19. Februar 1997 (ON 654 S 805) im Ergebnis richtig wiedergegeben. Der von Mag. Johann K***** erhobene Einwand der Aktenwidrigkeit erweist sich daher als

ungerechtfertigt.

Wiederum nach Art einer im schöffengerichtlichen Verfahren unzulässigen Schuldberufung wendet sich dieser Nichtigkeitswerber gegen die Beweiswürdigung, wenn er aus der späten Buchung der Schließungskosten folgert, es wäre im Sinne seiner Verantwortung weitaus einfacher gewesen, andere Fehlbuchungen aus der Bilanz zu nehmen und sich damit in diametralen Gegensatz zu den Erwägungen der Tatrichter setzt. Im Übrigen ist das Ersturteil entgegen dem weiteren Vorbringen (Z 5 zweiter Fall) ohnedies davon ausgegangen, dass der Jahresabschluss zwar mit 20. April 1999 bestätigt wurde, aber auch noch nachträglich Änderungen erfolgten (US 53). Auch die Berichtskritik von DI Michael V***** (Beilage ./133 in ON 521) wurde berücksichtigt (US 67).

Da bereits die unrichtige, nicht den in Aussicht genommenen Gegebenheiten entsprechende Bewertung der Beteiligung an Li***** Deutschland einen tatsächlich nicht ausschüttbaren Gewinn von jedenfalls über 81 Mio ATS begründet (vgl US 24), betreffen die Einwände beider Beschwerdeführer zu den übrigen vom Schuldspruch umfassten Bilanzansätzen keine entscheidende Tatsache.

Zum Vorwurf „Filiale 99“ sei angemerkt, dass beide Beschwerdeführer mit ihren Mängelrügen insoweit im Recht sind, als die dem Zweitangeklagten vorgelegte Urkunde, aus der sich der der Fehlbuchung zugrunde liegende Inventurfehler ergeben soll (Beilage ./147 in ON 658; vgl US 39), in ihrem entscheidenden Teil vom 31. August 1999 datiert, und beim Angeklagten André R***** konkrete, darüber hinausgehende Umstände, aus denen er den Inventurfehler hätte erschließen können, im Ersturteil nicht

angeführt sind. Dies kann aber angesichts der bereits erörterten Vorwürfe zu den Bilanzansätzen mangels Entscheidungsrelevanz dahingestellt bleiben.

Dem Vorwurf der Undeutlichkeit (Z 5 erster Fall) des Beschwerdeführers R***** zuwider kann die trotz konstaterter Aufgabenverteilung zwischen Erst- und Zweitangeklagtem getroffene Annahme der Tatrichter, er hätte innerhalb des Vorstands „das Sagen gehabt“ (vgl US 38, 61), bei verständiger Lesart nur so aufgefasst werden, dass er innerhalb dieses Gremiums in allen Belangen faktisch maßgeblichen Einfluss ausübte. Dies stützte das Schöffengericht auf die Aussagen der Zeugen Christian Sta***** und Wolfgang Ro***** (US 61) sowie auf den von André R***** persönlich vermittelten Eindruck (US 38), sodass auch die relevierte offenbar unzureichende Begründung (Z 5 vierter Fall) nicht vorliegt. Wenn „in Sachen Zahlen“ hauptsächlich Mag. Johann K***** und hinsichtlich „strategischer Ausrichtung“ André R***** Ansprechpartner war, steht dies der beschriebenen Position des Vorstandsvorsitzenden nicht entgegen.

Dass der Erstangeklagte laut seiner Bekundung „als Generaldirektor nicht die einzelnen Bilanzposten prüfen“ konnte (ON 845a S 45), ist selbstverständlich und begründet keinen Widerspruch mit seinem Wissen um die ihm zuzurechnenden, keineswegs unerheblichen Bilanzunrichtigkeiten. Seine diesbezügliche Verantwortung war somit nicht gesondert erörterungsbedürftig.

Ihre Überzeugung, allfällige unzureichende wirtschaftliche Kenntnisse und Ausbildung André R*****s beschränkten sich auf die Fragen des Börsegangs und der Gesamtwirtschaft und nicht darauf, eine Bilanz lesen zu

können und zu erkennen, „wie das Unternehmen wirtschaftlich dastehe“ (US 61), erschlossen die Tatrichter aus den Aussagen der Zeugen Dr. Wolfgang Hö***** und DDr. Karl Mi*****, der bestätigte, dass in den Aufsichtsratssitzungen immer der Bericht des Vorstands über die Lage der Gesellschaft und die Finanzzahlen zuerst vom Erstangeklagten und sodann detaillierter vom Finanzvorstand vorgetragen wurden, sowie daraus, dass beide Vorstände mit der Frage der Buchung der Schließungskosten befasst waren. Aus all diesen Umständen und im Hinblick darauf, dass der Drittangeklagte ihn weiter als Vorstand einsetzen wollte und auch eine Managementbeteiligung anstrebte (vgl US 12 f), zweifelte das Tatgericht nicht daran, dass der Erstangeklagte über die festgestellten Bilanzunrichtigkeiten Bescheid wusste (US 61 f).

Wenn dieser Beschwerdeführer nun aus der Aussage des Zeugen Dr. Wolfgang Hö***** andere Schlüsse zieht als die Tatrichter, bringt er nicht die von ihm behauptete Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) zur Darstellung, sondern kritisiert in im kollegialgerichtlichen Verfahren unzulässiger Weise die Beweiswürdigung.

Die auf die Aussagen der Zeugen Dr. Wolfgang Hö***** und Mag. Stefan Bi***** zu Berichten der Controllingabteilung bezogenen Einwände können, soweit sie sich auf die Frage der Erkennbarkeit von Bilanzierungsunrichtigkeiten beziehen, schon deshalb auf sich beruhen, weil diese keinen Zusammenhang mit der Bewertung von Li***** Deutschland und der Bilanzierung des Pre-opening-Zuschusses sowie der Fremdwährungskredite erkennen lassen. Vielmehr haben die Erstrichter die Angaben der genannten Zeugen, wonach diese Berichte an beide

Vorstände gerichtet waren, als Indiz für das Informationsbedürfnis des Angeklagten André R***** gewertet und dabei auch berücksichtigt, dass der Zeuge Dr. Wolfgang Hö***** erst im September 1999 zu Li***** kam, zumal sich am Berichtswesen der verschiedenen Abteilungen nicht sehr viel geändert habe (US 61).

Dass sich der Angeklagte André R***** laut einer Aktennotiz vom 23. Jänner 2001 über bilanzielle Angelegenheiten Gedanken machte (US 62), haben die Tatrichter keineswegs als notwendige Bedingung für ihre Konstatierungen gewertet. Eine Bekämpfung aus Z 5 scheidet daher aus.

Ob der Vorstandsvorsitzende trotz der Bedenken gegen die Expansionspläne diese weiter vorantrieb, ist - wie die Rüge selbst zugesteht - für den Schuldspruch irrelevant, sodass die darauf bezogenen Einwände auf sich beruhen können.

Die Ausführungen des Viertangeklagten, eine Verschmelzung, die buchmäßig zu einem Verlust führt, sei immer dann zulässig, wenn im Rahmen einer Gesamtbetrachtung dadurch für die aufnehmende Gesellschaft ein Vorteil zu erwarten sei, sodass seines Erachtens trotz eines Verschmelzungsverlusts die Fusion in das Firmenbuch eingetragen worden wäre (ON 849 S 30; ON 671a S 179), war entgegen der Rüge des Zweitangeklagten (Z 5 zweiter Fall) schon deshalb nicht gesondert erörterungsbedürftig, weil die Beschwerdeführer eben nicht den von Univ.-Prof. Dr. Christian N***** ins Auge gefassten Weg gewählt, sondern - wie sich dies laut Beschwerde aus der ebenfalls als übergangen reklamierten Aussage des Zeugen Dr. Roland Ri***** (ON 870 S 35 f) ergebe - man mangels

einschlägiger Judikatur, eines Oberlandesgerichtsurteils und der Diskussion in den Fachzeitschriften zur vorsichtigeren Variante (einer Ausschüttung) optierte und nicht „straight forward“ eine ebenso zulässige, allerdings weniger vorsichtige Verschmelzung unter Inkaufnahme eines Verlusts durchzog (ON 870 S 35 f; vgl auch US 19). Aus diesem Grund war auch die zuletzt zitierte Aussage nicht von Relevanz.

Keinen erheblichen Umstand betrifft es, dass sich der Drittangeklagte (ON 847a S 47) und der Zeuge Mag. Georg Bau***** (ON 912 S 11) in ihren vom Erstgericht berücksichtigten Aussagen nicht konkret auf den von Li***** geplanten, sondern allgemein auf mögliche Unsicherheiten eines Börsegangs bezogen. Bei den Ausführungen des Zeugen Stefan Stu***** zu den bestehenden Möglichkeiten im Vorfeld eines Börsegangs nach überwiegend fremdfinanzierter Übernahme und zu seiner Einschätzung, wonach es sich um den üblicheren Weg handle, die Verbindlichkeiten an die Gesellschaft zu übertragen, die an die Börse gehe und nach einer Kapitalerhöhung den Erlös des Börsegangs zur Schuldentrückführung zu verwenden (ON 916 S 20 ff), handelt es sich um dessen nicht erörterungsbedürftige persönliche Meinung zu den von ihm aufgezeigten Alternativen.

