

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

*Chefredakteur* Gerhard Hopf  
*Redaktion* Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer  
*Evidenzblatt* Helge Hoch, Erich Kodek, Eckart Ratz, Ronald Rohrer  
*MRK-Entscheidungen* Wolf Okresek, Susanne Pfanner

August 2009

16

693 – 738

Aktuelles

**MinEntw: Kinderbeistands-Gesetz und Unterbringungs- und HeimaufenthaltsNov 2010** Ⓣ 693

Zivilverfahren praktisch

**Die Protokollberichtigung** Robert Fucik und Petra Peer Ⓣ 697

Beiträge

**Das Aktienrechts-  
Änderungsgesetz 2009** Matthias Potyka Ⓣ 701

**Zur Tagessatz-Bemessung im VbVG**  
Maximilian Zirm und Clemens Limberg Ⓣ 708

Evidenzblatt

**Durchbrechung des Gewähr-  
leistungsverzichts beim Pkw-Kauf  
vom Privaten** Ⓣ 720

**Rechtzeitige Einbringung eines Rechtsmittels im elektronischen  
Rechtsverkehr** Verena Pahl Ⓣ 724

**Bankomatkarten sind nicht ohne weiteres Objekt eines Raubes** Ⓣ 731

Forum

**Der relativ absolute Gewährleistungs-  
ausschluss** Martin Schauer Ⓣ 733

# Zur Tagessatz-Bemessung im VbVG

ÖJZ 2009/77

§§ 4, 12 VbVG;  
§ 19 StGB

Geldbuße;  
Tagessatz;  
Verbandsver-  
antwortlichkeit;  
Unternehmens-  
strafrecht

Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) basiert auf Geldbußen nach dem Tagessatzsystem. Das Gesetz regelt jedoch bloß rudimentär, wonach sich die Höhe des Tagessatzes richtet; auch in der Lit findet sich dazu keine fundierte Stellungnahme. Vorliegender Beitrag soll diese Lücke schließen und Lösungen de lege lata und de lege ferenda anbieten, wobei auch betriebswirtschaftliche Grundlagen erörtert werden.<sup>1)</sup>

Von Maximilian Zirm und Clemens Limberg

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Strafrechtliche Grundlagen
- C. (Betriebs-)Wirtschaftliche Grundlagen
  - 1. Ertragslage
    - a) Ertrag vs Erfolg
    - b) Umsatz (Ertrag i.e.S.)
    - c) Erfolgsgrößen
  - 2. Sonstige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit
    - a) Liquidität
    - b) Verschuldung (Passiva)
    - c) Vermögensstruktur (Aktiva)
    - d) Größe
    - e) Bonität
    - f) Zukunftsprognose und Risiko
- D. Tagessatzbemessung de lege lata
  - 1. Problemstellung
  - 2. Eigene Lösung
  - 3. Grenze durch Analogieverbot?
- E. Sonderfälle
  - 1. Mindest-Tagessatz
  - 2. Konkurs- und Ausgleichsfall
  - 3. Neubemessung der Geldbuße
- F. Tagessatzbemessung de lege ferenda

## A. Einleitung

Das am 1. 1. 2006 in Geltung getretene Verbandsverantwortlichkeitsrecht hat bisher noch keine höchstgerichtliche Rsp zu Tage gebracht.<sup>1)</sup> Doch die aktuellen (Strafrechts-)Entwicklungen im kapitalmarktrechtlichen Sektor und der in der Gesetzwerdungsphase vom Justizausschuss<sup>2)</sup> gefasste Beschluss, das VbVG nach einer vierjährigen Praxis einer Evaluierung zuzuführen, werden diesem Rechtsgebiet gesteigerte Aufmerksamkeit verleihen.

Durch die mangelhaften Vorgaben zur Bemessung der Höhe des Tagessatzes erscheint das VbVG insb im Lichte der Vorhersehbarkeit, Transparenz und Nachvollziehbarkeit<sup>3)</sup> kritikwürdig. Denn nur die Klarheit darüber, mit welcher Sanktion(shöhe) delinquentem Verhalten von staatlicher Seite begegnet wird, kann effizienten Anreiz zu rechtgetreuem Verhalten bieten. Dementsprechend konstatiert bereits § 1 StGB, dass eine Strafe oder vorbeugende Maßnahme nur wegen einer Tat verhängt werden darf,

die unter eine ausdrückliche gesetzliche Strafdrohung fällt.<sup>4)</sup>

Im Folgenden wird versucht, aus den gesetzlichen Vorgaben ein dieses Anforderungen möglichst entsprechendes, vorhersehbares System der Tagessatz-Bemessung zu entwerfen und Anregungen de lege ferenda aufzuzeigen.

## B. Strafrechtliche Grundlagen

Um ein individuell an die wirtschaftliche Leistungskraft des Täters angepasstes System der Bestrafung zu ermöglichen, wurde – schon im StGB 1975 – mit der Schaffung des Tagessatzsystems<sup>5)</sup> (auch Tagesbußensystem) das Prinzip der „Opfergleichheit“ und somit das System der „vergleichenden Gerechtigkeit“<sup>6)</sup> verwirklicht.<sup>7)</sup>

Mit der Regelung des § 4 Abs 2 VbVG hat sich der Gesetzgeber auch bei der Bebußung von Verbänden für das System der Tagessätze entschieden.<sup>8)</sup> Diesem wurde – gegenüber der sog Geldsummenstrafe – deshalb der Vorzug gegeben, weil es die größtmögliche Transparenz der Strafzumessung aufweist.<sup>9)</sup> Bei der konkreten Verbandsgeldbuße soll die Anzahl der Tagessätze das tat- und täterbezogene Unwerturteil<sup>10)</sup> ausdrücken, hingegen soll die Höhe der Tagessätze die Geldbuße an die wirtschaftliche Lage des jeweiligen Verbandes anpassen.<sup>11)</sup> Durch diese „Zweidimensionie-

<sup>1)</sup> Die Autoren bedanken sich für interessante Diskussionen und inhaltliche Anregungen sehr herzlich bei Univ.-Prof. Dr. Marianne Hill, RA Dr. Christian Temmel und DI Dr. Wilibald Simma sowie für die Unterstützung im Rahmen der Manuskripterstellung bei Mag. Alexander Zarani.

<sup>2)</sup> Zu einer Analyse der ersten anhängigen Fälle vgl Zirm, Rechtspolitische Visionen zur Verbandsverantwortlichkeit auf Basis einer praxisbezogenen Analyse des VbVG (Dissertation, Graz 2008).

<sup>3)</sup> JAB 1077 BlgNR 22. GP 2.

<sup>4)</sup> Vgl Löschnig-Gspandl, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen und Verbänden mit Rechtspersönlichkeit in Österreich, Habilitationsschrift (2003) 445, Publikation als Hill in Dannecker/Höpfel/Schwarzenegger (Hrsg), Sanktionenrecht in Europa (in Vorbereitung).

<sup>5)</sup> Höpfel in Höpfel/Ratz (Hrsg), WK<sup>2</sup> (2004) § 1 Rz 1.

<sup>6)</sup> Vgl § 19 StGB.

<sup>7)</sup> Nowakowski, Das Tagesbußensystem nach § 19 der Regierungsvorlage (1971) eines Strafgesetzbuches, ÖJZ 1972, 197.

<sup>8)</sup> Vgl Steininger, VbVG § 4 Rz 1.

<sup>9)</sup> Krit dazu Venier, Eine Alternative zu einem Strafverfahren gegen juristische Personen, ÖJZ 2002, 721.

<sup>10)</sup> Löschnig-Gspandl, Verantwortlichkeit 444 f; ErläutRV 994 BlgNR 22. GP 25.

<sup>11)</sup> Die Strafzumessungserwägungen richten sich hierbei nach der Schuld des Täters; Leukauf/Steininger, Kommentar zum StGB<sup>2</sup> (1992) § 19 Rz 5.

<sup>12)</sup> Vgl Lässig, WK<sup>2</sup> § 19 Rz 2.

