

Festschrift

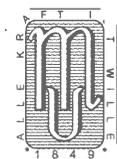
MARTIN SCHAUER

Herausgegeben von

Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Astrid Deixler-Hübner

Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka

Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, M.B.L.-HSG, LL.M (Vaduz)



Wien 2022

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Überwälzung von Unternehmensstrafen und Kosten interner Untersuchungen

Georg Schima und Beatrix Schima, Wien

Martin Schauer kenne ich seit dem Jahr 1984 – also ein halbes Menschenleben lang –, jenem Jahr, in dem ich über Vermittlung seines damaligen Lehrers Peter Doralt als Assistent am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien begann. Martin Schauer, obwohl nur drei Jahre älter als ich selbst, war für mich damals schon so etwas wie eine junge graue Eminenz, zu der bloß der etwas auffällige amerikanische Sportwagen nicht ganz passen mochte. Die Interessen des Jubilars waren, dessen wurde man sich erst bei näherem Kennenlernen gewahr, nie bloß auf die Jurisprudenz gerichtet.

Mir ist Martin seit langem zum Freund geworden, mit dem über Kunst zu plaudern genauso viel Freude bereitet wie der juristische Gedankenaustausch.

Der folgende Beitrag berührt zwar nicht unbedingt Forschungsschwerpunkte des Jubilars, aber vielleicht und hoffentlich bereitet diesem gerade die Lektüre eines Aufsatzes Freude, den er entspannt und ohne die bange Ungewissheit lesen kann, ob denn die Autoren seine eigenen Arbeiten auch ausreichend gewürdigt und zitiert hätten.

Nicht zuletzt wegen der schadenersatzrechtlichen Implikationen des gestellten Themas war ich sehr froh, dass meine Tochter Beatrix sich bereit erklärte, den Beitrag mit mir zu verfassen.

Denn sie ist in diesem Bereich nach ihrer Assistententätigkeit bei Ernst Karner und der Verfassung einer schadenersatzrechtlich-wettbewerbsrechtlichen Dissertation schon ausgewiesen.

Und sie hat sich sehr gefreut, einen Beitrag zu dieser Festgabe für Martin Schauer zu leisten, den sie über mich kennen gelernt hat.

Übersicht:

- I. Einleitung, Problemstellung
- II. Überwälzbarkeit von Unternehmensstrafen
 - A. Mögliche Rechtsgrundlagen für einen Rückgriff
 - B. Schadenersatzanspruch
 - C. Aufwendersatzanspruch
 - D. Vertragliche Vereinbarungen
 - E. Unternehmensbußen im Kartellrecht
 - F. Unternehmensbußen im Datenschutzrecht
- III. Haftung für die Kosten unternehmensinterner Untersuchungen
 - A. Faktische Ausgangslage und Fallgestaltungen
 - B. Die „Detektiv-Rechtsprechung“ des OGH

- C. Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit von Untersuchungskosten
 - D. Kausalität
 - E. Verschulden
- IV. Ergebnisse

I. Einleitung, Problemstellung

Das Thema des Beitrages kann man in gewisser Weise als „Querschnittsmaterie“ bezeichnen. Es geht dabei um Fragestellungen, die sich im Gefolge von durch (insb, aber nicht notwendigerweise) leitende Angestellte oder Organmitglieder begangene Gesetzesverstöße oder sonstige Sorgfaltspflichtverletzungen ergeben und allesamt die Frage berühren, wie es mit der Risikoverteilung zwischen Unternehmen und deren „Repräsentanten“ in solchen Fällen aussieht.

Im Verbandsstrafrecht hat der Gesetzgeber eine Entscheidung getroffen, dass ein Unternehmen die über den Verband verhängten Strafen nicht auf die dafür verantwortlichen Entscheidungsträger oder Mitarbeiter überwälzen darf (§ 11 VbVG). Abgesehen davon, dass die Reichweite dieses Verbotes unklar ist, stellt sich die grundsätzliche Frage, ob aus § 11 VbVG verallgemeinernde Schlussfolgerungen für die (Nicht-)Überwälzbarkeit von Verbandsstrafen zu ziehen sind oder ganz im Gegenteil gar ein Umkehrschluss in anderen Fällen geboten ist. Vor allem das Kartellrecht und neuerdings das Datenschutzrecht sind Gebiete, in denen am Umsatz (also nicht einmal an der finanziellen Leistungsfähigkeit, sondern an der Größe) des Unternehmens bemessene und über dieses verhängte Bußen enormes Ausmaß annehmen und bei Überwälzbarkeit für die verantwortlichen Entscheidungsträger existenzvernichtend sein können.

Während im Datenschutzrecht die Diskussion darüber noch gar nicht wirklich begonnen hat, ist sie betreffend die Überwälzbarkeit von Kartellgeldbußen vor allem in Deutschland seit Jahren voll entbrannt und wird überaus kontroversiell geführt. Der mehr oder weniger einschränkungslosen Bejahung einer Haftung der verantwortlichen Organmitglieder für Unternehmensbußen steht die kategorische Ablehnung der Überwälzbarkeit unter Berufung auf die Zwecke der Unternehmensbuße gegenüber.

Ein besonders spannendes und schadenersatzrechtlich trickreiches Gebiet ist die Haftung von Arbeitnehmern/Organmitgliedern für die Kosten unternehmensinterner Untersuchungen. Die existierende „Detektiv-Rechtsprechung“ des OGH beschäftigte sich bisher vor allem mit Ehebruchs- und Ehestörungsfällen oder Kassenmanipulationen von Arbeitnehmern und deckt das Spektrum der praktisch vorkommenden Fallgestaltungen von „internal investigations“, in deren Rahmen Forensik-Abteilungen von großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in Zusammenarbeit mit Rechtsanwaltsunternehmen Kosten in Millionenhöhe verursachen können, nicht im Entferntesten ab.

Der Fall „Siemens Neubürger“ und die dazu ergangene Entscheidung des Landgerichtes München I hat einen Vorgeschmack gegeben, welche Beträge hier im Spiel sein und zu welcher hohen Summen insb Vorstandsmitglieder verurteilt werden können.

II. Überwälzbarkeit von Unternehmensstrafen

A. Mögliche Rechtsgrundlagen für einen Rückgriff

1. Allgemein

Wird ein Unternehmen (dessen Rechtsträger) zu einer verwaltungsstrafrechtlichen oder kartellrechtlichen Geldbuße verurteilt, so stellt sich für dieses idR die Frage, ob es für diese Geldstrafe Rückgriff bei seinen Organmitgliedern bzw. Mitarbeitern¹⁾ nehmen kann, weil das Unternehmen denkmöglich nur durch natürliche Personen zu handeln imstande ist und einer Verurteilung zu einer Geldstrafe somit stets menschliches Fehlverhalten zugrunde liegt. Ein solcher Rückgriffsanspruch kann sich dabei – abhängig vom konkreten Sachverhalt – auf unterschiedliche rechtliche Grundlagen stützen. In Frage kommt zum einen eine Art Anspruch auf Aufwändersatz, insb wenn der Regressschuldner (Organmitglied) selbst zur Zahlung verpflichtet war, zum anderen ein Anspruch aus dem Titel des Schadenersatzes, wenn der Regressschuldner die Zahlungsverpflichtung des Schuldners (Unternehmen) rechtswidrig und schuldhaft herbeigeführt hat, schließlich auch eine vertragliche Vereinbarung zwischen Schuldner und Regressschuldner.

2. Schadenersatzanspruch

Hat der Regressschuldner die Zahlungsverpflichtung des Schuldners rechtswidrig und schuldhaft herbeigeführt, so kann der Rückgriff auf einen Schadenersatzanspruch gestützt werden. Da es sich bei dem aus der Zahlungsverpflichtung resultierenden Schaden mangels Eingriffes in ein absolut geschütztes Rechtsgut des Schuldners um einen bloßen Vermögensschaden handelt, kommt ein Ersatz typischerweise nur dann in Betracht, wenn zwischen Schuldner und Regressschuldner eine vertragliche Beziehung besteht.

Ein Schadenersatzanspruch als rechtliche Grundlage für den Regress ist regelmäßig dort erforderlich, wo der Schuldner für den Regressschuldner gegenüber einem Dritten einzustehen hat, der Regressschuldner dem Dritten aber selbst nicht haftet, dh keine Solidarhaftung besteht. Typischer Anwendungsfall ist der Regress des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen gem § 1313 ABGB, wenn der Geschäftsherr für den Gehilfen nach § 1313a ABGB gegenüber einem Vertragspartner einzustehen hatte, den Gehilfen aber mangels eigener vertraglicher Beziehung zu diesem selbst keine Haftung trifft, weil der Gehilfe keine ihn gegenüber dem Vertragspartner des Geschäftsherrn obliegenden Pflichten verletzt hat. Der Anspruch des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen muss sich daher auf eine Pflichtverletzung im Verhältnis zwischen diesen beiden stützen,²⁾ regelmäßig liegt eine Verletzung des Dienstvertrags vor.³⁾ Der Regress setzt daher auch voraus, dass der

-
- 1) Soweit in der Folge nur von Organmitgliedern die Rede ist, beziehen sich die Ausführungen auch auf Mitarbeiter ohne Organfunktion. Dort wo die Unterscheidung eine Rolle spielt, wird gesondert darauf eingegangen.
 - 2) Zur Schlechterfüllung durch Subunternehmer 2 Ob 168/01x SZ 74/119; 1 Ob 40/02t JBl 2002, 658; 3 Ob 313/01b RdW 2003, 433.
 - 3) Siehe *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1313 ABGB Rz 4 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at); 4 Ob 3, 4/73 EvBl 1973/180; 3 Ob 642/86 SZ 60/73; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1 08} § 1313 Rz 2 (Stand 31. 7. 2021, rdb.at).

eingetretene Schaden innerhalb des Schutzzwecks des Vertrags zwischen Geschäftsherrn und Erfüllungsgehilfen liegt.⁴⁾

Ist Rechtsgrundlage für den Schadenersatzrechtlichen Regress ein Dienstvertrag, so sind die Bestimmungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes (DHG) zu beachten. Bei fahrlässigem Verhalten des Dienstnehmers kann der Ersatzanspruch daher vom Gericht gemäßigt und bei leicht fahrlässigem Verhalten sogar ganz erlassen werden (s § 2 DHG).

3. Anspruch sui generis / Aufwandersatzanspruch

Haften das Unternehmen und das Organmitglied solidarisch für die Geldstrafe, liegen die Dinge hingegen anders: Nach stRsp⁵⁾ handelt es sich beim Regress zwischen Solidarschuldern um einen Anspruch eigener Art und nicht um einen Schadenersatzanspruch.⁶⁾ Jenem wird überwiegend Aufwandersatzcharakter zuerkannt;⁷⁾ teilweise erblickt man die rechtliche Grundlage im Gemeinschaftsverhältnis.⁸⁾ Hinsichtlich der konkreten Anspruchsgrundlage ist zu differenzieren, ob der Solidarschuldner eine materiell eigene oder fremde Schuld bezahlt: Handelt es sich um eine materiell fremde Schuld, ist § 1358 ABGB anzuwenden, sonst § 896 ABGB.

4. Vertragliche Vereinbarung

Schließlich könnte ein Rückgriffsanspruch auch auf eine vertragliche Vereinbarung zwischen Unternehmen(sträger) und Organmitglied gestützt werden. Hier ist einerseits an den Fall zu denken, dass die Parteien bereits vorweg – etwa bei Abschluss eines Dienstvertrags oder Auftrags – vereinbaren, dass das Organmitglied das Unternehmen im Fall seiner Verurteilung zu einer Geldstrafe (teilweise) schadlos hält, sofern die Verurteilung auf ein Fehlverhalten des Organmitglieds zurückzuführen ist. Zum anderen ist denkbar, dass die Parteien erst nach Verurteilung des Unternehmens einen Ausgleich durch das Organmitglied vereinbaren.

Im Anwendungsbereich des DHG – dh insb bei Mitarbeitern ohne Organfunktion – sind für solche Vereinbarungen dessen Bestimmungen zu beachten, weil nach § 5 DHG die Rechte des Dienstnehmers, die sich aus den §§ 2 bis 4 DHG (also insb die Mäßigung) ergeben, nur durch Kollektivvertrag aufgehoben oder beschränkt werden können.

Außerhalb des DHG werden sich solche Vereinbarungen am allgemeinen Maßstab der Sittenwidrigkeit messen lassen müssen. Während es zur (umgekehr-

4) 8 Ob 6/14m ecolx 2015/34.

5) Zu § 896 ABGB 7 Ob 270/03m RdW 2004, 464; 7 Ob 723/86 EvBl 1987/171; zu § 1302 ABGB 2 Ob 75/55 SZ 28/52; 2 Ob 152/62 ZVR 1963/66; s auch die weiteren Nw bei *Gamerith/Wendehorst in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 986 ABGB Rz 9 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at).

6) 2 Ob 351/69 EvBl 1970/329; 3 Ob 523/79 SZ 52/91; 7 Ob 723/86 EvBl 1987/171; differenzierend *Mayrhofer*, Das Recht der Schuldverhältnisse³ (1986) 332.

7) *Weiss*, Der Rückgriff im Schadenersatzrecht, JBl 1947, 529 (531); *Stanzl in Klang*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1² (1968) 928; *Wolff in Klang*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch VI² (1951) 56; *Riedler in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ (2014) § 896 Rz 6.

8) *Edlbacher*, ZAS 1969, 102 (105) (Anmerkung zu OGH 4 Ob 15, 19/68); diesem folgend 7 Ob 723/86 EvBl 1987/171.

ten) Frage, ob und inwieweit eine Vereinbarung, wonach ein Dritter (idR das Unternehmen) dem Täter (idR ein Entscheidungsträger/Mitarbeiter) eine Verwaltungsstrafe zu ersetzen hat, zulässig ist, mehrere höchstgerichtliche Entscheidungen⁹⁾ und Lit¹⁰⁾ gibt, hat man sich mit der Zulässigkeit von Vereinbarungen, die eine Überwälzung von Unternehmensbußen auf Organmitglieder vorsehen, in Österreich soweit ersichtlich noch kaum auseinandergesetzt.

B. Schadenersatzanspruch

1. Unternehmensstrafe als ersatzfähiger Schaden?

a. Zum zivilrechtlichen Schadensbegriff

Dem ABGB liegt ein weiter Schadensbegriff zugrunde: Gem § 1293 Satz 1 ABGB ist Schaden jeder Nachteil, der jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Grundsätzlich ist die Diskussion, ob das Gesetz von einem natürlichen,¹¹⁾ dh nicht vorwiegend durch die Rechtsordnung geprägten, oder einem normativen¹²⁾ Schadensbegriff ausgehe, dessen Sinn nur aus dem Zusammenhang von Haftungsnormen ermittelt werden könne.¹³⁾ Nach der Rsp umfasst der weite Schadensbegriff des ABGB jeden Zustand, der rechtlich als Nachteil aufzufassen ist, an dem also ein geringeres rechtliches Interesse als am bisherigen besteht.¹⁴⁾ Die Judikatur geht somit von einem normativen Schadensbegriff aus.¹⁵⁾ Ob ein Nachteil, dh Schaden im Rechtssinn nach der Rsp vorliegt, beinhaltet daher bereits eine rechtliche Wertung, weil der Zustand ohne das in Frage stehende Ereignis rechtlich schutzwürdiger sein muss als der Zustand nach Eintritt des Ereignisses. Auch die Lehre nimmt grundsätzlich einen rechtlich geprägten Schadensbegriff an.¹⁶⁾

9) Ex ante sittenwidrig: 3 Ob 96/55 EvBl 1955/308; 4 Ob 32/95 ÖBl 1995, 211; 3 Ob 2400/96d SZ 70/203; 6 Ob 281/02w RdW 2004/170; s auch RS0016830.

10) Stanzl in Klang IV/1² 849; Krejci in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 879 ABGB Rz 202 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at).

11) So insb Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht (1967) 1 (87 ff, 121 ff).

12) So Mayer-Maly, Schadenersatz für Gebrauchsentbehrung? ZVR 1967, 281 (282 f): Rechtsbegriff; Roussos, Schaden und Folgeschaden (1992) 73 (191 ff): Bestimmung des ersatzfähigen Schadens anhand der Normzwecklehre; Larenz, Schuldrecht I¹⁴ § 27 II a; Koziol, ZfRV 1969, 22 (Buchbesprechung); Koziol, Haftpflichtrecht I⁴ (2020) B1 Rz 11.

13) Koziol, Haftpflichtrecht I⁴ B1 Rz 8 ff, s dort auch auf zur Diskussion.

14) RS0022537; ähnlich Leclerc, Kartellgeldbußen als Schaden? NZKart 2021, 220 (221 f).

15) Der rechtlich geprägte Schadensbegriff lässt sich etwa auch gut an folgendem Beispiel veranschaulichen: Nach stRsp tritt bei fehlerhafter Anlageberatung der (reale) Schaden des Anlegers bereits durch Erwerb der nicht gewünschten (weil mit höherem Risiko behafteten) Wertpapiere ein, auch wenn sich das Kursrisiko im Vermögen des Anlegers (noch) nicht realisiert hat und dementsprechend kein Vermögensminus (rechnerischer Schaden) vorliegt, s RS0129706.

16) Koziol, Haftpflichtrecht I⁴ B1 Rz 11; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁻⁰³ § 1293 Rz 2 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); s für D auch Leclerc, NZKart 2021, 220 (221) mwN; krit jedoch Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1293 ABGB Rz 1 (Stand 1. 1. 2007, rdb.at), der als Argument den Wortlaut des § 1293 ABGB heranzieht und die Vermengung von Existenz eines Schadens und rechtlichen Wertungen für unzulässig hält.

b. Strafanspruch des Staates kein Nachteil an rechtlich geschützten Interessen

Ausgehend von dem für das österreichische Schadenersatzrecht primär vertretenen normativen Schadensbegriff muss für die Überwälzbarkeit von Unternehmensbußen nun die Frage beantwortet werden, ob eine (gerichtliche oder verwaltungsrechtliche) Strafe ein Schaden im Sinne des Gesetzes ist. Wer von einem rein natürlichen Schadensbegriff ausgeht, dem fällt die Bejahung relativ leicht, ist doch das Vorliegen eines Vermögensminus (bereits durch Entstehen der Zahlungsverbindlichkeit) evident. Auch die Vertreter eines natürlichen Schadensbegriffs kommen jedoch nicht umhin, sich mit der Frage, ob an der Überwälzbarkeit einer Strafe ein rechtlich geschütztes Interesse besteht, zumindest auf Ebene der Rechtswidrigkeit bzw beim Rechtswidrigkeitszusammenhang auseinanderzusetzen.¹⁷⁾

Die Rsp vertritt in einer Reihe von (bereits älteren) Entscheidungen die Auffassung, dass die Überwälzung einer (höchstpersönlichen) Strafe auf einen Dritten im Wege des Schadenersatzrechts ausgeschlossen sei:

So beehrte der Kläger in dem der Entscheidung 3 Ob 96/55¹⁸⁾ zugrundeliegenden Sachverhalt vom Beklagten den Ersatz der über ihn nach dem Devisengesetz (DevG 1946) verhängten Geldstrafe, die Verfahrenskosten sowie den für verfallen erklärten Betrag. Das Höchstgericht rekurrierte auf seine Entscheidung in ZBl 1918 Nr 345, wonach *„es [...] im Wesen und in der höchstpersönlichen Natur jeder vom Gericht oder von einer Verwaltungsbehörde verhängten Strafe [liege], dass sie, gleichgültig ob Freiheits- oder Vermögensstrafe, ein Übel darstelle, welches grundsätzlich nur vom schuldtragenden Täter vermeint und von ihm allein zu tragen sei, und [...] [dass] die Überwälzung des Strafübels auf einen anderen, in welcher Form und aus welchem Rechtsgrunde immer, von vornherein ausgeschlossen werden [müsse], so dass insbesondere bei einer Geldstrafe unter allen Umständen ausschließlich der Verurteilte selbst die Vermögenseinbuße zu leiden, den Geldbetrag also aus eigenen Mitteln zu bezahlen habe.“* Dies gilt nach dem OGH auch für die Verfallsersatzstrafe.¹⁹⁾ Die Entscheidung weist auch darauf hin, dass nach § 30 DevG 1946 für Strafen nach diesem Gesetz neben dem Angestellten auch der Betriebsinhaber haftete, es im konkreten Fall aber dahingestellt bleiben könne, ob der Betriebsinhaber gegen den Schuldtragenen Regress nehmen könne.

In einem anderen Fall, in dem der Kläger eine Geldstrafe wegen Übertretung des LebensmittelG durch das fahrlässige Anbieten und Verkaufen von ver-

17) Siehe jene Stimmen im deutschen Schrifttum, die den Geldbußenregress im Kartellrecht eben wegen der damit nicht kompatiblen Zwecksetzung der gesetzlichen Bußgeldbestimmungen ablehnen, so etwa *Dreher*; Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern – Vorstandshandeln zwischen aktienrechtlichem Legalitätsprinzip und kartellrechtlicher Unsicherheit, in *Dauner-Lieb/Hommelhoff/Jacobs et al* (Hrsg), FS Konzen (2006) 85 (105 f); *Baur/Holle*, Bußgeldregress im Kapitalgesellschaftsrecht nach der (Nicht-)Entscheidung des BAG, ZIP 2018, 459 (463 f); *Labusga*, Die Ersatzfähigkeit von Unternehmensgeldbußen im Innenregress gegen verantwortliche Vorstandsmitglieder, VersR 2017, 394 (398 f); *Bunte*, Regress gegen Mitarbeiter bei kartellrechtlichen Unternehmensgeldbußen, NJW 2018, 123 (124 f); *Friedl/Titze*, Der Sanktionszweck heiligt den Regressausschluss – Zur Haftung von Vorstandsmitgliedern für Verbandsgeldbußen, ZWeR 2015, 318 (330 f); *Thomas*, Haftungs- und Versicherungsrecht bei Kartellverstößen, VersR 2017, 596 (599 f).

18) SZ 28/56.

19) 3 Ob 96/55 SZ 28/56 mit Verweis auf 5 Os 75, 76, 77/51 JBl 1951, 345; 5 Os 511, 512/53 EvBl 1954/298.

wässertem Wein erhalten hatte, wurde ein Schadenersatzanspruch gegen den beklagten Weinproduzenten, von dem der Kläger den Wein teilweise erworben hatte, ebenfalls verneint:²⁰⁾ Der OGH hob hervor, dass die Geldstrafe an die höchstpersönlichen Verhältnisse des Klägers angepasst sei, und dass jeder der beiden Streitparteien ein eigenes Delikt begangen habe, für das er persönlich einzustehen habe. Die Strafwürdigkeit des Klägers wäre insoweit von der Verhaltensweise des Beklagten unabhängig, denn der Kläger hatte nicht die Tathandlung des Beklagten mitzuverantworten, sondern ausschließlich seine persönliche Fahrlässigkeit. Der Strafanspruch des Staates, dem der Kläger Genüge leisten müsse, sei kein zivilrechtlicher Schadenersatzanspruch, dessen Befriedigung der Bestrafte je im Rückgriffsweg überwälzen könnte. Von der Überwälzung ausgeschlossen seien nicht nur die Strafe selbst, sondern auch die mit dem Strafverfahren verbundenen Kosten.

Auch in der Entscheidung 6 Ob 99/58²¹⁾ hielt der OGH fest, dass die rechtskräftige Verwaltungsstrafe als solche unabwählbar sei, auch wenn der Gegner des Schadenersatzanspruchs durch arglistiges Verhalten die strafwürdige Fahrlässigkeit des Verurteilten mitveranlasst habe.

Die Argumentation der Rsp ist nachvollziehbar und einleuchtend: Dass jemand, der aus eigenem Fehlverhalten rechtskräftig zu einer staatlichen Strafe verurteilt wurde, wegen dieser Strafe keinen Schadenersatzanspruch gegen einen Dritten geltend machen kann, erschließt sich idR bereits dem Gerechtigkeitsempfinden des juristischen Laien. So wäre etwa die Vorstellung abwegig, ein zu Recht zu einer Geldstrafe Verurteilter könnte die Summe im Wege des Schadenersatzrechts von einem Mittäter (sei es auch der Anstifter) verlangen (oder noch drastischer: den aufgrund Verbüßung einer Gefängnisstrafe erlittenen Verdienstentgang). Der Grund, weshalb die Entscheidungen in den genannten Fällen auf Anhieb überzeugen, ist der, dass die Verurteilten stets natürliche Personen waren. Bei der juristischen Person erscheint die Lösung weniger naheliegend, weil diese nur durch natürliche Personen handeln, ein „eigenes“ Fehlverhalten der juristischen Person im wörtlichen Sinn daher nicht vorliegen kann.²²⁾ Eine Anwendung dieser Grundsätze der Rsp auch auf Strafen, die über juristische Personen verhängt werden, ist aber aus den nachstehenden Gründen geboten:

Nach § 26 ABGB sind juristische Personen den natürlichen Personen hinsichtlich der Rechtsfähigkeit gleichgestellt,²³⁾ sie haben idR die gleichen Rechte und somit auch Pflichten wie natürliche Personen²⁴⁾ (soweit nicht aufgrund der Natur des Rechts bzw der Pflicht von vornherein ausgeschlossen). Die Zurech-

20) 2 Ob 662/57 JBl 1958, 400; zust F. Bydliński, Privatrechtliches „Überwälzungsverbot“ für Vermögensstrafen und Strafverfahrenskosten? in FS Niederländer (1991) 243 (244 ff) mwN.

21) SZ 31/73.

22) Eine Übertragung dieser Rsp auf juristische Personen offenbar wegen § 9 Abs 7 VStG abl Madari, Die Regressfähigkeit von Kartellgeldbußen nach § 84 AktG und § 25 GmbHG, GesRZ 2021, 14 (19) – dies vermengt allerdings unzutreffend schadenersatzrechtliche Regressansprüche einer- und Solidarschuldnerregress andererseits.

23) Zum dort verwendeten Begriff der „moralischen Person“ s Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 26 ABGB Rz 1 (Stand 1. 7. 2015, rdb.at); Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON⁰² § 26 Rz 3 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at).

24) Siehe ausf F. Bydliński, System und Prinzipien des Privatrechts (Nachdruck 2013) 141 ff (144 f); s zur Deliktsfähigkeit juristischer Personen auch Micheler/Schurich, Die Theorie der Realen Verbandsperson. Ein Restatement und die Deliktsfähigkeit als Anwendungsfall, in dieser Festgabe 375 (V. insb V.E.).

nung fremden deliktischen Verhaltens an juristische Personen bezweckt für das Haftungsrecht gerade diese weitgehende Gleichstellung mit natürlichen Personen: Es kann nicht sein, dass durch Tätigwerden einer juristischen Person im Rechtsverkehr deliktische Pflichten ins Leere laufen, weil plötzlich überhaupt kein Haftungssubjekt mehr da ist, auf das der Geschädigte greifen kann. Dementsprechend haftet die juristische Person für ihre Organe und Repräsentanten.²⁵⁾ Da die juristische Person selbst nicht handeln kann, wäre die Haftung der juristischen Person im deliktischen Bereich sonst auf Besorgungshelfen nach § 1315 ABGB begrenzt, was de facto einer Haftungsfreistellung gleichkäme. Die Regeln über die Zurechnung fremden Verhaltens an juristische Personen dienen daher der Vermeidung eines sonst bestehenden Rechtsschutzdefizits, sollen aber nicht zu einem Vorteil für die juristische Person dadurch führen, dass sie die über sie verhängte Strafe auf die für sie handelnden Personen abwälzen kann, während der natürlichen Person eine vergleichbare Möglichkeit nicht offensteht.²⁶⁾

Im Übrigen werden vor allem Geldbußen für Kartellverstöße nach österreichischem oder europäischem Kartellrecht gerade und ausschließlich über ein Unternehmen (regelmäßig eine juristische Person) verhängt.²⁷⁾ Der Tatbestand eines Kartellverstoßes kann vom Organmitglied als solchem gar nicht verwirklicht werden. Für Strafen nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) ist der Regress ohnehin ausdrücklich ausgeschlossen (§ 11 VbVG). Auch im Anwendungsbereich des VbVG ist denkbar, dass zwar der Verband strafbar ist, die natürliche Person jedoch nicht. Dementsprechend bemessen sich die Strafen im Kartellrecht und gem VbVG nach dem Umsatz des Verbands bzw Unternehmers, sind daher – um in der Terminologie der Entscheidung OGH 2 Ob 662/57²⁸⁾ zu bleiben – an die „höchstpersönlichen Verhältnisse“ des Verurteilten angepasst. Kein taugliches Argument für die Ersatzfähigkeit von Unternehmensbußen kann entgegen M. Steiner²⁹⁾ aus jener E des BGH³⁰⁾ abgeleitet werden, in der das deutsche Höchstgericht den gegenüber einem Zuschauer geltend gemachten Schadenersatzanspruch eines Fußballvereins bejahte, der vom Sportgericht des DFB mit einer Geldstrafe belegt worden war, weil ein Zuschauer einen gezündeten Sprengkörper auf einen anderen Teil der Tribüne geworfen hatte. Bei der über den Fußballverein verhängten Geldstrafe handelt es sich um eine privatrechtliche Sanktion, der sich der Verein statutenmäßig unterworfen hat und nicht um eine staatliche Sanktion. Dies ist im gegebenen Zusammenhang ein gewichtiger Unterschied, weil das zentrale Argument für den Regressausschluss bei Unternehmensbußen – nämlich der staatliche Strafanspruch und die bewusste gesetzgeberische Entscheidung, nur das Unternehmen entsprechend dessen wirtschaftlichen Verhältnissen zu bestrafen – hier gerade nicht trägt.³¹⁾

25) § 337 ABGB analog; statt aller Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹ 02 § 26 Rz 22 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at).