Wenn der Zweitangeklagte vermeint, „ausgehend vom Gesamtplan (der erst mit dem Börsegang komplettiert war) und von der realen Umsetzung, die die Einschätzung aller Beteiligten in der Realität belegt - insbesondere wurden auch vom Sachverständigen Mag. (FH) Martin G***** stille Reserven in Höhe von 700 Mio ATS bestätigt (ON 927 S 13) - existierte sehr wohl ein präsenster Deckungsfonds zur Bedeckung des durch die Sonderdividende verursachten

Abflusses“, verkennt er zum Einen, dass ein präsen-ter Deckungsfonds für eine Tatbestandsmäßigkeit der Untreue nach § 153 StGB ohne Bedeutung ist (RIS-Justiz RS0095462; *Kirchbacher* in WK² StGB § 153 Rz 40). Zum Anderen geht er nicht von der Gesamtheit der Urteilsfeststellungen aus, wonach der in Aussicht genommene Börsegang und ein solcherart zu lukrierender, die zu Unrecht ausgezahlte Sonderdividende übersteigender Vermögenszufluss, auch für ihn keineswegs sicher sein konnte (vgl US 45), und damit - auch angesichts des zwischen Schädigung und Gutschrift des Emissionserlöses am 10. November 1999 (US 29) gelegenen Zeitraums (vgl RIS-Justiz RS0099015) - schon von vornherein nicht geeignet war, den auch auf Vermögensschädigung gerichteten Vorsatz auszuschließen (vgl RIS-Justiz RS0094634).

Schließlich übersieht dieser Nichtigkeitswerber bei seinem Hinweis auf das Vorhandensein stiller Reserven, dass diese gerade nicht auf rechtlich zulässige Weise realisiert wurden.

Der Zweitbeschwerdeführer behauptet die offenbar unzureichende („willkürliche“) Begründung (Z 5 vierter Fall) der Konstatierung, wonach nicht festgestellt werden könne, dass der zuständige Firmenbuchrichter einer Verschmelzung der Li***** AG mit der UD***** mit einem Verschmelzungsverlust zugestimmt hätte (US 26), sodass die weiteren Ausführungen auf US 60 „Da aber gerade solche Verschmelzungen nicht stattfinden sollten, weil sie unter anderem auch den Befriedigungsfonds der Gläubiger schmälern, war daher nicht anzunehmen, dass der Firmenbuchrichter hiebei zugestimmt hätte ... und das rechtmäßige Alternativverhalten zu einem anderen Ergebnis,

nämlich zur Nichtverschmelzung oder zur Zuführung von Eigenkapital an die UD***** durch die Gesellschafter, geführt hätte“ umso willkürlicher erschienen. Die Frage der Bewilligungsfähigkeit einer Fusion mit Verschmelzungsverlust betrifft aber schon deshalb keine entscheidende Tatsache und auch keinen erheblichen Umstand, weil die Angeklagten gerade nicht versuchten, eine Genehmigung durch den Firmenbuchrichter zu erwirken. Denn auch eine solche hätte ebenso wie die vom Erstgericht dargestellten Konsequenzen einer Versagung zu einem anderen Ergebnis als eine fremdfinanzierte ungerechtfertigte Sonderdividendenausschüttung, nämlich dazu geführt, dass der durch die Verschmelzung verursachte Negativsaldo eben legal entstanden und schon aus diesem Grund keinesfalls strafrechtlich relevant gewesen wäre.

Die von diesem Nichtigkeitswerber monierte fehlende Begründung der Wissentlichkeit seines Befugnismissbrauchs findet sich auf US 63 (vgl auch US 45). Zum weiteren Einwand, ein Befugnismissbrauch sei im Übrigen auch denkunmöglich, weil die Ausschüttung durch den Beschluss der Alleineigentümerin UD***** angeordnet worden und somit der Wille der Geschäftsherrin umgesetzt worden sei, wird auf die Ausführungen zur Rechtsrüge (Z 9 lit a) verwiesen.

Die Ausnützung der bei C***** und P***** bestehenden Kreditrahmen durch die Inanspruchnahme von Barvorlagen wird durch die auf US 24 ersichtlichen Zitate mängelfrei begründet. Ein überdies behaupteter Widerspruch (Z 5 dritter Fall) zwischen der Feststellung „Finanzierung des Gewinns durch Darlehen“ und der Konstatierung „Darstellung des Gewinns durch bilanzielle Maßnahmen“ wird von der

Rüge nicht deutlich zur Darstellung gebracht und ist im Übrigen auch nicht erkennbar.

Dass die Ausschüttung der Sonderdividende plangemäß (unter anderem) zwecks Rückführung des von der UD***** zum Erwerb der L***** HandelsAG aufgenommenen Kredits erfolgte (US 16 f), haben die Tatrichter dem Vorwurf der Unvollständigkeit (der Sache nach Z 5 vierter Fall) zuwider nicht nur aus der Bezugnahme auf Kontoauszüge, sondern auch aus der Verantwortung von Zweit- und Fünftangeklagtem (US 56) sowie aus dem Ablauf der finanziellen Transaktionen erschlossen (US 59; vgl auch US 63 zum Wissen des Zweitangeklagten Mag. Johann K***** um die Malversationen).

Nicht nachvollziehbar ist der vom Zweitangeklagten behauptete Widerspruch (Z 5 dritter Fall) zwischen der Urteilsannahme, planmäßig sei die Ausschüttung der Sonderdividende zwecks Rückführung des Ankaufsdarlehens der UD***** erforderlich gewesen, und der weiteren Konstatierung, „zu diesem Zweck war es erforderlich, dass die UD***** schuldenfrei gestellt wurde, damit kein Verschmelzungsverlust entstände“ (US 16). Auch die zur Fundierung der Entscheidungsrelevanz dieses Vorbringens aufgestellte Hypothese, aus der Intention, einen Verschmelzungsverlust vermeiden zu wollen, könne unmöglich ein Schädigungsvorsatz abgeleitet werden, bleibt im Dunklen.

Die von diesem Nichtigkeitswerber dargestellte Diskrepanz zwischen der Annahme eines (tatsächlich den Fünftangeklagten betreffenden) überhöhten Gewinns von 111.624.896 ATS (US 22 f) und eines solchen von 105.303.991,36 ATS (US 73) liegt zwar vor und resultiert

offensichtlich aus einem Versuch, eine zu hohe, nach Ansicht des Erstgerichts dem Schuldspruch zugrunde liegende, für die rechtliche Beurteilung jedoch nicht relevante, Schadenssumme in der Begründung richtig zu stellen (US 72). Dem Beschwerdeführer ist zwar zuzugestehen, dass die auf US 73 angestellten Berechnungen nicht einsichtig sind. Seinem Einwand fehlt es jedoch dennoch an Relevanz, weil die divergierenden Schadensbeträge nicht ihn, sondern den Angeklagten Dr. Bernhard H***** betreffen und er schon angesichts eines die Wertgrenze von 50.000 Euro jedenfalls um ein Vielfaches übersteigenden Schadensbetrags keine entscheidende Tatsache anspricht.

Auch die Behauptung (Z 5 vierter Fall), das Schöffengericht habe sich in seinem Urteil auf den Bericht des Amtsgerichts München (ON 388) gestützt (US 48), obwohl diese Aktenstücke in der Hauptverhandlung nicht verlesen worden seien, erweist sich als ungerechtfertigt, weil sie auch Inhalt der Strafanzeige des Landeskriminalamts Niederösterreich vom 1. August 2006 sind (ON 658 S 1 bis 51), die am 9. Juni 2011 in der Hauptverhandlung jedenfalls gemäß § 252 Abs 2a StPO vorgekommen ist (ON 935 S 55).

Gestützt auf das Argument, dass dem Schöffengericht seit der durch BGBl I 2009/52 geänderten Rechtslage neben zwei Laienrichtern nur mehr ein Berufsrichter angehört, vermeint der Beschwerdeführer André R*****, es sei „unabdingbar notwendig, auch das Verständnis und die Judikatur des Obersten Gerichtshofs zum Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 5a StPO zu überdenken, um eine wahre Überprüfung von Tatsachenfragen zu gewährleisten und einer Kontrolle der Tatfragen nicht 'feindlich', nämlich extrem restriktiv gegenüberzustehen“. Die

Ursache erheblicher Bedenken im Sinne der Z 5a ortet er jedoch einzig in einem - überwiegend ohnedies dem Fehlerkalkül der Mängelrüge nach Z 5 unterfallenden - an eine Urteilsbegründung anzulegenden Qualitätsmaßstab und verkennt damit den gesetzlich determinierten Anfechtungsrahmen einer Tatsachenrüge:

Der Sinn des Nichtigkeitsgrundes der Z 5a liegt nämlich keineswegs darin, den Obersten Gerichtshof zu veranlassen, beweiswürdige Überlegungen des Rechtsmittelwerbers im Einzelnen gegen jene der Tatrichter abzuwägen, ohne sich - im Gegensatz zu diesen - einen unmittelbaren Eindruck von den vorgeführten Beweisen verschaffen zu können. Nur was im Tatsächlichen gleichsam den Ausruf provoziert: „Dieser Überzeugung kann man vernünftigerweise denn doch nicht sein!“, kann mit diesem Nichtigkeitsgrund aufgrund deutlich und bestimmt bezeichneter, aktenkundiger Beweise geltend gemacht werden. Unterhalb dieser (besonderen) Erheblichkeitsschwelle bleibt die Beweiswürdigung allein den Tatrichtern vorbehalten (vgl auch Art 91 B-VG; RIS-Justiz RS0116733 [T3]).

Ein vom Beschwerdeführer behauptetes völliges Fehlen von Beweisergebnissen ist daher nicht mit Tatsachenrüge, sondern mit der Mängelrüge (Z 5 vierter Fall) geltend zu machen. Zur prozessförmigen Darstellung der Rüge ist zu verlangen, die ins Treffen geführten aktenkundigen Beweismittel in Hinsicht auf ihre Eignung, erhebliche Bedenken hervorzurufen, an der Gesamtheit der beweiswürdigen Erwägungen des Erstgerichts zu messen. Wenn eine Tatsachenrüge anhand eigener Beweiswerterwägungen für den Beschwerdeführer günstige Schlüsse abzuleiten sucht, vermag sie keine erheblichen

Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Ausspruch über die Schuld zugrunde liegenden entscheidenden Tatsachen zu erwecken (RIS-Justiz RS0117446 [T3 - T6]).

