

RAA Dr. Jakob Kepplinger, Linz

Zur Bedeutung des VbVG für die zivilrechtliche Repräsentantenhaftung

(1. Teil)

Der Abgrenzung von Besorgungsgehilfen und „Repräsentanten“ kommt bei der Deliktshaftung juristischer Personen entscheidende Bedeutung zu. Die Unterscheidung ist jedoch schwierig zu treffen, weil der Personenkreis der Repräsentanten im ABGB keine Regelung erfahren hat. Der Beitrag widmet sich dieser Regelungslücke und erörtert die Frage, ob es zulässig ist, den Kreis der Repräsentanten unter Rückgriff auf die Legaldefinition der Entscheidungsträger iS von § 2 Abs 1 VbVG zu bestimmen?

Deskriptoren: Repräsentantenhaftung, Repräsentant, Machthaber, Organhaftung, Verbandsverantwortlichkeit, Entscheidungsträger, Deliktshaftung juristischer Personen, Gehilfenhaftung, Besorgungsgehilfe(n), Entscheidungsträgerhaftung, Verkehrssicherungspflichten, GesbR, Einzelunternehmer, Interdependenzen zwischen Zivil- und Strafrecht.
§§ 26, 337, 1315 ABGB; §§ 1, 2, 3 VbVG.

Übersicht:

- A. Einführung in die Thematik
 - I. Die unterschiedlichen Ansichten des OGH zur Abgrenzung des Personenkreises der Repräsentanten
 - II. Der in Rede stehende Paradigmenwechsel
 - III. Die beiden Spuren der Verbandsverantwortlichkeit und ihr Verhältnis zur zivilrechtlichen Haftung juristischer Personen
- B. Analyse des Meinungsstands
- C. Gegenüberstellung von Entscheidungsträgern und Repräsentanten
 - I. Entscheidungsträger iS von § 2 Abs 1 VbVG
 - II. Der auf Grundlage von § 337 ABGB entwickelte Repräsentantenbegriff
 - 1. Eigenverantwortliche leitende Funktion
 - 2. Eigenverantwortliche überwachende Funktion
 - III. Vergleich der Personenkreise
- D. Die dogmatische Grundlage des (heute) herrschenden Repräsentantenbegriffs
 - I. Entwicklung eines „Organbegriffs im haftungsrechtlichen Sinn“ durch die Lehre
 - 1. *F. Bydlinski*: leitende Funktionäre als Repräsentanten
 - 2. *Ostheim*: Vergleich mit Leitungs- und Kontrollaufgaben eines Einzelunternehmers, der ein artgleiches Unternehmen führt
 - II. Analyse der darauf aufbauenden Judikatur
 - 1. Die Leitentscheidung OGH 1 Ob 625/78
 - 2. Weitere Ausdehnung des Personenkreises der „Repräsentanten“
 - a. Die zu kurz gegriffene Verwendung der Begriffsbestimmung von *Ostheim* in 2 Ob 2398/96b
 - b. OGH 2 Ob 107/98v: Absehen vom Erfordernis eines Wirkungskreises, der jenem eines Organs entspricht
 - 3. Kritische Würdigung der weiteren Ausdehnung des Personenkreises der Repräsentanten
- E. Abgrenzung des Personenkreises der Repräsentanten
 - I. Organbegriff im haftungsrechtlichen Sinn versus Entscheidungsträger iS von § 2 Abs 1 VbVG
 - 1. Interpretation des Begriffs „Machthaber“ im genuinen Anwendungsbereich von § 337 ABGB
 - 2. Keine „gespaltene Auslegung“ des Machthaberbegriffs

- II. Die inhaltliche Nähe zwischen dem Organbegriff im haftungsrechtlichen Sinn und der Legaldefinition der Entscheidungsträger
- III. Teleologische Betrachtung
 - 1. Präventions- und Ausgleichsfunktion
 - 2. Die Verbandsverantwortlichkeit für Delikte von Entscheidungsträgern als „originäre Haftung“
 - 3. § 337 ABGB als Norm der Wissenszurechnung
- IV. Fazit für die Deliktshaftung juristischer Personen
- F. Zur Entscheidungsträgerhaftung bei der GesbR und bei natürlichen Personen
 - I. Entscheidungsträgerhaftung bei der GesbR
 - 1. Meinungsstand
 - 2. Modifikationen durch das VbVG?
 - 3. Zum Kreis der Entscheidungsträger einer GesbR
 - a. Entscheidungsträger analog § 2 Abs 1 Z 1 VbVG
 - b. Entscheidungsträger analog § 2 Abs 1 Z 2 VbVG
 - c. Entscheidungsträger analog § 2 Abs 1 Z 3 VbVG
 - 4. Ergebnis für die Entscheidungsträgerhaftung bei der GesbR
 - II. Entscheidungsträgerhaftung bei natürlichen Personen
 - 1. Meinungsstand
 - 2. Der persönliche Anwendungsbereich der Entscheidungsträgerhaftung bestimmt sich nicht nach dem VbVG
 - 3. Dogmatische Begründung der Anwendung der Repräsentantenhaftung auf Einzelunternehmen
 - 4. Anwendung der Entscheidungsträgerhaftung auf Einzelunternehmer

A. Einführung in die Thematik

Die Deliktshaftung juristischer Personen ist seit jeher Gegenstand lebhaft geführter Diskussionen. Dabei scheint zumindest für Österreich der berühmte Streit zwischen der von *Savigny* begründeten Fiktionstheorie und der Theorie von der realen Verbandspersönlichkeit nach *Otto v. Gierke* zugunsten ersterer entschieden.¹⁾ In der Kommentar-

¹⁾ Vgl dazu nur *Ostheim*, Organisation, Organschaft und Machthaberschaft im Deliktsrecht juristischer Personen, GedS Gschnitzer (1969) 317 (320); *Gschnitzer ea*, Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz² (1988)

literatur wird herrschend darauf hingewiesen, dass juristische Personen selbst nicht deliktisfähig sind.²⁾ Wohl aber haben juristische Personen mit ihrem Vermögen für Delikte bestimmter Personen zu haften. Dies ergibt sich aus der Bestimmung des § 26 Satz 2 ABGB, wonach „erlaubte Gesellschaften“ im Verhältnis zu Dritten grundsätzlich gleiche Rechte und Pflichten wie natürliche Personen haben.³⁾ Aus dieser Norm wird heute einhellig abgeleitet, dass eine juristische Person (im Folgenden „jP“) für deliktisches Verhalten ihrer Gehilfen einzustehen hat, wenn ihr deren Verhaltensunrecht nach allgemeinen Regeln – allen voran nach § 1315 ABGB⁴⁾ – zuzurechnen ist.⁵⁾

Allein durch Anwendung der Normen über die Gehilfenhaftung auf juristische Personen wird der Gleichstellungsmaxime des § 26 Satz 2 ABGB jedoch nicht Genüge getan. Schließlich haben natürliche Personen nicht nur (nach den Bestimmungen über die Haftung für fremdes Verhalten) für Delikte ihrer Gehilfen einzustehen, sondern in erster Linie für eigenes Fehlverhalten (§ 1313 ABGB). Da juristische Personen naturgemäß nicht selbst handeln, kann die angeordnete Gleichstellung mit natürlichen Personen nur erreicht werden, indem einer jP das Verhalten bestimmter Personen schadenersatzrechtlich unmittelbar (das heißt ohne dass der Tatbestand einer Norm der Gehilfenhaftung erfüllt sein muss) zugerechnet wird. Klar bringt diesen Gedanken *F. Bydlinski*⁶⁾ zum Ausdruck, der betont: *Die Gleichstellung juristischer Personen mit natürlichen nötig im deliktischen Bereich dazu, das schädigende Verhalten bestimmter Personen der jP unmittelbar zuzurechnen, wie dies im*

*Falle einer natürlichen Person für ihr eigenes Verhalten selbstverständlich ist.*⁷⁾

Personen, für deren Delikte eine jP unmittelbar verantwortlich ist, werden in Rechtslehre und -praxis üblicherweise als „Repräsentanten“ bezeichnet.⁸⁾ Schwierig zu beantworten ist allerdings die Frage, nach welchen Kriterien dieser Personenkreis abzugrenzen ist, zumal dieses Problem im ABGB – anders als im BGB (§ 31) – keine Regelung erfahren hat.⁹⁾ Die Komplexität der Fragestellung zeigt sich auch darin, dass die einschlägige Judikatur erhebliche Schwankungen aufweist.

I. Die unterschiedlichen Ansichten des OGH zur Abgrenzung des Personenkreises der Repräsentanten

In den ältesten auffindbaren Entscheidungen vertrat der OGH die Auffassung, dass der Kreis der Repräsentanten einer jP deren Organe und sämtliche Bediensteten umfasse.¹⁰⁾ Begründet wird dies damit, dass die satzungsmäßigen Vertreter einer jP „in der Regel nicht in der Lage sind, sämtliche Geschäfte selbst zu besorgen, vielmehr oft genötigt erscheinen, die Geschäfte an untergeordnete Angestellte zu übertragen, sodass [...] Handlungen und Unterlassungen der Untergebenen nicht als fremde, sondern als eigene Handlungen und Unterlassungen der juristischen Person anzusehen sind.“¹¹⁾

Wohl unter dem Einfluss von § 31 BGB änderte der OGH in 2 Ob 243/9¹²⁾ jedoch seine Judikatur

⁷⁾ Ganz ähnlich auch *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) 377; vgl auch *Reischauer* in Rummel, ABGB II/2b³ (2004) § 1315 Rz 2a: „Ihr Verhalten gilt als Eigenhandlung der jP“. *Hemetsberger* (Verantwortlichkeit von Verbänden 100) spricht in diesem Zusammenhang von einem „Äquivalent für Eigenhandlungen natürlicher Personen“.

⁸⁾ Vgl zu diesem Begriff nur *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 377; *Reischauer* in Rummel, ABGB II/2b³ § 1315 Rz 2a; *Karner* in KBB, ABGB⁵ § 1315 Rz 7; *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I⁴ (2014) Rz 253; *Hemetsberger*, Verantwortlichkeit von Verbänden 19 f.

⁹⁾ Die Bestimmung des § 31 BGB ordnet an, dass juristischen Personen nur das deliktische Verhalten ihrer *verfassungsmäßig berufenen Vertreter* unmittelbar zuzurechnen ist. Diese enge „Organhaftung“ wurde jedoch durch die Rsp zum *körperschaftlichen Organisationsmangel* entscheidend ausgedehnt. Schon das Reichsgericht ging davon aus, dass juristische Personen dazu verpflichtet seien, für objektiv von einem Organ zu verrichtende Tätigkeiten in der Satzung auch ein Organ zu bestellen, widrigenfalls sich die jP wegen Organisationsmangels schadenersatzrechtlich so behandeln lassen müsse, als wäre der Angestellte (der die entsprechende Tätigkeit ausübt) ein Organ iS des § 31 BGB (grundlegend RG VI 207/32 = RGZ 139, 149). Der BGH ist dieser Auffassung gefolgt (BGH II ZR 279/53 = BGHZ 13, 198) und hält bis heute daran fest (siehe nur *Arnold* in MünchKomm BGB I⁷ [2015] § 31 Rz 6 mN).

¹⁰⁾ OGH GIUNF 1291; GIUNF 1297, GIUNF 1745; GIUNF 2486; GIUNF 3302; 6 Ob 476/9 = ZBl 1910, 327 = GIUNF 4848; vgl zu dieser Judikaturlinie auch *Ostheim* in GedS Gschnitzer 321 f; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 26 Rz 33.

¹¹⁾ Wörtlich zitiert wird hier die Entscheidung GIUNF 1291.

¹²⁾ GIUNF 4568.

541; *Benke/Steindl* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2014) § 26 ABGB Rz 48; ausführlich zu beiden Theorien zuletzt *Hemetsberger*, Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden (2016) 3 ff; die Bedeutung der Theorien relativierend *F. Bydlinski*, Die deliktische Organhaftung juristischer Personen: Europäisches Rechtsgut oder überholte Theorie, FS Koppensteiner (2001) 569 (570 f).

²⁾ *Wolff* in Klang, ABGB I² (1964) 200 f; *Posch* in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ (2011) § 26 Rz 32; *B. A. Koch* in KBB, ABGB³ (2017) § 26 Rz 16; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2015) § 26 ABGB Rz 33; *Egger* in Schwimann, TaKomm³ (2015) § 26 ABGB Rz 16; aA jedoch *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGBON^{1.01} (2011) § 26 Rz 22, der juristischen Personen Deliktisfähigkeit attestiert und damit der Theorie von der realen Verbandspersönlichkeit folgen dürfte.

³⁾ Vgl zum Begriff der „erlaubten Gesellschaft“ iS von § 26 ABGB noch unten Punkt F.II.3.

⁴⁾ Vgl darüber hinaus zB auch §§ 970, 1318, 1319a ABGB; § 1 AHG; §§ 9, 17 AtomHG 1999; §§ 3, 4 BinnSchG; § 3 Abs 3 DepG; §§ 9, 19 Abs 2 EKHG; § 53 Abs 4, § 176 ForstG; § 79h Abs 2 GTG; § 48 GWG 2011; §§ 149, 156 Abs 2, § 158 Abs 1 LFG; § 54 MarkSchG; §§ 164, 166 MinroG; § 152 PatG; § 2 RHPfG; § 10 Abs 2 RohrleitungsG; § 88UrhG; § 18 UWG. Verletzt der Gehilfe durch sein sorgfaltswidriges Verhalten Vertragspflichten der jP, hat die jP gegenüber ihrem Vertragspartner für das Verhaltensunrecht des Gehilfen nach § 1313a ABGB einzustehen.

⁵⁾ Nachweise oben in Fn 2.

⁶⁾ System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 217.

und schränkte den Personenkreis der Repräsentanten deutlich ein. Als Begründung führt der zweite Senat die Bestimmung des § 26 ABGB ins Treffen und moniert, dass juristischen Personen durch die Deliktshaftung keine größeren Pflichten auferlegt werden dürfen als physischen. Den Personenkreis der Repräsentanten ermittelt das Höchstgericht in dieser Entscheidung erstmals durch analoge Anwendung von § 337 ABGB. Nach dem Wortlaut dieser Regelung ist die Redlichkeit oder Unredlichkeit der im Namen der Mitglieder handelnden *Machthaber* zu beurteilen. In sinngemäßer Anwendung dieser Bestimmung geht der OGH in 2 Ob 243/9 davon aus, dass juristische Personen haftbar gemacht werden können, wenn einer ihrer „Machthaber“ ein Delikt begeht, wobei der zweite Senat klarstellt, dass nur *satzungsmäßige Vertreter unter den Begriff „Machthaber“ zu subsumieren seien*. Von zwei „Ausreißerentscheidungen“ abgesehen, die Reminiszenzen der ursprünglichen Position des OGH enthalten,¹³⁾ beschränkt das Höchstgericht den Kreis der Repräsentanten in weiterer Folge während einer mehr als 60jährigen Periode auf deren Organe. Ein deliktisches Verhalten sonstiger (Hilfs-)Personen wird der jP – unabhängig von der jeweiligen Funktion des Gehilfen – in diesem Zeitraum nur dann zugerechnet, wenn der Tatbestand einer Bestimmung der Gehilfenhaftung (§ 1315 ABGB) erfüllt ist.

