

Susanne Kalss, Stephan Frotz,
Paul Schörghofer (Hg.)

Handbuch für den Vorstand

Sonderdruck

**Die verwaltungsstrafrechtliche
Verantwortlichkeit des Vorstands**

**von
Martin Oppitz**

facultas

Zitiervorschlag:

Autor in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch Vorstand (2017) Rz ../...

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr, eine Haftung der Autoren oder des Verlages ist ausgeschlossen.

Copyright © 2017 Facultas Verlags- und Buchhandels AG

facultas Universitätsverlag, 1050 Wien

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Satz: Wandl Multimedia-Agentur

Druck: Ueberreuter Print

Printed in Austria

ISBN 978-3-7089-1364-3

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Autorenverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	31
Allgemeine Literatur	41

I. Der Vorstand – eine erste Einordnung

1. Was ist eine gute Führungskraft? <i>Gerhard Speckbacher</i>	47
2. Die Unabhängigkeit des Vorstands nach österreichischem und deutschen Aktienrecht – Schein und Wirklichkeit <i>Peter Doralt/Maria Doralt</i>	55

II. Mitglieder und Zusammensetzung

3. Zusammensetzung des Vorstands und Anforderungen an seine Mitglieder <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer</i>	81
4. Vorstände und Headhunter – eine Win-win-Symbiose? <i>Hans Jorda</i>	91
5. Diversität im Vorstand <i>Heike Mensi-Klarbach</i>	101

III. Rechtsbeziehungen zwischen dem Vorstand und der Gesellschaft

6. Bestellung und Abberufung des Vorstands <i>Bernhard Rieder/Miriam Lehner</i>	113
7. Anstellungsverhältnis des Vorstandsmitglieds <i>Felix Schörghofer/Andreas Tinhofer</i>	153
8. Das gefallene Vorstandsmitglied <i>Georg Schima</i>	187
9. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergütung von Vorstandsmitgliedern <i>Susanne Kalss</i>	211
10. Wettbewerbsverbot <i>Matthias Schimka/Alexander Leonhartsberger</i>	241

11.	Rechtsgeschäfte mit und Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder <i>Julia Kusternigg/Rainer Werdnik</i>	293
-----	--	-----

IV. Aufgaben des Vorstands

12.	Leitung der Gesellschaft <i>Susanne Kalss</i>	307
13.	Compliance für den Vorstand <i>Elke Napokoj</i>	351
14.	Handlungspflichten des Vorstands bei Compliance-Verstößen <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer/Ines Krausler</i>	375
15.	Vorstandstätigkeit und Interessenkonflikte <i>Peter Kunz/Daniel Liemberger</i>	391

V. Organisation des Vorstands

16.	Organisationsverfassung des Vorstands <i>Clemens Spitznagel</i>	459
17.	Der Vorstandsvorsitzende <i>Clemens Hasenauer/Lorenz Pracht</i>	481
18.	Paperwork für den Vorstand <i>Ulrich Tauböck</i>	501
19.	Das Informationsregime im Vorstand <i>Georg Durstberger/Susanne Kalss</i>	535

VI. Der Vorstand im Verhältnis zu anderen Organen

20.	Das Verhältnis von Vorstand und Aufsichtsrat <i>Helge Schäfer/Jonas Wittgens</i>	557
21.	Das Verhältnis von Vorstand und Hauptversammlung <i>Christoph Diregger</i>	585
22.	Vorstand und Hauptversammlung <i>Susanne Kalss/Georg Riedl</i>	619
23.	Das Verhältnis von Vorstand und Abschlussprüfer <i>Thomas Wenger</i>	665

VII. Der Vorstand in besonderen Situationen

24.	Der Vorstand im Konzern <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer</i>	685
25.	Der Vorstand in der Unternehmenskrise <i>Florian Linder</i>	707
26.	Der Vorstand in der Insolvenz <i>Ulla Reisch</i>	727
27.	Besonderheiten des Vorstands in börsennotierten Gesellschaften <i>Michael Kutschera</i>	787
28.	Best Practice der Corporate Governance für den Vorstand – die Sicht des ÖCGK <i>Anne d’Arcy</i>	805
29.	Der Vorstand bei M&A-Transaktionen <i>Gerhard Hermann/Wendelin Ettmayer</i>	815
30.	Der Vorstand der Zielgesellschaft im Übernahmeverfahren <i>Ulrich Edelmann</i>	841
31.	Der Vorstand bei Umgründungen und Squeeze-out <i>Heinrich Foglar-Deinhardstein/Jakob Hartig</i>	877
32.	Der Vorstand beim Management Buy-Out (MBO) <i>Heinrich Foglar-Deinhardstein/Jakob Hartig</i>	947
33.	Vorstand und Schiedsverfahren <i>Nikolaus Pitkowitz</i>	957

VIII. Der Vorstand in besonderen Unternehmenstypen

34.	Der Vorstand im Familienunternehmen <i>Stephan Probst</i>	999
35.	Besonderheiten eines Konzernvorstands eines Staats- unternehmens <i>Katharina Schelberger/Susanne Semtner</i>	1023
36.	Besonderheiten des Vorstands in Kreditinstituten <i>Robert Schmidbauer</i>	1073
37.	Besonderheiten des Vorstands eines Versicherungs- unternehmens <i>Manuel Schalk</i>	1139

IX. Der Vorstand in unterschiedlichen Rechtsträgern

38.	Steuerungsmöglichkeiten des Vorstands im Vergleich zum GmbH-Geschäftsführer <i>Julia Nicolussi</i>	1157
39.	Der Verwaltungsrat der SE <i>Peter Huber/Clemens Grossmayer</i>	1193
40.	Der Stiftungsvorstand einer Privatstiftung. Ein Vergleich zum Vorstand der Aktiengesellschaft <i>Nikolaus Arnold</i>	1221

X. Verantwortlichkeit des Vorstands

41.	Business Judgment Rule <i>Martin Winner</i>	1239
42.	Beziehung von Sachverständigen <i>Alexander Schopper/Mathias Walch</i>	1253
43.	Die Verschwiegenheitspflicht des Vorstands <i>Marie-Agnes Arlt</i>	1303
44.	Die Haftung des Vorstands aus zivilrechtlicher Sicht <i>Andreas Kletečka/Christoph Kronthaler</i>	1341
45.	Die Entlastung des Vorstands <i>Philip Aumüller/Alfred Heiter</i>	1363
46.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands <i>Norbert Wess</i>	1383
47.	Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands <i>Martin Oppitz</i>	1425
48.	D&O-Versicherung – Überblick über die wichtigsten Versicherungsbedingungen und Praxishinweise <i>Michael Walbert</i>	1449

XI. Vergleich zum deutschen Recht

49.	Die Pflichten des Vorstands in der deutschen AG <i>Frank Fischer/Lars Freytag/Karl Koenen/Michael Walbert</i>	1473
	Stichwortverzeichnis	1497

Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands

Martin Oppitz

§§: 5 und 9 VStG; 39 GewO; 1014 ABGB; 153 StGB; Rz 659 der LohnsteuerRL 2002

Literatur

Ö: *Chini/Oppitz*, Bankwesengesetz – Kommentar (2011); *Kalss*, Die Übernahme von verwaltungsrechtlichen Geldstrafen durch die Gesellschaft, *GesRZ* 2015, 78; *Kalss*, Die Übernahme von Geldstrafen durch die Gesellschaft im Lichte neuer verwaltungsstrafrechtlicher Regelungen gegenüber Gesellschaften, in: *Lewisch* (Hrsg), *Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit* (2015) 73; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008); *Kalss/Oppitz*, Insiderhandel und Kursmanipulation – Sanktionen, *RdW* 2011, 575; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht³ (2015); *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*¹⁰ (2014); *Leeb*, Bescheidwirkungen und ihre subjektiven Grenzen nach dem AVG (2010); *Lehner*, Aufwändersatz für Geldbußen und Verfahrenskosten ex causa mandati, *RdW* 2016, 163; *Lewisch*, Warum – und inwieweit – Compliance? in *Lewisch* (Hrsg), *Zauberwort Compliance? – Grundlagen und aktuelle Praxisfragen* (2012) 1; *Lewisch/Fister/Weilguni*, *Verwaltungsstrafgesetz* 1991 (2013); *Potacs*, *Gewerberecht*, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), *Öffentliches Wirtschaftsrecht I*³ (2013) 3; *N. Raschauer/Wessely* (Hrsg), *Verwaltungsstrafgesetz* (2010); *Rebhahn*, Der gewerberechtliche Geschäftsführer, in *Korinek* (Hrsg), *Gewerberecht – Grundfragen der Gewerbeordnung 1994 in Einzelbeiträgen* (1995) 197; *Runggaldier/G. Schima*, *Manager-Dienstverträge*⁴ (2014); *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016); *G. Schima/Liemberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer (2015); *Stöger*, Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit und die Möglichkeiten ihrer Übertragung auf andere Personen, in *Ratka/Rauter* (Hrsg), *Handbuch Geschäftsführerhaftung mit Vorstandshaftung*² (2011) 283; *Thienel*, Die Parteistellung des Haftpflichtigen nach § 9 Abs 7 VStG – offene Fragen, *FS Mayer* (2011) 791; *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ (2009); *Zahradnik/Zosis*, Zur Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe im WAG 2007 – Entscheidungsbesprechung zu VfGH 28.6.2013 G10/2013, *ÖBA* 2014, 84.

D: *Fuhrmann*, Internal Investigations: Was dürfen und müssen die Organe beim Verdacht von Compliance Verstößen tun?, *NZG* 2016, 881; *Hoffmann-Becking*, Übernahme von Geldbußen gegen Vorstandsmitglieder durch die Gesellschaft, *ZGR* 2015, 618; *Krause*, Unternehmen und Organmitglieder im Strafverfahren, *ZGR* 2016, 335; *Merkt*, Geschäftsleiter zwischen Zivil- und Strafrecht: Die Perspektive des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts, *ZGR* 2016, 201; *Perron*, Geschäftsleiter zwischen Zivil- und Strafrecht: Die strafrechtliche Perspektive unter besonderer Berücksichtigung des Untreuetatbestands, *ZGR* 2016, 187; *Rönnau*, Haftung für unterlassene Aufsicht nach § 130 OWiG und strafrechtlicher (Drittempfänger-)Verfall gemäß § 73 Abs 3 StGB – zwei bedeutsame Bedrohungsszenarien für Unternehmen, *ZGR* 2016, 277; *Selter*, Übernahme von Geldauflagen durch die Aktiengesellschaft, *ZIP* 2015, 714; *Wohlers*, Der Gesetzesentwurf zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden – Kritik und Rechtsvergleich, *ZGR* 2016, 364.

Gliederung

	Rz
I. Verwaltungsstrafrechtliche Prinzipien	1–16
A. Persönliche Verantwortlichkeit	1–6
B. Kumulationsprinzip	7–14
C. Beweislastumkehr	15–16
II. Bestellung verantwortlicher Vertretungsorgane	17–37
A. Allgemeines	17–23
B. Sonderregime	24–37

1. Sonstige verantwortliche Beauftragte	25–31
2. Gewerberechtlicher Geschäftsführer	32–37
III. Unterlassungsstrafbarkeit	38–48
A. Verschulden und wirksames Kontrollsystem	38–44
B. Eventualvorsatz	45–48
IV. Solidarhaftung des Unternehmens	49–50
V. Strafbarkeit juristischer Personen	51–53
VI. Übernahme/Refundierung von Verwaltungsstrafen	54–68
A. Zulässigkeit	54–56
B. Ersatzanspruch?	57
C. Aufsichtsratszuständigkeit	58–62
D. Verteidigungskosten	63–66
E. Steuerrechtliche Aspekte	67–68

I. Verwaltungsstrafrechtliche Prinzipien

A. Persönliche Verantwortlichkeit

- 1 Die längste Zeit¹ kannte das Verwaltungsstrafrecht keine Bestrafung juristischer Personen, wie sie im Justizstrafrecht bereits durch das VerbandsverantwortlichkeitsG (BGBl I 2005/151) möglich geworden ist². Dennoch können juristische Personen durch verwaltungsrechtliche Vorschriften in die Pflicht genommen sein, auch wenn als Sanktion für Pflichtverletzungen eine Verwaltungsstrafe droht. Dieses Regelungsdilemma wird durch § 9 VStG aufgelöst: Für die **Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen** oder eingetragene Personengesellschaften ist – soweit die Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmen und soweit nicht **verantwortliche Beauftragte** bestellt sind – strafrechtlich verantwortlich, wer **zur Vertretung nach außen berufen** ist (§ 9 Abs 1 VStG).
- 2 Nach der aktienrechtlichen Organisationsverfassung ist der Vorstand obligatorisches Organ der AG und zu **Geschäftsführung und Vertretung** berufen.³ Diese Stellung – iS einer Verantwortlichkeit für die Leitung der Gesellschaft – markiert die maßgebliche **Schnittstelle zum Verwaltungsstrafrecht**. Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit wird sohin nach § 9 Abs 1 VStG auf die Vertretungsorgane umgelegt; es wird von einem „*Wechsel des Adressatenkreises*“ gesprochen.⁴ Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt § 9 VStG keineswegs lediglich eine Regelung zur Frage dar, über wen die Strafen zu verhängen sind; ansonsten käme man mit dem Prinzip des Schuldstrafrechts in Konflikt.⁵ Eine **Erfolgshaf-**

¹ § 48e BörseG, der die Strafbarkeit juristischer Personen im Marktmissbrauchsrecht normiert, dokumentiert einen insofern abweichenden Ansatz. Allgemein auch § 95b BörseG; dazu *Kalss* in Lewisch, Handbuch 75 ff. Weitere Beispiele sind § 99d BWG und § 370a GewO.

