# Ubernahme von Geldstrafen und Verfahrenskosten der Geschäftsleiter durch die Gesellschaft

Christopher Schrank

Seit mit der BWG-Novelle im Jahr 20121) das mögliche Strafausmaß für die Verletzung bankrechtlicher Vorschriften deutlich angehoben worden ist, erreichen die von der FMA gegenüber Geschäftsleitern verhängten Geldstrafen in der Regel fünfstellige Beträge, bei mehrfachen Verstößen liegen die Strafen oft nicht mehr weit von der EUR 100.000 Grenze entfernt. In Anbetracht dieser Strafhöhen stellt sich die Frage, ob diese Strafen wie auch die mit den Verfahren verbundenen Vertretungskosten von der Gesellschaft getragen bzw übernommen werden können. Dabei sind sowohl zivil- als auch strafrechtliche Restriktionen zu beachten.

Stichwörter: Übernahme der Strafe durch Gesellschaft, Übernahme der Verfahrenskosten, Haftungsfreistellung, Strafrechtsänderungsgesetz 2015, Business Judgment Rule, Untreue Normen: §§ 879, 1014 ABGB; §§ 84, 97 AktG; § 25 GmbHG; §§ 153, 167 StGB JEL-Classification: K 14, K 42.

Since the amendments of the Austrian Banking Act (BWG) in 2012, violations of the Banking Act can be sanctioned by imposing particularly high fines. The fines the Austrian Financial Market Authority (FMA) imposes on directors regularly exceed EUR 10,000. In case of multiple violations, fines can go up to amounts just under EUR 100,000. In light of the potentially very high amount of the fines the question arises, whether the company may pay or reimburse such fines and the costs of the legal representation in court proceedings. In this regard, restrictions in both civil and criminal law need to be taken into account.

## 1. Geschäftsleiter als Adressat der Strafe

Eine Strafe hat im Wesentlichen zwei Funktionen: Einerseits soll sie dem Täter

wegen seiner vorausgegangenen Tat ein "Übel" zufügen (Übelscharakter der Strafe), andererseits wird mit der Strafe ein Unwerturteil über den Täter gesprochen (Tadelsfunktion der Strafe).2) Folglich ist eine Strafe von höchstpersönlicher Natur und daher grundsätzlich vom Täter selbst zu tragen.3) Allerdings ist für den hier gegenständlichen Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts zu beachten, dass der Täter - in der Regel der Geschäftsführer oder das Vorstandsmitglied - beim bestraften Sachverhalt zumeist nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und somit auch nicht zu seinem eigenen Nutzen, sondern vielmehr für den der Gesellschaft handelt.

Eine gesetzliche Verpflichtung der Gesellschaft zur Übernahme der über den Geschäftsleiter verhängten Geldstrafe besteht – von einzelnen Ausnahmefällen abgesehen<sup>4)</sup> – nicht, weil nach hA eine Geldstrafe kein Aufwand iSd § 1014 ABGB ist.<sup>5)</sup> Ohne gesonderte Vereinbarung ist die Gesellschaft daher nicht verpflichtet, dem Geschäftsleiter die über ihn verhängten Strafen zu refundieren.

Die Verfahrens- und Vertretungskosten können hingegen, solange es zu keiner Verurteilung kommt bzw solange kein Strafbescheid ergeht, auch ohne vertragliche Vereinbarung von der Gesellschaft als Aufwandersatz gemäß § 1014 ABGB gefordert werden. Der Aufwandersatzanspruch ist somit auflösend bedingt und endet mit einer Verurteilung des Geschäftsleiters bzw mit der Erlassung eines Strafbescheids.6) Werden die Verfahrens- und Vertretungskosten bis dahin von der Gesellschaft vorgestreckt, ist der Geschäftsleiter grundsätzlich verpflichtet, diese im Fall einer Verurteilung der Gesellschaft zu refundieren.7) Liegt die Rechtsvertretung allerdings im Interesse der Gesellschaft, kann sie die Verfahrens-



o: privat

RA MMag. Dr. Christopher Schrank, Brandl & Talos Rechtsanwälte, Wien;

e-mail: schrank@btp.at

und Vertretungskosten selbst im Fall einer Verurteilung endgültig übernehmen.<sup>8</sup> Die Vertretung liegt dann im Interesse der Gesellschaft, wenn das Verfahren zur Folge haben kann, dass die Gesellschaft auf Basis des Fehlverhaltens der Organe selbst gegenüber Dritten schadenersatzpflichtig oder nach dem VbVG zur (strafrechtlichen) Verantwortung gezogen werden kann.<sup>9</sup> In der Literatur wird die Verpflichtung der Gesellschaft zur Übernahme der Strafe zum Teil auch daran geknüpft, dass die Tathandlung nicht gleichzeitig eine Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft ist.<sup>10</sup>)

## 2. Freiwillige Übernahme von Strafen und Verfahrenskosten

Die Frage, ob die Geschäftsleiter mit der Gesellschaft die Übernahme von Geldstrafen sowie von Verfahrens- und

1) BGB1 I 2012/35.