„der Geldbuße sollte erreicht werden, dass bei gleichem Vorwurf finanziell besser gestellte Verbände nicht begünstigt und minder bemittelte nicht benachteiligt werden. Im Ergebnis würde diese Idee zu einem für alle Verbände annähernd gleich „scharfen“ Sanktionsinstrument führen, welches eine der Freiheitsstrafe nachgebildete „Buße“ darstellte.“<sup>12)</sup>

Der einzelne Tagessatz soll grundsätzlich unmittelbar in Anknüpfung an den Ertrag des Verbandes festgesetzt werden. So soll § 4 Abs 4 VbVG, in sinnmäßiger Anwendung des im Individualstrafrecht geläufigen Grundsatzes<sup>13)</sup> des § 19 Abs 2 StGB, die wirtschaftliche Lage des Sanktionsadressaten insofern berücksichtigen, als dem Verband Überschüsse entzogen werden, ohne dass seine Betriebsgrundlage<sup>14)</sup> gefährdet wird.<sup>15)</sup> Der Tagessatz ist daher gem § 4 Abs 4 VbVG nach der Ertragslage des Verbandes unter Berücksichtigung von dessen sonstiger wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zu bemessen. Er ist mit einem Betrag festzusetzen, der dem 360. Teil des Jahresertrags entspricht oder diesen um höchstens ein Drittel über- oder unterschreitet, mindestens jedoch mit € 50,- und höchstens mit € 10.000,-.<sup>16)</sup> Sieht man von der subsidiären Anwendbarkeit des § 39 StGB<sup>17)</sup> ab, ergibt sich bei einer Höchstanzahl von 180 Tagessätzen (vgl § 4 Abs 3 VbVG) eine theoretische Maximalgeldbuße von 1,8 Mio Euro.

Für die Bemessung des Tagessatzes nach VbVG ist ausschlaggebend, dass sich die Regelung des § 4 VbVG zwar in einzelnen Punkten an der Systematik des § 19 StGB orientiert, sich gegenüber dieser Regelung jedoch als *lex specialis* versteht.<sup>18)</sup> Von Bedeutung ist dies nicht nur auf Grund der vermeintlich gegebenen terminologischen Inkompatibilität von „Buße“ und „Strafe“,<sup>19)</sup> sondern vor allem für den Zeitpunkt der Bemessung des Tagessatzes. Wie nämlich noch gezeigt werden wird, ist die Heranziehung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Rechtsbrechers im Zeitpunkt des Urteils erster Instanz, wie sie § 19 Abs 2 StGB vorsieht, bei Bemessung einer Verbandsgeldbuße unbefriedigend.

In rechtsvergleichender Hinsicht sei angemerkt, dass das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht<sup>20)</sup> einen undifferenzierten, betragsmäßig festgelegten Strafrahmen für die Geldbuße vorsieht.<sup>21)</sup> Auch in der Schweiz<sup>22)</sup> droht Verbänden eine deliktunabhängige<sup>23)</sup> Sanktion. Die Festsetzung betragsmäßig festgeschriebener Sanktionen erschien diesen Gesetzgebern praktikabler als ein Tagsatz-analoges System.<sup>24)</sup> Im Folgenden sollen zunächst (betriebs-)wirtschaftliche Grundlagen dargestellt (sogleich C.) und im Anschluss Geldbuße-Bemessungsvorschläge *de lege lata* (D.), Sonderprobleme (E.) und Anregungen *de lege ferenda* (F.) präsentiert werden.

## C. (Betriebs-)Wirtschaftliche Grundlagen

Bei der wirtschaftlichen Bewertung (der Ertragslage) eines Verbandes sind zunächst zwei grundlegende Fragen zu klären: einerseits die Bewertungsmethode selbst, andererseits der zeitliche Blickwinkel der Bewertung. Zur Methode scheint im Schrifttum<sup>25)</sup> grundsätzlich Einigung darüber zu bestehen, dass auf Kennzahlen abgestellt werden soll. Dies ist auch uE vernünftig,

weil nicht-numerische Größen naturgemäß unpräzise und schlecht vergleichbar sind. Kennzahlen werden insbesondere nach zwei Kriterien unterschieden. Zunächst wird zwischen Absolut- und Relativkennzahlen differenziert: Während erstere einen bestimmten Wert in einer absoluten Größe wiedergeben, setzen letztere zwei Größen in Beziehung zueinander. In der Betriebswirtschaft ist daher allgemein anerkannt, dass Relativkennzahlen eine bessere Vergleichbarkeit der wirtschaftlichen Lage ermöglichen.<sup>26)</sup> Andererseits gibt es statische und dynamische Kennzahlen, wobei hier danach differenziert wird, ob sich eine Kennzahl auf einen ganz bestimmten Zeitpunkt bezieht (statische Größe) oder auf einem Zeitraum basiert (dynamische Größe). Statische Kennzahlen bieten also bloß eine Momentaufnahme und sind daher manipulationsanfälliger.<sup>27)</sup>

Die Bemessung des Tagessatzes erfolgt gem § 4 Abs 4 VbVG nach der „Ertragslage des Verbandes unter Berücksichtigung von dessen sonstiger wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit“. Das VbVG verfolgt also einen zweigliedrigen Ansatz: Ertragslage und sonstige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Im Folgenden werden beide Kriterien separat betriebswirtschaftlich analysiert.

## 1. Ertragslage

### a) Ertrag vs Erfolg

In der Betriebswirtschaft versteht man unter „Ertrag“ i.e.S. eine Brutto-Größe (also Erlöse ohne Abzug von Aufwendungen); im Gegensatz dazu werden gewinn-/

12) Vgl *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>3</sup> § 19 Rz 5.

13) Dieser stellt auf das sog Einbuße-Prinzip ab. Vgl etwa *Platzgummer*, Probleme der Geldstrafe, ÖJZ 1990, 30 f.

14) Im Individualstrafrecht soll die Geldstrafe zur Erzielung größtmöglicher Effektivität der Unrechtsfolgen eine Abschöpfung der Einkommensspitze des Verurteilten auf einen dem Existenzminimum nahe kommenden Betrag und eine fühlbare Herabsetzung seines Lebensstandards für den Zeitraum, der der Anzahl der Tagessätze entspricht, darstellen. Vgl *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>3</sup> § 19 Rz 10 mwN.

15) Vgl ErläutRV 994 BlgNR 22. GP 25 f.

16) Diese Deckelung wurde von den Abgeordneten *Fakler* und *Partik-Pabls* mittels Abänderungsantrag im Justizausschuss eingebracht (JAB 1077 BlgNR 22. GP 1 f.).

17) Dieser sieht bei Rückfall eine Strafverschärfung um maximal die Hälfte vor.

18) ErläutRV 994 BlgNR 22. GP 30.

19) Vgl *Zirm*, Rechtspolitische Visionen 175 ff mwN.

20) Zur Bemessung der Geldbuße vgl *Rogall* in *Senge* (Hrsg), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*<sup>3</sup> (2006) § 30 Rz 115 ff; *Wegner*, Die Auswirkungen fehlerhafter Organisationsstrukturen auf die Zumessung der Unternehmensgeldbuße, *wistra* 2000, 361 (361 ff).

21) Vgl *Zeder*, VbVG – Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (2006) 25.

22) Vgl Art 102 Abs 1 und 2 schwStGB.

23) Zwar stellt die Rep dabei in praxi auf das konkrete Delikt ab, dies jedoch bei abstrakt festgelegten Bußgeldrahmen ausschließlich auf der Ebene der Rechtsanwendung.

24) Vgl *Boller*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden nach dem VbVG (2007) 214.

25) Vgl etwa *Bauer*, ÖJZ 2004, 492 f; *Köck*, Zur Regierungsvorlage eines Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes, *JBl* 2005, 477 (485); *Boller*, Verantwortlichkeit 214 ff.

26) Beispiel: Jahresüberschuss von € 100.000,- ist aus unternehmensbewertender Sicht für sich gesehen (absolut) kaum aussagekräftig. Erst durch die Relation (etwa zum Umsatz, Gesamt- oder Eigenkapital) zeigt sich die Stärke des Unternehmens. Vgl auch *Haeseler/Kirchberger*, Bilanzanalyse<sup>2</sup> (2005) 23 ff.