² Vgl *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 1032. Zur deutschen Rechtslage etwa *Krause*, ZGR 2016, 341 f; das deutsche Strafrecht kennt bislang keine Kriminalstrafe gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen. Zu deutschen Reformüberlegungen *Wohlers*, ZGR 2016, 364 ff; § 30 dOWiG sieht freilich die Möglichkeit einer Verbandsgeldbuße ua gegen juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften vor.

³ Vgl nur *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/245.

⁴ Vgl die Nachweise bei *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 5.

⁵ *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 1033, die die Struktur der rechtlichen Regelung derart deuten, „*dass die sanktionierte Pflicht Organwalter der juristischen*

tung von Vorstandsmitgliedern wird durch § 9 VStG **nicht** begründet.⁶ Trifft das Vertretungsorgan die in concreto vernünftigerweise geschuldeten Vorkehrungen, hat es für eine Tatbestandsverwirklichung nicht einzustehen. Dahinter steckt der skizzierte Gedanke, dass die Vertretungsorgane juristischer Personen – eben zB Vorstandsmitglieder – aufgrund ihrer Leitungsbefugnisse die Möglichkeit haben, die Organisation und die Abläufe innerhalb der juristischen Person derart „aufzusetzen“ bzw zu steuern, dass es zu keinen Straftaten kommt.

Besteht der Vorstand aus mehreren Mitgliedern, hat dies eine **kumulative Verantwortung** zur Folge.⁷ Maßgeblich ist jedoch eigene Fehlerhaftigkeit und eigene Schuld.⁸ 3

In der Praxis stellt sich daher immer wieder die Frage, inwieweit sich bei einem mehrgliedrigen Vertretungsorgan einzelne Mitglieder gegen eine derartige „Kollektivverantwortung“ präventiv schützen könnten. Die Rechtsprechung verfolgt diesbezüglich eine grundsätzlich restriktive Linie:⁹ 4

- Die Judikatur erscheint lediglich hinsichtlich einer **satzungsmäßigen Zuständigkeitsregelung** gesichert; werden in einer AG-Satzung einzelne Vorstandsressorts in ihren Zuständigkeitsbereichen abgegrenzt, ist dies auch verwaltungsstrafrechtlich von Relevanz.¹⁰
- Anderes gilt für bloß **interne Geschäftsverteilungen**, wie sie in der gesellschaftsrechtlichen Praxis üblich und geboten sind (vgl *Kalss* Rz 12/68; *Spitznagel* Rz 16/4 ff; *Tauböck* Rz 18/25 ff).¹¹ Wird diese Ressortverteilung nicht im Rahmen der Satzung vorgenommen, geht die Judikatur von einer bloß internen Verantwortungsaufteilung aus, die für verwaltungsstrafrechtliche Zwecke nicht relevant sei.¹² Dabei soll es keinen Unterschied machen, ob die interne Arbeitsaufteilung mündlich oder schriftlich – sofern eben nicht in Satzungsform – vorgenommen wird.¹³

Eine gewisse **Annäherung der verwaltungsstrafrechtlichen Betrachtung an die gesellschaftsrechtlich-haftungsrechtliche Sichtweise** ließ die Judikatur erst vor einigen Jahren erkennen; der VwGH¹⁴ anerkennt einen unterschiedlichen Sorgfalts- und Verschuldensmaßstab, sofern das Unternehmen ein ausreichendes Kontrollsystem eingerichtet hat und einzelne Organträger in concreto marktmanipula- 5

Person trifft, die diese Pflicht mit den Mitteln der juristischen Person zu erfüllen haben. Die sachliche Rechtfertigung für diese Konstruktion liegt darin, dass die Organwalter dazu berufen sind, für die juristische Person zu handeln.“

⁶ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 6.

⁷ VwGH 19.10.2004, 2004/03/0100; 17.12.2013, 2012/09/0085.

⁸ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 14 mwN, der aaO Rz 15 darauf hinweist, dass es in der Praxis durchaus häufig zu parallelen Verfolgung mehrerer Vertretungsorgane kommt.

⁹ Dazu ausführlich *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 16 f.

¹⁰ Vgl etwa *Wessely* in *Raschauer/Wessely*, VStG § 9 Rz 4.

¹¹ Vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/45 vor allem im Hinblick auf größere Gesellschaften bzw Unternehmen.

¹² Vgl VwGH 04.07.2008, 2008/17/0072; 15.09.2005, 2003/07/0021; 14.09.2001, 2000/02/0181; 24.05.1993, 92/10/0471; 24.07.1991, 91/19/0111; 02.07.1990, 90/910/0178.

¹³ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 16.

¹⁴ VwGH 16.05.2011, 2009/17/0186, ÖBA 2011, 666.

tive Handlungen nicht erkennen und dementsprechend nichts erfahren konnten.¹⁵

- 6 Die grundsätzlich am Formalstandpunkt der satzungsmäßigen Ressortverteilung anknüpfende Rechtsprechung des VwGH wird in der Literatur zu Recht als „überzogen und auch inkonsistent“ kritisiert.¹⁶

B. Kumulationsprinzip

- 7 In der Praxis ist es denkbar, dass strafbare Handlungen im Sinn einer **Delikt-konkurrenz** zusammentreffen:

- 8 Gegenüber dem **Justizstrafrecht** ist der Grundsatz der **Subsidiarität** des Verwaltungsstrafrechts gesetzlich festgeschrieben: Soweit die Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmen, ist eine Tat als Verwaltungsübertretung nur dann strafbar, wenn sie nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung¹⁷ bildet (§ 22 Abs 1 VStG)¹⁸.

- 9 Im **Verwaltungsrecht** gilt hingegen das **Kumulationsprinzip**: Falls jemand durch mehrere selbstständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen begangen hat (**echte Realkonkurrenz**)¹⁹, sind die für diese vorgesehenen Strafen nebeneinander zu verhängen (§ 22 Abs 2 VStG). Dasselbe gilt dann, wenn eine Tat unter mehrere einander nicht ausschließende Strafdrohungen fällt (**echte Idealkonkurrenz**)²⁰, sowie beim Zusammentreffen von Verwaltungsübertretungen (Art II Abs 3 EGVG) mit anderen von einer Verwaltungsbehörde zu ahndenden strafbaren Handlungen²¹.

- 10 Anhand von **Beispielen** demonstriert:

- 11 Die Verwaltungsstraftatbestände des § 366 Abs 1 Z 1 – Gewerbeausübung, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben – und Z 3 GewO

¹⁵ Vgl dazu auch *Kalss/Oppitz*, RdW 2011, 578.

¹⁶ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 17, der insbesondere moniert, dass die Rechtsprechung des VwGH ohne einleuchtende, die verschiedene Behandlung sachlich rechtfertigende Gründe restriktiver als die diesbezüglich herrschende gesellschaftsrechtliche und auch kriminalstrafrechtliche Sicht sei.

¹⁷ Zur Diskussion der strafrechtlichen Haftung von Vorständen bzw Geschäftsleitern *Merkt*, ZGR 2016, 201 ff aus gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Perspektive; *Perron*, ZGR 2016, 187 ff aus strafrechtlicher Perspektive.

¹⁸ Dazu etwa *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht* Rz 1078.

¹⁹ Eine solche mehrfache Tatbegehung kann in einer schlichten Tatwiederholung („gleichartige Realkonkurrenz“) oder in der Verwirklichung unterschiedlicher Handlungen („ungleichartige Realkonkurrenz“: zB Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit und unbefugte Gewerbeausübung; oder: verbotswidriges Parken in einer Fußgängerzone und Nichtentrichtung der Parkometerabgabe bei Abstellen des Fahrzeuges in einer Kurzparkzone) bestehen (BFG 19.01.2015, RV/7502018/2014). Schwierig davon abzugrenzen ist das fortgesetzte Delikt, bei dem die Tathandlungen eine zeitliche, örtliche und sachliche Einheit darstellen und von einem Gesamtvorsatz getragen sind (zB VwSlgNF 10.138 A).

²⁰ Das aus § 22 Abs 2 VStG folgende Kumulationsprinzip gilt nach der Judikatur für alle Fälle der echten Ideal- und echten Realkonkurrenz (VfSlg 3951/1961; VwSlg 6932 A/1966; VwGH 28.04.1992, 91/04/0322; VwGH 27.05.1995, 92/17/0300).

²¹ Dabei geht es insb um das Verhältnis von Verwaltungsübertretungen zu den von den Abgabenbehörden des Bundes zu verhängenden finanzstrafrechtlichen Verwaltungsstrafen: *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 22 Rz 11.

1973 – Änderung einer genehmigten Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung – weisen nach Auffassung des VwGH²² unterschiedliche Tatbestandsmerkmale auf. Daher könne nicht wie in den Fällen der unechten Konkurrenz – bei sachverhaltsmäßiger Erfüllung der jeweiligen Tatbestandsmerkmale – eine Bestrafung nur nach einem dieser Verwaltungsstrafatbestände erfolgen.

§ 14 ImmissionsschutzG-Luft und § 20 Abs 2 StVO (Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit) stehen in Konkurrenz zueinander; nach der Judikatur handelt es sich um einen Fall der Idealkonkurrenz²³. Die Strafen sind gemäß § 22 Abs 1 VStG nebeneinander zu verhängen, weil die Verwaltungsstrafatbestände nicht denselben Unwert sanktionieren; das eine Delikt umfasse den Unrechtsgehalt des anderen Deliktes auch nicht in jeder Beziehung mit. Die Regelung des IG-Luft verfolgt den Schutzzweck der Reinhaltung der Luft und steht somit der Umweltschutzgedanke im Vordergrund, während der Zweck des § 20 Abs 2 StVO vorwiegend in der Verkehrssicherheit zu erblicken ist. Der Unrechts- und Schuldgehalt des Täterverhaltens wird daher nach Auffassung des LVwG Steiermark nicht schon durch eines der herangezogenen Delikte vollständig erschöpft, insbesondere sei der Schutzzweck der Verkehrssicherheit durch eine Bestrafung nach dem IG-Luft nicht erfasst.

Daneben kann es Konstellationen bloß **scheinbarer** – nicht in § 22 VStG geregelter – **Gesetzeskonkurrenz** geben²⁴. Diese liegt vor, wenn eine wertende Betrachtung zeigt, dass bereits einer der anwendbaren Tatbestände den Unwert zumindest eines weiteren formal erfüllten Delikts vollständig abdeckt²⁵.

Das Kumulationsprinzip kann in der Praxis zu **unangemessen hoch erscheinenden Strafen** führen; ein kapitalmarktrechtlicher Beispielfall wäre der Verstoß eines Emittenten gegen die Ad hoc-Publizitätsverpflichtung (§ 48d Abs 1 BörseG). Verstöße gegen die Vorabmitteilungspflicht an FMA und Börseunternehmen im Hinblick auf zu veröffentlichen Tatsachen (§ 82 Abs 7 BörseG) werden durch einen Verstoß gegen die Ad hoc-Publizitätspflicht nicht konsumiert²⁶. Durch eine subjektiv als singular empfundene Unterlassung können somit drei Verwaltungsübertretungen begangen werden, bei denen das Kumulationsprinzip entsprechend durchschlägt.