Gegen diese Kriterien verstößt das Vorbringen des Beschwerdeführers, in dem er sich darauf beschränkt, einerseits die Beweiswürdigung des Erstgerichts (US 35 ff) als „Nichtbegründung“ zu titulieren, und andererseits die Ausführungen zum Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 5 StPO „als grobe und erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Schuldspruch des Erstangeklagten zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen im Folgenden kurz zu wiederholen“.

Auch der Zweitangeklagte verkennt den Anfechtungsrahmen einer Tatsachenrüge, wenn er vermeint, die vom Schöffengericht getroffene Konstatierung „Zu diesem Zweck war es erforderlich, dass die UD***** schuldensfrei gestellt wurde, damit kein Verschmelzungsverlust entstände“, sei unbegründet geblieben. Dass dies inhaltlich unzutreffend ist, wurde bereits anlässlich eines entsprechenden Vorbringens der Mängelrüge (Z 5 vierter Fall) dargelegt. In Ansehung des weiteren Einwands, im Falle der bloßen Aufwertung von Li***** Deutschland ohne Ausschüttung wäre ebenfalls kein Verschmelzungsverlust entstanden, sodass die Auszahlung einer Dividende nicht erforderlich gewesen wäre, wird auf die Ausführungen zur Rechtsrüge (Z 9 lit a) verwiesen.

Ausgehend von der Überlegung, die Ausschüttung der Sonderdividende sei kein isolierter wirtschaftlicher Vorgang, sondern Grundlage der Verschmelzung gewesen, die wiederum Voraussetzung für den durchgeführten Börsegang, aber auch für eine als weitere Variante angedachte Hereinnahme eines strategischen Partners gewesen sei, was

einen erheblichen Zufluss an Eigenkapital bewirkt hat bzw hätte, rügt die Tatsachenrüge dieses Nichtigkeitswerbers die mangelhafte Sachverhaltsermittlung durch das Erstgericht zur Höhe eines möglichen Mittelzuflusses durch die Hereinnahme eines strategischen Partners, zumal das Bestehen eines präsenten Deckungsfonds bloß mit dem Argument abgelehnt worden sei, der Zweitangeklagte habe nicht sicher davon ausgehen können, dass es zu einem Börsegang kommen werde, und die Klärung dieser Frage auch für das Vorliegen eines Schädigungsvorsatzes relevant wäre. Sie übersieht jedoch - wie bereits dargelegt - die mangelnde Strafbefreiung eines präsenten Deckungsfonds vom Vorwurf der Untreue und vor allem, dass Mängel der Sachverhaltsermittlung aus Z 5a nur mit der Behauptung gerügt werden können, der Beschwerdeführer sei an einer darauf abzielenden Antragstellung gehindert gewesen (RIS-Justiz RS0115823).

Die Feststellung, infolge zeitnah unterlassener Einbuchung von Anlagevermögen, Eingehen von Lieferverbindlichkeiten und Auflösung von Rückstellungen sei eine über den Tatsachen liegende Vermögens- und Ertragslage dargestellt worden (US 28), erfolgte zu dem vom Freispruch umfassten Komplex „Börsegang“ und berührt daher keine entscheidende Tatsache. Im Übrigen wäre der auch hier erhobene Vorwurf mangelnder Sachverhaltsaufklärung aus der eben dargelegten Erwägung zum Scheitern verurteilt.

Dem weiteren Vorbringen der Tatsachenrüge des Angeklagten Mag. Johann K***** zuwider ist die zu entrichtende, zwar nicht durch die Umgründung von Li***** Deutschland, sehr wohl aber durch die übrigen Bilanzunrichtigkeiten verursachte, ihrer Höhe nach auf dem

Sachverständigengutachten gegründete (vgl. US 60) Körperschaftssteuer in dem im Urteilstenor ausgewiesenen Vermögensnachteil von 133.769.324,50 ATS enthalten, betrifft aber schon angesichts ihrer Höhe keine entscheidende Tatsache. Ferner scheidet der Einwand mangelhafter Sachverhaltsaufklärung auch in diesem Zusammenhang am dargelegten Anfechtungsrahmen einer Tatsachenrüge.

Auch der Vorwurf unterbliebener weiterer Aufklärung entscheidungswesentlicher Tatumstände zu den Bilanzansätzen „Filiale 99“ sowie Werbekostenzuschüsse und Boni vernachlässigt, dass Mängel der Sachverhaltsermittlung ausschließlich unter der obgenannten Voraussetzung aus Z 5a gerügt werden können (RIS-Justiz RS0115823). Außerdem spricht der Beschwerdeführer mit diesem Vorbringen mangels Relevanz für den qualifikationsbegründenden Schadensbetrag keine dem Schuldspruch zu Grunde liegende entscheidende Tatsache an.

Die Geltendmachung eines materiell-rechtlichen Nichtigkeitsgrundes erfordert striktes Festhalten an den zum Tatsächlichen getroffenen Urteilsfeststellungen in ihrer Gesamtheit und die auf dieser Grundlage zu führende Darlegung, dass dem Gericht bei Beurteilung des Urteilssachverhalts ein Rechtsirrtum unterlaufen sei. Unerheblich ist dabei, ob die mit dem Gesetz zu vergleichenden Feststellungen einwandfrei zustande gekommen oder dargestellt sind oder erheblichen Bedenken begegnen (*Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 581, 584; RIS-Justiz RS0099810).

Das Vorbringen zu einem Feststellungsmangel erfordert hingegen, dass unter Hinweis auf einen nicht durch Konstatierungen geklärten, jedoch durch Vorkommen in der

Hauptverhandlung indizierten Sachverhalt eine vom Erstgericht nicht gezogene Konsequenz angestrebt wird, weil dieses einen Ausnahmesatz (§ 281 Abs 1 Z 9 lit a bis c StPO) oder eine andere rechtliche Unterstellung (§ 281 Abs 1 Z 10 StPO) bei der rechtlichen Beurteilung nicht in Anschlag gebracht hat (RIS-Justiz RS0118580).

Den eine Schädigung der L***** HandelsAG durch die Ausschüttung der Sonderdividende an die UD***** bestreitenden Rechtsrügen (Z 9 lit a) ist vorweg zu erwidern:

Der Einwand, wonach nicht die L***** HandelsAG, sondern die Alleinaktionärin Trägerin des von § 153 StGB geschützten Rechtsguts sei, setzt sich über die Rechtssubjektivität der Aktiengesellschaft hinweg (§ 1 AktG).

Auch bei einer zu Lasten einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung begangenen Untreue ist nach ständiger Rechtsprechung nicht der mittelbare Schaden der Gesellschafter, sondern der unmittelbare Nachteil der Gesellschaft maßgebend (vgl. RIS-Justiz RS0094723; RS0108965; *Kirchbacher/Presslauer* in WK² StGB § 153 Rz 37). Ein Sonderfall ähnlich der „Einmann GmbH“, deren Geschäftsführer zugleich einziger Gesellschafter, aus welchem Grund bei nachteiligen Vermögensverfügungen durch den Gesellschafter-Geschäftsführer der Schaden nach der Judikatur nicht bei einem „anderen“ eingetreten ist (vgl. dazu RIS-Justiz RS0094723; *Kirchbacher/Presslauer* in WK² StGB § 153 Rz 37), liegt hier nicht vor. Nicht die Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Hand führt in diesem Fall zur Annahme einer straflosen Selbstschädigung, sondern - wie dargelegt - der Umstand, dass in diesem Sonderfall der „Täter“ zugleich einziger „Geschädigter“ ist.

Bleibt anzumerken, dass die Alleinaktionärin

UD***** ihrerseits eine Mehrheit von Aktionären hatte (US 12 f); eine Einwilligung sämtlicher Aktionäre der UD***** zu einer Selbstschädigung (vgl. *Eckert/Tipold*, GES 2013, 69) der L***** HandelsAG wurde von den Beschwerdeführern indes weder vorgebracht, noch fanden sich im Akt diesbezügliche Verfahrensergebnisse.

Vor allem der fehlende Einfluss der Aktionäre auf den gesamten Bereich der Geschäftsführung steht einer (wirtschaftlichen) Identifikation von Aktionären und Aktiengesellschaft entgegen (vgl. zur insofern vergleichbaren deutschen Rechtslage *Rönnau*, Festschrift für *Knut Amelung* S 256 ff). Im Gegensatz zu den Gesellschaftern einer GmbH können die Aktionäre nämlich weder jede Angelegenheit der Geschäftsführung an sich ziehen, noch dem Gesellschaftswohl zuwiderlaufende Weisungen erteilen. Ihre von denen der Gesellschaft zu unterscheidenden Interessen sind der Gesellschaft auch nicht übergeordnet, sondern lediglich neben jenen des Unternehmens, der Öffentlichkeit und der Arbeitnehmer zu berücksichtigen (§ 70 Abs 1 AktG). Die Anerkennung einer strafrechtlich zulässigen Dispositionsbefugnis der Gesellschafter über das Vermögen der Aktiengesellschaft würde deren körperschaftliche Struktur konterkarieren. Eine Überschreitung von der Hauptversammlung aktienrechtlich vorgegebener Kompetenzen ist daher auch unter dem Aspekt des § 153 StGB unzulässig (vgl. *Rönnau*, Festschrift für *Knut Amelung* S 266).