27) So ist etwa die GuV eine zeitraumbezogene (nämlich Wirtschaftsjahr) Beurteilung, während eine Bilanz immer nur eine Momentaufnahme (vom letzten Tag des Wirtschaftsjahrs) darstellt; vgl dazu *Haeseler/Kirchberger*, Bilanzanalyse<sup>2</sup> 24 f.

verlustabhängige Werte (also Netto-Größen) als „Erfolg“ bezeichnet. Das VbVG scheint diese Differenzierung jedoch nicht präzise zu übernehmen, denn die Mat erwähnen mehrfach, dass auf den „Überschuss“ (also eine erfolgsabhängige Größe) abzustellen sei, das VbVG selbst spricht aber von „Jahresertrag“. Begreift man den Begriff „Ertrag“ in diesem weiten Sinne, so kommen folgende Größen als Bemessungsparameter in Betracht:

b) Umsatz (Ertrag iES)

Als Umsatz bezeichnet man grundsätzlich sämtliche aus der Erbringung betrieblicher Leistung (Waren oder Dienstleistungen) erzielte Erlöse eines Unternehmens.<sup>28)</sup> Dabei kommt es aber grundsätzlich nicht auf den tatsächlichen, monetären Zufluss an. Entscheidend ist vielmehr, ob ein entsprechender Geldanspruch des Unternehmens entstanden ist. Der Umsatz beinhaltet jedoch nicht Erlöse außerhalb der eigentlichen Unternehmensleistungen, wie beispielsweise aus dem Abgang von Anlagevermögen, Finanzerträge oder außergewöhnliche Erträge. Auch gibt der Umsatz noch keine Auskunft über die Erfolgslage, also den Gewinn, eines Unternehmens, weil er den (zur Erzielung des Umsatzes notwendigen) Aufwand nicht berücksichtigt.

Dennoch stellt der Umsatz in betriebswirtschaftlicher Sicht eine bedeutende Größe dar, weil sich aus dem Umsatz die Größe und Marktposition des Unternehmens ableiten lässt. Betriebswirtschaftlich ist außerdem die Entwicklung des Umsatzes (steigend oder fallend, auch über die letzten Jahrzehnte) und – damit zusammenhängend – die Nachhaltigkeit des Umsatzes entscheidend.

c) Erfolgsgrößen

Bei Erfolgskennzahlen werden – im Gegensatz zu Umsatzgrößen – auch die erbrachten Aufwendungen berücksichtigt. Dies jedoch in unterschiedlichem Maße. Die Erfolgslage eines Unternehmens wird grundsätzlich anhand der Gewinn- und Verlustrechnung (GuV) ermittelt. Dabei wird ausgehend von den Umsatzerlösen durch Zurechnung bzw Abschlag einzelner Positionen der Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag und in Folge der Bilanzgewinn/-verlust errechnet. Für Kapitalgesellschaften findet sich die Gliederung der GuV in § 231 Abs 2 UGB (Gesamtkostenverfahren) bzw § 231 Abs 3 UGB (Umsatzkostenverfahren).<sup>29)</sup> In beiden Fällen ist aber die Grundstruktur gleich: Ausgehend vom Betriebsergebnis (Ergebnis aus der „kern-betrieblichen“ Tätigkeit) wird durch Hinzurechnung bzw Abzug des Finanzergebnisses (Ergebnis aus der Investitions- und Finanzierungstätigkeit) das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit (EGT) errechnet. Unter Berücksichtigung des außerordentlichen Ergebnisses und der Steuern ergibt sich der Jahresüberschuss bzw Jahresfehlbetrag als Gesamterfolg des Unternehmens in dem jeweiligen Geschäftsjahr.<sup>30)</sup>

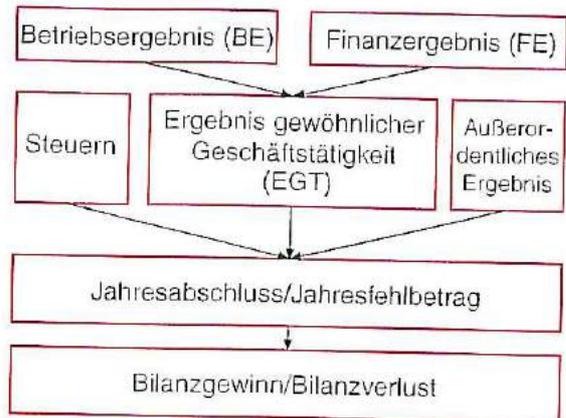


Abbildung 1

2. Sonstige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Als zweite Säule der Bemessung der Tagessätze bei Verbänden ist die „sonstige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ der Körperschaft heranzuziehen. Was unter diesem weiten Begriff genau zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber bewusst offen gelassen.<sup>31)</sup> UE sollte diese Beurteilung weit verstanden werden, wobei insb folgende Parameter herangezogen werden können:

a) Liquidität

Ein – besonders in wirtschaftlich angespannten Zeiten – bedeutender Maßstab für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Verbandes ist dessen Liquiditätslage. Denn auch ein großes Nettovermögen schließt die Zahlungsunfähigkeit nicht aus (wenn dieses beispielsweise aus schwer und nur langwierig liquidierbaren Liegenschaften besteht).<sup>32)</sup> Die Liquidität kann grundsätzlich in Bestandgrößen (zeitpunktbezogen, statisch) oder in Stromgrößen (zeitraumbezogen, dynamisch) gemessen werden. Als Bestandgrößen sind insb zu nennen: Barvermögen und baräquivalentes Vermögen,<sup>33)</sup> Net Working Capital (als der Saldo aus gesamtem Umlaufvermögen minus kurzfristigem Fremdkapital) und Net Cash Fund (als Net Working Capital minus Vorräten).<sup>34)</sup>

In der dynamischen Liquiditätsanalyse kommen va Cash Flows (CF, also Geldflussrechnungen) zur Anwen-

28) Bestmann, Kompendium der Betriebswirtschaftslehre<sup>9</sup> (1997) 598; Mihalic, ABC-Betriebswirtschaft<sup>7</sup> (2007) 44, 51.

29) Das Ergebnis ist nach Gesamtkostenverfahren und Umsatzkostenverfahren freilich ident. Bei ersterem werden allerdings zunächst die gesamten betrieblichen Erträge addiert (also neben dem Umsatz auch die Bestandsveränderungen und aktivierten Eigenleistungen) und dann davon der gesamte betriebliche Aufwand abgezogen, während beim Umsatzkostenverfahren nur die Umsätze iES herangezogen werden und davon dann freilich auch nur der zu deren Erwirtschaftung getätigte Aufwand abgezogen wird. Beispiel etwa bei Schierenbeck/Wöhle, Betriebswirtschaftslehre<sup>17</sup> 625.

30) Haeseler/Kirchberger, Bilanzanalyse<sup>2</sup> 55; Egger/Samer/Bertl, Der Jahresabschluss nach dem Unternehmensgesetzbuch<sup>10</sup> (2006) 327 ff.

31) ErläufRV 994 BlgNR 22 GP 25.

32) Vgl zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit detailliert Gaedke/Jaufer, Handlungsbedarf bei Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung, SWK 2008, W29 ff.

33) In der Bilanz gem § 224 UGB zu finden unter Punkt B.IV. des Umlaufvermögens „Kassabestand, Schecks, Guthaben bei Kreditinstituten.“

34) Haeseler/Kirchberger, Bilanzanalyse<sup>2</sup> 70 ff.

dung. Es gibt verschiedenste Cash Flow Größen, wobei allen gemein ist, dass sie Salden aus Zahlungsströmen wiedergeben. Die Berechnungsbasis und der Umfang des jeweiligen Cash Flows ist an der Erfolgsrechnung orientiert. Man unterscheidet den betrieblichen (operativen) CF als Pendant zum Betriebsergebnis; den finanziellen CF als Gegenstück zum Finanzergebnis; den ordentlichen (vorsteuerlichen) CF entsprechend dem EGT und den nachsteuerlichen Jahres-CF als Pendant zum Jahresüberschuss/-fehlbetrag.<sup>35)</sup>

#### b) Verschuldung (Passiva)

Verschuldung ist nicht gleich Verschuldung. So kommt es in der Beurteilung der Fremdfinanzierung einer Körperschaft entscheidend darauf an, wer die Finanziers sind (etwa sind verbundene Unternehmen meist die vorteilhafteren Finanziers) und welche Fristigkeit die Finanzierungen aufweisen (so geben langfristige Finanzierungen eine größere Sicherheit und Prognostizierbarkeit). Die gängigsten Kennzahlen zur Bewertung der Verschuldung sind: die Eigenkapitalquote (als Anteil des Eigenkapitals an der Bilanzsumme in Prozent), komplementär dazu die Fremdkapitalquote (als Anteil des Fremdkapitals an der Bilanzsumme in Prozent) sowie der dynamische Verschuldungsgrad. Letzterer wird auch als „fiktive Schuldentilgungsdauer“ bezeichnet und gibt an, in welcher Zeit das Unternehmen sich „aus eigener Kraft“ entschulden könnte.<sup>36)</sup>

