



Isabel Funk-Leisch/Alexander Weber/Christoph Wildmoser • Wien

Versicherbarkeit des Regresses gegen Vorstände wegen der Verhängung von Unternehmensstrafen

» ZFR 2018/187

Unternehmen und Entscheidungsträger sehen sich mit einer Vielzahl unterschiedlicher, zunehmend komplexer werdender Rechtsvorschriften konfrontiert. Während die Auslegung dieser Normen zuweilen unklar ist und die Implementierung in der Praxis oftmals kostspielig und zeitraubend, können Verstöße hohe Strafen gegen das betroffene Unternehmen nach sich ziehen. Im Folgenden wird untersucht, ob Vorstände damit rechnen müssen, mit Ersatzansprüchen ihres Unternehmens konfrontiert zu werden, und ob dieses Risiko mit D&O-Versicherungen abgefangen werden kann.

1. Ausgangsszenarien

In den letzten Monaten sorgte die DSGVO¹ (in Kraft getreten am 24. 5. 2016, anwendbar seit 25. 5. 2018) für große Aufregung – weniger wegen der einen oder anderen materiell-rechtlichen Neuerung, sondern aufgrund der vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten, die auch in der Berichterstattung durch die Medien entsprechend hervorgehoben wurden. Generell kann für den österr (und europäischen) Rechtsbestand festgestellt werden, dass die Dichte der zu beachtenden (und strafbewehrten) Verhaltensnormen immer weiter zunimmt.² Der simple Gedanke, sich rechtskonform verhalten zu wollen, verlangt Unternehmen einen immer größeren Aufwand für „Compliance“-Maßnahmen ab.

Gegenstand dieses Beitrags sind direkt gegen das Unternehmen verhängte Sanktionen. Dabei kommen folgende Möglichkeiten in Betracht:

- Über das Unternehmen wird – nach den Bestimmungen des VbVG – eine Verbandsgeldbuße verhängt.
- Über das Unternehmen wird eine Verwaltungsstrafe auf Grundlage einer im entsprechenden Materiengesetz vorgesehenen (und idR auf unionsrechtlichen Grundlagen beruhenden) direkten Verantwortlichkeit des Unternehmens verhängt (direkte Sanktionierung juristischer Personen), zB als Verantwortlicher iSd Art 4 Z 7 DSGVO.
- Im Verwaltungsstrafverfahren gegen eine nach außen zur Vertretung berufene Person erfolgt ein gesonderter Haftungsaus-

spruch gegen das Unternehmen (§ 9 Abs 7 VStG). Dies in jenen Fällen, in denen mangels gesonderter Regelung in den Materiengesetzen § 9 VStG zur Anwendung kommt.

In all diesen Fällen stellt sich die Frage, ob sich die juristische Person an den Entscheidungsträgern regressieren kann oder ob sie die Geldbuße letztlich selbst tragen muss (vgl unter Punkt 2.). In jenen Fällen, in denen eine Regressmöglichkeit grundsätzlich in Betracht kommt, stellt sich ferner die Frage, wie sich Vorstände gegen dieses Risiko absichern können, insb, ob dieses Risiko von D&O-Versicherungen abgedeckt werden kann (vgl unter Punkt 3.).

Das Hauptaugenmerk der vorliegenden Untersuchung liegt auf Verwaltungsstrafen, nicht auf den sonstigen Schäden, die durch die Verwaltungsübertretung entstehen können (zB Schadensersatzforderungen von Dritten gegen das Unternehmen).

2. Regressmöglichkeiten von Unternehmen

2.1. Verbandsgeldbußen nach dem VbVG/FinStrG

Das VbVG regelt die Verantwortlichkeit von Verbänden (dh juristischer Personen, eingetragener Personengesellschaften und EWIV) für gerichtlich strafbare Handlungen und bestimmte Verstöße gegen das FinStrG (§ 1 VbVG). Ist der Verband für Handlungen eines Entscheidungsträgers oder Mitarbeiters (bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 VbVG) verantwortlich, ist über ihn eine Verbandsgeldbuße zu verhängen (§ 4 VbVG).

Die Frage einer allfälligen Regressmöglichkeit wird von § 11 VbVG geregelt: Der Rückgriff auf Entscheidungsträger oder Mitarbeiter ist hinsichtlich der Sanktionen und Rechtsfolgen, die den Verband aufgrund des VbVG treffen,³ ausgeschlossen.

Den Verband kann – neben der Verbandsgeldbuße – die Verpflichtung zum Ersatz durch die Straftat entstandener Schäden treffen. Hinsichtlich solcher Ansprüche wird § 11 VbVG im Schrifttum teleologisch reduziert und vertreten, ein Regress sei möglich, und zwar unabhängig davon, ob der Verband zivilrechtlich ohnehin haftet oder lediglich aufgrund einer Weisung nach § 8 Abs 2 VbVG.⁴

1 VO (EU) 2016/679 v 27. 4. 2016 (Datenschutz-Grundverordnung). Siehe dazu auch den eingehenden Beitrag von Strasser, *Versicherbarkeit von DSGVO-Geldbußen und Regressansprüchen* daraus, ZFR 2018/188, 403, der die vorliegende Thematik aus Sicht des Datenschutzrechts beleuchtet.