Auch mit Blick auf § 153 StGB kommt den Aktionären bzw hier den Organen der Alleinaktionärin nicht die Macht zu, die Gesellschaftsinteressen und damit das Innenverhältnis zu definieren. Daraus folgt, dass die Untreuestrafbarkeit durch eine Zustimmung der Aktionäre

oder der Alleinaktionärin grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden kann. Auch eine Weisung oder eine Zustimmung der Hauptversammlung zur Vornahme von Geschäftsführungsakten, die weil vermögensschädigend, gegen das Unternehmensinteresse verstoßen, wären aufgrund der fehlenden Weisungsbefugnis nicht geeignet, von der gegenüber der Gesellschaft bestehenden Treuepflicht zu dispensieren (vgl auch *Rönnau*, Festschrift für *Knut Amelung* S 266 f).

Der Grundsatz der Vermögensbindung gilt auch und gerade im Konzern, zumal eine den §§ 291 f, 308, 311 dAktG vergleichbare Regelung im österreichischen Recht fehlt (vgl *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 52 Rz 26).

Soweit die Rechtsrüge (Z 9 lit a) des Angeklagten André R***** zwischen dem Vermögen der L***** HandelsAG und der UD***** nicht unterscheidet und auf dieser Basis einen durch die unzulässige (§ 52 AktG) Ausschüttung an die Alleinaktionärin bewirkten Vermögensschaden bestreitet, ist ihr die Rechtssubjektivität der Gesellschaft entgegenzuhalten, aus der die strikte Trennung beider Vermögenssphären folgt (vgl § 1 AktG; RIS-Justiz RS0080300). Bei der zu Lasten der L***** HandelsAG begangenen Untreue ist nicht der mittelbare Schaden der Alleinaktionärin, sondern der unmittelbare Nachteil der Gesellschaft maßgebend (vgl RIS-Justiz RS0094723; RS0108965; *Kirchbacher/Presslauer* in WK² StGB § 153 Rz 37). Demnach bildet für die Prüfung der Zufügung eines Vermögensschadens nicht das Vermögen der Alleinaktionärin, sondern das der L***** HandelsAG den Blickpunkt der Betrachtung. Das Vermögen der L*****

HandelsAG stellt nämlich nicht nur für die Angeklagten, sondern auch für die Alleinaktionärin fremdes Vermögen dar (vgl Jabornegg in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 1 Rz 21; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 153 Rz 32).

Die von der Beschwerde behauptete Zustimmung der UD***** wirkt schon deshalb nicht als Dispens von der Treuepflicht, weil die Organe der Alleinaktionärin nicht Inhaber der Vermögensrechte der L***** HandelsAG und solcherart auch nicht im dargestellten Sinn befugt waren, in eine Schädigung dieser Gesellschaft einzuwilligen (vgl *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 1 Rz 21; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 153 Rz 32).

Der nach der internen Kompetenzverteilung als Kontrollorgan des Vorstands konzipierte Aufsichtsrat konnte das Innenverhältnis als Vorgabe dessen, was als zulässiger Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen anzusehen war, nicht modifizieren (vgl § 84 Abs 4 AktG, wonach eine gegenüber der Gesellschaft bestehende Ersatzpflicht auch bei Billigung der Handlungsweise durch den Aufsichtsrat nicht ausgeschlossen wird; *Huber*, Die Organuntreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften, S 179).

Dem weiteren Einwand der Rüge, wonach Vermögensverschiebungen innerhalb von Konzernunternehmen schon gedanklich keine Schädigung iSd § 153 StGB darstellen können, ist entgegenzuhalten, dass dem Konzern keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Dies ergibt sich bereits aus § 15 AktG, der auf die rechtliche Selbstständigkeit der Unternehmen abstellt und damit zum Ausdruck bringt, dass der Konzern als solcher nicht Rechtsträger ist (vgl *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG § 15 Rz 30; SZ 56/101, RIS-Justiz RS0049295; *Straube*,

WK-UGB⁴ § 1 Rz 12).

Soweit die Rechtsrüge den festgestellten Missbrauchs- und Schädigungsvorsatz (vgl US 24) mit der Behauptung bestreitet, dem Beschwerdeführer habe aufgrund des Fehlens von juristischen Kenntnissen der Einblick in das vom Dritt- und vom Viertangeklagten entwickelte Konstrukt gefehlt, entzieht sie sich einer inhaltlichen Erwiderng (RIS-Justiz RS0099810).

Ob die von der Geschädigten verschiedene UD***** Verbindlichkeiten hatte, die mit der inkriminierten Ausschüttung getilgt wurden, ist unter dem Aspekt des § 153 StGB ebenso irrelevant wie das in der Satzung der L***** HandelsAG nicht verankerte Konzept des Dritt- und des Viertangeklagten. Maßstab für die Zulässigkeit der Befugnisausübung ist nämlich die Ausgestaltung des Innenverhältnisses. Auf genau dieser Basis war der Beschwerdeführer verpflichtet, seiner Machtgeberin den größtmöglichen Nutzen zu verschaffen (vgl *Kirchbacher/Presslauer* in WK² StGB § 153 Rz 28). Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter (§ 84 Abs 1 AktG) hätte aber, weil die UD***** nur Anspruch auf den redlich festgestellten Bilanzgewinn hatte (§ 52 AktG), weder eine für den Geschäftsbetrieb der L***** HandelsAG nicht erforderliche Barvorlage in Anspruch genommen noch Einlagen an die Alleinaktionärin zurück gewährt. Ein entsprechendes Wissen des Rechtsmittelwerbers und dessen Schädigungsvorsatz wurden konstatiert (US 24).

Bei der Untreue muss der Vermögensnachteil kein dauernder sein (*Kirchbacher/Presslauer* in WK² StGB § 153 Rz 36), womit die Tat jedenfalls nach Mittelabfluss vollendet war. Die nach diesem Zeitpunkt durch Verschmelzung erfolgte

Übertragung von Vermögen der UD***** in der Höhe von rund 18 Mio ATS auf die L***** HandelsAG (US 26) ist deshalb für die Schuldfrage nicht von Bedeutung.

Zum unzutreffenden Ansatz der Rechtsrüge des Zweitangeklagten Mag. Johann K*****, wonach der gegenständliche Sachverhalt mit den Fällen der „Einmann GmbH“ vergleichbar sei, wurde bereits Stellung genommen.

Der Einwand, wonach eine Gesellschaft durch eine Übertragung von Vermögen an ihre Alleinaktionärin nicht geschädigt werden könne, vernachlässigt, wie bereits an anderer Stelle dargelegt, dass die L***** HandelsAG als juristische Person selbst Eigentümerin des von § 153 StGB geschützten Vermögens war. Demnach trifft auch die weitere Prämisse, wonach die UD***** als „Alleineigentümerin“ des Vermögens anzusehen sei, nicht zu.

Soweit die Beschwerde von der urteilsfremden Annahme einer Einmann-AG ausgeht, lässt sie unberücksichtigt, dass die Alleinaktionärin UD***** ihrerseits mehrere Aktionäre hat.

Beide Beschwerdeführer vermeinen, mangels Befugnismissbrauchs kein tatbestandsmäßiges Verhalten im Sinn des § 153 StGB gesetzt zu haben, weil sie laut erstgerichtlichen Urteilsannahmen lediglich einen Gewinnverwendungsvorschlag erstattet und der Hauptversammlung, bestehend aus der Alleinaktionärin UD*****, vorgelegt hätten, wodurch es zu einer ungerechtfertigten Ausschüttung von über 127 Mio ATS gekommen sei. Die Beschlussfassung über die Gewinnverteilung sei jedoch gemäß § 126 Abs 1 AktG in der damals geltenden Fassung von der Hauptversammlung zu beschließen gewesen. Da die Befugnis im Sinn des § 153

StGB ein Minimum an rechtlicher Verfügungs- oder Verpflichtungsmacht über fremdes Vermögen enthalten müsse, schiedenen Ermächtigungen zu bloß faktischen Tätigkeiten, worunter ein Vorschlagsrecht zu subsumieren sei, aus dem Anwendungsbereich der Untreue aus. Gleiches gelte, wenn ein Täter lediglich intern die Entscheidung der zuständigen Organe maßgeblich beeinflusst und somit einen Akt vorbereitender Tätigkeit gesetzt habe.

Diese Argumentation vernachlässigt jedoch, dass es die Nichtigkeitswerber selbst waren, die im Wissen, hiedurch eine Befugnis zu missbrauchen, und mit auf Schädigung der L***** HandelsAG in Höhe des zu Unrecht ausgezahlten Betrags gerichtetem Vorsatz, die Ausschüttung der Sonderdividende durch die Inanspruchnahme von Barvorlagen veranlassten (US 24).

Der Erstangeklagte André R***** wendet zwar noch ein, trotz des Vorwurfs, die zur Finanzierung des tatsächlichen Gewinns erforderlichen Darlehen aufgenommen zu haben (US 4), habe das Schöffengericht nicht konstatiert, er sei „zu derartigen Kreditaufnahmen etwa nicht befugt gewesen“. Damit spricht er jedoch kein gesondert dem Untreuetatbestand unterstelltes Verhalten an.

Das dargestellte Gesamtverhalten ist - was diese Angeklagten im Ergebnis auch nicht bestreiten - als ein dem Tatbestand der Untreue nach § 153 StGB unterfallender Befugnismissbrauch anzusehen, wobei es dahingestellt bleiben kann, inwieweit der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung der L***** HandelsAG von der teilweisen Unrichtigkeit des Gewinnverteilungsvorschlags in Kenntnis waren oder ob die involvierten Personen darüber getäuscht oder unvollständig informiert wurden.