C. Beweislastumkehr

Ein im Licht der beträchtlichen Höhe von Verwaltungsstrafen, denen Vorstände insb im Bank- und Kapitalmarktbereich ausgesetzt sind, besonders spürbarer „Startnachteil“ im Verwaltungsstrafverfahren ist in der Beweislastumkehr gemäß § 5 VStG zu sehen: Für die Strafbarkeit reicht – sofern nichts anderes angeordnet ist

²² VwGH 10.04.1987, 86/04/0175.

²³ LVwG Steiermark vom 15.04.2016, LVwG 30.10-2340/2015.

²⁴ Zur Thematik des Doppelbestrafungsverbots in diesem Zusammenhang *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 1082 mwN.

²⁵ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 22 Rz 13.

²⁶ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht Rz 16/91. Zu den – hier nicht auszubreitenden – verfassungsrechtlichen Fragen hoher Verwaltungsstrafen im Finanzmarktrecht vgl BVwG 21.11.2016, W2302138107 (Aufhebungsantrag an den VfGH zu § 99d BWG).

– fahrlässiges Verhalten aus (§ 5 Abs 1 Satz 1 VStG). Bei sog **Ungehorsamsdelikten** – der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr gehört nicht zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung – stellt das Gesetz eine **Fahrlässigkeitsvermutung** auf (§ 5 Abs 1 Satz 2 VStG). Zahlreiche Ordnungsnormen, zB Melde- Organisations- und Veröffentlichungsvorschriften, sind den Ungehorsamsdelikten zuzurechnen²⁷.

- 16 Es handelt sich um eine **widerlegliche Vermutung** („... wenn er nicht glaubhaft macht ...“), die sich nur auf das **Verschulden** bezieht; dennoch führt diese verfassungsrechtlich bedenkliche Schuldvermutung (vgl Art 6 Abs 2 MRK)²⁸ angesichts hoher Strafmaße zu einem beachtlichen Zusatzrisiko, tatsächlich ohne Verschulden bestraft zu werden, weil die Glaubhaftmachung – noch dazu angesichts der Hürden, welche die Judikatur an den Nachweis des Bestehens funktionierender Kontrollsysteme (näher Kap III.A.) stellt – leicht misslingen kann. Zu Recht wird daher von einer **Tendenz zur Erfolgshaftung** gesprochen²⁹.

II. Bestellung verantwortlicher Vertretungsorgane

A. Allgemeines

- 17 Eine im VStG selbst vorgesehene Abgrenzung verwaltungsstrafrechtlicher Verantwortlichkeit liegt in der Möglichkeit der Bestellung verantwortlicher Vertretungsorgane (§ 9 Abs 2 Satz 1 VStG). Nach dieser Bestimmung sind die zur **Vertretung nach außen Berufenen** berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, **aus ihrem Kreis** eine oder mehrere Personen als **verantwortliche Beauftragte** zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt.
- 18 Dieser Fall (§ 9 Abs 2 Satz 1 VStG) ist von der **Bestellung sonstiger Personen** zu verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs 2 Satz 2 VStG) zu unterscheiden: Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können auch andere Personen, dh im Regelfall leitende Angestellte (Abteilungs- oder Bereichsleiter), zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.³⁰
- 19 Die **Bestellung mehrerer verantwortlicher Vertretungsorgane** – mit überlappenden Zuständigkeiten – wird als zulässig angesehen, weil solche konkurrierenden Zuständigkeiten bei mehrgliedrigen Organen auch schon im Normal-

²⁷ Dazu kommt, dass Verwaltungsstrafnormen aufgrund ihrer „prinzipienbasierten“ Technik der Sanktionierung von Defiziten bei der Implementierung geeigneter interner Leitlinien und Maßnahmen von Rechtsträgern – wie im Kapitalmarktrecht häufig anzutreffen (*Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht Rz 2/133; *Zahradnik/Zosis*, ÖBA 2014, 84 ff) – teilweise nur mehr einen verdünnten Bezug zum Legalitätsprinzip aufweisen. Die oft schwer zu prognostizierende Erwartung der Verwaltungsstrafbehörde im Hinblick auf die Angemessenheit betriebsinterner Maßnahmen erweist sich im Zusammenhalt mit der Fahrlässigkeitsvermutung als bedeutender Unsicherheitsfaktor im Hinblick auf das Risiko verwaltungsstrafrechtlicher Verfolgung.

²⁸ Dazu nur *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 1009.

²⁹ *Kalss*, GesRZ 2015, 86.

³⁰ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 23 spricht von der originären Bestellung auch sonstiger Personen (zumeist von Angestellten).

fall der originären Verantwortlichkeit gemäß § 9 Abs 1 VStG bestehen (vgl auch *Schmidbauer* Rz 35/133 ff).³¹

Die Bestellung gemäß § 9 Abs 2 Satz 1 VStG ist formfrei möglich³², muss jedoch dem Erfordernis genügen, dass der verantwortliche Beauftragte seiner Bestellung „nachweislich zugestimmt hat“ (§ 9 Abs 4 VStG). Erforderlich ist daher eine entsprechende Vereinbarung.³³ Mit Zustimmung des Beauftragten wird die Bestellung rechtswirksam; allerdings darf die Behörde ohne Nachweis dieser Zustimmung von einem Fortbestand der ansonsten gegebenen Zuständigkeitsregelung ausgehen.³⁴ Eine **Sonderregelung** findet sich im **finanzmarktaufsichtsrechtlichen Kontext**: Abweichend von § 9 Abs 2 VStG wird die Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten für die Einhaltung der in § 2 FMABG genannten Gesetze – dazu gehören die Regime der Bankenaufsicht (insbesondere BWG), der Versicherungsaufsicht (insbesondere VAG), der Wertpapieraufsicht (insbesondere WAG und BörseG) sowie der Pensionskassenaufsicht (PKG, BPG) – die mit Verwaltungsstrafe bedroht sind, erst rechtswirksam, nachdem bei der FMA eine schriftliche Mitteilung über die Bestellung samt einem Nachweis der Zustellung des Bestellten eingelangt ist (dies gilt nicht für die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten auf Verlangen der Behörde gemäß § 9 Abs 2 VStG).

Eine ähnliche Regelung enthält etwa das **ArbeitsinspektionsG**: Die Ernennung von verantwortlichen Beauftragten für Fragen des Arbeitnehmerschutzes bzw zur Wahrnehmung der Arbeitgeberaufgaben nach dem ArbIG wird in ähnlicher Weise erst mit Anzeige an das zuständige Arbeitsinspektorat wirksam (§ 23 Abs 1 ArbIG).³⁵ Eine entsprechende Regelung ist für den Bereich der Verkehrs-Arbeitsinspektion vorgesehen (§ 23 Verkehrs-ArbeitsinspektionsG). Im Bereich des Ausländerbeschäftigungsrechts normiert § 28a Abs 3 AuslBG, dass die wirksame Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten nach § 9 Abs 2 VStG mit Zuständigkeit für die Überwachung der Einhaltung der Regelungen des AuslBG einer Anzeige an die zuständige Abgabenbehörde bedarf, in der die Zustimmung der namhaft gemachten Person nachzuweisen ist.³⁶

Abgesehen vom Sonderfall der Bindung der Rechtswirksamkeit der Bestellung an die schriftliche Mitteilung an die Aufsichtsbehörde kann der Nachweis einer zum Tatzeitpunkt wirksam vorgenommenen Bestellung auch erst im Verwaltungsstrafverfahren erfolgen.³⁷

³¹ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 34 mit Verweis auf VwSlg 15.075 A/1999.

³² VwGH 24.03.1994, 92/18/0176.

³³ *Wessely* in *Raschauer/Wessely*, VStG § 9 Rz 7; ebenso *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 25.

³⁴ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 27 mit kritischer Stellungnahme zur VwGH-Judikatur (zB VwGH 06.05.1996, 94/10/01116; 23.05.2005, 2004/06/0013), wonach die Bestellung der Behörde gegenüber erst ab deren Nachweis „wirkt“.

³⁵ Eine Anzeige an die Verwaltungsstrafbehörde reicht nicht aus; *Thienel*, *ecolex* 1993, 765; *Stöger* in *Ratka/Rauter*, *Handbuch Geschäftsführerhaftung* Rz 5/28.

³⁶ VwGH 2008/09/0203.

³⁷ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 28 mit zutreffendem Hinweis, dass dies mangels Neuerungsverbots (nach damaliger Terminologie) im Berufungsverfahren zu geschehen hat (VwGH 11.10.2000, 2000/03/0097. Der Nachweis hat aus der Zeit vor der Tatbegehung zu datieren (VwGH 24.03.1994, 92/18/0176).

- 23 Verantwortlicher Beauftragter kann nur eine **Person mit Hauptwohnsitz im Inland** sein (§ 9 Abs 4 VStG). Das Erfordernis des Hauptwohnsitzes im Inland gilt nicht für Staatsangehörige von EWR-Vertragsstaaten, falls Zustellungen im Verwaltungsstrafverfahren durch Staatsverträge mit dem Vertragsstaat des Wohnsitzes des verantwortlichen Beauftragten oder auf andere Weise sichergestellt sind (§ 9 Abs 4 Satz 2 VStG).³⁸ Die strafrechtliche Verfolgbarkeit bedeutet, dass etwa Deliktunfähige sowie Personen, die aufgrund von Extraterritorialität oder Immunität nicht verfolgt werden dürfen, von der Bestellung ausgeschlossen sind.³⁹

B. Sonderregime

- 24 Das Regime des § 9 VStG wird im Bereich des besonderen Verwaltungsrechts mitunter nicht nur – wie in den oben skizzierten Fällen – modifiziert, sondern im Grunde substituiert.⁴⁰ Dazu gehören folgende Regelungskomplexe:⁴¹

1. Sonstige verantwortliche Beauftragte

- 25 Die Bestellung verantwortlicher Personen kann materienspezifisch mit **Bescheid** aufgetragen werden; der Gesetzgeber hat sich für dieses Regelungsmodell etwa in folgenden Fällen entschieden:

- Nach dem **AußenwirtschaftsG 2011** (BGBl I 2011/26) hat der BM für Wirtschaft, Familie und Jugend Personen oder Gesellschaften iS von § 49 Abs 1 AußWG⁴² die Bestellung eines oder mehrerer Beauftragter mit Bescheid aufzutragen, dem oder denen für das gesamte Unternehmen oder für bestimmte Räumlichkeiten oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung des AußWG einschließlich der auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen und Bescheide sowie des unmittelbar anwendbaren Rechts der EU (§ Abs 1 Z 24 lit a und b AußWG) obliegt. Zur verantwortlichen Beauftragten können nur natürliche Personen bestellt werden, die ua alle Voraussetzungen gemäß § 9 Abs 4 VStG erfüllen (§ 50 Abs 4 Z 1 AußWG) und darüber hinaus Mitglied des Vorstands, ein Geschäftsführer oder ein vertretungsbefugter Gesellschafter sind oder eine andere leitende Funktion im Unternehmen ausüben (§ 50 Abs 2 Z 3 AußWG). Weiters muss die Person für die Organisation, die Personalauswahl und -weiterbildung sowie die Überwachung hinsichtlich der Einhaltung der Bestimmungen des AußWG (sowie des unmittelbar anwendbaren EU-Rechts) verantwortlich sein (§ 50 Abs 2 Z 4 AußWG). Eine freiwillige Bestellung ist möglich (§ 50 Abs 4 AußWG).

³⁸ Vgl das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen Mitgliedstaaten der EU (BGBl III 2005/65).

³⁹ *Stöger* in Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung Rz 5/20.

⁴⁰ *Stöger* in Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung Rz 5/22 spricht von einer weitestgehenden Verdrängung bzw von „selbstständigen Regelungssystemen“.

⁴¹ Die nachstehende Systematik folgt im Wesentlichen *Stöger* in Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung Rz 5/32 ff.

