

# Übernahme von Geldstrafen und Verfahrenskosten durch die Gesellschaft

Der aktuelle Fall „Andritz“, bei dem den Vorstandsmitgliedern eine Strafe von insgesamt 22 Millionen Euro droht,<sup>1</sup> zeigt, dass selbst im Bereich des Verwaltungsrechts sehr hohe Strafen verhängt werden können. Um zu vermeiden, solche Strafen aus der eigenen Tasche tragen zu müssen, sind Manager in der Regel bestrebt, Strafen wie auch Verfahrenskosten auf das Unternehmen abzuwälzen. In diesem Beitrag wird geklärt, unter welchen Bedingungen die Übernahme von Strafen und Verfahrenskosten durch die Gesellschaft zulässig ist.

Von Christopher Schrank

## 1. Strafen haben höchstpersönlichen Charakter

Sowohl im Bereich des gerichtlichen Strafrechts wie auch im Verwaltungsstrafrecht richten sich Strafen zumeist an die natürliche Person, sohin in der Regel an die Geschäftsführer bzw die Mitglieder des Vorstands. Strafen haben dabei höchstpersönliche Natur und sind daher grundsätzlich vom Täter selbst zu tragen.<sup>2</sup> Selbst wenn die Strafe ausschließlich im Zusammenhang mit dienstlichen Tätigkeiten verhängt worden ist, besteht – von einzelnen Ausnahmefällen abgesehen<sup>3</sup> – keine Verpflichtung der Gesellschaft, die Strafe zu refundieren, weil nach hA eine Geldstrafe kein ersatzfähiger Aufwand iSd § 1014 ABGB ist.<sup>4</sup> Ohne gesonderte Vereinbarung ist die Gesellschaft daher nicht verpflichtet, dem Geschäftsleiter die über ihn verhängte Strafe zu refundieren.

Anders sind die mit einem Verfahren verbundenen Verfahrenskosten zu beurteilen: Wird das Verfahren letztlich eingestellt oder der Geschäftsleiter freigesprochen, besteht grundsätzlich ein Anspruch gegenüber der Gesellschaft auf Ersatz der angemessenen Vertretungskosten.<sup>5</sup>

## 2. Freiwillige Übernahme von Strafen und Verfahrenskosten

Die Frage, ob die Manager mit der Gesellschaft die Übernahme von Geldstrafen sowie von Verfahrens- und Vertretungskosten vereinbaren können, ist – je nach

Zeitpunkt der Vereinbarung – differenziert zu beantworten.

### 2.1 Übernahme der Strafe vor Begehung der Straftat

Um einer möglichen Haftung vorzubeugen, versuchen Geschäftsleiter oft bereits beim Abschluss ihres Vorstands- oder Geschäftsführervertrages sogenannte „Haftungsfreistellungen“ zu vereinbaren. Der OGH hat sich im Bereich des Zivilrechts mehrfach mit der Übernahme von Geldstrafen durch die Gesellschaft auseinandergesetzt und vertritt dazu eine klare Meinung: Haftungsfreistellungen, die vor Begehung der Straftat vereinbart werden, sind nichtig. Sie begründen keinen Anspruch des Organs gegen die Gesellschaft, weil eine solche Vereinbarung sowohl gegen die Grundsätze des Strafrechts als auch gegen die guten Sitten verstößt.<sup>6</sup> Zweck der Strafdrohung ist es nämlich, den Normadressaten zu gesetzmäßigem Verhalten anzuhalten, indem sie für ein Fehlverhalten bestimmte Konsequenzen androht.<sup>7</sup> Würde nun der Normadressat von der Strafe generell freigestellt werden, würde für ihn eine geringere oder allenfalls sogar gar keine Motivation bestehen, sich an das Gesetz zu halten. Eine im Voraus vereinbarte Haftungsfreistellung vereitelt somit die präventive Wirkung von Strafnormen.<sup>8</sup> Im Ergebnis sind daher vertragliche Vereinbarungen, welche vor Begehung der Straftat die Überwälzung der Strafe vom Geschäftsleiter als „potenziellen Täter“ auf die Gesellschaft vorsehen, gemäß

§ 879 ABGB sittenwidrig und damit zivilrechtlich unwirksam.