Mag es sich bei der Erstellung der unrichtigen Bilanz und der Erstattung des teilweise überhöhten Gewinnverwendungsvorschlags selbst auch bloß um einen Akt faktischer oder vorbereitender Tätigkeit gehandelt haben (vgl. RIS-Justiz RS0094733 [insbesondere T4]; *Kirchbacher/Presslauer* in WK² StGB § 153 Rz 20), so ändert dies nichts daran, dass die Angeklagten in der Folge durch die Überweisung der Sonderdividende eine nach außen wirksame Rechtshandlung setzten (*Kirchbacher/Presslauer* in WK² StGB § 153 Rz 21). Wie bereits dargelegt, waren die Organe der Alleinaktionärin UD***** nicht befugt, in eine Schädigung der L***** HandelsAG einzuwilligen, sodass eine solche missbräuchlich erfolgt und solcherart nicht geeignet gewesen wäre, die Tatbestandsmäßigkeit zu beseitigen (*Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 153 RN 106).

Wurde hingegen die Beschlussfassung durch die Hauptversammlung durch Fehlinformation erschlichen, so tritt wie in vergleichbaren Fällen ein allenfalls verwirklichter Betrug hinter den Missbrauch eigener Vertretungsmacht zurück (*Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 153 RN 64; RIS-Justiz RS0094784 [T1: Täuschung eines Kontrollorgans]; RS0094733 [T2: Erschleichung der Zustimmung {mit} verfügbare Organe]; RS0094442 [insbesondere T4: durch Falschinformation erschlichene Auszahlungsgenehmigung]; RS0094764 [eine auf bewusst unrichtiger oder unvollständiger Information beruhende Zustimmung des Geschäftsherrn schließt Befugnismissbrauch nicht aus]).

Der gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr des § 52 AktG verstoßende Hauptversammlungsbeschluss war gemäß § 199 Abs 1 Z 3 AktG nichtig (*Artmann in Jabornegg/*

Strasser AktG⁵ § 52 Rz 72). Die eigenverantwortlich und weisungsfrei agierenden (vgl *Strasser* aaO § 70 Rz 10) Vorstandsmitglieder wären nicht zur Ausschüttung, sondern vielmehr zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage verpflichtet gewesen (*Strasser in Jabornegg/Strasser* AktG⁵ §§ 77 bis 84 Rz 115). An der Annahme einer im Sinne des § 153 StGB missbräuchlichen Vertretungshandlung durch Auszahlung der Sonderdividende ändert die Nichtigkeit der ihr zugrunde liegenden Beschlussfassung hingegen nichts (vgl *Kienapfel/Schmoller* StudB BT II § 153 RN 53).

In seiner Rechtsrüge (Z 9 lit a) vermeint der Angeklagte Mag. Johann K***** angesichts der von Anfang an geplanten Rückführung des Finanzierungsaufwands der Sonderdividende nach dem Börsegang ergebe sich aus den Urteilsannahmen kein deutlich festgestellter Schädigungsvorsatz. Damit übergeht er jedoch die unmissverständliche Konstatierung auf US 24.

Weshalb es der Feststellung der dem Ankaufskredit (vgl US 13) zugrunde liegenden Vertragsbestimmung, wonach bei 50%iger Nichtrückführung des Darlehens bis Ende 2001 auf Wunsch der C***** eine Verschmelzung mit der Li***** durchzuführen wäre, bedurft hätte, wird von der Rüge des Zweitangeklagten (der Sache nach Z 9 lit a) angesichts des vorgeworfenen Täterverhaltens nicht dargelegt.

Im diametralen Widerspruch zu den erstgerichtlichen Annahmen vermeinen beide Beschwerdeführer, angesichts der lege artis erstellten Unternehmensbewertung und eines daraus resultierenden ausschüttungsfähigen Bilanzgewinns könne der Tatbestand der Untreue nicht erfüllt sein. Mangels Festhaltens am gesamten

Urteilssachverhalt verfehlen ihre Rechtsrügen (Z 9 lit a) jedoch den vom Gesetz geforderten Bezugspunkt.

Das Vorbringen der Rechtsrügen (Z 9 lit a) des Angeklagten André R***** zum Bilanzansatz Pre-Opening-Zuschuss, des Beschwerdeführers Mag. Johann K***** zu den Fremdwährungskrediten und beider Beschwerdeführer zu Werbekostenzuschüssen und Boni betrifft - wie bereits anlässlich der Behandlung der Mängelrüge dargelegt - keine entscheidende Tatsache, sodass sich eine inhaltliche Erwiderung erübrigt.

Der Angeklagte Mag. Johann K***** vermisst Feststellungen dazu, ob

- der Firmenbuchrichter, wovon der Viertangeklagte Univ.-Prof. Dr. Christian N***** im Hinblick auf den geplanten Börsegang ausgegangen sei (vgl US 67), eine Verschmelzung trotz Verschmelzungsverlusts bewilligt hätte und auch der Zweitangeklagte diesen Weg für gangbar gehalten habe,

- die Angeklagten es für möglich gehalten hätten, angesichts des auch vom Sachverständigen Mag. (FH) Martin G***** bestätigten Vorhandenseins anderer stiller Reserven bei einem Aufwertungspotential von 700 Mio ATS eine Aufwertung um 140 Mio ATS durch Einbringung sonstiger Vermögenswerte von Li***** in die Li***** Management zu erzielen,

- eine Fusion ohne Ausschüttung einer Sonderdividende durchführbar gewesen wäre und

- ob ein „Up-Stream-Merger“, also eine Einbringung der Tochtergesellschaft (Li*****) in die Muttergesellschaft (UD*****) realisierbar gewesen wäre und er einen solchen für möglich gehalten hätte,

weil ihm in all diesen Fällen ein Schädigungsvorsatz nicht unterstellt werden könnte.

Wie dies bereits anlässlich der Erledigung der Mängelrüge dargestellt wurde, versagt diese Argumentation in allen Fällen schon deshalb, weil bei Verwirklichung einer dieser Alternativen ein deliktischer Erfolg unterblieben wäre, das rechtmäßige Alternativverhalten also darin bestanden hätte, die auf einer Bilanzmanipulation basierende Ausschüttung einer überhöhten Sonderdividende zu unterlassen. Weshalb es aber den Schädigungsvorsatz des Beschwerdeführers ausschließen sollte, dass er eine Verschmelzung auf legalem Weg für möglich gehalten, diesen jedoch trotzdem nicht beschritten hat, legt die Rüge nicht nachvollziehbar dar.

Mit dem Hinweis auf die erstgerichtlichen Feststellungen zu seinen Kenntnissen und seiner Ausbildung, auf seine Verantwortung, die Bilanz zwar mitunterschrieben aber nicht „im Detail“ gewusst zu haben, „was dort Gesetz ist“, zumal er exzellente Berater gehabt habe, dem Argument, Dritt- und Viertangeklagter seien die „Masterminds“ des „verfahrensgegenständlichen Konstrukts“ gewesen, wegen dessen Ergebnis er schließlich verurteilt worden sei und seine von ihm wiederum aus den Urteilsannahmen gezogene Schlussfolgerung, er habe sich nicht „blindlings“ auf diese verlassen, behauptete der Erstangeklagte, das „Gesamtkonzept“ könne ihm schon wegen eines ihm zugute zu haltenden Rechtsirrtums nach § 9 StGB nicht angelastet werden (Z 9 lit b). Damit bringt er aber kein einen - diesen Ausnahmesatz betreffenden - Feststellungsmangel indizierendes, in der Hauptverhandlung vorgekommenes Sachverhaltssubstrat zur Darstellung, wonach es ihm trotz

allfälliger Unkenntnis rechtlicher Feinheiten und gerichtlicher Strafbarkeit verschlossen geblieben sein sollte, dass die Auszahlung eines konstruierten, tatsächlich nicht existierenden Bilanzgewinns im Widerspruch zur Rechtsordnung steht (vgl. *Fabrizy*, StGB¹¹ § 9 Rz 3 f). Die Bezugnahme auf die für den Freispruch des Viertangeklagten maßgeblichen Erwägungen der Tatrichter sind in diesem Zusammenhang nicht von Relevanz.

Indem dieser Nichtigkeitswerber die Urteilsannahme vernachlässigt, wonach sich die mangelnde Werthaltigkeit der Beteiligung an der Li***** Deutschland primär aus dem Fehlen eines von einer abgeschlossenen Planung des Vorstands getragenen, konkret umzusetzenden Konzepts, also eines für eine Bewertung überhaupt geeigneten Objekts erschließe, sondern vielmehr aus Verfahrensergebnissen, welche die Richtigkeit des KP*****-Gutachtens und dessen Eignung für Bilanzierungs- und Ausschüttungszwecke bestätigen, ableitet, ihm könne mangels entsprechender Kenntnisse eine allfällige Unrichtigkeit dieser Einschätzung nicht vorgeworfen werden, vermag er das Vorliegen eines relevanten Rechtsirrtums nicht einmal ansatzweise zu begründen.

Auch die Rechtsrüge (Z 9 lit b) des Zweitangeklagten bringt mit dem pauschalen Hinweis auf fehlende rechtliche „Spezialkenntnisse“ zwecks umfassender Beurteilung der komplizierten Rechtslage und die Einholung von Gutachten und Expertisen fachlich hochkarätiger Personen den behaupteten Feststellungsmangel in Richtung eines Rechtsirrtums nicht zur Darstellung.

Mit der Behauptung, das Erstgericht habe keinen auf eine Schadenszufügung von über 3.000 Euro (Angeklagter

André R*****) bzw über 50.000 Euro (Angeklagter Mag. Johann K*****) gerichteten Vorsatz festgestellt, übergehen beide Beschwerdeführer die Konstatierung, wonach sie wussten, dass sie mit der Abberufung der Barvorlagen in der Höhe der zu Unrecht ausgezahlten Sonderdividende die L***** HandelsAG am Vermögen schädigten und sich damit abfanden (US 24). Der von André R*****) daraus gezogene Schluss, das „Grunddelikt des § 153 Abs 1 StGB“ sei verjährt, erweist sich somit ebenfalls als haltlos.