⁴² Das sind Personen oder Gesellschaften, die mit der Erzeugung von oder dem Handel mit Waren oder dem Entwurf oder der Weitergabe von Software oder Technologie oder von technischer Unterstützung oder mit sonstigen Vorgängen iS von § 1 Abs 1 Z 23 AußWG befasst sind.

- Das **SicherheitskontrollG** (BGBl I 2013/42) bezweckt die Gewährleistung der Verwendung der Atomenergie für ausschließlich friedliche Zwecke in Durchführung der von Österreich übernommenen Verpflichtungen aus dem Atomsperrvertrag, dem Sicherheitskontrollabkommen und dem Zusatzprotokoll (§ 3 SKG). In einer dem AußWG entsprechenden Regelung (§ 24 SKG) ist vorgesehen, dass der BM für Wirtschaft, Familie und Jugend die Bestellung eines oder mehrerer verantwortlicher Beauftragter mit Bescheid auftragen kann. Zulässig ist die Bestellung natürlicher Personen, die alle Voraussetzungen gemäß § 9 Abs 4 VStG erfüllen und als verlässlich iS vom § 51 AußWG 2011 anzusehen sind.

Zwingende Regelungen zur Bestellung verantwortlicher Personen für differenzierte Aufgabenbereiche finden sich in folgenden Vorschriften: **26**

Eine Besonderheit stellt der sog Abfallbeauftragte nach dem **AbfallwirtschaftsG 2002** (BGBl I 2002/102) dar: In Betrieben mit mehr als hundert Arbeitnehmern ist ein fachlich qualifizierter Abfallbeauftragter zu bestellen (§ 1 Abs 1 AWG).⁴³ Der Betriebsinhaber hat den Abfallbeauftragten bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben zu unterstützen, insbesondere hat er ihm für seine Ausübung ausreichend Zeit während der Arbeitszeit und Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten zu gewähren und die erforderlichen Hilfsmittel zur Verfügung zu stellen (§ 11 Abs 1 Satz 3 AWG). Zwar hat der Abfallbeauftragte nach dem Katalog von § 11 Abs 3 AWG eine Reihe von Überwachungs- und Organisationspflichten zu erfüllen; insbesondere hat er die Einhaltung der den Betrieb betreffenden abfallrechtlichen Vorschriften und darauf beruhender Bescheide zu überwachen und dem Betriebsinhaber über seine Wahrnehmungen, insbesondere über festgestellte Mängel, unverzüglich zu informieren (§ 11 Abs 3 Z 1 AWG). Andererseits wird durch die Bestellung eines Abfallbeauftragten die Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die Einhaltung der abfallrechtlichen Vorschriften und darauf beruhender Bescheide nicht berührt, wie § 11 Abs 4 Satz 1 AWG ausdrücklich anordnet: „*Dem Abfallbeauftragten darf keine Verantwortlichkeit für die Einhaltung von abfallrechtlichen Vorschriften übertragen werden.*“ (§ 11 Abs 4 Satz 2 AWG). Daraus ist zu schließen, dass der Abfallbeauftragte kein nach § 9 VStG verantwortlicher Beauftragter ist.⁴⁴

Spezielle Ausformungen der Zuweisung von Verantwortlichkeiten bestehen im Energierecht: Das **GaswirtschaftsG** (BGBl I 2011/107) ordnet etwa an, dass Netzbetreiber vor Aufnahme eines Betriebes eines Netzes eine natürliche Person als Betriebsleiter für die technische Leitung und Überwachung des Betriebes der Netze zu bestellen haben („Technischer Betriebsleiter“; § 45 Abs 1 GWG). Die Bestellung mehrerer Betriebsleiter ist zulässig, wenn die Bereiche, für die Betriebsleiter jeweils verantwortlich sind, abgegrenzt sind (§ 45 Abs 1 Satz 2 GWG). Während das Gesetz hinsichtlich des Technischen Betriebsleiters keine verwaltungsstrafrechtliche Rückbindung bzw Verantwortlichkeitszuweisung vorsieht, **27**

⁴³ Für den Fall seiner Verhinderung ist ein Stellvertreter zu bestellen (§ 11 Abs 1 Satz 2 AWG).

⁴⁴ *Kneihls* in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht I 1266, der darauf hinweist, das AWG entscheidende Fragen vor allem nach der innerbetrieblichen Stellung des Abfallbeauftragten und seines Stellvertreters „nach wie vor offen“ lasse.

ermöglicht es dem Netzbetreiber auch die Bestellung eines „Geschäftsführers“, welcher der Behörde gegenüber für die Einhaltung der Bestimmungen des GWG verantwortlich ist (§ 46 Abs 1 Satz 1 GWG). Der Netzbetreiber bleibt jedoch insoweit verantwortlich, als er Rechtsverletzungen des Geschäftsführers wesentlich duldet oder es bei der Auswahl des Geschäftsführers an der erforderlichen Sorgfalt hat fehlen lassen (§ 46 Abs 1 Satz 2 GWG). Der Geschäftsführer muss im Fall einer juristischen Person oder einer eingetragenen Personengesellschaft dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ angehören oder ein Arbeitnehmer sein, der mindestens die Hälfte der nach arbeitsrechtlichen Vorschriften geltenden wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigt ist (§ 46 Abs 2 Z 3 GWG).

- 28 Nach dem **RohrleitungsG** (BGBl 1975/411) haben juristische Personen und Personengesellschaften des Handelsrechts zur Ausübung der in § 1 RohrLG genannten Tätigkeiten – gewerbsmäßige Beförderung von Gütern in Rohrleitungen, ausgenommen brennbare Gase mit einem Betriebsdruck von unter 0,5 bar Überdruck und Wasser, sowie Errichtung, Erweiterung, Änderung, Betrieb, Instandhaltung und Beseitigung der hierfür erforderlichen Leitungen und Anlagen – einen „Geschäftsführer“ zu bestellen. Die Bestellung bedarf der Genehmigung durch die Behörde, um die der Konzessionsinhaber anzusuchen hat. Sie ist zu erteilen, wenn gegen die Zuverlässigkeit keine Bedenken bestehen (§ 26 Abs 2 RohrLG). Wenn die mit einer Konzession erteilte Berechtigung durch einen Geschäftsführer ausgeübt wird, sind die Geld- oder Arreststrafen gegen den Geschäftsführer zu verhängen (§ 41 Abs 4 RohrLG).
- 29 Nach § 17 Abs 1 Z 4 **MineralrohstoffG** (MinroG) ist der Behörde ein Arbeitsprogramm vorzulegen, welches die Namen der für Schurfarbeiten Verantwortlichen zu enthalten hat. Der Bergbauberechtigte hat weiters für jeden Bergbaubetrieb und für jede selbständige Betriebsabteilung einen Betriebsleiter und, soweit es die sichere und planmäßige Beaufsichtigung des Bergbaus erfordert, für die technische Aufsicht Betriebsaufseher zu bestellen. Diese Personen sind mit zur technisch sicheren und einwandfreien Ausübung der Bergbautätigkeit entsprechenden Befugnissen auszustatten. Bergbauberechtigte, die natürliche Personen sind, können die Funktion eines Betriebsleiters oder Betriebsaufsehers auch selbst innehaben (§ 125 Abs 1 MinroG).
- 30 Nach dem **ASVG** sind Bevollmächtigte für sozialversicherungsrechtliche Meldungen zu bestellen (§ 35 Abs 3 ASVG).⁴⁵
- 31 **Optional** ist die Übertragung der Pflichten des Bauherrn auf einen Projektleiter gemäß § 9 Abs 1 **BauKG**.

2. Gewerberechtlicher Geschäftsführer

- 32 Eine legistische Sonderkonstruktion mit größerer Breitenwirkung ist das Institut des gewerberechtlichen Geschäftsführers, dessen verwaltungsrechtliche Funktion darin besteht, dass er **der Behörde gegenüber für die „Einhaltung der**

⁴⁵ „Der Dienstgeber kann die Erfüllung der ihm nach den §§ 33 und 34 obliegenden Pflichten auf Bevollmächtigte übertragen. Name und Anschrift dieser Bevollmächtigten sind unter deren Mitfertigung dem zuständigen Versicherungsträger bekanntzugeben.“

gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist“ (§ 39 Abs 1 GewO).⁴⁶ Der gewerberechtliche Geschäftsführer ist **vom Gewerbeinhaber zu bestellen**. Die Bestellung ist bei einem Einzelunternehmer fakultativ;⁴⁷ obligatorisch ist die Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers ua bei juristischen Personen und eingetragenen Personengesellschaften (§ 9 Abs 1 GewO).⁴⁸

Der gewerberechtliche Geschäftsführer muss den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen **persönlichen Voraussetzungen** entsprechen und in der Lage sein, sich **im Betrieb entsprechend zu betätigen** (§ 39 Abs 2 GewO). Er muss die Möglichkeit haben, sich über alle gewerberechtlich relevanten Betriebsvorgänge zu informieren bzw darüber informiert zu werden, um so die Handelnden von Verwaltungsübertretungen abzuhalten.⁴⁹ Handelt es sich um ein Gewerbe, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, muss der gewerberechtliche Geschäftsführer einer juristischen Person außerdem dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören oder ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb Beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein (§ 39 Abs 2 GewO). Diese strengen Anforderungen gelten nicht für die in § 7 Abs 5 GewO angeführten Gewerbe, die in der Form eines Industriebetriebes ausgeübt werden (Baumeister, Herstellung von Arzneimitteln und Giften, Herstellung und Aufbereitung von Medizinprodukten, soweit diese Tätigkeiten nicht unter ein anderes reglementiertes Gewerbe fallen, Steinmetzmeister einschließlich Kunststeinerzeuger und Terrazzomacher, Waffen-gewerbe, Holzbau-Meister).⁵⁰

Ein **Vorstandsmitglied** kann sohin – nachdem er dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehört – auch als gewerberechtlicher Geschäftsführer fungieren. Eine Erleichterung besteht im Übrigen für **Konzernkonstellationen**: Innerhalb eines Konzerns kann eine Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer auch für mehrere Konzernunternehmen erfolgen, wenn der Geschäftsführer qualifizierter Arbeitnehmer – nach dem skiz-

⁴⁶ Ausführlich Potacs in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht I 69 ff.

⁴⁷ *Rebhahn* in Korinek, Gewerberecht 198.

⁴⁸ Gleiches gilt, wenn der Gewerbeinhaber keinen Befähigungsnachweis erbringen kann sowie wenn er keinen Wohnsitz im Inland hat (§ 39 Abs 1 GewO). Im zuletzt genannten Fall entfällt die Bestellungsverpflichtung, wenn die Zustellung der Verhängung und die Vollstreckung von Verwaltungsstrafen durch Übereinkommen sichergestellt sind oder es sich um Staatsangehörige eines EWR-Vertragsstaats handelt, die ihren Wohnsitz in einem EWR-Vertragsstaat haben oder es sich um Staatsangehörige der Schweizerischen Eidgenossenschaft handelt, die ihren Wohnsitz in der Schweiz oder in einem EWR-Vertragsstaat haben.

⁴⁹ Potacs in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht I 71; *Rebhahn* in Korinek, Gewerberecht 208, der auf die Auswirkungen von pro forma-Bestellungen hinweist, die durch relativierende Vereinbarungen („*der Bestellte brauche sich ohnehin um nichts zu kümmern; es genüge, wenn er alle paar Wochen im Betrieb vorbeischaue*“ etc.) hinweist. Im Fall derartiger Schein-Geschäftsführer führt – wie *Rebhahn* zutreffend anmerkt – jede dieser Abreden zur Untauglichkeit als Geschäftsführer und macht die Bestellung unzulässig.