Beginnend mit dem Urteil 1 Ob 625/78¹⁴⁾ wird der Kreis der Repräsentanten einer jP in der Judikatur wieder ausgedehnt. Zwar bestimmt der OGH den angesprochenen Personenkreis auch in dieser Entscheidung durch analoge Anwendung von § 337 ABGB. Dem Begriff „Machthaber“ wird dabei allerdings eine weitergehende Bedeutung beigemessen. Er umfasse nicht nur satzungsmäßige Vertreter, sondern auch Personen, die *innerhalb der Organisation der jP eine leitende Stellung innehaben, die jener eines Organs nahekommt*. In späteren Entscheidungen gibt der OGH die Organfunktion auch als Vergleichsmaßstab für die Repräsentanteneigenschaft auf und führt aus: Dass dem jeweiligen Funktionär ein Wirkungsbereich zukommt, der jenem eines Organs annähernd entspricht, sei für die Qualifikation als Repräsentant nicht erforderlich.¹⁵⁾

Mittlerweile grenzt die Rsp den Personenkreis der Repräsentanten eher negativ danach ab, dass Personen, die nur „untergeordnete Tätigkeiten“ ausüben, nicht als Repräsentanten zu klassifizieren sind,¹⁶⁾ und legt dabei keinen allzu strengen Maß-

stab an. Als nicht bloß untergeordnete Tätigkeit wird beispielsweise die Kontrolle von Gehsteigen an Tagen ohne Schneefall¹⁷⁾ oder die Erfüllung des behördlichen Abschussplans sowie die Versorgung einer Fütterungsstelle für Rotwild mit hinreichend Futtermittel angesehen.¹⁸⁾ Die Beispiele zeigen, dass sich die Judikatur bei der Bestimmung des Personenkreises der Repräsentanten inzwischen wieder ihrer ursprünglichen Position annähert, so dass die Grenzen zu Besorgungsgehilfen iS des § 1315 ABGB zu verschwimmen drohen. Zutreffend kritisiert daher *Reischauer*:¹⁹⁾ Die Unterscheidung von Repräsentanten und Besorgungsgehilfen ist bislang nicht geklärt, was dazu führt, dass die Repräsentantenhaftung – trotz ihrer langen Tradition in Rechtslehre und -praxis – ein schwach konturiertes Rechtsinstitut darstellt.

II. Der in Rede stehende Paradigmenwechsel

Nicht zuletzt aufgrund der bestehenden Unsicherheiten sind seit Inkrafttreten des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG; BGBl I 151/2005) im Schrifttum vereinzelt Stimmen laut geworden, die betonen, dass der Kreis der Personen, für deren Verhaltensunrecht eine jP schadenersatzrechtlich unmittelbar haftet, fortan nicht mehr anhand des Machthaberbegriffs in § 337 ABGB zu bestimmen sei, sondern unter Rückgriff auf die Legaldefinition der Entscheidungsträger in § 2 Abs 1 VbVG.²⁰⁾ Andere Autoren stehen einer solchen Neuordnung der Deliktshaftung juristischer Personen zurückhaltender gegenüber und bevorzugen den – auf Grundlage von § 337 ABGB – entwickelten Repräsentantenbegriff. Der vorliegende Beitrag greift diesen Meinungsstreit auf und geht der Frage nach, ob die Einführung des VbVG nicht nur im Bereich des Strafrechts, sondern auch bei der zivilrechtlichen Haftung juristischer Personen zu einem Paradigmenwechsel geführt hat. Zu diesem Zweck werden zunächst die beiden Spuren der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen und ihr Verhältnis zur Deliktshaftung nach dem Privatrecht erläutert.

III. Die beiden Spuren der Verbandsverantwortlichkeit und ihr Verhältnis zur zivilrechtlichen Haftung juristischer Personen

Das VbVG regelt die Voraussetzungen, unter denen Verbände strafrechtlich verantwortlich gemacht werden können. Der Begriff des Verbands umfasst nach § 1 Abs 2 VbVG nicht nur juristische Personen,²¹⁾ sondern auch eingetragene Personengesellschaften und Europäische wirtschaftliche In-

¹³⁾ OGH 2 Ob 323/56 = JBl 1956, 589; 2 Ob 152/66 = JBl 1967, 213.

¹⁴⁾ JBl 1980, 482 (zustimmend *Ostheim*) = SZ 51/80.

¹⁵⁾ Vgl nur OGH 2 Ob 107/98v = JBl 1998, 713; 7 Ob 271/00d = JBl 2001, 525; 7 Ob 271/02g = *ecolex* 2004/200 = *MietSlg* 55.002; 7 Ob 128/04f = ÖBA 2005/1278, 408 (*Apathy*) = wbl 2005/125; 9 Ob 9/11f = JBl 2013, 252 (*Kepplinger*).

¹⁶⁾ So in jüngerer Zeit zB 9 ObA 141/09i = wbl 2011/38 = DRdA 2011/36 (*Eypeltauer*); 4 Ob 75/09x = JBl 2010, 59 = RZ 2010/5 = Zak 2009/429; 9 Ob 9/11f = JBl 2013, 252 (*Kepplinger*); 5 Ob 76/12f = EvBl 2013/33 (*Brenn*) = *immolex* 2012/111 (*Limberg*) = ZVR 2013/221 (*Ch. Huber*).

¹⁷⁾ OGH 22.12.2003, 2 Ob 291/03p.

¹⁸⁾ OGH 9 Ob 9/11f = JBl 2013, 252 (kritisch *Kepplinger*).

¹⁹⁾ In Rummel, ABGB II/2b³ § 1315 Rz 2a.

²⁰⁾ Siehe dazu sowie zur Gegenposition die Analyse des Meinungsstands unter Punkt B.

²¹⁾ Keine Verbände sind nach § 1 Abs 3 VbVG allerdings die Verlassenschaft, Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen, soweit sie in Vollziehung der Gesetze handeln und anerkannte Kirchen, Religionsgesellschaften und religiöse Bekenntnisgemeinschaften, soweit sie seelsorgerisch tätig sind.

teressenvereinigungen (EWIV).²²⁾ Damit entspricht der persönliche Anwendungsbereich des VbVG weitgehend jenem der zivilrechtlichen Repräsentantenhaftung. Schließlich entspricht es heute ganz hA, dass die Repräsentantenhaftung unter gleichen Wertungsgesichtspunkten wie bei juristischen Personen auch auf Personengesellschaften anzuwenden ist.²³⁾ Dieser Gleichlauf ist vom Gesetzgeber gewollt, der sich bei der Ausgestaltung der Legaldefinition von Verbänden in § 1 Abs 2 VbVG am Anwendungsbereich der Repräsentantenhaftung orientiert hat.²⁴⁾

Inhaltlich sieht das VbVG zwei Spuren einer Strafbarkeit von Verbänden vor: Nach § 3 Abs 2 VbVG ist ein Verband für Straftaten²⁵⁾ seiner Entscheidungsträger iS des § 2 Abs 1 VbVG verantwortlich, wenn der Entscheidungsträger die Tat zu Gunsten des Verbandes begangen hat oder durch die Tat Pflichten verletzt hat, die den Verband treffen. Nach § 3 Abs 3 VbVG kann ein Verband darüber hinaus auch für Straftaten seiner (sonstigen) Mitarbeiter iS von § 2 Abs 2 VbVG verantwortlich gemacht werden, wenn die Tatbegehung dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, dass

Entscheidungsträger die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen haben; insbesondere indem sie wesentliche technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten unterlassen haben.

Das System der Verantwortlichkeit von Verbänden nach dem VbVG weist eine Verwandtschaft zur Deliktshaftung juristischer Personen nach allgemeinem Zivilrecht auf: Die Strafbarkeit für Mitarbeiteraten gemäß § 3 Abs 3 VbVG erinnert wertungsmäßig stark an die Haftung juristischer Personen für ihre Besorgungsgehilfen nach § 1315 ABGB. Der Grund für die Strafsanktion nach § 3 Abs 3 VbVG besteht in dem gegenüber dem Verband erhobenen Vorwurf, durch eine Organisationspflichtverletzung auf Entscheidungsträgerebene ein erhöhtes Risiko für die Begehung von Straftaten durch Mitarbeiter geschaffen zu haben.²⁶⁾ Ebenso liegt auch der Ersatzpflicht nach § 1315 ABGB der Gedanke zugrunde, dass der Geschäftsherr eine Gefahrenquelle für Rechtsgüter anderer Personen geschaffen hat, indem er eine habituell untüchtige bzw wissentlich eine gefährliche Person mit der Verrichtung bestimmter Tätigkeiten beauftragt hat.²⁷⁾

Bedeutsamer für die vorliegende Untersuchung ist das Verhältnis der Strafbarkeit von Verbänden für Delikte von Entscheidungsträgern nach § 3 Abs 2 VbVG zum Schadenersatzrecht. Diese Spur der Verbandsverantwortlichkeit ähnelt strukturell der Repräsentantenhaftung. Beide Institute sind vom Gedanken getragen, dass einer jP Delikte bestimmter für sie handelnder Menschen unmittelbar zugerechnet werden, die innerhalb der Organisation der jP eine „gehobene“ Position einnehmen. Aufgrund der exponierten Stellung wird das Verhalten der Akteure haftungsrechtlich als eine Art „Eigenhandlung“ der jP beurteilt.²⁸⁾ Betrachtet man diese wertungsmäßige Nähe, überrascht es nicht, dass der Personenkreis der Repräsentanten von manchen Autoren mit jenem der Entscheidungsträger iS von § 2 Abs 1 VbVG gleichgesetzt wird.

²²⁾ Streitig ist die Frage, ob es sich bei Personengesellschaften (OG, KG und EWIV) um juristische Personen handelt. Sie ist dann zu bejahen, wenn man das alleinige Merkmal einer jP im Vorhandensein von Rechtspersönlichkeit bei einem anderen Rechtsträger als einem Menschen erblickt (so zB OGH 4 Ob 623/75 = JBl 1978, 87 [Ostheim]; Th. Raiser, Der Begriff der juristischen Person – Eine Neubestimmung, AcP 199, 104 [138 ff und passim]). Sieht man darüber hinaus auch die Trennung der Rechtssphäre der Organisation von jener ihrer Mitglieder als konstitutives Merkmal der jP an, sind OG, KG und EWIV hingegen nicht als juristische Personen zu bezeichnen (so die hA: vgl zB Krejci in Krejci, Reform-Kommentar UGB/ABGB [2007] § 105 UGB Rz 12; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 26 Rz 12; Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 26 Rz 15). Für die Thematik dieses Beitrags ist der angesprochene Meinungsstreit nicht von Relevanz, zumal die zivilrechtliche Repräsentantenhaftung unstreitig auch auf Personengesellschaften anzuwenden ist. Daher werden im Folgenden – aus Gründen besserer Lesbarkeit – auch die OG, KG und EWIV als juristische Personen bezeichnet. Der aufgeworfene Meinungsstreit wird dabei ausdrücklich offengelassen.

²³⁾ Reischauer in Rummel, ABGB II/2b³ § 1315 Rz 2b; F. Harrer/E. Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB VI⁴ (2016) § 1315 Rz 20; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} (2016) § 1315 Rz 25; jeweils mN.

²⁴⁾ Vgl ErlRV 994 BlgNR XXII. GP 17. Ungeachtet dieses Bestrebens hat sich der Gesetzgeber des VbVG jedoch gegen einen völligen Gleichlauf des Anwendungsbereichs der Verbandsverantwortlichkeit mit jenem der zivilrechtlichen Repräsentantenhaftung entschieden. Nach hA gilt das Institut der Repräsentantenhaftung auch für die GesbR und für Einzelunternehmen. Ungeachtet dessen sind Gesellschaften bürgerlichen Rechts und Einzelunternehmen jedoch keine Verbände iS des VbVG (ErlRV aaO; siehe zur Anwendung der Repräsentantenhaftung auf die GesbR und auf natürliche Personen noch unten Punkt F.).

²⁵⁾ Der Begriff der „Straftaten“ umfasst nach § 1 Abs 1 VbVG alle nach einem Bundes- oder Landesgesetz mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen. Eine Einschränkung der strafrechtlichen Verantwortung von Verbänden auf bestimmte Delikte sieht das VbVG also nicht vor.

²⁶⁾ Vgl ErlRV 994 BlgNR XXII. GP 23; Hilf/Zeder in Höpfel/Ratz, WK² (2010) § 3 VbVG Rz 3, 33; ausführlich Boller, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden nach dem VbVG (2007) 185 ff.

²⁷⁾ Vgl F. Bydliński, Zur Haftung für Verrichtungsgehilfen, ZVR 1980, 354 (361); Iro, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982) 205 f; Koziol, Haftpflichtrecht II² 352.

²⁸⁾ Siehe dazu nur Hemetsberger, Verantwortlichkeit von Verbänden 68: „Vor allem der erste Verantwortlichkeitsfall (Entscheidungsträgerat) erweckt durchaus den Eindruck, der im Zivilrecht mittlerweile anerkannten Repräsentantenhaftung nachgebildet zu sein“; vgl auch Boller (Verantwortlichkeit von Verbänden 62 f), nach dem die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verbandes für Delikte ihrer Entscheidungsträger nach § 3 Abs 2 VbVG zwar nicht allein, aber doch in erster Linie mit dem „Repräsentationsgedanken“ zu legitimieren ist; ebenso Hilf, Anmerkung zu VfGH G 497/2015, JBl 2017, 371 (372): „Repräsentationsfunktion der Entscheidungsträger für den Verband“.