2 Vgl Kalss, *Die Übernahme von verwaltungsrechtlichen Geldstrafen durch die Gesellschaft*, GesRZ 2015, 78 (78).

3 Nach den Mat unterliegen auch die Verteidigungskosten im Verfahren nach dem VbVG dem Regressverbot des § 11 VbVG, obwohl sich die Zahlungsverpflichtung hier streng genommen nicht direkt aus dem VbVG, sondern aus einer zivilrechtlichen Honorarvereinbarung ergibt. Der Zweck der Norm verbietet aber eine Überwälzung von Kosten iZm dem VbVG-Verfahren auf die Einzelperson.

4 *Hilf/Zeder in Höpfel/Ratz, WK² VbVG § 11 Rz 4 mwN; Leupold/Ramharter, Nützliche Gesetzesverletzungen – Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht?* GesRZ 2009, 253 (260).



§ 28a Abs 2 FinStrG erweitert die Rechtsfolge des § 11 VbVG (Regressverbot) auf Finanzvergehen von Verbänden, die von der Finanzstrafbehörde (und nicht von einem Gericht) zu ahnden sind.⁵ Abgesehen davon berührt § 11 VbVG die Regressmöglichkeiten hinsichtlich solcher Ansprüche, die nicht auf dem VbVG beruhen, nicht.⁶

2.2. Verwaltungsstrafen nach den Materiengesetzen

Die Bestrafung juristischer Personen durch verwaltungsrechtliche Sanktionen war noch vor Kurzem in der österr Rechtsordnung nicht vorgesehen. In letzter Zeit werden aber vermehrt Rechtsvorschriften eingeführt, die das Unternehmen selbst als Adressaten von Verwaltungsstrafen und sonstigen Sanktionen bestimmen.⁷

Beispielhaft⁸ seien an dieser Stelle das BörseG, das BWG und das DSG herausgegriffen, die jeweils eine ähnlich strukturierte **Strafbestimmung⁹ für juristische Personen** vorsehen. Nach diesen Bestimmungen (§ 108 BörseG, § 99d BWG, § 30 DSG) kann die zuständige Behörde Geldstrafen gegen eine juristische Person verhängen, wenn (näher definierte) Führungskräfte einen Verstoß gegen bestimmte Verwaltungsbestimmungen begangen haben oder durch mangelnde Überwachung und Kontrolle die Begehung dieser Verstöße durch eine andere, für die juristische Person tätige Person ermöglicht haben.

Grundsätzlich schließt eine solcherart normierte Verantwortlichkeit einer juristischen Person die gleichzeitige Verantwortlichkeit natürlicher Personen wegen derselben Tat nicht aus.¹⁰ Aufgrund der in § 9 Abs 7 VStG vorgesehenen Mithaftung der juristischen Person (dazu sogleich unter Punkt 2.3.) wurden Bedenken hinsichtlich des Doppelbestrafungsverbots geäußert.¹¹

§ 30 Abs 3 DSG ordnet aber an, dass die Datenschutzbehörde (DSB) von der Bestrafung eines Verantwortlichen gem § 9 VStG¹²

abzusehen „hat“, wenn für denselben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person¹³ verhängt wird. Die zusätzliche Voraussetzung, dass keine besonderen Umstände vorliegen dürfen, die einem Absehen von der Bestrafung entgegenstehen, wurde durch das Datenschutz-Deregulierungs-Gesetz 2018 (noch vor Inkrafttreten des Datenschutz-Anpassungsgesetzes 2018) gestrichen. Der Behörde kommt hinsichtlich einer **parallelen Bestrafung des Unternehmens und der verantwortlichen natürlichen Personen** damit kein Ermessen mehr zu. Diese (neue) Bestimmung im Datenschutzrecht hat ihre Vorbilder in § 99d Abs 5 BWG und in einer Reihe weiterer Bestimmungen. Diese wurden allerdings mittlerweile aufgehoben und in § 22 Abs 6 Z 2 FMABG zusammengeführt.¹⁴ Dabei ist – im Gegensatz zu § 30 Abs 3 DSG – ein Ermessen der Behörde normiert („kann ... absehen“); auch die Voraussetzung der besonderen Umstände, die der Bestrafung nicht entgegenstehen dürfen, findet sich dort weiterhin. In Zusammenschau mit der Möglichkeit, gem § 22 Abs 6 Z 1 FMABG von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn es sich um keinen „bedeutenden Verstoß“ handelt, lässt sich daher feststellen, dass der Gesetzgeber der FMA einen größeren Handlungs- und Ermessensspielraum eingeräumt hat als der DSB.