### 2.2 Übernahme der Strafe nach Begehung der strafbaren Handlung

Anderes gilt hingegen für Vereinbarungen über die Übernahme von Strafen, die nach Begehung der Tat getroffen werden: In diesem Fall darf die Gesellschaft die Geldstrafe übernehmen, sofern dies eindeutig im überwiegenden Unternehmensinteresse liegt.<sup>9</sup> Die Frage, ob ein solches überwiegendes Unternehmensinteresse vorliegt, kann immer nur im Einzelfall beurteilt werden. Die jeweiligen Entscheidungsträger werden sich bei der Entscheidung, ob die Übernahme der Geldstrafe im Unternehmensinteresse ist, aber insbesondere folgende Fragen stellen müssen:

- Hat der Geschäftsleiter im Interesse der Gesellschaft gehandelt?
- Kann das Verhalten des Geschäftsleiters trotz der Bestrafung noch als „vertretbar“ eingestuft werden? Wie verwerflich war der Gesetzesverstoß?
- Ist durch das bestrafte Verhalten auch die Gesellschaft geschädigt worden?
- Hat es bereits in der Vergangenheit vergleichbare Gesetzesübertretungen gegeben?
- Wie ist die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft?
- Was bedeutet die Übernahme bzw Nichtübernahme für das Betriebsklima und die weitere Tätigkeit der Manager?



Es mag Fälle geben, in denen diese Entscheidung recht einfach getroffen werden kann: So liegt ein deutlich überwiegendes Unternehmensinteresse etwa dann vor, wenn durch die Bezahlung einer Strafe im Rahmen einer Diversion eine öffentlichkeitswirksame Anklage und damit auch eine negative Medienpräsenz vermieden werden kann. Ein überwiegendes Unternehmensinteresse liegt aber zB auch dann vor, wenn die Geschäftsführung entgegen den Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes Mehrarbeit angeordnet hat, um einen wichtigen Auftrag zeitgerecht abzuwickeln und in der Folge dann zwar bestraft wird, aber gleichzeitig die Gesellschaft vor einer hohen Pönalezahlung bewahrt.<sup>10</sup> In vielen Fällen wird dies aber nicht so klar sein. Insbesondere bei höheren Strafen müssen die Gründe für die Übernahme schon gewichtig sein, um ein überwiegendes Unternehmensinteresse argumentieren zu können.

Keinesfalls darf die Gesellschaft die Strafe (und selbiges gilt auch für die Vertretungskosten) übernehmen, wenn die Tat des Geschäftsleiters gleichzeitig auch ein Pflichtverstoß gegenüber der Gesellschaft ist. Pflichtwidrig agiert der Geschäftsleiter, wenn er gegen eine Norm verstößt, die vorwiegend dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen einer Gesellschaft dient. Konkrete Beispiele dafür sind etwa Betrug gegenüber der Gesellschaft, Untreue, Bilanzfälschung oder Insolvenzverschleppung.<sup>11</sup> In diesem Fall ist die Gesellschaft die potenziell Geschädigte. Durch eine Übernahme der Strafe würde nun das Opfer dem Täter die Strafe ersetzen.

### 2.3 Übernahme der Verfahrens- und Vertretungskosten

Anders beurteilt die Judikatur die Frage der Zulässigkeit der Übernahme der Kosten eines Strafverfahrens, insbesondere der Verteidigerkosten. Diese Differenzierung begründet der OGH damit, dass diese Kosten nicht Inhalt eines staatlichen „Strafanspruches“, sondern vielmehr gewöhnliche Aufwendungen sind, die von den Beteiligten für eine geordnete Rechtspflege unvermeidlich getätigt werden müssen. In der Regel hat die Gesellschaft auch ein eigenes Interes-