B. Analyse des Meinungsstands

In der Lehre sprechen sich allen voran *Kalss*²⁹⁾ und *Eckert*³⁰⁾ dafür aus, dass aufgrund der Einführung des VbVG eine Neuordnung der Deliktshaftung juristischer Personen angezeigt sei, zumal sich das VbVG auf strafrechtlicher Ebene ausdrücklich jenem Problem der Verhaltenszurechnung widme, für das das Privatrecht eine Regelung vermissen lasse. Gemeint ist damit das Problem, welche Menschen es sein sollen, deren deliktisches Verhalten sich eine jP als „eigenes“ zurechnen lassen muss, das im ABGB unregelt geblieben ist. *Kalss* und *Eckert* befürworten eine Schließung dieser planwidrigen Gesetzeslücke durch sinngemäße Anwendung der Legaldefinition der Entscheidungsträger in § 2 Abs 1 VbVG. Eine Lückenschließung anhand dieser Norm liege näher als der Rekurs auf § 337 ABGB, der die Wissenszurechnung an eine Gemeinde behandelt. Dieser Auffassung pflichten *Schopper*³¹⁾ und wohl auch *M. Gruber*³²⁾ bei.

Anderer Ansicht sind jedoch *Schörghofer*³³⁾ und *St. Frotz*³⁴⁾. Diese Autoren üben Kritik an der analogen Anwendung von § 2 Abs 1 VbVG zur Bestimmung jener Personen, die durch ihr Verhalten eine jP unmittelbar deliktisch verpflichten. Ein entsprechender Analogieschluss sei deshalb abzulehnen, weil das VbVG und die Deliktshaftung juristischer Personen unterschiedliche Zwecke verfolgen: Das VbVG sei aus der Erkenntnis heraus geschaffen worden, dass das klassische Strafrecht im Bereich der Bekämpfung der Unternehmenskriminalität erhebliche Schwächen aufweise und beuge der „*kriminogenen Wirkung großer Verbände*“³⁵⁾ und einer daraus resultierenden kriminellen Verbandsattitüde vor. Demgegenüber erfolge die zivilrechtliche Repräsentantenhaftung – wie das Schadenersatzrecht allgemein – in erster Linie eine Ausgleichsfunktion. Aufgrund der unterschiedlichen Stoßrichtungen würden sich die Regelungen des VbVG nicht auf die Deliktshaftung juristischer Personen auswirken.

Daneben betont im Schrifttum auch *Spitzer*³⁶⁾, dass die Bestimmungen § 2 Abs 1, § 3 Abs 2 VbVG

für das Zivilrecht brauchbare Wertungen vermissen lassen würden, weil die Legaldefinition der Entscheidungsträger enger sei, als der von Lehre und Rsp praeter legem entwickelte Repräsentantenbegriff. Die Judikatur stelle bei der zivilrechtlichen Haftung juristischer Personen heute nicht mehr darauf ab, ob der handelnde Funktionär einen Einfluss auf die Geschäftsführung des belangten Unternehmens ausübt oder nicht. Der Einfluss auf die Geschäftsführung sei aber das zentrale Wesensmerkmal von Entscheidungsträgern iS des § 2 Abs 1 VbVG. Vor diesem Hintergrund führt *Spitzer* aus: „Zwar stimmt die Idee des Machthabers und jene des Entscheidungsträgers vielleicht überein. Der reale zivilrechtliche Machthaber kann mit dem Entscheidungsträger des VbVG aber nicht einmal annähernd gleichgesetzt werden. Der Machthaberbegriff greift erheblich weiter.“³⁷⁾ Auf die Unterschiede zwischen dem (auf Grundlage von § 337 ABGB entwickelten) Repräsentantenbegriff und der Legaldefinition der Entscheidungsträger im VbVG ist nun näher einzugehen.

C. Gegenüberstellung von Entscheidungsträgern und Repräsentanten

I. Entscheidungsträger iS von § 2 Abs 1 VbVG

Der Kreis der Entscheidungsträger ist in § 2 Abs 1 VbVG klar umschrieben: Erfasst sind nach Z 1 zunächst *Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder und Prokuristen sowie Personen, die aufgrund organ-schaftlicher oder rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht in vergleichbarer Weise dazu befugt sind, den Verband nach außen zu vertreten*. Die Begriffe Geschäftsführer und Vorstandsmitglied sind dabei weit auszulegen und inkludieren sämtliche organ-schaftlichen Vertreter juristischer Personen und eingetragener Personengesellschaften.³⁸⁾ Angesprochen sind vor allem Geschäftsführer einer GmbH, Mitglieder des Vorstands einer AG, einer Genossenschaft, einer Stiftung, einer Sparkasse oder eines Vereins sowie geschäftsführende Gesellschafter einer OG und geschäftsführende Komplementäre einer KG. Der Begriff des Prokuristen in § 2 VbVG entspricht jenem des § 49 UGB, wobei eine sogenannte „*Filialprokura*“ genügt.³⁹⁾ Wird jemandem zwar keine Prokura, aber eine *Generalhandlungsvollmacht* iS von § 54 Abs 1 UGB eingeräumt, ist er regelmäßig nach dem Auffangtatbestand des § 2 Abs 1 Z 1 letzter Fall VbVG als Entscheidungsträger zu qualifizieren⁴⁰⁾. Ob gleiches auch bei Erteilung von „*Arthandlungsvollmacht*“ (§ 54 Abs 1 2.

denselben, Auswirkungen der Verbandsverantwortlichkeit auf das Zivil- und Zivilprozessrecht, in *Eilsmansberger ea*, Haftung im Wirtschaftsrecht (2013) 29 (34 ff).

³⁷⁾ *Spitzer* in FS Iro 215; mit gleichem Tenor *derselbe* in *Eilsmansberger ea*, Haftung 37.

³⁸⁾ *E. Steininger*, VbVG (2006) § 2 Rz 5; *Hilf/Zeder* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 2 VbVG Rz 5 f; ausführlich *Boller*, Verantwortlichkeit von Verbänden 131 ff.

³⁹⁾ ErlRV 994 BlgNR XXII. GP 19.

⁴⁰⁾ ErlRV 994 BlgNR XXII. GP 19; *Hilf/Zeder* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 2 VbVG Rz 8; *Boller*, Verantwortlichkeit von Verbänden 134.

²⁹⁾ In *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 3/577 f.

³⁰⁾ *Kalss/Eckert*, Ausgewählte Fragen der Prospekthaftung, in *Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria*, Informationsverhalten am Kapitalmarkt III (2006) 92 (103).

³¹⁾ Zurechnung des deliktischen Verhaltens eines Multiorganmitglieds, FS Kalus (2010) 477 (488).

³²⁾ Prospekthaftung der AG versus Kapitalerhaltung, GesRZ 2010, 73 (77 f).

³³⁾ *Schörghofer*, Überlegungen zu den Auswirkungen des VbVG auf die Deliktshaftung juristischer Personen, ÖJZ 2012, 53 (insbesondere 57 ff).

³⁴⁾ *St. Frotz/Schörghofer*, Schadenersatzrechtliche Zurechnung bei Multiorgananschaften, GesRZ 2011, 334 (339).

³⁵⁾ Dieser Begriff bezeichnet das Phänomen, dass Menschen eher dazu bereit sein sollen, strafbare Handlungen zu begehen, wenn sie funktionell in einen Verband eingliedert sind (vgl dazu auch *Sautner*, Grundlagen und Herausforderungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in Österreich, ÖJZ 2012, 546 [547]).

³⁶⁾ *Spitzer*, Neuordnung der Deliktshaftung der juristischen Person, FS Iro (2013) 207 (213 ff, 226 f); vgl auch

Fall UGB) gilt, ist streitig.⁴¹⁾ Die Einräumung von Einzelhandlungsvollmacht (§ 54 Abs 1 3. Fall UGB) begründet jedenfalls keine Entscheidungsträgereigenschaft.⁴²⁾

Nach § 2 Abs 1 Z 2 VbVG sind jene Personen als Entscheidungsträger zu qualifizieren, die *Kontrollbefugnisse in leitender Stellung* ausüben, wobei im Gesetz die Mitglieder des Aufsichtsrates oder des Verwaltungsrates demonstrativ genannt sind. In den Materialien ist als weiteres Beispiel ein Leiter einer Controlling- oder Revisionsabteilung angeführt.⁴³⁾ Gerade bei größeren Unternehmen muss sich die Kontrollbefugnis jedoch nicht auf das gesamte Unternehmen beziehen.⁴⁴⁾ Eine innerbetriebliche Kontrolltätigkeit für einen Teilbereich der Organisation wird als hinreichend erachtet, wenn sie von einer Person ausgeübt wird, die in der Hierarchie des Verbandes eine gehobene Stellung einnimmt⁴⁵⁾. Für daraus resultierende Abgrenzungsfragen hat *Boller* eine plausible Lösung entwickelt: Der Autor stellt darauf ab, *ob die Kontrollbefugnis von der Möglichkeit begleitet wird, bei erkannten Missständen auf die Verwaltung bzw die Organisation des Verbands Einfluss zu nehmen.*⁴⁶⁾

Schließlich normiert § 2 Abs 1 Z 3 VbVG eine Art Generalklausel.⁴⁷⁾ Nach dieser sind auch solche Personen als Entscheidungsträger einzustufen, die zwar keine organschaftlichen Vertreter sind und denen auch sonst keine Generalvollmacht oder Kontrollbefugnis eingeräumt wurde, *die aber dennoch erheblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Verbandes ausüben.*⁴⁸⁾ Der Zweck dieses Aufgabatbestandes besteht primär darin, eine Umgehungsmöglichkeit der Verbandsverantwortlichkeit zu verhindern.⁴⁹⁾ Ansonsten wäre es möglich, dass den tatsächlich mächtigen Personen des Verbands nicht die ihrem Einfluss entsprechende offizielle Funktion übertragen wird. Nach § 2 Abs 1 Z 3 VbVG sind jedoch auch rein faktische Geschäftsführer von der Legaldefinition der Entscheidungsträger umfasst, sodass es für Verbände nur schwer möglich ist, die Verbandsverantwortlichkeit durch entsprechende Gestaltung der Organisationsstruktur zu manipulieren.

⁴¹⁾ Generell dafür *E. Steininger*, VbVG § 2 Rz 10. Demgegenüber gehen *Hilf/Zeder* (in Höpfel/Ratz, WK² § 2 VbVG Rz 9) davon aus, dass Träger von Arthandlungsvollmachten nur dann unter § 2 Abs 1 Z 1 letzter Fall VbVG zu subsumieren seien, wenn die Arthandlungsvollmacht ihrem Umfang nach einer Generalhandlungsvollmacht nahekommmt. *Boller* (Verantwortlichkeit von Verbänden 134) betont, dass die Einräumung bloßer Arthandlungsvollmacht zur Begründung der Entscheidungsträgereigenschaft nicht ausreichend sei.

⁴²⁾ Statt aller *E. Steininger*, VbVG § 2 Rz 10; *Hilf/Zeder* in Höpfel/Ratz, WK² § 2 VbVG Rz 9.

⁴³⁾ ErlRV 994 BlgNR XXII. GP 19.

⁴⁴⁾ *Boller*, Verantwortlichkeit von Verbänden 137.

⁴⁵⁾ ErlRV 994 BlgNR XXII. GP 19; *Hilf/Zeder* in Höpfel/Ratz, WK² § 2 VbVG Rz 16.

⁴⁶⁾ *Boller*, Verantwortlichkeit von Verbänden 137 f.

⁴⁷⁾ *Hilf/Zeder* in Höpfel/Ratz, WK² § 2 VbVG Rz 18.

⁴⁸⁾ Der Begriff der Geschäftsführung ist dabei in systematischer Interpretation mit § 116 UGB auszulegen.

⁴⁹⁾ Vgl dazu sowie zum Folgenden insbesondere *Boller*, Verantwortlichkeit von Verbänden 138 f.

II. Der auf Grundlage von § 337 ABGB entwickelte Repräsentantenbegriff

Der zivilrechtliche Repräsentantenbegriff umfasst nach Judikatur und überwiegender Lehre alle Personen, *die innerhalb der Organisation der jP eine eigenverantwortliche Stellung mit selbständigem Wirkungskreis innehaben und dabei leitende oder überwachende Tätigkeiten für die jP ausüben.*⁵⁰⁾ Vertretungsmacht nach außen wird dabei nicht verlangt.⁵¹⁾ Ebenso wenig stellt die jüngere Rsp darauf ab, ob der Wirkungskreis des jeweiligen Akteurs annähernd jenem eines Organs entspricht.⁵²⁾ Lediglich das Fehlen autonomer Entscheidungsbefugnis und die Übertragung bloß untergeordneter Tätigkeiten würden keine Qualifikation als Repräsentant erlauben.⁵³⁾ Zusätzlich sei eine gewisse Eingliederung in die Organisation der jP erforderlich, weshalb ein einmaliges Auftragsverhältnis mit einer organisationsfremden Person nicht genüge, um eine Repräsentantenstellung für den Auftraggeber zu begründen.⁵⁴⁾

Diese von Rechtslehre und -praxis üblicherweise verwendete Umschreibung des Personenkreises der Repräsentanten ist abstrakt gehalten. Will man die Unterschiede zwischen der Legaldefinition der Entscheidungsträger nach § 2 Abs 1 VbVG und dem privatrechtlichen Repräsentantenbegriff erfassen, ist daher eine genaue Judikaturanalyse unerlässlich. Dabei ist zwischen jenen Funktionären zu unterscheiden, bei denen der OGH die Repräsentanteneigenschaft wegen der Ausübung einer leitenden Tätigkeit bejaht hat, und jenen, deren Repräsentanteneigenschaft auf die Ausübung einer überwachenden Tätigkeit gestützt worden ist.

1. Eigenverantwortliche leitende Funktion

Aufgrund der Ausübung einer leitenden Tätigkeit qualifiziert der OGH in jüngerer Zeit einen *die Arbeitsanweisungen gebenden Mitarbeiter, der in dieser Funktion einem Arbeitgeber nahekommmt*, als Repräsentanten;⁵⁵⁾ ferner einen programmgestal-

⁵⁰⁾ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 377; *Reischauer* in Rummel, ABGB II/2b³ § 1315 Rz 2b; *Karner* in KBB, ABGB³ § 1315 Rz 7; *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1315 Rz 24; *F. Harrer/E. Wagner* in Schwimann/Kodek, ABGB VI⁴ § 1315 Rz 19.

⁵¹⁾ OGH 23.11.2000, 6 Ob 249/00m; 7 Ob 128/04f = ÖBA 2005/1278, 408 (*Apathy*) = wbl 2005/125; *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1315 Rz 24.

⁵²⁾ OGH 2 Ob 107/98v = JBl 1998, 713; 7 Ob 271/00d = JBl 2001, 525; 7 Ob 271/02g = ecolex 2004/200 = MietSlg 55.002; 7 Ob 128/04f = ÖBA 2005/1278, 408 (*Apathy*) = wbl 2005/125; 9 Ob 9/11f = JBl 2013, 252 (*Kepplinger*); *F. Harrer/E. Wagner* in Schwimann/Kodek, ABGB VI⁴ § 1315 Rz 19; *Reischauer* in Rummel, ABGB II/2b³ § 1315 Rz 2a.