#### c) Vermögensstruktur (Aktiva)

Auch die Vermögensstruktur als Struktur der Aktiva spielt in die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hinein. So erfordert etwa ein hohes Anlagevermögen (teure Maschinen) mehr gebundenes Kapital und reduziert damit – bei gleich bleibendem Ertrag – die Rentabilität (weil eben die gleich bleibende Erfolgsgröße im Verhältnis zu einer höheren Grundmenge, nämlich Kapital, steht). Auch die Struktur der Vorräte und der Debitoren ist zu beachten. Bei Beurteilung der Debitoren ist va deren Bonität und das Zahlungsziel relevant, bei sämtlichen Vermögenspositionen sollte ferner die Umschlagshäufigkeit beachtet werden. Diese berechnet sich allgemein als Wert des Quotienten aus (Jahres-)Umschlag in der jeweiligen Vermögensposition dividiert durch durchschnittlichen Bestand in dieser Position. Also zB Umschlagshäufigkeit der Vorräte = Vorratsverbrauch/durchschnittlicher Lagerbestand. Auf der Aktivseite gilt grundsätzlich: je höher die Umschlagshäufigkeit (und dadurch je kürzer die Umschlagsdauer)<sup>37)</sup> desto kürzer und unproblematischer ist die Vermögensposition. Denn länger gebundene Aktiva verursachen geringere Flexibilität, einen erhöhten Kapitalbedarf und drücken damit bei gleich bleibenden Erträgen die Rendite.<sup>38)</sup>

#### d) Größe

Die absolute Größe des Verbandes wirkt sich insofern auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aus, als größere Unternehmungen relativ gesehen durch Mengenvorteile günstiger wirtschaften können (sog Skaleneffekte, economies of scale) bzw durch Produktbreite und -tiefe Synergien nützen können (sog Verbundeffekte,

economies of scope). Sofern das Größenkriterium also nicht bereits im Rahmen des Umsatzes berücksichtigt wird, gäbe es auch weitere Größenkriterien: wie etwa Produktanzahl, Anzahl der Arbeitnehmer, Kunden, Lieferanten sowie Anzahl und Aufbau der Betriebsstätten, Filialen und Zweigstellen.

#### e) Bonität

Kriterium für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist – gerade in Zeiten, in denen Kredite schwieriger zu erhalten sind – auch die Bonität, also die Kreditwürdigkeit eines Verbandes. Eine gute Bonität macht Finanzierungen einfacher und billiger. Denn je besser die Bonität, desto geringer das Ausfallrisiko und damit auch der Risikoaufschlag bei den Fremdkapitalzinsen. Die Bonität eines Unternehmens wird oft durch international tätige Ratingagenturen, bspw „Moody's“ oder „Standard & Poor's“, bewertet, die nach einem alpha (numerischen) System einstufen.<sup>39)</sup>

#### f) Zukunftsprognose und Risiko

Auch die Zukunftsprognose (der Ertragsfähigkeit) des Unternehmens spielt eine bedeutende Rolle. Hierbei werden unternehmensinterne (spezifische Belastungen, wie bspw drohende Gerichtsprozesse oder Produktionsausfälle, aber auch Chancen, wie etwa besondere Forschungserfolge udgl) und unternehmensexterne (bspw Branchen-, Marktentwicklung, allgemeine ökonomische Lage) Faktoren berücksichtigt. In diese Prognose fließt auch eine Risikobewertung ein: Je größer die angebotene Produktbreite und -tiefe ist, desto flexibler wird der Verband im Krisenfall reagieren können und desto eher kann ein Ausfall einer Sparte kompensiert werden.<sup>40)</sup>

## D. Tagessatzbemessung de lege lata

### 1. Problemstellung

Wie bereits ausgeführt, ist bei der Bemessung des Tagessatzes nach dem VbVG vom „Jahresertrag“ des Verbandes auszugehen. Details werden im VbVG aber nicht geregelt. Präzise Vorgaben gibt hingegen § 29 KartG, der bei Bemessung der Geldbuße auf den letzten Jahresumsatz abstellt (1% bis 10% des Umsatzes als Höchststrafe). Da der Gesetzgeber im VbVG jedoch auf eine solch exakt bestimmte Größe verzichtet und

35) Haeseler/Kirchberger, Bilanzanalyse<sup>2</sup> 82 f. Zum Free Cash Flow (FCF) Wagenhofer, Bilanzierung und Bilanzanalyse<sup>9</sup> (2008) 238.

36) Er berechnet sich daher als Wert des Quotienten aus Verschuldungsgröße (meist bilanzielles Fremdkapital minus liquide Mittel, also Bilanz-Posten C. plus D. auf Passivseite minus Bilanz-Posten B.IV. auf Aktivseite) durch einen Cash Flow (meist betrieblicher CF oder ordentlicher CF). Weiterführend zur Verschuldungsanalyse Haeseler/Kirchberger, Bilanzanalyse<sup>2</sup> 86 ff.

37) Umschlagsdauer = 365 Tage (oder 12 Monate) dividiert durch Umschlagshäufigkeit in Tagen (oder Monaten).

38) Weiterführend Wagenhofer, Bilanzanalyse<sup>9</sup> 209 ff, Haeseler/Kirchberger, Bilanzanalyse<sup>2</sup> 76 ff, 203 ff.

39) Die Stufen reichen meist von „Der Kreditnehmer verfügt über eine hervorragende Bonität und ist in der Lage, schwerste ungünstige Entwicklungen zu absorbieren.“ (bei Standard & Poor's bezeichnet mit AAA) bis „Ausreichende positionsbezogene Wertberichtigungen (Geldkredite) bzw Rückstellungen (Eventualengagements), weitere negative Entwicklungen führen direkt zu Kreditverlusten.“ (bei Standard & Poor's bezeichnet mit D).

40) Zur Risikoanalyse Haeseler/Kirchberger, Bilanzanalyse<sup>2</sup> 175 ff, Wagenhofer, Bilanzanalyse<sup>9</sup> 185, 231.

sich für ein neues Bebußungssystem entschieden hat, kann uE daraus für die Geldbuße nach VbVG wenig gewonnen werden.

Die ErläutRV führen dazu aus: „Orientierungsgröße ist daher jener Zahlungsüberschuss des Verbandes, welcher nach Berücksichtigung notwendiger Investitionen und Fremdfinanzierungsaufwendungen grundsätzlich für Ausschüttungszwecke an die Eigentümer zur Verfügung stehen würde.“<sup>41)</sup> Betriebswirtschaftlich deutet diese Aussage auf eine Cash-Flow-Größe hin.<sup>42)</sup> Cash-Flow-Kennzahlen sind aber keine Erfolgskennzahlen.<sup>43)</sup> Andererseits beziehen sich die ErläutRV an anderer Stelle auf „Verbände, die Verluste schreiben“ und orientieren sich damit anscheinend doch auch am Gewinn/Verlust (Erfolg). Insgesamt vermengen die ErläutRV daher die entscheidenden Begriffe und sind somit für die Interpretation des Gesetzes nicht besonders hilfreich.

In der Lit<sup>44)</sup> wird im Allgemeinen die Heranziehung des Jahresüberschusses empfohlen und teilweise de lege ferenda eine Orientierung am Umsatz vorgeschlagen.

Beide Größen (Jahresüberschuss als Gewinn in einer Periode und Umsatz als Summe der Erlöse in einer Periode) sind uE isoliert betrachtet jedoch als Basis für die Tagessatzbemessung ungeeignet. Stellt man auf eine Gewinngröße (also zB den Jahresüberschuss) ab, so vermag dies zunächst (am ehesten) den Vorstellungen des Gesetzgebers zu entsprechen.<sup>45)</sup> Das Abstellen auf eine Gewinngröße hat jedoch einen gravierenden Nachteil: Gewinngrößen werden durch eine Reihe von Zuschlägen (Erträge) und Abschlägen (Aufwendungen) vom Umsatz ermittelt (GuV). Dabei sind die einzelnen Positionen durchaus gestaltbar. So kann der Gewinn – zumindest kurzfristig – manipuliert und über Perioden hinweg verschoben werden.<sup>46)</sup> Beispiele: Rückstellungen (also Passivposten, die für drohende Verbindlichkeiten gebildet werden) können maximiert werden; ebenso können Abschreibungen (zB von Forderungen oder Beteiligungen) exzessiv genutzt, hingegen mögliche Zuschreibungen unterlassen werden. All diese Maßnahmen und zahlreiche weitere bilanzpolitische Möglichkeiten verändern den Gewinn und ermöglichen es einem Verband, der eine Verurteilung nach dem VbVG vorhersieht, den Erfolg – vorübergehend<sup>47)</sup> – zu drücken.