se an einer schlagkräftigen Verteidigung des Geschäftsleiters, weil dessen Verurteilung in der Regel eine Verurteilung des Verbands nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz nach sich zieht, aber auch sonst für das Unternehmen nachteilig sein kann. Somit können die Kosten des Strafverfahrens grundsätzlich vor und nach der Begehung der Tat von der Gesellschaft übernommen werden. Allerdings sollen – so der OGH – die „*Grenzen vertraglicher Überwälzbarkeit von Strafverfahrenskosten dort ihr Ende finden, wo vorsätzliche Schädigung und damit schwerstes Verschulden zugrunde liegt*“.<sup>12</sup> In diesem Fall darf die Übernahme nicht im Vorhinein vereinbart werden, weil eine solche Vereinbarung gleich käme und sittenwidrig wäre. Daraus folgt, dass die Gesellschaft auch bei Vorsatzdelikten die Verfahrens- und Vertretungskosten vertraglich übernehmen darf, sofern die Übernahmevereinbarung nach Begehung der Tat erfolgt.

Freilich ist es auch bei der Übernahme der Verfahrens- und Vertretungskosten erforderlich, dass die Übernahme der Kosten eindeutig im überwiegenden Unternehmensinteresse liegt.<sup>13</sup> Auch hier werden sich die Entscheidungsträger an den im vorherigen Punkt genannten Fragen zu orientieren haben.

### 2.4 Entscheidungskompetenz

Die Erstattung der Geldstrafe wie auch die Übernahme der Verfahrens- und Vertretungskosten hat Entgeltcharakter und ist damit als Vergütung des Geschäftsleiters zu sehen.<sup>14</sup> Da bei der Aktiengesellschaft der Aufsichtsrat für Vergütungsfragen der Vorstandsmitglieder zuständig ist, hat dieser auch zu entscheiden, ob die Gesellschaft die Strafe bzw die Verfahrenskosten übernimmt.<sup>15</sup> Bei der GmbH ist die Generalversammlung für den Abschluss und den Inhalt des Anstellungsvertrags des Geschäftsführers zuständig und entscheidet daher auch über die Übernahme einer Strafe sowie der Verfahrenskosten.<sup>16</sup> Dies gilt auch dann, wenn die GmbH über einen Aufsichtsrat verfügt, es sei denn, der Aufsichtsrat ist auch zum Abschluss solcher Vereinbarungen bevollmächtigt.

### 3. Unzulässige Übernahme ist Untreue

Zahlt die Gesellschaft die Geldstrafe oder die Verfahrens- und Vertretungskosten des Geschäftsleiters, obwohl die Voraussetzungen für eine Haftungsübernahme nicht vorliegen (und die Übernahmevereinbarung folglich nichtig ist), steht dem Vermögensabfluss kein wirksamer Rechtsgrund gegenüber. Aus Sicht der Gesellschaft wird somit eine Nichtschuld bezahlt, was bei entsprechendem Vorsatz eine Untreuehandlung sein kann.

Untreue ist – kurz zusammengefasst – ein wissentlicher Befugnismissbrauch eines Machthabers, der zur Schädigung des Machtgebers führt. Der Machthaber muss dabei wissen, dass er pflichtwidrig handelt, und es auch ernsthaft für möglich halten, dass die Gesellschaft durch seine Handlung einen Schaden erleidet (Eventualvorsatz).

Es ist daher zu prüfen, wann bei der Übernahme von Strafen und Verfahrenskosten das dafür zuständige Organ seine Befugnisse missbraucht. Steht dem Machthaber – wie im konkreten Fall – ein Ermessensspielraum zu, ist die Grenze zum Missbrauch erst überschritten, wenn die konkrete Entscheidung außerhalb jeder vernünftigen Ermessensausübung liegt. Somit ist es auch für die strafrechtliche Beurteilung erforderlich, zuerst aus dem Blickwinkel des Gesellschaftsrechts zu beurteilen, ob die Entscheidung zur Übernahme der Strafe bzw der Verfahrenskosten als sorgfaltswidrig zu sehen ist.