⁵³⁾ OGH 9 ObA 141/09i = wbl 2011/38 = DRdA 2011/36 (*Eypeltauer*); 4 Ob 75/09x = JBl 2010, 59 = RZ 2010/5 = Zak 2009/429; 9 Ob 9/11f = JBl 2013, 252 (*Kepplinger*); 5 Ob 76/12f = EvBl 2013/33 (*Brenn*) = immolex 2012/111 (*Limberg*) = ZVR 2013/221 (*Ch. Huber*); *F. Harrer/E. Wagner* in Schwimann/Kodek, ABGB VI⁴ § 1315 Rz 19.

⁵⁴⁾ OGH 9 Ob 74/14v = bbl 2015/117.

⁵⁵⁾ OGH 2 Ob 115/13w = bbl 2014/108, 129.

tenden Angestellten des ORF iS des § 17 RFG;⁵⁶⁾ den Vorsitzenden einer Landesexekutive des ÖGB;⁵⁷⁾ den Ehemann einer Einzelunternehmerin, der faktisch das Unternehmen leitete;⁵⁸⁾ einen unternehmensrechtlichen Geschäftsführer einer – von einer GmbH beherrschten – „Tarnfirma“;⁵⁹⁾ einen Vereinsobmann;⁶⁰⁾ den Filialleiter einer Sparkasse;⁶¹⁾ einen Gesellschafter einer OEG⁶²⁾ sowie den gewerberechtlichen Geschäftsführer eines Abschleppunternehmens.⁶³⁾

2. Eigenverantwortliche überwachende Funktion

Wegen der autonomen Ausübung einer überwachenden Tätigkeit bejaht der OGH in 3 Ob 119/99t⁶⁴⁾ die Repräsentanteneigenschaft eines Hauptkamerateamanns, der für die Sicherheit der für die Übertragung der Motorsportveranstaltung verwendeten Kameras zu sorgen hatte. In den Beschlüssen 6 Ob 220/99t⁶⁵⁾ und 2 Ob 226/99w werden jeweils zwei „angelernte Gebäudeaufseher“, welche die Standfestigkeit der Balustrade eines Bundesgebäudes in regelmäßigen Abständen zu prüfen hatten, als Repräsentanten der Republik Österreich angesehen.⁶⁶⁾ Repräsentant der Stadt Wien ist nach 4 Ob 75/09x⁶⁷⁾ auch ein „fachkundiger eigener Mitarbeiter“, dem die eigenverantwortliche Prüfung des Zustands der Gräber eines Stadtfriedhofs übertragen wurde. Im Beschluss 9 Ob 9/11f⁶⁸⁾ erwägt der OGH die Repräsentanteneigenschaft eines „Revierorgans“, das vom Betreiber einer freien Rotwildfütterung mit der Erfüllung des behördlichen Abschussplans sowie mit der Versorgung der Fütterungsstelle mit Futtermittel betraut wurde.⁶⁹⁾

Besonders weit dehnt der OGH den Personenkreis der Repräsentanten in 7 Ob 271/00d⁷⁰⁾ und in 2 Ob 291/03p aus: In dem der Entscheidung 7 Ob 271/00d zugrundeliegenden Fall entfernten Arbeiter der beklagten jP auf einer Baustelle die Gitter

von den Kellerfenstern und lehnten diese an einen Altpapiercontainer, ohne weitere Schutzmaßnahmen zu treffen, wodurch der Arbeiter eines anderen Bauunternehmens einen Schaden erlitt. Der siebte Senat bejahte eine Ersatzpflicht der Beklagten, da es ihre Repräsentanten verabsäumt hätten, durch entsprechende Weisungen und Kontrollen sicherzustellen, dass die Arbeiter das ausgehängte Fenstergitter nicht gefährlich lagern.⁷¹⁾ In dem zur Entscheidung 2 Ob 291/03p führenden Verfahren war ein Winterdienstunternehmen beklagt, das mit der Schneeräumung und Streuung des unfallgegenständlichen Gehsteigs beauftragt war. Nach den Feststellungen war ein Arbeiter für die maschinelle Reinigung und Streuung des Gehsteigs bei Schneefall zuständig, ein zweiter für die händische Nacharbeit und ein dritter (dessen Verhalten unfallkausal war) für die Kontrolle des Gehsteigs an Tagen ohne Schneefall. Aufgrund der übernommenen „Überwachungsaufgaben“ maß der OGH dem drittgenannten Arbeiter die Stellung als Repräsentant des beklagten Winterdienstunternehmens zu und bejahte eine Ersatzpflicht der jP.

III. Vergleich der Personenkreise

Setzt man die dargestellten Entscheidungen zur Repräsentantenhaftung in Verhältnis zur Legaldefinition der Entscheidungsträger iS von § 2 Abs 1 VbVG, zeigt sich Folgendes: Jene Funktionäre, die vom OGH aufgrund der Ausübung einer leitenden Tätigkeit als Repräsentant eingestuft worden sind (siehe dazu Punkt C.II.1.), sind auch vom Begriff der Entscheidungsträger iS des § 2 Abs 1 VbVG erfasst. Ob man den Kreis jener Personen, für deren Verhaltensunrecht eine jP unmittelbar haftet, durch analoge Anwendung von § 2 Abs 1 VbVG oder ausgehend von § 337 ABGB bestimmt, führt in diesem Bereich zu keinen (wesentlichen) Abweichungen.

Anders gestaltet sich die Situation jedoch bei Personen, die aufgrund der Ausübung einer überwachenden Tätigkeit als Repräsentanten qualifiziert worden sind. Hier geht die zivilrechtliche Judikatur zum Personenkreis der Repräsentanten deutlich über die Legaldefinition der Entscheidungsträger iS des VbVG hinaus. Während § 2 Abs 1 Z 2 VbVG die Ausübung einer innerbetrieblichen Kontrollbefugnis verlangt, die mit der Möglichkeit gepaart ist, bei erkannten Missständen auf die Organisation der jP Einfluss zu nehmen (siehe Punkt C.I), wird für die Repräsentanteneigenschaft die Ausübung einer kontrollierenden Tätigkeit schlechthin als ausreichend erachtet, sofern die Person die jeweiligen Aufgaben eigenverantwortlich erbringt. Auf dieser Grundlage qualifiziert der OGH insbesondere auch solche Personen als Reprä-

⁵⁶⁾ OGH 1 Ob 36/89 = JBl 1991, 796 = SZ 64/36. Vgl zur Rechtspersönlichkeit des ORF § 1 RFG.

⁵⁷⁾ OGH 23.11.2000, 6 Ob 249/00m.

⁵⁸⁾ OGH 5 Ob 173/02f = SZ 2002/116 = ZVR 2003/108 = immolex 2003/189 = wobl 2003/34 (Call).

⁵⁹⁾ OGH 7 Ob 271/02g = eclex 2004/200 = MietSlg 55.002; ähnlich auch 19.05.2005, 6 Ob 12/05s.

⁶⁰⁾ OGH 6 Ob 95/05x = eclex 2006/210.

⁶¹⁾ OGH 7 Ob 128/04f = ÖBA 2005/1278, 408 (insofern zustimmend *Apathy*) = wbl 2005/125 = RZ 2005/28 = RdW 2005/260.

⁶²⁾ OGH 6 Ob 196/05z = JBl 2006, 463 = eclex 2006/241 (J. Reich-Rohrwig).

⁶³⁾ OGH 2 Ob 273/05v = RdW 2007/738.

⁶⁴⁾ OGH 3 Ob 119/99t = ZVR 2000/90 = RdW 2000/378.

⁶⁵⁾ bbl 2000/168.

⁶⁶⁾ Den angesprochenen Beschlüssen liegt derselbe Sachverhalt zugrunde. Vgl zu diesen Entscheidungen auch U. Terlitzka, Aktuelle Rsp zur Bauwerkehaftung (Teil II), immolex 2001, 184 (188).

⁶⁷⁾ JBl 2010, 59 = RZ 2010/5 = Zak 2009/429.

⁶⁸⁾ JBl 2013, 252 (kritisch Kepplinger).

⁶⁹⁾ Im Ergebnis verwies der neunte Senat die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück, da noch nicht festgestellt war, ob das Revierorgan die angesprochenen Tätigkeiten eigenverantwortlich zu erfüllen hatte.

⁷⁰⁾ JBl 2001, 525 = ZVR 2002/6.

⁷¹⁾ Wer innerhalb der Organisation der beklagten jP für die Überwachung der Arbeiter zuständig war bzw gewesen wäre, war von den Unterinstanzen noch nicht festgestellt worden. Vor diesem Hintergrund leuchtet auch die Kritik von Reischauer (in Rummel, ABGB II/2b³ § 1315 Rz 2a) und Spitzer (in FS Iro 215) ein, die betonen, dass es sich bei jener Person, die zur Kontrolle der schadenskausalen Arbeiter berufen war, nicht zwingend um einen Repräsentanten der jP handeln muss.

sentanten, die in der Sphäre der jP gelegene Gefahrenquellen überwachen und mit der Erfüllung der entsprechenden Verkehrssicherungspflichten eigenverantwortlich betraut sind.⁷²⁾ Von der Legaldefinition der Entscheidungsträger in § 2 Abs 1 VbVG sind solche Hilfspersonen nicht erfasst.

So gesehen ist dem Befund von *Spitzer*⁷³⁾ beizupflichten: Die hA zur Repräsentanteneigenschaft geht über die Definition der Entscheidungsträger im VbVG hinaus. Anders gestaltet sich das Ergebnis der Judikaturanalyse jedoch dann, wenn man nicht nur Entscheidungen der letzten 15 Jahre betrachtet, sondern den Blick weiter in die Vergangenheit richtet. Auch *Spitzer* räumt ein: *Drehte man die Rsp 30 Jahre zurück, würde es zwischen Repräsentanten iS der zivilrechtlichen Haftung juristischer Personen und Entscheidungsträgern iS des VbVG keine besonderen Unterschiede geben.*⁷⁴⁾ Innerhalb des entsprechenden Zeitraums hat sich das Verständnis von der Repräsentantenhaftung in Judikatur und Lehre nämlich entscheidend gewandelt. Der Kreis jener Personen, die aufgrund der Ausübung einer überwachenden Tätigkeit als Repräsentanten angesehen werden, ist sukzessive ausgedehnt worden. Die Judikatur hat die ursprüngliche Dogmatik zum Personenkreis der Repräsentanten weit hinter sich gelassen. Diese Entwicklung ist nun näher zu beleuchten.

D. Die dogmatische Grundlage des (heute) herrschenden Repräsentantenbegriffs

I. Entwicklung eines „Organbegriffs im haftungsrechtlichen Sinn“ durch die Lehre

Die Dogmatik zum heute vorherrschenden Repräsentantenbegriff ist als Reaktion auf die als zu eng empfundene Position zur Deliktshaftung juristischer Personen in der älteren Rsp zu begreifen. Wie bereits gezeigt, vertrat der OGH mehr als 60 Jahre lang die Auffassung, dass der Kreis jener Personen, für deren Verhaltensunrecht eine jP schadenersatzrechtlich unmittelbar einzustehen hat, auf deren Organe zu beschränken sei.⁷⁵⁾ Im Schrifttum wurde diese Auffassung jedoch ganz überwiegend abgelehnt.⁷⁶⁾ Dagegen wurde einer-

seits ins Treffen geführt, es mute seltsam an, dass juristische Personen in der Lage sein sollen, durch entsprechende Satzungsänderung ihre eigene Deliktshaftung nahezu beliebig zu manipulieren. Man dürfe juristischen Personen nicht das Privileg einräumen, durch geschickte Formulierung ihrer Statuten die deliktische Verantwortung weitgehend von sich abzuwenden.⁷⁷⁾ Andererseits wurde gegen die Position des OGH vorgebracht, dass die Bestellung einer Person zum satzungsmäßigen Vertreter in erster Linie im Hinblick auf die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht vorgenommen werde. Die Frage, welche Menschen es sein sollen, deren Verhaltensunrecht der jP unmittelbar zuzurechnen ist, könne auf dieser Grundlage jedenfalls nicht abschließend beantwortet werden.

1. F. Bydlinki: leitende Funktionäre als Repräsentanten

Vor dem Hintergrund der angeführten Kritikpunkte setzte sich *F. Bydlinki* im Rahmen eines Besprechungsaufsatzes grundlegend mit der Frage auseinander, wie der Begriff „Machthaber“ in § 337 ABGB bei der sinngemäßen Anwendung dieser Bestimmung im Bereich der Deliktshaftung juristischer Personen auszulegen ist und entwickelte dabei einen „Organbegriff im haftungsrechtlichen Sinn“.⁷⁸⁾ Mit diesem Ausdruck bezeichnet der Autor jene Menschen, die innerhalb der juristischen Person eine *selbständige Stellung* einnehmen und mit *selbständiger Leitungsbefugnis* ausgestattet sind. Aus der Bestellung einer Person zum satzungsmäßigen Vertreter könne man zwar grundsätzlich den Schluss ziehen, dass dieser Person eine solche selbständige Leitungsbefugnis zukomme, da untergeordnete Funktionen nicht in der Satzung geregelt sind. Ebenso hätten juristische Personen aber auch für ein etwaiges Verhaltensunrecht von sonstigen *leitenden Funktionären* unabhängig unmittelbar einzustehen. In späteren Untersuchungen konkretisiert *F. Bydlinki* den Begriff des leitenden Funktionärs und macht ihn insbesondere vom Vorliegen zweier Voraussetzungen abhängig: Erstens muss die entsprechende Person wesentliche Entscheidungskompetenzen der juristischen Person selbständig wahrnehmen dürfen. Zweitens müssen ihre Anordnungen kraft einer Weisungsbefugnis für untergeordnete Gehilfen verbindlich sein, sodass von der Person insgesamt ein größeres Gefahrepotential ausgeht als von schlichten Besorgungsgehilfen.⁷⁹⁾

⁷²⁾ Dass „nur“ solche Personen als Repräsentanten einer jP zu qualifizieren sind, die die entsprechenden Verkehrssicherungspflichten autonom erfüllen, kommt in den einschlägigen Entscheidungen nicht immer deutlich zum Ausdruck (vgl zB OGH 6 Ob 220/99t = bbl 2000/168; 02.08.2000, 2 Ob 226/99w). In den jüngeren Entscheidungen stellt der OGH jedoch klar, dass auch die zweite Alternative der Repräsentanteneigenschaft nur dann zu bejahen ist, wenn der schadenskausale Akteur die entsprechenden Tätigkeiten eigenverantwortlich ausübt (vgl nur OGH 9 Ob 9/11f = JBl 2013, 252 [Kepplinger]; 5 Ob 76/12f = EvBl 2013/33 [zustimmend Brenn] = immolex 2012/111 [Limberg] = ZVR 2013/221 [Ch. Huber]).