⁵⁰ Für diese Gewerbe ist – auch wenn sie in Form eines Industriebetriebes ausgeübt werden – ein Befähigungsnachweis erforderlich: § 7 Abs 5 GewO.

zierten Beschäftigungsmindestausmaß – zumindest bei einem der Konzernunternehmen ist (§ 39 Abs 2 Satz 5 GewO).⁵¹

- 35 Die **strafrechtliche Verantwortlichkeit** des gewerberechlichen Geschäftsführers wird in einer § 9 Abs 5 VStG ähnlichen Weise „relativiert“⁵² (§ 370 Abs 2 GewO). In beiden Fällen wird auf eine besondere Weisung des Auftraggebers bzw des Gewerbeinhabers abgestellt; die Verantwortlichkeit ist ausgeschlossen, wenn der verantwortliche Beauftragte bzw gewerberechliche Geschäftsführer glaubhaft zu machen vermag, dass ihm die Einhaltung dieser Verwaltungsvorschriften unzumutbar war.⁵³
- 36 Anders als nach dem System der Bestellung verantwortlicher Beauftragter nach § 9 Abs 2 VStG wird für das Regime des gewerberechlichen Geschäftsführers aus systematischen Gründen vertreten, dass für ein bestimmtes Gewerbe eines Unternehmens immer nur **eine Person** als gewerberechlicher Geschäftsführer bestellt werden kann; insofern verdrängen die Regelungen der GewO die Abs 2 und 3 des § 9 VStG.⁵⁴ Dafür spricht wohl auch die durch § 47 GewO eingeräumte Möglichkeit, dass der Gewerbetreibende für die Ausübung des Gewerbes in einer weiteren Betriebsstätte einen Filialgeschäftsführer bestellen kann, sohin eine Person, die der Behörde gegenüber für die Einhaltung der gewerberechlichen Vorschriften in dieser weiteren Betriebsstätte verantwortlich ist (47 Abs 1 GewO).⁵⁵ Der Gesetzgeber hat allerdings nicht zur Frage Stellung genommen, ob die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Filialgeschäftsführers neben oder anstelle jener des gewerberechlichen Geschäftsführers tritt.⁵⁶
- 37 In systematischer Hinsicht stehen der verantwortliche Beauftragte gemäß § 9 Abs 2 VStG und der gewerberechliche Geschäftsführer insofern nebeneinander, als die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten in Bezug auf die „*gewerberechlichen Vorschriften*“ unzulässig ist.⁵⁷

⁵¹ Zu diesen Bestellungserleichterungen *Stöger* in Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung Rz 5/62.

⁵² *Potacs* in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht I 70.

⁵³ Das ist anzunehmen, wenn der Geschäftsführer bei Nichtbefolgung der Weisung mit erheblichen Sanktionen rechnen muss; *Potacs* in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht I 71; vgl auch die weiteren Nachweise bei *Stöger* in Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung Rz 5/64.

⁵⁴ *Rebhahn* in Korinek, Gewerberecht 202.

⁵⁵ Der Filialgeschäftsführer muss den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen, seinen Wohnsitz im Inland haben und in der Lage sein, sich in der weiteren Betriebsstätte entsprechend zu betätigen, insbesondere entsprechende selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen (§ 47 Abs 2 GewO). Eine Bezeichnung als verantwortlicher Beauftragter würde zur Rechtswidrigkeit des Strafbescheides führen: VwGH 16.10.2006, 2003/10/0131; dazu *Stöger* in Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung Rz 5/67.

⁵⁶ Vgl *Stöger* in Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung Rz 5/38 und 5/67 mwN, der immerhin den Schluss für plausibel hält, dass die GewO im Fall der Bestellung eines Filialgeschäftsführers die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des gewerberechlichen Geschäftsführers einschränkt.

⁵⁷ *Rebhahn* in Korinek, Gewerberecht mit Verweis auf VwSlg 12.590 A/1987; VwGH 23.11.1993, 93/04/0152.

III. Unterlassungsstrafbarkeit

A. Verschulden und wirksames Kontrollsystem

Was das Haftungsregime betrifft, sieht das VStG ein Aufrechterhalten der Haftung des Vertretungsorgans bei **vorsätzlicher Nichtverhinderung einer Straftat** vor (§ 9 Abs 6 VStG)⁵⁸. Die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten entlastet das Vertretungsorgan dann nicht.⁵⁹ Eine derartige „Unterlassungsstrafbarkeit“⁶⁰ besteht auch im Gewerberecht; der Gewerbetreibende ist neben dem Geschäftsführer strafbar, wenn er die Verwaltungsübertretung wissentlich duldet oder wenn er es bei der Auswahl des Geschäftsführers an der erforderlichen Sorgfalt hat fehlen lassen (§ 370 Abs 3 GewO).⁶¹ 38

Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit besteht in allen Fällen des § 9 Abs 1 bis 3 VStG – daher auch für Vorstandsmitglieder – in originärer Weise (§ 9 Abs 1 VStG) sowie aufgrund einer Bestellung als verantwortliche Beauftragte gemäß § 9 Abs 2 VStG nur **nach Maßgabe persönlicher Schuld**.⁶² Grundsätzlich reicht Fahrlässigkeit aus.⁶³ Entlastend für das einzelne Vorstandsmitglied würde die Einrichtung eines „*wirksamen Kontrollsystems*“ wirken, also „**Compliance**“ in dem Sinn, dass durch geeignete Maßnahmen Vorsorge zur Vermeidung solcher Rechtswidrigkeiten getroffen worden ist.⁶⁴ Dieses wirksame Kontrollsystem⁶⁵ ist im Hinblick auf seine Effizienz nach einem „*objektiven Maßstab*“ zu beurteilen.⁶⁶ Vorzukehren ist alles, wodurch bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit unter den vorhersehbaren Verhältnissen der Rechtsverstoß hätte vermieden werden können.⁶⁷ Obwohl nach der verwaltungsstrafrechtlichen Systematik nach der *lex scripta* sohin keine Erfolgshaftung – sondern Schuldstrafrecht – gilt⁶⁸, zeigt sich aufgrund der einschlägigen höchstgerichtlichen Judikatur, dass ein derartiges wirksames 39

⁵⁸ Zur deutschen rechtslage nach § 130 dOWiG *Rönnau*, ZGR 2016, 277 ff.

⁵⁹ Vgl dazu *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 47, der von einer Durchbrechung des Grundsatzes spricht, dass die wirksame Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit der Beauftragenden in eben diesem Umfang beseitigt.

⁶⁰ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 47.

⁶¹ Nach *Rebhahn* in *Korinek*, Gewerberecht 210 wird das vorsätzliche Tun dem wissentlichen Dulden (welches allein in § 370 Abs 3 GewO genannt ist) „*wohl gleichgesetzt werden können*“.

⁶² Dazu ausführlich *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 41 ff mwN.

⁶³ Vgl die oben diskutierte Verschuldensvermutung für sog Ungehorsamsdelikte gemäß § 5 Abs 1 VStG.

⁶⁴ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 42 weist darauf hin, dass der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche diese Vorsorge nicht notwendigerweise durch eigene operative Betätigung in der Überwachung von Mitarbeitern treffen muss.

⁶⁵ Vgl VwGH 10.12.1997, 97/03/0215; VwGH 19.12.2006, 2004/03/0222.

⁶⁶ VwGH 27.02.1996, 94/04/0214; VwGH 09.12.1997/9704/0107; VwGH 02.06.1999, 98/04/0099.

⁶⁷ Vgl dazu im Einzelnen die Judikaturnachweise bei *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 42. Zum richtigen Verhalten von Organen bei Compliance-Verstößen bzw bei „*Internal Investigations*“ *Fuhrmann*, NZG 2016, 881 ff.

⁶⁸ Was auch *Lewisch* in *Lewisch*, Zauberwort Compliance? 4 betont.

Kontrollsystem in der Praxis so gut wie nicht existiert bzw belegt werden kann.⁶⁹ Eine Art „Startvorteil“ wird allenfalls neu eingetretenen Organmitgliedern zugestanden, nachdem diese eine gewisse **Vorlaufzeit** benötigen, innerhalb welcher ihnen die Etablierung eines entsprechenden Systems möglich sein muss.⁷⁰ Ein Stehsatz der Judikatur vermittelt, wie **schwierig der Nachweis des Bestehens eines effizienten Regel- und Kontrollsystems in einem Unternehmen** tatsächlich ist: So habe ein Beschwerdeführer im Rahmen seiner Mitwirkungsobliegenheit aus Eigenem anzuführen, wie ein derartiges System im Detail funktionieren soll, wer für die Ergreifung von Maßnahmen zuständig ist, auf welche Art, in welchem Umfang und in welchen zeitlichen Abständen Kontrollen durchgeführt worden sind.⁷¹ Dabei kann es für das Scheitern des Entlastungsbeweises schon ausreichen, dass es etwa bei Schulungen von Mitarbeitern zu Unzulänglichkeiten gekommen ist.⁷² Kann nicht festgestellt werden, dass es zu unternehmensinternen Sanktionen gekommen ist, wenn das Kontrollsystem anschluss, verneint die Rechtsprechung bereits das Vorliegen des Entschuldigungsgrundes.⁷³

40 Zudem wird an das Vorbringen zur Struktur dieses Kontrollsystems die Forderung gestellt, das Funktionieren im Einzelnen darzulegen (wer welche Maßnahmen in welcher Form zu ergreifen verpflichtet ist, um das Funktionieren des Kontrollsystems insgesamt zu gewährleisten).⁷⁴ Auch diese **Detaillierungsnotwendigkeit** trägt idR zum Scheitern entsprechender Entlastungsversuche bei. Dazu kommt, dass der VwGH lediglich stichprobenartige Kontrollen regelmäßig als nicht hinreichend beurteilt.⁷⁵

41 Insbesondere in aufsichtsunterworfenen Wirtschaftszweigen stellt sich daher die Notwendigkeit einer **zweistufigen Vorsorge** im Hinblick auf die verwaltungsstrafrechtliche Prävention:

- Zum einen verlangen Aufsichtsgesetze bereits eine bestimmte **Binnenstruktur des Unternehmens**, indem etwa angemessene Leitlinien für den Umgang mit bestimmten Problemfeldern festzulegen und laufend anzuwenden sind (vgl § 35 Abs 1 WAG im Hinblick auf den Umgang mit Interessenkonflikten).
- Selbst wenn derartige interne Vorkehrungen (zB „*angemessene Leitlinien*“ iS von § 35 Abs 1 WAG oder auch „*Vorkehrungen*“ iS von § 24 Abs 1 WAG⁷⁶)

⁶⁹ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 43 bezeichnet die Anforderungen an das Kontrollsystem nach der Rechtsprechung des VwGH als „*streng, der Grundtendenz nach überzogen streng*.“ *Lewisch* weist auch darauf hin, dass der VwGH soweit ersichtlich in seiner Rechtsprechung „*noch kein Kontrollsystem als in concreto ausreichend befunden*“ hat.

⁷⁰ Vgl VwSlg 17467.

⁷¹ VwGH 26.05.2014, 2012/03/0084.

⁷² Vgl BVwG W 210 2000428-1 vom 19.09.2014: Mitarbeiter wurden geschult, aber die Maßnahmen wurden seitens der Mitarbeiter nicht eingehalten.

⁷³ BVwG aaO.

⁷⁴ VwGH 19.12.1997, 96/02/0173; *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 45.

⁷⁵ Vgl die Nachweise bei *Wessely* in *Raschauer/Wessely*, VStG § 5 Rz 27.