Diese weiten Gestaltungsmöglichkeiten gibt es beim Umsatz nicht: Als Gesamtsumme der Erlöse ist diese Größe (abgesehen von „Schwarz-Erlösen“, die überhaupt nicht aufscheinen) kaum manipulierbar und außerdem relativ einheitlich. Auch unterliegt der Umsatz im Allgemeinen geringeren Schwankungen als eine Erfolgsgröße. Der große Nachteil beim Abstellen auf den Umsatz liegt aber darin, dass diese Kenngröße vom Erfolg eines Unternehmens völlig losgelöst ist und daher gemessen am Gewinn eines Unternehmens eine massive Ungleichbehandlung bringen kann (zB zwei Unternehmen haben gleich hohen Umsatz, aber eines hat wegen höherer Marge den 10fachen Gewinn des anderen; beide hätten bei ausschließlicher Abstellen auf den Umsatz den gleichen Tagessatz). Dies könnte – bei Verbänden mit hohem Umsatz, aber Verlust und Liquiditätsgpässen – sogar den Fortbestand des Unternehmens gefährden. Gerade letzteres war vom Gesetzgeber aber ganz bewusst nicht beabsichtigt.<sup>48)</sup>

Verkürzt kann daher festgehalten werden: Cashflow-Größen sind keine Ertragsgrößen (im eigentlichen Sinn) und treffen eher Aussage über die Liquidität bzw Innenfinanzierung. Sie sind daher zur Ertragsermittlung iS des VbVG ungeeignet. Auch der Gewinn passt als Ausgangsgröße für die Tagessatzbemessung nicht, weil er stark schwanken und manipuliert werden kann; ein Abstellen auf den Umsatz ist zwar stabiler und gestaltungsresistenter, jedoch völlig losgelöst vom Erfolg eines Unternehmens und daher nicht dem Telos des VbVG entsprechend.

Weiters ist zu beachten, dass der Zeitraum auf welchem die Tagessatzbemessung basiert, nicht bloß ein einziges Geschäftsjahr betragen sollte. Eine solchermaßen punktuelle Betrachtung ist nämlich einerseits immer etwas zufallsabhängig (besonders gutes oder besonders schlechtes Geschäftsjahr) und andererseits – zumindest in gewissem Rahmen – manipulierbar.<sup>49)</sup> Hinzu kommt, dass bei größeren und daher längerandauernden und medienwirksamen Strafverfahren gegen einen Verband schon aufgrund des Strafverfahrens selbst kurzfristig gewisse Verzerrungen entstehen können (Geschäftseinbrüche durch negative Berichterstattung). Es empfiehlt sich daher uE jedenfalls eine mehrperiodige Betrachtung.

## 2. Eigene Lösung

Insgesamt schlagen wir daher de lege lata folgende Methode zur Ermittlung des „Jahresertrages“ iSd § 4 Abs 4 VbVG vor: Es wird die durchschnittliche Umsatzrentabilität (also das Verhältnis von Jahresüberschuss zu Umsatz)<sup>50)</sup> des Unternehmens der letzten Jahre ermittelt und die so erhaltene Verhältniszahl (Prozentzahl) auf den letzten verfügbaren Jahresumsatz angewendet. Damit erhält man jenen Jahresüberschuss, der sich bei durchschnittlicher (Umsatz-)Rentabilität des Unternehmens vom letztaktuellen Umsatz ergibt, also jenen Gewinn, den das Unternehmen ausgehend vom Um-

41) ErläutRV 994 BlgNR 22. GP 26.

42) Nämlich im Wesentlichen den Free Cash Flow (zu diesem *Wagenhofer*, Bilanzanalyse<sup>2</sup> 236).

43) Dazu oben und *Haeseler/Kirchberger*, Bilanzanalyse<sup>2</sup> 63.

44) *Bauer*, ÖJZ 2004, 492 f; *Köck*, JBl 2005, 485 (de lege ferenda); *Steininger*, VbVG § 4 Rz 13 ff; auf Bilanzgewinn abstellend *Boiler*, Verantw. 215 ff (217).

45) Die ErläutRV führen auch aus, dass durch die Geldbuße die betriebliche Tätigkeit nicht eingeschränkt und eine „indirekte Bestrafung“ von Arbeitnehmern, Gläubigern, Lieferanten vermieden werden solle (994 BlgNR 22. GP 26).

46) Ein aktuelles Beispiel zur Gestaltbarkeit von Erfolgs-Kennzahlen bietet der Austrian Airlines Konzern, der wunderlicherweise nur unter CEO Ötsch 2007 einen (symbolträchtigen) „gerade-noch-Gewinn“ von € 0,03/Aktie erwirtschaften konnte, während davor und danach massive Verluste erzielt wurden (Ergebnis 2006: € -3,82/Aktie, Ergebnis 2008: € -5,19/Aktie).

47) Langfristig (über mehrere Jahre betrachtet) ändert sich am Gesamtergebnis meist nichts: zB Rückstellungen, die gebildet wurden, aber nicht schlagend wurden, werden erfolgswirksam wieder aufgelöst, ebenso werden tw abgeschriebene Forderungen (spätestens wenn sie tatsächlich eingehen) wieder gewinnbringend zugeschrieben. Zur Manipulationsanfälligkeit des Gewinns vgl auch *Köck*, JBl 2005, 485.

48) ErläutRV 994 BlgNR 22. GP 26: Die Geldbuße solle die betriebliche Tätigkeit nicht einschränken und eine „indirekte Bestrafung“ von Arbeitnehmern, Gläubigern, Lieferanten vermeiden.

49) *Haeseler/Kirchberger*, Bilanzanalyse<sup>2</sup> 24 ff.

50) Der Umsatz ist eine relativ eindeutige, kaum manipulierbare Größe; vgl *Haeseler/Kirchberger*, Bilanzanalyse<sup>2</sup> 64.

satz und der Performance der letzten Jahre „machen müsste“.

Diese Berechnung verbindet die Vorteile der Bemessung von Umsatz und Gewinn. So beugt das Heranziehen der durchschnittlichen Umsatzrendite der letzten Jahre Manipulationsversuchen vor, zumal diese nachträglich nicht mehr gestaltet werden kann (im Gegensatz zu aktuellen Gewinngrößen); andererseits wird aber der Aktualitätsbezug dadurch beachtet, dass die Rentabilität auf den letztverfügbaren Umsatz angewendet wird. Dadurch dass aus der Vergangenheit Verhältniskennzahlen (nämlich Umsatzrentabilität) – und nicht absolute Zahlen – verwendet werden,<sup>51)</sup> erübrigt sich außerdem eine etwaige Anpassung (Indexierung) an Inflation oder Größenänderungen des Unternehmens (die automatisch durch die letzte Umsatzzahl als Ausgangswert berücksichtigt werden).<sup>52)</sup>

In der Lit<sup>53)</sup> wurde auch eine steuerliche Bemessungsgrundlage (etwa den steuerlichen Gewinn als Jahresergebnis vor Steuern +/- dem Ergebnis der Mehr-Weniger-Rechnung)<sup>54)</sup> vorgeschlagen. Dies ist uE aber abzulehnen. Denn während die unternehmensrechtlichen Ansätze immer eine möglichst getreue Abbildung der tatsächlichen wirtschaftlichen Lage eines Unternehmens als Ziel haben,<sup>55)</sup> sind steuerliche Vorgaben oft rein fiskalpolitisch motiviert.<sup>56)</sup> Beispielsweise wäre nicht einzusehen, warum Teile von Repräsentationsaufwendungen oder Rückstellungen, die steuerlich nicht berücksichtigt werden dürfen (und im Rahmen der Mehr-Weniger-Rechnung ausgeschieden werden müssen),<sup>57)</sup> auch bei Bemessung der Geldbuße nicht beachtet werden sollten. Vielmehr sollte möglichst die tatsächliche wirtschaftliche Situation, also der unternehmensrechtliche Erfolg, beachtet werden.