Der Sorgfaltsmaßstab von Geschäftsführern wie von Vorstandsmitgliedern orientiert sich an der *Business Judgment Rule*. Demnach handelt das Organmitglied jedenfalls dann pflichtgemäß, wenn es auf Basis einer *ex ante*-Betrachtung seine Entscheidung (i) auf Grundlage angemessener Informationen und (ii) frei von sachfremden Interessen getroffen hat sowie wenn es (iii) vernünftigerweise davon ausgehen durfte, im Interesse der Gesellschaft zu handeln.<sup>17</sup> Die jeweiligen Entscheidungsträger werden sich demzufolge im Detail mit dem Sachverhalt auseinanderzusetzen und zunächst zu prüfen haben, ob grundsätzlich eine Übernahme erfolgen darf. In weiterer Folge muss beurteilt werden, ob die Übernahme eindeutig im überwiegen-



den Unternehmensinteresse liegt. Würde nun ein solches überwiegendes Unternehmensinteresse nicht vorliegen, wäre eine dennoch erfolgte Übernahme pflichtwidrig und der Entscheidungsträger würde – Vorsatz vorausgesetzt – untreu handeln.<sup>18</sup> Gelangt das Management zum Ergebnis, dass die Übernahme geboten ist, ist es wichtig, die Entscheidung (samt Begründung) genau zu dokumentieren. Kommt es nämlich in weiterer Folge zu strafrechtlichen Anschuldigungen, kann durch ein solches Dokument authentisch dargelegt werden, dass die Entscheidungsträger davon ausgegangen sind, im Unternehmensinteresse zu handeln. Damit fällt – selbst wenn die Entscheidung im Nachhinein als pflichtwidrig beurteilt wird – die subjektive Tatseite und damit die Strafbarkeit weg.

In jedem Fall scheidet eine Untreue aus, wenn sämtliche Gesellschafter die Übernahme der Strafe bzw der Verfahrenskosten genehmigen. Dies ist damit zu begründen, dass der Untreuetatbestand die wirtschaftlich Berechtigten (also die Gesellschafter) schützen will.<sup>19</sup> Folglich kann eine Vertretungshandlung, die mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter erfolgt, nicht strafbar sein. Wichtig ist allerdings, dass tatsächlich alle Gesellschafter zustimmen. Bleibt daher auch nur ein Gesellschafter der Haupt- bzw Generalversammlung fern, können die übrigen Gesellschafter selbst bei Einstimmigkeit keinen strafbefreienden „Entlastungsbeschluss“ fassen.

#### 4. Tätige Reue

Sollte ein Unternehmen in der Vergangenheit entgegen den vorgenannten Grundsätzen (Verwaltungs-)Geldstrafen übernommen haben, besteht die Möglichkeit, die Tat durch „Tätige Reue“ (§ 167 StGB) zu sanieren. Zu diesem Zweck muss primär der Täter, somit jene Person, welche die Übernahme genehmigt hat, der Ge-

sellschaft die bezahlte Geldstrafe und den allfälligen sonst entstandenen Schaden (zB die übernommenen Verfahrenskosten) zur Gänze zurückerstatten. Unter gewissen Voraussetzungen kann diese Rückerstattung auch vom bestraften Manager erfolgen. Die Schadenswiedergutmachung wirkt allerdings nur dann strafbefreiend, wenn sie rechtzeitig und freiwillig erfolgt: Sie muss somit erfolgen oder vereinbart werden, bevor die zur Strafverfolgung berufene Behörde (das ist idR die Staatsanwaltschaft) vom Verschulden des Täters erfährt und ohne dass der Täter hierzu gezwungen wird.

§ 167 StGB ist ein persönlicher Strafaufhebungsgrund und wirkt zugunsten desjenigen, in dessen Namen die Schadenswiedergutmachung unter den genannten Voraussetzungen geleistet wurde. Die Strafbarkeit wird nach erfolgter Gutmachung (mangels Strafbedürftigkeit) *ex tunc* aufgehoben. Sobald daher in einem späteren Ermittlungsverfahren zutage tritt, dass der Beschuldigte tätige Reue geübt hat, ist das Ermittlungsverfahren einzustellen. Kommt die tätige Reue erst in der Hauptverhandlung hervor, ist der Beschuldigte freizusprechen.