⁷³⁾ Siehe dazu oben Punkt B.

⁷⁴⁾ *Spitzer* in FS Iro 213; *derselbe* in Eilsmansberger ea, Haftung 35.

⁷⁵⁾ Siehe dazu oben Punkt A.I.

⁷⁶⁾ Kritisch bzw ablehnend zB *M. Wilburg*, Haftung für Gehilfen, ZBl 1930, 721 (729); *W. Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts (1941) 232; *Wahle* in Klang, ABGB V² (1954) 634; *F. Bydlinki*, Schadensrecht und Arbeits-

kampf, Österr. Zeitschrift für Öffentliches Recht IX (1959) 518 (565 f); *Gschnitzer*, Schuldrecht Besonderer Teil¹ (1963) 189 f; *Tomandl*, Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes (1965) 365. Der Judikatur hingegen ausdrücklich zustimmend *Ehrenzweig*, System I/1² (1951) 207 f; *Wolff* in Klang, ABGB I/1² (1964) 200 f.

⁷⁷⁾ Vgl dazu sowie zum Folgenden die Nachweise in Fn 76.

⁷⁸⁾ *F. Bydlinki*, „Bananenprozeß“ und Schadenersatz, ZAS 1966, 165 (169 ff).

⁷⁹⁾ Siehe zu diesen beiden Kriterien *F. Bydlinki*, Die Verantwortung juristischer Personen in der Gesellschaft, in Götz/Seifert, Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft (2000) 20 (55 ff); *denselben*, Die deliktische Organ-

2. *Ostheim*: Vergleich mit Leitungs- und Kontrollaufgaben eines Einzelunternehmers, der ein artgleiches Unternehmen führt

Neben den Arbeiten von *F. Bydlinski* sind auch drei Beiträge von *Ostheim* für das Verständnis der heute herrschenden Auffassung zum Personenkreis der Repräsentanten essentiell.⁸⁰⁾ Geprägt durch die Kritik an der (damaligen) restriktiven Position der Judikatur zur Deliktshaftung juristischer Personen sprach sich der Autor dafür aus, den Terminus „Machthaber“ bei der sinngemäßen Anwendung von § 337 ABGB im schadenersatzrechtlichen Kontext wörtlich zu interpretieren und darunter sämtliche Personen zu subsumieren, die im Namen der jP Macht ausüben. Diese – wie *Ostheim* selbst einräumt – vage Umschreibung konkretisiert der Autor anhand eines hypothetischen Vergleichs: Um den Kreis der Repräsentanten ermitteln zu können, müsse man sich vorstellen, dass das jeweilige Unternehmen nicht von einer jP, sondern von einem verantwortungsbewussten Einzelunternehmer geführt wird, der die wesentlichen Leitungs- und Überwachungsfunktionen selbst wahrnimmt. Das Verhalten jener Personen, die innerhalb der Organisation der jP mit der Ausübung einer dieser (oder auch mehrerer) Leitungs- und Überwachungsaufgaben betraut sind, sei der jP schadenersatzrechtlich als eine Art Eigenhandeln zuzurechnen. Aus diesem Grund umfasst der Kreis der Repräsentanten nach *Ostheim* „jene Personen, die in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion Tätigkeiten ausüben, die man der juristischen Person vor dem Hintergrund des sorgfältigen und verantwortungsbewussten Einzelunternehmers unmittelbar zurechnen kann“.⁸¹⁾

II. Analyse der darauf aufbauenden Judikatur

1. Die Leitentscheidung OGH 1 Ob 625/78

Die Untersuchungen von *F. Bydlinski* und *Ostheim* wurden von der Judikatur aufgegriffen. Nachdem der OGH in einigen Entscheidungen die Deliktshaftung juristischer Personen über das Vehikel eines „Organisationsmangels“ der satzungsmäßig bestellten Vertreter sukzessive ausgedehnt hatte,⁸²⁾

haftung juristischer Personen, FS Koppensteiner (2001) 569 (581); *denselben*, Deliktshaftung juristischer Personen für ihre „Organe“: Gemeineuropäisches Rechtsgut oder überholte Theorie?, in Zöchling-Jud ea, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000 (2001) 9 (16 f).

⁸⁰⁾ *Ostheim*, Weisungsdelegation als Haftungsgrund, JBl 1969, 535 (540 ff); *derselbe* in GedS Gschnitzer 329 ff; *derselbe*, Gedanken zur deliktischen Haftung für Repräsentanten anlässlich der neueren Rsp des OGH, JBl 1978, 57 (61 ff).

⁸¹⁾ *Ostheim*, JBl 1978, 61 f. In seinem Beitrag in der GedS Gschnitzer (aaO 330 f) spricht der Autor hingegen noch von jenen Personen, „die in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion Tätigkeiten ausüben, die man der juristischen Person vor dem Hintergrund des sorgfältigen und verantwortungsbewussten Einzelunternehmers unmittelbar zurechnen kann“ (Hervorhebung nicht im Original).

⁸²⁾ OGH 1 Ob 87/71 = JBl 1972, 312 (kritisch *Ostheim*) = SZ 44/45; 2 Ob 206, 207/72 = ZVR 1973/221; 1 Ob 196/74 = SZ 47/140; 4 Ob 623/75 = JBl 1978, 87 (kritisch *Ost-*

sprach sich der OGH in 1 Ob 625/78⁸³⁾ ausdrücklich für eine Änderung der bisherigen Judikatur aus. Der erste Senat referiert in der angeführten Leitentscheidung zunächst die Thesen von *F. Bydlinski* und *Ostheim* zum Personenkreis der Repräsentanten und konstatiert: „Diese Darlegungen erscheinen dem erkennenden Senat weitgehend überzeugend und entsprechen wohl auch dem Grundsatz des § 26 ABGB, der die Gleichstellung der juristischen mit der natürlichen Person anordnet.“ Im Ergebnis bejahte das Höchstgericht daher eine Haftpflicht der beklagten jP für das schadensursächliche Verhalten ihres Baupoliers, dem nach den Feststellungen mehr als 35 Arbeiter unterstellt waren.

In den darauffolgenden Entscheidungen verwendet der OGH bei der Umschreibung des Personenkreises der Repräsentanten Formulierungen, die stark an den Begriff der leitenden Funktionäre iS von *F. Bydlinski* angelehnt sind: So umfasst dieser nach 7 Ob 56/83⁸⁴⁾, 1 Ob 36/89⁸⁵⁾, 6 Ob 542/92 und 1 Ob 8/95⁸⁶⁾ alle Personen, „die eine leitende Stellung mit selbständigem Wirkungskreis innehaben“⁸⁷⁾; nach 1 Ob 8/85, 8 Ob 705/89⁸⁸⁾, 1 Ob 39/90⁸⁹⁾ und 2 Ob 2416/96z⁹⁰⁾ „alle Personen, die in ihrer Organisation eine leitende Stellung innehaben und dabei mit eigenverantwortlicher Entscheidungsbefugnis ausgestattet sind“ und nach 9 ObA 241/94⁹¹⁾ deren Organe in einem haftungsrechtlichen Sinn, „wobei nicht nur die rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis nach außen, sondern auch selbständige innerbetriebliche Leitungs- und Überwachungsfunktionen für die Zurechnung unerlaubten Verhaltens zur juristischen Person ausreichen“.⁹²⁾

2. Weitere Ausdehnung des Personenkreises der „Repräsentanten“

a. Die zu kurz gegriffene Verwendung der Begriffsbestimmung von *Ostheim* in 2 Ob 2398/96b

Beginnend mit der Entscheidung 2 Ob 2398/96b⁹³⁾ rückt das Erfordernis der Ausübung innerbetrieblicher Leitungsfunktionen für die Qualifikation einer Person als Repräsentant allerdings in den Hinter-

heim); 1 Ob 763/76 = EvBl 1977/99; 8 Ob 160/76 = JBl 1977, 199 = EvBl 1977/65; ausführlich zu diesen Entscheidungen *Ostheim*, JBl 1978, 57 ff. Die entsprechenden Entscheidungen sind stark von der deutschen Lehre zum „körperschaftlichen Organisationsmangel“ geprägt (siehe zu dieser These bereits oben Fn 9).

⁸³⁾ JBl 1980, 482 (zustimmend *Ostheim*) = SZ 51/80.

⁸⁴⁾ SZ 57/77.

⁸⁵⁾ JBl 1991, 796 = SZ 64/36.

⁸⁶⁾ SZ 68/191 = EvBl 1996/79.

⁸⁷⁾ Ähnlich auch OGH 1 Ob 8/95 = SZ 68/191: „Als Organ im haftungsrechtlichen Sinn ist jede Person anzusehen, die im Organisationsbereich der juristischen Person eine leitende Stellung mit selbständigem, eigenverantwortlichem Wirkungskreis innehat.“

⁸⁸⁾ SZ 63/217 = ZVR 1991/122.

⁸⁹⁾ JBl 1991, 580 (*Kerschner*) = SZ 64/3.

⁹⁰⁾ ZVR 1998/18.

⁹¹⁾ SZ 68/14 = DRdA 1996/7 (*Geist*).

⁹²⁾ Auf dieser Grundlage sprach der OGH aus, dass der beklagten jP das Verschulden eines Aufsichtsratsmitglieds schadenersatzrechtlich unmittelbar zuzurechnen ist.

⁹³⁾ SZ 70/138 = RZ 1998/33.

grund. Diese Entscheidung ist auch deshalb bemerkenswert, weil der OGH hier den Personenkreis der Repräsentanten erstmals anhand der von *Ostheim* entwickelten Definition umschreibt. Dabei wird die Ansicht des Autors allerdings verkürzt wiedergegeben.

Wie gezeigt, nimmt *Ostheim* die Abgrenzung zwischen Besorgungsgehilfen und Repräsentanten einer jP anhand eines hypothetischen Vergleichs mit einem „artgleichen Einzelunternehmen“ vor, bei dem der Inhaber des Unternehmens die zentralen innerbetrieblichen Leitungs- und Überwachungsfunktionen selbst wahrnimmt. Vor diesem Hintergrund will *Ostheim* jene Personen als Repräsentanten verstanden wissen, die in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion Tätigkeiten ausüben, die man der juristischen Person vor dem Hintergrund des sorgfältigen und verantwortungsbewussten Einzelunternehmers unmittelbar zurechnen kann.⁹⁴⁾

In der Entscheidung 2 Ob 2398/96b wird dieser hypothetische Vergleich mit einem verantwortungsbewussten Einzelunternehmer jedoch nicht erwähnt. Vielmehr führt der zweite Senat – unter Berufung auf die jüngere Rsp und auf die Untersuchungen von *Ostheim* – aus, dass als „Repräsentanten alle Personen zu verstehen sind, die in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion Tätigkeiten für eine juristische Person [...] ausüben.“ Auf dieser Grundlage kommt der erkennende Senat zum Ergebnis, dass der Leiter einer Treibjagd, der nach den Feststellungen für die Absicherung der an das Jagdrevier angrenzenden Straße verantwortlich gewesen wäre, als Repräsentant der beklagten Jagdgesellschaft anzusehen sei.

b. OGH 2 Ob 107/98v: *Absehen vom Erfordernis eines Wirkungskreises, der jenem eines Organs entspricht*

In dem zur Entscheidung 2 Ob 107/98v⁹⁵⁾ führenden Revisionsverfahren wurde das Höchstgericht mit dem Umstand konfrontiert, dass die Umschreibung des Personenkreises der Repräsentanten in 2 Ob 2389/96b von jener in der Leitentscheidung 1 Ob 625/78⁹⁶⁾ und der darauf aufbauenden Judikatur abweicht. Beklagt war in casu ein Bauunternehmen (GmbH), wobei sich in rechtlicher Hinsicht vor allem die Frage stellt, ob diesem Unternehmen das deliktische Verhalten jenes Mitarbeiters zuzurechnen ist, der für die Absicherung der unfallgegenständlichen Baustelle verantwortlich war.

Der zweite Senat bestätigte die Umschreibung des Personenkreises der Repräsentanten in 2 Ob 2389/96b und stellte – unter expliziter Ablehnung der Leitentscheidung 1 Ob 625/78 – klar: „Auf das Erfordernis eines Wirkungskreises, der jenem eines Organs annähernd entspricht, kommt es hiebei nicht an. Der Grundgedanke, daß jene Vermögensmasse, die den Vorteil des Handelns des ‚Machthabers‘ genießt, auch die daraus entstehenden Nachteile zu tragen hat, trägt bei allen diesen Funktio-

nären, weil sie wegen ihrer Tätigkeit eine besondere Gefährdungsmöglichkeit haben.“

Diese Begründung ist Ausgangspunkt der Judikatur, wonach auch solche Personen als Repräsentanten einer jP einzustufen seien, die in der Sphäre der jP gelegene Gefahrenquellen überwachen und mit der Erfüllung der entsprechenden Verkehrssicherungspflichten eigenverantwortlich betraut sind.⁹⁷⁾ Von dem von *F. Bydlinski* und *Ostheim* entwickelten Organbegriff im haftungsrechtlichen Sinn, der an die *Ausübung innerbetrieblicher Leitungs- und Kontrolltätigkeiten* anknüpft, sind derartige Personen jedoch nicht umfasst. Dies wirft die Frage auf, welche Gründe die Rsp zu dieser neuerlichen Ausdehnung des Personenkreises der Repräsentanten bewogen?