Die ersten Entscheidungen des BVwG zu § 22 Abs 6 FMABG lassen bereits erkennen, dass das BVwG bei der Beurteilung, ob auch die Bestrafung der natürlichen Person geboten ist, (ua) die **Schwere des Verschuldens** als Kriterium heranzieht.¹⁵ Zudem äußerte sich das BVwG in einer rezenten Entscheidung¹⁶ – Bezug nehmend auf die Wertungen des VbVG – zum Verhältnis der Bestrafung juristischer und natürlicher Personen und zur Auslegung des § 22 Abs 6 FMABG: Aus dieser Bestimmung ergebe sich nicht, dass „von der Einleitung eines Verfahrens und somit von der Verfolgung dieser natürlichen Personen gänzlich abgesehen werden darf und eine konkrete Zuordnung der Tat zu einem Entscheidungsträger (...) und Feststellung der Sorgfaltsverstöße des Entscheidungsträgers bei einer Tat durch eine andere, für die juristische Person tätige Person (...) gar nicht erst zu erfolgen hätte“. Die Zurechnung des Verstoßes zur juristischen Person hat daher über das konkrete pflichtwidrige Verhalten einer natürlichen Person zu erfolgen. Die FMA hat demnach bei Vorliegen entsprechender Verdachtsmomente ein Verfahren sowohl gegen den Entscheidungsträger als auch gegen die juristische Person zu führen: Erst dann ist sie auch in der Lage, zu entscheiden, ob es sich um einen unbedeutenden Verstoß handelt (§ 22 Abs 6 Z 1 FMABG) oder ob von der Bestrafung der natürlichen Person abgesehen werden kann (Z 2 leg cit).

DSG verwarnt wird, hinsichtlich des verantwortlichen Beauftragten gem § 9 VStG aber ein besonderes Strafbedürfnis besteht).

5 Vgl *Steininger*, VbVG Kommentar § 11 Rz 5.

6 *Leupold/Ramharter*, GesRZ 2009, 253 (260); *Strasser*, Die Deckung von Schäden aus Kartellgeldbußen in der D&O-Versicherung, VersR 2017, 65 (66) mwN.

7 *Huber*, Die Unternehmensstrafe zwischen Verwaltungs- und Kriminalstrafrecht: Status quo und Perspektiven, in *Lewis*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015, 61 (66); *Oppitz*, Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit, in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch Vorstand Rz 47/51; *Rohregger*, Die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten, ÖZW 2018, 27 (28 FN 12).

8 Vgl auch § 153 BaSAG, § 190a InvFG, § 29 KartG, § 35 FM-GwG. Jüngst wurde die Verfassungsmäßigkeit solcherart formulierter Bestimmungen in Zweifel gezogen, vgl *Kert*, Verbandsverantwortlichkeit und Schuldgrundsatz, ÖZW 2018, 17 (25).

9 Vgl zur Entstehungsgeschichte dieser und ähnlicher Bestimmungen *Wagner* in *Dellinger*, BWG (9. Lfg; 2017) zu § 99d Rz 1 ff.

10 Vgl *N. Raschauer* in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka*, BWG⁴ § 99d BWG Rz 37; *Wagner* in *Dellinger*, BWG § 99d Rz 7; vgl auch § 3 Abs 4 VbVG.

11 *N. Raschauer*, § 99d BWG auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, ÖBA 2017, 155 (161 f).

12 Ob die Möglichkeit, neben dem Verantwortlichen bzw dem Auftragsverarbeiter iSd DSGVO auch andere natürliche Personen (gem § 9 VStG) zu bestrafen, mit der DSGVO in Einklang steht, soll hier nicht näher untersucht werden. UE ist dies jedenfalls fraglich. Solche Fälle sind theoretisch trotz § 30 Abs 3 DSG denkbar (zB wenn die juristische Person lediglich nach § 11

13 § 30 Abs 3 DSG ist uE unionskonform dahin gehend auszulegen, dass im Anwendungsbereich des § 9 Abs 3 VStG auch die Bestrafung einer natürlichen Person (als Unternehmensinhaber) der Bestrafung des verantwortlichen Beauftragten entgegensteht.

14 BGBl I 2017/107; vgl ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP 53 f.

15 BVwG 7. 3. 2018, W148 2114269-2/22E (ua) ZFR 2018/125 (hier: grobe Fahrlässigkeit zweier Vorstandsmitglieder für verspätete Meldungen).

16 BVwG 25. 6. 2018, W210 2138108-1.



2.3. Solidarhaftung nach § 9 Abs 7 VStG

Die Mehrzahl der verwaltungsrechtlichen Vorschriften richtet sich – unbeschadet der in Punkt 2.2. erwähnten Ausnahmen – weiterhin an natürliche Personen oder ist über § 9 VStG strafbewehrt. Mangels einer anderslautenden verwaltungsrechtlichen Vorschrift sind die zur Vertretung nach außen berufenen Personen oder eigens bestellte **verantwortliche Beauftragte** für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften strafrechtlich verantwortlich.

§ 9 Abs 7 VStG ordnet an, dass (ua) juristische Personen für die über die zur Vertretung nach außen berufenen Personen oder verantwortliche Beauftragte verhängten Geldstrafen, die sonstigen in Geld bemessenen Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand haften. Begründet wird dies mit der Möglichkeit des Unternehmens, auf das Handeln seiner Organe Einfluss zu nehmen, sowie mit der Partizipation des Unternehmens am (durch die Verwaltungsübertretung allenfalls) herbeigeführten Vorteil.¹⁷ Die Mithaftung tritt allerdings nicht *ex lege* ein; vielmehr muss die juristische Person am Verfahren beteiligt werden und ein **gesonderter Haftungsauspruch** erfolgen.¹⁸ Die Behörde kann die Strafe wahlweise von der natürlichen oder von der juristischen Person einfordern.¹⁹

2.4. Zivilrechtlicher Regress

In jenen Fällen, in denen ein Regress nicht aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung ausgeschlossen ist, stellt sich die Frage, wie und unter welchen Voraussetzungen ein Innenregress zwischen Gesellschaft und Leitungsorgan zulässig ist.