#### 5. Zusammenfassung

Bei der Frage, welche Zahlungen durch die Gesellschaft übernommen werden dürfen, muss zwischen Strafen einerseits und Verfahrenskosten andererseits unterschieden werden. Bei der Übernahme von Strafen ist die Judikatur sehr streng (dies vor dem Hintergrund, dass die Normadressaten nicht die „Motivation“ verlieren, sich an Gesetze zu halten). Sofern vorweg vereinbart wird, dass eine Geldstrafe jedenfalls ersetzt wird, ist diese Vereinbarung nichtig. Nach Begehung der Tat ist es zulässig, die Übernahme der Strafe zu vereinbaren. Bei der Übernahme von Verfahrenskosten ist die Judikatur da-

gegen großzügiger, weil diese Vereinbarung grundsätzlich auch vorweg (zB im Vorstandsvertrag) getroffen werden darf.

Die Frage, welche Strafen bzw Verfahrenskosten nun von der Gesellschaft getragen werden, ist immer eine wirtschaftliche Ermessensentscheidung. Somit muss der jeweilige Entscheidungsträger (geht es um eine Strafe des Vorstandes, entscheidet der Aufsichtsrat) auf Basis seiner allgemeinen Sorgfaltspflichten beurteilen, ob die Übernahme tatsächlich im überwiegenden Unternehmensinteresse liegt.

- 1) Siehe etwa Die Presse 4. 8. 2017, Andritz droht 22-Millionen-Euro-Strafe wegen Arbeitsrechtsvergehen.
- 2) OGH 23. 2. 1955, 3 Ob 96/55.
- 3) Ein solcher Anspruch besteht etwa dann, wenn die Verhängung der Strafe eigentlich unberechtigt war oder die Strafe völlig unerwartet und unverhältnismäßig ist (Kalss, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2011, 153).
- 4) OGH 26. 1. 2000, 9 ObA 326/99b; Schrank, ÖBA 2016, 885f.
- 5) Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses, 275 Rz 401.
- 6) RIS-Justiz RS0016830; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>101</sup> § 879 Rz 205; Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar § 879 Rz 11.
- 7) OGH 15. 10. 1997, 3 Ob 2400/96d.
- 8) OGH 16. 12. 1992, 9 ObA 284/92; Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB § 879 Rz 13; Bollenberger, JBl 2013, 137.
- 9) Kalss, GesRZ 2015, 85; Schima in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat, 12 Rz 134; Kalss in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 131.
- 10) Schima in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat, 12 Rz 134.
- 11) Schrank, ÖBA 2016, 887 mwN.
- 12) OGH 15. 10. 1997, 3 Ob 2400/96d.
- 13) Kalss/Oppitz, RdW 2011, 578.
- 14) Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> §§ 77 bis 84 Rz 137.
- 15) Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 78 Rz 4; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> §§ 77 bis 84 Rz 141.
- 16) Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 4/153; Urfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung<sup>6</sup> § 4 Rz 176; Reich-Rohrwig, GeS 2011, 4.
- 17) Schrank/Kollar, CFOaktuell 2016, 117.
- 18) Entscheiden allerdings die Gesellschafter als Generalversammlung über die Übernahme, kommt – da Gesellschafter nicht den Sorgfaltspflichten des § 25 GmbHG unterliegen – idR keine Untreue in Betracht.
- 19) Götz/Krakow/Schrank, Compliance Praxis, 36; Eckert/Spain/Wess, ZWF 2015, 262f.



Foto BTP

#### Der Autor

**MMag. Dr. Christopher Schrank** ist Partner der Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH und auf Wirtschaftsstrafrecht sowie Corporate Compliance spezialisiert ([www.btp.at](http://www.btp.at); [schrank@btp.at](mailto:schrank@btp.at)). In diesen Bereichen ist Christopher Schrank Autor zahlreicher Fachpublikationen und auch regelmäßig als Vortragender aktiv.