⁷⁶ Nach dieser Bestimmung hat ein Rechtsträger angemessene Vorkehrungen zu treffen und dauern einzuhalten, um relevante Personen, deren Tätigkeiten zu einem Interessenkonflikt Anlass geben könnten, oder die aufgrund von Tätigkeiten, die sie im Namen des Rechtsträgers ausüben, Zugang zu Insider-Informationen iS von § 48a Abs 1 Z 1 BörseG oder zu anderen vertraulichen Informationen über Kunden oder über Geschäfte haben, die mit oder

implementiert wurden, reicht es für den Nachweis der Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems nicht aus, dass diese Implementierung grundsätzlich vorgenommen wurde; notwendig ist vielmehr der **Nachweis einer „durchgehenden Kontroll- und Überwachungskette bis zur untersten Ebene“**, die die Einhaltung entsprechender Regeln und Instruktionen sicherstellt.⁷⁷

Exemplarisch lässt sich formulieren: Eine gesetzeskonforme Dienstanzweisung und auch der Einsatz ordnungsgemäß geschulter Mitarbeiter entlasten das Vorstandsmitglied dann nicht, wenn im Fall eines Fehlverhaltens des Mitarbeiters der Nachweis misslingt, dass ein entsprechend engmaschiges Kontrollsystem bei derartigen Defiziten im Grunde hätte „anschlagen“ müssen; dieser Nachweis wird umso schwieriger zu führen sein, als das Kontrollsystem ja in der jeweils verfahrensgegenständlichen Konstellation idR nicht „angeschlagen“ haben wird – der Tatbestand wurde ja verwirklicht – was zusätzlichen Erklärungsbedarf bedeutet. Auch die Argumentation, dass in bestimmten Zusammenhängen ex ante-Kontrollen unpraktisch bzw technisch aufwändig wären, erscheint insbesondere dann kaum erfolgversprechend, wenn zu einem späteren Zeitpunkt ein technisch fortgeschritteneres Kontrollsystem implementiert wurde.⁷⁸

Was das **Verschulden** betrifft, normiert § 5 Abs 1 Satz 2 VStG bei Ungehorsamsdelikten generell eine Obliegenheit der Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens.⁷⁹ In der Praxis spielt der **Verbotsirrtum** im Hinblick auf das Vorbringen von Entschuldigungsgründen eine wesentliche Rolle; dies insbesondere bei Rechtsmaterien, die sich dynamisch entwickeln und dementsprechend unübersichtlich geworden sind; Verbotsunkenntnis ist vorwerfbar, wenn sich der Beschuldigte trotz Veranlassung über den Inhalt der einschlägigen Normen nicht näher informiert hat.⁸⁰ Insbesondere bei heiklen Rechtsfragen, die noch durch keine ständige Rechtsprechung bzw Verwaltungspraxis geprägt sind, kann etwa die Unterlassung derartiger Erkundigungen sehr schnell zum Scheitern des Versuches

für Kunden getätigt werden, daran zu hindern, ua näher genannte persönliche Geschäfte zu tätigen. Der VwGH hat in seiner Entscheidung vom 27.03.2015, Ra 2015/02/0025 festgehalten, dass § 24 Abs 1 WAG zweit Tatbestände enthält: Einerseits hat der Rechtsträger angemessene Vorkehrungen zu treffen, andererseits hat er diese dauernd einzuhalten.

⁷⁷ Weisungen, Anweisungen und Schulungen ohne wirksame Kontrollen sind nicht ausreichend: VwGH 26.01.1996, 96/02/0005; *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 44.

⁷⁸ Im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Marktmanipulation im Wertpapiergeschäft VwGH 26.05.2014, 2012/17/0179 wonach die beschwerdeführenden Parteien nicht dargestellt hätten, dass sie nicht in der Lage gewesen wären, ein später eingeführtes dichteres Kontrollsystem schon früher zu installieren. Der VwGH betont allerdings aaO, dass damit keinesfalls eine „*allfällige Effizienzsteigerung des Kontrollsystems pönalisiert*“ werde: „*Dieses hätten die beschwerdeführenden Parteien im Rahmen des Zumutbaren ohnedies vorzunehmen.*“

⁷⁹ Vgl im Einzelnen die Nachweise bei *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 9; die Bestimmung lautet: „*Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.*“

⁸⁰ Zu dieser Erkundigungspflicht *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 5 Rz 18 mit weiteren Nachweisen zu der vom VwGH „*praktisch durchgehend*“ bejahten Erkundigungspflicht, wenn die Existenz einschlägiger Regeln für die jeweilige Tätigkeit erkennbar ist.

führen, einen Entschuldigungsgrund zu substantiieren. Bei Wirtschaftssektoren, welche einem aufsichtsrechtlichen Regime unterliegen (zB Banken, Versicherungen, Wertpapierdienstleister) findet sich in der Rechtsprechung in derartigen Konstellationen häufig der Hinweis auf ein **Unterlassen** des jeweiligen Beschwerdeführers, zu einem Zeitpunkt während der ihm angelasteten Tatzeiträume **bei der zuständigen Aufsichtsbehörde angefragt zu haben**, ob die gewählten Konstruktionen und Vorgehensweisen rechtskonform seien.⁸¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts reicht etwa eine Erkundigung bei einem Wirtschaftsprüfer, „*dessen rechtliche Expertise nicht notwendigerweise jene der belangten Behörde wiedergibt und sich auch nicht notwendigerweise auf die Judikatur des VwGH stützt*“, nicht aus.⁸²

- 44 Für Bereiche wie das **Kapitalmarktrecht**, bei denen eine „indirekte“ Rechtssetzungstechnik im Weg des Verweises auf interne Leitlinien, Vorkehrungen und Maßnahmen von Rechtsträgern im Voranschreiten begriffen ist – man kann auch von einem prinzipienbasierten Ansatz sprechen – gewinnen diese Rahmenbedingungen für die erfolgreiche Geltendmachung von Entschuldigungsgründen besondere Bedeutung.⁸³

B. Eventualvorsatz

- 45 Die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten – entweder aus dem Kreis der außenvertretungsbefugten Personen (§ 9 Abs 2 VStG) oder im Weg einer sonstigen natürlichen Person iS von § 9 Abs 3 VStG – befreit Vorstandsmitglieder nicht von einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit, wenn sie die Tat „*vorsätzlich nicht verhindert haben*“ (§ 9 Abs 6 VStG). Damit ist eine **Unterlassungsstrafbarkeit** vorgesehen.⁸⁴ Die Vorsatzform des **Eventualvorsatzes** reicht aus.⁸⁵
- 46 Für *dolus eventualis* reicht es nicht aus, auf eine fehlende Kontrolle der bestellten strafrechtlich Verantwortlichen hinzuweisen. Der VwGH hat vielmehr (im Kontext mit dem Maß- und EichG) auf das Erfordernis der Feststellung hingewiesen, dass der Beschwerdeführer von Übertretungen des MEG in den Filialen des Unternehmens wusste (und nicht bloß wissen musste), weitere derartige Übertretungen in Kauf nahm und sich damit abfand.⁸⁶ Es lässt sich daher sagen, dass der **Prinzipal „sehenden Auges“ die Verwaltungsstrafverstöße eines verantwortlich Beauftragten hinnehmen** muss, um nach § 9 Abs 6 VStG strafbar zu werden.⁸⁷

⁸¹ Vgl exemplarisch BVwG 19.09.2014, W 210 2000428. Das bloße Tolerieren eines rechtsfälligen Zustandes bzw dessen Nichtbestrafung durch die Behörde stellt keinen Entschuldigungsgrund dar: *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 5 Rz 22.

⁸² BVwG 19.09.2014, W 210 2000428.

⁸³ Zur Thematik des Spannungsverhältnisses zwischen Strafrecht und prinzipienbasiertem Aufsichtsrecht etwa *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht Rz 2/133; *Zahradnik/Zosis*, ÖBA 2014, 84 ff.

⁸⁴ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 47: Unechtes Unterlassungsdelikt, bei dem sich die Strafbarkeit in Zusammenschau mit der Unterlassungsnorm des § 9 Abs 6 iVm mit dem jeweiligen Straftatbestand ergibt.

⁸⁵ *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 47.

⁸⁶ VwGH 22.05.2012, 2010/04/0146.

⁸⁷ So die exemplarische Formulierung bei *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 47.

Für Vorstandsmitglieder bedeutet dies, dass ein Funktionieren des internen Berichtswesens bzw interne Revisionsfeststellungen (etwa bei Kreditinstituten gemäß § 42 BWG) als Beleg für das Vorliegen des Eventualvorsatzes herangezogen werden können, sofern das Vorstandsmitglied nicht die Umsetzung interner Maßnahmen veranlasst, welche zum Unterbleiben verwaltungsstrafrechtlich relevanter Handlungen bzw Unterlassungen führen. Es tritt also der paradoxe Fall ein, dass ein **engmaschigeres internes Reporting das verwaltungsstrafrechtliche Risiko auf Vorstandsebene nach § 9 Abs 6 VStG tendenziell erhöht**.⁸⁸ 47

Unbeschadet – so die Formulierung in § 9 Abs 6 VStG – bleiben die Fälle des § 7 VStG; es handelt sich dabei um die Fälle der **Anstiftung** und der **Beihilfe**: Wer vorsätzlich veranlasst, dass ein anderer eine Verwaltungsverletzung begeht oder wer vorsätzlich einem anderen die Begehung einer Verwaltungsverletzung erleichtert, unterliegt der auf diese Übertretung gesetzten Strafe, und zwar auch dann, wenn der unmittelbare Täter selbst nicht strafbar ist. Bestimmt ein Vorstandsmitglied daher etwa einen gemäß § 9 Abs 3 VStG bestellten verantwortlichen Beauftragten zur Begehung eines Delikts, besteht eine Haftung des Vorstandsmitglieds gemäß § 7 VStG. 48

IV. Solidarhaftung des Unternehmens

§ 9 Abs 7 VStG statuiert eine Solidarhaftung des Rechtsträgers: Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in § 9 Abs 3 VStG genannten natürlichen Personen – sohin Inhaber eines räumlich oder sachlich gegliederten Unternehmens – haften für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten **zur ungeteilten Hand** (§ 9 Abs 7 VStG). 49

Der VwGH⁸⁹ hält § 9 Abs 7 VStG nicht für gleichheitswidrig und verneint auch einen Verstoß gegen Art 18 Abs 1 B-VG. Zwischen der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit des Organs und der im Gesetz normierten Haftung der juristischen Person bestehe demnach ein diese Haftung begründender sachlicher Zusammenhang. Infolge der engen gesellschaftsrechtlichen Verknüpfung zwischen einer juristischen Person und ihrem Organ unterliege es keinem Zweifel, dass einerseits die juristische Person Einfluss darauf nehmen kann, dass sich ihr (vertretungsbefugtes) Organ gesetzmäßig verhält, und dass andererseits die juristische Person an allenfalls gesetzwidrig durch ihr Organ herbeigeführten wirtschaftlichen Vorteilen partizipiert.⁹⁰ Der VwGH zieht eine Parallele zu allgemein-zivilrechtlichen Zurechnungsgrundsätzen: Die juristische Person hafte auch sonst für die von ihrem Organ in ihrem Namen eingegangenen Verpflichtungen. Im Bereich des 50

⁸⁸ Wie die zisierten Vorschriften insbesondere in beaufsichtigten Sektoren (Banken, Versicherungen, Wertpapierfirmen, Wertpapierdienstleistungsunternehmen) zeigen, sind Defizite bei der Implementierung von Vorkehrungen bzw Maßnahmen organisatorischer Art wiederum mit dem Risiko verwaltungsstrafrechtlicher Verantwortlichkeit verbunden.

⁸⁹ VwGH 21.11.2000, 99/09/0002.

⁹⁰ Im konkreten Fall ging es um einen durch das AuslBG verpönten Einsatz (billiger) ausländischer Arbeitskräfte.

§ 9 VStG geht es – wie der VwGH resümiert – um die „*Ahdung von Unrecht, das der juristischen Person zuzurechnen ist.*“ Dass die Strafe sowohl beim Bestraften als auch bei der haftenden Gesellschaft eingetriben werden könne, sei deswegen nicht bedenklich, weil es darauf ankomme, wer die Strafe letztlich bezahlen muss. Dies ist nach Auffassung des VwGH gemäß § 896 ABGB danach zu beurteilen, welches Verhältnis zwischen den Beteiligten besteht. Die juristische Person hat im Strafverfahren gegen das Organ Parteistellung.⁹¹ Die Heranziehung zu einer Haftung betrifft einen Rechtsanspruch (§ 8 AVG). Die juristische Person muss allen Verfahrensschritten, die die Feststellung der Grundlagen für diese Haftung betreffen, beigezogen werden.⁹² Die Haftung der juristischen Person gemäß § 9 Abs 7 VStG ist im Spruch des Straferkenntnisses auszusprechen.⁹³

V. Strafbarkeit juristischer Personen

51 Bis vor kurzem kannte das Verwaltungsstrafrecht – im Gegensatz zum Justizstrafrecht⁹⁴ – wie erwähnt keine Strafbarkeit juristischer Personen.⁹⁵ Die durch § 9 VStG geschaffene „*gänzlich(e) andere Lösung dieses Problems*“⁹⁶ wurde durch jüngere legislative Maßnahmen⁹⁷ relativiert.⁹⁸ So kann die FMA in bankwesenrechtlichen Zusammenhängen **Geldstrafen gegen juristische Personen** verhängen, wenn Personen, die entweder allein oder als Teil eines Organs der ju-

⁹¹ VwGH aaO; ebenso *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht* Rz 1044.