Dabei ist zu differenzieren, gegen wen Verwaltungsstrafen verhängt werden können:

- nur gegen eine natürliche Person (als ausdrücklicher Adressat einer Verwaltungsnorm bzw als Verantwortlicher iSd § 9 VStG);
- nur gegen eine juristische Person (zB im Anwendungsbereich des § 30 Abs 3 DSG);
- sowohl gegen das Unternehmen als auch gegen die natürliche Person (gesondert, nicht zur ungeteilten Hand);
- sowohl gegen die natürliche Person als auch (bei Bestehen einer besonderen gesetzlichen Grundlage oder gem § 9 Abs 7 VStG) gegen die juristische Person (zur ungeteilten Hand).

Der erste Fall, in dem lediglich eine natürliche Person bestraft wird, kann zumindest hinsichtlich der Geldbuße selbst keine Regressforderung des Unternehmens an die natürliche Person auslösen. In den übrigen Fällen, in denen (auch) gegen die juristische Person eine Geldbuße verhängt wird, stellt sich die Frage, ob diese Sanktion letztlich (wirtschaftlich) vom Unternehmen selbst zu tragen ist oder ob der Regress an die handelnden Per-

sonen offensteht. Dabei kommen folgende Anspruchsgrundlagen infrage:

2.4.1. Schadenersatz

Der Regress von Verwaltungsstrafen wird sich in den meisten Fällen auf das Schadenersatzrecht als Grundlage stützen, sofern den handelnden natürlichen Personen eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann und auch die sonstigen (allgemeinen) Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches vorliegen. Anspruchsgrundlage sind dabei die allgemeinen Bestimmungen der §§ 1293 ff ABGB (insb für leitende Angestellte), für Organwalter bestehen meist gesellschaftsrechtliche Spezialbestimmungen (zB § 84 AktG, § 25 GmbHG). Auf besondere Fragen der Ermittlung der Schadenshöhe soll hier nicht näher eingegangen werden.²⁰

2.4.2. Regress nach § 896 ABGB

Haften das Unternehmen und der Funktionsträger (nach § 9 Abs 7 VStG) zur ungeteilten Hand, richtet sich die interne Aufteilung nach § 896 ABGB.²¹ Die Höhe des Regresses richtet sich nach dem besonderen Verhältnis unter den Mitschuldern, dh in erster Linie nach dem Ausmaß der Beteiligung der Mitschuldigen und dem **jeweiligen Grad des Verschuldens**.²² Lässt sich der Anteil danach nicht bestimmen, greift die Zweifelsregel des § 896 ABGB, wonach die Betroffenen zu gleichen Teilen haften.

§ 896 ABGB bezieht sich nur auf jene Beträge, hinsichtlich derer solidarische Haftung besteht, nicht aber auf parallel entstandene Aufwendungen (zB Abwehrkosten). Deren Ersatz kann (bei Vorliegen der Voraussetzungen) uU unter dem Titel „Geschäftsführung ohne Auftrag“ gefordert werden.²³

Die hA geht grundsätzlich davon aus, dass der Regressanspruch nach § 896 ABGB keinen „Schadenersatzanspruch“, sondern einen Anspruch eigener Art darstellt. Der Schadenersatzcharakter von Forderungen nach § 896 ABGB wird allerdings in jenen Fällen bejaht, in denen die Schädigung des Dritten durch einen der Mitschuldner zugleich eine Verletzung seiner vertraglichen Pflichten gegenüber dem anderen Mitschuldner ist.²⁴ Umgelegt auf die Verhängung einer Verwaltungsstrafe nach § 9 VStG bedeutet dies, dass der **Regressanspruch** im Innenverhältnis durchaus als **Schadenersatzanspruch** zu qualifizieren sein kann; nämlich in jenen Fällen, in denen das der Verwaltungsstrafe zugrunde gelegte Verhalten des Leitungsorgans zugleich eine Pflichtverletzung aus dem (freien) Dienst- bzw Geschäftsführungsvertrag darstellt. Lässt das Leitungsorgan die Sorgfalt

17 Oppitz in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch Vorstand Rz 47/50; *Kalss*, GesRZ 2015, 78 (80).

18 Vgl VwGH 19. 12. 2016, Ra 2015/08/0067; Oppitz in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch Vorstand Rz 47/50.

19 *Kalss*, GesRZ 2015, 78 (80).

20 Vgl dazu *Strasser*, *VersR* 2017, 65 (68 ff); *Finkel/Seitz* in *Seitz/Finkel/Klimke*, D&O-Versicherung, Ziff 5 AVB-AVG Rz 87 ff.

21 VwGH 21. 11. 2000, 99/09/0002; diese Bestimmung gilt insb auch für Gesamtschulden, die aus einem Delikt entstehen, vgl *Gamerith/Wendehorst* in *Lukas/Rummel*, ABGB⁴ § 896 Rz 2.