3. Kritische Würdigung der weiteren Ausdehnung des Personenkreises der Repräsentanten

Hintergrund der Erweiterung des Kreises der Repräsentanten auf (Hilfs-)Personen, die Verkehrssicherungspflichten der jP autonom erfüllen, ist zweifelsohne die zu eng gefasste Haftung für Besorgungsgehilfen nach § 1315 ABGB. Die Rechtsschutzdefizite von § 1315 ABGB treten bei der Delegation von Verkehrssicherungspflichten besonders deutlich zutage. Der zweite Senat macht in 2 Ob 107/98v⁹⁸⁾ keinen Hehl daraus, dass er mit der Erweiterung des Kreises der Repräsentanten die Absicht verfolgt, dieses Schutzdefizit auszugleichen und leitet seine Ausführungen zur Haftung der beklagten jP folgendermaßen ein: „Eine sachgerechte Lösung bietet im vorliegenden Fall die Heranziehung der Repräsentantenhaftung, die oft geeignet ist, die als zu eng empfundene Regelung des § 1315 ABGB zu entschärfen.“⁹⁹⁾ Dass die Zurechnung des deliktischen Verhaltens von Gehilfen in § 1315 ABGB an zu enge Voraussetzungen geknüpft wird und de lege ferenda eine weitergehen-

⁹⁷⁾ Siehe zu dieser Judikatur bereits oben Punkt C.II.2. Wenn im Folgenden von Verkehrssicherungspflichten die Rede ist, sind damit – entsprechend der in Lehre und Rsp üblichen Terminologie (vgl. *Karner* in KBB, ABGB⁵ § 1294 Rz 6; *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} (2016) § 1294 Rz 39 ff) – sowohl Verkehrssicherungspflichten im engen als auch im weiten Sinn angesprochen. Erfasst sind also nicht nur jene Sicherungspflichten, die aus der Eröffnung eines Verkehrs resultieren („Verkehrssicherungspflichten ieS“), sondern auch solche, die sich aus dem allgemeinen Ingerenzprinzip ergeben und denjenigen treffen, der in seiner Sphäre eine Gefahrenquelle schafft oder bestehen lässt („Verkehrssicherungspflichten iwS“); siehe zu dieser Unterscheidung auch *Reischauer* in Rummel, ABGB II/2a³ (2007) § 1294 Rz 78; *F. Harrer/E. Wagner* in Schwimann/Kodek, ABGB VI⁴ § 1295 Rz 44 ff.

⁹⁸⁾ Siehe zu dieser Entscheidung soeben unter Punkt D.II.2.b.

⁹⁹⁾ Ähnliche Hinweise findet man auch in anderen Entscheidungen: So führt der OGH zB in 3 Ob 119/99t (ZVR 2000/90 = RdW 2000/378) für die extensive Anwendung der Repräsentantenhaftung die *faktische Unmöglichkeit, die Voraussetzungen einer Haftung nach § 1315 ABGB zu beweisen*, ins Treffen. Nach 9 Ob 74/14v (= bbl 2015/117) sollen mit der Repräsentantenhaftung die allzu engen Haftungsvoraussetzungen des § 1315 ABGB im Hinblick auf juristische Personen durchbrochen werden.

⁹⁴⁾ Siehe dazu oben Punkt D.I.2.

⁹⁵⁾ JBI 1998, 713.

⁹⁶⁾ Vgl oben Punkt D.II.1.

de Zurechnungsregelung wünschenswert ist, ist in der Rechtswissenschaft allgemein anerkannt.¹⁰⁰⁾ Ungeachtet dessen stellt sich jedoch die Frage, ob es methodisch überzeugend ist, wenn das Rechtsschutzdefizit von § 1315 ABGB bereits de lege lata durch Ausdehnung des Personenkreises der Repräsentanten ausgeglichen wird.

Der OGH führt für die Erweiterung des Repräsentantenbegriffs in 2 Ob 107/98v den Gedanken des Vorteilsausgleichs ins Treffen: Vermögensmassen, die den (wirtschaftlichen) Vorteil aus dem Handeln von Hilfspersonen mit exponierter Stellung genießen, sollen auch für Schäden haften, die derartige Personen verursachen.¹⁰¹⁾ Diese Argumentation ist insofern plausibel, als wirtschaftlichen Überlegungen bei der Repräsentantenhaftung allgemein zentrale Bedeutung zukommt. Auch im Schrifttum wird immer wieder darauf hingewiesen, dass jene Vermögensmassen, die den Vorteil des Handelns ihrer Repräsentanten genießen, auch den daraus entstehenden Nachteil zu tragen haben.¹⁰²⁾ Bei der Konkretisierung des Personenkreises der Repräsentanten scheint dieser Aspekt jedoch wenig brauchbar. Dabei ist vor allem zu beachten, dass juristische Personen nicht nur durch Tätigkeiten solcher Gehilfen wirtschaftliche Vorteile erzielen, die innerhalb der Organisation eine leitende Stellung mit selbständigem Wirkungsbereich innehaben, sondern auch durch jene, die innerhalb der Organisation eine (eher) untergeordnete Stellung einnehmen. *Zwischen dem Aspekt der Weisungsunterworfenheit und der Frage, welche wirtschaftlichen Vorteile eine jP durch die Tätigkeiten eines bestimmten Gehilfen lukriert, besteht kein unmittelbarer Zusammenhang.* Konsequenz zu Ende gedacht führt die Argumentation der Rsp daher zum Ergebnis, dass juristische Personen nicht nur für Delikte von Hilfspersonen einzustehen haben, die in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion Tätigkeiten für die jP ausüben, sondern für Delikte von Besorgungsgehilfen schlechthin. Determiniert man den Personenkreis der Repräsentanten anhand des Gedankens des Vorteilsausgleichs, begibt man sich auf eine schiefe Ebene, auf der es keinen Halt gibt.

Dies hat auch die Judikaturanalyse gezeigt.¹⁰³⁾ Seit der OGH in 2 Ob 107/98v den Personenkreis der Repräsentanten unter Berufung auf den Gedanken des Vorteilsausgleichs über den – von *F. Byd-*

linski und *Ostheim* entwickelten – Organbegriff im haftungsrechtlichen Sinn ausgedehnt hat, liegt die Grenze dieses Personenkreises im Dunkeln. Dass sich der OGH zu einer weiteren Ausdehnung des Personenkreises der Repräsentanten hinreißen hat lassen, war kühn und führt bis heute zu erheblicher Rechtsunsicherheit, sodass eine Einschränkung nötig erscheint. Fraglich ist allerdings, auf welcher Grundlage diese Begrenzung erfolgen soll. Zwei Lösungswege kommen in Betracht: Ersterer besteht darin, den Repräsentantenbegriff weiterhin ausgehend von § 337 ABGB zu bestimmen und sich bei der Auslegung des Begriffs „Machthaber“ auf den von *F. Bydlinski* und *Ostheim* entwickelten Organbegriff im haftungsrechtlichen Sinn zurückzubeziehen. Denkbar ist aber auch, die sinngemäße Anwendung von § 337 ABGB aufzugeben und den Kreis der Personen, für deren Verhaltensunrecht eine jP unmittelbar haftet, auf Grundlage von § 2 Abs 1 VbVG abzugrenzen.

E. Abgrenzung des Personenkreises der Repräsentanten

I. Organbegriff im haftungsrechtlichen Sinn versus Entscheidungsträger iS von § 2 Abs 1 VbVG

Um die Frage beantworten zu können, welchem der beiden Lösungswege der Vorzug zu geben ist, muss man sich zunächst die wesentlichen Unterschiede vor Augen führen. Die Legaldefinition der Entscheidungsträger ist systematisch im Strafrecht normiert, dafür aber relativ klar umschrieben.¹⁰⁴⁾ Der Begriff Machthaber entstammt zwar dem Zivilrecht, ist jedoch seinerseits stark auslegungsbedürftig,¹⁰⁵⁾ was nicht nur im Kontext der Delikts haftung juristischer Personen, sondern auch im genuine Anwendungsbereich von § 337 ABGB zu Problemen führt.

1. Interpretation des Begriffs „Machthaber“ im genuine Anwendungsbereich von § 337 ABGB

Die Entstehungsgeschichte von § 337 ABGB,¹⁰⁶⁾ die einschlägigen Bestimmungen im ALR (I 7 §§ 26 ff), welche die Redaktoren bei der Formulierung von § 337 ABGB vor Augen hatten,¹⁰⁷⁾ und manche Stellungnahmen im älteren Schrifttum¹⁰⁸⁾

¹⁰⁴⁾ Vgl dazu schon oben Punkt C.I.

¹⁰⁵⁾ Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die Bestimmung des § 337 ABGB der Urfassung des ABGB angehört. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts war die Dogmatik zur Rechts- und Handlungsfähigkeit juristischer Personen noch wenig ausgereift (vgl dazu nur die Ausführungen von *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I [1811] 128 ff)

¹⁰⁶⁾ *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches I (1889) 236 f.

¹⁰⁷⁾ *Saxl/Kornfeld*, Quellenausgabe des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (1906) 115; *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch II/1 [1812] 83 f; *Iro*, Besizerwerb 156.

¹⁰⁸⁾ Vgl *Nippl*, Erläuterungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches III (1831) 128 f; *Winiwarter*, Das österreichische bürgerliche Recht II² (1839) 64; *Stubenrauch*, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I (1854) 670 f. Die Ausführungen von *Zeiller* (Kommentar II/1 84)

¹⁰⁰⁾ Vgl statt vieler nur *F. Harrer*, Reformfordernisse im österreichischen Schadenersatzrecht, JBl 1996, 19 (23 ff); *E. Wagner*, Gehilfenhaftung im Deliktsbereich de lege lata und de lege ferenda, ÖJZ 2007, 755 (759 ff); *Reischauer* in Rummel, ABGB II/2a³ (2007) Vor §§ 1293 Rz 13; *Kathrein*, Zur Reform des Schadenersatzrechts, in Jarolim, Reform des Schadenersatzrechts – Dialoge im Parlament (2012) 3 (7 ff).

¹⁰¹⁾ Vgl neben der Entscheidung 2 Ob 107/98v (JBl 1998, 713) zB auch noch 23.11.2000, 6 Ob 249/00m; 3 Ob 180/03x = *ecolex* 2004/234 (*Wilhelm*); 9 Ob 9/11f = JBl 2013, 252 (*Kepplinger*).

¹⁰²⁾ So beispielsweise *F. Bydlinski*, System 217; *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 377; *F. Harrer/E. Wagner* in Schwimann/Kodek, ABGB VI⁴ § 1315 Rz 19; kritisch *Hemetsberger*, Verantwortlichkeit von Verbänden 85 ff.

¹⁰³⁾ Punkt C.II.2.

deuten darauf hin, dass der Gesetzgeber 1811 mit dem Ausdruck Machthaber in § 337 ABGB satzungsmäßige Vertreter einer juristischen Person gemeint haben dürfte.¹⁰⁹⁾ Diese Bedeutung wurde dem Begriff Machthaber auch lange Zeit von der Judikatur bei der sinngemäßen Anwendung von § 337 ABGB im Bereich der Deliktshaftung juristischer Personen beigemessen.¹¹⁰⁾ Gut vertretbar scheint aber auch die wörtliche Interpretation von *F. Bydlinski* und *Ostheim*¹¹¹⁾, die manche Autoren auch im eigentlichen Anwendungsbereich von § 337 ABGB befürworten.¹¹²⁾ Schließlich bietet sich eine systematisch logische Interpretation mit dem Begriff Machthaber im 22. Hauptstück des II. Teiles des ABGB (vgl zB § 1021) an, der dort – synonym mit dem häufiger verwendeten Begriff „Gewalthaber“ – Personen bezeichnet, die bestimmte Angelegenheiten für einen anderen zur Besorgung übernehmen.¹¹³⁾ So wird der Begriff des Machthabers im genuinen Anwendungsbereich von § 337 ABGB heute herrschend ausgelegt.¹¹⁴⁾ Es entspricht mittlerweile hA, dass für die Beurteilung der Redlichkeit des Besitzes einer jP nicht nur die Gutgläubigkeit der Organe ausschlaggebend ist, sondern auch die Redlichkeit jener Bevollmächtigten, die für Akte der Besitzergreifung und -ausübung zuständig sind¹¹⁵⁾.

2. Keine „gespaltene Auslegung“ des Machthaberbegriffs

Folgt man der hA bei der Auslegung des Machthaberbegriffs im eigentlichen Anwendungsbereich von § 337 ABGB, ist es jedoch problematisch, wenn man dem Terminus bei der analogen Anwendung der Bestimmung im Kontext der Deliktshaftung juristischer Personen eine andere Bedeutung bei-

zum Personenkreis der „Machthaber“ sind wenig aufschlussreich.

¹⁰⁹⁾ Das räumt auch *Ostheim* (in GedS Gschnitzer 329) ein.

¹¹⁰⁾ Siehe dazu schon Punkt A.I.

¹¹¹⁾ Siehe dazu oben Punkt D.I.

¹¹²⁾ So zB *Warto*, Wissenszurechnung im Unternehmen (2015) 67.

¹¹³⁾ So im älteren Schrifttum zB *Zrodowski*, Untersuchungen aus dem österreichischen Zivilrecht (1872) 35 ff; diesem zustimmend *Randa*, Der Besitz nach österreichischem Rechte⁴ (1895) 540 ff; *Burckhard*, Besitz und Grundbuchsrecht (1889) 150 f. Vgl auch *Iro*, Besitzerwerb 173 f: „Macht- oder Gewalthaber bezeichnet nach dem Sprachgebrauch des ABGB jeden Beauftragten oder Ermächtigten, der nicht einmal ein besonderes Maß an Entschlußfreiheit in der zu besorgenden Angelegenheit haben muß.“

¹¹⁴⁾ Grundlegend *Iro*, Besitzerwerb 169–175, der ausführlich darlegt, dass die im Zusammenhang mit der Deliktshaftung juristischer Personen angestellten Überlegungen nicht auf den eigentlichen Regelungsbereich des § 337 ABGB übertragen werden können.

¹¹⁵⁾ Vgl OGH 4 Ob 504/91 = ÖBA 1991/294, 751 (*Iro*); 8 Ob 31/97k = ÖBA 1999/780, 300 (*Iro*); 5 Ob 236/06a = MietSlg 59.037; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2016) § 337 Rz 1; *Grüblinger* in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 337 Rz 1; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} (2016) § 337 Rz 3; *Kodek* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2011) § 337 ABGB Rz 3.

misst. Eine solche „gespaltene Auslegung“ mutet seltsam an und erweckt den Eindruck, dass hier in erster Linie vom Ergebnis her argumentiert wird.¹¹⁶⁾ Aus diesem Grund sprach sich *Ertl* schon lange vor Inkrafttreten des VbVG vehement dagegen aus, den Umfang des Personenkreises der Repräsentanten im schadenersatzrechtlichen Sinn durch analoge Anwendung von § 337 ABGB zu bestimmen.¹¹⁷⁾ Dieser Kritik wurde jedoch bislang kaum Beachtung geschenkt, was vor allem darauf zurückzuführen sein dürfte, dass in der österreichischen Rechtsordnung lange Zeit keine präzisere Regelung zur Festlegung des angesprochenen Personenkreises auffindbar war. Mangels Alternative verwundert es nicht, dass Lehre und Rsp an der sinngemäßen Anwendung von § 337 ABGB im Bereich der Deliktshaftung juristischer Personen festgehalten haben.