Während der Zweitangeklagte die Verjährung der Strafbarkeit nach § 255 Abs 1 AktG ohnedies nur für den Fall der Verneinung der Verwirklichung des § 153 StGB aufzeigt, macht der Erstangeklagte diesen Strafaufhebungsgrund (Z 9 lit b) ohne Berücksichtigung des unter einem ergangenen Schuldspruchs wegen § 153 Abs 1 und Abs 2 zweiter Fall StGB geltend und verfehlt solcherart den vom Gesetz geforderten Bezugspunkt.

Die Sanktionsrüge (Z 11 zweiter Fall) des Angeklagten André R*****) zeigt schließlich mit der Kritik an der Wertung der „hohen Schadenssumme“ als erschwerend (US 100) angesichts der festgestellten Schadenshöhe keinen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot auf (RIS-Justiz RS0099961).

Beide Nichtigkeitsbeschwerden waren daher zu verwerfen.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten
Mag. Kurt S*****:

Im Recht ist die Mängelrüge, dass die Urteilsannahmen,

- der Erst- und Zweitangeklagte hätten sich,

nachdem der Viertangeklagte am 19. April 1999 dem Drittangeklagten mitgeteilt habe, dass bei einer Verschmelzung mit der UD***** ein Verschmelzungsverlust in der Höhe von ca 145 Mio ATS entstehen würde (Beilage ./79 in ON 655), im Auftrag des Drittangeklagten auf die Suche nach einem möglichen weiteren Gewinnposten gemacht, im Wissen, dass es einen solchen nicht gab, um diesen in der Bilanz, obwohl nicht vorhanden, darzustellen (US 19),

- der Beschwerdeführer habe entschieden, dass durch die Einbringung der dadurch neu zu bewertenden Li***** Deutschland in die Li***** Management und der folgenden Aufwertung der Beteiligung der Li***** Management bei der L***** HandelsAG ein entsprechender Buchgewinn zur Abdeckung des erwarteten Verschmelzungsverlusts dargestellt werden sollte (US 19),

- der Zweitangeklagte habe nach Auftrag des Drittangeklagten ... die KP***** beauftragt, ein Unternehmensbewertungsgutachten hinsichtlich der Li***** Deutschland zu erstatten (US 20),

- auch dem Drittangeklagten sei klar gewesen, dass es sich bei diesem Gutachten lediglich um ein „Rechtfertigungsgutachten“ handelte, dessen Inhalt von den Auftraggebern bestimmt wurde (US 20),

- wonach der Drittangeklagte wollte, dass der Erst- und der Zweitangeklagte die nicht realistische Unternehmensbewertung Li***** Deutschland als außerordentlichen Ertrag in Form des Beteiligungsansatzes der Li***** Management zur Vermeidung eines Verschmelzungsverlustes in der Bilanz darstellten (US 21),

- der Drittangeklagte habe gewusst, dass damit

der Erst- und der Zweitangeklagte ihre Befugnis missbrauchten (US 21) und

- André R***** und Mag. Johann K***** hätten im Auftrag des Rechtsmittelwerbers ohnehin das Ergebnis der Unternehmensbewertung vorgegeben (US 55, vgl auch US 53),

im Ergebnis unbegründet geblieben sind (Z 5 vierter Fall), zumal sie sich insbesondere weder aus den Überlegungen des Erstgerichts zur Verantwortlichkeit des Drittangeklagten (US 63 ff), noch aus den zum Teil auch ihn betreffenden Urteilsabwägungen zu einer nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Aufwertung von Li***** Deutschland ergeben (US 47 ff).

Dass der Beschwerdeführer von dem zu erwartenden Verschmelzungsverlust Kenntnis hatte (US 47), er als derjenige gesehen wurde, der den Überblick und das Konzept hatte, dass er für die (nicht näher konkretisierten) Zustimmungen im Aufsichtsrat sorgte (US 63), „den Weg vorgab“, mehr wusste als der übrige Aufsichtsrat, seine Verantwortlichkeit über die Funktion des Aufsichtsratsvorsitzenden hinaus gegeben gewesen sei, er das Konzept der Verschmelzung konstruiert und selbst eine klare Vorstellung über die weitere Vorgangsweise gehabt habe und die UI***** noch vor der L***** HandelsAG den Einbringungsvertrag bekommen habe (US 64), lässt - worauf der Nichtigkeitswerber zum Teil ohnedies zutreffend hinweist - eine den Denkgesetzen und allgemeiner Lebenserfahrung entsprechende Schlussfolgerung auf die gerügten Urteilsannahmen nämlich nicht zu.

Die Tatrichter haben zwar einem auch Dr. Peter Schi***** von der UI***** zugegangenen, divergierende

Unternehmenswerte enthaltenden Entwurf der KP***** („Draft“, Beilage ./99 in ON 521 = ON 646 S 465 f) mit dem Vermerk „unverbindliche Diskussionsgrundlage“ entnommen, dass der Zweitangeklagte dieser das Wunschergebnis vorweg mitteilte, aber keinerlei Aussage getroffen, welche Schlussfolgerungen der Beschwerdeführer aus diesem Schriftstück zog (vgl US 65).

Mag das Schöffengericht aus dem Schreiben der A***** an den Viertangeklagten Univ.-Prof. Dr. Christian N***** auch erschlossen haben, dass bei der Bewertung von Li***** Deutschland ergebnisorientiert vorgegangen worden sei (US 50 f; vgl auch US 47), so zeigt der Nichtigkeitswerber zutreffend auf, dass sich aus dem Schreiben des Dr. Roland Ri***** an die UI***** vom 23. April 1999 (Beilage ./81 in ON 655), wonach die Beteiligung an Li***** Deutschland auf Grund eines Gutachtens der KP***** auf 182 Mio ATS aufgewertet werde, nicht ableiten lasse, dass dadurch auch die Rolle des Drittangeklagten klar definiert werde, nämlich als jener, der das Projekt bzw den Fahrplan, wie im Informationsmemorandum im Oktober 1997 dargelegt, einhielt und auch dafür sorgte (US 51). Im Übrigen würde auch die zuletzt zitierte Urteilsannahme keineswegs die ihm zur Last gelegten Tathandlungen begründen.

Die erstgerichtlichen Überlegungen, die Einbindung des Nichtigkeitswerbers in das operative Geschäft ergebe sich auch aus seinem in der 17. Aufsichtsratssitzung vom 15. Dezember 2000 (ON 180 S 313) geäußerten Hinweis, ein Verlustbeteiligungsmodell käme bei börsennotierten Unternehmen nicht in Frage (US 64), erweisen sich schon deshalb als verfehlt, weil er im Sinne der Rüge gemäß § 95 Abs 5 Z 1 AktG in seiner Position zu derartigen Überlegungen

geradezu verpflichtet war.

Schließlich weist der Beschwerdeführer mit seinem Vorwurf der Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) zutreffend darauf hin, dass das Schöffengericht die in Übereinstimmung mit seiner Verantwortung (ON 847a S 60, ON 848 S 47 f) stehenden Angaben des Erstangeklagten, der Rechtsmittelwerber habe keinerlei Einfluss zur Bewertung von Li***** Deutschland ausgeübt (ON 846 S 50), sowie des Zweitangeklagten, wonach von Mag. Kurt S***** niemals der Wunsch nach Verbotenem geäußert worden sei, dieser sich niemals in die Planung Li***** Deutschland eingemischt habe, ihm der Schriftverkehr zwischen dem Zweitangeklagten und der KP***** nicht zur Kenntnis gebracht worden sei und er keinerlei Auftrag erteilt habe, wonach ein bestimmtes Bewertungsergebnis gewünscht werde (ON 847a S 5, 7), mit Stillschweigen übergang.

Bereits angesichts dieser zutreffenden Ausführungen der Mängelrüge erweist sich die Urteilsaufhebung als unumgänglich, zumal - worauf der Nichtigkeitswerber ebenfalls hinweist - das Vergehen nach § 255 Abs 1 AktG für sich allein verjährt wäre:

§ 255 AktG war im Tatzeitraum mit einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen bedroht, seit 1. Jänner 2007 (BGBl 1965/98 idF BGBl I 2005/120) beträgt die Strafdrohung ein Jahr oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen. Zur Anwendung kommt aufgrund des Urteilszeitpunkts am 21. Juni 2011 als in seiner Gesamtauswirkung für die Täter günstiger somit § 255 AktG in der geltenden Fassung (§§ 1, 61 StGB).

Gemäß § 57 Abs 3 vierter Fall StGB beträgt die Verjährung der Strafbarkeit im vorliegenden Fall drei Jahre.

Als Tatzeitpunkt hat das Gericht den 6. Mai 1999 (IV./2./) angenommen, die erste Verfolgungshandlung des Untersuchungsrichters (*Fabrizy*, StGB⁹ § 58 Rz 5) gegen den Angeklagten wegen Vergehen nach dem Aktiengesetz datiert vom 24. Juli 2002 (ON 1 S 3a), somit mehr als drei Jahre nach der angelasteten Tat.

Angesichts der ohnedies erforderlichen Urteilsaufhebung war ein von diesem Rechtsmittelwerber nicht geltend gemachter Nichtigkeitsgrund (Z 9 lit a) zwar nicht gemäß § 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO von Amts wegen wahrzunehmen. In einem zweiten Rechtsgang wird jedoch Folgendes zu beachten sein:

Der extrane Beitragstäter zum unrechtsbezogenen Sonderdelikt der Untreue (wie im konkreten Fall der Drittangeklagte) muss, um strafrechtlich zu haften, es nicht nur für gewiss halten, dass der unmittelbare Täter objektiv die durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis missbraucht, sondern gleichermaßen auch, dass der Intraeus dies (zumindest bedingt) vorsätzlich tut (vgl *Kirchbacher/Presslauer* in WK² § 153 Rz 44; *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 153 Rz 48; RIS-Justiz RS0103984).