22 Vgl *Gamerith/Wendehorst* in *Lukas/Rummel*, ABGB⁴ § 896 Rz 27 ff (sowie Rz 30 zur „Unrechtsgemeinschaft“) mwN.

23 Vgl dazu *Gamerith/Wendehorst* in *Lukas/Rummel*, ABGB⁴ § 896 Rz 26.

24 Vgl dazu OGH RIS-Justiz RS0017553 sowie (teils krit) *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 896 Rz 2; *Gamerith/Wendehorst* in *Lukas/Rummel*, ABGB⁴ § 896 Rz 7 ff.



eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vermisen, wird das in aller Regel der Fall sein.

2.5. Regressverbote

Fraglich ist, ob dem Regress von Verwaltungsstrafen von einer juristischen Person an natürliche Personen (und damit der Überwälzung der Strafe) ein **allgemeines Regressverbot** entgegensteht. Die Diskussion wurde bisher insb im Bereich des Kartellrechts²⁵ geführt.²⁶ In Österreich wird zumeist betont, in § 11 VbVG liege kein allgemeines Regressverbot begründet;²⁷ ein solches könnte sich aber aus § 879 ABGB ableiten.²⁸ Unter Rückgriff auf gesellschaftsrechtliche Überlegungen (zB die Treue- und Fürsorgepflicht der Gesellschaft) wurde zudem eine Beschränkung der Regresshöhe angedacht. Im Schrifttum sind diese Fragen umstritten; sie wurden bisher weder in Deutschland noch in Österreich höchstgerichtlich geklärt. Mit der Zunahme der Normen, die eine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen normiert, wird das Thema in Zukunft aber an Bedeutung gewinnen.

UE lässt sich für den Bereich des **Datenschutzes** aus dem (bereits erwähnten) § 30 Abs 3 DSG ein **Regressverbot** ableiten. Während in vielen Materien entweder eine parallele Bestrafung juristischer und natürlicher Personen möglich ist oder der Gesetzgeber nur die Sanktion der Gesellschaft vorsieht, ohne sich über die Frage des Regresses zu äußern, liegt hier ein anderer Fall vor. § 30 Abs 3 DSG ordnet ausdrücklich an, dass die natürliche Person nicht zu bestrafen ist, falls die juristische Person bestraft wird. UE lässt sich daraus ableiten, dass die natürliche Person nicht belangt werden soll, wenn sich die Behörde dazu entscheidet, die juristische Person zu belangen – auch nicht im Wege des Innenregresses.

Dieser Gedanke kann uE auf § 22 Abs 6 Z 2 FMABG übertragen werden. Hier kommt der Behörde – im Gegensatz zu § 30 Abs 3 DSG – zwar ein Ermessen zu; sie hat dabei aber zu berücksichtigen, ob besondere Umstände vorliegen, die einem Absehen von der Bestrafung entgegenstehen. Dies wird insb bei einem groben Verschulden der natürlichen Person der Fall sein. Liegen solche Umstände jedoch nicht vor und verhängt die Behörde eine Strafe (nur) gegen eine juristische Person, sprechen uE (in diesen Fäl-

len) gute Gründe für die **Unzulässigkeit des Innenregresses**. Begründen lässt sich dies uE zum einen aus der Wertung des Gesetzgebers in § 22 Abs 6 Z 2 FMABG. Zum anderen wird in jenen Fällen, in denen „keine besonderen Umstände vorliegen, die einem Absehen von der Bestrafung entgegenstehen“, oftmals eine der für den Regress (als Schadenersatzanspruch) erforderlichen Voraussetzungen fehlen.

Die rezenten Entscheidungen des BVwG zu § 22 Abs 6 FMABG lassen sich uE mit dieser Ansicht in Einklang bringen: Das BVwG betonte in der ersten Entscheidung,²⁹ eine kumulative Bestrafung sowohl der Bank als auch des Vorstandsmitglieds sei u.a. deshalb geboten, da das Vorstandsmitglied eine ihn persönlich treffende individuelle Verpflichtung (Aufstellung des Jahresabschlusses) verletzt habe; die Bank habe weitere Übermittlungsschritte daher gar nicht unternehmen können. In diesem Fall scheint den Vorstand der größere Vorwurf zu treffen; der Innenregress wäre uE in solchen Fällen daher denkbar. In der zweiten Entscheidung³⁰ betonte das BVwG, dass sich die Behörde nicht darauf beschränken kann, die Strafbarkeit der juristischen Person zu prüfen. Die Nichtbestrafung einer natürlichen Person sollte daher (theoretisch) nur dann vorkommen, wenn die Voraussetzungen des § 22 Abs 6 FMABG vorliegen. UE ist es in diesen Fällen in weiterer Folge gerechtfertigt, von einer **Beschränkung des Innenregresses** auszugehen.

Folgt man dieser Auffassung, kommt im Ergebnis ein Innenregress von Verwaltungsstrafen nur in Betracht, wenn „besondere Gründe einem Absehen von der Bestrafung“ entgegenstehen (zB bei grobem Verschulden der natürlichen Person) und das Gesetz nichts anderes anordnet (wie uE in § 30 Abs 3 DSG).