Offen ist noch, wie viele Jahre für die Berechnung der durchschnittlichen Umsatzrendite heranzuziehen sind. UE sollte das im Einzelfall entschieden werden. Erwägenswert wäre uE eine Zeitspanne von etwa sieben Jahren: Dieser Zeitraum ist einerseits lange genug, um zu vernünftigen Durchschnittswerten zu gelangen, andererseits aber auch kurz genug, um nicht allzu sehr vergangenheitslastig zu sein. Außerdem beträgt auch die Aufbewahrungsfrist für Unterlagen zur Rechnungslegung sieben Jahre.<sup>58)</sup> Zu bedenken ist aber: Bei inner-

halb der letzten Jahre (neu) gegründeten Unternehmen liegen entsprechende Daten nicht vor; bei Unternehmen, die massive Strukturänderungen (Zusammenschlüsse, Spaltungen, Akquisitionen oder Verkäufe) vollzogen haben, weisen die Daten uU einen „Sprung“ auf. In beiden Fällen wäre es sinnvoll, nicht etwa die letzten sieben, sondern – je nach Einzelfall – weniger Jahre heranzuziehen, weil die Resultate andernfalls rückwärts gewandt sind und sich von der aktuellen wirtschaftlichen Situation des Unternehmens (nach Etablierung bzw Strukturänderung) deutlich unterscheiden. UE sollte der Durchrechnungszeitraum daher maximal sieben Jahre betragen, jedoch im Einzelfall auch unterschritten werden können.

Die Berechnung des Tagessatzes gem § 4 Abs 4 VbVG lässt sich unserem Vorschlag folgend daher in nachstehende Formel fassen (Abb 2).

### Praxistipp

In der Praxis könnte diesem Ansatz folgend die entsprechende Frage an einen etwaigen Sachverständigen wie folgt formuliert werden:

„Wie hoch war die durchschnittliche Umsatzrentabilität (als Verhältnis von Jahresüberschuss zu Umsatz) des Verbandes in den zuletzt abgeschlossenen sieben Geschäftsjahren?“ bzw bei neu gegründeten oder strukturgeänderten Verbänden: „Wie hoch war die durchschnittliche Umsatzrentabilität (als Verhältnis von Jahresüberschuss zu Umsatz) des Verbandes in den zuletzt abgeschlossenen Geschäftsjahren seit Etablierung/wesentlicher Strukturänderung des Verbandes?“

51) Zu den Vorteilen von Relativkennzahlen schon oben und Haessler/Kirchberger, Bilanzanalyse<sup>2</sup> 23 ff.

52) Zur Berücksichtigung der Größe des Unternehmens im Rahmen der „sonstigen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“ s auch oben C) 2. d).

53) Bauer, OJZ 2004, 492 f.

54) Eine Mehr-Weniger-Rechnung (MWR) leitet den unternehmensrechtlichen Gewinn in den steuerlich zu Grunde legenden Erfolg durch Zu-/Abschläge über.

55) Vgl Generallnorm §§ 195, 222 UGB; Egger/Bertl/Samer, Jahresabschluss 26 ff.

56) Für viele Beiser, Steuern<sup>6</sup> (2008) 1 ff.

57) Vgl § 20 Abs 1 EStG.

58) § 132 BAO.

### (Durchschnittliche Umsatzrentabilität der letzten [max 7] Jahre x letztaktuellem Jahresumsatz)

360

Wobei für die durchschnittliche Umsatzrentabilität gilt:

$$\frac{\text{Jahresüberschuss (Jahr 1)}}{\text{Umsatz (Jahr 1)}} + \frac{\text{Jahresüberschuss (Jahr 2)}}{\text{Umsatz (Jahr 2)}} + \frac{\text{Jahresüberschuss (Jahr n)}}{\text{Umsatz (Jahr n)}}$$

Anzahl der Jahre (n)

Abbildung 2

Der auf Basis dieser durchschnittlichen Umsatzrentabilität erhaltene Jahresertrag kann dann aufgrund der „sonstigen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“ des Unternehmens noch um ein Drittel nach oben bzw nach unten korrigiert werden. Der Begriff der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit findet sich iZm Bestrafungen auch in anderen Gesetzen, nämlich in § 23 FinStrG und § 30 KartG.<sup>59)</sup> Die ErläutRV<sup>60)</sup> nennen aber nur ein einziges Beispiel für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verbandes, nämlich nicht betriebsnotwendiges Vermögen, das auch keinen Ertrag bringt (und daher im Rahmen des Jahresertrags nicht berücksichtigt wurde). UE sind jedoch eine breite Palette an wirtschaftlichen Indikatoren zu berücksichtigen (s oben C.2.), um ein adäquates Bild der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Verbandes zu erhalten. Eine Einschränkung auf ganz bestimmte Faktoren bzw ein exaktes „Rezept“ ist hier nicht sinnvoll,<sup>61)</sup> vielmehr sollte die Betrachtung ganzheitlich dem Einzelfall angepasst werden. Die sechs oben erwähnten Bereiche (C. 2. a bis f) können allesamt herangezogen werden, wobei aus unserer Sicht vorrangig zu berücksichtigen sind: Liquidität, Verschuldung und Zukunftsprognose/Risiken. Denn diese drei Bereiche geben ganz besonders darüber Auskunft, ob und wie leicht es dem Unternehmen möglich sein wird, die Geldbuße zu bezahlen, ohne Arbeitnehmer, Gläubiger oder Lieferanten zu schädigen oder das Fortbestehen zu gefährden.<sup>62)</sup>

### 3. Grenze durch Analogieverbot?

Im Strafrecht, und so auch im Verbandsstrafrecht, gilt das Analogie- und Rückwirkungsverbot, das Analogien und Rückwirkungen zu Lasten des Täters verbietet. Eine Tat darf kriminalstrafrechtlich nur dann bestraft werden, wenn diese im Tatzeitpunkt unter einer „ausdrücklichen“ Strafdrohung stand.<sup>63)</sup> Andererseits ist aber eine bloße Auslegung/Interpretation des Gesetzes (ohne Rechtsfortbildung ieS) jedenfalls erlaubt; etwas anderes würde die Rechtsprechung lähmen, denn „eine Vorschrift, die nicht der Auslegung bedürfte, gibt es fast nicht.“<sup>64)</sup> Dies zeigt sich bei § 4 Abs 4 VbVG besonders deutlich, wäre diese Vorschrift doch aufgrund der gänzlich unbestimmten Bedeutung der Worte „Jahresertrag“ und „sonstige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ ohne Interpretation unanwendbar.

Die hier dem Wort „Jahresertrag“ beigemessene Bedeutung, nämlich „Jahresüberschuss, der bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung und Buchhaltung, wie auch in den letzten [...] Jahren, auf Basis des aktuellen Umsatzes erzielt wurde/worden wäre“, liegt aber innerhalb des äußerst möglichen Wortsinns und somit innerhalb der Grenzen der erlaubten Auslegung. Selbst wenn man die äußersten Grenzen des Worts „Jahresertrag“ durch unsere Lösung überschritten sähe, entspräche unser Vorschlag jedenfalls dem Analogieverbot. Denn es ist unumstritten, dass eine Analogie zu Gunsten des Täters erlaubt ist.<sup>65)</sup> Eine solche begünstigende Analogie läge hier vor, weil die verwendete Bedeutung von „Jahresertrag“ notwendigerweise eine geringere Summe – und damit niedrigere Tagessatzbemessung – ergibt als die Bemessung vom Jahresumsatz, der vom äußersten Sinn des Worts „Jahresertrag“ aber erfasst ist.

Die ganz hA erkennt außerdem, dass bei Verweisungen auf nicht-strafrechtliche Begriffe – und um solche handelt es sich bei „Jahresertrag“ und „sonstige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ – das kriminalstrafrechtliche Analogieverbot nicht gilt.<sup>66)</sup> Die von uns vorgeschlagene Lösung kann daher schon mangels Anwendungsbereichs des Analogieverbots mit diesem nicht in Konflikt geraten.