Mit Inkrafttreten des VbVG hat sich jedoch die gesetzliche Ausgangslage verändert. Seither beinhaltet die österreichische Rechtsordnung mit der Legaldefinition der Entscheidungsträger eine entsprechende Regelung, die – wie gezeigt – auch wertungsmäßig gut geeignet ist, den Kreis der Personen, für deren Verhaltensunrecht eine jP unmittelbar haftet, zu bestimmen.¹¹⁸⁾ Zwar wird nicht bezweifelt, dass auch der im Schrifttum entwickelte Organbegriff im haftungsrechtlichen Sinn zu sachgerechten Ergebnissen führt und der Gleichstellungsmaxime des § 26 ABGB entspricht. Solange Judikatur und Lehre im genuinen Anwendungsbereich von § 337 ABGB sämtliche zur Besitzergreifung und -ausübung ermächtigten Gehilfen unter den Begriff „Machthaber“ subsumieren, ist jedoch zumindest zweifelhaft, ob die These von *Ostheim* und *F. Bydlinski* (auch unter Berücksichtigung der Möglichkeiten ergänzender Rechtsfortbildung) auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruht. Derart vage Rechtsfortbildungen führen typischerweise zu Rechtsunsicherheit. Dass die Repräsentantenhaftung vor dieser Gefahr nicht gefeit ist, hat die Judikaturanalyse gezeigt.¹¹⁹⁾

All das spricht mE stark dafür, den Personenkreis der Repräsentanten im schadenersatzrechtlichen Sinn seit Inkrafttreten des VbVG nicht mehr ausgehend vom Machthaberbegriff des § 337 ABGB, sondern auf Grundlage der Legaldefinition der Entscheidungsträger in § 2 Abs 1 VbVG zu bestimmen. Dafür kann auch ins Treffen geführt werden, dass diese Legaldefinition inhaltlich ohnehin stark an

¹¹⁶⁾ So auch *Ertl*, Die Deliktsfähigkeit der juristischen Person, RZ 1972, 111 (113): „Die Argumentation erscheint daher doch allzusehr vom Ergebnis her geprägt, so wünschenswert dieses de lege ferenda und erst recht de lege lata auch sein mag.“

¹¹⁷⁾ *Ertl*, RZ 1972, 113: „Dieser Schluß von der Bedeutung des Wortes ‚Machthaber‘ (oder ‚Gewalthaber‘) unmittelbar auf den Personenkreis der leitenden Angestellten vermag als allzu gewagt nicht voll zu überzeugen, da diese von *Ostheim* zugrunde gelegte Wortbedeutung weder der historisch noch der allgemein üblichen noch der sonst im Gesetz gebräuchlichen entspricht. [...] Der Umfang des Personenkreises, für den die juristische Person unbeschränkt haftet, läßt sich demnach nicht aus dem Machthaberbegriff des § 337 ABGB ableiten.“

¹¹⁸⁾ Siehe dazu oben Punkt A.II; Punkt E.I.

¹¹⁹⁾ Siehe oben Punkt D.II.

Haftung juristischer Personen unterschiedliche Zwecke verfolgen.¹²²⁾ Die Stimmen weisen darauf hin, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden nach dem VbVG präventiven Charakter hat, während die zivilrechtliche Repräsentantenhaftung primär eine Ausgleichsfunktion erfüllt. Dieser Unterschied allein spricht jedoch mE noch nicht gegen Interdependenzen zwischen dem VbVG und der zivilrechtlichen Deliktshaftung juristischer Personen.

Der Argumentation ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Stoßrichtungen der Verbandsverantwortlichkeit und der Repräsentantenhaftung wohl nicht so weit auseinanderklaffen, als es zunächst den Anschein hat. Denn einerseits erschöpft sich die ratio der zivilrechtlichen Haftung juristischer Personen nicht in ihrer Ausgleichsfunktion. Sie erfüllt daneben – wie die Verschuldenshaftung allgemein – auch spezial- und generalpräventive Zwecke.¹²³⁾ Umgekehrt hat auch das VbVG nicht ausschließlich präventiven Charakter. Auch wenn das VbVG keine explizite Regelung zur Privatbeteiligung enthält, entspricht es ganz hA, dass diese auch im Strafverfahren gegen Verbände zulässig ist.¹²⁴⁾ Aufgrund der Möglichkeit zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche in einem Adhäsionsverfahren erfüllt das VbVG nicht nur Präventionsfunktion, sondern auch Ausgleichsfunktion und kommt damit im Ergebnis der zivilrechtlichen Repräsentantenhaftung nahe.

Darüber hinaus erscheint die Argumentation deshalb wenig überzeugend, weil die unterschiedlichen Zwecke des Straf- und Zivilrechts einer wechselseitigen Beeinflussung dieser beiden Rechtsgebiete nicht generell entgegenstehen.¹²⁵⁾ Gerade in Haftpflichtprozessen kommt Bestimmungen des StGB häufig zentrale Bedeutung zu. Da im außervertraglichen Bereich das bloße Vermögen keinen absoluten Schutz genießt, kann es von der Existenz eines Schutzgesetzes iS des § 1311 ABGB abhängen, ob ein ausschließlich an seinem Vermögen Geschädigter Ersatz erlangen kann. Als Schutzgesetze, die auf den Schutz reiner Vermögensinteressen gerichtet sind, kommen häufig strafrechtliche Vermögensdelikte, wie beispielsweise die Kridabestimmungen des StGB (§§ 157 ff) in Betracht. Wie Karollus ausführlich dargelegt hat, steht der Umstand, dass Straftatbestände primär Präventivfunktion haben, einer Qualifikation als Schutzge-

setz nicht entgegen.¹²⁶⁾ Ist es zulässig, eine zivilrechtliche Haftung auf die Erfüllung eines Straftatbestands zu stützen, muss es erst recht möglich sein, eine zivilrechtliche Haftungsgrundlage unter Rückgriff auf die Legaldefinition der Entscheidungsträger in § 2 VbVG zu konkretisieren.

2. Die Verbandsverantwortlichkeit für Delikte von Entscheidungsträgern als „originäre Haftung“

Schwerer könnte allerdings ein anderer Einwand wiegen: Wie erwähnt, besteht zwischen der Deliktshaftung juristischer Personen für das Verhalten ihrer Repräsentanten und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Verbänden für Delikte ihrer Entscheidungsträger zwar eine wertungsmäßige Verwandtschaft.¹²⁷⁾ Im Schrifttum wird sogar die Auffassung vertreten, die Verbandsverantwortlichkeit nach § 3 Abs 2 VbVG sei dem Rechtsinstitut der Repräsentantenhaftung „nachgebildet“.¹²⁸⁾ Bei näherer Betrachtung erkennt man jedoch, dass zwischen der Deliktshaftung juristischer Personen und der Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten von Entscheidungsträgern doch gewisse strukturelle Unterschiede bestehen.

Die Abweichungen rühren daher, dass die Repräsentantenhaftung als Haftung ohne Verschulden des Ersatzpflichtigen ausgestaltet ist, während die Verbandsverantwortlichkeit in einem funktionsanalogem Sinn dem in § 4 StGB normierten Prinzip *nulla poena sine culpa* gerecht werden muss. Ob und wie die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden mit diesem Grundprinzip des Strafrechts in Einklang zu bringen ist, war einer der zentralen Diskussionspunkte vor Einführung des VbVG.¹²⁹⁾ Dabei hat sich die Auffassung durchge-

¹²⁶⁾ Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992) 92 ff, 216 ff. Dass zahlreiche Straftatbestände als Schutzgesetze zu qualifizieren sind, sodass ihre Übertretung eine Grundlage für eine Schadenersatzpflicht liefert, ist heute allgemein anerkannt (siehe dazu nur Reischauer in Rummel, ABGB II/2a³ [2007] § 1311 Rz 4a; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} [2016] § 1311 Rz 37).

¹²⁷⁾ Vgl Punkt A.III.

¹²⁸⁾ So Hemetsberger, Verantwortlichkeit von Verbänden 68; ähnlich Hilf, Grundkonzept und Terminologie des österreichischen Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), NZWiSt 2016, 189 (192); dieselbe, JbI 2017, 372.

¹²⁹⁾ Vgl nur Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen (1995) 138 ff; derselbe, Unternehmen, Strafrecht und europäische Entwicklungen, ÖJZ 2000, 871 (879); Hilf, Strafrechtliche Haftung juristischer Personen, in Bundesministerium für Justiz, Global Business und Justiz (2000) 157 (176 ff); dieselbe, Zur Bestrafung von juristischen Personen, ÖJZ 2002, 241 (242); Lewisch/Parker, Strafbarkeit juristischer Personen (2001) 111 ff, 137 ff; Zeder, Ein Strafrecht juristischer Personen, ÖJZ 2001, 630 (636 f); Moos, Die Strafbarkeit juristischer Personen und der Schuldgrundsatz, RZ 2004, 98. Dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden mit dem in § 4 StGB normierten Schuldgrundsatz in Einklang steht, wird im Schrifttum nach wie vor bezweifelt (vgl etwa Tipold, Zurechnung fremden Verhaltens – Vertrauensgrundsatz, Compliance und Verbandsverantwortlichkeit, in FS Fuchs [2014] 595 [603 ff]; K. Holzinger/Moringner, Zur Frage der Verfassungswidrigkeit des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes, ÖJZ 2015, 403 [404 ff];

¹²²⁾ Punkt B.

¹²³⁾ Statt vieler F. Bydlinski, System 190; Koziol, Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 1/15; derselbe, Grundfragen des Schadenersatzrechts Rz 3/4 ff; ausführlich Larenz, Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadenersatzrecht, NJW 1959, 865 (passim).

¹²⁴⁾ Steininger, VbVG § 14 Rz 4; Boller, Verantwortlichkeit von Verbänden 262 f; Hilf, Das neue Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, RFG 2006, 34 (36); Griehser/Likar, Das Unternehmensstrafrecht in der Praxis mit Hinblick auf das Vergabe- und Arbeitsrecht, RdW 2007, 4 (7); Hilf/Zeder in Höpfel/Ratz, WK² § 14 VbVG Rz 2.

¹²⁵⁾ Ausführlich dazu etwa Lukas, Schnittstellen zwischen Straf- und Zivilrecht – Plädoyer für eine verstärkte interdisziplinäre Forschung, Aus- und Weiterbildung, AnwBl 2010, 259 (passim).

setzt, dass der aus dem Zivilrecht bekannte Zurechnungsgedanke im Strafrecht verfehlt sei.¹³⁰⁾ Es wird aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben nicht als zulässig erachtet, einem Verband Straftaten bestimmter für ihn handelnder Personen unmittelbar zuzurechnen.¹³¹⁾ Aus diesem Grund spricht sich die überwiegende Auffassung im strafrechtlichen Schrifttum gegen ein „akzessorisches“ und für ein „originäres“ Haftungsmodell aus.¹³²⁾ Der originäre Ansatz ist vom Gedanken getragen, den Verband als eigenes Strafrechtssubjekt zu installieren. Der eigentliche Gegenstand der Bestrafung sei ein fehlerhafter Zustand des Verbands, durch den eine Rechtsgutverletzung ermöglicht wird. Dieser fehlerhafte Zustand wird entweder in einer mangelhaften Organisation oder in einer kriminogenen Verbandsphilosophie gesehen.

Der Gesetzgeber stellte bei Einführung des VbVG klar, dass nicht nur die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten ihrer Mitarbeiter nach § 3 Abs 3 leg cit, sondern auch jene für Delikte von Entscheidungsträgern nach § 3 Abs 2 leg cit als „originäre Haftung“ konzipiert ist.¹³³⁾ In diesem Modell kommt der Straftat des jeweiligen Entscheidungsträgers die Funktion einer objektiven

Bedingung für die Strafbarkeit des Verbands zu.¹³⁴⁾ Begeht ein Entscheidungsträger „als solcher“¹³⁵⁾ eine Straftat und erlangt der Verband dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil (§ 3 Abs 1 Z 1 VbVG) oder werden dadurch Pflichten verletzt, die den Verband treffen (§ 3 Abs 1 Z 2 VbVG), wird das Vorliegen einer kriminogenen Unternehmensphilosophie *unwiderleglich vermutet*.¹³⁶⁾ Dieses Modell wird im Erkenntnis G 497/2015 auch vom VfGH gebilligt, der ausführt: Da der Verband in jedem Fall (nur) durch seine Entscheidungsträger agieren kann, komme in der Straftat eines Entscheidungsträgers, *die dieser zugunsten des Verbands begeht oder durch die dieser Verbandspflichten verletzt*, die kriminogene Verbandsattitüde ohne weitere Voraussetzung zum Ausdruck. Schließlich liege es im Verantwortungsbereich des Verbandes, Entscheidungsträger auszuwählen, die für ein gesetzmäßiges Verhalten des Verbandes sorgen.¹³⁷⁾

Ausgehend von den strukturellen Unterschieden zwischen der zivilrechtlichen Repräsentantenhaftung und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Verbänden für Entscheidungsträgeraten legt *Spitzer* anschaulich dar, dass die beiden Alternativen des § 3 Abs 1 VbVG – die für die Strafbarkeit eines Verbands für Delikte von Entscheidungsträgern ausschlaggebend sind – nicht ins Zivilrecht zu übernehmen sind¹³⁸⁾. Eine Tatbegehung zugunsten des Verbandes (§ 3 Abs 1 Z 1 VbVG) oder die Verletzung von Verbandspflichten (§ 3 Abs 1 Z 2 VbVG) stellt im System des VbVG den Konnex zwischen dem Delikt des jeweiligen Entscheidungsträgers

Herbst/Wess, Das VbVG und die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen, ZWF 2015, 118 [119 ff]. Durch das Erkenntnis G 497/2015 des VfGH (JBl 2017, 367 [Hilf] = *ecolex* 2017/58 [Th. Rabl]) hat diese Diskussion jedoch an praktischer Bedeutung verloren. Das Höchstgericht stellt in der angeführten Entscheidung klar, dass die Verbandsverantwortlichkeit eine *strafrechtliche Kategorie eigener Art* darstellt, die nicht am Schuldprinzip gemessen werden könne. Ein verfassungsrechtliches Gebot, das den Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Sanktionierung von Verbänden an das Schuldprinzip bindet, lasse sich nicht aus verfassungsrechtlichen Vorgaben ableiten.

¹³⁰⁾ So zB *Lewis/Parker*, Strafbarkeit juristischer Personen 137 ff; *Moos*, RZ 2004, 98; *Boller*, Verantwortlichkeit von Verbänden 63; *Herbst/Wess*, ZWF 2015, 121; *K. Holzinger/Moringe*, ÖJZ 2015, 406.