Eine Einschränkung bzw ein Ausschluss des Regresses kann auch abseits dieser Überlegungen in Betracht kommen. Auf § 11 VbVG wurde bereits hingewiesen. Zudem ist selbst bei leitenden Angestellten (nicht hingegen bei Organmitgliedern)³¹ die Anwendbarkeit des DHG zu beachten, dessen Bestimmungen über die Mäßigung von Ersatzforderungen auch auf den Regress anwendbar sind (§ 4 DHG).

3. Absicherung gegen das Risiko eines Regresses

Zum Schutz von Organwaltern und leitenden Angestellten haben sich D&O-Versicherungen – als vom Unternehmen abgeschlossene Vermögensschadenhaftpflichtversicherungen (Versicherung für fremde Rechnung) – etabliert.³²

²⁵ Zu gesellschaftsrechtlichen Aspekten vgl *Strasser, VersR* 2017, 65 (68).

²⁶ Vgl *Finkel/Seitz* in *Seitz/Finkel/Klimke*, D&O-Versicherung, Ziff 5 AVB-ABG Rz 81 ff mwN. In Deutschland ist diese Frage zurzeit beim LG Dortmund anhängig (vgl die E des BAG 29. 6. 2017, 8 AZR 189/15, und den Beschluss des LAG Düsseldorf 29. 1. 2018, 14 Sa 591/17). Das LAG Düsseldorf (Teilurteil 20. 1. 2015, 16 Sa 459/14) war im ersten Rechtsgang von einem Ausschluss der Haftung von Organvertretern im Innenverhältnis für Bußgelder ihrer Gesellschaft ausgegangen. Der Gesetzgeber entscheide mit der Frage, wem ein Bußgeld auferlegt wird, zugleich auch, wer dieses letztendlich zu tragen habe.

²⁷ IdS gegen ein allgemeines Regressverbot *Leupold/Ramharter*, *GesRZ* 2009, 253 (260 f); *Strasser, VersR* 2017, 65 (69 f), jeweils mit ausf Nachweisen.

²⁸ Vgl *Kalss*, Die Übernahme von Geldstrafen durch die Gesellschaft im Lichte neuer verwaltungsrechtlicher Regelungen gegenüber Gesellschaften, in *Lewisch*, *Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit* 2015, 73 (87).

²⁹ BVwG 7. 3. 2018, W148 2114269-2/22E (ua) ZFR 2018/125; vgl auch oben bei FN 15.

³⁰ BVwG 25. 6. 2018, W210 2138108-1; vgl auch oben bei FN 16.

³¹ Vgl OGH RIS-Justiz RS0054466; zum Meinungsstand in der Lehre vgl *Kalss* in *Lewisch*, *Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit* 2015, 73 (91 f).

³² Vgl den Beitrag von *Hafner/Perner* in diesem Heft; siehe ferner *Walbert*, D&O-Versicherung, in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, *Handbuch Vorstand Rz 48/5 ff*; *Lanner*, D&O-Versicherung unter besonderer Berücksichtigung des Claims-Made-Prinzips, in *Gisch/Koban/Ratka*, *Haftpflichtversicherung, D&O-Versicherung und Manager-Rechtsschutz* (2016) 51 (53), jeweils mwN.



Der Ersatz von (direkt gegen die Führungskraft bzw den leitenden Angestellten verhängten) Geldstrafen und Bußgeldern bzw Entschädigungen mit Strafcharakter ist in den Versicherungsbedingungen der in Österreich am Markt erhältlichen D&O-Versicherungen jedoch **explizit ausgeschlossen**. Auch ohne vertraglichen Ausschluss wären Geldbußen vom Versicherungsumfang nicht erfasst, weil die Geldbuße nicht der Kompensation eines eingetreten Schadens dient.³³ Zudem wird im Schrifttum betont, dass eine solche „Versicherung gegen Strafen“ auch aus zivilrechtlichen Gründen³⁴ unzulässig ist. Je technischer und detaillierter die Verhaltensanordnungen der Rechtsordnung (und je weniger diese mit allgemeinen moralischen Vorstellungen untermauerbar sind), umso wichtiger wird die „Sanktion“ als Motiv, sich rechtskonform zu verhalten. Wäre es möglich, dieses Risiko zu versichern, fiel wohl eine wesentliche Hemmschwelle weg.³⁵

Da gegen die Führungskraft direkt verhängte Verwaltungsstrafen also nicht von D&O-Versicherungen abgedeckt sind, gewinnt die Frage an Bedeutung, in welchem Umfang bzw unter welchen Voraussetzungen sich Unternehmen zur Übernahme von Verwaltungsstrafen, die gegen seine Führungskräfte und leitende Angestellte verhängt wurden, verpflichten können. Pauschale Vorwegvereinbarungen werden dabei als sittenwidrig qualifiziert; eine (vertragliche) Übernahme im Nachhinein kann zulässig sein. Die zuständigen Organe haben dabei ua zu prüfen, ob dem Bestraften auch im Verhältnis zur Gesellschaft eine Pflichtwidrigkeit vorgeworfen werden kann und ob die Übernahme der Strafe (im jeweiligen Einzelfall) bei sorgfältigster Ausübung des unternehmerischen Ermessens (unter Berücksichtigung der Pflichtwidrigkeit und des Sanktionscharakters der Strafe) im **Gesellschaftsinteresse** liegt.³⁶ Entscheidungen betreffend die Übernahme von Verwaltungsstrafen sollten jedenfalls gut begründet und dokumentiert werden, um zivilrechtliche und strafrechtliche Risiken (insb § 153 StGB) zu vermeiden.³⁷