Fuchs, Österreichisches Strafrecht<sup>9</sup> 3f.

OGH 23.2.1955, 3 Ob 96/55.

4) Ein solcher Anspruch besteht etwa dann, wenn die Verhängung der Strafe eigentlich unberechtigt war oder die Strafe völlig unerwartet und unverhältnismäßig ist (Kalss, Jahrbuch 2011 153; Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch 38 Rz 49).

Strasser in Rummel ABGB<sup>3</sup> § 1015 Rz 4;
Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-

- ON<sup>1.01</sup> § 1014 Rz 30; OGH 26.1.2000, 9 ObA 326/99b.
- Schima, Aufsichtsrat 275 Rz 402.
- Schima in Kalss/Kunz, Handbuch 12 Rz 135.
- OGH 24.7.1996, 8 Ob A 2051/96t; Schima in Kalss/Kunz, Handbuch 12 Rz 135.
- 9) OGH 17.10.1995, 1 Ob 612/95; Schima in Kalss/Kunz, Handbuch 12 Rz 135.
- 10) Kalss, GesRZ 2015, 85.

Vertretungskosten vereinbaren können, ist - je nach Zeitpunkt der Vereinbarung differenziert zu beantworten. Zu beachten ist, dass sich der OGH in diesem Zusammenhang bislang nur mit der Übernahme von Verwaltungsstrafen und nicht mit Geldstrafen aus einem Strafverfahren beschäftigt hat.11) Es ist daher fraglich, ob die Übernahme einer gerichtlichen Strafe anders zu beurteilen ist, als die Übernahme einer Verwaltungsstrafe. So ist etwa in der Literatur unter Verweis auf die spezifische Tadelsfunktion des Strafrechts eine differenzierte Betrachtung angedacht worden. 12) Eine Unterscheidung zwischen gerichtlichen Strafen und Veraltungsstrafen ist jedoch abzulehnen, weil sich die Präventionsfunktion strafrechtlicher Normen nicht von verwaltungsstrafrechtlichen Normen unterscheidet. Die folgenden Überlegungen sind somit bei gerichtlichen Strafen und bei Verwaltungsstrafen gleichermaßen von Bedeutung.13)

## 2.1. Übernahme der Strafe vor Begehung der Straftat

Um einer möglichen Haftung vorzubeugen, versuchen Geschäftsleiter oft bereits beim Abschluss ihres Vorstandsoder Geschäftsführervertrages sogenannte "Haftungsfreistellungen" zu vereinbaren. In den Verträgen heißt es dann etwa, dass sich die Gesellschaft dazu verpflichtet, "das Organ von sämtlichen Kosten und Strafen, die aus behördlichen und/oder gerichtlichen Verfolgungen resultieren, zur Gänze schad- und klaglos zu halten".

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.14) 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. 15) Zweck der Strafdrohung ist es nämlich, den Normadressaten zu gesetzmäßigem Verhalten anzuhalten, indem sie für ein Fehlverhalten bestimmte Konsequenzen androht.16) Wird nun der Normadressat generell von den Unrechtsfolgen (zumindest der Geldstrafe, Haftstrafen können ohnedies nicht übernommen werden) befreit, besteht für ihn eine geringere oder allenfalls sogar gar keine Motivation, sich an das Gesetz zu halten. Eine im Voraus vereinbarte Haftungsfreistellung vereitelt somit die präventive Wirkung von Strafnormen. 17) 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.18

## 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:19) In diesem Fall darf die Gesellschaft die Geldstrafe übernehmen, sofern dies eindeutig im überwiegenden Unternehmensinteresse liegt (schlichtes Überwiegen des Unternehmensinteresses reicht nicht aus).20) Ein deutlich überwiegendes Unternehmensinteresse liegt etwa dann vor, wenn durch die Übernahme das weitere Tätigwerden der bisherigen Geschäftsführung ermöglicht, das Betriebsklima gewahrt oder eine negative Auswirkung auf das Ansehen des Unternehmens in der Öffentlichkeit verhindert wird.21) Das Ansehen wird beispielsweise gewahrt, wenn die Gesellschaft durch die Zahlung eines Geldbetrags die diversionelle Erledigung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen ihren Geschäftsleiter bewirken und damit negative Medienpräsenz verhindern kann. Ein überwiegendes Unternehmensinteresse liegt aber auch etwa 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 dadurch die Gesellschaft vor einer hohen Pönalezahlung bewahrt.22) Die Geldstrafe darf allerdings nicht bloß deswegen auf die Gesellschaft überwälzt werden, weil dieser die Vorteile aus der Gesetzesverletzung zufließen.23)