⁹² Vgl die Nachweise bei *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht* Rz 1044; *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 10 Rz 50 mit dem Hinweis, dass die bloße Erlassung eines Haftungsbescheids gegen die juristische Person nach Abschluss des Verwaltungsstrafverfahrens ohne deren Zuziehung im Primärverfahren unzureichend ist; vgl zu diesem Themenkomplex auch *Thienel*, FS Mayer 791 ff.

⁹³ Vgl VwGH 21.11.2000, 99/09/0002; VwGH 05.11.2010, 2010/04/0012 mit der Schlussfolgerung, dass im Fall des Nichtvorliegens eines derartigen Haftungsauspruches nach dieser Rechtsprechung auch keine Zahlungspflicht der vertretenen Gesellschaft vorliege (VwGH 01.07.2010, 2008/09/0377 und 0380 mwN; VwGH 23.04.2010, 2010/02/0074; VwGH 02.07.2010, 2007/09/0267; VwGH 24.09.2010, 2010/02/0160). Nach *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht* 429 spricht die Formulierung des § 9 Abs 7 VStG hingegen „*für eine ex lege eintretende Haftung*“, die jedoch nur dann durchsetzbar sei, wenn es einen Vollstreckungstitel gibt, aus dem der Verpflichtete in konkretisierter Weise entnehmbar ist, was eher dafür spreche, dass die in § 9 Abs 7 VStG vorgesehene Haftung einer durch Bescheid vorzunehmenden Konkretisierung im Strafbescheid bedarf. Zur Variante eines eigenen nur gegen die juristische Person gerichteten Haftungsbescheids *Thienel*, FS Mayer 811 ff. Für die Notwendigkeit eines bescheidmäßigen Haftungsauspruches *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 51, nach welchem die Haftung gemäß § 9 Abs 7 VStG nicht bloße ex lege Folge einer rechtskräftigen Strafverhängung über den Verantwortlichen sei. Die jüngere Judikatur bejaht die Notwendigkeit eines ausdrücklichen bescheidmäßigen Haftungsauspruches: VwGH 25.01.2013, 2010/09/0168.

⁹⁴ Vgl die Regelungen des VerbandsverantwortlichkeitsG (BGBl I 2005/151).

⁹⁵ *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht* Rz 1032.

⁹⁶ *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht* Rz 1032.

⁹⁷ *Kalss* in *Lewisch*, *Handbuch* 74 spricht von der „*Entdeckung der Sanktion im Finanzmarktrecht*“.

⁹⁸ Vgl aber bereits § 370 Abs 1a und 1b GewO.

ristischen Person gehandelt haben und eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person aufgrund

- der Befugnis zur Vertretung der juristischen Person,
- der Befugnis, Entscheidungen im Namen der juristischen Person zu treffen, oder
- einer Kontrollbefugnis innerhalb der juristischen Person

innehaben, gegen einen Katalog von Verpflichtungen verstoßen haben⁹⁹, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 99d Abs 1 BWG). Wegen einer Reihe von Verstößen¹⁰⁰ können juristische Personen auch verantwortlich gemacht werden, wenn mangelnde Überwachung oder Kontrolle durch eine in § 99d Abs 1 BWG genannte Person die Begehung dieser Verstöße durch eine für die juristische Person tätige Person ermöglicht hat, sofern die Tat nicht dem Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 99d Abs 2 BWG).

Derartige Geldstrafen werden vom Gesetzgeber **in Abhängigkeit von Umsatz bzw Nutzen** bemessen¹⁰¹ und können dementsprechend beachtliche Ausmaße erreichen.¹⁰² Korrespondierend ist vorgesehen, dass die FMA von der Bestrafung eines Verantwortlichen gemäß § 9 VStG absehen kann, wenn für den selben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person verhängt wird und keine besonderen Umstände vorliegen, die einem Absehen von der Bestrafung entgegenstehen.

Europarechtliche Sanktionsnormen insbesondere im **Kapitalmarktrecht** vereinheitlichen die angemessenen verwaltungsrechtlichen Sanktionen bzw Maßnahmen im Kontext mit einschlägigen Delikten; die EU-Marktmissbrauchsverordnung (MAR)¹⁰³ sieht in Bezug auf bestimmte Verstöße (vgl Art 30 Abs 1 MAR) einen Mindestkatalog verwaltungsrechtlicher Sanktionen bzw Maßnahmen vor (Art 30 Abs 2 MAR); dazu gehören nicht nur „*verwaltungsrechtliche finanzielle Sanktionen*“ gegen natürliche Personen, sondern auch adäquate Sanktionen im Fall einer **juristischen Person**; dabei geht es hinsichtlich der Strafdrohung um Größenordnungen von mindestens € 5 Mio oder 15% des jährlichen Gesamtumsatzes (Verstöße gegen Art 14 und 15 MAR) bzw € 2,5 Mio oder 2% des jährlichen Gesamtumsatzes (Verstöße gegen Art 16 und 17 MAR). Bei Verstößen gegen Art 18, 19 und 20 MAR beläuft sich der vorgeschriebene Strafbetrag auf € 1 Mio. **§ 48e BörseG** etabliert die Strafbarkeit juristischer Personen im österreichischen Recht¹⁰⁴.

⁹⁹ Im Einzelnen geht es um die in § 98 Abs 1, Abs 2 Z 7 und 11, Abs 5, Abs 5a oder § 99 Abs 1 Z 3 oder 4 BWG angeführten Verpflichtungen.

¹⁰⁰ § 98 Abs 1, Abs 2 Z 7 und 11, Abs 5, Abs 5a oder § 99 Abs 1 Z 3 oder 4 BWG.

¹⁰¹ Die Geldstrafe gemäß § 99d Abs 1 oder 2 BWG beträgt bis zu 10% des jährlichen Gesamtumsatzes oder bis zu dem zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens, sofern sich dieser beziffern lässt (§ 99d Abs 3 BWG).

¹⁰² Eine Definition des jährlichen Gesamtumsatzes findet sich in § 99d Abs 4 BWG.

¹⁰³ Verordnung (EU) Nr 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates über Marktmissbrauch, ABl Nr L 173/1.

¹⁰⁴ § 48e Abs 1 BörseG lautet: „Die FMA kann Geldstrafen gegen juristische Personen verhängen, wenn Personen, die entweder allein oder als Teil eines Organs der juristischen Person gehandelt haben und eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person aufgrund

VI. Übernahme/Refundierung von Verwaltungsstrafen

A. Zulässigkeit

- 54 In der Praxis stellt sich häufig die Frage, ob Verwaltungsstrafen, welche gegen Vorstandsmitglieder verhängt wurden – bzw auch damit einhergehende Verfahrenskosten – vom Rechtsträger übernommen bzw refundiert werden dürfen. Diesbezüglich gibt das Verwaltungsstrafrecht selbst keine Antwort, sind bei einer derartigen Verlagerung der finanziellen Belastung einer Verwaltungsstrafe doch insbesondere gesellschaftsrechtliche und uU justizstrafrechtliche Aspekte – im Hinblick auf den Tatbestand der Untreue – maßgeblich. Das Verwaltungsstrafrecht bietet mit seiner Solidarhaftungsbestimmung (§ 9 Abs 7 VStG)¹⁰⁵ aber zumindest eine wertungsmäßige Grundlage, indem es durch die Einbeziehung der juristischen Person grundsätzlich einen Haftungsverbund etabliert (§ 9 Abs 7 VStG).
- 55 **Vorwegvereinbarungen**, mit denen einem Vorstandsmitglied die Übernahme von Verwaltungsstrafen zugesagt wird, werden von der Judikatur als sittenwidrig gemäß § 879 ABGB qualifiziert.¹⁰⁶ Aus teleologischer Sicht lässt sich dieses Verbot mit der Überlegung rechtfertigen, dass die Strafbedrohung ansonsten ihrer präventiven Wirkung entledigt würde.¹⁰⁷ Ökonomisch betrachtet, geht es daher um ein „*Moral Hazard*“-Argument. Auch differenzierende Zusagen, etwa nur Strafen zu übernehmen, die wegen eines geringen Verschuldensgrades verhängt wurden (zB Fahrlässigkeit), können keine Gültigkeit für sich in Anspruch nehmen. Als **zulässig** wird hingegen die im Vorhinein vereinbarte **Befassungspflicht des zuständigen Organs** angesehen, ohne dass damit eine generelle Praxis der nachträglichen Überwälzung der Verwaltungsstrafe auf die Gesellschaft eingeführt werden darf¹⁰⁸. Damit wird lediglich eine bestimmte verfahrensmäßige Vorgangsweise ohne Aussicht auf ein bestimmtes Ergebnis dieser Befassung zugesichert.
- 56 **Im Nachhinein** ist die Übernahme bereits verhängter Geldstrafen durch den Rechtsträger hingegen nicht grundsätzlich unzulässig.¹⁰⁹

1. der Befugnis zur Vertretung der juristischen Person,
2. der Befugnis, Entscheidungen im Namen der juristischen Person zu treffen, oder
3. einer Kontrollbefugnis innerhalb der juristischen Person innehaben, gegen die in den §§ 48c und 48d angeführten Verbote oder Verpflichtungen verstoßen haben.“

¹⁰⁵ Zu dieser *Kalss* in Lewisch, Handbuch 81 ff.

¹⁰⁶ 6 Ob 281/02w; vgl auch *Schima*, Aufsichtsrat Rz 391; *Kalss*, GesRZ 2015, 82 f mit dem Hinweis, dass für die Vereinbarung im Vorhinein nicht zwischen Mitgliedern von vertretungsbefugten Gesellschaftsorganen (Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern) und Arbeitnehmern unterschieden wird; *dieselbe* in Lewisch, Handbuch 89 f.

¹⁰⁷ *Kalss*, GesRZ 2015, 82.

¹⁰⁸ *Kalss*, GesRZ 2015, 85.

¹⁰⁹ Ausführlich *Kalss*, GesRZ 2015, 83 ff; *dieselbe* in Lewisch, Handbuch 90 ff; *Schima*, Aufsichtsrat Rz 393; 3 Ob 96/55; 9 Ob 284/92. Zur Frage der Zulässigkeit von Vereinbarungen zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitglied, die den Ersatz von Verwaltungsstrafen zB daran knüpfen, dass das Vorstandsmitglied gemäß den behördlichen Erkenntnissen kein grobes Verschulden trifft, niemand konkret gefährdet wurde, die Übertretung nicht gegen Unternehmensinteressen verstieß und im konkreten Fall die Verweigerung eines Ersatzes

B. Ersatzanspruch?

Ein **genereller Anspruch** des Vorstandsmitgliedes auf Ersatz von Geldstrafen besteht von Gesetzes wegen nach zutreffender Auffassung **nicht**.¹¹⁰ Die Stützung eines Ersatzanspruches auf die auftragsrechtliche Vorschrift des § 1014 ABGB ist jeweils im Einzelnen zu prüfen und mit beachtlichen Unsicherheiten belastet; nach § 1014 ABGB ist der Gewaltgeber verbunden, dem Gewalthaber allen zur Besorgung des Geschäftes notwendig oder nützlich gemachten Aufwand, selbst bei fehlgeschlagenem Erfolg, zu ersetzen, und ihm auf Verlangen zur Bestreitung der baren Auslagen auch einen angemessenen Vorschuss zu leisten; er muss ferner allen durch sein Verschulden entstandenen oder mit der Erfüllung des Auftrages verbundenen Schaden vergüten. In Fällen, in denen strafbares Verhalten eines Vorstandsmitgliedes auch eine Verletzung von Organpflichten bedeutet, erscheint eine Refundierungspflicht nach § 1014 ABGB sohin kaum begründbar; fehlt es hingegen an einer gleichzeitigen Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft, ja steht die Tathandlung sogar im Interesse der Gesellschaft, könnten sich Anwendungsbereiche für eine Nutzbarmachung von § 1014 ABGB ergeben; freilich wird zu Recht betont, dass das Kriterium des Handelns im Interesse der Gesellschaft in den seltensten Fällen erfüllt sein wird, zumal eine Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten des Rechtsträgers, die in internen Richtlinien und Compliance-Regelwerken abgebildet sind und konkreten Personen und Funktionsträgern zugeordnet werden, kaum im Interesse der Gesellschaft stehen wird.¹¹¹

C. Aufsichtsratszuständigkeit

Bei **im Nachhinein getroffenen Vereinbarungen** muss zur grundsätzlichen Zulässigkeit zwar die Verwaltungsstrafe noch nicht verhängt, die jeweilige **Tat** aber schon **begangen** sein.¹¹²

Bei Vorstandsmitgliedern ist das zuständige Organ zur Beschlussfassung über den Ersatz einer Verwaltungsstrafe grundsätzlich¹¹³ der **Aufsichtsrat**.¹¹⁴ Er hat eine **eigenständige Beurteilung der Tathandlung**, für die die Verwaltungsstrafe verhängt wurde, vorzunehmen; es handelt sich um eine eigenständige zivilrechtliche Prüfung, ob die Auferlegung der Geldstrafe durch die Verwaltungsbehörde unberechtigt war.¹¹⁵ Dabei ist gerade nicht nach den Maßstab des Verwaltungs-

„unbillig“ wäre *Schima*, Aufsichtsrat Rz 393; nach *Schima* aaO wäre die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen „aber sehr wohl zu erwägen“.