¹³¹⁾ Dass eine Zurechnung „fremder Schuld“ an einen Verband verfassungswidrig wäre, hat auch der VfGH im Erkenntnis G 497/2015 betont. Zwar geht der VfGH davon aus, dass das in § 4 StGB normierte Schuldprinzip in Ansehung von rechtlichen Gebilden wie juristischen Personen keine Geltung habe. Eine Zurechnung fremder Schuld an einen Verband wäre jedoch – nach Auffassung des Höchstgerichts – eine unsachliche Regelung und daher aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes verfassungswidrig.

¹³²⁾ Grundlegend zum originären Haftungsmodell *Heine*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit 248 ff; vgl ferner *Zeder*, ÖJZ 2001, 637; *Hilf* in *Global Business und Justiz* 172 ff; *dieselbe*, Für und Wider zur Bestrafung von Unternehmen – Kritische Würdigung des Entwurfes des Justizministeriums, in *Hochreiter*, Bestrafung von Unternehmen (2003) 49 (64 ff); aus jüngerer Zeit etwa *Hilf/Zeder* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 3 VbVG Rz 3; *Herbst/Wess*, ZWF 2015, 121 ff; *Urbanek* in *Kert/Kodek*, Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 2.94 ff. Eine ausführliche Gegenüberstellung des akzessorischen und des originären Haftungsmodells findet man bei *Boller*, Verantwortlichkeit von Verbänden 62–70.

¹³³⁾ ErlRV 994 Bglnr XXII. GP 22.

¹³⁴⁾ *Heine*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit 292; *Boller*, Verantwortlichkeit von Verbänden 66.

¹³⁵⁾ Wie das Tatbestandselement der Tatbegehung durch den Entscheidungsträger „als solchen“ auszulegen ist, ist streitig: Nach den Gesetzesmaterialien (ErlRV 994 Bglnr XXII. GP 22) und überwiegender Lehre (*E. Steini*, VbVG Rz 39 f; *Hilf*, VbVG [2005] § 3 Anm 12, 18; *Zeder*, VbVG [2006] § 3 Anm 5; *Hilf/Zeder* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 3 VbVG Rz 29; *Kert* in *Leitner*, Finanzstrafrecht 15; *Spitzer* in *Eilsmansberger ea*, Haftung 37 [Fn 53]), stelle das angesprochene Tatbestandselement klar, dass ein Verband nur für jene Delikte seiner Entscheidungsträger unmittelbar verantwortlich ist, die diese *in Ausübung ihrer leitenden Funktion* begehen. Demgegenüber hat *Boller* (Verantwortlichkeit von Verbänden 165–168) mE sehr überzeugend dargelegt, dass durch dieses Tatbestandselement nur rein private Taten, die keinen inneren Zusammenhang mit der Funktion als Entscheidungsträger aufweisen, aus dem Verantwortungsbereich des Verbandes ausgeschieden werden (so auch *Stärker*, VbVG [2007] § 3 Rz 10; *Frotz/Schörghofer*, GesRZ 2011, 338).

¹³⁶⁾ ErlRV 994 Bglnr XXII. GP 22; *Hilf/Zeder* in *Höpfel/Ratz*, WK² § 3 VbVG Rz 3; *Hilf*, NZWiSt 2016, 192; *dieselbe*, JBl 2017, 372: „[...] im Fall der Entscheidungsträger-Anlasstat ergibt sich dieser Vorwurf aufgrund der Repräsentationsfunktion der Entscheidungsträger für den Verband.“ Kritisch *K. Holzinger/Moringe*, ÖJZ 2015, 407.

¹³⁷⁾ Punkt 3.2.4. des Erkenntnisses des VfGH G 497/2015 = JBl 2017, 367 (*Hilf*) = *ecolex* 2017/58 (*Th. Rabl*).

¹³⁸⁾ *Spitzer* in *FS Iro* 215 ff; *derselbe* in *Eilsmansberger ea*, Haftung 38 ff.

und der inkriminierten Verbandsattitüde her.¹³⁹⁾ Da die zivilrechtliche Repräsentantenhaftung strukturell nicht auf einer kriminogenen Organisationsphilosophie aufbaut, sind diese beiden Alternativen des § 3 Abs 1 leg cit im zivilrechtlichen Kontext ohne Belang. Im Bereich der privatrechtlichen Repräsentantenhaftung genügt es (auch nach Einführung des VbVG), wenn zwischen dem schadenskausalen Verhalten und den beruflichen Aufgaben des jeweiligen Akteurs ein sachlicher Zusammenhang besteht.¹⁴⁰⁾

Weitergehende Schlüsse sollten aus den strukturellen Unterschieden zwischen der Repräsentantenhaftung und der Verbandsverantwortlichkeit für Straftaten von Entscheidungsträgern jedoch nicht gezogen werden. Insbesondere sprechen die Abweichungen nicht gegen die These, dass der Kreis jener Personen, für deren Verhaltensunrecht eine jP schadenersatzrechtlich unmittelbar verantwortlich ist, unter Rückgriff auf die Legaldefinition der Entscheidungsträger zu bestimmen ist.¹⁴¹⁾ Auch wenn die Straftat eines Entscheidungsträgers im System des VbVG nur eine objektive Bedingung für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des jeweiligen Verbands ist, aus der aufgrund der Repräsentationsfunktion des Entscheidungsträgers auf eine kriminogene Unternehmensphilosophie geschlossen wird, geht es dabei *funktionell sehr wohl um eine Zurechnung*.¹⁴²⁾

¹³⁹⁾ Punkt 3.2.4. des Erkenntnisses des VfGH G 497/2015 = JBl 2017, 367 (Hilf) = ecolex 2017/58 (Th. Rabl).

¹⁴⁰⁾ Vgl neben Spitzer etwa auch Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1315 Rz 27.

¹⁴¹⁾ Dies behauptet auch Spitzer (aaO) nicht. Der Autor verneint die zivilrechtliche Bedeutung der Legaldefinition der Entscheidungsträger deshalb, weil die Judikatur den Personenkreis der Repräsentanten so erheblich ausgedehnt hat, dass diese beiden Personenkreise nicht einmal annähernd gleichgesetzt werden könnten (Spitzer in FS Iro 215; siehe dazu auch schon oben Punkt B.).

¹⁴²⁾ Dies kommt auch im Erkenntnis G 497/2015 zum Ausdruck, wenn das Höchstgericht konstatiert, dass „die Verbandsverantwortlichkeit einer juristischen Person für (rechtswidriges und schuldhaftes) Verhalten einer natürlichen Person aus verfassungsrechtlicher Sicht dann nicht zu beanstanden [ist], wenn ein hinreichender Konnex zwischen der juristischen Person und jenen natürlichen Personen besteht, deren Verhalten ihr zugerechnet wird“ (Hervorhebung nicht im Original). Ausdrücklich für eine „funktionelle Zurechnung“ zB auch E. Steininger, VbVG § 3 Rz 36; Kert, Verbandsverantwortlichkeit und Finanzstrafrecht, in Leitner, Finanzstrafrecht 2006 (2007) 9 (24); Schmoller, Strafe ohne Schuld? Überlegungen zum neuen Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, RZ 2008, 8 (8); zuletzt ausführlich K. Holzinger/Moringner, ÖJZ 2015, 405 f. Dass es bei der Verbandsverantwortlichkeit nach § 3 Abs 2 VbVG funktionell um eine Zurechnung geht, zeigt sich insbesondere daran, dass die Schuldform des Verbands mit jenem des Entscheidungsträgers gleichgesetzt wird. In den Materialien (ErlRV 994 BlgNR XXII. GP 22) wird klargestellt: „Hat der Entscheidungsträger ein Vorsatzdelikt begangen, ist auch der Verband wegen des Vorsatzdeliktes verantwortlich; hat er ein Fahrlässigkeitsdelikt begangen, ist auch der Verband wegen des Fahrlässigkeitsdeliktes verantwortlich.“

Die Unterschiede zwischen dieser funktionellen Zurechnung iS des VbVG und der Zurechnung im Schadenersatzrechtlichen Sinn lassen keine Rückschlüsse darauf zu, wessen Verhalten dem Verband bzw der jP zuzurechnen ist. Sowohl die Frage, für wessen Verhaltensunrecht eine jP schadenersatzrechtlich unmittelbar haftet, als auch das Problem, wessen Delikte eine strafrechtliche Verbandsverantwortlichkeit nach sich ziehen, können nur auf Grundlage einer Wertungsentscheidung des Gesetzgebers beantwortet werden. Der Gesetzgeber hat eine solche Entscheidung bislang nur im Strafrecht getroffen. Aus diesem Grund erscheint es nicht nur zulässig, sondern sogar geboten, bei der zivilrechtlichen Repräsentantenhaftung auf diese Vorgaben zurückzugreifen. Dies gilt umso mehr, als die strafrechtliche Verantwortung nach § 3 Abs 2 VbVG der Repräsentantenhaftung wertungsmäßig sogar nähersteht als die Bestimmung des § 337 ABGB.

3. § 337 ABGB als Norm der Wissenszurechnung

Die Bestimmung des § 337 ABGB regelt in ihrem genuinen Anwendungsbereich das Problem, wie die Redlichkeit des Besitzes einer jP zu beurteilen ist. Sie ordnet an, dass dafür die Gut- oder Schlechtgläubigkeit der „Machthaber“ einer jP maßgeblich ist. Redlich ist ein Machthaber nach überwiegender Auffassung dann, wenn er bei Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt (das heißt ohne Fahrlässigkeit) die jP für berechtigt hält, die Sache zu besitzen.¹⁴³⁾ Eine andere Ansicht stellt auf das – glaubwürdige und so auf wahrscheinlichen Gründen beruhende – Nichtwissen von der fehlenden Berechtigung zum Besitz ab.¹⁴⁴⁾ Gerade diese Auffassung zeigt deutlich, dass die Bestimmung des § 337 ABGB das Problem der Wissenszurechnung betrifft.¹⁴⁵⁾ Daher unterscheidet sich der Regulationsgegenstand des § 337 ABGB erheblich von der Repräsentantenhaftung, bei der es nicht um die Zurechnung von Wissen (bzw fahrlässigem Nichtwissen) geht, sondern um die Zurechnung eines schadenersatzrechtlich relevanten Tuns oder Unterlassens.

Dieses Spannungsverhältnis löst sich auf, wenn man den Kreis der Personen, für deren Delikte eine jP unmittelbar einzustehen hat, auf Grundlage der

¹⁴³⁾ OGH 5 Ob 630/79 = JBl 1980, 589; 6 Ob 549/85 = JBl 1986, 239 = SZ 58/75; 3 Ob 535/93 = JBl 1994, 330 = SZ 66/120; 10 Ob 101/15y = Zak 2016/356; F. Bydlinski in Klang, ABGB IV/2² (1978) 888; Apathy, Redlicher oder unredlicher Besitzer, NZ 1989, 137 (137 ff); Bollenberger, Veräußerung von Vorbehaltsgut, ÖJZ 1995, 641 (644 f); Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} [2016] § 326 Rz 2; zuletzt ausführlich L. Schmid, Redlichkeit im Bereicherungsrecht (2016) 61 ff.

¹⁴⁴⁾ Spielbüchler, Der Dritte im Schuldverhältnis (1973) 265 ff; Kerschner, Anmerkungen zum österreichischen Bereicherungsrecht, JBl 1990, 562 (565 f); Radler, Kondiktion auf Sachen von volatilem Wert (2014) 70 ff; Holzner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2016) § 326 Rz 2.

¹⁴⁵⁾ Ausführlich Iro, Besitzerwerb 169 ff; vgl auch Warty, Wissenszurechnung 67: „Bemerkenswert ist, dass es sich bei § 337 ABGB, der insbesondere unter dem Stichwort der Repräsentantenhaftung Bedeutung erlangt hat, um eine explizite Wissenszurechnungsnorm handelt.“

Legaldefinition der Entscheidungsträger iS des VbVG bestimmt. Wie bei der zivilrechtlichen Repräsentantenhaftung geht es auch bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen für Straftaten ihrer Entscheidungsträger – jedenfalls funktionell – um eine Zurechnung von deliktischem Verhalten. Der *Zurechnungsgegenstand ist bei beiden Rechtsinstituten der gleiche*. Unter diesem Gesichtspunkt steht der Personenkreis der Entscheidungsträger iS des VbVG von seinem Regelungsgegenstand her der (privatrechtlichen) Deliktshaftung juristischer Personen deutlich näher als der in § 337 ABGB verankerte Personenkreis der Machthaber.

IV. Fazit für die Deliktshaftung juristischer Personen

Resümierend ist damit festzuhalten, dass die Einführung des VbVG nicht nur zu einem Paradigmenwechsel im Strafrecht geführt hat, sondern auch zu einer Konkretisierung der zivilrechtlichen Deliktshaftung juristischer Personen. Die Legaldefinition der Entscheidungsträger in § 2 Abs 1 VbVG stellt klar, wessen Delikte dem Verband funktionell zuzurechnen sind und zu einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Verbands führen können. Auf diese Wertungsentscheidung des Gesetzgebers ist auch bei der Abgrenzung des Kreises jener Personen zurückzugreifen, für deren Delikte juristische

Personen schadenersatzrechtlich unmittelbar verantwortlich sind. Sie haben für das Verhaltensunrecht ihrer Entscheidungsträger einzustehen, wenn zwischen dem schädigenden Verhalten und den beruflichen Aufgaben des Entscheidungsträgers ein sachlicher Konnex besteht. Das Tun oder Unterlassen sonstiger (Hilfs-)Personen ist juristischen Personen schadenersatzrechtlich nur dann zurechenbar, wenn ein Tatbestand der Gehilfenhaftung erfüllt ist.

Im Ergebnis führt diese „Neuordnung“ der Deliktshaftung juristischer Personen zu einer Einschränkung. Die Schadenersatzpflicht juristischer Personen ist nach dieser Auffassung etwas enger ausgestaltet als nach der momentanen Rsp zur Repräsentantenhaftung. Dafür erhält die Deliktshaftung juristischer Personen jedoch klare Konturen. Aufgrund der Generalklausel der Legaldefinition der Entscheidungsträger in § 2 Abs 1 Z 3 VbVG wird dieses Modell auch dem Erfordernis gerecht, dass juristische Personen nicht in der Lage sein sollen, ihre deliktische Verantwortung selbst zu „regulieren“ und zum Nachteil des Verkehrs möglichst einzuschränken. Ob das Rechtsinstitut nach der hier vertretenen Auffassung nach wie vor als Repräsentantenhaftung zu bezeichnen ist, oder ob man besser von einer *Entscheidungsträgerhaftung* sprechen sollte, kann dahingestellt bleiben.

(Fortsetzung in JBl 2017, Heft 11)