Liegen die Voraussetzungen für die Übernahme einer Strafe vor, darf deren Übernahme ab der Begehung der gerichtlichen oder verwaltungsstrafrechtlichen Übertretung vereinbart werden. Eine Verurteilung, sei es in erster oder letzter Instanz, muss nicht abgewartet werden.24)

## 2.3. Weitere Anforderungen der FMA an die Übernahmevereinbarungen

Finanzmarktaufsicht die Auch (..FMA") hat sich bereits mit den Voraussetzungen für eine wirksame Übernahme von Strafen durch die Gesellschaft auseinandergesetzt und dabei festgehalten, dass sie die Übernahme unter gewissen Voraussetzungen für zulässig hält. Nach der FMA ist die Übernahme bezogen auf eine AG zulässig, wenn (i) die Übernahme erst nach Begehung der Straftat vereinbart wird, (ii) es sich nicht um eine vorsätzlich begangene Tat handelt und (iii) der Aufsichtsrat sein Ermessen diesbezüglich pflichtgemäß ausübt.25)

Somit ist die FMA - im Gegensatz zu den Gerichten - der Ansicht, dass für eine wirksame Übernahme ein zusätzliches Kriterium erforderlich ist, nämlich, dass es sich nicht um eine Vorsatztat handeln darf. Entgegen der FMA hat der OGH in der bisherigen zivilrechtlichen Judikatur iedoch nicht zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten unterschieden. Auch ein Blick auf die deutsche Judikatur, die auf einer durchaus vergleichbaren Rechtslage beruht,26) zeigt, dass es für die Frage der wirksamen Übernahme einer Geldstrafe nicht ausschlaggebend ist, ob die der Strafe zugrunde liegende Tat eine Vorsatztat ist. Vielmehr stellt der BGH alleine darauf ab, ob die Tat des Geschäfts-

- 11) OGH 23.2.1955, 3 Ob 96/55; OGH 18.5.1955, 3 Ob 264/55; OGH 18.5.1955, 3 Ob 264/55; OGH 16.12.1992, 9 ObA 284/92; OGH 15.10.1997, 3 Ob 2400/96d; OGH 11.9.2003, 6 Ob 281/02w.
- Kalss, GesRZ 2015, 83. 13) Schrank, CFOaktuell 2013, 59; auch Schima differenziert nicht nach Strafund Verwaltungsstrafverfahren (Schima, Aufsichtsrat 272 Rz 390 ff).
- 14) RS0016830; Kalss, GesRZ 2015, 83. 15) RS0016830; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.01 § 879 Rz 205; Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB § 879 Rz 11.
- 16) OGH 15.10.1997, 3 Ob 2400/96d. 17) OGH 16.12.1992, 9 ObA 284/92; *Bollen*berger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger,

- ABGB § 879 Rz 13; Bollenberger, JBI 2013, 137.
- 18) Krejci in Rummel ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 164.
   19) OGH 23.2.1955, 3 Ob 96/55; OGH 11.9.2003, 6 Ob 281/02w; RS0023814;
- Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.01 8 879 Rz 205
- 20) Kalss, GesRZ 2015, 85; Schima in Kalss/ Kunz, Handbuch 12 Rz 134; Kalss in Lewisch, Jahrbuch 2011 131. 21) BGH II ZR 174/13, NZG 2014, 1058;
- Kalss in Lewisch, Jahrbuch 2011 131.
- Schima in Kalss/Kunz, Handbuch 12 Rz 134.
- Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG2 § 84 Rz 10.
- 24) Kalss, GesRZ 2015, 85.

- 25) Schreiben der FMA an die Wirtschaftskammer vom 8.3.2011.
  - Das deutsche Recht entspricht im Wesentlichen der österreichischen Rechtslage. Auch nach deutschem Recht ist die vorherige Vereinbarung einer Übernahme wegen Strafvereitelung nichtig. Die nachträgliche Vergütung der Strafe ist auch in Deutschland zulässig. Darüber hinaus muss die Übernahme der Strafe im Unternehmensinteresse liegen, damit sie von der Gesellschaft wirksam übernommen werden kann, denn bei einer AG würden die Aufsichtsratsmitglieder pflichtwidrig agieren, wenn sie dem Vorstand eine Zahlung gewähren, die dem Unternehmen keinen Nutzen bringt.