Wie bereits erwähnt, legte das Erstgericht dem Schuldspruch des Angeklagten Mag. S***** die Feststellungen zu Grunde, wonach er wollte, dass Erst- und Zweitangeklagter einen überhöht ausgewiesenen außerordentlichen Ertrag zur Vermeidung eines Verschmelzungsverlusts in der Bilanz darstellten, sowie wusste, dass die Unternehmensbewertung nicht der Realität entsprach und die Vorstände damit ihre Befugnis missbrauchten (US 21).

Daraus erhellt, dass dem Erstgericht ein Rechtsfehler mangels Feststellungen zur subjektiven Tatseite insofern unterlaufen ist, als es rechtsirrig keine Konstatierung darüber getroffen hat, ob er als Bestimmungstäter zur Untreue auch einen (zumindest bedingten) Vorsatz der Angeklagten André R***** und Mag. Johann K***** betreffend deren Befugnismissbrauch für gewiss hielt. Das im Urteil festgestellte Wissen, dass diese ihre Befugnis missbrauchten, genügt hierfür nicht (RIS-Justiz RS0103984 [insbes T8]; vgl auch RS0090382, RS0090558).

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten

Dr. Bernhard H*****:

Eben einen solchen Rechtsfehler mangels Feststellungen macht dieser Beschwerdeführer in seiner Rechtsrüge (Z 9 lit a) mit dem Einwand geltend, das Urteil enthalte keine Feststellungen darüber, er habe gewusst, dass die Vorstände durch die überhöhte Gewinnausschüttung zumindest vorsätzlich ihre Befugnis als Vorstandsmitglieder missbrauchten, er also einen zumindest vorsätzlichen Fehlgebrauch der Befugnis durch deren Inhaber für gewiss hielt.

Wie bereits dargestellt, stellte das Erstgericht lediglich fest, er habe gewusst, dass dem Erst- und Zweitangeklagten bewusst war, dass der Gewinn zumindest in einem Betrag von 111.624.896 ATS unrichtig dargestellt wurde. Es sei ihm auch klar gewesen, dass die Ausschüttung in der Höhe von 105.303.999,35 ATS zu Unrecht erfolgt sei, „sodass er wusste, dass ein fremdfinanzierter Betrag in dieser Höhe an Kredit

ohne Grund an die UD***** auf Vorschlag der Erst- und Zweitangeklagten ausgeschüttet wurde, und eine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung in dieser Höhe an die UD*****, finanziert durch Barvorlagen, stattfand. Ihm war dabei auch bewusst, dass die L***** HandelsAG um diesen Betrag am Vermögen geschädigt wurde“ (US 23).

Während sich sein Wissen um einen Befugnismissbrauch der Vorstandsmitglieder aus seiner konstatierten Kenntnis der unrichtigen Darstellung nicht vorhandener Gewinnposten und der darauf basierenden Ausschüttung der in dieser Höhe ungerechtfertigten Sonderdividende ergibt, haben die Tatrichter - wie beim Drittangeklagten - jedoch keine Konstatierung darüber getroffen, ob der Beschwerdeführer als Beitragstäter zur Untreue auch einen (zumindest bedingten) Vorsatz der Angeklagten André R***** und Mag. Johann K***** betreffend deren Befugnismissbrauch für gewiss hielt (neuerlich RIS-Justiz RS0103984 [insbes T8]; vgl auch RS0090382, RS0090558).

Bereits aus diesem zutreffenden Einwand der Rechtsrüge resultiert die Kassation des Dr. Bernhard H***** betreffenden Schuldspruchs, zumal - worauf auch dieser Nichtigkeitswerber hinweist - das Vergehen nach § 255 Abs 1 AktG unter Zugrundelegung eines bis längstens 6. Mai 1999 währenden Tatzeitraums und der auch in Ansehung seiner Person am 24. Juli 2002 erfolgten ersten Verfolgungshandlung

des Untersuchungsrichters für sich allein verjährt wäre. Im Übrigen wird insoweit auf die Ausführungen zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Mag. Kurt S***** verwiesen.

Aber auch darüber hinaus erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde Dris. Bernhard H***** jedenfalls in folgendem Umfang als berechtigt:

Angesichts der von den Tatrichtern selbst angenommenen Prämissen der Stimmigkeit des Zahlenwerks der Planung (von Li***** Deutschland) und der Erstellung der Unternehmensbewertung von der KP***** lege artis (US 55), lässt das Erstgericht tatsächlich völlig unbegründet (Z 5 vierter Fall), weshalb der Beschwerdeführer davon gewusst hätte, der Unternehmenswert von Li***** Deutschland sei ein insoweit von den übrigen Angeklagten „konstruierter Betrag“ gewesen (US 55 f), als kein von einer abgeschlossenen Planung des Vorstands getragenes, konkret umzusetzendes Konzept bewertet wurde, zumal die Umgründung „nie gelebt“ wurde (US 47) und der Bewertung ein unmittelbar danach geänderter, noch nicht ausgereifter Plan zu Grunde lag (US 49 f).

Ohne zureichende Begründung eines diesbezüglichen Wissens kann aber nicht logisch und empirisch einwandfrei auf die Kenntnis des Fünftangeklagten der konstatierten Unrichtigkeit der Bewertung (US 21) geschlossen werden. Dies auch unter Berücksichtigung

- des Schreibens der A***** GmbH vom

21. April 1999 (Beilage ./80 in ON 655), aus dem das Erstgericht erschloss, dass bei der Unternehmensbewertung „ergebnisorientiert“ vorgegangen wurde (US 50), damit ein entsprechender Buchgewinn dargestellt werden sollte, der Fünftangeklagte Bescheid wusste, wie es zum Ergebnis der Unternehmensbewertung kam (US 47) und er bestens informiert war (US 67 f),

- der von seinem Co-Prüfer DI Michael V***** geäußerten Bedenken (US 67 f),

- seiner genauen Kenntnis der bisherigen Bilanzen des Unternehmens (US 67),

- des Aktenvermerks des Zeugen Dr. Gottwald Kr*****, laut dem Dr. Bernhard H***** gemeint hätte, dass „er notfalls eben alle einfahren lasse“ bzw. anlässlich der Sonderprüfung der KP***** im Juli 2001 auch anklingen hätte lassen, dass er die KP***** „mit ins Boot holen“ würde (Beilage ./84 in ON 655; US 68),

- seiner Versagung des Bestätigungsvermerks für das Wirtschaftsjahr 1999/2000 (US 69),

- seiner von den Tatrichtern angenommenen Befürchtung, unter Umständen nicht mehr als Prüfer eingesetzt zu werden, sollte er mit seiner Prüfung den Börsegang scheitern lassen (US 70),

- von Ungereimtheiten insbesondere bei der Datierung von Prüfungsvorgängen (US 70 bis 72) und

- seines vom Erstgericht weiters angenommenen Bestrebens, aus der Buchhaltung möglichst viel Gewinn herauszuholen.

Ferner zeigt die Tatsachenrüge (nominell Z 5a, dSn Z 5 vierter Fall) zutreffend auf, dass sich aus dem Schreiben vom 21. April 1999 (Beilage ./80 in ON 655) nicht

nachvollziehbar ableiten lässt, auch der Fünftangeklagte habe bei der Bewertung (gemeint offenbar: ihrem Ergebnis) bzw bei der folgenden Ausschüttung seine Zweifel gehabt (US 50), weil der Nichtigkeitswerber in dieser Urkunde eine Ausschüttung lediglich „unter dem Gesichtspunkt des § 235 HGB“ hinterfragte.

Zu den Berufungen wegen des Ausspruchs über die Strafe:

Das Schöffengericht verhängte über den Angeklagten André R***** unter Bedachtnahme auf das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 12. Mai 2006, AZ 46 Hv 9/05d, eine Freiheitsstrafe von dreieinhalb Jahren und über den Angeklagten Mag. Johann K***** eine solche in der Dauer von vier Jahren. Dabei wertete es bei beiden Angeklagten als mildernd die Unbescholtenheit, das Wohlverhalten seit der Tat und die lange Verfahrensdauer, weshalb das Erstgericht die für angemessen erachteten Strafen jeweils um 18 Monate reduzierte, als erschwerend hingegen bei beiden Angeklagten die hohe Schadenssumme, bei André R***** darüber hinaus das Zusammentreffen von zwei Verbrechen mit einem Vergehen.

Den dagegen erhobenen Berufungen beider Angeklagter kommt Berechtigung zu.

Soweit der Erstangeklagte vermeint, er sei nur eines (und nicht zweier) Verbrechen der Untreue schuldig erkannt worden, übersieht er, dass gemäß § 31 Abs 1 StGB auf eine bereits rechtskräftige, wegen des Verbrechens der betrügerischen Krida nach §§ 15 Abs 1, 156 Abs 1 und Abs 2 StGB ergangene Verurteilung Bedacht genommen wurde, sodass zu Recht das Zusammentreffen zweier Verbrechen mit

einem Vergehen (nach § 255 Abs 1 Z 1 und 4 AktG) als erschwerend gewertet wurde.

Dem Einwand des Beschwerdeführers Mag. Johann K***** zuwider blieb der Freispruch vom - zugegebenermaßen schwerer wiegenden - Vorwurf des Betrugs bei der Strafbemessung zu Recht unberücksichtigt.

Mit Blick auf den angestrebten Vermögenszufluss anlässlich des Börsegangs zeigen jedoch beide Berufungswerber im Ergebnis zutreffend auf, dass der Handlungsunwert trotz der Höhe des verursachten Schadens hinter jenem beim Fremdschädigungsdelikt der Untreue typischerweise verwirklichten doch signifikant zurückbleibt.