## E. Sonderfälle

### 1. Mindest-Tagessatz

Bei Verbänden, die nicht auf Gewinn gerichtet sind, ist das Anknüpfen an die Ertragslage eines Verbandes sinnwidrig. Der Gesetzgeber hat daher in Anlehnung an die in § 19 Abs 2 StGB festgesetzten Grenzen des Individualstrafrechts eine Mindestgrenze von € 2,- für den Tagessatz nach VbVG eingeführt.<sup>67)</sup> Daraus ergibt sich ein theoretischer Sanktionsmindestrahmen von € 80,-, der Höchststrafen bei geringstem Tagessatz liegt hingegen bei € 90.000,-. Innerhalb dieses Rahmens ist dann die sonstige wirtschaftliche Situation des Verbandes zu beachten, wobei insb die Zweckwidmung von Einkünften – wie zB Spenden – bei dieser Beurteilung berücksichtigt werden soll.<sup>68)</sup>

In § 4 Abs 4 letzter Satz VbVG werden – neben sonst nicht auf Gewinn gerichteten Verbänden – jene Verbände explizit unter diesen begünstigenden Sanktionsrahmen subsumiert, die gemeinnützigen, humanitären oder kirchlichen Zwecken iSd §§ 34 bis 47 BAO dienen. Die Begünstigungen, die solchen Verbänden in den einzelnen Abgabenvorschriften gewährt werden, sind an die Vorraussetzung geknüpft, dass die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse, der die Begünstigung zukommen soll, nach Gesetz, Satzung, Stiftungsbrief oder ihrer sonstigen Rechtsgrundlage und nach ihrer tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar<sup>69)</sup> der Förderung der genannten Zwecke dient.<sup>70)</sup> Von den Bestimmungen der §§ 34ff BAO sind vor allem Vereine, GmbH, Stiftungen, Anstalten und Genossenschaften sowie Betriebe gewerblicher Art von Körperschaften öffentlichen Rechts erfasst. Hingegen nicht unter die genannten Bestimmungen fallen OHG, OEG, KG, KEG, EWIV und die GesBR.<sup>71)</sup>

59) Zu Bußen nach dem KartG ausführlich Zeder, Die österreichischen Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, JBl 2007, 477.

60) 994 BlgNR 22. GP 26 (bei 7.2.)

61) Vgl auch die Mat, die „bewusst“ darauf verzichten die Parameter allzu sehr festzulegen (ErläutRV 994 BlgNR 22. GP 26).

62) Das ist wohl bedeutendes Ziel bei der Bemessung des Tagessatzes, vgl mehrfach in ErläutRV 994 BlgNR 22. GP 25 ff.

63) Dazu Höpfel in WK<sup>2</sup> § 1 Rz 1 ff, 52.

64) Höpfel in WK<sup>2</sup> § 1 Rz 46.

65) Siehe für viele Höpfel in WK<sup>2</sup> § 1 Rz 17, 59 mwN.

66) Höpfel in WK<sup>2</sup> § 1 Rz 60 mwN.

67) § 4 Abs 4 letzter Satz VbVG.

68) Vgl ErläutRV 994 BlgNR 22. GP 26.

69) Unmittelbarkeit ist dann gegeben, wenn eine Körperschaft den gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zweck selbst erfüllt. Dies kann auch durch einen Dritten geschehen, wenn dessen Wirken wie eigenes Wirken der Körperschaft anzusehen ist. Vgl § 40 Abs 1 BAO.

70) Vgl § 34 Abs 1 Satz 1 BAO.

71) Ritz, Bundesabgabenordnung – Kommentar<sup>3</sup> (2006) § 34 Rz 1, diese Aufzählung ist nunmehr um die OG zu ergänzen.

UE ist dieser niedrigere Tagessatz-Rahmen nach § 4 Abs 4 letzter Satz VbVG auch auf solche Verbände anzuwenden, die zwar auf Gewinn gerichtet sind, in den letzten Jahren (Durchrechnungszeitraum) durchschnittlich aber keine (Umsatz-)Rentabilität aufweisen.<sup>72)</sup>

## 2. Konkurs- und Ausgleichsfall

Das VbVG sieht für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe keine Ersatzsanktion vor.<sup>73)</sup> Es wird in der Erläuterung<sup>74)</sup> darauf hingewiesen, dass die Zahlungsunfähigkeit eines Verbandes idR zum Konkurs oder Ausgleich führt und in den damit einhergehenden Verfahren „Geldstrafen wegen strafbarer Handlungen jeder Art“ gem § 58 Z 2 KO und § 28 Z 2 AO nicht geltend gemacht werden können. Weiters wird ausgeführt, dass auch bei der Verhängung von Verbandsgeldbußen der staatliche Strafanspruch gegenüber der Befriedigung von Gläubigern zurücktritt. Erwähnenswert scheint uE außerdem, dass die Kosten eines Strafverfahrens keine Konkursforderung<sup>75)</sup> darstellen und vom Ausgleich<sup>76)</sup> ebenso unberührt bleiben.

Für insolvente oder im Konkurs befindliche Verbände kann außerdem die Möglichkeit, gem § 18 VbVG von der Verfolgung zurückzutreten, relevant sein. So konstatieren die Erläuterungen, dass es sich bei ebendiesen Verbänden wegen der schlechten Einbringungsmöglichkeiten empfehlen könnte, auf die Verfolgung zu verzichten. Dem fügt *Lewisich* an, dass auch aus generalpräventiven Gesichtspunkten die Durchführung eines Verbandsstrafverfahrens dann nicht geboten scheint, „wenn sich schon im Verfahrenszeitpunkt absehen lässt, dass die Durchsetzung des Strafanspruchs letztlich ins Leere geht.“<sup>77)</sup> Aus pragmatischen Gesichtspunkten scheint diese Argumentation zwar schlüssig, erweist sich jedoch gerade für den Bereich präventiver Rechtsanwendung uE für zu kurz gegriffen. So ist eine (verbands-)strafrechtliche Verurteilung auch im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldbuße stets ein Zeichen staatlicher Missbilligung rechtswidrigen Verhaltens. Vor dem Hintergrund eines unausgegorenen Verbandsverantwortlichkeitsrechts könnten sich daher „bloße“ Verbandsverurteilungen (dh solche, bei denen die Geldbuße nicht einforderbar ist) schon als tadelnde Signalwirkung mit generalpräventivem Wert erweisen. So ist es auch im Individualstrafrecht nicht gangbar von der Durchführung eines Strafverfahrens abzusehen, weil der Sanktionierung des vermeintlichen Täters ein Vollstreckbarkeitshindernis im Wege steht. IS von *Lewisich* ist jedoch anzumerken, dass die Kosten des jeweiligen Verbandsstrafverfahrens gegen zahlungsunfähige Verbände ausschließlich vom Staat selbst getragen werden müssen.

## 3. Neubemessung der Geldbuße

Schließlich sei die Möglichkeit der Neubemessung des Tagessatzes<sup>78)</sup> erwähnt. Unter Berücksichtigung des § 12 Abs 1 VbVG, welcher die subsidiäre Anwendbarkeit der allgemeinen Strafgesetze vorsieht, ergibt sich, dass gem § 31 a Abs 2 StGB das Gericht den Tagessatz innerhalb der Grenzen des § 19 Abs 2 StGB – bzw jener

des § 4 Abs 4 VbVG – neu zu bemessen hat, wenn sich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines zu einer Geldstrafe Verurteilten nicht bloß unerheblich verschlechtert hat, es sei denn, dass der Verurteilte die Verschlechterung vorsätzlich und sei es auch nur durch Unterlassung einer zumutbaren Erwerbstätigkeit herbeigeführt hat. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die für die Herabsetzung der Strafe maßgebenden Umstände erst nach dem Urteil hervorgekommen oder ob sie erst nachträglich entstanden sind.<sup>79)</sup> Daher ist auch bei Verbänden die Korrektur der Höhe des Tagessatzes nach dem erstinstanzlichen Urteil zulässig;<sup>80)</sup> in der Praxis können sich Änderungen in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wohl vor allem auch durch das (medienwirksame) Verbandsstrafverfahren ergeben.