26) Vgl auch LAG Düsseldorf 16 Sa 459/14 ZIP 2015, 829 (831 f).

27) Vgl etwa §§ 1, 5, 6 iVm 29 KartG; Art 101 und 102 AEUV.

28) JBl 1958, 400.

29) M. Steiner, Geschäftsleiterhaftung im Wettbewerbsrecht (2021) 92 f, der meint, die BGH-Entscheidung „kann nicht überbewertet werden“, und die Ausführungen des BGH zeigten, dass gegen juristische Personen verhängte Geldbußen einen ersatzfähigen Schaden bildeten. Dies trifft indes nicht zu (s im Text).

30) BGH VII ZR 14/16 NJW 2016, 3715.

31) Dies verkennend auch Zimmer/Walther, Kartellanten und Böllerwerfer – Bußgeldregress beim Verursacher, BB 2017, 629; kein Raum ist daher für den von M. Steiner

Nach der Rsp sind vom Regress nicht nur die Geldstrafe selbst, sondern auch eine etwaige Verfallsersatzstrafe sowie die mit dem Strafverfahren verbundenen Kosten ausgeschlossen.³²⁾ Der vom OGH verwendete Begriff der „Verfallsersatzstrafe“ entstammt dem auf den konkreten Fall³³⁾ anwendbaren DevG 1946 und findet sich im DevG 2004 nicht mehr. Gem § 20 Abs 1 StGB idGF hat das Gericht Vermögenswerte, die für die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung oder durch sie erlangt wurden, für verfallen zu erklären. Soweit diese nicht sichergestellt oder beschlagnahmt sind, ist nach § 20 Abs 3 StGB stattdessen ein entsprechender Geldbetrag für verfallen zu erklären. Der Verfall bzw Wertersatzverfall dient daher jedenfalls auch der Abschöpfung einer etwaigen für oder durch die Straftat erlangten Bereicherung.³⁴⁾ Ebenso wie für die eigentliche Geldstrafe ist auch für den (Wertersatz-)Verfall richtig, dass dieser nicht schadenersatzrechtlich auf einen Dritten überwältzt werden kann, denn am Behalten von durch die oder für eine strafbare Handlung, somit rechtswidrig erlangten Vorteilen besteht kein schutzwürdiges rechtliches Interesse.³⁵⁾ Der (Wertersatz-)Verfall stellt insoweit bloß den rechtmäßigen Zustand wieder her. Soweit eine Geldbuße daher auch den Zweck hat, die durch die rechtswidrige Handlung erlangte Bereicherung abzuschöpfen,³⁶⁾ ist auch hinsichtlich dieses abschöpfenden Teils der Geldbuße der Regress ausgeschlossen.³⁷⁾

c. Verfahrenskosten

Schließlich können nach der vom OGH in den genannten älteren Entscheidungen vertretenen Auffassung ebenso wenig die mit dem (Straf-)Verfahren verbundenen Kosten schadenersatzrechtlich von einem Dritten verlangt werden. Dies ist indes nicht sachgerecht. Das Argument der Höchstpersönlichkeit der Sanktion, die gerade den rechtswidrig und schuldhaft handelnden Täter selbst und niemand anderen treffen soll, trägt für die Verfahrenskosten nämlich nicht. Die prozessualen Kostentragungs- bzw -ersatzregeln der §§ 40 ff ZPO (auf die etwa § 41 KartG verweist), §§ 389 ff StPO, § 64 VStG haben keine hoheitliche Straffunktion, deren Zweck durch die Abwälzung konterkariert würde.³⁸⁾ Auch ist die Höhe der Verfahrenskosten nicht von den höchstpersönlichen Verhältnissen des Verurteilten abhängig. Der Umstand, dass die Höhe der Verfahrenskosten uU vom geltend gemachten Anspruch (dh in concreto der Geldbuße) abhängt und sich diese/r wiederum nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens bemisst, ist eine notwendige Folge, macht die Verfahrenskosten aber nicht zu einer höchstpersönlich auf den Verurteilten abgestimmten Zahlungsverpflichtung. Ver-

(Geschäftsleiterhaftung 93) gezogenen „Größenschluss“.

32) 3 Ob 96/55 SZ 28/56 SZ 28/56; 2 Ob 662/57 JBl 1958, 400.

33) 3 Ob 96/55 SZ 28/56.

34) Die Marginalrubrik der Vorgängerbestimmung lautete „Abschöpfung der Bereicherung“ und wurde mit BGBl I 108/2010 durch die jetzt geltenden Bestimmungen über den Verfall ersetzt, um eine effektivere Einziehung von Verbrechensgewinnen zugunsten des Staates zu ermöglichen, s ErlRV 918 BlgNR 24. GP 1.

35) Siehe zur Definition des Schadens in der Rsp RS0022537.

36) Vgl etwa § 30 Abs 1 KartG.

37) So auch manche Stimmen in Deutschland, die im Übrigen von einer Regressfähigkeit der Geldbuße (dh hinsichtlich des ahndenden Teils) ausgehen, vgl etwa aus *Kersting*, Organhaftung für Kartellbußgelder, ZIP 2016, 1266 (1268 ff); *Spindler* in *MüKoAktG*⁵ (2019) § 93 Rz 194 mwN.

38) So bereits *F. Bydlinski* in FS Niederländer 244 (248 ff); s nunmehr auch 3 Ob 2400/96d.

fahrenskosten sind daher unzweifelhaft ein Schaden im Rechtsinn. In diesem Sinn kann auch der Geschäftsherr, der aufgrund des Fehlverhaltens eines Gehilfen gegenüber seinem Vertragspartner einzustehen hat, von diesem die aufgewendeten Prozesskosten nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen ersetzt verlangen (vorbehaltlich einer etwaigen Anwendbarkeit des DHG).³⁹⁾ Das ergibt sich daraus, dass der Schaden, der in den Prozesskosten besteht, vom Gehilfen adäquat verursacht wurde und noch im Rechtswidrigkeitszusammenhang der verletzten Norm (Vertrag zwischen Geschäftsherr und Gehilfen) liegt.

Die Entscheidung des nationalen bzw europäischen Gesetzgebers im Kartellrecht für eine Haftung nur des Unternehmens (des Unternehmers), nicht jedoch auch von Organmitgliedern bzw Mitarbeitern, erstreckt sich nur auf die Geldbuße (bzw auf die Aufträge nach §§ 26 f KartG, s Art 7 VO (EG) Nr 1/2003 etc). Daraus kann nicht geschlossen werden, dass ein Ersatz von Verfahrenskosten nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen ausscheiden solle.

Im Anwendungsbereich des VbVG ist gem § 11 leg cit der Regress für sämtliche Sanktionen und Rechtsfolgen aufgrund dieses Gesetzes ausgeschlossen. Ausweislich der Materialien sind unter Rechtsfolgen etwa auch Verteidigungskosten zu verstehen.⁴⁰⁾ Der dortige lapidare Hinweis, dass es eines solchen ausdrücklichen Rückgriffausschlusses wohl gar nicht bedürfe, weil ein Rückgriff bereits nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln sittenwidrig wäre, ist – soweit er über die Geldbuße hinausgeht – durchaus kritisch zu sehen (§ noch unten II.D.) und kann, wenn überhaupt, nur für Vereinbarungen über den Rückgriff gelten. Gesetzliche Schadenersatz- oder Aufwändersatzansprüche können nicht sittenwidrig sein, sie bestehen – oder eben nicht.⁴¹⁾ Der Ausschluss eines Regresses für Verteidigungs-/Verfahrenskosten nach § 11 VbVG sollte daher nicht als Vorbild für die Behandlung in anderen Sachmaterien angeordneter Geldbußen dienen.⁴²⁾

d. Fazit

Auf Basis der vorstehenden Ausführungen ist somit festzuhalten, dass die über ein Unternehmen verhängte Geldbuße, mag sie bloß ahndenden oder auch abschöpfenden Charakter haben, ebenso wenig wie eine allfällige Verfalls(ersatz) strafe, im Wege des Schadenersatzrechts auf Organmitglieder überwältzt werden kann, die den betreffenden Gesetzesverstoß begangen bzw sich an diesem beteiligt haben. Es liegt nämlich kein ersatzfähiger Schaden vor.⁴³⁾ Die in diesem Zusammenhang für natürliche Personen entwickelten Grundsätze der Rsp sind auch auf juristische Personen anzuwenden.

Entgegen der Rsp gilt dieses Überwältzungsverbot aber nicht für dem Unternehmen im Zuge des Bußgeldverfahrens entstandene Verfahrenskosten, weil die-

39) RS0115546.

40) EriRV 994 BlgNR 22. GP 30.

41) Dies offenbar verkennend *Madari*, GesRZ 2021, 14 (18 f).

42) Vgl auch idS I. *Vonkilch*, Überwältzbarkeit von Strafen und Bußen einer Gesellschaft, ZWF 2020, 294 (298); eine Analogie scheidet uE bereits mangels planwidriger Lücke aus, nehmen die Erläuternden Bemerkungen zum VbVG doch ausdrücklich auf das Kartellrecht Bezug, sodass dieses also jedenfalls mitbedacht, wenn nicht sogar teilweise als Vorbild angesehen wurde; für eine analoge Anwendung des § 11 VbVG auf das Verwaltungsstrafrecht und die Kartellgeldbuße hingegen *Madari*, GesRZ 2021, 14 (19 f).

43) So auch *Leclerc*, NZKart 2021, 220 (222 ff), die mit der Einheit der Rechtsordnung argumentiert.

se nicht Ausdruck eines staatlichen Strafanspruchs sind und keine hoheitlichen Sanktionszwecke erfüllen. Ein schadenersatzrechtlicher Regress gegen verantwortliche Organmitglieder ist daher nach den allgemeinen Regeln möglich. Für Arbeitnehmerstatus aufweisend oder arbeitnehmerähnliche Mitarbeiter, die nicht gleichzeitige Organmitglieder sind, gelten die Einschränkungen durch das DHG.

2. Vorteilsanrechnung

a. Ratio der Vorteilsanrechnung und Anwendung im konkreten Zusammenhang

Ausgehend von der Annahme, dass Verfahrenskosten grundsätzlich einen ersatzfähigen Schaden bilden, ist die Folgefrage zu beantworten, ob ein allfälliger, durch den Gesetzesverstoß erlangter Vorteil der juristischen Person bei der Bemessung der Höhe des Schadenersatzanspruchs gegen die verantwortlichen Organe bzw Mitarbeiter Berücksichtigung finden muss. Umso wichtiger ist die Thematik, wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht auch in der Geldbuße einen dem Grunde nach ersatzfähigen Schaden erblickt.

Das Schadenersatzrecht dient dem Ausgleich entstandener Schäden, soll aber nicht zu einer Bereicherung des Geschädigten führen, weshalb – bei subjektiv-konkreter Schadensberechnung – grundsätzlich auch dem Geschädigten aus dem schädigenden Ereignis erwachsene Vorteile in die Betrachtung miteinzubeziehen sind.⁴⁴⁾ Dabei darf die Vorteilsanrechnung jedoch nicht mechanisch erfolgen, vielmehr ist zu prüfen, ob bei wertender Betrachtung eine Entlastung des Schädigers sachlich gerechtfertigt ist.⁴⁵⁾

Besteht der in das Vermögen des Geschädigten getretene Vorteil in einer Zuwendung von dritter Seite, ist für die Beantwortung der Frage, ob der Vorteil anzurechnen ist, auf den Zweck der Zuwendung abzustellen.⁴⁶⁾ Dieser liegt idR nicht darin, den Schädiger zu entlasten, sondern dem Geschädigten Annehmlichkeiten bzw Sicherstellung zu verschaffen.⁴⁷⁾ Schwieriger ist es, wenn der Vorteil nicht durch eine Zuwendung, sondern in sonstiger Weise eintritt. Dann ist zu beurteilen, ob der Zweck des Schadenersatzrechts (bzw allenfalls auch jener Norm, aufgrund derer der Vorteil eintritt) einer Anrechnung entgegenstehen.⁴⁸⁾

Die Befürworter einer Überwälzbarkeit von Unternehmensbußen diskutieren unter dem Schlagwort Vorteilsanrechnung bzw -ausgleich insb, ob sich die geschädigte Gesellschaft durch einen Kartellverstoß des Organmitglieds erlangte Vorteile auf ihren Schaden anrechnen lassen muss. Die überwiegende Ansicht in der Lit bejaht einen Vorteilsausgleich oder eine Vorabsaldierung im Rahmen der Schadensberechnung, die im konkreten Fall keine unbillige Entlastung des schädigenden Organmitglieds sei.⁴⁹⁾

44) Statt vieler *Karner in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁶ (2020) § 1295 ABGB Rz 16.

45) *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ D2 Rz 54 ff; vgl auch 2 Ob 84/90.

46) RS0023600.

47) *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ D2 Rz 54 ff (63 ff) mit umfangreichen Nachweisen der Rsp.

48) Vgl zum Kartellrecht etwa *Fleischer*, Kartellverstöße und Vorstandsrecht, BB 2008, 1070 (1073); *Kersting*, ZIP 2016, 1266 (1272); *Stancke*, Kartellrechtliche Organhaftung: Regressfähigkeit von Bußgeldern? BB 2020, 1667 (1670); vgl auch *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ D2 Rz 72 mwN.

49) *Ausf Kersting*, ZIP 2016, 1266 (1271 ff): Beweislast liegt bei der Gesellschaft; *Fleischer*, BB 2008, 1070 (1073); *Fleischer*, Ruinöse Managerhaftung: Reaktionsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda, ZIP 2014, 1305 (1307); *Stancke*, BB 2020, 1667 (1670);

Voraussetzung für eine Vorteilsanrechnung ist zunächst, dass das Schadensereignis den Vorteil verursacht hat.⁵⁰⁾ Im Fall der Verurteilung eines Unternehmens zu einer Geldbuße aufgrund des Fehlverhaltens eines Organmitglieds ist daher entscheidend, was man als Schadensereignis ansieht. Qualifizierte man nämlich die Verurteilung selbst als Schadensereignis, so müsste man zu dem Schluss kommen, dass ein Vorteil mangels Verursachung nie anzurechnen wäre: Die rechtswidrig lukrierten Gewinne des Unternehmens wurden naturgemäß nicht durch die Verurteilung verursacht, sondern durch den Gesetzesverstoß des Organmitglieds. Es ist ebenso denkbar, dass das Unternehmen die Vorteile aus dem Gesetzesverstoß zieht, ohne je die rechtlichen Konsequenzen zu tragen, weil der Verstoß unentdeckt bleibt. Richtigerweise ist schädigendes Ereignis aber bereits die gesetz- und pflichtwidrige Handlung des Organmitglieds, weil durch dieses Verhalten bereits Schadenersatzansprüche (etwa der geschädigten Marktteilnehmer) und Strafansprüche des Staates entstehen, unabhängig davon, ob diese in der Folge auch durchgesetzt werden.⁵¹⁾ Sämtliche Vorteile, die durch dieses Schadensereignis beim Unternehmen eintreten, sind daher durch dieses verursacht.

In der Folge ist daher zu fragen, ob die Zwecke des Schadenersatzrechts (bzw auch der jeweiligen Sachmaterie, etwa des Kartellrechts) eine Anrechnung des Vorteils auf den Schaden (insb Verfahrenskosten und – je nach vertretener Ansicht – Geldbuße) des Unternehmens zulassen. Hierbei drängt sich zunächst die Feststellung auf, dass die durch das Unternehmen erzielten Gewinne rechtswidrig erlangt sind. Soweit daher gesetzlich eine Vorteilsabschöpfung, ein Verfall oder Ähnliches vorgesehen ist, könnte argumentiert werden, die erzielten Gewinne seien kein Vorteil im Rechtssinn, weil das Unternehmen nicht berechtigt ist, diese zu behalten.⁵²⁾ Allerdings ist selbst dem redlichen Bereicherungsschuldner eine Berufung auf den nachträglichen Wegfall der Bereicherung verwehrt.⁵³⁾ Eine Übertragung dieser Wertung auf rechtswidrig erlangte Gewinne scheint sachgerecht.⁵⁴⁾ Weiters ist zu bedenken, dass das Organmitglied, gegen das ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht wird, dem Unternehmen gerade zu den betreffenden Vorteilen „verholfen“ hat, was ebenso für eine Anrechnung der Vorteile

Baur/Holle, ZIP 2018, 459 (462) (die aber im Ergebnis für einen Regressausschluss plädieren); vgl auch für § 93 Abs 2 dAktG in anderem Zusammenhang: BGH II ZR 90/11 ZIP 2013, 455 Rz 26.

50) Statt vieler *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ D2 Rz 48.

51) Vgl auch RS0022824, wonach es genüge, dass Schaden und Vorteil im selben Tatsachenkomplex wurzeln.

52) Ob eine Herausgabe auf allgemein-bereicherungsrechtlicher Grundlage möglich ist, ist fraglich: Nach dem OGH sind Folgevereinbarungen, also insb die mit Abnehmern geschlossene Einzelverträge, in denen etwa überhöhte Preise verrechnet werden, grundsätzlich wirksam und nicht (relativ) (teil-)nichtig, s 16 Ok 8/08 SZ 2008/144; insofern sind die Gewinne – die auf Leistungen der Abnehmer beruhen – einzelvertraglich gerechtfertigt und können – solange die Verträge nicht angefochten werden – nicht kondiziert werden; aA *Eilmansberger*, Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen (2. Teil), JBl 2009, 427 (431 ff); *Graf*, Zivilrechtliches zum Aufzugskartell – Folgeverträge sind teilnichtig! *ecolex* 2010, 646, 647.

53) Statt vieler *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰⁷ § 1437 Rz 4 (Stand 1. 5. 2020, rdb. at) mwN.

54) Konsequenterweise wären die Vorteile beim Unternehmen daher selbst dann anzurechnen, wenn ihm diese von Dritten (zB durch geschädigte Kunden) im Rechtsweg tatsächlich wieder abgenommen wurden bzw werden.

spricht.⁵⁵⁾ Beim Regress von Kartellbußen sprechen auch die Wertungen des Kartellrechts nicht gegen eine Anrechnung der Vorteile, sondern vielmehr dafür. Die gegen eine Anrechnung ins Treffen geführten Argumente, das Kartellrecht sei streng einzuhalten und die Schadensminderung der Gesellschaft sei durch Schäden Dritter erkauft,⁵⁶⁾ überzeugen nicht, weil dem Unternehmen, das unmittelbarer und einziger Adressat der kartellrechtlichen Verbote ist, gerade keine Vorteile aus Kartellrechtsverstößen verbleiben sollen. Dies wäre aber der Fall, wenn man den Regressanspruch des Unternehmens nicht um die diesem zugekommenen Vorteile kürzen würde.⁵⁷⁾

Im Übrigen sind die Vorteile unabhängig davon anzurechnen, ob und inwieweit die Geldbuße lediglich sanktionierenden oder auch abschöpfenden Charakter hat.⁵⁸⁾ Die gegenteilige Auffassung, wonach Vor- und Nachteile des Unternehmens direkt zu saldieren seien, soweit eine Vorteilsabschöpfung stattgefunden hat, Vorteile aber unberücksichtigt bleiben sollen, soweit es an einer Vorteilsabschöpfung fehlt, würde die Anrechnung von der Zufälligkeit der Vorteilsabschöpfung abhängig machen und ist daher abzulehnen.⁵⁹⁾ Eine Anrechnung der Vorteile nur auf den abschöpfenden, nicht aber auf den ahndenden Teil der Geldbuße würde eine Bezifferung des Abschöpfungsbetrags und somit voraussetzen, dass die Bußgeldbehörde Abschöpfungs- und Ahndungsteil getrennt ausweist, was in Deutschland unüblich,⁶⁰⁾ für die österreichische und europäische Kartellgeldbuße gar nicht vorgesehen ist.⁶¹⁾

b. Beweislastverteilung

Problematisch ist, dass nach völlig hA⁶²⁾ der Ersatzpflichtige die Behauptungs- und Beweislast für die Anrechenbarkeit des Vorteils trägt. Da es sich bei den erzielten Gewinnen um Umstände in der Sphäre der Gesellschaft handelt, wird dieser Beweis für das Organmitglied nicht nur, aber vor allem dann sehr schwer zu führen sein, wenn der Regressanspruch (wie üblich) erst nach Beendigung des Organschafts-/Anstellungsverhältnisses geltend gemacht wird.

Nach neuerer (aber nicht einhelliger)⁶³⁾ Rsp des OGH⁶⁴⁾ ist Beweisnähe grundsätzlich kein Sachgrund für eine Umkehrung der objektiven Beweislast und führt „es auch nicht grundsätzlich zur Beweislastumkehr [...], wenn mangels Kenntnis

55) Vgl das oft zitierte Schulbeispiel von *Heck*, Grundriss des Schuldrechts (1929) 49 f, zit nach *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ D2 Rz 71: Ein Reiter überanstrengt entgegen dem Verbot des Eigentümers das Rennpferd, wodurch er zwar den Preis gewinnt, das Pferd jedoch verstirbt.

56) *Thole*, Managerhaftung für Gesetzesverstöße, ZHR 173 (2009), 504 (529 ff); vgl auch *Fleischer*, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141 (151 f) (jetzt aber *Fleischer*, BB 2008, 1070 [1073] und *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 [1307]).

57) Zutr *Kersting*, ZIP 2016, 1266 (1272).

58) *Kersting*, ZIP 2016, 1266 (1272).

59) *Kersting*, ZIP 2016, 1266 (1272) unter zutr Ablehnung der entsprechenden Ansicht von *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (531) FN 118.

60) *Kersting*, ZIP 2016, 1266 (1272 aE) (1273 mwN).

61) *M. Steiner*, Geschäftsleiterhaftung 86.

62) RS0036710; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1312 ABGB Rz 8 (Stand 1. 1. 2007, rdb.at); *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰³ § 1295 Rz 42 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at).

63) Siehe im Folgenden.

64) 6 Ob 44/09b Rz 2.2; 9 Ob 12/05p JBl 2005, 738; 4 Ob 180/07k; s auch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1298 ABGB Rz 3a (Stand 1. 1. 2007, rdb.at).

der Tatumstände unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten gegeben sind, dem Gegner hingegen diese Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben". Es sei allerdings aus den allgemeinen Bestimmungen der ZPO eine prozessuale Mitwirkungspflicht in Gestalt einer Obliegenheit der nicht beweisbelasteten Partei abzuleiten, über dem Prozessgegner unbekanntes Vorgänge in ihrer Sphäre Auskunft zu geben.⁶⁵⁾ Das in § 184 Abs 1 ZPO normierte Recht jeder Partei, zur Aufklärung des Sachverhalts über alle den Gegenstand des Rechtsstreites oder der mündlichen Verhandlung betreffenden, für die Prozessführung erheblichen Umstände an die anwesende Gegenpartei Fragen zu stellen bzw stellen zu lassen, hätte keinen Sinn, wenn es der befragten Partei frei stünde, auf derartige Fragen nicht, unvollständig oder unrichtig zu antworten, ohne prozessuale Nachteile befürchten zu müssen.⁶⁶⁾ Es müsse vielmehr davon ausgegangen werden, dass grundsätzlich eine Obliegenheit zur Offenlegung prozessrelevanter, dem Gegner sonst nicht zugänglicher, Umstände besteht, deren Verletzung der betreffenden Partei nachteilige Folgen bringen kann.⁶⁷⁾

Die Formulierung des OGH, dass es „nicht grundsätzlich zur Beweislastumkehr führt, wenn mangels Kenntnis der Tatumstände unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten gegeben sind, dem Gegner hingegen diese Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben“,⁶⁸⁾ ist insofern bemerkenswert, als die vom Höchstgericht beschriebenen Umstände geradezu der Paradefall für eine Beweislastumkehr sind. Das liegt daran, dass diese auch ursprünglich der Begründung der Beweislastumkehr dienen: In früheren Entscheidungen des OGH hieß es nämlich noch, „dass es dann zu einer Verschiebung der Beweislast kommt, wenn der Kläger mangels genauer Kenntnis der Tatumstände ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten hat, wogegen dem Beklagten diese Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben.“⁶⁹⁾ In der Folge wurde der Stehsatz aber verwendet, um genau das Gegenteil zu begründen.

Der Unterschied zwischen Beweiserleichterung durch Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei und Beweislastumkehr (bzw Beweislastverteilung) liegt in der Rechtsfolge, wenn die entsprechenden Informationen nicht zur Verfügung gestellt werden: Treffen das Unternehmen (die Gesellschaft) lediglich prozessuale Mitwirkungspflichten und kommt es diesen nicht nach, so kann das Gericht diesen Umstand im Rahmen der freien Beweiswürdigung berücksichtigen (oder eben nicht berücksichtigen). Da die Beweislast insofern beim Organmitglied läge, sind dann, wenn das Gericht den Beweis der anrechenbaren Vorteile des Unternehmens als nicht erbracht ansieht, die Vorteile nicht anzurechnen. Ist hingegen das Unternehmen beweisbelastet, sei es aufgrund einer Beweislastumkehr, sei es, weil die Beweislast von vornherein anders verteilt wird⁷⁰⁾ als bei der Vor-

65) 9 Ob 12/05p JBl 2005, 738; 6 Ob 44/09b Rz 2.2.

66) 9 Ob 12/05p JBl 2005, 738; 6 Ob 44/09b Rz 2.2; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1298 ABGB Rz 3a (Stand 1. 1. 2007, rdb.at).

67) Rechberger in Fasching/Konecny³ Vor § 266 ZPO Rz 3 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at) mwN.

68) 6 Ob 44/09b Rz 2.2.; 9 Ob 12/05p JBl 2005, 738; 4 Ob 180/07k.

69) 4 Ob 2365/96i; 2 Ob 275/98z; s auch 10 Ob 21/08y ecolex 2009/257 (Wilhelm).

70) So etwa Kersting, ZIP 2016, 1266 (1274 f).

teilsanrechnung im Allgemeinen, so hat das Unternehmen zu beweisen, dass und um wie viel sein Schaden den aus dem Gesetzesverstoß lukrierten Vorteil übersteigt. Gerade beim Regress von Kartellbußen vertreten einige Stimmen in der deutschen Lit, dass die Beweislast für bei der Gesellschaft (nicht) eingetretene Vorteile diese treffen müsse, nicht nur aufgrund der Beweishöhe,⁷¹⁾ sondern auch um einem primären Anliegen des Kartellrechts, dass nämlich der Gesellschaft keine Vorteile aus dem Kartell verbleiben sollen, Rechnung zu tragen.⁷²⁾

In der Tat spricht viel dafür, die Fälle der Anrechnung von der Gesellschaft aus dem Kartellverstoß erlangten Vorteilen anders zu behandeln als die typischen Fälle der Vorteilsanrechnung: Wie der OGH in der Entscheidung 6 Ob 108/13w⁷³⁾ zutreffend festhält, ist die Vorteilsanrechnung materiellrechtlich ein Problem der Schadensberechnung,⁷⁴⁾ genauer der subjektiv-konkreten Schadensberechnung aufgrund der Differenzmethode, weil das hypothetische Vermögen des Geschädigten ohne das schädigende Ereignis mit dem tatsächlichen Vermögensstand verglichen wird und dementsprechend grundsätzlich auch im Vermögen eingetretene Vorteile zu berücksichtigen sind.⁷⁵⁾ Die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast hängt nun davon ab, ob man die Anrechnung der erlangten Vorteile – in den hier interessierenden Fällen der erzielten Gewinne, in der genannten Entscheidung die im Zuge der gesetzwidrigen Ausweitung des Kreditvolumens des Kreditinstituts erhaltenen Kreditzinsen – als Konkretisierung des Schadens und damit als rechtsbegründende Tatsache oder als rechtsvernichtenden Einwand ansieht.⁷⁶⁾ Anders als bei den Schulbeispielen der Vorteilsanrechnung, in denen der Geschädigte wegen des schädigenden Ereignisses eine Zuwendung von dritter Seite erhält, treten in den Kartellbußfällen die Vorteile beim Unternehmen unmittelbar und gerade aufgrund des schädigenden Verhaltens ein,⁷⁷⁾ ja hat dieses geradezu den Zweck, die entsprechenden Vorteile zu lukrieren. Es besteht daher ein gegenüber anderen Fällen der Vorteilsanrechnung viel engerer sachlicher Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden (Verfahrenskosten, Geldbuße etc) und den erlangten Vorteilen, der diese Konstellationen noch näher an die Schadensberechnung heranrückt. In Zusammenschau mit den oben dargestellten von der Rsp ursprünglich für eine Beweislastumkehr herausgearbeiteten Kriterien zur Beweishöhe⁷⁸⁾ – die der OGH im Übrigen auch in der Entscheidung 6 Ob 108/13w

71) So etwa *Stancke*, BB 2020, 1667 (1671); iZm Vorteilen bei einem Grundstückskauf BGH V ZR 115/01 NJW-RR 2002, 1280; V ZR 84/02 NJW-RR 2004, 79; aus Steuerersparnis BGH VI ZR 17/86 NJW 1987, 1814.

72) *Kersting*, ZIP 2016, 1266 (1274 ff); vgl auch *Lotze/Smolinski*, Entschärfung der Organhaftung für kartellrechtliche Unternehmensgeldbußen, NZKart 2015, 254 (257).

73) ÖBA 2015/2069 (*Seeber*) = *ecolex* 2015/36 (*Schoditsch*).

74) Siehe Rz 2.2.4 der Entscheidung.

75) *Karner* in KBB⁶ § 1295 Rz 16; 4 Ob 581/70; 6 Ob 201/98x *ecolex* 1999, 824 (*Spunda*) = RdU 1999/187 (*E. Wagner*); 6 Ob 108/13w ÖBA 2015/2069 (*Seeber*) = *ecolex* 2015/36 (*Schoditsch*).

76) Die Entscheidung 6 Ob 108/13w, Rz 2.2.4 spricht idZ von der „reinen“ Schadensberechnung einer-, der Vorteilsausgleichung andererseits. Die Trennschärfe wird von *M. Steiner*, Geschäftsleiterhaftung 100 f aber uE überinterpretiert.

77) Vgl ebenso in 6 Ob 108/13w, wo es um den Schaden aufgrund von Kreditausfällen ging, die das klagende Kreditinstitut infolge einer Ausweitung des Kreditvolumens unter Verstoß gegen die Eigenmittelbestimmungen des BWG erlitten hat, und den ebenfalls im Zuge der gesetzwidrigen Ausweitung des Kreditvolumens erlangten Vorteilen in Gestalt von Zinsen für die restlichen (nicht notleidenden) Kredite.

78) Siehe 4 Ob 2365/96i; 2 Ob 275/98z; s auch 10 Ob 21/08y *ecolex* 2009/257 (*Wilhelm*).

herangezogen hat⁷⁹⁾ – ist es daher gerechtfertigt, die Beweislast hinsichtlich der Vorteilsanrechnung in den hier interessierenden Fällen dem Unternehmen aufzubürden.⁸⁰⁾

C. Aufwändersatzanspruch

1. § 896 ABGB

Wie eingangs erwähnt, kann sich ein Regressanspruch des Unternehmens unter bestimmten Voraussetzungen auch auf andere Rechtsgrundlagen als das Schadenersatzrecht stützen. Ist Grund des Anspruchs nicht Schadenersatz, so erübrigt sich auch die Diskussion, ob eine Unternehmensgeldbuße ein ersatzfähiger Schaden ist.

Voraussetzung für einen Regressanspruch nach § 896 ABGB ist, dass Unternehmen und Organmitglied Solidarschuldner sind, dh für ein und dieselbe Geldbuße beide haften, wobei diese im Ergebnis nur einmal verlangt werden kann. Weiters ist grundsätzlich erforderlich, dass die Geldbuße für beide (dh Unternehmen und Organmitglied) eine materiell eigene Schuld ist. Handelt es sich für das verurteilte Unternehmen um eine materiell fremde Schuld (weil primär Verbindlichkeit des Organmitglieds) so richtet sich der Regress nach § 1358 ABGB.

Für nach österreichischem oder europäischem Kartellrecht verhängte Geldbußen scheidet ein Regressanspruch des Unternehmens nach § 896 (oder § 1358) ABGB somit aus, weil Adressat der Regelungen und somit auch Schuldner einer etwaigen Geldbuße ausschließlich das Unternehmen selbst ist. Handelnde Organmitglieder können nach österreichischem und europäischem Kartellrecht nicht zu einer Geldbuße verurteilt werden.⁸¹⁾ Für diese Bereiche bleibt es daher dabei, dass die Geldbuße im Regressweg nicht vom Organmitglied erlangt werden kann, weil als einzige Rechtsgrundlage – wenn man von einer etwaigen Vereinbarung einmal absieht, s dazu noch II.D. – ein Schadenersatzanspruch in Frage kommt, die Geldbuße entsprechend den obigen Ausführungen aber kein ersatzfähiger Schaden des Unternehmens ist.

Der Regressanspruch nach § 896 ABGB entsteht erst mit tatsächlicher Zahlung, nicht schon mit der Entstehung des Anspruchs des Dritten.⁸²⁾ Voraussetzung ist daher jedenfalls, dass das Unternehmen die Geldbuße auch tatsächlich bezahlt hat.

79) Siehe Rz 2.2.5 der Entscheidung; nicht nachvollziehbar daher die Entscheidung 6 Ob 44/09b Rz 2.2, in der das genaue Gegenteil behauptet wird.

80) So bereits *Kersting*, ZIP 2016, 1266 (1274 f); für eine flexible Gestaltung des Beweismaßes bis hin zur Beweislastumkehr je nach tatsächlicher Beweisnähe *J. Reich-Rohrwig/A. Zimmermann*, Haftung der Geschäftsleiter; Beweislast, Dokumentationspflichten, Einsichts- und Zurückbehaltungsrechte, *ecolex* 2014, 964 (968 f); aA *Steiner*, Geschäftsleiterhaftung 104: bloßes Einsichtsrecht.

81) Anders etwa nach deutschem Kartellrecht: Dort sind die Bußgeldtatbestände des § 81 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) als spezielle Ordnungswidrigkeiten im Sinne des OWiG (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, vergleichbar dem österreichischen VStG) ausgestaltet, sodass die im Anwendungsbereich des OWiG bestehende Haftung von vertretungsberechtigten Organen und Beauftragten (§ 9 OWiG) auch für die kartellrechtlichen Bußgeldtatbestände (§ 81c Abs 1 iVm § 81 Abs 1, 2, Nr 1, 2 lit a und Abs 3 GWB) gilt.

82) 3 Ob 529/77 SZ 51/97; 1 Ob 685/84 SZ 56/185.

Der Regressanspruch umfasst grundsätzlich nur solche Kosten, für die die Mitschuldner auch solidarisch haften, nicht aber Kosten, die ein einzelner Mitschuldner dem Gläubiger ersetzen musste oder zur Abwehr der gegen ihn erhobenen Forderung aufgewendet hat, so etwa nicht außergerichtliche Betreuungskosten oder Prozesskosten des Vorprozesses.⁸³⁾ Den Ersatz der entstandenen Verfahrenskosten wird das Unternehmen vom Organmitglied idR daher nur aus dem Titel des Schadenersatzes erhalten (s oben II.B.1.c.).⁸⁴⁾ Ausnahmen bestehen im Anwendungsbereich des DHG: Dort erstreckt sich der Ersatzanspruch zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer auch auf die erwachsenen notwendigen Prozess- und Exekutionskosten (vgl § 3 Abs 2 und § 4 Abs 2 DHG).

Der Umfang des Regressanspruchs nach § 896 ABGB richtet sich nach dem „besonderen Verhältnis“ zwischen den Mitschuldnern, mangels Bestehens eines solchen gebührt Ersatz zu gleichen Teilen. Als besonderes Verhältnis ist bei Schadenersatzansprüchen insb das Ausmaß der Beteiligung,⁸⁵⁾ der unterschiedliche Grad des Verschuldens⁸⁶⁾ und der Rechtswidrigkeits- und Verursachungszusammenhang⁸⁷⁾ anzusehen. Zwar ist Ausgangspunkt des Regressanspruchs in den hier interessierenden Fällen kein Schadenersatzanspruch eines Dritten, sondern eine staatliche Geldbuße, auch diese wurzelt aber in einer zumindest rechtswidrigen Handlung eines Organmitglieds, sodass eine Übertragung dieser Kriterien logisch erscheint. Da das Unternehmen allein durch natürliche Personen handelt, deren Verhalten ihm zugerechnet wird, besteht dann, wenn der dem Bußgeldtatbestand zugrundeliegende Gesetzesverstoß vom regresspflichtigen Organmitglied allein begangen wurde, ein Regressanspruch in voller Höhe der Geldbuße. In jenen Fällen, in denen der Gesetzesverstoß aber unter Beteiligung weiterer Organmitglieder bzw Mitarbeiter des Unternehmens begangen wurde, ist – sofern diese nicht Solidarschuldner sind – deren Verhalten dem Unternehmen im Verhältnis zum Regresspflichtigen zuzurechnen. Der Regressanspruch richtet sich dann nach dem Verhältnis der Belastungsmomente zwischen dem Regresspflichtigen und den dem Unternehmen zuzurechnenden Beteiligten.

2. § 1358 ABGB

Im Unterschied zu § 896 ABGB regelt § 1358 ABGB – über den Bürgenregress hinausgehend – den Rückgriffsanspruch desjenigen, der eine formell eigene, materiell aber fremde Schuld begleicht.⁸⁸⁾ Eine materiell fremde Schuld liegt vor, wenn sie das vermögenswerte Interesse eines Dritten betrifft.⁸⁹⁾ Formell handelt

83) 7 Ob 15/78 SZ 51/105 bezugnehmend auf *Wolff* in Klang VI² 56; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 896 Rz 17 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); *Gamerith/Wendehorst* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 896 ABGB Rz 23 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at); zu § 11 Abs 1 EKHG 8 Ob 138/81 SZ 54/119.

84) Nach neuerer Rsp gebührt jedoch anteiliger Ersatz der aufgewendeten Prozesskosten und Verzugszinsen, wenn sich der Regresspflichtige trotz Streitverkündung nicht am Prozess gegen den anderen Solidarschuldner beteiligt hat, weil anzunehmen sei, dass der Regresspflichtige die Prozessführung auch als seinem Interesse dienend betrachtet, 6 Ob 324/97h ZVR 1998/120; 1 Ob 232/99w JBl 2000, 36; 4 Ob 313/00h EvBl 2001/111.

85) 2 Ob 455/60 ZVR 1961/194.

86) 1 Ob 29/53 SZ 26/18; 2 Ob 91/72 SZ 45/82

87) 7 Ob 723/86 EvBl 1987/191; 1 Ob 35/92 JBl 1993, 389 (*Dullinger*).

88) Statt aller *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1358 ABGB Rz 1 (Stand 1. 1. 2002, rdb.at).

89) *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1358 ABGB Rz 1 (Stand 1. 1. 2002, rdb.at) mwN.

es sich um eine eigene Schuld, weil der Regressberechtigte für diese (ebenfalls) haftet. Da die Schuld materiell eine fremde ist, geht bei vollständiger Zahlung des Regressberechtigten die Forderung des Gläubigers im Wege der Legalzession auch zur Gänze auf jenen über.⁹⁰⁾

Ob das zur Bezahlung der Geldbuße verurteilte Unternehmen damit eine materiell eigene oder fremde Schuld begleicht, ist – sofern nicht von vornherein eindeutig – durch Auslegung des Gesetzes zu ermitteln: Nach § 9 Abs 7 VStG haften etwa „juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften [...] für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlich Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.“ Im Verwaltungsstrafrecht gilt also – vorbehaltlich allfälliger Sonderregelungen im besonderen Verwaltungsrecht – eine Solidarhaftung von Organmitglied bzw verantwortlich Beauftragtem für Verwaltungsstrafen und Verfahrenskosten. Die Mithaftung wird mit der engen gesellschaftsrechtlichen Verknüpfung zwischen juristischer Person und Organmitglied begründet, die es zum einen der juristischen Person ermöglicht, auf das Verhalten ihrer Organmitglieder Einfluss zu nehmen, zum anderen zur Folge hat, dass die juristische Person an allenfalls gesetzwidrig durch ein Organmitglied herbeigeführten wirtschaftlichen Vorteilen partizipiert.⁹¹⁾

Dem Wortlaut des § 9 Abs 7 VStG nach liegt wohl eine materiell fremde Schuld der juristischen Person vor, weil „für“ die über den nach § 9 VStG Verantwortlichen verhängte Strafe gehaftet wird. Im Erkenntnis 99/09/0002,⁹²⁾ in dem sich ein verstärkter Senat des VwGH von der früheren Rsp des Höchstgerichts abgewandt hat, wonach die Haftung der juristischen Person erst nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens gegen das Organ oder den verantwortlich Beauftragten durch einen eigenen Haftungsbescheid eintritt und der juristischen Person im betreffenden Strafverfahren keine Parteistellung zukam, bezeichnete der VwGH § 9 Abs 7 VStG zwar als Fall einer „kriminellen Bürgschaft“, folgerte aber im nächsten Satz daraus einen Ausgleich im Innenverhältnis nach § 896 ABGB und somit nach dem besonderen Verhältnis zwischen den Beteiligten.⁹³⁾ Aus diesen Ausführungen des Höchstgerichts ergab sich somit nicht eindeutig, ob es von einer materiell eigenen oder fremden Schuld der juristischen Person ausgeht. In der Folge hat der VwGH aber Stellung bezogen: Im Erkenntnis Ra 2018/04/0074 vom 22. 05. 2019 stellte er klar, dass es sich bei der Haftung der juristischen Person nach § 9 Abs 7 VStG nicht um eine „vom Strafausspruch losgelöste und von der Zahlungspflicht des Organs oder verantwortlich Beauftragten unabhängige, eigenständige materiell-rechtliche, sondern [um] eine bloß formell eigene, materiell aber fremde Verpflichtung des Haftungspflichtigen“ handelt.⁹⁴⁾ Die Haftung sei als akzessorische „Bürge- und Zahler-Haftung“ iSd § 1357 ABGB zu qualifizieren, sodass dem nach § 9 Abs 7 VStG Haftungspflichtigen jede Einrede gegen die Zahlungspflicht zustehe, die auch den Bestraften von der Zahlungspflicht befreien würde.⁹⁵⁾ Obwohl das Erkenntnis Zustimmung verdient, ist zu bemängeln, dass

90) Vgl Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰⁴ § 1358 Rz 29 (Stand 1. 4. 2018, rdb.at).

91) VwGH 99/09/0002 VwSlg 15527 A/2000.

92) VwGH 99/09/0002 VwSlg 15527 A/2000.

93) VwGH 99/09/0002 VwSlg 15527 A/2000.

94) VwGH Ra 2018/04/0074 Rz 9.

95) VwGH Ra 2018/04/0074 Rz 9 aE.

der VwGH nicht zu erkennen gegeben hat, dass er von seiner Rsp zur Frage des internen Ausgleichs zwischen Bestraftem und Haftungspflichtigem abgewichen ist, macht es doch grundsätzlich einen Unterschied, ob sich der Regress nach § 896 ABGB oder nach § 1358 ABGB richtet: Im ersten Fall erfolgt der Ausgleich nach dem besonderen Verhältnis zwischen den Betroffenen, in den hier interessierenden Fällen daher primär nach der Schwere der Zurechnungsgründe, wobei in Zusammenhang mit der Verwaltungsstraftat stehendes Fehlverhalten weiterer Mitarbeiter der juristischen Person dieser für Zwecke des Regressanspruchs gegen den nach § 9 VStG Verantwortlichen zuzurechnen ist und sich somit regressmindernd auswirkt (s oben II.C.1.). Demgegenüber geht beim Rückgriffsanspruch nach § 1358 ABGB der Zahlungsanspruch des Gläubigers im Wege der Legalzession auf den Haftungspflichtigen über, sodass – anders als bei § 896 ABGB – kein Raum für die Zurechnung weiteren Mitarbeiterverhaltens zum Haftungspflichtigen bleibt. Der Haftungspflichtige erwirbt die Forderung nämlich, wie sie dem Gläubiger (Staat) zustand, sodass ihm grundsätzlich auch sämtliche Einwendungen aus dem ursprünglichen Anspruch verbleiben. Freilich gibt es in den hier interessierenden Fällen, nämlich dann, wenn die Strafe des nach § 9 VStG Verantwortlichen bereits rechtskräftig feststeht, keine Einwendungen mehr.

D. Vertragliche Vereinbarungen

1. Ex ante-Vereinbarungen

Von den bislang behandelten Fällen eines aufgrund des Gesetzes bestehenden bzw nicht bestehenden Regressanspruches ist die Frage zu unterscheiden, ob das Unternehmen mit seinen Organmitgliedern bzw Mitarbeitern privatautonom vereinbaren kann, dass letztere ersterem eine durch ihr Verhalten auferlegte Geldbuße zu ersetzen haben. Während diese Thematik in Österreich bislang kaum behandelt wurde, gibt es zum umgekehrten Fall des Ersatzes von Verwaltungsstrafen des Organmitglieds durch das Unternehmen etliches an Lit und auch Rsp.⁹⁶⁾

Fast einhellige Ansicht ist, dass eine im Vorhinein getroffene Vereinbarung zwischen einem Unternehmen und einem Organmitglied, die Verwaltungsstrafe zu übernehmen, sittenwidrig und somit unwirksam ist.⁹⁷⁾ Der Grund dafür ist offensichtlich: Die Strafdrohung, die die natürlichen Personen zu rechtskonformem Verhalten anleiten soll, würde ihrer präventiven und verhaltenssteuernden Wirkung beraubt, könnten die handelnden Personen das wirtschaftliche Risiko vollständig an das Unternehmen abgeben.⁹⁸⁾ Gerade dieses zentrale Argument der Verhaltenssteuerung trägt aber im Fall der vertraglichen Überwälzung vom Unternehmen auf das Organ bzw den Mitarbeiter offensichtlich nicht. Der verhal-

96) Siehe etwa *Kalss*, Die Übernahme von verwaltungsrechtlichen Geldstrafen durch die Gesellschaft, *GesRZ* 2015, 78 (82 ff) mwN; *G. Schima*, Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in *Kalss/Kunz* (Hrsg.), *Handbuch für den Aufsichtsrat*² (2016) Rz 17/143 f; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 390 ff; *Köck*, Verwaltungsstrafen im Arbeitsverhältnis: Tragung und Übernahme durch die Gesellschaft, *ZAS* 2016, 306; *Leupold/Ramharter*, Nützliche Gesetzesverletzungen – Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht? *GesRZ* 2009, 253 (262); *Strasser* in *Rummel*, *ABGB*³ § 1015 *ABGB* Rz 4; 3 Ob 96/55; 3 Ob 264/55; 9 ObA 284/92; 3 Ob 2400/96d; 6 Ob 281/02w.

97) Siehe in der vorherigen FN.

98) *Kalss*, *GesRZ* 2015, 78 (81 f) mwN.

tensteuernde Effekt, der nur bei natürlichen Personen eintreten kann, wird dadurch möglicherweise sogar verstärkt, weil die handelnden Personen nicht nur eigene Verwaltungsstrafen fürchten müssen, sondern auch die kraft Vereinbarung auf sie überwälzten Unternehmensbußen (etwa Kartellbußen) zu tragen hätten.⁹⁹⁾ Spiegelbildlich ist aber zu bedenken, dass bei einer schon ex ante erfolgenden Abwälzung der Buße auf Organmitglieder eine Verhaltenssteuerung bei den Anteilseignern verloren gehen könnte (s noch II.E.1.).¹⁰⁰⁾ Dieser Aspekt ist nicht zu vernachlässigen, reicht aber uE nicht für die Annahme einer generellen Unzulässigkeit von Vereinbarungen, mit denen sich Organmitglieder ex ante zur Zahlung einer über das Unternehmen wegen ihres Fehlverhaltens verhängten Buße verpflichten. Denn es ist wertungsmäßig ein Unterschied, ob eine juristische Person ihrem Organwalter das Risiko einer allein auf seinem Fehlverhalten gründenden und ihn direkt treffenden Bestrafung im Vorhinein abnimmt, oder ob sich das Organmitglied ex ante gegenüber der juristischen Person zum Ersatz (eines Teils) der über das Unternehmens künftig verhängten Geldbußen verpflichtet, für die die juristische Person zwar (auf der Grundlage der hier vertretenen Ansicht) von Gesetzes wegen keinen Regress begehren kann, die aber auf dem rechtswidrigen Verhalten des Organmitglieds beruhen.

Die Frage nach der Zulässigkeit von Vorwegvereinbarungen muss daher uE an anderer Stelle ansetzen, wobei grundsätzlich zu differenzieren ist: Bejaht man entgegen der hier vertretenen Auffassung die schadenersatzrechtliche Überwälzbarkeit der Geldbuße auf das Organmitglied, so wird eine entsprechende vertragliche Vereinbarung jedenfalls zulässig sein, sofern sie nur das Gesetz abbildet. Handelt es sich beim Betroffenen um einen Mitarbeiter, der dem DHG unterliegt, so sind die dortigen Haftungsbeschränkungen bereits für die gesetzliche Überwälzung relevant, entgegenstehende (einzel-)vertragliche Vereinbarungen sind unwirksam (§ 5 DHG e contrario). Für vertragliche Vereinbarungen mit Organmitgliedern ist in diesem Fall zu beachten, dass bei der AG nach hA (auch) eine vor Entstehen des Ersatzanspruchs zwischen der AG und einem Vorstandsmitglied abgeschlossene Vereinbarung über eine Haftungsfreistellung (bzw Haftungsbegrenzung) wegen § 84 Abs 4 Satz 3 AktG unzulässig und daher unwirksam ist.¹⁰¹⁾ Eine solche Vorwegvereinbarung über den Ersatz von Geldbußen zwischen AG und Vorstandsmitglied könnte, wenn man die Regressfähigkeit der Buße entgegen der hier vertretenen Ansicht bejaht, die zwingende Vorstandshaftung in keiner Weise begrenzen – weder durch Verankerung einer betraglichen Obergrenze noch durch Beschränkung auf grobes Verschulden.

99) Inwiefern dies aus dem Blickwinkel der Verhaltenssteuerung einen unerwünschten Effekt haben könnte, weil es bei den handelnden Personen zu besonders risikoaversen Verhalten und damit uU zu Nachteilen für das Unternehmen führen kann, bleibt hier dahingestellt, vermag ein derartiger Aspekt doch keinesfalls Sittenwidrigkeit einer solchen Vereinbarung zu begründen.

100) Vgl auch P. Strasser, Versicherbarkeit von DSGVO-Geldbußen und Regressansprüchen daraus, ZFR 2018, 403 (407), wobei dieser nicht explizit die Frage der ex ante-Überwälzung von Unternehmensbußen auf Organmitglieder behandelt, sondern die Frage der Versicherbarkeit eines – von ihm freilich schon dem Grunde nach verneinten – Geldbußenregresses, dh der Abwälzung auf einen Versicherer.

101) S J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus (Hrsg), AktG II⁶ § 84 Rz 414 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at) mwN; Runggaldier/G. Schima, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 224 ff; ausf zur aktienrechtlichen Verzichtssperre des § 84 Abs 4 AktG G. Schima, Aufsichtsrat, Rz 597 ff.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob ausgehend von der hier vertretenen Ansicht eines Ausschlusses der (gesetzlichen) Schadenersatzrechtlichen Überwälzbarkeit von Geldbußen vom Unternehmen auf Organmitglieder¹⁰²⁾ eine entsprechende vertragliche Vorwegvereinbarung zulässig ist. In einem solchen Fall würde nämlich eine Schadenersatzpflicht konstituiert, die aufgrund des Gesetzes gerade nicht besteht. Eine solche Vereinbarung wird wohl zumindest die folgenden Kriterien erfüllen müssen:

Zunächst muss die Tragweite einer allfälligen Haftung für die betreffende natürliche Person ausreichend abschätz- und vorsehbar sein. Unzulässig ist daher die Vereinbarung eines Ersatzes schlechthin jedweder Geldbuße, die das Unternehmen je treffen könnte. Vielmehr ist zu fordern, dass die Vereinbarung die Unternehmensbußen, die Gegenstand der Überwälzung sein sollen, näher spezifiziert. Wesentliche Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Vereinbarung ist außerdem, dass es sich um Unternehmensgeldbußen handeln muss, deren Verhängung auf einem rechtswidrigen und schuldhaften Verhalten des Organmitglieds beruht. Das ist keine banale Aussage, denn sowohl das Unionskartellrecht als auch das Unionsdatenschutzrecht folgen nicht dem Schuldprinzip innerstaatlicher Prägung.¹⁰³⁾ Zusätzlich darf die Vereinbarung für das Organ nicht existenzvernichtend sein,¹⁰⁴⁾ wovon bei einer Vereinbarung des vollständigen Ersatzes einer umsatzabhängigen Unternehmensbuße oftmals auszugehen sein wird. Die Vereinbarung muss daher dem Einkommen des Organs angemessen sein. Einen Ersatz einer Unternehmensbuße bis zur Höhe von zwei Jahresbezügen wird man bei hochbezahlten Managern als zulässig erachten können.

2. Ex post-Vereinbarungen

Für Vereinbarungen, die erst abgeschlossen werden, wenn die Verwirklichung eines konkreten Geldbußtatbestands und auch die Geldbuße selbst betraglich feststehen, gilt das zu Vorwegvereinbarungen Gesagte teilweise: Geht man von der grundsätzlichen schadenersatzrechtlichen Regressfähigkeit der Geldbuße aus, so haben nachträglich mit dem DHG unterliegenden Mitarbeitern geschlossene Vereinbarungen wiederum dessen Kriterien zu entsprechen. Da kaum vor-

102) Für dem DHG unterliegende Mitarbeiter ist eine solche Vereinbarung jedenfalls unzulässig.

103) Im Unionskartellrecht hat sich der EuGH in der *Schenker-E* (EuGH C-681/11) vom Schuldprinzip weitgehend verabschiedet (s dazu unten II.E.1.); für die Verhängung von Geldbußen nach der DSGVO ist in Anbetracht der Entstehungsgeschichte von Art 83 DSGVO zutr, wenn auch sehr unbefriedigender und außerdem wegen des Straf(rechts)charakters der exorbitant hohen Bußen mit Art 6 EMRK und Art 48 GRC in Konflikt geratender, Ansicht ein Verschulden überhaupt nicht erforderlich (vgl *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ (2020) Art 83 DS-GVO Rz 35 mwN; strittig – vgl dazu unten II.F.1.); sowohl das europäische Kartell- als auch – an ersterem orientiert – das europäische Datenschutzrecht folgen dem EU-Modell einer unmittelbaren Verbandshaftung sui generis, die durch das Fehlverhalten nicht nur von Organmitgliedern bzw Entscheidungsträgern (Repräsentanten), sondern jedes Mitarbeiters ausgelöst werden kann (*Bergt*, in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 20 mwN in FN 28 f), wobei es im Bußgelderkenntnis – entgegen den von der Rsp des VwGH im Datenschutzrecht aufgestellten Vorgaben – auch gar nicht der Angabe einer konkreten natürlichen Person bedarf EuGH C-338/00 P; vgl zu alledem näher *Bergt*, in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ § 83 DS-GVO Art 83 Rz 20 mwN.

104) Zur Konventionalstrafe 5 Ob 277/74 JBI 1976, 487; 4 Ob 167/03t; s auch *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 ABGB Rz 95 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at).

hersehbar ist, in welchem Umfang der Richter den Ersatz mäßigen wird, kann es im Bereich fahrlässigen Verhaltens leicht zur (Teil-)Unwirksamkeit solcher Vereinbarungen kommen. Bei der AG sind auch nachträgliche Vereinbarungen wegen ihres regelmäßig haftungsbegrenzenden Charakters nach § 84 Abs 4 Satz 3 AktG unwirksam.

Es interessieren daher primär zwischen Organmitgliedern und Unternehmen geschlossene Ex post-Vereinbarungen ausgehend von der hier vertretenen Ansicht, dass es von Gesetzes wegen keinen Schadenersatzrechtlichen Bußgeldregress des Unternehmens gibt. Offensichtlich stellt sich das Problem der Vorhersehbarkeit und Abschätzbarkeit der Zahlungsverpflichtung bei nachträglichen Vereinbarungen nicht oder jedenfalls nicht in der gleichen Stärke, weil es um den Ersatz einer konkreten, auch betraglich bereits mehr oder weniger feststehenden Geldbuße geht. Solche Vereinbarungen sind daher grundsätzlich zulässig, liegen nicht im Einzelfall besondere Umstände vor, die die Vereinbarung ausnahmsweise sittenwidrig machen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass jedenfalls so lange keine höchstgerichtliche Klärung der Frage der Überwälzbarkeit der Unternehmensbuße existiert, solche Vereinbarungen den Charakter eines Vergleichs im Sinne des § 1380 ABGB haben, weil sie zweifelhafte Rechte betreffen. Gegenstand eines Vergleichs können sogar zwingende Ansprüche sein, also auch solche, auf die wegen der Arbeitnehmereigenschaft oder Arbeitnehmerähnlichkeit sowie fehlender Organstellung des betroffenen Mitarbeiters das DHG zur Anwendung kommt.¹⁰⁵⁾

E. Unternehmensbußen im Kartellrecht

1. Schadenersatzrechtliche Überwälzbarkeit von Kartellbußen

Oben haben wir ausgeführt, dass ganz grundsätzlich nicht nur die über eine natürliche, sondern auch die über eine juristische Person von einer staatlichen Autorität verhängte Strafe/Geldbuße nicht Gegenstand eines Schadenersatzanspruches gegen eine natürliche Person sein kann, die durch (gegenüber dem bestraften Unternehmen) rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten die Verhängung der Strafe/Geldbuße (mit-)verursacht hat. Begründet haben wir dies nicht mit kartellrechtlichen, sondern mit schadenersatzrechtlichen, dh allgemein-zivilrechtlichen Erwägungen. Vor diesem Hintergrund bleibt im Zusammenhang mit der Überwälzbarkeit von Kartellbußen bloß zu fragen, ob spezifisch kartellrechtliche Gesichtspunkte eine Korrektur dieser Ansicht erfordern.

In Deutschland ist die Frage, ob über das Unternehmen verhängte Kartellbußen einen ersatzfähigen Schaden im Rahmen der Geschäftsleiter-Innenhaftung¹⁰⁶⁾ bilden, schon sehr intensiv diskutiert worden, in Österreich weit weniger.

105) Siehe RS0029958. IdR geht es bei der Frage, ob über zwingende Ansprüche mittels Vergleichs disponiert werden kann, um dem Arbeitnehmer aufgrund (einseitig) zwingender Vorschriften zustehende Ansprüche. Das Problem stellt sich aber in gleicher Weise – nur spiegelbildlich – dann, wenn es um Ansprüche *gegen* einen Arbeitnehmer geht, die aufgrund gesetzlicher Vorschriften (DHG) nach oben begrenzt sind. Durch Vergleich kann sich daher ein durch das DHG Geschützter grds auch zu Zahlungen verpflichten, die das nach DHG in Anwendung des richterlichen Mäßigungsrechts zuzusprechende (hypothetische) Ausmaß übersteigen.

106) Das Problem stellt sich dem Grunde nach freilich auch bei Arbeitnehmern (insb leitenden Angestellten) ohne Organfunktion – bloß mit der Maßgabe, dass auf diese in Österreich die Vorschriften des DHG und in Deutschland die im Richterrecht aus-

Die beiden Ansichten stehen einander – man könnte es fast so empfinden – mit einer gewissen Unversöhnlichkeit gegenüber, und es ist auch bemerkenswert, mit welcher Apodiktik und wie wenig geplagt von Zweifeln an der Überzeugungskraft der eigenen Sichtweise diese manchmal vorgetragen werden.¹⁰⁷⁾

Im deutschen Schrifttum lässt sich zumindest eine grobe Faustregel dahingehend bilden, dass die mehr im Gesellschaftsrecht verankerten Autoren stark mehrheitlich für die Regressfähigkeit der Geldbuße plädieren, die eher dem Wettbewerbsrecht/Kartellrecht verpflichteten Vertreter des Schrifttums hingegen die Regressfähigkeit tendenziell verneinen.¹⁰⁸⁾

geprägten Grundsätze über Haftungserleichterungen bei schadensgeneigter Arbeit zur Anwendung kommen und die Haftung aus diesem Grunde im Ergebnis erheblich gemäßigt ist.

- 107) Vgl. einerseits *Bunte*, NJW 2018, 123 (125) und andererseits *Koppensteiner*, Compliance und Kartellrecht, GES 2013, 432 (439): „Daraus zu folgern, die Innenhaftung von Geschäftsleitern sei damit unvereinbar, ist aber gewiss nicht gerechtfertigt. Das gleiche gilt bezüglich der mit Stichworten wie „Höchstpersönlichkeit der Strafe“ oder „Sabotage des Strafrechts durch das Zivilrecht“ vorgetragenen Gedankens, der Strafzweck werde durch die Zulassung des Regresses vereitelt.“
- 108) Vgl. *Dreher*, VersR 2015, 781 (787); gegen die Regressfähigkeit der Kartellbuße: LAG Düsseldorf 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14, BB 2015, 907 mit freilich etwas dünner Begründung; *Horn*, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats, ZIP 1997, 1129 (1136); *Kröger*, Korruptionsschäden, Unternehmensgeldbußen und Imageschäden (2013) 237ff, 253; *Lotze*, Haftung von Vorständen und Geschäftsführern für gegen Unternehmen verhängte Kartellbußgelder, NZKart 2014, 126 (166 f); *Ihlas* in *Langheid/Wandt*, MüKoVVG² (2017) 320 D&O Rz 802; *Dreher* in FS Konzen 85 (103 ff); *Dreher* in *Krieger/U.H. Schneider*, Handbuch Managerhaftung³ (2017) Rz 35.86; *Gaul*, Regressansprüche bei Kartellbußen im Lichte der Rechtsprechung und der aktuellen Debatte über die Reform der Organhaftung, AG 2015, 109; *Kling*, Managerhaftung für Kartellverstöße bei Maßnahmen des Informationsaustauschs mit Wettbewerbern, in FS Bergmann (2018) 391 (399); *Baur/Holle*, ZIP 2018, 459 (462 ff); *Bunte*, NJW 2018, 123 (124 ff); *Grunewald*, Die Abwälzung von Bußgeldern, Verbands- und Vertragsstrafen in Wege des Regresses, NZG 2016, 1121 (122 ff); *Friedl/Titze*, ZWeR 2015, 318 (325 ff); *Labusga*, VersR 2017, 349 (396 ff); *Thomas*, VersR 2017, 596 (598 ff); *Bachmann*, Die Geschäftsleiterhaftung im Fokus von Rechtsprechung und Rechtspolitik, BB 2015, 771 (775); *Erfurth*, Der Bußgeldregress im Kapitalgesellschaftsrecht (2020) 62; für die Regressfähigkeit der Kartellbuße: *Bayer*, Legali tätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen, in FS K. Schmidt (2009) 85 (96 f); *Thole*, ZHR 173 (2009) 504 (532 ff); *J. Koch* in Liber Amicorum M. Winter (2011) 327 (338 ff); *J. Koch*, Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429 (435 ff); *J. Koch*, Regressreduzierung im Kapitalgesellschaftsrecht – eine Sammelreplik, AG 2014, 513; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler (2012) 302; *Spindler* in MüKoAktG⁵ § 93 Rz 194; *Fleischer*, Kartellrechtsverstöße und Vorstandsrecht, BB 2008, 1070 (1073); *Fleischer*, Regresshaftung von Geschäftsleitern wegen Verbandsgeldbußen, DB 2014, 345 (347); *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 (1309); *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ (2019) § 93 Rz 213c ff; *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ (2019) § 43 Rz 184; *Eufinger*, Die Regresshaftung von Vorstand und Geschäftsführung für Kartellverstöße, WM 2015, 1265 (1270); *Kleinert*, Aktuelle Entwicklungen bei der Organhaftung für Compliance-Verstöße, in FS Baums I (2017) 669 (683); *Kapp/Gärtner*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat bei Verstößen gegen das Kartellrecht, CCZ 2009, 168 (170); *Hauger/Palzer*, Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress, ZGR 2015, 33 (54); *Werner*, Die zivilrechtliche Haftung des Vorstands einer AG für gegen die Gesellschaft verhängte Geldbußen gegenüber der Gesellschaft, CCZ 2010, 143 (144 f); *U. Binder/Kraaypanger*, Regress der Kapitalgesellschaft bei der Geschäftsleitung für gegen das Unternehmen verhängte Geldbußen, BB 2015, 1219 (1244 ff); *Spindler*, Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive, AG 2013, 889 (894 f); *Seibt/Cziupka*,

In Österreich wurde die Diskussion bislang ungleich weniger intensiv geführt und kann man von einer hA nicht sprechen.¹⁰⁹⁾

Betrachtet und gewichtet man die verschiedenen vor allem in der deutschen Diskussion für und wider eine Regressfähigkeit von Kartellbußen vorgetragenen Argumente, dann folgt daraus uE geradezu zwangsläufig, dass eine Korrektur der oben getroffenen zivilrechtlichen Einordnung (Geldstrafen sind kein ersatzfähiger Schaden, auch wenn sie über eine juristische und damit nicht selbst schuld- und handlungsfähige Person verhängt werden) nicht nur nicht geboten ist, sondern die maßgeblichen Gesichtspunkte den zivilrechtlichen Befund noch verstärken.

Auf der Grundlage des hier vertretenen Ansatzes versteht sich von selbst, dass es kein Argument für die Regressfähigkeit der Unternehmensbuße sein kann, wenn betont wird, staatliche Sanktion und Zivilrecht müssten getrennt betrachtet werden¹¹⁰⁾ bzw das Bußgeld- und das Haftungsrecht stünden gleichberechtigt nebeneinander und hätten jeweils eigene Schutzzwecke.¹¹¹⁾ Denn, wie gesagt, scheidet schon nach allgemeinem Zivilrecht die Ersatzfähigkeit der Geldbuße aus.

Völlig überzeugend, wenngleich nicht kartellrechtsspezifisch, ist das von den Gegnern der Regressfähigkeit verwendete Argument, dass Sanktionsadressat des Kartellrechts das Unternehmen sei und die kartellrechtlichen Regelungszwecke

Rechtspflichten und Best Practices für Vorstands- und Aufsichtsratshandeln bei der Kapitalmarkt-Compliance, AG 2015, 93 (106 f); *Zimmermann*, Kartellrechtliche Bußgelder gegen Aktiengesellschaft und Vorstand, WM 2008, 433 (436 ff); *Pant*, Ein gefährliches Urteil, CCZ 2015, 224 (225 ff); *Suchy*, Schadensumfang bei Haftung von Vorständen und Geschäftsführern wegen Unternehmensgeldbußen für kartellrechtliche Verstöße, NZG 2015, 591 (592); *Bayer/Scholz*, Zulässigkeit und Grenzen des Kartellbußgeldregresses, GmbHR 2015, 449 (451 ff); *Kersting*, ZIP 2016, 1266 (1269); *S. Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung (2015) 275 ff; *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage (2013) 105 f; *Twele*, Die Haftung des Vorstands für Kartellrechtsverstöße (2012) 161 ff; *Brock*, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen (2017) 321 ff; *Brommer*, Die Beschränkung der Rechtsfolgen der Vorstandsinnenhaftung (2015) 321 ff; *Wacker*, Persönliche Schadenersatzhaftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Kartellverstöße: Ein Beitrag zur kartellzivilrechtlichen Organhaftung (2017) 109 ff; *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands (2012) 294; *Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft (2014) 55 f; *Zimmer/Walther*, BB 2017, 629; *Nitsch*, Grundsatzfragen der Organhaftung bei Kartellverstößen, ZHR 184 (2020) 60; *Harzeneter*, Innenhaftung des Vorstands der Aktiengesellschaft für sog nützliche Pflichtverletzungen (2008) 288 ff.

- 109) So auch *M. Steiner*, Geschäftsleiterhaftung 89 f; für die Regressfähigkeit der Kartellbuße: *Leupold/Ramharter*, GesRZ 2009, 253 (261); *Koppensteiner*, GES 2013, 432 (440); ausf *M. Steiner*, Geschäftsleiterhaftung 86 ff (90 ff); mehr oder weniger gegen Regressfähigkeit: *Konopatsch*, Kartellsanktionierung (2014) 535 f; *P. Strasser*, Die Deckung von Schäden aus Kartellgeldbußen in der D&O-Versicherung, VersR 2017, 65 (66 ff); *P. Strasser*, ZFR 2018, 403 (405 ff); *Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG IP § 84 Rz 341; zwar gegen einen Regressausschluss aus bloß kartellrechtlichen Erwägungen, aber für analoge Anwendung von § 11 VbVG und damit im Ergebnis gegen die Möglichkeit der Überwälzung der Kartellbuße: *Madari*, GesRZ 2021, 14 (18, 20 f).
- 110) Vgl *Hack*, Vorstandsverantwortlichkeit 80; *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001, 344 (345); *Werner*, CCZ 2010, 143 (145 f); *Fleischer*, DB 2014, 345 (347); *Suchy*, NZG 2015, 591 (592); *Kersting*, ZIP 2016, 1266 (1267).
- 111) So *Stancke*, BB 2020, 1667 (1669); ähnlich *Eufinger*, Zur Haftung des Organs für Kartellbußgelder des Verbands, CCZ 2021, 50 (52) zur E des LG Saarbrücken 15. Sept 2020, 7 HK O 6/16, das die Regressfähigkeit der Kartellgeldbuße wegen des sonst gegebenen Verstoßes gegen den unionsrechtlichen Grundsatz des *effet utile* verneinte – in der Tat kein sehr tragfähiges Argument.

verfehlt würden, wenn über zivilrechtliche Umwege ein Zustand hergestellt werde, der zur Verlagerung der Sanktion auf natürliche Personen führe.¹¹²⁾ Denn dieser Gesichtspunkt trägt – mehr oder weniger ausgeprägt – bei jeder in Form einer Geldstrafe über ein Unternehmen verhängten staatlichen Sanktion und ist letztlich der zentrale Gesichtspunkt, der es gebietet, solche vom Gesetzgeber bewusst dem Unternehmen zugeordnete Strafen aus dem Schadensbegriff auszuklammern. Anhand des Kartellrechts lässt sich das freilich besonders gut zeigen. Die Kartellbuße hat wie jede staatliche Strafe den Zweck, dem Unternehmen ein Übel – als Geldstrafe eben einen wirtschaftlichen Nachteil – zuzufügen. Diese Übelszufügung legitimiert sich ausschließlich durch den Sanktionszweck und hat – anders als zB der Schadenersatz gegenüber geschädigten Kunden – keinerlei Kompensationszweck.¹¹³⁾ Darüber hinaus dient die Geldbuße aber – unabhängig davon, ob dies in der Bußgeldentscheidung ausgewiesen bzw ein Teil der Buße entsprechend „gewidmet“ wird – auch dazu, dem Unternehmen die erlangten Kartellvorteile wieder wegzunehmen.¹¹⁴⁾ Dieser Zweck würde vereitelt oder beeinträchtigt, wenn im Wege der Geschäftsleiter-Innenhaftung (oder Arbeitnehmerhaftung) die entzogenen Vorteile dem Unternehmen (teilweise) wieder zufließen.¹¹⁵⁾ Kartellrechtsverstöße tragen zudem geradezu wesensnotwendig die Erzielung von (uU enormen) wirtschaftlichen Vorteilen für das Unternehmen in sich. Dies trifft zB auf bußgeldsanktionierte Verstöße im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts keineswegs generell und auf Bußen nach der DSGVO typischerweise nur insoweit zu, als es sich um Unternehmen handelt, deren Geschäftsmodell in der Verwendung und Verwertung von Daten besteht.

In der deutschen Diskussion wird der Umstand, dass das deutsche Kartellrecht Geldbußen auch für natürliche Personen kennt, diese jedoch mit einem (vergleichsweise geringen) Betrag von 1 Mio € limitiert, von manchen als Argument gegen die Regressfähigkeit der Unternehmensgeldbuße an sich,¹¹⁶⁾ von anderen zumindest als Argument dafür verwendet, dass die schadenersatzrechtliche Regresshaftung (Geschäftsleiter-Innenhaftung) mit 1 Mio € begrenzt sein müsse.¹¹⁷⁾

Auf der Grundlage der hier vertretenen Ansicht spricht dieses Argument vorrangig für den Regressausschluss nach deutschem Recht, weil die beiden Bußgeldanordnungen rechtlich völlig selbstständig nebeneinanderstehen, subsidiär aber

112) Vgl *Dreher* in FS Konzen 85 (105 f); *Baur/Holle*, ZIP 2018, 459 (463); *Labusga*, VersR 2017, 494 (398); *Bunte*, NJW 2018, 123 (124 f); *Friedl/Titze*, ZWeR 2015, 318 (330).

113) So überzeugend *Thomas*, VersR 2017, 596 (599) mwN.

114) BVerfG 1 BvR 980/15 NJW 2015, 3641 (3642) als Begründung für die Möglichkeit einer Rechtsnachfolge in die Bußgeldpflicht; für EU-Bußen vgl Schlussanträge Generalanwältin *Eleanor Sharpston* 30. 5. 2013, C-50/12 Tz 80 (*Kendrion*); *Thomas*, VersR 2017, 596 (599); anders noch Begr RegE zur 7. GWB-Novelle, SH-WuW 2005, 196; vgl *Bunte*, NJW 2018, 123 (124).

115) *Thomas*, VersR 2017, 596 (599).

116) Vgl *Dreher*, VersR 2015, 781 (787).

117) Vgl (mit gewissen Unterschieden) *Bayer* in FS K. Schmidt 85 (96 f); *Fleischer*, BB 2008, 1073; *Heyers*, WM 2016, 581 (558 ff); *Eufinger*, WM 2015, 1265 (1270 f); *Horn*, ZIP 1997, 1129 (1136); *J. Koch* in Liber Amicorum M. Winter 327 (346 ff); *Marsch-Barnier*, Vorteilsausgleich bei der Schadenersatzhaftung nach § 93 AktG, ZHR 173 (2009) 723 (730); *Seibt*, NZG 2015, 1097 (1101); *Thole*, ZHR 173 (2009) 504 (534); in diese Richtung auch *Goette*, Zu den vom Aufsichtsrat zu beachtenden Abwägungskriterien im Rahmen seiner Entscheidung nach den ARAG/GARMENBECK Kriterien – dargestellt am Beispiel des Kartellrechts, in FS Hoffmann-Becking (2013) 377 (381).

in der Tat dafür, einen Regress zumindest mit der für natürliche Personen vorgesehenen Bußgeldhöhe nach oben zu begrenzen.¹¹⁸⁾

Im Unionskartellrecht und im österreichischen Kartellrecht sind Geldbußen für natürliche Personen/Organwalter gar nicht vorgesehen, und dies verstärkt fraglos die Argumentation gegen die Regressfähigkeit der Unternehmensgeldbuße, denn dabei handelt es sich um eine bewusste, wertende Entscheidung des österreichischen bzw des Unionsrechtsetzgebers.

Nicht tragfähig ist bei Nähe besehen das von den Vertretern der Regressfähigkeit der Geldbuße verwendete Argument, bei Verneinung des Regresses entfiele die verhaltenssteuernde Wirkung der Buße, weil die juristische Person nur durch natürliche Personen handeln könne.¹¹⁹⁾

Denn damit wird verkannt, dass Verhaltenssteuerung nicht bloß durch Einwirken auf die Mitglieder des geschäftsführenden Organs stattfindet, sondern einerseits durch Einflussnahme auf die Mitglieder des Aufsichtsorgans (das zumindest in der Aktiengesellschaft exklusiv zur Abberufung der Geschäftsleiter berufen ist) und andererseits durch Steuerung des Verhaltens der Anteilseigner, die zwar wiederum juristische Personen sein mögen, welche aber an irgend einem Punkt der Kette durch natürliche Personen gelenkt werden.¹²⁰⁾

Gerade dann, wenn (was nicht der Fall sein muss) das oberste Management in den Kartellverstoß verwickelt ist, ist von der verhaltenssteuernden Wirkung beim zur Abberufung berechtigten Aufsichtsorgan und der Hauptversammlung (die zB das Misstrauen aussprechen und damit den Weg zur Abberufung ebnen kann) mehr zu erwarten als von der Einwirkung auf den Vorstand selbst.¹²¹⁾ Kartellbußen können eine solche Dimension erreichen, dass sie auch in großen Publikums-Aktiengesellschaften die Anteilseigner zum Handeln mobilisieren.

Es stimmt außerdem schon längst nicht mehr, dass schuldhaft in Kartellverstöße verstrickte Organwalter/Mitarbeiter ohne Geldbußenregress keinem signifikanten Haftungsrisiko mehr ausgesetzt wären. Denn neben den Schäden, die Kunden des Kartellanten beim Unternehmen geltend machen, sind „Umbrella-Schäden“ von Kunden nicht am Kartell teilnehmender, aber ihre Preise diesem anpassender Unternehmen uU ersatz- und regressfähig¹²²⁾ und trifft die verantwortlichen Personen im Unternehmen schließlich das „zivilrechtliche Gesamtschuldrisiko“, weil Kartellanten solidarisch auch den Kunden der jeweils anderen Kartellanten haften¹²³⁾ und auch diese Nachteile an die dafür schuldhaft verantwortlichen natürlichen Personen weitergegeben werden können.

118) Auch ein auf diese Art limitierter Regress dürfte konsequenterweise nur stattfinden, wenn feststeht, dass über die natürliche Person keine Buße mehr verhängt wird bzw nicht mehr verhängt werden kann. Deutsche Kartellbehörden tun diese ohnehin selten.

119) Vgl zur Diskussion um die „Präventionsfunktion“ der Kartellbuße M. Steiner, Geschäftsleiterhaftung 95 ff mwN.

120) Vgl *Erfurt*, Bußgeldregress 140 ff, dem zufolge Adressat der Steuerungsfunktion die Anteilseigner sind. Insofern muss ich auch meine damals etwas vorschnell vorgebrachten (rechtspolitischen) Einwände gegen § 11 VbVG (vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge⁴ [2014] 212 f) revidieren (in der 5. Aufl berücksichtigt).

121) IdS auch P. Strasser, ZFR 2018, 403 (405).

122) Vgl EuGH C-557/12, *Kone*, WuW/E EU-R 3030; 7 Ob 121/14s.

123) BGH KZR 75/10 (ORWI) WuW/E DE-R 3431, 3445; *Dreher* in FS Möschel (2011) 149 f; *Dreher*, VersR 2015, 781 (785).

Ein von den Gegnern der Regressfähigkeit zu Recht stets hervorgehobenes Argument bildet außerdem der Umstand, dass im Kartellrecht die Geldbußen am Umsatz des betroffenen Unternehmens, was im Konzern bedeutet, am Umsatz der gesamten Unternehmensgruppe (weltweit) gemessen werden und damit auf dessen/deren Größe abstellen.¹²⁴⁾ Dasselbe wird seit Inkrafttreten der DSGVO – freilich in wegen des Widerspruches zwischen Norm-Text und ErwGr¹²⁵⁾ zweifelhafter Weise¹²⁶⁾ – zumindest von den europäischen und deutschen Aufsichtsbehörden auch für das Datenschutzrecht vertreten.

Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass jeder Ersatz besser sei als gar keiner und auch ein über ein Privatvermögen von 20 Mio € verfügender Geschäftsleiter bei einer Kartellgeldbuße in Höhe von 30 Mio € zumindest zur teilweisen Schadensgutmachung beitragen könne.¹²⁷⁾ Denn damit wird ausgeblendet, dass es die spezielle „Konstruktion“ der Geldbuße ist, die – neben den diversen anderen Argumenten – ein deutlicher Hinweis darauf ist, dass sie ausschließlich vom Unternehmen getragen werden soll. Wir haben es mit (Verwaltungs-)Strafrecht zu tun, wo die auferlegte Sanktion nicht nur (in idealisierender Weise; der EuGH hat sich wie gesagt im Schenker-Urteil davon entfernt) tat- und schuldangemessen sein und sich an den persönlichen Verhältnissen des Täters bemessen soll. Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine am weltweiten Konzernumsatz einer gesamten Unternehmensgruppe bemessene Buße (die je nach Umsatzrendite mehrere Jahresgewinne der Gruppe ausmachen kann) und sind auch sonst allein unternehmensbezogene Faktoren und gerade nicht die persönlichen Verhältnisse von für den Kartellverstoß verantwortlichen Geschäftsleitern maßgebend,¹²⁸⁾ dann ist es uE geradezu abwegig, diese gesetzgeberische Wertung einfach zu ignorieren und einen Regress gegen eine natürliche Person (Geschäftsleiter) nicht nur dem Grunde nach zuzulassen, sondern unter Hinweis auf die unbegrenzte Geschäftsleiterhaftung nicht einmal eine Höhenbegrenzung zu vertreten. Damit würde auch gegen das verfassungsrechtliche Gebot der anlassangemessenen Sanktion verstoßen.¹²⁹⁾

Damit wären wir bei den verfassungsrechtlichen (und verfahrensrechtlichen) Argumenten, die gegen den Bußgeldregress sprechen, wobei es sich auch dabei nicht um aus spezifisch kartellrechtlichen Wertungen resultierende Überlegungen handelt. Der Geschäftsleiter/Mitarbeiter, der Adressat eines potentiellen Regresses ist, hat im Verfahren, in dem über die Verhängung des Bußgeldes entschieden wird, keine Parteistellung und damit kein rechtliches Gehör, was auch

124) Dass damit gar nicht an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit angeknüpft und eine krasse Ungleichbehandlung zwischen Unternehmen geschaffen wird, die wie zB im Lebensmittelhandel eine Umsatzrendite von vielleicht 2 % erzielen, und solchen mit Umsatzrenditen von 10 oder 20 % (wie Microsoft, Apple etc) ist ein altbekanntes Problem.

125) Vgl einerseits ErwGr 15 DSGVO und andererseits Art 4 Nr 18 (definiert das Unternehmen als von einem einheitlichen Rechtsträger geführt) sowie Art 4 Nr 19 (Definition der Unternehmensgruppe).

126) Vgl näher *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 39 ff mwN.

127) So *M. Steiner*, Geschäftsleiterhaftung 94.

128) Vgl die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gem Art 23 Abs 2 lit a VO (EG) 1/2003, ABl C 2006/210, 4, für Deutschland vgl die Aufzählung in § 81d Abs 1 Satz 2 und § 81d Abs 2 Satz 1 GWB („bei der Zumessung der Geldbuße sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens und der Unternehmensvereinigung maßgeblich.“).

129) *Zutr Leclerc*, NZKart 2021, 220 (223).

dann gilt, wenn die betroffene Person im Bußgeldverfahren als Vertreter des Unternehmens auftritt.¹³⁰⁾ Zwar gibt es auch bei Bejahung eines Bußgeldregresses keine „Haftungsautomatik“, dh entfaltet die Bußgeldentscheidung keine zwingende präjudizielle Wirkung für den Schadenersatzprozess,¹³¹⁾ doch stünde die verhängte Buße dennoch als ein im anschließenden Schadenersatzverfahren vorgegebener Sachverhalt fest¹³²⁾ und würde zumindest den oberen Rahmen für den ersatzfähigen Schaden vorgeben. Einwendungen, die vielleicht zu einer geringeren Buße geführt hätten, können im Schadenersatzprozess nicht mehr vorgetragen werden. Insofern würde die Bejahung eines Bußgeldregresses auch in Konflikt mit Art 6 EMRK geraten.¹³³⁾

Zuletzt lassen sich auch aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Kronzeugenregelung Argumente gegen die Überwältzbarkeit der Unternehmensgeldbuße gewinnen.¹³⁴⁾ Das kann hier indes nicht weiter vertieft werden.

3. Vorteilsanrechnung im Kartellrecht

Auf dem Boden der hier vertretenen Ansicht, dass über Unternehmen von Behörden verhängte Geldbußen generell keinen ersatzfähigen Schaden bilden und dies auch für Kartellgeldbußen gilt, stellt sich das Problem der Vorteilsanrechnung selbstredend nicht bzw nur für die Verfahrenskosten.

Geht man indes von der Regressfähigkeit der Kartellgeldbuße aus, spielt die Vorteilsanrechnung eine wichtige Rolle. Oben wurde bereits näher dargelegt, dass die Beweislastumkehr zu Lasten des geschädigten Unternehmens grundsätzlich zu befürworten ist, wenn und weil dieses über die relevanten Daten und Informationen verfügt, der beklagte Geschäftsleiter, der zudem so gut wie ausnahmslos aus dem Unternehmen ausgeschieden sein wird, hingegen nicht und es dem Unternehmen auch möglich und zumutbar wäre, die entsprechenden Informationen zur Verfügung zu stellen. Dass ein- und dieselbe Formel vom OGH sowohl als Argument für als auch gegen eine Beweislastumkehr verwendet wird,¹³⁵⁾ ist gewiss unglücklich. Richtigerweise wird damit der klassische Anwendungsfall einer Beweislastumkehr umschrieben.

Bei Kartellverstößen lässt sich eine Vermutung aufstellen, dass dem Unternehmen, über das die Buße verhängt wurde, durch den Verstoß (erhebliche) wirtschaftliche Vorteile zugeflossen sind.¹³⁶⁾

Die Zuweisung der Behauptungs- und Beweislast an das Unternehmen, so dass dieses Schadenersatz nur insoweit beanspruchen kann, als ihm der Nachweis

130) *Leclerc*, NZKart 2021, 220 (223 f).

131) *Stancke*, BB 2020, 1667 (1668).

132) *Leclerc*, NZKart 2021, 220 (224).

133) *IdS Leclerc*, NZKart 2021, 220 (223 f).

134) Vgl näher *Leclerc*, NZKart 2021, 220 (224 f); dies gilt uE nicht nur in Bezug auf das mit der 10. GWB-Novelle kodifizierte Kronzeugenprogramm, sondern auch für das Unionsrecht und österreichische Recht.

135) Vgl unter Verwendung derselben Formel einerseits (für Beweislastumkehr) 4 Ob 2365/96i; 2 Ob 275/98z; s auch 10 Ob 21/08y ecolex 2009/257 (*Wilhelm*); andererseits (gegen Beweislastumkehr) 6 Ob 44/09b Rz 2.2; 9 Ob 12/05p JBl 2005, 738; 4 Ob 180/07k.

136) Vgl Art 17 Abs 2 Kartellschadenersatz-RL; *Stancke*, BB 2020, 1667 (1671) mwN in FN 60.

gelingt, dass die verhängte Geldbuße die aus dem Kartellverstoß resultierenden Vorteile übersteigt,¹³⁷⁾ lässt sich argumentativ zusätzlich abstützen.

Wie der OGH¹³⁸⁾ in einem, die Hypo Alpe Adria Bank AG betreffenden Fall aussprach, in dem es um einen Verstoß gegen bankaufsichtsrechtliche Eigenmittelvorschriften (damals: § 22 BWG) iZm einer unzulässigen Ausweitung des Kreditgeschäftes ging, lassen sich bei der Vorteilsanrechnung (vom OGH als „Vorteilsausgleichung“ bezeichnet) zwei Fallkonstellationen unterscheiden, die zu einer differenzierten Behandlung in punkto Beweislast führen: dort wo es sich um von dritter Seite zugeflossene Vorteile handelt, trifft den Schädiger die Behauptungs- und Beweislast. Handelt es sich hingegen um eine Konstellation, in der das schadensstiftende Ereignis und die daraus resultierenden Vorteile eng miteinander verknüpft sind, folgt die Beweislastverteilung dem Grundsatz, dass die Behauptungs- und Beweislast für die Höhe des Schadens den Geschädigten trifft. Vorteilsanrechnung/Vorteilsausgleichung und Schadensberechnung werden damit einander nicht gegenübergestellt,¹³⁹⁾ es geht vielmehr stets um Schadensberechnung, aber um unterschiedliche Fallgestaltungen, die eine unterschiedliche Beweislastverteilung gebieten.

Gegen die Vorteilsanrechnung insgesamt kann nicht ins Treffen geführt werden, dass darin eine Anerkennung der „nützlichen Gesetzesverletzung“ läge.¹⁴⁰⁾

Denn damit werden die Ebene der objektiven Sorgfaltswidrigkeit (Rechtswidrigkeit) und des Schadens miteinander vermengt.¹⁴¹⁾ Bei Anerkennung der Rechtsfigur der nützlichen Gesetzesverletzung handelt der Geschäftsleiter nicht rechtswidrig, wenn er ex ante solche Vorteile vernünftiger Weise annehmen darf. Die Vorteilsanrechnung nimmt dem Geschäftsleiter hingegen nicht das Risiko ab, dass diese Vorteile in der Folge nicht eintreten.¹⁴²⁾

F. Unternehmensbußen im Datenschutzrecht

1. Unionsrechtliche und innerstaatliche Ausgangslage

Art 83 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), in Kraft getreten mit 25. Mai 2018, verpflichtet die nationalen Aufsichtsbehörden, dass die Verhängung von Geldbußen für Verstöße nach Art 83 Abs 4, 5 und 6 in jedem Einzelfall „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein muss.

Anders als insb im Kartellrecht ist nach der DSGVO nicht ohne weiteres erkennbar, ob Geldbußen nur gegen juristische oder auch natürliche Personen, nur

137) Dafür zB auch *Stancke*, BB 2020, 1667 (1671).

138) 6 Ob 108/13w ÖBA 2015/2069 (*Seeber*) = *ecolex* 2015/36 (*Schoditsch*).

139) So aber *M. Steiner*, Geschäftsleiterhaftung 100 f, der uE den OGH in der zitierten E jedoch missversteht.

140) IdS jedoch offensichtlich *Chr. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ (2021) § 84 Rz 10, der meint, „die Folgen einer ‚nützlichen Gesetzesverletzung‘ könnten auch nicht mit der Lehre vom Vorteilsausgleich neutralisiert werden“; *U. Torggler in Kalss/U. Torggler*, Compliance (2016) 97 (106).

141) Insoweit ganz zutr *M. Steiner*, Geschäftsleiterhaftung 101 f; *Breitenfeld*, Organhaftliche Binnenhaftung (2016) 169; ebenso anscheinend *Höller/Weber*, Die zivilrechtliche Haftung der Geschäftsleitung für Datenschutzverstöße, ZIIR 2021, 30 (32).

142) Zutr *M. Steiner*, Geschäftsleiterhaftung 102 unter Berufung auf *S. Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung 249.

gegen Unternehmen oder auch gegen andere Rechtsträger verhängt werden können.¹⁴³⁾

Der Deliktskatalog des Art 83 Abs 4 DSGVO richtet sich nur an Verantwortliche und Auftragsverarbeiter (lit a) oder an die Zertifizierungsstelle (lit b) oder die Überwachungsstelle (lit c). Welche Person handelt, ist irrelevant; sie muss nur einer der genannten Stellen zuzurechnen sein.¹⁴⁴⁾ Sofern handelnde Personen nicht die Qualifikation als Adressat der Bußgeldnorm des Art 83 Abs 4 DSGVO erfüllen, können sie zumindest nach der DSGVO nicht bestraft werden, wohl aber gegebenenfalls nach nationalem Recht.¹⁴⁵⁾

Dem gegenüber sind die Tatbestände des Art 83 Abs 5 und Abs 6 DSGVO offen formuliert, wenden sich also nicht gegen einen bestimmten Personenkreis, sodass die Sanktionsdrohung sich ausschließlich nach der Pflicht im Sachrecht richtet.¹⁴⁶⁾

Die von Art 83 Abs 6 DSGVO sanktionierte Nichtbefolgung von Anweisungen der Aufsichtsbehörde wird typischerweise Verantwortliche, Auftragsverarbeiter oder die Zertifizierungsstelle betreffen, doch sind Ausnahmen denkbar.¹⁴⁷⁾ Ob in Anbetracht des Wortlautes von Art 83 Abs 6 DSGVO, der nicht auf den Adressaten der Anweisung beschränkt ist, eine Verhängung von Geldbußen auch gegen Personen in Betracht kommt, die die Anweisung umzusetzen haben (also vor allem die leitenden Mitarbeiter des Adressaten der Anweisung), ist höchst strittig.¹⁴⁸⁾

Das gerade Gesagte und das diesbezüglich breite Meinungsspektrum zeigt die ganze Problematik bereits auf: das Sanktionsrecht der DSGVO ist in einer Weise unklar, dass es in einem zumindest starken Spannungsverhältnis mit unionsrechtlichen und innerstaatlichen Bestimmtheitsgeboten steht,¹⁴⁹⁾ und die Ergänzungen des österreichischen Gesetzgebers haben die Situation noch verschlimmert (dazu unten).

143) Vgl *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 Rz 21 ff mwN.

144) *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 21.

145) Vgl *Boms*, Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach der DS-GVO in Deutschland, ZD 2019, 536; *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 21.

146) Vgl *Bergt*, Sanktionierung von Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung, DuD 2017, 555 (561); *Boms*, ZD 2019, 536; *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 22.

147) Vgl *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 23 mwN.

148) Dafür *Bergt*, DuD 2017, 555 (561); *Boms*, ZD 2019, 536; dagegen zB *Boehm* in *NK-DatenschutzR* Art 83 Rz 47; *Becker* in *Plath*, BDSG/DS-GVO³ (2018) Art 83 Rz 5, 24, der in Bezug auf sämtliche Tatbestände des Art 83 DSGVO eine Strafbarkeit von natürlichen Personen (Führungskräften und sonstigen Mitarbeitern) nur nach nationalem Recht bejaht; noch weitergehend *Gola* in *Gola*, DS-GVO² (2018) Art 83 Rz 8, 16, der die Möglichkeit der Verhängung von Geldbußen gegen Mitarbeiter nicht nur nach der DSGVO, sondern auch nach innerstaatlichem (deutschem) Recht (also nach dem BDSG) verneint.

149) Vgl *Kristoferitsch/Paefgen*, Strafen nach DSGVO und DSGVO, JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2018) 141 (173): „Im Ergebnis ist für den Normunterworfenen derzeit regelmäßig weder vorhersehbar, ob für bestimmte Verstöße eine Geldbuße verhängt werden kann, noch wie diese zu bemessen wäre. Die Verhängung von Millionenstrafen auf Basis einer so unklaren Rechtsgrundlage steht in einem Spannungsverhältnis zum Bestimmtheits- und Klarheitsgebot der Art 7 EMRK und Art 49 GRC...“; ähnlich *Zankl*, Unklare DSGVO-Haftung, *ecolex* 2017, 1150, der den Konflikt mit Art 18 B-VG moniert. Vier Jahre später hat sich da nichts geändert; eingehend *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 44 ff.

Das europäische Datenschutzrecht folgt – am europäischen Kartellrecht orientiert – dem EU-Modell einer unmittelbaren Verbandshaftung *sui generis*,¹⁵⁰⁾ die durch das Fehlverhalten nicht nur von Organmitgliedern bzw Entscheidungsträgern (Repräsentanten im Sinne der österreichischen Begriffsbildung), sondern jedes Mitarbeiters ausgelöst werden kann.¹⁵¹⁾

Es muss in dem zum Bußgelderkenntnis führenden Verfahren nicht einmal ermittelt werden, welche Person konkret gehandelt hat.¹⁵²⁾ Dem gegenüber verlangt der VwGH,¹⁵³⁾ dass im Straferkenntnis ein Fehlverhalten konkreter Personen ermittelt und dem Adressaten der Strafnorm zugerechnet werden muss. Eine solche – wenn auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten begrüßenswerte – Vorgabe ist freilich im Anwendungsbereich der DSGVO unionsrechtlich unzulässig.¹⁵⁴⁾

Dem europäischen Sanktionenrecht fehlt ein allgemeiner Teil, in dem Fragen wie die Bestrafung von Teilnehmern/ Beitragstätern, Verschulden, Rechtsirrtum, Begehung durch Unterlassung etc geregelt werden.¹⁵⁵⁾

Damit hängt auch zusammen, dass nach zwar rechtspolitisch sehr unbefriedigender, aber in Anbetracht der Entstehungsgeschichte uE grds zutreffender Auffassung für die Verhängung von Geldbußen nach der DSGVO ein Verschulden irgendwelcher Personen überhaupt nicht erforderlich ist.¹⁵⁶⁾ Wäre das bloße Fehlen

-
- 150) *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 20; *Illibauer* in *Knyrim*, DatKomm Art 83 DSGVO Rz 20 (Stand 1. 12. 2021, rdb.at); *Fritz/Weidlinger*, Voraussetzungen der Strafbarkeit juristischer Personen für Datenschutzverstöße, *jusIT* 2020, 156 (157).
- 151) *Bergt*, DuD 2017, 555 (556); *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DSGVO Rz 20; zum Kartellrecht und der Qualifikation von Personen, die Zuwiderhandlungen begehen können, EuGH C-100/80, *SA Musique Diffusion française*, ECLI:EU:C:1983:158, Rn 97; C-68/12 EuZW 2013, 438, Rn 25; C-542/14 EuZW 2016, 737, Rn 23 f.
- 152) *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 20; *Holländer* in *Wolff/Brink*, BeckOK Datenschutzrecht³¹ (2019) Art 83 Rz 11; *Fritz/Weidlinger*, *jusIT* 2020, 156 (157); zum Kartellrecht EuGH C-338/00 P, *Volkswagen*, ECLI:EU:C:2003:473; das entspricht im Wesentlichen der Theorie von der Realen Verbandsperson, s dazu *Micheler/Schurich* in dieser Festgabe 375 (IV).
- 153) Siehe dazu insb VwGH Ro 2019/04/0229 iZm § 30 DSG; befürwortend *Illibauer* in *Knyrim*, DatKomm Art 83 DSGVO Rz 112/1 mit Verweis auf BVwG W211 2217629-1; krit *Zaczek*, Das Verbandsverantwortlichkeitsmodell des Art 83 DSGVO, *Jahrbuch Datenschutzrecht* 2020 (2021) 257; *Zaczek/Zanjani*, *Praxis der DSB im Verwaltungsstrafverfahren*, *Dako* 2021, 28; *Fritz/Weidlinger*, *jusIT* 2020, 156.
- 154) Vgl auch *Fritz/Weidlinger*, *jusIT* 2020, 156 (158), die näher darlegen, dass es dadurch nicht zu einer relevanten Einschränkung der Verteidigungsrechte der juristischen Person im Verfahren kommt. Was dabei indes zu kurz kommt, ist die Überlegung, wie in einem so gebauten Sanktionensystem die durch Art 6 EMRK und Art 48 GRC verbriefte Unschuldsumutung zum Tragen kommen soll. Dass diese wegen des Strafencharakters der exorbitant hohen Bußen nach der DSGVO anwendbar ist, kann nämlich kaum bestritten werden und hat der EuGH bei ganz vergleichbarer Lage für das Kartellrecht bereits anerkannt (s dazu im Text).
- 155) Treffend zB *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 20a: „*Wie Art 83 sich den Umgang mit Teilnehmern eines Sanktionstatbestandes vorstellt, ist unklar. Da es sich um ein originäres Unternehmensanktionsrecht handelt [...] erscheint durchaus denkbar, dass Teilnehmer überhaupt nicht mit Sanktionen bedroht werden sollen.*“ Vgl auch *Bülte*, Das Datenschutzbußgeldrecht als originäres Strafrecht der Europäischen Union? *StV* 2017, 460 (468), der einen ungeschriebenen Allgemeinen Teil erwägt.
- 156) Vgl *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 10, 35 mwN; aM *Kristoferitsch/Paeffgen*, *JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit* (2018)

der Erwähnung von Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) als Voraussetzung einer Geldbuße in der DSGVO vielleicht noch interpretativ korrigierbar, spricht der Gesetzwerdungsprozess deutlich gegen eine solche Sichtweise. Denn in den Entwürfen von Kommission und Rat war die Voraussetzung von Vorsatz oder Fahrlässigkeit noch enthalten und wurde im Zuge der Gesetzwerdung vom Parlament entfernt.¹⁵⁷ Bei der Bemessung der Höhe der Sanktion – aber eben nur bei dieser¹⁵⁸ – kommt es auf das Verschulden hingegen sehr wohl an (Art 83 Abs 2 lit b DSGVO). Freilich gerät diese Sichtweise in einen unauflösbaren Konflikt mit Art 6 EMRK. Denn bei Anlegung der vom EGMR verwendeten Kriterien¹⁵⁹ ist die Einordnung der exorbitant hohen DSGVO-Geldbußen als „Strafen“ iSd Art 6 EMRK und der entsprechenden Vorschriften als „Strafrecht“ nicht ernsthaft bezweifelbar.¹⁶⁰ Damit gelangt die Unschuldsvermutung des Art 6 EMRK und des Art 48 GRC zur Anwendung. Das hat der EuGH für das Kartellrecht schon wiederholt ausgesprochen,¹⁶¹ andererseits aber durch seine jüngere Rsp¹⁶² leider auch durchblicken lassen, dass man sich davon nicht allzu viel an rechtsstaatlichem Zugewinn erwarten sollte, weil die Anforderungen an das Verschulden denkbar niedrig gezogen werden. Man fragt sich darüber hinaus aber ohnehin, wie die Unschuldsvermutung in einem Unternehmensstrafrecht funktionieren soll, bei dem ein Straferkenntnis nicht einmal die Feststellung des – geschweige denn schuldhaften – Handelns einer konkret bezeichneten natürlichen Person erfordert (s oben). Wessen Unschuld soll dann vermutet werden? Von der Beantwortung der Frage, ob man die Verhängung von Bußen/Strafen nach der DSGVO nicht an ein Verschulden (handelnder natürlicher Personen) knüpft oder solches wegen Vorliegens von materiellem Strafrecht für nicht mit Art 6 EMRK vereinbar hält, hängt zB auch ab, ob man die Beweislastregel des § 5 Abs 1 VStG für „Ungehorsamsdelikte“ als schlicht überflüssig¹⁶³ beurteilt oder an Art 6 EMRK bzw Art 48 GRC scheitern lässt.¹⁶⁴

141 (156), die ihre Gegenansicht uE zu Unrecht als die „herrschende Meinung“ bezeichnen und die Entstehungsgeschichte der DSGVO ausklammern.

- 157) Vgl *Bergt*, DuD 2017, 555 (558); *Boms*, ZD 2019, 536 (537); *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 10, 35.
- 158) Gegenteilig *Kristoferitsch/Paefgen*, JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit, die aus der Norm ableiten, dass sie Ausdruck des Opportunitätsprinzips sei und das Verschulden auch bei der Frage eine Rolle spiele, ob überhaupt eine Buße verhängt werde (ebenso *Paal/Pauly*, DSGVO [2017] Art 83 Rz 13). Auch wenn man das so sieht, ist das Vorliegen von Verschulden konkreter Personen aber keine unbedingte Voraussetzung der Verhängung einer Geldbuße. Dies verträge sich auch nicht mit der Tatsache, dass nach der DSGVO das Verhalten konkreter, namentlich bestimmter Personen in der Bußgeldentscheidung gar nicht festgestellt werden muss (s oben im Text).
- 159) Dies sind die formale Einordnung als Strafrecht, der Abschreckungscharakter der Sanktion und die Schwere der Strafe, wobei es dabei auf die Höchststrafdrohung ankommt: vgl *Potacs/B. Raschauer*, Zur Problematik hoher Geldbußen im Unionsrecht – am Beispiel der Datenschutzgrundverordnung, ÖZW 2017, 54 (59) mwN.
- 160) *Potacs/B. Raschauer*, ÖZW 2017, 54 (59).
- 161) EuGH C-199/92 P, *Hüls*, Rz 149 f; C-235/92 P, *Montecatini*, Rz 175 f.
- 162) EuGH C-681/11, *Schenker*.
- 163) Wenn gar kein Verschulden erforderlich ist, ist eine Regelung funktionslos, die (bei bestimmten Delikten) Verschulden vermutet.
- 164) Gegen eine Anwendung konsequent *Potacs/B. Raschauer*, ÖZW 2017, 54 (59); *Kristoferitsch/Paefgen*, JB für Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 141 (169), die aber (anders als *Potacs/B. Raschauer*, ÖZW 2017 54 [65] bei Geldbußen nach Art 83 DSGVO generell von einem Verschuldenserfordernis ausgehen. Freilich bedeutet die

Art 84 DSGVO berechtigt nicht nur,¹⁶⁵⁾ sondern verpflichtet die Mitgliedstaaten, „Vorschriften über andere Sanktionen für Verstöße gegen [die DSGVO], insbesondere Verstöße, die keiner Geldbuße gemäß Art 83 unterliegen“ zu erlassen. Diese Regelung bezieht sich insb auf Strafvorschriften, Gewinnabschöpfungsregelungen und weitere Bußgeldbestimmungen¹⁶⁶⁾ und wirft die Frage nach dem Bestehen und der Reichweite einer durch Art 83 DSGVO ausgelösten „Sperrwirkung“ für innerstaatlich vorgesehene Geldbußen bei Verstößen gegen die DSGVO und gegen das auf ihrer Basis erlassene nationale Recht auf.¹⁶⁷⁾ Es geht also um die Frage, ob und inwieweit der nationale Gesetzgeber überhaupt Geldbußen selbst regeln darf. Der Frage muss hier nicht im Detail nachgegangen werden; angemerkt sei nur, dass eine Auslegung, wonach Geldbußen gegen handelnde Personen nicht zulässig sind, uE nicht zur Unverhältnismäßigkeit führen und – sieht man von Extremkonstellationen ab (also insb vorsätzlichen Handlungen mit Schädigungs- oder Bereicherungsvorsatz) – keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten begründen würde, hierfür das gerichtliche Strafrecht einzusetzen.¹⁶⁸⁾ Das Kartellrecht ist dafür ein Beleg, denn dieses sieht auf europäischer Ebene nur Unternehmensbußen vor, und manche Mitgliedstaaten wie Österreich haben überhaupt von der Statuierung von Bußen für natürliche Personen (insb Geschäftsleiter) abgesehen.

Der österreichische Gesetzgeber hat auf die DSGVO reagiert¹⁶⁹⁾ und dabei das Sanktionensystem weiter verkompliziert.¹⁷⁰⁾

§ 62 DSG enthält eine Verwaltungsstrafbestimmung, die – wie § 62 Abs 1 DSG auch klarstellt – freilich gegenüber Art 83 DSGVO subsidiär ist. Die Vorschrift richtet sich an natürliche Personen, wobei die in § 62 Abs 1 Z 1 bis 5 DSG normierten Tatbestände Verschulden – die meisten sogar Vorsatz – voraussetzen und eine Strafdrohung bis maximal € 50.000 beinhalten. Juristische Personen können bei Verwaltungsübertretungen gem § 62 DSG nach Maßgabe des § 30 DSG (dazu unten) bestraft werden. Der Anwendungsbereich der Vorschrift dürfte beschränkt sein;¹⁷¹⁾ außerdem darf nicht übersehen werden, dass einzelne in § 62 Abs 1 DSG beschriebene Tatbestände (insb § 62 Abs 1 Z 2 DSG) insofern in den Anwendungsbereich der DSGVO eingreifen, als Personen, die widerrechtlich

Einordnung von Art 83 DSGVO als „Strafrecht“ und der danach verhängten Bußen als „Strafen“ iSd Art 6 EMRK auch, dass die pauschale Anwendung des VStG im Verfahren über die Verhängung von Strafen nach der DSGVO insgesamt in Frage gestellt ist (*Potacs/B. Raschauer*, ÖZW 2017, 54 [65]).

165) Zumindest missverständlich *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl*, DSG (2018) § 62 Rz 1: „Art 84 DSGVO ermöglicht den Mitgliedstaaten [...]“.

166) *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 84 DS-GVO Rz 1.

167) Vgl *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 84 DS-GVO Rz 8a.

168) So aber offensichtlich *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 84 DS-GVO Rz 8a.

169) In einem gewissen Ausmaß war dies auch geboten, weil die DSGVO als sog „hin-kende Verordnung“ in manchen Punkten der Umsetzung in den Mitgliedstaaten bedarf und insofern auch nicht unmittelbar anwendbar ist (vgl *Kristoferitsch/Paefgen*, JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 141, [144 f]).

170) *Kristoferitsch/Paefgen*, JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 141 (148).

171) Aber nicht so beschränkt wie *Kristoferitsch/Paefgen* (JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 141 [149 f]) meinen, die den Anwendungsbereich der Norm überhaupt in Frage stellen, dabei aber ausblenden, dass § 62 DSG auch die Bestrafung von Mitarbeitern, dh handelnder Personen erlaubt, die die DSGVO gar nicht kennen. Freilich scheidet die Bestrafung natürlicher Personen nach § 30 Abs 3 DSG aus, wenn wegen derselben Tat schon eine juristische Person bestraft wird (s im Text).

(oder gar vorsätzlich) selbst Daten für eigene Zwecke verarbeiten, damit zum Verantwortlichen und somit Bußgeldadressaten des Art 83 DSGVO werden.¹⁷²⁾

In § 30 DS-G hat der österreichische Gesetzgeber den Versuch unternommen, jenem legislativen Regelungsbedarf nachzukommen, der sich aus der Tatsache ergab, dass das österreichische Verwaltungsstrafrecht bis dahin keine Unternehmensgeldbußen kannte. Bei der Implementierung folgte der Gesetzgeber dem Sanktionsmodell des § 99d BWG,¹⁷³⁾ hat dabei aber nicht bedacht, dass dieses Modell mit der durch die DSGVO und insb deren Art 83 begründeten unionsrechtlichen Verbandshaftung *sui generis* nicht im Einklang steht.¹⁷⁴⁾ Nach § 30 DS-G ist die Verhängung von Geldbußen über juristische Personen (nur) dann möglich, wenn diese Verstöße durch natürliche Personen begangen wurden, die entweder allein oder als Teil eines Organs der juristischen Person gehandelt haben und eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person aufgrund der Befugnis zur Vertretung der juristischen Person, oder der Befugnis, Entscheidungen in Namen der juristischen Person zu treffen, oder einer Kontrollbefugnis innerhalb der juristischen Person inne haben. Gem § 30 Abs 2 DS-G können juristische Personen wegen Verstößen gegen die DSGVO auch verantwortlich gemacht werden, wenn mangelnde Überwachung oder Kontrolle durch eine der in Abs 1 genannten Person die Begehung dieser Verstöße durch eine für die juristische Person tätige Person ermöglicht hat, sofern die Tat nicht eine gerichtlich strafbare Handlung bildet.¹⁷⁵⁾

Wie schon ausgeführt, können im Rahmen des Sanktionsmodells der DSGVO – dem kartellrechtlichen Vorbild folgend – nach Art 83 zu ahndende Verstöße durch das Verhalten jedes beliebigen Mitarbeiters ohne Rücksicht auf dessen Position im Unternehmen ausgelöst werden. Die Begrenzung in § 30 Abs 1 und Abs 2 DS-G auf die Zurechnung des Verhaltens nur ganz bestimmter, qualifizierter Personen zur juristischen Person verstößt daher gegen die DSGVO und hat in deren Anwendungsbereich unangewendet zu bleiben.¹⁷⁶⁾

172) Vgl *Bergt in Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 28 DS-GVO Rz 33, Art 29 DS-GVO Rz 6, Art 83 DS-GVO Rz 22; ebenso können dem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter unterstellte Personen bei Verstoß gegen Weisungen selbst als Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter haften (*Bergt in Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 88); vgl auch Art 28 Abs 10 DSGVO, wonach Auftragsverarbeiter bei Verstoß gegen Weisungen des Verantwortlichen selbst als solcher haften und damit den erhöhten Bußgeldrahmen in Kauf nehmen müssen.

173) Vgl *Kristoferitsch/Paefgen*, JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 141 (166 f).

174) So uA auch *Kristoferitsch/Paefgen*, JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 141 (166 f); *Fritz/Weidlinger*, jusIT 2020, 156 (157 ff).

175) Hier zeigen sich auch Ähnlichkeiten mit dem Zurechnungsmodell des VbVG.

176) Vgl *Kristoferitsch/Paefgen*, JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 141 (166 f); ebenso *Fritz/Weidlinger*, jusIT 2020, 156 (158). Wenn *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kumert/Riedl* (DSG § 30 Rz 4) iZm den diversen (nicht auf die gerade aufgezeigten Umstände beschränkten) Abweichungen des § 30 DS-G von Art 83 DSGVO meinen, „aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der spezielleren Bestimmungen des Art 83 DSGVO erscheint auch in diesen Fällen kein direkter Konflikt mit den genannten innerstaatlichen verfahrensrechtlichen Bestimmungen zu bestehen“ und „selbst im Falle eines direkten Widerspruchs zwischen nationalen Vorschriften und Art 83 DSGVO würden erstere gegenüber den unionsrechtlichen Vorgaben nicht zur Anwendung kommen“, weshalb eine in der Lit vorgeschlagene „Novellierung des VStG nicht zwingend erforderlich“ sei, so ist diese Sichtweise zwar in Anbetracht der beruflichen Herkunft der Autoren (allesamt Mitarbeiter in einschlägigen Ministerien) nachvollziehbar, aber gleichwohl

§ 30 Abs 3 DSG verpflichtet die Datenschutzbehörde, von der Bestrafung eines Verantwortlichen gem § 9 VStG abzusehen, wenn für denselben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person verhängt wird.

Diese Regelung ist nicht etwa unionsrechtlich (Art 50 GRG) oder nach der EMRK geboten, weil das Doppelbestrafungsverbot nicht greift, wenn unterschiedliche Strafadressaten (einerseits juristische Person, andererseits handelnde natürliche Person) betroffen sind;¹⁷⁷⁾ sie unterstreicht aber den Primat der Unternehmensbuße im Datenschutzrecht. Nach der DSGVO stellt sich das Problem der Bestrafung sowohl des Unternehmens als auch eines (verantwortlichen) Mitarbeiters (sofern dieser nicht aufgrund qualifiziert eigenmächtigen Handelns selbst zum Verantwortlichen iSd DSGVO wird) nicht, weil sich die Geldbußen nach Art 83 DSGVO nicht zwangsläufig, aber im Ergebnis – von ganz speziellen Ausnahmen abgesehen – gegen juristische Personen (Verantwortliche, Auftragsverarbeiter, Zertifizierungsstelle etc) richten und eine eigenständige Bestrafung der handelnden natürlichen Personen gar nicht vorgesehen ist.¹⁷⁸⁾ Deshalb *müsste* der österreichische Gesetzgeber die Behörde auch keineswegs verpflichten, von einer Bestrafung natürlicher Personen abzusehen, wenn wegen derselben Tat bereits die juristische Person bestraft wird. Umgekehrt verstößt die nationale Regelung, die Behörde dazu zu verpflichten, nicht gegen die DSGVO.¹⁷⁹⁾

Aufgrund der – wenn auch gegen das Sanktionensystem des Art 83 DSGVO verstoßenden – Vorgabe des BVwG und des VwGH, bei der Bestrafung juristischer Personen die konkrete Benennung namentlich bestimmter natürlicher Personen zu verlangen, deren Handeln der juristischen Person zugerechnet wird, werden sich Abgrenzungsprobleme durch § 30 Abs 3 DSG dahingehend, ob es sich um „dieselbe Tat“ handelt, kaum ergeben.

2. Überwälzung von DSGVO-Bußen

Vor dem Hintergrund dieser Ausgangslage ist nun die Frage nach der Regressfähigkeit von Unternehmensbußen im Datenschutzrecht zu prüfen. Diese

nicht gerade Ausdruck guter Legistik. Denn auf der Grundlage dieser Ansicht könnte sich der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung von Unionsrecht stets von dem Gedanken leiten lassen, dass mit dem Unionsrecht in Widerspruch stehende innerstaatliche Normen einfach unangewendet zu bleiben haben und man sich daher um eine Harmonisierung gar nicht bemühen müsse. Für den Rechtsunterworfenen wäre so eine Vorgangsweise schlicht unzumutbar.

177) *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 84 DS-GVO Rz 19.

178) *Kristoferitsch/Paefgen*, JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 141 (172).

179) *Kristoferitsch/Paefgen*, JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 141 (172). Nicht gefolgt werden kann jedoch der Ansicht der beiden Autoren, wonach in jenen Fällen, in denen gegen eine juristische Person zB im Falle von deren Auflösung eine Verwaltungsstrafe nicht verhängt werde, nach österreichischer Rechtslage die Verhängung einer Geldbuße gegen Leitungsorgane oder verantwortliche Beauftragte nach § 9 Abs 2 VStG möglich wäre, jedoch in solchen Fällen § 9 VStG unangewendet zu bleiben habe, „zumal Adressat der Geldbußen nach Art 83 DSGVO der datenschutzrechtlich Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter und nicht die in § 9 VStG genannten Personen sind“ (so *Kristoferitsch/Paefgen*, JB Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 141 [168]). Diese Sichtweise steht auch in klarem Widerspruch zu der davor zitierten Passage: Der Anwendungsbereich der DSGVO ist gar nicht betroffen, wenn handelnde natürliche Personen (die nicht ausnahmsweise gleichzeitig die Qualität von Bußgeldadressaten nach Art 83 DSGVO haben) bestraft werden.

Prüfung zeigt, dass die schon für das Kartellrecht ins Treffen geführten Erwägungen mutatis mutandis auch im Datenschutzrecht greifen und grundsätzlich gegen eine Ersatzfähigkeit der Buße sprechen.¹⁸⁰⁾

Zunächst gilt auch für das Datenschutzrecht, dass die Bußen, die die Voraussetzungen der Wirksamkeit, Abschreckung und Verhältnismäßigkeit erfüllen müssen, den Bußgeldadressaten treffen sollen, der zwar anders als im Kartellrecht nicht ausnahmslos und wesensnotwendig ein Unternehmen zu sein hat, in aller Regel aber ein solches ist. Was den Unternehmensbegriff anbelangt, ist zumindest nach der Sichtweise der europäischen und deutschen Aufsichtsbehörden jener des Kartellrechts zugrunde zu legen,¹⁸¹⁾ obwohl dieses Ergebnis wegen der Antinomie zwischen dem den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff verwendenden ErwGr 150 und der ausdrücklich auf einen einheitlichen Rechtsträger abstellenden Begriffsdefinition in Art 4 Nr 18 DSGVO durchaus zweifelhaft ist.¹⁸²⁾ Im Ergebnis bedeutet die Verwendung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffes eine weitere Verschärfung der Sanktionen, weil damit die umsatzbezogenen Bußen in die Höhe getrieben werden, gilt doch als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung, auch wenn sie aus mehreren Rechtsträgern besteht.¹⁸³⁾ Bei einem Konzern wird die Existenz einer wirtschaftlichen Einheit vermutet, wenn die Obergesellschaft die Vermutung nicht zu entkräften vermag, dass sie bestimmenden Einfluss auf die Tochter ausübt.¹⁸⁴⁾ IdR ist daher der Konzernumsatz für die Bemessung der Buße heranzuziehen.¹⁸⁵⁾

Die Höhe der Geldbußen – alternativ hohe Geldbeträge oder Prozentsätze des Umsatzes (wobei die höhere Strafdrohung gilt)¹⁸⁶⁾ – zeigt, dass auch im Datenschutzrecht die Buße an den Verhältnissen der Adressaten und deren typischer Unternehmensqualität orientiert ist und gerade nicht an den persönlichen Verhältnissen handelnder Personen.¹⁸⁷⁾ Eine schadenersatzrechtliche Überwälzbar-

180) So im Ergebnis, wengleich mit einer im Wesentlichen auf den (zutr) Nachweis, dass die verhaltenssteuernde Wirkung der Unternehmens-Geldbuße durch deren fehlende Überwälzbarkeit auf handelnde Verursacher nicht beeinträchtigt wird, beschränkten Begründung, auch *P. Strasser*; ZFR 2018, 403 (405 f); gegen die Möglichkeit des Regresses auch *Funk-Leisch/Weber/Wildmoser*, Versicherbarkeit des Regresses gegen Vorstände wegen der Verhängung von Unternehmensstrafen, ZFR 2018, 397 (400); nicht entschieden *Höller/Weber*, ZIIR 2021, 30 (32 f).

181) Vgl ErwGr 150 DSGVO; *Bergt in Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 28, 39 ff.

182) Vgl näher *Bergt in Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 42 ff, der auch näher beschreibt, wie die Verwirrung durch die Begriffsbildung in der englischen Fassung noch vergrößert wird, weil diese in ErwGr 150 und in Art 83 von „*undertaking*“ spricht, in Art 4 Nr 18 hingegen von „*enterprise*“ und in Art 4 Nr 19 von „*group of undertakings*“, wohingegen zahlreiche andere Sprachfassungen in ErwGr 150, Art 4 Nr 18 und Art 83 denselben Begriff verwenden.

183) EuGH C-407/08.

184) EuGH C-97/08 P EuZW 2009, 816 Rz 60.

185) *Bergt in Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 39.

186) Art 83 Abs 4, 5 und 6 DSGVO; vgl dazu *Bergt in Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ Art 83 DS-GVO Rz 2, 38 ff.

187) Zwar besagt ErwGr 150 DSGVO, dass die nationalen Aufsichtsbehörden im Zusammenhang mit der Bestrafung natürlicher Personen („*Personen, bei denen es sich nicht um Unternehmen handelt*“) „*bei der Erwägung des angemessenen Betrages für die Geldbuße dem allgemeinen Einkommensniveau in dem betreffenden Mitgliedstaat und der wirtschaftlichen Lage der Person Rechnung tragen*“ sollten, doch hat diese Vorgabe in Bezug auf DSGVO-Geldbußen eben nur sehr eingeschränkte Bedeutung (nämlich primär

keit würde diese Wertung unterlaufen, wogegen nicht argumentiert werden kann, dass das Unternehmen ja nur einen Teil der Buße als Schaden geltend machen könnte. Denn darin läge eine freiwillige (und uU von Einbringlichkeitserwägungen diktierte) Selbstbeschränkung, aber keine Haftungsbegrenzung.

Dem Kartellrecht gleich spricht auch im Datenschutzrecht darüber hinaus die Eigenart des unionsrechtlichen Verbandssanktionensystems *sui generis* dagegen, dem mit der Buße belegten Unternehmen den schadenersatzrechtlichen Rückgriff auf für das Unternehmen handelnde und die Verstöße begehende natürliche Personen zu ermöglichen. Wie schon erwähnt, erfordert die Verhängung der Buße nach der DSGVO nicht einmal die Ermittlung konkret bestimmter handelnder Personen, deren Verhalten der juristischen Person zuzurechnen ist. Der Umstand, dass die österreichischen Gerichte (BVwG und VwGH) in zwar rechtspolitisch begrüßenswerter, aber dennoch im Anwendungsbereich des Art 83 DSGVO unionsrechtswidriger Weise die Ermittlung konkreter Personen und die Zuordnung und Zurechnung von deren Verhalten zu juristischer Person verlangen, ändert daran nichts. Natürlich wird auch nach Durchführung eines Bußgeldverfahrens, in dessen Straferkenntnis konkrete natürliche Personen gar nicht benannt werden, der Rückgriff auf solche für die juristische Person handelnde Personen für Zwecke eines schadenersatzrechtlichen Rückgriffs technisch in aller Regel möglich sein; die Struktur des Sanktionensystems der DSGVO verlangt dies aber nicht, und das ist ein weiterer Gesichtspunkt, der dagegen spricht, dem Unternehmen die Möglichkeit zu verschaffen, sich die Geldbuße oder Teile davon im Wege des Schadenersatzes von Organwaltern oder sonstigen Mitarbeitern (letztere würden zudem ohnehin vom DHG und seiner massiv haftungsmildernden Wirkung profitieren, s oben) zurückzuholen. Dass das sowohl im Kartellrecht als auch im Datenschutzrecht geltende „Verbandssanktionensystem *sui generis*“ massive Defizite in punkto Vorhersehbarkeit und Rechtstaatlichkeit aufweist, weil entweder (wie im Kartellrecht) das Verschuldensprinzip durch die Rsp des EuGH sehr ausgedünnt wurde, oder (wie im Datenschutzrecht) der Ordnungsgeber der DSGVO vom Verschulden handelnder Personen bewusst überhaupt absehen wollte, wurde schon gesagt. Und die vom EuGH wegen der drastischen Höhe der Geldbußen im Kartellrecht und deren daraus folgender Qualifikation als „Strafen“ (zu Recht) für anwendbar erklärte Unschuldsvermutung des Art 6 EMRK (vgl auch Art 48 GRC) kann in einem Sanktionensystem, das die behördliche Feststellung des Fehlverhaltens konkreter natürlicher Personen gar nicht erfordert, nicht funktionieren. Auch diese Gegebenheiten vertragen sich mit einer schadenersatzrechtlichen Überwälzbarkeit der über Unternehmen verhängten Geldbußen auf handelnde natürliche Personen denkbar schlecht, im Grunde gar nicht.

Schließlich steht uE auch § 30 Abs 3 DSG einer Überwälzbarkeit deutlich entgegen.¹⁸⁸⁾ Wie schon erwähnt, hätte der österreichische Gesetzgeber diese Vorschrift nicht vorsehen, sondern sehr wohl regeln dürfen, dass handelnde Personen

dort, wo handelnde natürliche Personen aufgrund von Verstößen gegen ihre Pflichten selbst zu Adressaten von DSGVO-Bußen werden; s oben im Text).

188) So insofern auch *Chr. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³ § 84 Rz 10 für alle Verwaltungsstrafmaterien, wo die Bestrafung einer natürlichen Person unterbleibt, wenn über die juristische Person eine Strafe verhängt wird (der Autor erwähnt zwar nicht § 30 Abs 3 DSG, aber § 99d Abs 5 BWG, wo die Behörde sogar gewisses Ermessen hat); einen auf § 30 Abs 3 DSG gestützten Regressausschluss erwägend, aber nicht entscheidend *Höller/Weber*, ZIIR 2021, 30 (33).

neben der juristischen Person für dasselbe Tatgeschehen bestraft werden. Dass er das nicht getan hat, zeigt, dass der Gesetzgeber der Strafbarkeit natürlicher, für den Bußgeldadressaten handelnder Personen nur die Bedeutung einer ganz ausnahmsweisen und subsidiär eintretenden Sanktion beigemessen hat.¹⁸⁹⁾

Vor diesem Hintergrund kommt der Beantwortung der Frage, ob gegen die Überwältzbarkeit der Unternehmensbuße auch eine analoge Anwendung von § 11 VbVG ins Treffen geführt werden kann, im Ergebnis nur mehr untergeordnete Bedeutung zu. Im Bereich des Kartellrechts haben wir die Analogiefähigkeit oben ua unter Hinweis darauf verneint, dass in den Gesetzesmaterialien zu § 11 VbVG auf das Kartellrecht eigens Bezug genommen wurde. Betreffend die DSGVO war dies dem Gesetzgeber des VbVG naturgemäß nicht möglich; dennoch sprechen auch im Bereich des Datenschutzrechts die besseren Gründe gegen die analoge Anwendung von § 11 VbVG. Denn der Gesetzgeber des DSG, der § 11 VbVG vor Augen hatte und dem die Regressproblematik daher nicht entgangen sein konnte, hätte ganz einfach eine vergleichbare Bestimmung im DSG verankern können und damit auch sicher nicht gegen unionsrechtliche Vorgaben verstoßen, weil ein solches Überwältzungsverbot nicht in den Anwendungsbereich von Art 82 DSGVO („Haftung und Recht auf Schadenersatz“) eingriff.

Für Verfahrenskosten, Abwehrkosten bzw Kosten einer unternehmensinternen Untersuchung iZm Datenschutzrechtsverstößen gilt indes kein Überwältzungsverbot (s dazu näher oben II.B.1.c.). Und natürlich haften Geschäftsleiter (sonstige Mitarbeiter nach Maßgabe des DHG) für den Ersatz jenes (in Zukunft auch in verstärktem Ausmaß des immateriellen) Schadens, der der juristischen Person dadurch entsteht, dass Dritte sie wegen Verletzung des DSGVO in Anspruch nehmen.

III. Haftung für die Kosten unternehmensinterner Untersuchungen

A. *Faktische Ausgangslage und Fallgestaltungen*

Zumindest in rechtstatsächlicher Hinsicht eine Verbindung zu den erörterten Fragen iZm der Überwältzbarkeit von Unternehmensbußen im Kartell- und Datenschutzrecht weist das Problem der Überwältzbarkeit bzw Ersatzfähigkeit der Kosten unternehmensinterner Untersuchungen auf. Denn solche können natürlich auch der Klärung von Kartellrechts- bzw Datenschutzrechtsverstößen dienen.

Der Anwendungsbereich unternehmensinterner Untersuchungen („internal investigations“) ist aber ungleich weiter gespannt. Es kann um vermutetes Fehlverhalten jedweder Art in zivil-, verwaltungsstrafrechtlicher oder strafrechtlicher Hinsicht von Organmitgliedern oder sonstigen Mitarbeitern des Unternehmens gehen. Richtet sich ein Verdacht gegen Arbeitnehmer des Unternehmens, wird die Untersuchung typischerweise vom Geschäftsführungsorgan (Vorstand/Geschäftsführung) beschlossen und geleitet und werden auch allenfalls eingesetzte externe Berater vom Geschäftsleitungsorgan beauftragt. Ist Ziel der Untersuchung aber zumindest auch das Geschäftsleitungsorgan selbst (oder einzelne von dessen Mitgliedern), so beauftragt und leitet die Untersuchung das für die Kontrolle und Überwachung der Geschäftsleitung zuständige Organ, in der Aktiengesell-

189) Zumindest wäre § 30 Abs 3 DSG ein Argument dafür, einen Regress mit jener Strafe zu begrenzen, die die natürliche Person zu gewärtigen hätte, wenn die juristische Person in concreto nicht bestraft werden könnte.

schaft und der GmbH mit Aufsichtsrat eben dieser (vgl § 95 Abs 3 AktG, § 30j GmbHG)¹⁹⁰⁾ und in der aufsichtsratslosen GmbH die Gesellschafter.

Der Anlass für eine unternehmensinterne Untersuchung kann darüber hinaus mannigfaltig sein. Neben dem „klassischen“ Fall der Aufdeckung vermuteter Sorgfaltspflichtverstöße und/oder Straftaten, für deren nähere Prüfung nicht selten Medienberichte der Auslöser sein können,¹⁹¹⁾ kann der Zweck der Untersuchung insb auch darauf gerichtet sein, die durch öffentliche Berichterstattung beschädigte Reputation des Unternehmens wiederherzustellen oder ganz konkret Nachteilen vorzubeugen, die zB auf dem Kapitalmarkt und/oder aufgrund der mit finanzierenden Banken bestehenden und entsprechende „Compliance-Garantien“ beinhaltenden Verträgen drohen. Wird gegen das Unternehmen verbandsstrafrechtlich ermittelt, so spielt für die Ausübung des der Strafverfolgungsbehörde eingeräumten „Verfolgungsermessens“ (§ 18 VbVG) uA „das Verhalten des Verbandes nach der Tat“ eine Rolle. Es ist in der Praxis anerkannt, dass neben der erforderlichen Kooperation des Verbandes mit der Strafverfolgungsbehörde auch die Durchführung eigenständiger Untersuchungen zum Zwecke der Ergreifung von Verbesserungsmaßnahmen, die künftige Verstöße zu verhindern geeignet sind, ein taugliches „Nachtatverhalten“ sein kann, das die Staatsanwaltschaft von einer Verfolgung des Verbandes absehen lässt.

Darüber hinaus ist bei der Bemessung der Verbandsgeldbuße mildernd zu berücksichtigen, wenn der Verband „nach der Tat erheblich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat“ (§ 5 Abs 2 Z3 VbVG) oder er „wesentliche Schritte zu zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten unternommen hat“ (§ 5 Abs 3 Z 5 VbVG).

Da bei internen Untersuchungen in größeren Unternehmen regelmäßig externe Berater (Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und deren Forensik-Abteilungen sowie Rechtsanwaltsunternehmen) eingeschaltet werden, können die Kosten solcher Untersuchungen enorm sein. Nirgendwo wurde dies bislang deutlicher als im Falle der Entscheidung des Landgerichtes München I im Falle *Siemens/Neubürger*.¹⁹²⁾ Die Klägerin (Siemens AG) brachte vor, der Beklagte habe seine Pflichten als Vorstandsmitglied verletzt, indem er als Mitglied des Kollegialorgans Vorstand nicht dafür gesorgt habe, ein effektives Compliance-System zu installieren;¹⁹³⁾ denn in diesem Fall wäre das „Schwarzekassensystem,“ das konkret zu korruptiven Vorgängen in Nigeria geführt hatte, wohl 2003 am Ende gewesen.¹⁹⁴⁾ Basierend auf den Pflichtwidrigkeiten verlangte die Siemens AG aus dem Titel des Schadenersatzes die für Schmiergeldzahlungen abgeflossenen Beträge sowie die Kosten einer US-amerikanischen Rechtsanwaltssozietät (*Debevoise & Plimpton*),

190) In der GmbH hat der Aufsichtsrat freilich die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung als des obersten Willensbildungsorgans der Gesellschaft zu beachten, was im konkreten Zusammenhang bedeutet, dass die Gesellschafter eine vom Aufsichtsrat eingeleitete unternehmensinterne Untersuchung sowohl an sich ziehen als auch stoppen können.

191) Man kann davon ausgehen, dass mit der Umsetzung der Whistleblower-RL die Zahl dieser Fallkonstellationen ansteigen wird.

192) LG München I 5 HK O 1387/10.

193) Notabene: Der Beklagte war im Vorstand der Siemens AG keineswegs für Compliance zuständig (ja er hatte nach dem festgestellten Sachverhalt sogar Compliance-Mängel gelegentlich moniert!); er war nur das einzige Vorstandsmitglied, das einen außergerichtlichen Vergleich mit der Siemens AG und eine damit verbundene Zahlung abgelehnt hatte.

194) Rz 73 und 75 des Urteils.

die die Untersuchung zur Aufdeckung der Missstände im Auftrag der Siemens AG durchführte.¹⁹⁵⁾ Geltend gemacht wurden im Rahmen einer Teileinklagung „nur“ 15 Mio € von 150 Mio €, nämlich 12,85 Mio € an Honorarzählungen an die Rechtsanwaltssozietät und 2,15 Mio € als abgeflossene Beträge aufgrund eines mutmaßlich unwirksamen und korruptiven „Beratervertrages“.¹⁹⁶⁾ Das LG München I gab dem Schadenersatzanspruch in Höhe von 15 Mio € auf Basis des § 93 Abs 2, 1. Satz dAktG (entspricht § 84 Abs 2, 1. Satz öAktG) statt.¹⁹⁷⁾ Die Berechnung des Schadens erfolgte nach der Differenzmethode. Dafür wird das tatsächliche Vermögen der Gesellschaft mit jenem Vermögen verglichen, das die Gesellschaft hätte, wäre das schädigende Verhalten nicht passiert.¹⁹⁸⁾ Die Kosten der Rechtsanwaltssozietät seien nach Ansicht des Gerichts ein ersatzfähiger Schaden, „sofern sie aus Sicht der Geschädigten zur Wahrnehmung ihrer Rechte erforderlich und zweckmäßig sind.“¹⁹⁹⁾ Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass die genannten Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt seien, weil die Untersuchung angesichts drohender Sanktionen durch die US-amerikanische Börsenaufsicht durchgeführt werden musste.²⁰⁰⁾ Eine Zurechnung zum Beklagten konnte erfolgen, weil die Durchführung der Untersuchung bzw die Einschaltung der Rechtsanwaltssozietät eine Folge der Pflichtverletzungen des Beklagten und notwendig war.²⁰¹⁾ Zur Frage der Kausalität führte das Gericht dezidiert aus, dass der Kausalitätsverlauf nicht durch das Fehlverhalten Dritter – gemeint wohl: jener, die das Schwarzkassensystem aktiv betrieben hatten – durchbrochen worden sei.²⁰²⁾

Fleischer äußerte sich zustimmend betreffend die Ersatzfähigkeit der Kosten für die Aufklärung als Schadenersatz.²⁰³⁾ Der Ansicht von *Fleischer* zufolge handelt es sich bei Kosten für *internal investigations* nicht um Rechtsverfolgungskosten im engeren Sinn, sondern allenfalls um solche im weiteren Sinn, sollte später auf Basis der Untersuchungsergebnisse eine Schadenersatzklage geltend gemacht werden.²⁰⁴⁾ Tatsächlich seien, so *Fleischer*, derartige Kosten Schadensminderungs-

195) Rz 75 des Urteils.

196) Vgl Zusammenfassung des Sachverhalts bei *Fleischer*, Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das *Siemens/Neubürger*-Urteil des LG München I, NZG 2014, 321 (322).

197) Rz 101 des Urteils.

198) *Fleischer*, NZG 2014, 321 (326).

199) Rz 124 des Urteils unter Verweis auf BGH NJW 2005, 1012; BGHZ 127, 348, 350 ff = NJW 1995, 446, 447.

200) Rz 124 des Urteils. Ua heißt es dort wörtlich: „In dieser Situation kann es einem Unternehmen, dessen Sitz außerhalb der Vereinigten Staaten von Amerika liegt, nicht verwehrt sein, spezialisierte amerikanische Rechtsanwaltskanzleien einzuschalten, um sich gegen die Vorwürfe zur Wehr zu setzen oder zumindest eine deutliche Reduktion der Sanktionen zu erreichen.“

201) Rz 125 des Urteils.

202) Rz 125 des Urteils: „Da die Beauftragung ihre Ursache auch und gerade in der nicht hinreichenden Compliance-Organisation hatte, lässt sich eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs keinesfalls bejahen. Es kann nicht bereits davon ausgegangen werden, dass die Beauftragung dieser Rechtsanwaltskanzlei als Fehlverhalten Dritter anzusehen ist; abgesehen davon unterbricht ein in den Kausalverlauf eingreifendes Fehlverhalten Dritter gerade auch bei der Schadensbeseitigung den Zurechnungszusammenhang regelmäßig nicht; für eine Ausnahmesituation bestehen hier keinerlei Ansatzpunkte (vgl. hierzu BGH NJW 2000, 947, 948 mwN aus der umfangreichen Rechtsprechung; Palandt-Grüneberg, 73. Aufl., Vorb v § 249 Rdn. 47, Schiemann in: Staudinger, Neubearb. 2005, Rdn. 57 zu § 249).“

203) *Fleischer*, NZG 2014, 321 (327).

204) *Fleischer*, NZG 2014, 321 (327).

kosten, die ebenfalls ersatzfähig wären.²⁰⁵) Denkbar wäre auch, die Kosten als förderlich und erforderlich zur Wiederherstellung der Reputation zu qualifizieren.²⁰⁶) Dass die denkbar hohen Stundensätze und nicht etwa die Kosten nach dem (deutschen) Rechtsanwaltsvergütungsgesetz herangezogen wurden, füge sich in die jüngere Rsp ein.²⁰⁷) *Fleischer* befürwortete die vom LG München I angewendete Beweiserleichterung zu Gunsten der klagenden Partei, weil im Falle fehlender oder unzureichender Compliance-Vorkehrungen des Vorstandes der Gesellschaft eine Beweiserleichterung hinsichtlich der hypothetischen Kausalverläufe zugutekommen solle.²⁰⁸)

Keine Einschränkung der Ersatzfähigkeit von Untersuchungskosten ist aus § 11 VbVG abzuleiten. Das wurde im Wesentlichen bereits oben geklärt: § 11 VbVG schließt den Regress für „sämtliche Sanktionen und Rechtsfolgen“ aus, worunter nach den Materialien²⁰⁹) auch Verteidigungskosten zu verstehen sind. Dies dehnt den Wortlaut schon stark aus, bezieht sich aber offenkundig nur auf jene Kosten, die dem Verband/Unternehmen im Verfahren zur Abwehr verbandsstrafrechtlicher Verantwortlichkeit entstehen. Kosten einer unternehmensinternen Untersuchung, die eingeleitet wird, um Vorwürfe gegen Mitarbeiter und/oder Entscheidungsträger von möglicherweise verbandsstrafrechtlicher Relevanz zu klären, fallen definitiv nicht unter das Regressverbot.

B. Die „Detektiv-Rechtsprechung“ des OGH

Die Frage der Ersatzfähigkeit von Kosten der vom Vertragspartner bzw Geschädigten beauftragten Aufklärung rechtswidrigen – entweder vertragswidrigen oder deliktischen – Verhaltens einer Person beschäftigte die Rechtsprechung in der Vergangenheit vor allem in arbeitsrechtlichem und eherechtlichem Zusammenhang. Dabei ging es typischerweise um die Frage, unter welchen Umständen Ersatz der Detektivkosten zusteht bzw wann ein solcher Ersatz ausgeschlossen ist. So sprach der OGH Detektivkosten zur Aufdeckung eines Krankenstandmissbrauchs zu, auch wenn bereits ein einmaliges Fehlverhalten dokumentiert worden war.²¹⁰) Knapp davor hatte das Höchstgericht den Ersatz der Detektivkosten abgelehnt, weil der Sachverhalt (eine außereheliche Beziehung) bereits bekannt gewesen sei.²¹¹) Der betrogene Ehepartner kann laut OGH sogleich einen Detektiv einschalten und muss nicht versuchen, den Sachverhalt durch Nachfragen beim betrügenden Ehepartner zu klären.²¹²) Kein Kostenersatz gebührt indes bei rechtsmissbräuchlicher Überwachung des Ehepartners, wenn die Ehe ohnehin nur mehr auf dem Papier bestanden hatte.²¹³)

205) *Fleischer*, NZG 2014, 321 (327).

206) *Fleischer*, NZG 2014, 321 (327).

207) *Fleischer*, NZG 2014, 321 (327) mit Verweis auf *LG Karlsruhe*, NJW 2009, 1153 (1154); *OLG München*, AG 2011, 204 = BeckRS 2010, 18258; eingehend *Krüger/Rapp*, MDR 2010, 422 (423ff); *Schlosser*, NJW 2009, 2413 = NJOZ 2009, 2376 (2378ff); *OLG München*, AG 2011, 204 = BeckRS 2010, 18258.

208) *Fleischer*, NZG 2014, 321 (328). Diese Beweiserleichterung soll nach *Fleischer* aber nur auf derart gelagerte Fälle zur Anwendung gelangen und nicht auch dann, wenn eine grundsätzlich funktionsfähige Compliance-Struktur existiere.

209) ErlRV 994 BlgNR 22. GP 30.

210) 8 ObA 8/21s Zak 2021, 183 (*Kolmasch*) = EvBl-LS 2021/86 (*Hargassner*).

211) 9 ObA 62/20p.

212) 5 ObA 187/18p.

213) 4 Ob 100/15g.

Kosten für den Einsatz eines Detektivs sind eine bestimmte Art von Untersuchungskosten. Aufgrund der eindeutigen Gemeinsamkeiten bei den Anspruchsvoraussetzungen hat sich der Ersatz von Untersuchungskosten, dh insb der Kosten der Heranziehung von forensischen Prüfungen durch Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und der juristischen Aufklärung durch Rechtsanwälte bei vermutetem Fehlverhalten von Führungskräften und sonstigen Arbeitnehmern, nach den bei der Prüfung der Ersatzfähigkeit von Detektivkosten herausgebildeten Grundsätzen zu richten.²¹⁴⁾ Wie gesagt, bezieht sich die vorhandene Rechtsprechung vor allem auf Detektivkosten.²¹⁵⁾ Doch auch die Ersatzfähigkeit sonstiger Untersuchungskosten wird unter Schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten im Schrifttum ganz überwiegend bejaht.²¹⁶⁾

C. Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit von Untersuchungskosten

Dass unternehmensinterne Untersuchungen unterschiedliche Anlässe haben und unterschiedlichen Zwecken dienen können, wurde oben schon dargelegt. Grundsätzlich können Kosten für Untersuchungen (zu denen auch der Einsatz von Detektiven gehört), die bloß der Beweissammlung und Beweissicherung für ein bevorstehendes oder gar anhängiges Gerichtsverfahren dienen, als „vorprozessuale Kosten“ nicht selbstständig geltend gemacht werden.²¹⁷⁾

Hat das Unternehmen/der Arbeitgeber hingegen ein eigenständiges Interesse an der Aufklärung des Sachverhalts, das über die Betreibung eines möglichen Schadenersatzprozesses (oder deren mehrerer) hinaus geht, ist eine selbstständige Geltendmachung von Untersuchungskosten aus dem Titel des Schadenersatzes möglich.²¹⁸⁾ Ein solches eigenständiges Interesse an der Aufklärung des Sachver-

214) So auch Grützner, *Interne Ermittlungen – Leitfaden für die Praxis*, in *Momsen/Grützner, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*² (2020) § 16 Rz 572 unter Bezugnahme auf LG München I 5 HK O 1387/10, *Siemens/Neubürger*, Beck RS 2014, 1998.

215) Vgl dazu auch Gerhartl, *Ersatz von Detektivkosten*, Zak 2016, 28.

216) *Kodek (in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*^{1 03} § 1293 Rz 15, FN 53 (Stand 1. 1. 2018, rdbat) nennt Nachforschungskosten als ersatzfähigen Rettungsaufwand zur Gefahrenabwehr; vgl auch Matthey/Dittrich, *Unternehmen, Organe und Mitarbeiter als Betroffene von Kartellverfahren und Kartellprozessen*, in *Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess* (2017) § 42 Rz 37, die meinen, die Ersatzfähigkeit der Kosten für interne Aufklärungen sei unstrittig.

217) So das Berufungsgericht als Unterinstanz in 1 Ob 189/12v AnwBl 2013, 54: „*vorprozessuale Kosten, also Kosten, die der Beweissammlung und Beweissicherung dienen, sind idR im Rahmen des prozessualen Kostenersatzanspruches geltend zu machen, solange Akzessorität zum Hauptanspruch besteht.*“ Dies ist zwar korrekt, doch wendete das Berufungsgericht diesen Grundsatz uE nicht richtig an, weil es zu Unrecht eine Nähe zwischen der vorgenommenen Untersuchung und einem Schadenersatzprozess annahm.

218) 1 Ob 189/12v AnwBl 2013, 54 – die Sache betraf einen Schadenersatzprozess, in dessen Rahmen der Kläger kostspielige Untersuchungen durchführte, um herauszufinden, wer rechtswidriger Weise bestimmte Grenzwerte überschreitende Abwässer eingeleitet hatte. Der OGH sprach aus, dass im vorliegenden Fall „*keine besondere Nähe der Kosten verursachenden Maßnahmen des Klägers zur späteren Prozessführung (über den Schaden durch die Notwendigkeit der Entsorgung des Klärschlammes) erkennbar [ist]. Vielmehr lag eine Situation vor, in der der Kläger ein besonderes Interesse an der Sachverhaltsermittlung unabhängig von der Rechtsverfolgung in einem denkbaren späteren Prozess hatte. In erster Linie ging es darum, den Verursacher der Verunreinigungen ausfindig zu machen, um diesen zu veranlassen, die Einleitung schädlicher Abwässer einzustellen, damit der anfallende Klärschlamm in Hinkunft wieder kompostiert werden kann und nicht teuer entsorgt werden muss.*“ Basierend auf der Einschätzung, dass die Aufklärung, des

haltes besteht vor allem dann, wenn die Untersuchung auch der Gefahrenabwehr dient. „Gefahrenabwehr“ muss hier in einem weiten Sinn verstanden werden; erfasst sind nicht nur drohende Sachschäden (zB durch Fortführung einer Emission in Form verschmutzter Abwässer oder giftiger Stoffe etc, sondern auch bloße Vermögensschäden, zB in Form künftig drohender (weiterer) behördlicher Sanktionen. Wenn in einem Unternehmen der Verdacht massiver Kartellrechtsverstöße oder gravierender Datenschutzrechtsverletzungen auftaucht, erhebt sich typischerweise sofort die Frage, ob das Unternehmen geeignete Maßnahmen eingerichtet hat, um solchen Verstößen vorzubeugen. Es geht also regelmäßig um die Frage der Existenz einer risikoadäquaten Compliance-Organisation. Für eine solche zumindest *nach* Erkennbarkeit schwerer Defizite zu sorgen, kann – wie schon erwähnt – Vorteile im Verbandsstrafverfahren bringen. Und eine verbandsstrafrechtliche Verurteilung – aber auch Verurteilungen wichtiger Unternehmensrepräsentanten – können den Ausschluss von öffentlichen Vergabeverfahren bewirken oder dazu führen, dass die in Unternehmensfinanzierungsverträgen gegebenen „Compliance-Garantien“ nicht eingehalten werden, was den Verlust solcher Finanzierungen, zumindest aber deren Verteuerung nach sich ziehen kann.²¹⁹⁾

Zu bedenken ist idZ auch, dass in Unternehmen, die typischerweise in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft (es verhält sich aber bei einer Genossenschaft oder Sparkasse nicht anders) geführt werden, die zuständigen Organe zur Durchführung interner Untersuchungen uU *verpflichtet* sind. Dies gilt für den Vorstand/die Geschäftsführung in gleicher Weise wie für den Aufsichtsrat, dessen in § 95 Abs 3 AktG verankerte Befugnisse sich zur *Pflicht* verdichten, wenn ausreichende Anhaltspunkte dafür da sind, eine Untersuchung einzuleiten. Vorstand oder Aufsichtsrat würden sich selbst verantwortlich machen, gingen sie Indizien für mögliches Fehlverhalten im Unternehmen (bzw im Falle des Aufsichtsrates Fehlverhalten im Vorstand) nicht nach und nähmen so ihre Kontrollverantwortungen nicht wahr.²²⁰⁾

Ersatz gebührt grundsätzlich für zweckmäßige und notwendige Kosten. Das ist leichter gesagt als praktisch umgesetzt. Denn die Ermittlung von Krankheitsmissbräuchen durch einen einzelnen Arbeitnehmer ist in ihrer Komplexität nicht im Entferntesten einer unter Einschaltung von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Rechtsanwälten betriebenen Untersuchung eines größeren Unternehmens betreffend die Verwicklung in ein bedeutendes und über Jahre betriebenes Kartell vergleichbar. Dennoch sind, wie schon gesagt, die in der „Detektiv-Rsp“ des OGH herausgebildeten Grundsätze auch auf solche komplexen Untersuchungen anwendbar. Eine wesentliche Aussage hat der OGH erst vergangenes

Sachverhalts einem weiteren, eigenständigen Zweck diene und nicht nur der Führung eines Prozesses im Hinblick auf den aufgeklärten Sachverhalt, bejahte der OGH die Möglichkeit, dass die Kosten der Untersuchung als selbstständiger Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden könnten.

219) So war zB im Fall der *Siemens AG* die treibende Kraft hinter der Beauftragung einer US-amerikanischen Rechtsanwaltssozietät (*Debevoise & Plimpton LLP*), deren Kosten sich dem Vernehmen nach auf mehrere hundert Millionen USD beliefen, die US-amerikanische Börsenaufsichtsbehörde SEC. Und vor allem fürchtete die *Siemens AG* bei nicht ausreichender Kooperation mit den US-Behörden den Ausschluss vom amerikanischen Markt bei Auftragsvergaben.

220) Vgl zur Pflicht des Aufsichtsrates, einer bestehenden Verdachtslage nachzugehen *J. Koch*, Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats der AG als Kläger oder Beklagte, in MünchHB GesR VII⁶ (2020) § 30 Rz 37.

Jahr getroffen, als er aussprach, bei Erlangung eines Nachweises über einen *einzelnen* Verstoß könnten weitere Nachforschungen dennoch notwendig sein. Die Notwendigkeit wäre zu bejahen, wenn bzw weil die Gefahr bestünde, dass ein bloß einmaliges Fehlverhalten nicht den Rechtsstandpunkt des die Untersuchung Beauftragenden in einem etwaigen Prozess zu tragen vermöge oder Betroffene unrichtige Ausreden und Rechtfertigungen für die Situation finden könnten.²²¹⁾

Diesem Gesichtspunkt kommt bei komplexen internen Untersuchungen naturgemäß besondere Bedeutung zu, weil von solchen nicht nur eine größere Anzahl von Personen, sondern auch eine Häufung mehrerer Rechtsverletzungen bei ein- und derselben Person vorkommen können (man denke an jahrelang aufrechterhaltene Kartellrechtsverstöße). Freilich erahnt man hier schon, dass bei einer solchen Betrachtungsweise und in Anbetracht der Unternehmensrealität auf einen einzelnen Betroffenen (sofern dessen rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten erwiesen wird) gigantische Schadenersatzforderungen zukommen können. Der Fall *Siemens/Neubürger* ist dafür ein sehr eindrucksvoller und drastischer Beleg.

Von Unternehmen (zB vom Aufsichtsrat in Wahrnehmung seiner Kompetenz nach § 95 Abs 3 AktG) in Auftrag gegebene interne Untersuchungen bestehen regelmäßig aus einem Sachverhaltsteil und einer rechtlichen Würdigung. Zur Ermittlung des relevanten Sachverhaltes werden oft Wirtschaftsprüfungsgesellschaften eingeschaltet, die eigene Forensik-Abteilungen unterhalten; die rechtliche Beurteilung wird in Abstimmung mit den Forensikern regelmäßig von Rechtsanwälten durchgeführt. Das Argument, bei der Geldentmachung von Kosten für ein Rechtsgutachten als Teil einer unternehmensinternen Untersuchung handle es sich allenfalls um vorprozessuale Kosten,²²²⁾ kann aber grundsätzlich nur dann greifen, wenn das Rechtsgutachten nicht einem eigenen von der Führung eines möglichen Prozesses losgelösten Zweck dient, sondern gegebenenfalls einen solchen vorbereiten oder generell die rechtlichen Verantwortungen klären soll.

D. Kausalität

Die spannendsten Fragen iZm der Ersatzfähigkeit von Kosten internen Untersuchungen stellen sich bei der Kausalität. Das ist nicht weiter verwunderlich. Schon in seiner „Detektiv-Rsp“ musste sich der OGH mit dem Thema beschäftigen. Bei komplexen Untersuchungen, die eine Vielzahl möglicher Verantwortlicher und die Prüfung zahlreicher möglicher Verstöße in unterschiedlichen Beteiligungen und über einen vielleicht langen Zeitraum betreffen, sind die zu klärenden Fragen aber deutlicher komplexer.

221) 8 ObA 8/21s Zak 2021, 183 (Kolmasch)= EvBl-LS 2021/86 (Hargassner). Betroffen war ein Arbeitnehmer, dessen Krankenstandsmisbrauch durch den Einsatz eines Detektives aufgedeckt wurde.

222) 1 Ob 189/12v AnwBl 2013, 54: „So wurde etwa zu vorprozessualen Privatgutachtenskosten ausgeführt, diese könnten Gegenstand eines eigenen Schadenersatzanspruchs sein, wenn ein besonderes Interesse an der Sachverhaltsermittlung unabhängig von der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in einem Prozess besteht (RIS-Justiz RS0035826 [T 1]). Dient die Einholung eines Gutachtens nicht in erster Linie der Beweissammlung und der Vorbereitung eines Prozesses, sondern besteht vielmehr das besondere Interesse des späteren Klägers an der Sachverhaltsermittlung unabhängig von der denkbaren prozessualen Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung gegenüber dem späteren Beklagten, ist der Ersatz im ordentlichen Rechtsweg zu begehren (RIS-Justiz RS0035826 [T 7]).“

1. Tatverdacht als Grundvoraussetzung

Die Ersatzfähigkeit von Untersuchungskosten setzt voraus, dass das (rechtswidrige) Verhalten des späteren Schadenersatzverpflichteten kausal für die beauftragte Untersuchung bzw für den Einsatz externer Berater war. Maßgeblich ist ein ausreichender Anfangsverdacht eines rechtswidrigen, potenziell schadenstiftenden Verhaltens. Das ergibt sich gut nachvollziehbar bei Anwendung der *conditio sine qua non*-Formel: Wenn der Arbeitgeber (oder der sonst sich in seinen Rechten verletzt Glaubende) gar keinen Verdacht gegen eine Person hegt, dann fehlt in dem Fall, dass die Untersuchung später ein rechtswidriges und schadenstiftendes Fehlverhalten einer Person ergibt, die Kausalität zwischen Fehlverhalten und Untersuchung (Aufwand). Der Arbeitgeber/Verletzter hätte ja die Untersuchung auch durchgeführt bzw beauftragt, wenn der Betroffene das Fehlverhalten nicht gesetzt hätte.

Das Kriterium der Kausalität darf aber nicht so eng gefasst werden, dass nur Ersatz für Untersuchungskosten zustünde, wenn bei Einleitung der Untersuchung bereits ein bestimmter Verdacht gegen eine *konkrete* Person vorliegt und diese gar schon wegen eines konkreten Fehlverhaltens verdächtigt wird. Zwar ist am Erfordernis eines „Tatverdachts“ (dies muss nicht im strafrechtlichen Sinne gemeint sein) als Gradmesser für die Kausalität festzuhalten, doch muss sich der Tatverdacht keinesfalls bereits auf eine konkrete Person beziehen, um später die Untersuchungskosten geltend machen zu können. Andernfalls hätte die Untersuchung auch weniger den Charakter einer Untersuchung denn einer Beweismittelbeschaffung.

Im Kern geht es darum, dass der Arbeitgeber nicht die Kosten genereller Überwachungsmaßnahmen überwälzen können soll, deren Fehlverhalten im Rahmen von „Zufallsfunden“ festgestellt wird (dazu näher unten III.D.2.).

Auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung dürfte diese Ansicht stützen. In der oben bereits zitierten Entscheidung,²²³⁾ wo es um die Einleitung von Abwasser ging, konnte nicht davon ausgegangen werden, dass von Beginn an klar war, wer unzulässigerweise die Grenzwerte überschreitendes Abwasser einleitete. Auch in einem anderen Fall scheiterte der Kostenersatz nicht daran, dass der Arbeitgeber nicht einen Verdacht gegen eine konkrete Person hegte, sondern daran, dass der Arbeitgeber einen ganz anderen Umstand als den gefundenen untersuchen wollte, nämlich die Fehlbeträge in der Kasse.²²⁴⁾ Das Thema ist bislang nicht wirklich aufgearbeitet und umstritten.²²⁵⁾

223) 8 ObA 8/21s Zak 2021, 183 (Kolmasch) = EvBl-LS 2021/86 (Hargassner).

224) 9 ObA 129/05v.

225) Vgl zB Grützner, in Momsen/Grützner, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht² Rz 573, der ausführt: „Voraussetzung für einen Anspruch gegen einen Mitarbeiter auf Erstattung der Kosten für externe Ermittler ist, dass der Arbeitgeber die externen Ermittler anlässlich eines konkreten Tatverdachts mit der Überprüfung des Arbeitnehmers beauftragt hat ...“. Ähnlich problematisch ist die Aussage in der von Grützner zitierten E des BAG (8 AZR 226/08): „Um Detektivkosten ersetzt verlangen zu können, muss der Arbeitgeber vortragen, dass er vor Beauftragung der Detektei einen konkreten Tatverdacht gegen den Arbeitnehmer hatte...“ In der angeführten E war diese Frage aber gar nicht erheblich, weil klar war, dass sich der Tatverdacht gegen eine bestimmte Person richtete. Ähnliches gilt für eine weitere von Grützner zitierte E (LAG Baden-Württemberg 19 Sa 46/19), deren erster Leitsatz lautet: „Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber die durch das Tätigwerden eines Detektivs entstandenen notwendigen Kosten zu ersetzen, wenn der Arbeitgeber aufgrund eines konkreten Tatverdachts einen Detektiv die Überwachung des Arbeitnehmers

Richtigerweise spielt für die Prüfung der Kausalität auch die Intensität des Tatverdachtetes eine Rolle. Denn zu bedenken ist, dass die Mitglieder der für die Durchführung solcher Untersuchungen zuständigen Organe (idR Vorstand oder Aufsichtsrat) nur ein beschränktes Handlungsermessen bei der Beurteilung der Frage besitzen, ob eine Untersuchung durchgeführt werden muss. Bei Verdacht von gravierenden Verstößen *hat* der Aufsichtsrat (dasselbe muss aber für den Vorstand gelten) eine Untersuchung vorzunehmen (auch wenn die Verdachtslage noch eher dünn ist);²²⁶⁾ geht es hingegen um mögliche Pflichtwidrigkeiten geringerer Schwere, ist der Aufsichtsrat bei einer bloß dünnen Verdachtslage nicht zur Durchführung einer Untersuchung angehalten.²²⁷⁾ Vor diesem Hintergrund ist es überzeugend, auch bei der Kausalität einen umso geringeren Tatverdacht genügen zu lassen, je gravierender die vermuteten Pflichtverletzungen sind. Je gravierender die vermuteten Pflichtverletzungen sind, desto mehr kann auch auf das Erfordernis eines Tatverdachtetes gegen konkrete Personen verzichtet werden. In der Praxis wird es nicht selten so sein, dass zu Beginn einer größeren Untersuchung – die zB aufgrund von Medienberichten betreffend einen angeblichen Bestechungsskandal in einer ausländischen Tochtergesellschaft oder wegen der Beteiligung an einem jahrelang aufrecht erhaltenen Branchenkartell eingeleitet wird – der (möglicherweise große) Kreis von „Verdächtigen“ durch deren Position im Unternehmens- bzw Konzernorganigramm definiert sein wird. Denn nur wer entweder überhaupt in einer Position ist, an kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen mitzuwirken oder wer kraft seiner Führungsfunktion die Verpflichtung hat, solche Verstöße zu verhindern oder entdeckte zu melden, kann sich einer schuldhaften Verletzung der aus seinem Arbeitsvertrag oder freien Dienstvertrag (zB Vorstands-Anstellungsvertrag) resultierenden Pflichten schuldig machen und letztlich Schadenersatzpflichtig werden. Eine solche „funktionsbezogene Verdachtslage“ ist natürlich nicht gleichbedeutend mit einem Verdacht gegen eine konkrete Person; gleichwohl wäre es verfehlt, demjenigen, der durch die Untersuchung tatsächlich einer schuldhaften Pflichtwidrigkeit überführt wird, den Einwand zu gestatten, das Unterbleiben bloß seines Fehlverhaltens hätte an der Einleitung der Untersuchung nichts geändert (s auch III.D.3. zur kumulativen Kausalität).

2. „Zufallsfunde“ und Kausalität

Nach der Rechtsprechung des OGH gebührt kein Ersatz für die Untersuchungsmaßnahmen/Detektivkosten mangels Kausalität, wenn *zufällig* ein Fehlverhalten aufgedeckt wird, das gar nicht intendierter Gegenstand der Beobachtung war.²²⁸⁾ In der zitierten E ging es um die Kosten der Videoüberwachung, die wegen des Verdachts von Entnahmen und daraus resultierenden Fehlbeträgen aus der Kasse – wobei sich der Verdacht nicht gegen eine ganz bestimmte Verkäuferin richtete, weil mehrere in Betracht kamen – beauftragt worden war und überraschender Weise neben der Aufklärung der Entnahmen aus der Kasse durch eine

überträgt und der Arbeitnehmer einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt wird...“ Auch hier richteten sich die Untersuchungen von Beginn an gegen eine bestimmte Person, sodass nie streitgegenständlich war, ob Untersuchungen, die „gegen Unbekannt“ geführt wurden, zur Überwälzung der Kosten berechtigen würden. Insofern handelt es sich um nur bedingt verwertbare Aussagen.

226) Vgl J. Koch in MünchHB GesR VII⁶ § 30 Rz 37.

227) Vgl näher J. Koch in MünchHB GesR VII⁶ § 30 Rz 37

228) 9 ObA 129/05v.

der Verkäuferinnen (Verkäuferin A) auch zu Tage förderte, dass sich eine weitere Verkäuferin (Verkäuferin B) Kundenrabatte zugeignet hatte. Einen dahingehenden Verdacht hatte es nicht gegeben, weil die Zueignung der Kundenrabatte zu keinen Fehlbeträgen führte und bisher auch sonst nicht aufgefallen war. Nach Ansicht des OGH konnte der Arbeitgeber von der Verkäuferin B keinen Ersatz für die Überwachungskosten verlangen, weil die Überwachung dazu diene, aufzudecken, wer für die Fehlbeträge verantwortlich war und nicht, auszuforschen, ob sich jemand Kundenrabatte zuwendete (die eben gerade nicht als Fehlbeträge aufschienen). Die Verkäuferin hatte durch ihr System mit den Kundenrabatten nicht für Fehlbeträge gesorgt. Deshalb gab ihr – wenn auch rechtswidriges und schadenersatzbegründendes – Verhalten keinen Anlass für die Untersuchung, es handelte sich um einen bloßen Zufallsfund.

Es ist zutreffend, dass ein „Zufallsfund“ (das ist das Aufdecken einer Pflichtwidrigkeit im Rahmen einer Untersuchung, die auch nicht im weiteren Sinne jenes Verhalten zum Gegenstand hatte, dessentwegen die Untersuchung eingeleitet wurde), nicht zur Schadenersatzpflicht betreffend die Kosten der Untersuchung führt. Das Merkmal „Verhalten“ ist aber nicht eng zu verstehen. Leitet der Arbeitgeber eine Untersuchung wegen des gegen mehrere Mitarbeiter gerichteten Verdachtes überhöhter Hotelreisepesen ein, dann ist es uE *kein* „Zufallsfund“, wenn sich herausstellt, dass außerdem bei Essensrechnungen oder Flug- bzw Bahntickets manipuliert wurde. All dies fällt unter „Reisepesen“, und deshalb sollten die Kosten für die Aufdeckung von damit zusammenhängendem Fehlverhalten auch ersatzfähig sein, wenn sich der ursprüngliche Verdacht auf eine andere Art von Reisepesen oder nur auf eine bestimmte Art bezog, nicht aber auf jene Arten, bei denen auch Verfehlungen festgestellt wurden.

Abgesehen davon besteht für die zeitlich *vor* dem Zufallsfund liegenden Untersuchungshandlungen keine Kausalität. Freilich ist das nur relevant, wenn dadurch überhaupt ein eigener, von der sonstigen Untersuchung abgrenzbarer Aufwand entsteht. Das sei an einem Beispiel erläutert: Nehmen wir an, das Unternehmen/der Aufsichtsrat hat eine Untersuchung in Auftrag gegeben, um mögliches Fehlverhalten bei einem zum wirtschaftlichen Desaster gewordenen Kraftwerksprojekt in Rumänien zu untersuchen. Im Zuge der allein darauf gerichteten Untersuchung taucht plötzlich und gleichsam aus dem Nichts ein E-Mail auf, aus dem sich Anhaltspunkte für verbotene Bestechungszahlungen in Südamerika ergeben. Die Aufdeckung dieses Zufallsfundes hat gar keine Kosten verursacht, aber sie führt zwangsläufig zu einer neuen und ergänzenden Verdachtslage. Und diese neue Verdachtslage rechtfertigt weitere – nunmehr auf ein ganz anderes Thema bezogene – Untersuchungen. Wird nämlich in Anbetracht des Zufallsfundes weiter nachgeforscht, um den Sachverhalt vollständig zu erfassen, besteht sehr wohl Kausalität im oben dargelegten Sinne, wenn die Untersuchung ein Fehlverhalten ergibt. Es ist daher gegebenenfalls zu trennen zwischen Untersuchungshandlungen (bzw Kosten), die zeitlich *vor* dem Zufallsfund liegen und sich auf den Zufallsfund beziehen und dann nicht kausal für die Durchführung der Untersuchung waren, sowie solchen Untersuchungshandlungen (bzw Kosten), die zeitlich *nach* dem Zufallsfund liegen, für die dieser also sehr wohl kausal war, sodass in dieser Hinsicht – die Pflichtwidrigkeit des aufgedeckten Verhaltens vorausgesetzt – grundsätzlich Schadenersatz gebührt. Untersuchungskosten, die zeitlich vor dem Zufallsfund liegen und mangels Kausalität nicht ersatzfähig sind, werden freilich nur schwer denkbar sein, weil es das Wesen eines „Zufallsfundes“ ist, dass ihm

keine *darauf bezogenen* zielgerichteten Untersuchungsschritte vorangehen. Ab dem Moment, in dem der Fund (zB ein verfängliches E-Mail im oben angeführten Beispiel) gemacht ist, schafft er idR eine neue Verdachtslage, die einen nachfolgenden Untersuchungsaufwand rechtfertigt, der im Falle der Bestätigung eines Fehlverhaltens konkreter Personen diesen gegenüber als Schadenersatz geltend gemacht werden kann.

Wie schon gesagt, soll der Arbeitgeber nicht die Kosten genereller Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen auf Arbeitnehmer überwälzen können, deren Fehlverhalten im Rahmen von „Zufallsfunden“ festgestellt wird. Beschäftigt der Arbeitgeber im Verkaufsraum Sicherheitspersonal, um generell Diebstähle durch Kunden zu unterbinden, kann er auf einen Arbeitnehmer, der durch dieses Personal beim Diebstahl erwischt wird, nicht die Kosten für das Sicherheitspersonal überwälzen. Ist sich der Arbeitgeber hingegen sicher, dass (irgend) ein Arbeitnehmer Waren entnimmt und stellt er hierfür Sicherheitspersonal zur Beobachtung und Überführung ab, ist eine spätere Überwälzung der dadurch entstandenen Kosten grundsätzlich möglich, weil das rechtswidrige Verhalten des Arbeitnehmers den Anlass für die Untersuchung/den Einsatz des Sicherheitspersonals gegeben hatte, auch wenn sich der Verdacht nicht auf einen bestimmten Arbeitnehmer bezog. Beobachtet das hinsichtlich des Verdachts auf Diebstahl engagierte Sicherheitspersonal einen Arbeitnehmer beim Vandalismus in der Kaffeeküche – also bei einem Fehlverhalten, das nicht Grund für die Einleitung der Überwachungsmaßnahmen war – können die Kosten für das Sicherheitspersonal auf diese Person nicht überwälzt werden, weil das Sicherheitspersonal nicht für die Aufdeckung von Vandalismus beschäftigt wurde und die Beschädigung der Kaffeeküche daher nicht kausal für die Kosten des Sicherheitspersonals ist. Dasselbe gilt, wenn sich die Untersuchung zwar konkret gegen diesen Arbeitnehmer richtet, der verdächtigt wird, Waren unerlaubt zu entnehmen, aber dann eben beim Vandalismus – zufällig – erwischt wird. Der Vandalismus wäre mangels Kausalität des Verhaltens für die Untersuchung kein ausreichender Anknüpfungspunkt zur Überwälzung der Untersuchungskosten; nur wenn tatsächlich auch die Entwendung von Waren aufgedeckt würde, sich also der Anlassverdacht erhärtet, ist eine Ersatzfähigkeit denkbar bzw wird sich das Problem der Abgrenzung uU gar nicht stellen, wenn und weil der zum „Zufallsfund“, dh zur Aufdeckung des Vandalismus führende Teil der Untersuchung gar keine eigenen Kosten verursacht hat.

3. Kumulative Kausalität

Umfangreiche unternehmensinterne Untersuchungen zur Aufdeckung möglicherweise komplexen Fehlverhaltens mehrerer Personen (in unterschiedlicher Beteiligungintensität) werfen weitere Zurechnungsfragen auf. Kann der in Anspruch Genommene eine Zurechnung der Untersuchungskosten und damit einen Ersatzanspruch mit dem Argument erfolgreich abwehren, die Untersuchung wäre auch durchgeführt worden, hätte man kein pflichtwidriges Verhalten bei ihm festgestellt, weil eine andere Person ebenfalls ein pflichtwidriges Verhalten setzte und auch ohne das Verhalten des in Anspruch Genommenen die Verdachtslage geschaffen war, die zur Einleitung der Untersuchung geführt hatte? Man stelle sich eine Einkaufsabteilung vor, in der zwei Mitarbeiter für sich und ohne Wissen des anderen Kick-back-Zahlungen annehmen oder zwei Kassiere, die unabhängig

voneinander Geld aus der Kasse entnehmen. Ansatzpunkt zur Beurteilung der Kausalität ist, wie oben bereits ausführlich erläutert, der auf dem rechtswidrigen Verhalten beruhende Anfangsverdacht. Wenn nun der Anfangsverdacht auf Kick-back-Zahlungen oder unzulässige Entnahmen aus der Kasse lautet, wäre die Untersuchung bestimmt auch erfolgt, hätte sich einer der beiden Mitarbeiter nichts zu Schulden kommen lassen. Insofern könnte er das Argument vortragen, sein Verhalten sei für den Anfangsverdacht und die Durchführung der Untersuchung nicht kausal, denn entfielen sein pflichtwidriges Verhalten, hätte sich nichts am Bestehen eines Verdachts und an der Vornahme der Untersuchung geändert.

In diesem Zusammenhang ist beachtlich, was in Lehre und Rechtsprechung zur *kumulativen Kausalität* herausgearbeitet wurde.²²⁹⁾ Haben zwei (oder mehrere) Schädiger nicht erst im Zusammenwirken, sondern jeder für sich gesehen den Schaden herbeigeführt, kann sich nicht einer der Schädiger auf die Kausalität des anderen berufen. Vielmehr haften in diesem Fall beide Schädiger bei fehlender Zurechenbarkeit der Schadensanteile solidarisch nach § 1302 ABGB, obwohl nach der *conditio sine qua non*-Formel das Verhalten keines der Schädiger kausal war.²³⁰⁾

Diese Überlegungen gelten auch für die Begründung des Anfangsverdachts. Hätte im Ergebnis das Verhalten der einen Person ausgereicht, um durch ihr Fehlverhalten einen Anfangsverdacht (und darauf basierend die Untersuchung) auszulösen, sind im Sinne der kumulativen Kausalität *allen* Personen die Kosten der Untersuchung zurechenbar.

E. Verschulden

Neben einem kausal rechtswidrigen Verhalten des wegen der Untersuchungskosten in Anspruch Genommenen ist dessen Verschulden für einen Ersatzanspruch erforderlich. Dieses liegt bereits bei leichter Fahrlässigkeit vor und führt grundsätzlich zu einem Schadenersatzanspruch. Bei jenen Personen, die vom Geltungsbereich des DHG erfasst sind (Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen, die nicht Organmitglieder sind), müssen freilich dessen Haftungsbegrenzungen beachtet werden: Für den untersten Bereich leichter Fahrlässigkeit („entschuld bare Fehlleistung“) wird gar nicht gehaftet, bei leichter Fahrlässigkeit kann das Gericht den Ersatz mäßigen oder ganz erlassen, und selbst bei grober Fahrlässigkeit besteht das richterliche Mäßigungsrecht. Vorsätzliches Handeln ist von der Anwendung des DHG ausgeschlossen.

Unzutreffend und jedenfalls nicht auf Österreich übertragbar ist daher die Meinung von *Grützner*, wonach (zumindest im Arbeitsverhältnis) neben Kausalität ein zusätzliches Erfordernis bestehe, dass der Arbeitnehmer aufgrund dieser Überprüfung einer *vorsätzlichen* Vertragspflichtverletzung überführt werde.²³¹⁾ Diese Ansicht bleibt ohne rechtsdogmatisch belastbare Begründung; der Autor

229) *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1302 Rz 13 (Stand 01. 01. 2007 rdb.at); *Koziol*, Haftpflichtrecht⁴ I B 2 Rz 86; SZ 57/25; 1 Ob 40/83 = SZ 57/51 = ÖBl 1984, 164; 1 Ob 207/98t = SZ 72/47 (in Wahrheit kein Fall kumulativer Kausalität – s Rz 13a) = RdU 2000/39 (*Pilgerstorfer*); 1 Ob 175/01v = JBl 2002, 720 = RdW 2002, 728 = wobl 2002/138 = Miet 54.183 = ZVR 2003/80; 4 Ob 47/01t = JBl 2002, 796; 1 Ob 15/02s = bbl 2002, 161 = immolex 2002/126.

230) *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,08}§ 1302 Rz 41 (Stand 31. 07. 2021, rdb.at); *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1302 Rz 13 (Stand 01. 01. 2007, rdb.at).

231) *Grützner* in *Momsen/Grützner*, Wirtschafts- und Strafverrecht² Rz 573.

führt dafür die deutsche Rechtsprechung ins Treffen. Eine Erklärung, warum die Überwälzung der Kosten für eine Untersuchung strengerer Voraussetzungen unterliegen soll, als es üblicherweise beim Schadenersatz der Fall ist, liefert aber weder *Grützner* noch die von ihm zitierte Judikatur.²³²⁾

Zwar mögen die meisten Fälle, in denen es zum Einsatz von Detektiven kommt, in der Tat vorsätzliches Verhalten betreffen (zB Ehebruch oder Krankheitsmissbrauch – beides kann schwer fahrlässig passieren), dennoch besteht kein überzeugender Grund, den Ersatz auf vorsätzliches Verhalten zu beschränken – weder im Arbeitsverhältnis noch in einer anders gelagerten Konstellation. Auch in Deutschland dürfte die herrschende Meinung Vorsatz als Voraussetzung für schadenersatzrechtliche Zurechnung keineswegs fordern: In der brisanten wie auch tragischen²³³⁾ Rechtssache *Siemens/Neubürger*²³⁴⁾ ging es um Sorgfaltswidrigkeit eines Vorstandsmitgliedes durch Beteiligung an der Unterlassung der Einrichtung einer funktionsfähigen Compliance-Organisation. Das beklagte Vorstandsmitglied war innerhalb des Vorstandes nicht für Compliance zuständig, und es hatte nach dem festgestellten Sachverhalt sogar im Vorstand auf Mängel hingewiesen. Die Kosten der damit im Zusammenhang stehenden Untersuchung wurden vom Gericht gleichwohl als Schadenersatz gewährt. Ein etwaiger Vorsatz des Vorstandesmitgliedes stand dabei nicht in Rede. *Kuhlen*²³⁵⁾ bezieht sich in diesem Zusammenhang auf die allgemeine Schadenersatzvorschrift nach deutschem Recht und schreibt dezidiert, dass bereits leichte Fahrlässigkeit iS von § 276 BGB genüge.

IV. Ergebnisse

1. Jene Rsp des OGH ist zutreffend, die einer gerichtlich oder verwaltungsbehördlich mit einer Geldstrafe belegten (natürlichen) Person den schadenersatzrechtlichen Rückgriff gegen andere Personen verwehrt, die durch ihr rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten zur Tathandlung in irgendeiner Weise beigetragen haben.
2. Dies gilt aber nicht nur für natürliche Personen, sondern auch wenn juristische Personen bestraft werden. Die Regeln über die Zurechnung fremden Verhaltens an juristische Personen dienen der Vermeidung eines sonst be-

232) Eine Überprüfung des Verweises ergab, dass die Rsp auf eine E des BAG aus 2009 zurückgeht (BAG 8 AZR 226/08). Dort heißt es in Rz 22: „ein Arbeitgeber kann dann die durch das Tätigwerden eines Detektivs entstandenen notwendigen Kosten ersetzt verlangen, wenn er den Detektiv anlässlich eines konkreten Tatverdachts mit der Überwachung des Arbeitnehmers beauftragt hat und der Arbeitnehmer dann einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt wird.“ Eine Erläuterung, dass bzw eine Begründung, warum nur vorsätzliches Verhalten schadenersatzbegründend sein soll, findet sich in der E nicht. Die Frage ist überhaupt, ob die BAG-E den Umkehrschluss erlaubt, denn man könnte die Passage auch so verstehen, dass das BAG bei Feststellung einer vorsätzlichen Pflichtverletzung den Schadenersatzanspruch jedenfalls bejaht und dies für andere Formen des Verschuldens unerörtert lässt. In Deutschland bestehen wie in Österreich bestimmte Haftungsprivilegien von Arbeitnehmern gegenüber Arbeitgebern, doch ist die Haftung von Arbeitnehmern weder in Deutschland noch in Österreich per se auf Vorsatz des Arbeitnehmers beschränkt.

233) Der Beklagte hatte sich nach Zustellung des Urteiles das Leben genommen.

234) LG München I 5 HK O 1387/10.

235) *Kuhlen*, Zum Verhältnis von strafrechtlicher und zivilrechtlicher Haftung für Compliance-Mängel Teil 1, NZWiSt 2015, 121 (125).

stehenden Rechtsschutzdefizits (nämlich der Beschränkung der Haftung im deliktischen Bereich auf Besorgungsgehilfen nach § 1315 ABGB), sollen aber nicht zu einem Vorteil für die juristische Person dadurch führen, dass sie die über sie verhängte Strafe auf die für sie handelnden Personen abwälzen kann, während der natürlichen Person eine vergleichbare Möglichkeit nicht offensteht.

Die über ein Unternehmen verhängte Geldbuße/Geldstrafe ist vielmehr kein ersatzfähiger Schaden, weil der Strafanspruch des Staates keinen Nachteil an rechtlich geschützten Interessen iSd normativen Schadensbegriffes verkörpert.

Dies gilt unabhängig davon, ob die Strafe bloß ahndenden oder auch abschöpfenden Charakter hat und in gleicher Weise für eine allfällige Verfalls(ersatz)strafe.

3. Entgegen der Rsp gilt das Überwälzungsverbot aber nicht für die dem Unternehmen im Zuge des Bußgeldverfahrens entstandenen Verfahrenskosten, weil diese nicht Ausdruck eines staatlichen Strafanspruchs sind und keine hoheitlichen Sanktionszwecke erfüllen. Ein schadenersatzrechtlicher Regress gegen verantwortliche Organmitglieder ist daher nach den allgemeinen Regeln möglich. Bei Arbeitnehmern oder arbeitnehmerähnlichen Personen, die nicht gleichzeitig Organmitglieder sind, müssen die Einschränkungen des DHG beachtet werden.
4. Ein durch den Gesetzesverstoß erlangter Vorteil der juristischen Person ist bei der Bemessung der Höhe des Schadenersatzanspruches im Wege der Vorteilsanrechnung zu berücksichtigen. Insb im Kartellrecht ist, in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen, eine Beweislastumkehr zu Lasten des Unternehmens zu befürworten und diesem daher die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass die (ersatzfähigen) Nachteile iZm der Verhängung der Geldbuße die aus dem Kartellverstoß erlangten Vorteile überwiegen.
5. Ein Regressanspruch des Unternehmens gegen handelnde Personen, insb Organmitglieder, kann entweder auf § 896 ABGB gestützt werden, wenn das Unternehmen und die handelnde Person Solidarschuldner sind, oder auf § 1358 ABGB, wenn es sich für das verurteilte Unternehmen um eine materiell fremde Schuld handelt.
Im Falle des § 9 Abs 7 VStG liegt im Einklang mit der jüngeren Rsp des VwGH eine materiell fremde Schuld der juristischen Person vor.
Entstandene Verfahrenskosten wird das Unternehmen vom Organmitglied idR daher nur aus dem Titel des Schadenersatzes erhalten können. Ausnahmen bestehen im Bereich des DHG (§ 3 Abs 2 und § 4 Abs 2 DHG).
6. Ausgehend von der Prämisse, dass Unternehmensbußen nicht im Wege des Schadenersatzes auf handelnde Personen überwälzt werden können, sind zwischen Unternehmen und Organmitglied (Vorstandsmitglied, Geschäftsführer) im Vorhinein getroffene Vereinbarungen, nach denen sich das Organmitglied zum (teilweisen) Ersatz einer allfälligen Unternehmensbuße verpflichtet, gleichwohl zulässig. Voraussetzung für die Zulässigkeit ist aber, dass die Unternehmensbuße auf einem rechtswidrigen und schuldhaften Verhalten des Organmitglieds beruht und ihre Höhe im Vorhinein bestimmt oder bestimmbar und für das Organmitglied nicht existenzvernichtend ist.

Bei dem DHG unterliegenden Personen sind dessen (weitreichende) Einschränkungen zu beachten.

7. Überwälzungsvereinbarungen zwischen Unternehmen und handelnder natürlicher Person, die erst abgeschlossen werden, wenn ein konkreter Geldbußentatbestand verwirklicht ist und auch die Geldbuße betraglich feststeht, sind grundsätzlich ebenfalls zulässig und haben – zumindest so lange keine höchstgerichtliche Klärung der schadenersatzrechtlichen Überwälzbarkeit von Unternehmensbußen erfolgt ist – Vergleichscharakter iSd § 1380 ABGB.
8. Im Kartellrecht sprechen – abgesehen von allgemein-schadenersatzrechtlichen Erwägungen – zusätzliche Gesichtspunkte dafür, dem Unternehmen, über das eine Geldbuße verhängt wurde, keinen Rückgriff auf handelnde natürliche Personen zu ermöglichen. Die Kartellbuße hat wie jede staatliche Strafe den Zweck, dem Unternehmen ein Übel zuzufügen, soll darüber hinaus aber auch dazu dienen, dem Unternehmen die erlangten Kartellvorteile wieder wegzunehmen. Dieser Zweck würde durch eine Geschäftsleiter-Innenhaftung konterkariert. Außerdem sehen weder das Unionskartellrecht noch das österreichische Kartellrecht Bußen für natürliche Personen vor. Die Verweigerung des Regresses steht auch nicht im Widerspruch mit der verhaltenssteuernden Wirkung des Schadenersatzrechts, denn Adressat der Verhaltenssteuerung sind im kartellrechtlichen Zusammenhang primär die Anteilseigner des Unternehmens und das zur Beaufsichtigung und in der österreichischen (und deutschen) Aktiengesellschaft auch zur Abberufung des Vorstands berufene Organ Aufsichtsrat.
Darüber hinaus sind die Geldbußen im Kartellrecht klar auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens als des alleinigen Bußgeldadressaten zugeschnitten, und diese spezielle Konstruktion der Geldbuße spricht ebenfalls deutlich gegen die Zulassung eines schadenersatzrechtlichen Regresses. Schließlich stehen auch verfassungsrechtliche und verfahrensrechtliche Argumente einer Überwälzung der Buße entgegen. Denn selbst ohne „Haftungsautomatik“ in einem Regressverfahren (in dem der Rückgriffschuldner keinerlei Parteistellung hatte) stünde die verhängte Geldbuße im anschließenden Schadenersatzverfahren als vorgegebener Sachverhalt fest und würde zumindest den oberen Rahmen für den ersatzfähigen Schaden vorgeben. Die Bejahung eines Bußgeldregresses geriete daher auch in Konflikt mit Art 6 EMRK.
9. Bejaht man die Überwälzbarkeit der Unternehmensbuße und jedenfalls im Falle des Regresses betreffend Verfahrens- und Untersuchungskosten ist die Vorteilsanrechnung gerade im Kartellrecht zuzulassen, wobei aus den oben schon erörterten Erwägungen die Beweislast das Unternehmen trifft, dass die Nachteile aus dem Kartellverstoß die daraus erlangten Vorteile überwiegen.
10. Die Zulassung der Vorteilsanrechnung bedeutet keine Legitimierung der nützlichen Gesetzesverletzung, weil das Verhalten gleichwohl rechtswidrig bleibt und der Schädiger das Risiko trägt, dass die Vorteile nicht eintreten.
11. Die unionsrechtliche und vom österreichischen Gesetzgeber (insb durch § 30 DSGVO zudem teilweise unionsrechtswidrig) weiter verkomplizierte Rechtslage betreffend die Verhängung von Geldbußen im Datenschutzrecht ist von

einer Unklarheit und fehlenden Vorhersehbarkeit geprägt, die sie in Konflikt mit den Bestimmtheitsgeboten des Art 7 EMRK, Art 49 GRC und Art 18 BV-G bringt. Diese Unklarheiten beziehen sich zB auf die Frage, ob für die Verhängung der Bußen überhaupt Verschulden erforderlich ist (wogegen deutlich die Entstehungsgeschichte der DSGVO spricht, was freilich mit der Unschuldsumvermutung von Art 6 EMRK und Art 48 GRC nicht in Einklang zu bringen ist), auf das Bestehen einer „Sperrwirkung“ gegenüber nationalen Bußen, oder auf die (für die maximale Höhe der Unternehmensbußen ganz wesentliche) Frage, ob wegen ErwGr 150 und ungeachtet der Begriffsdefinition in Art 4 Nr 18 DSGVO tatsächlich der auch den Konzern erfassende Unternehmensbegriff des Kartellrechts zugrunde zu legen ist.

12. Abgesehen von den allgemein-schadenersatzrechtlichen Begründungen sprechen letztlich dieselben Erwägungen wie im Kartellrecht mutatis mutandis gegen die schadenersatzrechtliche Überwälzbarkeit von Unternehmensbußen auf jene natürlichen Personen, die rechtswidrig und schuldhaft gehandelt haben. Das nach kartellrechtlichem Vorbild auch das europäische Datenschutzrecht nun prägende „Verbandssanktionensystem sui generis“, das dadurch gekennzeichnet ist, dass Sanktionen gegen Unternehmen durch das Verhalten jedes beliebigen Mitarbeiters ausgelöst werden können und die handelnden natürlichen Personen im Bußgelderkenntnis nicht einmal identifiziert und namentlich bestimmt sein müssen, verträgt sich ebenso wie die auf die Verhältnisse der typischer-, wenn auch anders als im Kartellrecht nicht notwendiger Weise Unternehmensqualität aufweisenden Haftungsadressaten zugeschnittenen, potentiell exorbitanten Bußen nicht mit der schadenersatzrechtlichen Überwälzbarkeit der Buße.
13. Kosten für die Durchführung unternehmensinterner Untersuchungen zur Aufklärung von vermutetem, zivil- und/oder strafrechtlich relevantem Fehlverhalten können von natürlichen Personen unter dem Titel des Schadenersatzes verlangt werden, wenn diese Personen die Kosten durch ihr rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten verursacht haben.
14. Ersatzfähige Untersuchungskosten bestehen insb aus den Kosten der Einschaltung von Forensik-Abteilungen in Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und von Rechtsanwälten. Aber auch Kosten für PR-Berater für den Umgang mit Reputationsschäden und deren Beseitigung sind grundsätzlich ersatzfähig.
15. § 11 VbVG steht der Ersatzfähigkeit von Untersuchungskosten auch nicht insofern entgegen, als es um Untersuchungen geht, die eine mögliche Verbandsstrafbarkeit aufgrund einer Mitarbeiter- oder Entscheidungsträgerstrafat zum Gegenstand haben. Denn die Reichweite des gesetzlichen Regressverbotes erfasst ausweislich der (den Wortlaut ohnehin strapazierenden) Materialien „Verteidigerkosten“ und bezieht sich daher offenkundig auf die Vertretung in einem behördlichen Strafverfahren. Die davon unabhängig entstehenden Untersuchungskosten des Unternehmens fallen nicht darunter.
16. Für die kausale Herbeiführung von Untersuchungskosten ist zwar ein Anfangsverdacht des Unternehmens erforderlich, jedoch nicht unbedingt einer

gegen eine konkret bestimmte Person. Es genügt vielmehr in aller Regel eine „funktionsbezogene Verdachtslage“.

17. Wenn die Untersuchung „Zufallsfunde“ zu Tage fördert, dh Belege für rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten liefert, dessentwegen die Untersuchung nicht eingeleitet worden war, dann können die bis dahin entstandenen Kosten mangels Kausalität gegenüber den im Zusammenhang mit den Zufallsfunden verantwortlichen Personen nicht geltend gemacht werden. Der Zufallsfund selbst hat ex definitione keine eigenen Kosten verursacht. Zufallsfunde schaffen aber eine neue Verdachtslage und rechtfertigen (sofern die Lage nicht gleichzeitig geklärt ist) eine darauf aufbauende Untersuchung, deren Kosten von den rechtswidrig und schuldhaft handelnden Personen verlangt werden können.
18. Stellt sich heraus, dass ein auf ein bestimmtes Fehlverhalten gerichteter Verdacht sich in Bezug auf zwei oder mehrere Personen bewahrheitet, ist in Anwendung der Grundsätze der kumulativen Kausalität jedem der Schädiger der Einwand verwehrt, dass die Untersuchung auch durchgeführt worden wäre und die Kosten damit angefallen wären, wenn es sein pflichtwidriges Verhalten nicht gegeben hätte.
19. Für die Ersatzfähigkeit von Untersuchungskosten reicht – sieht man von den Sonderregeln des DHG ab – jede Form des Verschuldens, dh auch leichte Fahrlässigkeit, aus.
20. Kosten, die bloß der Beweissammlung oder Beweissicherung für ein unmittelbar bevorstehendes oder gar schon anhängiges oder Gerichtsverfahren dienen, können als vorprozessuale Kosten nicht selbstständig geltend gemacht werden. Das gilt aber nicht, wenn das Unternehmen an der Aufklärung des Sachverhaltes ein eigenständiges, über die Führung eines Rechtsstreits hinausgehendes Interesse hat, insb wenn die Untersuchung auch zur Gefahrenabwehr durchgeführt wird oder zwecks Milderung oder Vermeidung verbandsstrafrechtlicher Sanktionen oder wenn – wie das in Kapital-, insb Aktiengesellschaften, regelmäßig der Fall ist – das verantwortliche Organ eine Verpflichtung trifft, konkreten Verdachtsmomenten nachzugehen und eine Untersuchung einzuleiten.