In den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) mancher Anbieter findet sich ein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass der erwähnte Ausschluss von Geldstrafen nicht für Regressansprüche des Unternehmens gegen den versicherten Funktionsträger wegen gegen das Unternehmen verhängter Geldstra-

fen gilt.³⁸ Dieser Vertragsbestandteil findet sich entweder (als Gegenausnahme) in jener Klausel, die den Ersatz von Geldstrafen grundsätzlich ausschließt, oder direkt bei der Definition der zu ersetzenden Ansprüche. Die Auslegung von AVB bereitet in diesen Fällen zumeist keine größeren Schwierigkeiten. Wie viele Fragen iZm der vorliegenden Thematik wurde aber auch die Zulässigkeit der **Versicherung des Innenregresses** von Geldbußen im Schrifttum infrage gestellt.³⁹

In anderen in Österreich im Umlauf befindlichen AVB für D&O-Versicherungen findet sich jedoch nur der **allgemeine Strafausschluss** (ohne Hinweis auf die Regressfrage). Diese Klauseln sind in mehrfacher Hinsicht auslegungsbedürftig: Zum einen stellt sich die Frage, ob sich der Strafausschluss nur auf Strafen gegen den Entscheidungsträger bezieht oder auch auf Strafen gegen das Unternehmen.⁴⁰ Im ersten Fall stellt sich des Weiteren die Folgefrage, ob Regressansprüche, die an Verwaltungsstrafen anknüpfen, von der Versicherung gedeckt sind. Der Deckungsumfang der D&O-Versicherungen wird in den AVB zumeist über die Begriffe „Schadenersatzanspruch“, „Vermögensschaden“ oder ähnliche Begriffe definiert. Da sich Regressforderungen zivilrechtlich in aller Regel auf als schadenersatzrechtlich zu qualifizierende Anspruchsgrundlagen stützen,⁴¹ kann uE gut argumentiert werden, dass **auch der Innenregress betreffend Verwaltungsstrafen grundsätzlich von diesen Klauseln abgedeckt wäre**. Zu beachten ist dabei allerdings, dass die AVB der einzelnen Anbieter in Österreich nicht vereinheitlicht sind,⁴² im Wortlaut daher stark divergieren und bisher – soweit überblickbar – keine gerichtlichen Entscheidungen zu dieser Frage vorliegen. Die Auslegung der einzelnen AVB hat sich freilich immer am jeweiligen Wortlaut zu orientieren.

Ausgehend vom Wortlaut der am österr Markt vertriebenen D&O-Produkte ist daher uE davon auszugehen, dass (zulässige) Regressforderungen betreffend Verwaltungsstrafen – sei es aufgrund ausdrücklicher Deckung, sei es als Ergebnis der Auslegung der AVB – **im Regelfall vom Versicherungsschutz umfasst sind**.⁴³ Bevor die in diesem Zusammenhang skizzierten Fragen von den Gerichten entschieden sind, ist allerdings nicht endgültig geklärt, ob dem nicht doch ein Versicherungsverbot entgegenstehen könnte.⁴⁴

D&O-Versicherungen decken idR standardmäßig die Übernahme von **Abwehr- und Verteidigungskosten** iZm (zur Last gelegten) gerichtlich strafbaren Handlungen und Disziplinarverfahren (soweit das Verfahren iZm einer Pflichtverletzung iSd D&O-Versicherung steht)⁴⁵ sowie verwaltungsstrafrechtlicher

33 Hafner/Perner, ZFR 2018/185, 368 mwN; Finkel/Seitz in Seitz/Finkel/Klimke, D&O-Versicherung, Ziff 5 AVB-AVG Rz 76.

34 Versicherungsverbot aufgrund Sittenwidrigkeit, vgl Walbert in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch Vorstand Rz 48/56; Gruber/Mitterlechner/Wax, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2011) 157 f; krit Strasser, VersR 2017, 65 (71), jeweils mwN.

35 Dieses unter dem Schlagwort „moral hazard“ diskutierte Problem (vgl Ramharter, D&O-Versicherung, in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² Rz 47/7 f mwN) wurde auch in einer rezenten Entscheidung zum Privatstiftungsrecht vom OGH in der Begründung herangezogen, vgl OGH 6 Ob 35/18t GES 2018, 135 (hier: zur Genehmigungspflicht des Abschlusses einer D&O-Versicherung für Stiftungsvorstände).

36 Vgl dazu ausf Kalss, GesRZ 2015, 78; Oppitz in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch Vorstand Rz 47/58 ff.

37 Oppitz in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch Vorstand Rz 47/62.

38 Schwarzer, Schutzschirm D&O-Versicherung, in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² Rz 48/63.

39 Vgl als Überblick Finkel/Seitz in Seitz/Finkel/Klimke, D&O-Versicherung Ziff 5 AVB-AVG Rz 77 ff, sowie Hafner/Perner, ZFR 2018/185, 368 mwN.