## F. Tagessatzbemessung de lege ferenda

De lege ferenda wäre uE eine größere Vorhersehbarkeit und Einheitlichkeit bei der Tagessatzbemessung wünschenswert. Wir schlagen daher vor, ganz konkrete Kriterien zur Bemessung des „Jahresertrages“ in den Gesetzestext aufzunehmen.<sup>81)</sup> Folgt man unseren Überlegungen de lege lata, so könnte § 4 VbVG daher ein Abs 5 angefügt werden, welcher lautet: „Als Jahresertrag im Sinne des Abs 4 ist jener Betrag heranzuziehen, der sich bei Anwendung der durchschnittlichen Umsatzrentabilität der letzten Geschäftsjahre auf den zuletzt festgestellten Jahresumsatz ergibt.“

Eine Anpassung an den Einzelfall und die Berücksichtigung ganz spezifischer Umstände kann dann immer noch über die (max 1/3 betragenden) Zu-/Abschläge aufgrund der sonstigen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Verbandes stattfinden. Weiters erscheint uns der Vorschlag von *Hilf*,<sup>82)</sup> nämlich Weisungen auch neben einer Geldbuße (und nicht bloß stattdessen) vorzusehen, gerechtfertigt. Dies würde eine weitere spezialpräventive Wirkung des VbVG schaffen. Schließlich sollte darüber nachgedacht werden, die Höchstgrenze für Geldbußen fallen zu lassen.<sup>83)</sup> Denn während im Individualstrafrecht natürliche Personen auch mit Freiheitsstrafen bedacht werden können, die den Betroffenen oft weit unangenehmer sind, gibt es diese Möglichkeit im Verbandsstrafgesetz logischerweise nicht. Als Ausgleich wäre es uE daher durchaus gerechtfertigt, im VbVG einen nach oben offenen Tagessatz einzuführen. →

72) So auch die Mat (Erläuterung 994 BlgNR 22. GP 26).

73) Vgl Erläuterung 994 Blg NR 22. GP 27.

74) Vgl Erläuterung 994 Blg NR 22. GP 27.

75) VwGH 25. 5. 1995, 99/17/0048 SWK 1999, R 28.

76) OGH 15. 9. 1999, 3 Ob 235/99 a NZ 2001, 162 = ZIK 1999, 210.

77) *Lewisich*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz aus strafrechtlicher und insolvenzrechtlicher Sicht in *Konecny* (Hrsg), Insolvenzf-Forum 2006, Vorträge anlässlich des 13. Insolvenzf-Forums (2007) 94.

78) Vgl *Steininger*, VbVG § 5 Rz 36.

79) OGH 16. 9. 1971 12 Os 182/71, SSt 42/28.

80) *Ratz*, WK<sup>2</sup> § 31 a Rz 7 ff.

81) Eine solche konkrete Berechnungsmethode fand sich bereits im Ministerialentwurf zum VbVG, wurde im Gesetzwerdungsprozess aber wieder gestrichen (dazu Erläuterung 994 BlgNR 22. GP 25 ff).

82) *Löschnig-Gspandl*, Strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen 454.

83) Kritisch zu den niedrigen Absolutbeträgen der Geldbuße auch *Wegscheider*, Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG), JSI 2005, 193 (194).

→ In Kürze

Das VbVG stellt bei Bemessung des Tagessatzes der Geldbuße auf den Jahresertrag und die sonstige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verbandes ab, ohne diese Begriffe weiter zu konkretisieren. In der Lit wurde daher vorgeschlagen, auf den Jahresüberschuss (oder de lege ferenda auf den Umsatz) abzustellen. Beide Ansätze sind jedoch unbefriedigend, weshalb uE eine vermittelnde Lösung zu bevorzugen ist: Der Jahresertrag iSd § 4 VbVG sollte sich uE nach der durchschnittlichen Umsatzrentabilität der vergangenen Jahre bemessen, angewendet auf den aktuellen Umsatz. Dadurch ergibt sich jener Erfolg des Verbandes, der – wenn man dieselbe Rentabilität wie in der Vergangenheit annimmt – bei aktuellem Umsatz erzielbar ist. Diese Größe ist damit gleichermaßen aktuell wie manipulationsresistent und nicht von außerordentlichen Schwankungen abhängig. Welchem Ansatz die Judikatur folgen wird, bleibt abzuwarten, weil es derzeit noch keine höchstgerichtliche Verurteilung nach dem VbVG gibt.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Maximilian Zirm, LL. M. dissertierte zum Verbandsverantwortlichkeitsgesetz an der Karl-Franzens-Universität Graz und ist RAA bei Kraft & Winternitz in Wien.  
Kontakt: maximilian.zirm@zirm.eu

MMag. Dr. Clemens Limberg, LL. M. studierte Rechtswissenschaften und Betriebswirtschaft in Wien und ist RAA bei DLA Piper Weiss-Tessbach in Wien.  
Kontakt: clemens@limberg.at

Vom selben Autor erschienen:

Zirm in *Hilt/Pateter/Schick/Soyer* (Hrsg), Unternehmensverteidigung und Prävention im Strafrecht (2007).

Literatur:

*Hilt*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (2006); *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, Kommentar (2006); *Zeder*, VbVG – Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (2006); *Haeseler/Kirchberger*, Bilanzanalyse (2005).

# Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen

77. Jahrgang – Nr 103 – 109

Helge Hoch, Erich Kodek, Eckart Ratz, Ronald Rohrer

EVBl 2009/103

→ Diskriminierende Belästigung Behinderter

§ 7 i BEinstG  
(§ 7 d BEinstG)

§ 7 i BEinstG (§ 7 d BEinstG)

OGH 2. 4. 2009,  
8 ObA 8/09 y  
(OLG Graz  
8 Ra 80/08 h;  
LGZ Graz  
31 Oga 43/07 w)

→ Die Belästigung steht dann mit der Behinderung in Zusammenhang, wenn unangebrachte, die Würde des Behinderten verletzende und ein demütigendes Umfeld schaffende Äußerungen des Belästigers einen Bezug zur Behinderung oder den damit in Verbindung stehenden Eigenschaften haben. Dies ist ua dann der Fall, wenn die mit der Be-

hinderung verbundene Schwäche in den sozialen Beziehungen in einer Gruppe ausgenutzt und verstärkt wird.

→ Belästiger iSd § 7 i BEinstG können auch Arbeitskollegen ohne spezifische Einschränkung auf bestimmte Unter- oder Überordnungsverhältnisse sein.

Sachverhalt:

Die 1974 geborene blinde Kl und die 1959 geborene Bekl sind beide im gleichen Amt beschäftigt. In früheren Jahren unterstützte die Bekl die blinde Kl in verschiedenen Lebensbereichen und half ihr etwa bei der Wohnungssuche, aber auch in verschiedenen anderen Angelegenheiten. In weiterer Folge reduzierte sich jedoch der private Kontakt und brach letztlich aus verschiedenen Gründen ab. Im Amt hatten sie jedoch, auch wenn sie in unterschiedlichen Abteilungen tätig waren, wiederholt Begegnungen. Bei solchen Anlässen sagte dann die Bekl über die Kl oft sinngemäß „Ah, die Depperte“ oder „Die Gstörte kommt a schon wieder“ und „die wird a immer hässlicher“, und zwar so laut, dass es nicht nur ihre Gesprächspartnerin, eine Sekretärin

Auch im Sozialraum machte die Bekl, wenn die Kl vorbeiging, mehrmals abschätzige und beleidigende Äußerungen und änderte dies auch nicht, als sie von mehreren Mitarbeitern auf diese untragbare Situation angesprochen wurde. Nachdem es am 21. 9. 2006 bei der Abholung der Post wieder zu einem derartigen Vorfall gekommen war, sprach die Kl mit ihrem Vorgesetzten darüber, der eine Niederschrift aufnahm.

Das anschließende Schlichtungsverfahren führte zu keiner gütlichen Einigung. Nachdem die Kl bereits im Jahr 2003 psychotherapeutische Hilfeleistungen in Anspruch genommen hat, erfolgte dies auch nach den Beschimpfungen und abwertenden Bemerkungen durch die Bekl im September und Oktober 2006.

Mit ihrer Klage begehrte die Kl € 1.411,20 sA, und zwar im Wesentlichen den Mindestschadenersatz nach § 7 i BEinstG iHv € 720,- sowie den Ersatz der aufgelaufenen Kosten für die psychotherapeutische Behandlung.

Das ErstG gab der Klage mit einem Teilurteil hinsichtlich des begehrten Ersatzanspruchs nach § 7 i Abs 1 BEinstG iHv € 720,- statt.

Der OGH befasst sich hier erstmals mit dem Verbot diskriminierender Belästigung nach dem Behinderteneinstellungsgesetz. Er definiert den Begriff und stellt klar, dass auch Arbeitskollegen als Belästiger auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden können.

in dieser Abteilung, sondern auch die Kl hören musste. Die Kl war erkennbar bedrückt, deprimiert und gekränkt und empfand diese Äußerungen als belastend.