¹¹⁰ *Kalss*, GesRZ 2015, 84 f.

¹¹¹ *Kalss*, GesRZ 2015, 85, die daraus die Schlussfolgerung zieht, dass für einen unmittelbaren Anspruch gemäß § 1014 ABGB „nur mehr Randbereiche“ verbleiben.

¹¹² *Kalss*, GesRZ 2015, 85.

¹¹³ Bei der Übernahme einer Verwaltungsstrafe, bei der die einem Vorstandsmitglied vorgeworfene Tat zugleich eine Pflichtverletzung gegenüber dem Unternehmen darstellt, wird das Erfordernis der Zustimmung der Hauptversammlung befürwortet (§ 84 Abs 2 und Abs 4 AktG): *Kalss* in *Lewisch*, Handbuch 93; *Lehner*, RdW 2016, 169; dazu auch *Hoffmann-Becking*, ZGR 2015, 618; *Selter*, ZIP 2015, 714; aus der Judikatur BGH 08.07.2014 II ZR 174/13; ZIP 2014, 1728; BGHZ 202, 26 (*Plambeck Neue Energien*).

¹¹⁴ *Kalss*, GesRZ 2015, 85; *Schima*, Aufsichtsrat Rz 397.

¹¹⁵ Vgl die Nachweise bei *Kalss*, GesRZ 2015, 86.

strafrechts – mit seiner strengen Verschuldensvermutung bei Ungehorsamsdelikten (§ 5 VStG) – vorzugehen, sondern zu prüfen, ob ein verwaltungsstrafrechtlich relevanter Fehler nicht „*völlig überschaubare Folgen nach sich zieht und sachgerechte, interne Toleranzwerte nicht überschreitet*“¹¹⁶. Angesichts der strengen Anforderungen der verwaltungsstrafrechtlichen Judikatur an den Entlastungsbeweis im Kontext mit dem Vorliegen eines wirksamen Kontrollsystems zeigt sich die zivilrechtliche Prüfung deutlich flexibler: Zu prüfen ist, ob tatsächlich ein **zivilrechtliches Organisationsverschulden** und damit ein Pflichtverstoß gegenüber der Gesellschaft gegeben ist oder ob **ausreichende Instrumente für eine wirksame Überwachung** von anderen Personen und eine ausreichende Legalitätskontrolle vorgenommen wurden.¹¹⁷

- 60** In materieller Hinsicht spielt etwa die Stützung des Vorstandsmitglieds auf einen **vertretbaren Rechtsstandpunkt** eine Rolle: Vorstände dürfen sich im Zweifel nach einem für die Gesellschaft günstigen Rechtsstandpunkt richten; uU sind sie dazu sogar verpflichtet.¹¹⁸ Dabei kann es in Einzelfällen vertretbar bzw im Interesse der Gesellschaft sein, nicht jede Maßnahme mit zuständigen Behörden abzustimmen,¹¹⁹ sondern gutachtliche Stellungnahmen von dritter Seite zugrunde zu legen. Legitimierend für die Tragung von Verwaltungsstrafen kann auch die **Umsetzung von Konzernmaßnahmen** sein; wurde geprüft, dass die Konzernmaßnahme auch im Interesse des konkreten Rechtsträgers und auch rechtlich vertretbar ist, lässt sich das Unternehmensinteresse begründen, auch wenn eine Aufsichts- bzw Verwaltungsstrafbehörde die Rechtskonformität zu einem späteren Zeitpunkt in Zweifel ziehen sollte.¹²⁰
- 61** Was die Behandlung durch den Aufsichtsrat betrifft, hat die FMA in einer schriftlichen Erledigung vom 08.03.2011, gerichtet an die Bundessparte der Wirtschaftskammer Österreich, festgehalten, dass der Aufsichtsrat sein diesbezügliches Ermessen „*plichtgemäß*“ auszuüben hat. Auf eine **pflichtwidrige Ausübung des Ermessens** durch den Aufsichtsrat deuten nach Auffassung der FMA insbesondere folgende Umstände:
- Der Beschluss zur Übernahme einer Strafe ohne nachweisliche Diskussion und Reflexion, insbesondere im Hinblick auf Fehlerbehebung und künftige Fehlervermeidung (Sitzungsprotokoll);
 - die Übernahme einer Strafe trotz mehrmaliger Bestrafung der Geschäftsleiter, vor allem für den gleichen Straftatbestand;
 - der Beschluss zur Übernahme trotz wirtschaftlich angespannter Situation des Kreditinstituts.
- 62** Die sorgfältige Prüfung bzw Diskussion und Reflexion durch den Aufsichtsrat ist insbesondere vor dem Hintergrund der möglichen Verwirklichung des **Untreu-**

¹¹⁶ Kalss, GesRZ 2015, 86.

¹¹⁷ Kalss, GesRZ 2015, 87.

¹¹⁸ Vgl die Nachweise bei Kalss, GesRZ 2015, 89.

¹¹⁹ Insbesondere wenn behördliche Rechtsauskünfte in einer informellen Weise bzw mit dem Vorbehalt einer möglichen Änderung der Verwaltungspraxis bzw Rechtsauffassung gegeben werden.

¹²⁰ Vgl Kalss, GesRZ 2015, 90.

etatbestands gemäß § 153 StGB – und des Risikos einer entsprechenden Anzeige durch die Aufsichtsbehörde – von Bedeutung.¹²¹

D. Verteidigungskosten

Die **Übernahme und Bevorschussung** von Kosten der Rechtsvertretung (Verteidigungskosten) ist **grundsätzlich zulässig**.¹²² Die Übernahme dieser Kosten wird nicht als bloße Annexmaterie zur Übernahme der Verwaltungsstrafe selbst angesehen¹²³; im Fall der Einstellung eines behördlichen Ermittlungsverfahrens lässt sich ein Ersatz- bzw. Übernahmeanspruch nach § 1014 ABGB begründen.¹²⁴ 63

Die Vereinbarung einer Übernahme der Verfahrenskosten und der Vertretungskosten bei **vorsätzlichen Tathandlungen** im Vorhinein wird als unzulässig angesehen.¹²⁵ Lässt sich begründen – was die Regel sein wird –, dass die nachträgliche Übernahme dieser Kosten auch im Interesse der Gesellschaft liegt, ist eine Übernahme im Nachhinein zulässig.¹²⁶ 64

Die Gewährung eines **Vorschusses** wird für zulässig angesehen, sofern die allfällige Rückzahlung abgesichert ist.¹²⁷ 65

Verteidigungs- und Beratungskosten sind üblicherweise von **D & O-Versicherungen** – als Abwehrschutz – gedeckt.¹²⁸ 66

E. Steuerrechtliche Aspekte

Im Hinblick auf die konkrete Höhe der Refundierung von Verwaltungsstrafen an das Vorstandsmitglied sind steuerrechtliche Aspekte zu beachten: Die Übernahme von Verwaltungsstrafen stellt nach Rz 659 der LohnsteuerRL 2002 einen 67

¹²¹ Dazu *Schima*, Aufsichtsrat Rz 397: „Der Aufsichtsrat ist jedenfalls gut beraten, die Entscheidung und die ihr zugrundeliegende Interessenabwägung zu dokumentieren.“

¹²² *Kalss*, GesRZ 2015, 90f.

¹²³ *Kalss*, GesRZ 2015, 90; *Lehner*, RdW 2016, 167.

¹²⁴ *Kalss*, GesRZ 2015, 90.

¹²⁵ *Kalss*, GesRZ 2015, 91; 3 Ob 2400/96d.

¹²⁶ Nach *Kalss*, GesRZ 2015, 91 besteht bei Vorliegen der Voraussetzungen ausnahmsweise die Möglichkeit eines Kostenersatzes auch im Fall einer Verurteilung und bei Vorliegen einer verwaltungsstrafrechtlichen Pflichtverletzung. Zur Ersatzfähigkeit von Verteidigerkosten auch im Fall einer strafgerichtlichen Verurteilung vgl 8 Ob A 2051/96t („*Aschenglut-Fall*“) und die Erläuterungen bei *Schima*, Aufsichtsrat Rz 403: Im Fall der fahrlässigen Herbeiführung einer Feuersbrunst hat der OGH die Ersatzfähigkeit von Verteidigerkosten trotz Verurteilung einer Arbeitnehmerin mit der Überlegung legitimiert, dass die Prozessführung wegen der Abwehransprüche des Arbeitgebers in Folgeprozessen auch in dessen Interesse gelegen sei. Für eine breitere Nutzbarmachung dieser Wertung *Schima* aaO mit Verweis ua auf das Risiko, dass die Existenz zivilrechtlicher Ansprüche Dritter gegen die Gesellschaft davon abhängen kann, ob Organmitglieder oder „Repräsentanten“ rechtswidrig bzw. deliktisch gehandelt haben.

¹²⁷ *Kalss*, GesRZ 2015, 91 mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit der Formulierung und Absicherung einer auflösenden Bedingung, zumal zum Zeitpunkt der Leistung des Vorschusses noch nicht endgültig über die Zulässigkeit der Tragung der Verfahrens- bzw. Verteidigungskosten entschieden werden kann.

¹²⁸ Näher *Schima*, Aufsichtsrat Rz 358 und 404; dafür kann im Anstellungsvertrag Vorsorge getroffen werden: *Schima*, Aufsichtsrat Rz 404.

lohnsteuerpflichtigen Vorteil aus dem Dienstverhältnis dar.¹²⁹ Dieser lohnsteuerpflichtige Vorteil aus dem Dienstverhältnis besteht unabhängig davon, ob die Gesellschaft die Übernahme freiwillig vornimmt oder dazu verpflichtet ist.¹³⁰

- 68 Insofern stellt sich in der Praxis häufig die Frage, ob bei einer grundsätzlich zulässigen Refundierung/Übernahme von Verwaltungsstrafen im Einzelfall auch der dem Organmitglied konkret bei Ersatz lediglich des Strafbetrages erwachsende **steuerrechtliche Nachteil ausgeglichen werden soll bzw darf**. Dies ist zu **bejahen**: Die Tragung der Strafe durch das Unternehmen ist als finanzielle Entlastung des Vorstandsmitgliedes im Kontext mit einem bestimmten Verwaltungsstrafverfahren zu verstehen; das Vorstandsmitglied soll daher auch keinen finanziellen Nachteil daraus erleiden, dass die Strafe vom Unternehmen getragen wird. Dies lässt sich jedoch nur bewerkstelligen, wenn auch die sich aus der zitierten Bestimmung der LohnsteuerRL ergebenden Nachteile für das Vorstandsmitglied abgewendet werden, auch wenn der finanzielle Aufwand der Gesellschaft die verhängte Verwaltungsstrafe (samt Kostenbeitrag) dann deutlich übersteigen kann.

¹²⁹ Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge 80 weisen darauf hin, dass dies „in der Praxis häufig übersehen“ werde.

¹³⁰ Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge 80; Schima, Aufsichtsrat Rz 400.



Susanne Kals, Stephan Frotz, Paul Schörghofer (Hg.)

Handbuch für den Vorstand

facultas 2017, 1.514 Seiten, Leinen mit Schutzumschlag

ISBN 978-3-7089-1364-3

EUR 240,- (A) / EUR 234,- (D) / sFr 234,-