40 Strasser, VersR 2017, 65 (71).

41 Vgl zu Regressforderungen nach § 896 ABGB oben unter Punkt 2.4.2.

42 Vgl Ramharter in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² Rz 47/3.

43 Die Deckung kann in diesen Fällen aber zB am Pflichtwidrigkeitsausschluss scheitern.

44 Vgl Strasser, VersR 2017, 65 (71).

45 Walbert in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch Vorstand Rz 48/29.



Sanktionen ab.⁴⁶ Zu beachten ist, dass dieser standardmäßige Strafrechtsschutz meist durch ein eigenes Modul ergänzt werden kann.⁴⁷

Betrachtet man D&O-Versicherungen unter diesem Aspekt, ist festzustellen, dass das Risiko der Verhängung von Verwaltungsstrafen gegen Unternehmen in manchen Rechtsbereichen und Branchen (Bank- und Finanzdienstleistungen, Kartellrecht, Datenschutz) besonders hoch ist. Es gab bisher aber offensichtlich keinen Bedarf vonseiten der Versicherer, in den AVB besondere Regelungen (zB Ausschlüsse oder eigens formulierte Obliegenheiten) für diese einzelnen Punkte vorzusehen, und man fand (bisher) mit den allgemein gehaltenen Formulierungen das Auslangen. Dieser Befund hat sich (bisher) im Großen und Ganzen auch mit der DSGVO nicht geändert, wobei in Deutschland vereinzelt bereits maßgeschneiderte Produkte für diese Risiken angeboten werden. Ob sich solche „Spezial-D&O“-Polizzen am Markt durchsetzen werden, bleibt abzuwarten. Dies insb vor dem Hintergrund, dass die – für die meisten Vorstände durchaus sinnvollen – D&O-Versicherungen diese „speziellen“ Risiken meist ohnehin auch abdecken.

4. Zusammenfassung und Ausblick

Entscheidungsträger und Unternehmen werden mit einem immer dichter werdenden Regelwerk konfrontiert. Zudem nimmt im Geschäftsverkehr – aber auch innerhalb von Unternehmen (Stichwort: Innenregress) die Bereitschaft zu, Schäden (notfalls auch gerichtlich) geltend zu machen. D&O-Versicherungen haben sich in den letzten Jahrzehnten in Österreich etabliert, ihr Tätigkeitsfeld hat sich sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich der Zielgruppe stetig erweitert.

Während es in manchen Bereichen klare Regresseinschränkungen gibt (VbVG, DHG), lassen sich solche uE auch im Bereich

des Datenschutzes und in gewissem Maße auch im Anwendungsbereich des FMABG argumentieren. Ein Regress wäre uE insb in jenen Fällen denkbar, in denen kein explizites Regressverbot normiert ist und der Führungskraft ein besonderer Vorwurf zu machen ist.

Die Versicherung von direkt gegen den Manager verhängten Geldstrafen ist unzulässig. Ob dies auch für Regressforderungen gilt, bleibt ungesichert; *prima facie* scheint die **Versicherbarkeit von Regressforderungen** (ob ihrer Eigenschaft als Schadenersatz) **jedoch zulässig**. Die Praxis reagiert zT bereits auf die neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen, zB im Datenschutzrecht. Ob sich spezielle Produkte, zB für Datenschutzverstöße, tatsächlich durchsetzen werden, bleibt abzuwarten.



Die Autoren:

Dr. Isabel Funk-Leisch ist Rechtsanwältin bei Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH in Wien.

✉ isabel.funk@herbstkinsky.at
🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Funk-Leisch/Isabel

Foto: Herbst Kinsky



Dr. Alexander Weber ist Rechtsanwalt bei Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH in Wien.

✉ alexander.weber@herbstkinsky.at
🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Weber/Alexander

Foto: Weinwurrrn



Dr. Christoph Wildmoser LL.M. (Frankfurt) ist Rechtsanwalt in Wien und Partner der Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH.

✉ christoph.wildmoser@herbstkinsky.at
🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Wildmoser/Christoph

Foto: Herbst Kinsky

⁴⁶ *Oppitz in Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch Vorstand Rz 47/66.
⁴⁷ *Walbert in Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch Vorstand Rz 48/29; *Aichinger*, Deckungserweiterungen in modernen D&O-Wordings, in *Gisch/Koban/Ratka*, Haftpflicht und D&O-Versicherung 2016 (2017) 35 (39 ff); *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen (2011) 321 ff.

KODEX Versicherungsrecht Band I 2017

21. Auflage | Stand 1. 4. 2017
Preis im Abo € 56,- | Einzelpreis € 70,-

Best.-Nr. 19082021
ISBN 978-3-7007-6790-9

KODEX
DES ÖSTERREICHISCHEN RECHTS
VERSICHERUNGS-
RECHT

Jetzt abonnieren und 20% sparen!

Bestellen Sie jetzt Ihren KODEX:
Tel. +43-1-534 52-0 | E-Mail: kundenservice@lexisnexis.at | Web: shop.lexisnexis.at