leiters gleichzeitig auch ein Pflichtverstoß gegenüber der Gesellschaft ist.27) Pflichtwidrig agiert der Geschäftsleiter demnach nur, wenn er gegen eine Norm verstößt, die vorwiegend dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen einer Gesellschaft dient.28) Konkrete Beispiele dafür sind etwa Betrug gegenüber der Gesellschaft, Untreue, Bilanzfälschung oder Insolvenzverschleppung.29) Ist dies der Fall, kann die Geldstrafe nicht durch die Gesellschaft übernommen werden, sondern darf nur unter den Voraussetzungen des § 84 Abs 4 AktG – frühestens fünf Jahre nach Vollendung der Tat und nach Zustimmung der Hauptversammlung - auf die Gesellschaft überwälzt werden. In den übrigen Fällen und insbesondere auch bei der Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen, ist daher auch bei Vorsatztaten eine Übernahme möglich.

Im Ergebnis gilt für Geldstrafen, die aus Vorsatzdelikten stammen, Folgendes: Für die wirksame Übernahme ist nicht die jeweilige Schuldform entscheidend bzw die Tatsache, dass Vorsatz wesentlich schwerer wiegt als Fahrlässigkeit. Vielmehr muss beurteilt werden, welche Auswirkungen die der Strafe zugrunde liegende Handlung auf die Gesellschaft hat. Es muss geprüft werden, ob die Handlung auch gleichzeitig eine Pflichtwidrigkeit gegenüber der Gesellschaft selbst ist bzw die Gesellschaft Geschädigte der Tat ist. Ist das nicht der Fall, kann die Gesellschaft auch die aus einer Vorsatztat resultierende Geldstrafe wirksam übernehmen. sofern die Übernahme im deutlich überwiegenden Unternehmensinteresse liegt.

## 2.4. Übernahme der Verfahrensund Vertretungskosten

Die Vereinbarung über die Übernahme der Kosten eines verwaltungs- oder gerichtlichen Strafverfahrens, insbesondere der Verteidigerkosten, kann grundsätzlich vor und nach Begehung der Tat erfolgen. Der Grund für die differenzierte Behandlung im Vergleich zur Übernahme von Strafen ist, dass die Verfahrenskosten nicht Gegenstand des staatlichen Strafanspruchs, sondern Aufwendungen sind, welche im Zusammenhang mit einer geordneten Rechtspflege getätigt werden

müssen.30) In der Regel hat die Gesellschaft auch ein eigenes Interesse an einer möglichst schlagkräftigen Verteidigung des Geschäftsleiters, weil dessen Verurteilung in der Regel auch eine Verurteilung des Verbands nach dem VbVG nach sich zieht. Aber auch außerhalb des gerichtlichen Strafrechts gibt es Sachverhalte, bei denen die Gesellschaft - auch wenn sie keine eigene Strafbestimmung trifft - Interesse an einem positiven Verfahrensausgang hat.31) Die Grenze einer Vorwegvereinbarung liegt allerdings dort, wo der Tat eine vorsätzliche Schädigung und damit schwerstes Verschulden zugrunde liegt. In diesem Fall darf die Übernahme nicht im Vorhinein vereinbart werden, weil eine solche Vereinbarung der Belohnung von Vorsatzdelikten gleich käme und sittenwidrig wäre.32) Daraus folgt, dass die Gesellschaft auch bei Ermittlungen der Staatsanwaltschaft oder einer Verwaltungsbehörde wegen Vorsatzdelikten (denen zumindest Eventualvorsatz zugrunde liegt) die Verfahrens- und Vertretungskosten vertraglich übernehmen darf, sofern die Übernahmevereinbarung nach Begehung der Tat erfolgt.

Allerdings ist es auch bei der Übernahme der Verfahrens- und Vertretungskosten erforderlich, dass die Übernahme eindeutig im überwiegenden Unternehmensinteresse liegt.<sup>33</sup>)

Im Fall der Einstellung des Ermittlungsverfahrens oder eines Freispruchs hat der Geschäftsleiter freilich grundsätzlich einen Anspruch auf Ersatz der Vertretungskosten gemäß § 1014 ABGB.<sup>34)</sup>

#### 2.5. Entscheidungskompetenz

Die Erstattung der Geldstrafe wie auch die Übernahme der Verfahrens- und Vertretungskosten hat Entgeltcharakter und ist damit als Vergütung des Geschäftsleiters zu sehen. 35) Da bei der Aktiengesellschaft nach § 78 AktG der Aufsichtsrat für Vergütungsfragen der Vorstandsmitglieder zuständig ist, hat dieser auch zu entscheiden, ob die Gesellschaft die Strafe bzw die Verfahrenskosten übernimmt. 36) Bedeutet die zugrundeliegende Tat zugleich eine Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft, muss gemäß § 84 Abs 2

und 4 AktG die Hauptversammlung der Übernahme der Strafe zustimmen und die Strafe darf erst 5 Jahre nach Begehen der Tat übergewälzt werden.37) Bei der GmbH ist die Generalversammlung für den Abschluss und den Inhalt des Anstellungsvertrages des Geschäftsführers zuständig und entscheidet daher auch über die Übernahme einer Strafe sowie der Verfahrenskosten.38) Hat die GmbH einen Aufsichtsrat, ist strittig, ob die Kompetenz zum Abschluss des Anstellungsvertrages zur Gänze (von der Generalversammlung) auf den Aufsichtsrat übertragen werden kann.39) Der OGH ließ diese Frage offen, bejahte aber, dass der Aufsichtsrat im Einzelfall dazu bevollmächtigt werden kann.40) Nachdem für Strafübernahmen üblicherweise keine derartige Bevollmächtigung erfolgt, ist davon auszugehen, dass auch bei der GmbH mit Aufsichtsrat die Entscheidungskompetenz in der Regel bei der Generalversammlung bleibt.

#### 3. Strafrechtliche Schranken

#### 3.1. 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 (Aufsichtsrat der AG bzw Hauptversammlung der AG in den Fällen des § 84 Abs 2 und 4 AktG; Generalversammlung der GmbH)

- 27) BGH 8.7.2014, II ZR 174/13; BGH II ZR 174/13, NZG 2014, 1058; Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm AktG<sup>4</sup> II § 84 Rz 97.
- Spindler in Goette/Habersack, Münch-Komm AktG<sup>4</sup> II § 93 Rz 147.
- BGH 8.7.2014, IĬ ZR 174/13.
   OGH 15.10.1997, 3 Ob 2400/96d.
- 31) So werden etwa im Fall der Verletzung der ad hoc-Meldepflicht die darauf basierenden Schadenersatzpflichten primär die Gesellschaft betreffen (*Lechner/Temmel* in Temmel, Börsegesetz § 48d Rz 61f).
- OGH 15.10.1997, 3 Ob 2400/96d; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 879 Rz 205.
- 33) Kalss/Oppitz, RdW 2011, 578
- 34) Schima, Aufsichtsrat 275 Rz 401.
- 35) Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge<sup>3</sup> 66; Schima in Kalss/Kunz, Handbuch 12 Rz 134; Strasser in Jabornegg/ Strasser, AktG II<sup>5</sup> §§ 77 bis 84 Rz 137.
- 36) Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG xII<sup>5</sup> §§ 77 bis 84 Rz 141; Nowotny in Doralt/ Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 78 Rz 4; Kalss in Lewisch, Jahrbuch 2011 131; Kalss in
- Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 97 Rz 12; Schreiben der FMA an die Wirtschaftskammer vom 8.3.2011.
- 37) Kalss, GesRZ 2015, 84.
- 88) Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 4/153; Umfahrer, Gesellschaft mit beschränkter Haftung6 § 4 Rz 176; Reich-Rohrwig, GeS 2011, 4.
- 39) Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge<sup>3</sup> 33; Straube/Ratka/Stöger/Völkl in Straube, GmbHG § 15 Rz 56.
- 40) OGH 15.7.2011, 8 ObA 49/11f.

seine Befugnisse missbraucht. Mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (StRÄG 2015) hat der Gesetzgeber in § 153 StGB einen Absatz zwei eingefügt, der seit 1.1.2016 in Kraft ist und das Tatbestandsmerkmal "Missbrauch", präzisiert:41) Nur derjenige missbraucht seine ihm eingeräumte Befugnis, der "in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen." Es kommt somit darauf an, dass der Machthaber in unvertretbarer Weise gegen sein "internes Dürfen" verstößt. Steht dem Machthaber ein Ermessensspielraum zu, ist die Grenze zum Missbrauch erst überschritten, wenn die konkrete Entscheidung außerhalb jeder vernünftigen Ermessensausübung liegt. Bestehen zwischen Machthaber und Machtgeber keine genauen Regelungen über die internen Beschränkungen der Machtausübung, ist das Tatbestandsmerkmal "Befugnismissbrauch" anhand der zivil- bzw gesellschaftsrechtlichen Normen auszulegen. Das Strafrecht ist insofern akzessorisch.42) Folglich ist es auch für die strafrechtliche Beurteilung maßgeblich, ob die Übernahme der Geldstrafe und der Verfahrenskosten zivilrechtlich zulässig ist.

Da bei der Übernahme von Strafen von Vorstandsmitgliedern der Aufsichtsrat die Gesellschaft nach außen vertritt, hat er dieselben Sorgfaltspflichten einzuhalten, wie der Vorstand. Der Sorgfaltsmaßstab bemisst sich nach der Business Judgment Rule, die im Zuge des StRÄG 2015 nun auch in § 84 Abs 1a AktG gesetzlich verankert wurde. 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.43) Der Aufsichtsrat wird sich demzufolge im Detail mit dem Sachverhalt auseinanderzusetzen und zunächst zu prüfen haben, ob grundsätzlich eine Übernahme erfolgen darf (kein Pflichtverstoß gegenüber der Gesellschaft, kein schweres Verschulden). In weiterer Folge muss er sich mit der Frage auseinandersetzen, ob die Übernahme eindeutig im überwiegenden Unternehmensinteresse liegt.

In Bezug auf die GmbH-Gesellschafter und Aktionäre gelten deutlich reduzierte Pflichten, was auch auf deren strafrechtliche Verantwortung durchschlägt: Zwar unterliegen auch sie gewissen Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft und Mitgesellschaftern.44) Allerdings treffen den einzelnen Gesellschafter keine besonderen Erkundigungspflichten, solange er nicht im Einzelfall Verdacht hinsichtlich rechtswidriger Abläufe schöpfen muss. Die Gesellschafter einer GmbH sind auch nicht dazu verpflichtet, die ihnen an sich zustehenden Kontrollrechte auszuüben.45) Bei der AG ist das Mitwirkungselement der Aktionäre noch schwächer ausgeprägt als bei der GmbH, zumal die Hauptversammlung kein allgemeines Zustimmungs- oder Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand und dem Aufsichtsrat hat.46) Anders als die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder muss sich der Gesellschafter daher nicht vor jeder Beschlussfassung detailliert mit dem jeweiligen Tagesordnungspunkt auseinandersetzen. Folglich kann von einem Gesellschafter auch nicht verlangt werden, dass er vor der Beschlussfassung über die Übernahme von Geldstrafen und/ oder Vertretungskosten des Geschäftsführers überprüft, ob die Übernahme der Strafe tatsächlich im überwiegenden Unternehmensinteresse liegt oder nicht bzw ob die anderen Voraussetzungen für eine wirksame Übernahme vorliegen.

Ein "Befugnismissbrauch" im Sinn des Untreuetatbestands liegt demnach nur vor, wenn einem Gesellschafter bei der Stimmabgabe bewusst ist, dass die Übernahme der Strafe bzw der Verfahrenskosten in der begehrten Form nicht zulässig ist und er trotzdem dem Antrag zustimmt.

## 3.2. Keine Untreue bei Gesellschafterzustimmung

Schließlich ist im Zusammenhang mit dem Untreuetatbestand zu klären, ob das Risiko eines Strafrechtsverstoßes vermieden wird, wenn sämtliche Aktionäre bzw Gesellschafter der Zahlung zustimmen. Zuletzt hat der OGH in der Libro-Entscheidung ausgesprochen, dass die Zustimmung der Aktionäre in die Vermögensschädigung rechtlich "belanglos" sei, denn Träger des von § 153

StGB geschützten Rechtsguts seien nicht die Aktionäre, sondern die Gesellschaft selbst, der das Gesellschaftsvermögen ausschließlich gehöre.<sup>47)</sup>

Durch das StRÄG 2015 ist nun aber klargestellt worden, dass der Untreuetatbestand nicht auf den isolierten Schutz der Gesellschaft abstellt, sondern die dahinterstehenden wirtschaftlich Berechtigten (somit die Gesellschafter) geschützt werden sollen. Untreue scheidet daher aus, wenn eine Vertretungshandlung zwar formal den Machtgeber schädigt, der diesbezügliche Nachteil aber wirtschaftlich den hinter dem Machtgeber stehenden Berechtigten (bei Kapitalgesellschaften beispielsweise den Anteilseignern entsprechend ihren Anteilen) zugutekommt.48) Die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter (als wirtschaftlich Berechtigte) muss demnach "tatbestandsausschließend" sein, weil jedermann - solange er Gläubiger nicht schädigt - sein Vermögen auch verringern darf.49) Folglich kann eine Vertretungshandlung, die mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter die Gesellschaft und damit mittelbar die Gesellschafter schädigt, nicht strafbar sein. Dies entspricht auch der deutschen Judikatur, wonach bei Zustimmung aller Gesellschafter zur schädigenden Handlung, der Tatbestand der Untreue ausgeschlossen ist, sofern die Vermögensdisposition nicht zu einer Bestandsgefährdung der Gesellschaft führt.50) Wichtig ist allerdings, dass tatsächlich alle Gesellschafter zustimmen. Bleibt daher auch nur ein Aktionär der Hauptversammlung fern, können die übrigen Aktionäre selbst bei Einstimmigkeit keinen strafbefreienden "Entlastungsbeschluss" fassen.

### 3.3. Tätige Reue

Organmitglieder, die sich durch die unzulässige Übernahme von Strafen bzw Verfahrenskosten strafbar gemacht haben, können die Strafbarkeit durch "tätige Reue" sanieren. Eine tätige Reue setzt nach § 167 StGB voraus, dass der Täter den gesamten Schaden vollständig, freiwillig und rechtzeitig wiedergutmacht. 51)

Kern der tätigen Reue ist die vollständige Schadenswiedergutmachung. Dabei reicht es aus, den nominellen Schaden zu ersetzen – Zinsen müssen nicht ersetzt werden. Grundsätzlich muss die Wie-

- Zum novellierten Tatbestand der Untreue vgl Götz/Krakow/Schrank, Compliance Praxis 2015, 34 ff; Eckert/Spani/Wess, ZWF 2015, 258ff.
- Schmieder in Leitner, Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 362.
- Schrank/Kollar, CFOaktuell 2016, 117;
   Reich-Rohrwig/Zimmermann, ecolex 2015, 677f; Freitag/Korch, ZIP 47/2012,
- 2281; Schauer in Kalss/Kunz, Handbuch 34 Rz 32.
- Jank/Weiler in Hausmaninger/Gratzl/ Justich, Handbuch 120 Rz 32.
- 45) OGH 20.2.2014, 6 Ob 183/13z.
- 46) Gratzl in Hausmaninger/Gratzl/Justich, Handbuch 431 Rz 97.
- 47) OGH 30.1.2014, 12 Os 117/12s.
- 48) IA 1110/A AB 728 BlgNR XXV. GP 10.
- Götz/Krakow/Schrank, Compliance Praxis 2015, 36; Eckert/Spani/Wess, ZWF 2015, 262f.
- 50) BGH 5 StR 73/03.
- 51) Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, StGB<sup>9</sup> § 167 Rz 51; Kirchbacher in Höpfel/ Ratz, WK-StGB<sup>2</sup> § 167 Rz 1.

dergutmachung durch den Täter selbst erfolgen. Unter bestimmten Umständen genügt aber auch die Wiedergutmachung durch einen Dritten, wobei dies nicht das geschädigte Unternehmen sein darf. Alternativ zum sofortigen Ausgleich des Schadens lässt es das Gesetz auch zu, dass sich der Täter vertraglich dazu verpflichtet, den Schaden innerhalb einer konkreten Frist gutzumachen. In diesem Fall entfaltet die tätige Reue freilich nur dann ihre endgültige Wirkung, wenn die vertragliche Vereinbarung vollständig erfüllt wird.

Die tätige Reue muss "rechtzeitig" erfolgen. Dies bedeutet, dass der Schaden gutgemacht oder die Schadensgutmachung vereinbart wird, bevor eine "Behörde" – das sind Strafverfolgungsbehörden (wie Staatsanwaltschaft, Sicherheitsbehörden und Strafgerichte) sowie öffentliche Sicherheitsorgane (zB Polizeiinspektionen, Kriminalbeamte) – vom Verschulden des Täters erfahren hat. 52) Die FMA oder die OeNB sind keine diesbezüglichen Behörden. Die Tatsache, dass etwa die FMA oder auch die OeNB die Umstände einer Strafübernahme prüft, verhindert daher nicht die tätige Reue.

Schließlich hat die Schadensgutmachung freiwillig zu erfolgen. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter die Reuehandlung vornimmt, obwohl er diese noch mit Aussicht auf Erfolg hätte verweigern können.53) Vollkommen irrelevant ist dabei, ob der Täter aus autonomen Motiven oder innerer Umkehr handelt, denn auch derjenige, der durch "Andringen des Verletzten" - also bspw durch Drohung des Opfers mit einer Klage oder Strafanzeige - zur Reuehandlung geleitet wird, handelt freiwillig. Erst wenn der Täter einen Zwang zur Schadensgutmachung verspürt, etwa im Fall des Betretens auf frischer Tat, schließt dies seine Freiwilligkeit aus.54)

§ 167 StGB ist ein persönlicher Strafaufhebungsgrund und wirkt zugunsten desjenigen, in dessen Namen die Schadensgutmachung unter den genannten Voraussetzungen geleistet wurde. Die Strafbarkeit wird nach erfolgter Gutmachung (mangels Strafbedürftigkeit) ex tunc aufgehoben.55) 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. Die Wirkung der tätigen Reue geht damit deutlich über jene der allgemeinen Milderungsgründe hinaus.

### 4. Ergebnis

Die in einem gerichtlichen Strafverfahren oder Verwaltungsstrafverfahren über einen Geschäftsleiter verhängte Geldstrafe kann von der Gesellschaft freiwillig übernommen werden wenn, (i) die Vereinbarung über die Übernahme nach Begehung der Straftat erfolgt und (ii) das zur Entscheidung berufene Organ nach Maßgabe seiner Sorgfaltspflichten zum Ergebnis gelangt, dass (iii) die Übernahme eindeutig im Unternehmensinteresse ist. Unter diesen Voraussetzungen können auch Strafen für Vorsatztaten übernommen werden, sofern diese nicht aus einem Pflichtverstoß gegenüber der Gesellschaft resultieren. Die Übernahme von Verfahrenskosten unterliegt denselben Wirksamkeitsvoraussetzungen, mit der Besonderheit, dass die Vereinbarung über die Übernahme von Verfahrens- und Vertretungskosten, auch vor Begehung der Straftat erfolgen kann, sofern es sich nicht um Vorsatztaten handelt.

Wissentliche Verstöße gegen diese Grundsätze können als Untreue strafbar sein, wobei hier primär die Aufsichtsratsmitglieder einer AG als Täter in Betracht kommen. Bei der GmbH, hinsichtlich der die Generalversammlung über die Übernahme von Strafen und Verfahrenskosten entscheidet, scheidet eine Strafbarkeit der Gesellschafter mangels weitergehender Prüfpflichten hingegen in der Regel aus.

#### Literaturverzeichnis

Bollenberger, Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB wegen Beeinträchtigung von Interessen Dritter?, JBI 2013, 137.

Doralt / Nowotny / Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (2012).

Eckert/Spani/Wess, Neuregelung des § 153 und Auswirkungen auf die Praxis, ZWF 2015, 258.

Freitag / Korch, Die Angemessenheit der Information im Rahmen der Business Judgment Rule, ZIP 2012, 2281.

Fuchs, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 9. Auflage (2016).

Goette / Habersack (Hrsg), Münchener Kommentar zum AktG II, 4. Auflage (2014).

Götz / Krakow / Schrank, Änderungen im Straf- und Strafprozessrecht ab Jänner 2016, Compliance Praxis 2015, 34.

Hausmaninger / Graztl / Justich, Handbuch zur Aktiengesellschaft (2012).

Höpfel / Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage (136. Lieferung, Stand 1.8.2015).

Jabornegg / Strasser, Kommentar zum AktG II 5. Auflage (2010).

Kalss, Gesellschaftsrechtliche Folgen strafrechtlich relevanten Handelns von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2011, 131.

*Kalss*, Die Übernahme von verwaltungsrechtlichen Geldstrafen durch die Gesellschaft, GesRZ 2015, 78.

Kalss / Kunz (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (2010).

Kalss / Nowotny / Schauer (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008).

Kalss / Oppitz, Insiderhandel und Kursmanipulation – Sanktionen, RdW 2011, 575.

Kletečka / Schauer (Hrsg), ABGB-ON-Online-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Version 1.01.

Koziol / Bydlinski / Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB, 4. Auflage (2014).

Leitner (Hrsg), Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung, 2. Auflage (2014).

Reich-Rohrwig, Bestellung und Anstellung des GmbH-Geschäftsführers, GeS 2011, 4.

Reich-Rohrwig / Zimmermann, Strafrechtsänderungsgesetz 2015 setzt die Business Judgment Rule um, ecolex 2015, 677.

*Rummel*, Kommentar zum ABGB, 3. Auflage (2000).

Runggaldier / Schima, Manager-Dienstverträge, 3. Auflage (2006).

Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016).

Schrank, Übernahme von Strafen durch die Gesellschaft ein Fall fürs Strafgericht?, CFOaktuell 2013, 59.

Schrank / Kollar, Business Judgment Rule, CFOaktuell 2016, 117.

Schwimann / Kodek, ABGB Praxiskommentar, 4. Auflage (2014).

Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbHG (2013).

Temmel (Hrsg), Börsegesetz – Praxiskommentar (2011).

Triffterer / Rosbaud / Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum StGB (32. Lieferung, Stand April 2015).

Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 6. Auflage (2008).

<sup>52)</sup> Kirchbacher in Höpfel/Ratz, WK-StGB<sup>2</sup>; Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, StGB<sup>9</sup> § 167 Rz 30.

Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, StGB § 167 Rz 30.

<sup>54)</sup> Kirchbacher in Höpfel/Ratz, WK-StGB2

<sup>§ 167</sup> Rz 47. 55) Rainer in StGB<sup>9</sup> § 167 Rz 2.