Indem es auch sein Wohlverhalten nach der Tat mildernd wertete, übersah das Erstgericht zwar, dass dieser mit Urteil vom 12. Mai 2006 schuldig erkannt wurde, im Zeitraum Sommer 2001 bis Jänner 2004 das Verbrechen der betrügerischen Krida nach § 156 Abs 1 und Abs 2 StGB im Wesentlichen durch das Verheimlichen einer Firmenbeteiligung im Nominalwert von 4,4 Mio Euro verwirklicht zu haben. Dennoch ist auch bei ihm ein Wohlverhalten seit nunmehr bereits zehn Jahren als mildernd zu berücksichtigen, wogegen beim Zweitangeklagten sogar ein Zeitraum von 15 Jahren in Betracht zu ziehen ist.

Bei André R***** wäre daher - unter Bedachtnahme auf die obgenannte Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren - eine Freiheitsstrafe von drei Jahren und bei Mag. Johann K***** eine solche von dreieinhalb Jahren als an sich dem Unrecht der Taten und der Schuld der Angeklagten angemessen.

Hingegen waren - dem Berufungsvorbringen folgend - die ungeachtet der Komplexität des Verfahrens

unangemessen lange, nämlich von Juli 2002 bis (einschließlich des Rechtsmittelverfahrens) Jänner 2014 reichende, nicht vom Angeklagten oder seinem Verteidiger zu vertretende, Verfahrensdauer (§ 34 Abs 2 StGB und Art 6 Abs 1 EMRK) als mildernd zu berücksichtigen und an Stelle der an sich zu verhängenden schuldangemessenen Strafen zum Ausgleich für diese Konventionsverletzung jeweils nicht wie vom Erstgericht um eineinhalb, sondern um zwei Jahre geringer bemessene Freiheitsstrafen von 12 respektive 18 Monaten festzusetzen.

Trotz des doch erheblichen Vermögensschadens bestehen in Anbetracht des bei beiden Angeklagten zu berücksichtigenden langjährigen Wohlverhaltens weder spezial- noch generalpräventive Bedenken gegen eine Anwendung des § 43 Abs 1 StGB. Die Strafen waren daher jeweils unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachzusehen.

Zu den Berufungen gegen den Ausspruch über die privatrechtlichen Ansprüche:

André R***** und Mag. Johann K***** wurden gemäß § 369 Abs 1 StPO zur ungeteilten Hand schuldig erkannt, der Li***** AG, vertreten durch den Masseverwalter, 5.385.000 Euro zu bezahlen.

Im Fall eines Privatbeteiligtenanschlusses ist das Ausmaß des Schadens oder der Beeinträchtigung gemäß § 67 Abs 1 StPO von Amts wegen festzustellen, soweit dies auf Grund der Ergebnisse des Strafverfahrens oder weiterer einfacher Erhebungen möglich ist. Obwohl die Entscheidung über die privatrechtlichen Ansprüche integrierter Bestandteil des Strafprozesses ist, wird das Adhäsionsverfahren als ein

„im Rahmen des Strafverfahrens geführter Zivilprozess besonderer Art“ gesehen. Aus dieser Sicht ergibt sich - entsprechend der für den Zivilprozess geltenden Dispositionsmaxime -, dass der Strafrichter über privatrechtliche Ansprüche nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag der dazu legitimierten Partei entscheiden kann. Da aber die privatrechtlichen Ansprüche „im Strafverfahren miterledigt“ werden, verliert der auf diese Weise mit dem Strafprozess verknüpfte Zivilprozess seine Selbständigkeit, weshalb auch das Adhäsionsverfahren von der den Strafprozess beherrschenden Officialmaxime erfasst wird. Wenngleich über die privatrechtlichen Ansprüche nur auf Antrag entschieden wird, ist daher das Ausmaß des aus einer Straftat entstandenen Schadens - soweit dies auf Grund der Ergebnisse des Strafverfahrens oder weiterer einfacher Erhebungen möglich ist - von Amts wegen festzustellen (*Spending*, WK-StPO Vor §§ 366-379 Rz 7 mwN).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kann den Berufungen schon aus folgenden Erwägungen Berechtigung nicht abgesprochen werden:

In der Hauptverhandlung am 17. Jänner 2011 schloss sich der Masseverwalter der Li***** AG gegen den Erst- und den Zweitangeklagten dem Verfahren an und brachte Folgendes vor: „Die Li***** AG ist durch das Handeln der beiden Vorstände geschädigt worden. Der Staatsanwalt hat schon eine umfangreiche Darstellung gemacht und ich beschränke mich auf den Schaden, den die Li***** AG erlitten hat, insbesondere durch die Sonderdividende. Den Angeklagten ist vorzuwerfen, dass sie Bilanztricks gemacht haben - konkret wurde die Tochtergesellschaft 'Li*****-Deutschland', die seit Jahr und Tag Verluste gemacht hat und

die 1999 gerade noch einmal drei Filialen gehabt hat, aufgewertet. Man hat einen neuen Businessplan erstellt: Von den drei Filialen schließen wir zwei und dafür machen wir 40 oder 50 neue Standorte und machen tolle Umsätze und daraus resultiert ein toller Gewinn und unter Anwendung der Ergebnismethode hat man hier einen Unternehmenswert von 140 Mio für die Tochtergesellschaft und im Zuge eines Umgründungsvorgangs kommt man an den Wert, der in der Bilanz ausgewiesen ist und das war ein wesentlicher Teil für die Sonderdividende. Vorher und nachher hat das Unternehmen nicht mehr oder weniger gehabt - nach der verlustbringenden Tochter in Deutschland, die zwei Jahre später auch geschlossen werden musste. Dem Unternehmen ist ein Schaden von 5,385 Millionen entstanden und das ist der Anteil, der ungerechtfertigt resultiert aus dem Umwertungsvorgang und hinsichtlich dieses Betrages schließe ich mich dem Verfahren an. PB-Anschluss: 5.385.000 Schillinge [ON 845 S 4 f].“

Dass es sich bei dem Begehren in Schilling-Währung um einen offensichtlichen Schreibfehler handelt, ergibt sich zum einen daraus, dass unmittelbar zuvor der Schaden ohne weitere Angabe, angesichts der im Jahre 2011 durchgeführten Hauptverhandlung daher in Euro beziffert wurde und zum anderen aus dem Umstand, dass der Anspruch am 21. Juni 2011 mit 5.385.000 Euro aufrecht erhalten wurde (ON 937 S 3).

Doch aus dem Urteil lässt sich weder der Grund noch die angenommene Höhe des zugesprochenen Anspruchs zweifelsfrei nachvollziehen. Das Erstgericht hat das Adhäsionserkenntnis auf den zu hoch ausgewiesenen Gewinn, die dadurch durchgeführte zu hohe Ausschüttung und die

damit verbundene Abberufung der Barvorlagen in der Höhe des zu Unrecht ausgewiesenen Gewinns vor Steuer gegründet und weiters ausgeführt, dass aufgrund der Verfahrensergebnisse und der Tatsache, dass der beanspruchte Betrag ohnehin nicht so hoch wie der zu hoch ausgeschüttete sei, ein Zuspruch erfolgen konnte (US 100).

Völlig unberücksichtigt geblieben ist jedoch etwa ein allfälliger Haftungsausschluss infolge Vorteilsausgleichung durch den im Wege des Börsengangs lukrierten Mittelzufluss (vgl im Übrigen das umfangreiche Vorbringen der Angeklagten in dem vom Masseverwalter gegen sie am 3. Mai 2004 angestrebten, auf eine Haftung nach § 84 AktG gegründeten und auf einen Zuspruch von 5.385.000 Euro gerichteten, derzeit gemäß § 191 ZPO unterbrochenen, in der Hauptverhandlung verlesenen [ON 935 S 56] Zivilverfahren 21 Cg 40/04g, nunmehr 25 Cg 135/08p des Landesgerichts Wiener Neustadt).

Vor allem aber brachte der Viertangeklagte Univ.-Prof. Dr. Christian N***** in seinem Schriftsatz vom 30. August 2004 unter Anschluss eines gegen die UI***** gerichteten Klagsentwurfs des Masseverwalters vor, dass diese nach Abschluss eines Vergleichs über 13,3 Mio Euro nicht eingebracht worden sei (ON 478). Ein diesbezüglicher Vergleich führte auch zur teilweisen Zurückziehung des (tatsächlich aus dem Akt gar nicht ersichtlichen) Privatbeteiligtenanschlusses ua gegen Mag. Kurt S***** und Dr. Bernhard H***** durch den Masseverwalter (ON 499). Da sich der auf insgesamt 49.709.302 Euro gerichtete Klagsentwurf in einem Umfang von 21.802.325 Euro auf die zu Unrecht empfangene Sonderdividende stützte, die tatsächlich vom Erstgericht als zu Unrecht erfolgt

angenommene Ausschüttung in Ansehung von Li***** Deutschland demgegenüber aber nur 81.100.000 ATS (= 5,89 Mio Euro) beträgt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Li***** AG in einem dem Zuspruch entsprechenden Betrag - wenngleich von dritter Seite - bereits (möglicherweise auch bloß teilweise) Befriedigung erlangt hat.

Die erstgerichtlichen Feststellungen sind daher keine ausreichende Grundlage für den erfolgten Zuspruch.

Den Berufungen war daher Folge zu geben, das Adhäsionserkenntnis aufzuheben und der Privatbeteiligte Rechtsanwalt Dr. Viehböck als Masseverwalter über das Vermögen der Li***** AG auf den Zivilrechtsweg zu verweisen.

Mit ihren Berufungen waren die Angeklagten Mag. Kurt S***** und Dr. Bernhard H***** auf die kassatorische Entscheidung zu verweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 390a Abs 1 StPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 30. Jänner 2014
Dr. S c h r o l l
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: