

**Festschrift für  
Gert Iro  
zum 65. Geburtstag**

Sonderdruck

herausgegeben von  
*Stefan Perner und Olaf Riss*

2013

ISBN 978-3-902638-76-6

 Jan Sramek Verlag



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren .....	XI

## Zivilrecht

PETER APATHY	
Doppelvermietung .....	3
ERNST KARNER	
Abwehransprüche bei naturgegebenen Immissionen? .....	17
ANDREAS KLETEČKA	
Aktuelle Fragen der Medizinhaftung .....	35
GEORG E. KODEK	
Wechselseitige Besitzstörungen .....	49
HELMUT KOZIOL	
Von der rechtsgeschäftlichen Bindung zur Vertrauenshaftung .....	81
HEINZ KREJCI	
Aktuelle Fragen des Vereinsrechts .....	101
MAX LEITNER	
Schadenersatz bei AGB-Verwendung .....	121
CHRISTIAN NOWOTNY	
Äquivalenzstörungen im Gesellschaftsrecht .....	143

STEFAN PERNER	
Altersdiskriminierung und Privatversicherungsrecht .....	157
CHRISTIAN RABL	
Die Kündigung von Lebensversicherungen im Rahmen der prämiengünstigten Zukunftsvorsorge .....	171
ROBERT REBHAHN	
Soll die Haftung der Ärzte und Spitäler für Behandlungsfehler durch Leistungen der Krankenkassen abgelöst werden? .....	187
MARTIN SPITZER	
Neuordnung der Deliktshaftung der juristischen Person? .....	207
LUBOŠ TICHÝ	
Der Rechtsbesitz, seine Entwicklung und seine Bedeutung im Kontext der Verdinglichung der Forderungsrechte .....	229
ANDREAS VONKILCH	
Immobilienvermietung als Herausforderung für den Unternehmerbegriff .....	247
MORITZ ZOPPEL	
Die Rechtsetzungskompetenz der Europäischen Union im Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der kompetenzrechtlichen Stellung von Art 19 AEUV .....	263

## Bank- und Kreditsicherungsrecht

RAIMUND BOLLENBERGER	
Sicherungszession durch Buchvermerk und künftige Forderungen .....	289
RAINER BORNS	
Zur Wiedergeburt von fundierten Bankschuldverschreibungen in verschiedenen Ausprägungen des Covered Bond .....	307

---

PETER BYDLINSKI	
Die individuelle »Rückstehungserklärung« .....	325
BERNHARD KOCH	
Publizitätserfordernisse beim Deckungsstock .....	345
GABRIELE KOZIOL	
Sicherungsrechte an Immaterialgüterrechten und Register für Mobiliarsicherheiten .....	365
MARTIN OPPITZ	
Festpreisgeschäft und Kommissionsgeschäft .....	381
OLAF RISS	
Warum ist der Faustpfandgläubiger absonderungsberechtigt? .....	401
DANIEL RUBIN	
Der Vollstreckungsschutz des Treugebers bei der fremdnützigen fiducia .....	429



MARTIN SPITZER

# Neuordnung der Deliktshaftung der juristischen Person?

## A. Einleitung

Die Deliktshaftung der juristischen Person ist eine geradezu klassische Frage aus dem zivilrechtlichen Repertoire. Rechtswissenschaft und -praxis haben über die Jahre die bekannten Defizite der gesetzlichen Regeln über die Zurechnung fremden Verschuldens so ausgeglichen, dass sinnvolle Ergebnisse erzielt werden. Die Diskussion konnte sich daher im Wesentlichen auf die *lex ferenda* beschränken. Mit dieser Beschaulichkeit war es vorbei, als am 1.1.2006 das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz in Kraft getreten ist, da diesem Gesetz teilweise zugetraut wurde, einen Paradigmenwechsel bei der schadenersatzrechtlichen Haftung juristischer Personen zu bewirken. Trotz der Tragweite dieser – je nach Fassung – Hoffnung oder Befürchtung, scheint die Diskussion erst in ihren Anfängen zu sein.

Ich hoffe, dass die folgenden Zeilen das Interesse des Jubilars finden, der sich mit Problemen der Zurechnung zur juristischen Person bei der Wissenszurechnung grundlegend beschäftigt hat<sup>1</sup> und auf dessen Mahnung nach einem einheitlichen Haftpflichtrecht<sup>2</sup> noch zurückzukommen sein wird. Mit diesem Beitrag möchte ich Gert Iro nicht nur sehr herzlich zum Geburtstag gratulieren, sondern mich für vielfältige Ratschläge und Unterstützung bedanken, die ich schon bei meiner Dissertation, deren Thema auf seinen Vorschlag zurückgeht, und auch im Zuge meiner Habilitation erfahren habe.

1 Iro, Banken und Wissenszurechnung. Eine Untersuchung zur Wissenszurechnung unter Berücksichtigung bankenspezifischer Probleme, ÖBA 2001, 3 und 112.

2 Iro, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982) 147 ff.

## B. Verbandsverantwortlichkeit

Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) regelt – einem weltweiten Trend<sup>3</sup> und internationalen Vorgaben<sup>4</sup> folgend – seit dem 1.1.2006 die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen. Im angloamerikanischen Rechtskreis wäre das nichts Besonderes, hat dort doch die Idee der Verbandsverantwortlichkeit eine lange Geschichte sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Rechtsprechung. Der unbefangene Zugang zu einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Verbänden in diesem Rechtskreis zeigt sich schon in einem amerikanischen Strafrechtslehrbuch der Jahrhundertwende<sup>5</sup>: »*Since a corporation acts by its officers and agents, their purposes, motives, and intent are just as much those of the corporation as are the things done. If, for example, the invisible, intangible essence or air which we term a corporation can level mountains, fill*

- 3 So etwa *Hamm*, Auch das noch: Strafrecht für Verbände!, NJW 1998, 662; aus jüngerer Zeit *Moos*, Die Strafbarkeit juristischer Personen und der Schuldgrundsatz, RZ 2004, 98 sowie *Weigend*, Societas delinquere non potest? A German perspective, Journal of International Criminal Justice 2008, 928.
- 4 Vgl EBRV 994 BlgNR 22. GP 1: Zweites Protokoll vom 19.6.1997 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (ABl. 1997 C 221, 11); Gemeinsame Maßnahme vom 21.12.1998 betreffend die Strafbarkeit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. 1998 L 351, 1); Rahmenbeschluss vom 28.5.2000 über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro (ABl. 2000 L 140, 1); Rahmenbeschluss vom 28.5.2001 zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln (ABl. 2001 L 149, 1); Rahmenbeschluss vom 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung (ABl. 2002 L 164, 3); Rahmenbeschluss vom 19.7.2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels (ABl. 2002 L 203, 1); Rahmenbeschluss vom 28.11.2002 betreffend die Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens für die Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt (ABl. 2002 L 328, 1); Rahmenbeschluss vom 27.1.2003 über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht (ABl. 2003 L 29, 55); Rahmenbeschluss vom 22.7.2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor (ABl. 2003 L 192, 54); Rahmenbeschluss vom 22.12.2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie (ABl. 2004 L 13, 44); Rahmenbeschluss vom 25.10.2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels (ABl. 2004 L 335, 8); Rahmenbeschluss vom 24.2.2005 über Angriffe auf Informationssysteme (ABl. 2005 L 68, 67); Richtlinie 2003/6/EG vom 28.1.2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) – ABl. 2003 L 96, 16.
- 5 Das rechtspolitische Bedürfnis illustriert eine Feststellung von *Oliver Wendell Holmes* zum Schadenersatzrecht, dass die Zeiten von »*isolated, ungeneralized wrongs, assaults and slanders*« sich gewandelt haben, sodass »*the torts with which our courts are kept busy today are mainly the incidents of certain well known businesses*«, *Holmes*, The Path of the Law, 10 Harvard Law Review (1897) 457. Zu den kriminalpolitischen Erwägungen des österreichischen Gesetzgebers und zur Entwicklung des VbVG siehe *Dannerecker*, Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände – Überlegungen zu den Anforderungen und zur Auslegung des Verbandsstrafrechts, GA 2001, 101 ff; *Zeder*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (2006) 30 ff; *Kert*, Verbandsverantwortlichkeit und Finanzstrafrecht, in *Leitner* (Hrsg), Finanzstrafrecht 2006 (2007) 9 (11).

*up valleys, lay down iron tracks, and run railroad cars on them, it can intend to do it, and can act therein as well viciously as virtuously.*«<sup>6</sup> Die Bestrafung juristischer Personen fand auch früh den Beifall des U.S. Supreme Court<sup>7</sup>, der bei seiner ersten Beschäftigung mit der Verfassungskonformität eines Unternehmensstrafrechts meinte<sup>8</sup>, ohne Verbandsverantwortlichkeit »*many offenses might go unpunished and acts be committed in violation of law where [...] the statute requires all persons, corporate or private, to refrain from certain practices, forbidden in the interest of public policy*«<sup>9</sup>.

Für den kontinentalen Rechtskreis ist ein Unternehmensstrafrecht allerdings durchaus bemerkenswert. Dass das nicht stets so war, zeigt ein Blick in die Rechtsgeschichte – erst unter dem Einfluß der französischen Revolution<sup>10</sup>, der *Savigny'schen* Fiktionstheorie<sup>11</sup> und des individualistischen Verantwortlichkeitsbegriffs von *Kant*<sup>12</sup> wurden frühere historische Modelle der Verbandsstrafbarkeit abgelöst<sup>13</sup>. Auch das österreichische Strafrecht stand dementsprechend die längste Zeit fest auf den Fundamenten des Schuldstrafrechts und des Individualstrafrechts und damit einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Verbänden kritisch gegenüber<sup>14</sup>. Der Satz »*societas delinquere non potest*« bringt diese kontinentaleuropäische Grundhaltung auf den Punkt<sup>15</sup>: Individuelle Schuld als Voraussetzung einer Strafbarkeit ist bei Gebilden, die *per definitionem* nicht handlungsfähig sind, undenkbar.

6 Joel Prentiss Bishop, New Criminal Law § 417, zitiert nach 212 U.S. 492 f.

7 New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909): »*We see no valid objection in law and every reason in public policy why the corporation [...] shall be punishable by fine because of the knowledge and intent of its agents*«.

8 In einer Entscheidung über den Elkins Act 1903 (57<sup>th</sup> Congress, Sess. 2, ch. 708, 32 Stat. 847) mit dem der Interstate Commerce Act 1887 dahingehend novelliert wurde, dass Eisenbahngesellschaften Rabattgewährungen untersagt wurden.

9 212 U.S. 495; vgl den ähnlichen Gedanken im Vorfeld der Schaffung des VbVG bei *Fuchs*, EBRV 994 BlgNR 22. GP 10 (Referat der Stellungnahme im Rahmen einer parlamentarischen Enquete).

10 Das französische Strafrecht des 17. Jahrhunderts hatte mit einer Verbandsverantwortlichkeit etwa noch kein Problem. Erst im Zuge der französischen Revolution änderte sich das und strahlte auf die Nachbarländer aus, dazu siehe *Stessens*, Criminal Liability: A Comparative Perspective, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 43, No. 3 (Jul., 1994), 494 f.

11 Zu dieser *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts II (1840) § 86 (243 f).

12 Zu seinem Einfluss auf das Strafrecht siehe etwa *Jakobs*, Strafrecht AT (1991) Rz 19; *Gropp*, Strafrecht AT<sup>3</sup> (2005) Rz 103.

13 *Weigend*, J.I.C.J. 1998, 928.

14 Vgl *Lewisch*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz aus strafrechtlicher und insolvenzrechtlicher Sicht, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2006 (2007) 80 f; *Th. Rabl*, »Umtriebe in der Insolvenz« und Verbandsverantwortlichkeit, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2006, 165.

15 Vgl dazu *Burgstaller*, Aktuelle Wandlungen im Grundverständnis des Strafrechts, JBl 1996, 392 und *Kert* in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2006, 11.

Natürlich kann die juristische Person auch heute noch nicht in dem Sinn »*delinquere*«<sup>16</sup>, dass sie sich vorwerfbar verhält, weil sie sich eben gar nicht verhält<sup>17</sup>. Es kann daher nur um die Verantwortlichkeit für die Taten natürlicher Personen gehen<sup>18</sup>, also ein Einstehenmüssen für fremdes Verhalten<sup>19</sup>.

Eine Haftung für zugerechnete Taten – ein anderer Vorgang steckt dahinter letztlich nicht<sup>20</sup> – ist dem Privatrecht natürlich ganz vertraut und beschäftigt die Zivilrechtler schon länger als die Strafrechtler. Zum Teil sind die zivilrechtlichen Regeln eindeutig gesetzlich positiviert (§§ 1313a, 1315 ABGB<sup>21</sup>), zum Teil werden sie durch ausdehnende Interpretation gewonnen (§ 337 ABGB), zum Teil aus eher allgemeinen Prinzipien erschlossen (§ 26 ABGB). So oder so ist einhellig anerkannt, dass juristische Personen für Handlungen ihrer »Leute« im weitesten Sinn schadenersatzpflichtig werden können.

Damit sind Berührungspunkte der Verbandsverantwortlichkeit mit dem Zivilrecht vorprogrammiert<sup>22</sup>. Obwohl das VbVG mittlerweile schon 7 Jahre alt ist, wird in der Literatur – zu Recht – kritisiert, dass seine Bedeutung für das Zivilrecht noch ungeklärt sei<sup>23</sup>. Das verwundert umso mehr, als das VbVG nach Meinung mancher potentiell überaus brisant sein dürfte. Die bisher dazu entwickelten Positionen reichen nämlich von bloß punktuellen Änderungen oder neuen Begründungsansätzen bekannter Ergebnisse<sup>24</sup> bis hin zu einer völligen

16 Dies steht nur auf den ersten Blick in Widerspruch zu *Kert* in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2006, 11, der zwar schreibt, der Grundsatz gelte in Österreich seit der Einführung des VbVG nicht mehr, dann allerdings klarstellt, dass es funktional um Zurechnung geht (24; vgl allerdings 30).

17 Vgl grundlegend *Ostheim*, Organisation, Organschaft und Machthaberschaft im Deliktsrecht juristischer Personen, *GedS Gschnitzer* (1969) 320 f; *F. Bydlinski*, Altruistische Vorsatzdelikte eines Multiorgans und die Schadenshaftung der juristischen Person, *VersR Jubiläumsheft 25 Jahre Karlsruher Forum* 1983, 9.

18 Vgl zur Zurechnungsstruktur aber noch unten.

19 Zu verschiedenen Lösungskonzepten in einer rechtsvergleichenden Perspektive *Stessens*, *ICLQ* 43 (1994) 493.

20 *F. Bydlinski*, *VersR Jubiläumsheft* 1983, 9; *Apathy*, Deliktshaftung und Gesellschaft Bürgerlichen Rechts, *FS Krejci* (2001) I 427 (429); *Lewisch* in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2006 97.

21 Dass beide Normen ihre derzeitige »Realfassung« erst durch die Lehre und Rechtsprechung bekommen haben (zB durch die culpa in contrahendo und den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter), ist bekannt, vgl jüngst *Harrer*, Die Entwicklung des Haftpflichtrechts, *FS 200 Jahre ABGB* (2011) 381 (388).

22 Vgl zuletzt *Schörghofer*, Überlegungen zu den Auswirkungen des VbVG auf die Deliktshaftung juristischer Personen, *ÖJZ* 2011, 53.

23 *Harrer/Neumayr*, Die Haftung des Unternehmers für Gehilfen, in *Reischauer/Spielbücher/Welser*, Reform des Schadenersatzrechts II 141 FN 33; vgl auch *Spitzer/Kernbichler*, Kindesmissbrauch und § 1489 ABGB – Brüche zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Verjährung, *ÖJZ* 2010, 332.

24 *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/450; *Schopper*, Zurechnung des deliktischen Verhaltens eines Multiorganmitglieds, *FS Kalus* (2010) 488; vgl zum Stand auch *Schauer* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), *ABGB-ON* (2010) § 26 Rz 22.

Ablöse und Neuordnung der zivilrechtlichen Zurechnungsregeln<sup>25</sup>, Einigkeit besteht immerhin darüber, dass in die Diskussion neuer Schwung gekommen ist<sup>26</sup>. Hinter dem Verhältnis von VbVG und Zivilrecht stecken damit offenkundig auch nicht bloß akademische, sondern handfeste praktische Fragen, gilt es doch, Wertungswidersprüche zwischen dem Zivilrecht und dem Strafrecht zu vermeiden. Es würde wahrscheinlich auf wenig Verständnis der Rechtsunterworfenen stoßen, wenn ein Verband nur strafrechtlich, aber nicht zivilrechtlich für deliktisches Verhalten seiner Leute zur Verantwortung gezogen werden könnte<sup>27</sup>.

Die anhaltende Unsicherheit über die Auswirkungen des VbVG auf die Zurechnung ist zu einem wesentlichen Teil auf mangelnde Vorstellungen über die genauen Konturen der Zurechnung zurückzuführen. Vor der Frage nach der Wertungswidersprüchlichkeit einer weiteren Zurechnung im Strafrecht gegenüber einer engeren Zurechnung im Zivilrecht muss die Frage lauten, ob die Modelle überhaupt in problematischer Weise auseinanderklaffen. Daher sollen im vorliegenden Beitrag die beiden Zurechnungsmodelle miteinander konfrontiert werden.

### C. Auswirkungen der Verbandsverantwortlichkeit

Das VbVG kennt zwei verschiedene Schienen der Zurechnung, einerseits jene von Entscheidungsträgern, andererseits jene von Mitarbeitern. Der Vergleich des zivilrechtlichen und des strafrechtlichen Zurechnungsmodells soll hier der besseren Übersichtlichkeit wegen nicht *en bloc* erfolgen, vielmehr sollen einander die jeweiligen Regelungen gleich gegenüber gestellt werden.

25 *Kalss/Eckert*, Ausgewählte Fragen der Prospekthaftung, in Handbuch Kapitalmarktrecht III, Informationsverhalten am Kapitalmarkt 103.

26 *Schörghofer*, ÖJZ 2011, 53; *Frotz/Schörghofer*, Schadenersatzrechtliche Zurechnung bei Multiorganschaften, GesRZ 2011, 334.

27 *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/451; vgl auch *Kalss/Eckert*, Informationsverhalten 104; *Gruber*, Prospekthaftung der AG versus Kapitalerhaltung, GesRZ 2010, 73 (77). Umgekehrt ist dies allerdings meines Erachtens weniger problematisch als *Kalss/Eckert* meinen, die davon ausgehen, dass eine zivilrechtliche Zurechnung in Fällen, in denen die Zurechnung nach dem VbVG scheitert und in denen nicht auch zugleich die §§ 1313a und 1315 ABGB eingriffen, »auf den ersten Blick wenn schon nicht ausgeschlossen, so doch begründungsbedürftig« erschiene. Grundsätzlich kritisch *Schörghofer*, ÖJZ 2011, 57 f unter Betonung der verschiedenen Zweckrichtungen von Strafrecht und Schadenersatzrecht.

## I. Zurechnung von Entscheidungsträgern

### 1. VbVG

Der Verband ist für Straftaten eines Entscheidungsträgers verantwortlich, »wenn der Entscheidungsträger als solcher die Tat rechtswidrig und schuldhaft begangen hat« (§ 3 Abs 2 VbVG).

Es geht um eine strukturell recht einfache Zurechnung des Handelns des Entscheidungsträgers, der man ist, wenn man aufgrund organschaftlicher oder rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht als oder in vergleichbarer Weise wie ein Geschäftsführer, Vorstandsmitglied oder Prokurist vertretungsbefugt ist (Z 1), in leitender Stellung Kontrollbefugnisse (Z 2, zB Aufsichtsrat) oder sonst maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Verbandes ausübt (Z 3).

Der einzige »unbestimmte« Begriff findet sich in § 3 Abs 1 Z 3 VbVG, in dem von Personen die Rede ist, die »sonst maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung« ausüben, wobei sich »sonst« auf Personen wie Geschäftsführer, Vorstände, Prokuristen und Aufsichtsräte bezieht. Dies hilft bei der Auslegung insofern, als man als gemeinsames Element der Entscheidungsträger offenkundig einen erheblichen Einfluß verlangen muss<sup>28</sup>.

### 2. Zivilrecht

Im Zivilrecht ist die Sache etwas komplizierter. Heute besteht Einigkeit darüber, dass juristischen Personen das Verschulden ihrer Leute nicht nur nach §§ 1313a und 1315 ABGB zugerechnet werden kann, weil sonst im Vergleich zu natürlichen Personen eine ganze Haftungskategorie, nämlich das Eigenverschulden, wegfiel. Ein solches Privileg stünde »in vollem und unnötigen Widerspruch«<sup>29</sup> zum Gleichstellungsprinzip des § 26 ABGB<sup>30</sup>, das einen zentralen Grundsatz im Recht der juristischen Personen bildet. Umgekehrt wäre auch eine Haftung für alle Leute<sup>31</sup> nicht sachgerecht, da die juristische Person dabei gegenüber der natürlichen benachteiligt würde, die sich fremdes Verschulden grundsätzlich nur nach §§ 1313a und 1315 ABGB zurechnen lassen muss.

Im Sinne des Gleichstellungsprinzips wurde als Pendant zum Eigenverschulden bei der natürlichen Person daher zunächst die grundsätzliche Einstandspflicht der juristischen Person für das Verschulden ihrer Organe angenom-

28 *Hilf/Zeder* in WK<sup>2</sup> VbVG (2010) § 2 Rz 18; vgl auch *Schörghofer*, ÖJZ 2011, 54.

29 *F. Bydlinski*, Die deliktische Organhaftung juristischer Personen: Europäisches Rechtsgut oder überholte Theorie? FS Koppensteiner (2001) 569 (575).

30 *Aicher* in Rummel (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 26 Rz 26.

31 So etwa noch GIUNF 1279, 2486, 4848.

men. Dabei blieb es freilich nicht, der Kreis zurechenbarer Personen wurde von Lehre und Rechtsprechung erweitert. Die Begründung dafür wird wertungsmäßig darin gesehen, dass die – auf die Vertretungsbefugnis und damit eine ganz andere Kategorie als die schadenersatzrechtliche Haftung abstellende – Organposition nicht den Ausschlag geben soll<sup>32</sup>. Außerdem wird moniert, ein Abstellen auf die Organeigenschaft ohne Erweiterung der Zurechnung wäre geradezu eine Einladung<sup>33</sup>, die juristische Personen haftungsschonend zu organisieren<sup>34</sup>. Gehaftet wird deshalb auch für Machthaber (Repräsentanten), das sind – um die Lehrbuchdefinition zu bemühen – all jene Personen, die eine verantwortliche, leitende oder überwachende Stellung einnehmen<sup>35</sup>. Eine positive Stütze dafür findet man in § 337 ABGB<sup>36</sup>.

### 3. Vergleich des Personenkreises

Entscheidungsträger und Machthaber scheinen sich auf den ersten Blick recht ähnlich zu sein, da es sich bei beiden um Führungskräfte handeln dürfte. Drehte man die Rechtsprechung 30 Jahre zurück, würde es wohl auch tatsächlich keine besonderen Unterschiede geben. So hat der OGH noch 1977 die Haftung der Republik Österreich für eine Dachlawine von einem ländlichen Gendarmerieposten verneint, weil den Bundesminister für Inneres daran kein Verschulden traf und weil der Postenkommandant »nicht annähernd« so bedeutend wie dieser und damit kein Machthaber war<sup>37</sup>. Machthaber konnte dementsprechend nur sein, wer in seinem Unternehmen wirklich »wichtig« war.

Heute kommt es nach herrschender Ansicht aber nicht mehr darauf an, dass der eigene Wirkungskreis des Machthabers jenem eines Organs auch nur annähernd entspricht. Die Rechtsprechung hat den Machthaber vielmehr – auf Grund der bekannten Unzulänglichkeiten von § 1315 ABGB<sup>38</sup> – so erheblich

32 *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, 376; für das deutsche Recht, das § 31 BGB zu überwinden hat, etwa *Reuter* in Münchener Kommentar, BGB<sup>6</sup> (2012) § 31 Rz 5.

33 *F. Bydlinski*, FS Koppensteiner 577.

34 *F. Bydlinski*, Der »Bananenprozeß« – Beiträge zur Gewerkschaftshaftung im Arbeitskampf, ZAS 1966, 171; *Ertl*, Die Deliktsfähigkeit der juristischen Person, RZ 1972, 114.

35 Vgl etwa *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil<sup>3</sup> (2010) Rz 2/47; *Kletečka*, Bürgerliches Recht<sup>3</sup> I (2006) 74 f; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>3</sup> (2012) 312 f.

36 Vgl *Spielbüchler* in Rummel (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> § 337 Rz 1; *Harrer* in Schwimann (Hrsg), ABGB VI<sup>3</sup> (2006) § 1315 Rz 19 f; *Klicka* in Schwimann (Hrsg), ABGB II<sup>3</sup> (2004) § 337 Rz 1; *Eccher* in KBB, ABGB<sup>3</sup> (2010) § 337 Rz 1; *Karner* in KBB, ABGB<sup>3</sup> § 1315 Rz 7; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 337 Rz 2.

37 OGH 1 Ob 624/77 in JBl 1978, 544.

38 Bezeichnend dafür ist, dass *Reischauer* im Zusammenhang mit Plänen für eine Schadenersatzreform meint, durch eine solche würde die »Strapazierung der Repräsentantenhaftung

ausgedehnt<sup>39</sup>, dass das Kriterium der Position »mit eigenem Wirkungskreis und eigener Verantwortung«, die den Machthaber charakterisieren und »alle Personen, die in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion« tätig sind<sup>40</sup>, erfassen soll, meist nicht ausreichen wird, um den Einfluß auf die Geschäftsführung zu begründen, den das VbVG für die Entscheidungsträgereigenschaft fordert. Es wird heute nämlich keine besondere »Wichtigkeit« mehr gefordert, sondern eher negativ danach abgegrenzt, dass Personen, die untergeordnete Tätigkeiten ausüben, nicht als Machthaber in Betracht kommen<sup>41</sup>. Die Praxis hat die Lehrbuchdefinition mittlerweile weit hinter sich gelassen.

Ein Blick in die Rechtsprechung der letzten Jahre bestätigt das eindrucksvoll. Als Machthaber zugerechnet wurde etwa ein Baustellenleiter (und zwar keines Großprojektes, sondern der Versetzung eines Gehsteiges); der Jagdleiter einer Jagd<sup>42</sup>; der eigenverantwortliche, fachkundige Prüfer des Zustandes von Gräbern auf einem Friedhof<sup>43</sup>; der »Bereichsleiter« eines Winterdienstunternehmens, der trotz seines imposanten Titels aber auch nur dafür zuständig war zu kontrollieren, ob die Schneeschaufler auch wirklich Schnee geschaufelt hatten<sup>44</sup>; der Polier, der einem Arbeiter ein Gerüst freigibt<sup>45</sup>; der Hauptkammermann bei einer Sportveranstaltung<sup>46</sup>. Schließlich ist an zwei Entscheidungen zu denken, die die Universität Wien betrafen, deren Rampe während einer Veranstaltung zusammenbrach und darunter befindliche Personen verletzte und tötete<sup>47</sup>. Als Machthaber wurden in diesem Fall sogar angelernte Gebäudeaufseher qualifiziert<sup>48</sup>! Dieses Bedürfnis, einen Machthaber zu finden, kann man noch steigern: Machthaber war – ohne irgendwelche Anhaltspunkte für das tatsächliche Vorhandensein

*auf der Müllhalde der Rechtsgeschichte landen«, Reischauer, Schadenersatzreform – Verständnis und Missverständnisse (Teil I), JBl 2009, 411; vgl auch Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1315 Rz 24 und Kathrein, Reform des Schadenersatzrechts, FS Reischauer (2010) 245 (263).*

39 Aicher in Rummel, ABGB I<sup>3</sup> § 26 Rz 26.

40 OGH 2 Ob 107/98v.

41 OGH 7 Ob 271/02g; 7 Ob 271/00d mwN; 9 ObA 141/09i.

42 OGH 2 Ob 2398/96b, wobei die Jagd als GesBR qualifiziert wurde.

43 OGH 4 Ob 75/09x.

44 OGH 2 Ob 291/03p.

45 OGH 8 Ob 84/02i.

46 OGH 3 Ob 199/99t.

47 OGH 6 Ob 220/99t.

48 Die Republik hatte die Bundesbaudirektion Wien mit der baulichen Betreuung des Universitätsgebäudes betraut. In der Außenstelle der Universität waren ein Bautechniker und zwei (angelernte) Gebäudeaufseher tätig. Die Kontrolle des Bauzustands sei die Aufgabe der beiden Gebäudeaufseher gewesen. Hätten diese beiden angelernten Arbeiter damit einen selbstständigen Wirkungsbereich, so seien sie Repräsentanten. Arbeiteten sie hingegen unter der Kontrolle des Bautechnikers, so sei dieser als Repräsentant der beklagten Partei anzusehen.

einer solchen Person – nach einer anderen Entscheidung auch derjenige, der dafür zuständig gewesen wäre, Arbeitern zu sagen, dass ein ausgehängtes Fenstergitter nicht gefährlich gelagert werden sollte<sup>49</sup>.

Zwar stimmen 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<sup>50</sup>. Der Machthaber greift erheblich weiter<sup>51</sup>. Die ohnehin schon enge Zurechnung im Strafrecht wird aber noch weiter eingeschränkt<sup>52</sup>.

#### 4. Zusammenhang von Funktion und Tat

Das VbVG sieht nämlich vor, dass es zur Zurechnung als Entscheidungsträger im VbVG nur kommt, wenn dieser »als solcher« die Tat begeht. Damit »soll zum Ausdruck gebracht werden, dass Taten von Entscheidungsträgern nur dann nach § 3 Abs. 2 zu beurteilen sind, wenn der Entscheidungsträger in Ausübung seiner [...] leitenden Funktion gehandelt hat. Nimmt der Entscheidungsträger ausnahmsweise typische Mitarbeiteraufgaben wahr«, kommt auch nur eine Zurechnung als Mitar-

- 49 OGH 7 Ob 271/00d; *Reischauer* in Rummel, ABGB I<sup>3</sup> § 1315 Rz 2a hat schon darauf hingewiesen, dass man keinen Machthaber dazu brauche, um zu prüfen, wie Arbeiter ein ausgehängtes Fenster lagern bzw absichern sollten. Daher ist der Hinweis des OGH »weder aus dem Vorbringen der Bekl noch aus den Feststellungen ergibt sich, dass die Organe bzw Repräsentanten der Bekl für die erforderliche Überwachung der Besorgungsgehilfen gesorgt haben, dafür wäre die Bekl beweispflichtig gewesen« nicht stichhaltig.
- 50 *Kalss/Eckert*, Informationsverhalten 110, gehen demgegenüber davon aus, dass das Abstellen auf Repräsentanten oder Entscheidungsträger »im wesentlichen aber auf dasselbe hinauslaufen dürfte«. Darin liegt nicht unbedingt ein Widerspruch zur hier vertretenen Ansicht. Die Autoren treffen diese Aussage zum von ihnen konkret untersuchten Fall der Multiorganschaft, der hier ausgeklammert bleibt.
- 51 Dabei schafft auch die im VbVG ebenfalls mögliche Zurechnung von Mitarbeitern keine Abhilfe, da diese voraussetzt, dass ein Entscheidungsträger die nötige Sorgfalt außer Acht gelassen hat und dadurch die Tat ermöglicht oder wesentlich erleichtert hat. Dazu siehe noch unten.
- 52 Eine weitere Besonderheit ist, dass im VbVG nach überwiegender Auffassung auch klar feststehen muss, welcher Entscheidungsträger die Tat begangen hat, *Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz Kommentar (2006) § 3 Rz 41; aA *Hilf*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (2006) § 3 Anm 11; *Hilf/Zeder* in WK<sup>2</sup> VbVG § 3 Rz 32. Diese Auffassung erscheint nicht gerechtfertigt, lassen die Erl doch bei einer Tat durch Mitarbeiter das die Straftat fördernde Verhalten irgendeines Entscheidungsträgers explizit genügen: »Ein bestimmter Entscheidungsträger, der die Maßnahmen unterlassen hat, muss nicht feststehen«, EBRV 994 BlgNR. 22. GP 23. Warum das nur bei der Mitarbeitertat, die – wie sich noch zeigen wird – aber ohnehin eine Spielart der Tat des Entscheidungsträgers bleibt, gelten soll, ist nicht ersichtlich. Eine solche Einschränkung widerspräche jedenfalls der zivilrechtlichen Regel, die, wenn die Voraussetzungen für eine Zurechnung vorliegen, die Identifizierbarkeit des konkreten Täters nicht verlangt, *Reischauer* in Rummel, ABGB I<sup>3</sup> § 1315 Rz 2a; OGH 6 Ob 220/99f; 7 Ob 271/00d in JBl 2001, 525 ff.

beiter in Frage<sup>53</sup>. Entscheidungsträger ist man nach diesem Konzept also nur situationsabhängig.

Jedenfalls entspricht dieser »relative Entscheidungsträger« nicht dem zivilrechtlichen Modell des Organs, das der juristischen Person stets zugerechnet wird, wenn es nur beruflich handelt<sup>54</sup>. Diese komplette und von der Wahrnehmung von Führungsaufgaben unabhängige Zurechnung lässt sich wiederum zwanglos aus dem Gleichstellungsprinzip des § 26 ABGB ableiten. Auch der Mensch haftet schließlich nicht nur »als Chef«.

## 5. Zurechenbare Handlungen

Zu den ohnehin schon einschränkenden personellen Zurechnungskriterien kommen noch bestimmte Anforderungen an die zurechenbare Handlung.

### a. VbVG

Der Gesetzgeber des VbVG wollte keine Strafbarkeit für alle betriebsbezogenen Straftaten, die die Entscheidungsträger eines Verbandes im Zuge ihrer Tätigkeit für den Verband begehen. Eine Verantwortlichkeit kommt nach dem VbVG grundsätzlich nur dann in Frage, wenn es eine Anlasstat gibt, die entweder zu Gunsten des Verbandes begangen worden ist oder durch die Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen (§ 3 Abs 1 Z 1, 2 VbVG). Beide Voraussetzungen sind stark auslegungsbedürftig.

Den Materialien ist zu entnehmen, dass es beim Handeln zu Gunsten des Verbandes um einen finanziellen Vorteil<sup>55</sup> des Verbandes gehen soll. Durch eine solche Auslegung verengte sich der Anwendungsbereich aber erheblich, da ohne weiteres Delikte denkbar sind, die keinen finanziellen Vorteil des Ver-

53 EBRV 994 BlgNR 22. GP 22. Die gegen eine solche »relative« Prüfung laut gewordenen Stimmen in der strafrechtlichen Literatur haben zwar vielleicht die Praktikabilität auf ihrer Seite, aber den Wortlaut, das Gesamtkonzept des Gesetzes und auch den ausdrücklichen Willen des historischen Gesetzgebers gegen sich. Es wird daher beim Entscheidungsträger »als solchem« bleiben müssen, vgl *Hilf/Zeder* in WK<sup>2</sup> VbVG § 3 Rz 29; *Kert* in Leitner, Finanzstrafrecht 2006, 15, wenngleich die dadurch angelegten Abgrenzungsschwierigkeiten greifbar sind, vgl *Boller*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden nach dem VbVG (2007) 165. Aus diesen Gründen ist die Deutung der Wendung »als solcher« als Synonym für »private Handlungen« problematisch, so aber *Frotz/Schörghofer*, GesRZ 2011, 334.

54 Zur Abgrenzung der zurechenbaren Handlungen siehe sogleich.

55 Ob der Vorteil unmittelbar durch die Straftat eintreten muss oder auch eine »Umwegrentabilität« genügt, ist umstritten: dafür *Steininger*, VbVG § 3 Rz 10; *Hilf/Zeder* in WK<sup>2</sup> VbVG § 3 Rz 8 ff; differenzierend *Boller*, Verantwortlichkeit von Verbänden 159. Zu immateriellen Vorteilen *Kert* in Leitner, Finanzstrafrecht 2006, 20.

bandes mit sich bringen. Die Materialien erkennen dies und nennen beispielhaft als aus der Verantwortlichkeit herausfallende Deliktgruppen<sup>56</sup> Umweltdelikte, mangelhafte Verkehrssicherung oder den Vertrieb gefährlicher Produkte. Die Materialien erkennen auch, dass eine allzu enge Regelung nicht notwendig gewesen wäre<sup>57</sup>, entschließen sich aber dennoch dazu, dass eine Tat »entsprechend den [...] Vorgaben des EU-Rechts«<sup>58</sup> nur dann zu Gunsten des Verbandes begangen wurde, wenn der Verband durch sie »bereichert wurde oder bereichert hätte werden sollen«<sup>59</sup>. Dass diese Regelung besonders glücklich ist, darf bezweifelt werden. Das Konzept ist in sich unschlüssig, weil die Formulierung – wie ihre Vorbilder<sup>60</sup> – eindeutig auf Vermögensdelikte abstellt, der österreichische Gesetzgeber aber gerade keine deliktsspezifische Regelung wollte, sondern dass ein Verband nach dem VbVG »grundsätzlich für jeden Deliktstypus verantwortlich werden kann«<sup>61</sup>.

Um dem Rechnung zu tragen, wird der unglücklich enge erste Zurechnungstatbestand durch einen unglücklich undeutlichen zweiten (Auffang-)Tatbestand ergänzt, der all jene Delikte einfangen muss, bei denen es nicht zu einer Bereicherung kommt. Die Verbandsverantwortlichkeit greift deshalb auch bei der Verletzung von Pflichten, die den Verband treffen. Was darunter genau zu verstehen ist, verrät der Gesetzgeber nicht, die Pflichten ergäben sich »vor allem aus dem Zivil- und Verwaltungsrecht«. Das klingt einfacher als es ist, will der Gesetzgeber doch eine Eingrenzung auf die typischen Gefahren der jeweiligen Verbandstätigkeit<sup>62</sup>. Die relevanten Pflichten könnten jedenfalls »nur aus dem Tätigkeitsbereich des Verbandes erschlossen werden«<sup>63</sup>.

56 Bei denen man allerdings wohl in manchen Fällen durchaus einen wirtschaftlichen Nutzen annehmen könnte.

57 Die im VbVG umgesetzten internationalen Rechtsakte gehen beispielsweise von »pour le compte« (auf Rechnung) aus (Zweites Protokoll), vgl Kert in Leitner, Finanzstrafrecht 2006, 19f.

58 Vorbild war dabei nicht nur das Europarecht, sondern auch das deutsche OWiG (vgl etwa § 30 Abs 1). Dazu siehe noch bei der zweiten Variante.

59 EBRV 994 BlgNR. 22. GP 21, wobei auch eine Ersparnis als Bereicherung zählt.

60 So wie etwa das Zweite Protokoll 1997, das den »Betrug, die Bestechung und die Geldwäsche« erfasst.

61 EBRV 994 BlgNR. 22. GP 14.

62 Boller, Verantwortlichkeit von Verbänden 163; vgl weiterführend Kert, Verbandsverantwortlichkeit im Konzern, in Vavrovsky (Hrsg), Handbuch Konzernrecht (2008) 152.

63 Nicht besonders hilfreich ist, dass die von den Materialien gegebenen Beispiele wenig aussagekräftig sind. Produziere der Verband Waren, so habe er Umweltverschmutzungen hintanzuhalten; vertreibe er sie, habe er darauf zu achten, dass seine Kunden keine Schäden erleiden. Tatsächlich hängt das Verbot, die Umwelt zu verschmutzen oder die Gesundheit anderer zu gefährden, aber doch nicht an einer verbandsspezifischen Tätigkeit, es dürften doch vielmehr Jedermannspflichten sein. Jedermannspflichten sollen aber ausweislich der Materialien gerade nicht strafbarkeitsbegründend sein, die Mat nennen beispielhaft eine Verkehrsübertretung im Zuge einer Tätigkeit für den Verband.

Hintergrund dieses Abstellens auf betriebstypische<sup>64</sup> Pflichtverletzungen ist offenbar der Wunsch, einen besonders engen Zusammenhang zwischen Tat und Verband herzustellen<sup>65</sup>, es braucht daher bestimmte »Anknüpfungstaten«<sup>66</sup>. Das Gesetz trifft so eine – keineswegs zwingende<sup>67</sup> – Wertungsentscheidung gegen eine weite Zurechnung. Der Gesetzgeber hat sich dazu recht offensichtlich beim deutschen OWiG bedient, das in § 30 eine Buße ebenfalls nur dann vorsieht, wenn ein Repräsentant eine Tat begangen hat, »durch die Pflichten, welche die juristische Person oder Personenvereinigung treffen,« verletzt wurden. Auch in Deutschland geht es nur um betriebsbezogene Pflichten, »es versteht sich von selbst«, so die Materialien, »dass nicht etwa auch Pflichten gemeint sind, die für jedermann gelten«<sup>68</sup>.

Die Betriebsbezogenheit ist – in Österreich wie in Deutschland – einerseits bei strafrechtlichen Sonderdelikten zu bejahen, die gerade an die unternehmerische Tätigkeit anknüpfen<sup>69</sup>, andererseits bei zivilrechtlichen Pflichten, die sich gerade aus dieser Tätigkeit ergeben, exemplarisch könnte man hier etwa an die Produktbeobachtungspflicht denken, schließlich auch bei verwaltungsrechtlichen Pflichten, die mit dem Betrieb des Unternehmens in Zusammenhang stehen, zB bestimmte Auflagen, die dem Unternehmen in einer Betriebsanlagengenehmigung vorgeschrieben wurden.

Die Verletzung von Jedermannspflichten ist als Anlass einer Verbandsbuße nach dem bisher Gesagten zwar nicht genug, aber auch nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Sie kann dann zur Strafbarkeit führen, wenn ein besonderer Zusammenhang mit der Unternehmensführung besteht<sup>70</sup>. Andere wollen die Garantenstellung als Kriterium für die Strafbarkeit wählen, sodass allgemeine Pflichten haftungsbegründend werden, wenn der Verband »als Garant für die Vermeidung der Deliktsverwirklichung zuständig gedacht werden kann«<sup>71</sup>, ihn also

64 Vgl auch *Hilf/Zeder* in WK<sup>2</sup> VbVG § 3 Rz 15.

65 EBRV 994 BlgNR. 22. GP 22.

66 *Kert* in Leitner, Finanzstrafrecht 2006, 15, 19 ff; *Rogall* in Karlsruher Kommentar zum OWiG<sup>3</sup> (2006) § 30 Rz 71.

67 Dies zeigt etwa der Elkins Act (siehe schon FN 8) schon 1903 verwirklicht: »The act, omission, or failure of any officer, agent, or the person acting for or employed by any common carrier, acting within the scope of his employment, shall, in every case, be also deemed to be the act, omission, or failure of such carrier, as well as that of the person«. Vgl die heutige Nachfolgebestimmung in 49 U.S.C. § 11.907: »When acting in the scope of their employment, the actions and omissions of individuals acting for or employed by that rail carrier are considered to be the actions and omissions of that rail carrier as well as that individual.«

68 Erl zum OWiG S 60.

69 *Rogall* in Karlsruher Kommentar zum OWiG<sup>3</sup> § 30 Rz 74.

70 So zum OWiG *König* in Göhler (Hrsg), Ordnungswidrigkeitengesetz<sup>44</sup> (2006) § 30 Rz 20.

71 *Rogall* in Karlsruher Kommentar zum OWiG<sup>3</sup> § 30 Rz 76; *Förster* in Rebmann/Roth/Hermann (Hrsg), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten<sup>3</sup> (2010) § 30 Rz 28 f.

eine besondere Pflicht trifft, den Schaden abzuwenden<sup>72</sup>. Im Ergebnis laufen beide Ansätze auf dasselbe hinaus, kleiden sie doch eine Wertungsfrage nur in ein verschiedenes konstruktives Gewand. Es muss aus »*sachlichen, räumlichen oder personalbezogenen Zurechnungskriterien*« beurteilt werden, was zum Betrieb gehört<sup>73</sup>. Beispielhaft könnte an ein Bauunternehmen gedacht werden, das eine Baustelle nicht ordnungsgemäß absichert<sup>74</sup> oder einen Frächter, der kraftfahrrechtliche Sicherheitsbestimmungen nicht einhält<sup>75</sup>. Dabei wäre wohl in beiden Fällen von einer Jedermannspflicht auszugehen, weil jeder Fahrzeughalter sich an das KFG zu halten hat und jedermann, der eine Gefahrenquelle schafft, von einer Verkehrssicherungspflicht getroffen wird. Gehört bei dem konkreten Unternehmen aber der Betrieb von Kraftfahrzeugen oder die Durchführung von Bauarbeiten zum Unternehmensgegenstand, reicht der Zusammenhang wohl aus, um die damit verbundenen Pflichten als verbandsspezifisch im Sinn des VbVG anzusehen<sup>76</sup>.

#### b. Zivilrecht

Der Anknüpfungspunkt für die Zurechnung von Organen und Machthabern im Zivilrecht ist anders als im VbVG. Hier ist charakteristisch, dass eine Person im Rahmen der ihr übertragenen Tätigkeiten handelt, dass also ein Bezug zur dienstlichen Tätigkeit besteht<sup>77</sup>. Privatdelikte werden nicht zugerechnet<sup>78</sup>.

Die Abgrenzung, wann noch eine dienstliche Verfehlung und wann schon ein Privatdelikt vorliegt, ist in Anbetracht der unbegrenzten Vielfalt möglicher Lebenssachverhalte nicht immer leicht möglich. Das ist kein Spezifikum der

72 Vgl für Österreich *Steininger*, VbVG § 3 Rz 12.

73 *Förster* in *Rebmann/Roth/Hermann*, OWiG<sup>3</sup> § 30 Rz 29.

74 Vgl dazu noch unten.

75 Hier geht die deutsche Literatur allerdings wohl ohnehin von Betriebsbezogenheit aus, vgl *König* in *Göhler*, OWiG<sup>14</sup> § 30 Rz 19.

76 Eine Abgrenzung zwischen per se betriebspezifischen Pflichten und im Einzelfall betriebspezifischen Jedermannspflichten wird nicht immer trennscharf möglich sein. Es gibt in dem Zusammenhang etwa zu denken, wenn deutschen Kommentaren die Pflichten eines Arbeitgebers einerseits als spezifisch betriebsbezogen, andererseits erst im Wege der Garantenstellung als haftungsbegründend gelten, *Förster* in *Rebmann/Roth/Hermann*, OWiG<sup>3</sup> § 30 Rz 28 f; *König* in *Göhler*, OWiG<sup>14</sup> § 30 Rz 20. Eine scharfe Abgrenzung ist aber auch nicht nötig, das Ergebnis bleibt dasselbe, die Wertung dem Rechtsanwender nicht erspart.

77 Für Organe: *F. Bydlinski*, *VersR Jubiläumsheft 10*; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1315 Rz 27. Schädigt ein Gehilfe nur anlässlich oder gelegentlich der Erfüllung, haftet der Geschäftsherr nur nach § 1315, *Koziol*, *Haftpflichtrecht II*<sup>2</sup>, 343.

78 Dass der Geschäftsherr selbst bei einer solchen Handlung natürlich haften würde, ist kein Widerspruch, wenn man – wie *Wilburg*, *Elemente des Schadensrechts (1941)* 224, und *Koziol*, *Haftpflichtrecht II*<sup>2</sup>, 345 – die geringere Kraft der Zurechnung als Haftungselement im Vergleich zum Eigenverschulden betont.

österreichischen Rechtsordnung, sondern liegt in der Natur der Sache. So wird im angloamerikanischen Rechtskreis das Problem mit der Formel gelöst, ob sich die zuzurechnende Person »on a frolic of his own«<sup>79</sup> befindet. In Deutschland normiert § 31 BGB<sup>80</sup>, dass der Verein für Schäden verantwortlich ist, die der Vorstand oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

Für Österreich gibt es eine solche Norm nicht. Es mag auch damit zusammenhängen, dass deshalb gerade die deutsche Rechtsprechung besonders reichhaltiges Anschauungsmaterial bietet und Vorbildcharakter für Österreich hatte. Die in Deutschland verwendeten Formeln sind verschieden<sup>81</sup>, sie alle zeigen aber, dass Trennschärfe kaum zu erreichen ist<sup>82</sup>:

- 79 Vgl Joel v. Morison und dazu *Young B. Smith, Frolic and Detour*, Columbia Law Review 23, No 5., 444. Zu ökonomischen Aspekten *Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, Yale Law Journal 70 (1961) 499.
- 80 Vgl *Gehrlein*, Zur Haftung juristischer Personen, FS Hüffer (2010) 205; *Martinek*, Repräsentantenhaftung (1979); *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person (1997). Siehe die Beispiele aus der deutschen Rechtsprechung bei *Fleischer*, Zur Privatsphäre von GmbH-Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern: Organpflichten, organschaftliche Zurechnung und private Umstände, NJW 2006, 3241.
- 81 Der BGH verlangt einen engen objektiven Zusammenhang zwischen Schädigung und dienstlicher Verrichtung. Die hL in Deutschland bedient sich der nach manchen »methodisch kaum disziplinierbaren Formel« (*Reuter* in Münchener Kommentar zum BGB<sup>6</sup> § 31 Rz 34), der Organwalter handle lediglich »bei Gelegenheit« der ihm zustehenden Verrichtungen, wenn sein Tun »erkennbar aus dem Rahmen seiner Obliegenheiten« herausfällt. Nach *Reuter* soll maßgebend sein, »ob das Amt [...] sich auf Art und Ablauf des schädigenden Ereignisses ausgewirkt hat oder nicht. Denn nur wenn das Amt ohne nennenswerten Einfluss gewesen ist, fehlt die besondere Beziehung der juristischen Person zur Schädigung« (*Reuter* in Münchener Kommentar zum BGB<sup>6</sup> § 31 Rz 33; diesem folgend OLG Hamburg, NZG 2002, 873). Nach dieser Formel wird »selbstverständlich« die Verantwortlichkeit für den Ehebruch eines Vorstandsmitglieds mit seiner Sekretärin verneint, »mag auch feststehen, dass es ohne die »Ausstrahlungen der Amtsauctorität« nicht zu dem Ehebruch gekommen wäre. Es schlägt hier die Wertung durch, dass Handlungen im Intimbereich allein höchstpersönlicher Verantwortung zugänglich sind.« (*Reuter* in Münchener Kommentar zum BGB<sup>6</sup> § 31 Rz 34). Hierher passt ein Fall, den das OLG Düsseldorf zu entscheiden hatte. Dass der Vorstand einer AG mit der Ehefrau des für diese tätigen Klägers eine Beziehung unterhalten hatte, wurde der AG etwa nicht zugerechnet, da es sich beim Ehebruch nicht um die »Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen« iSd § 31 BGB gehandelt habe. Die daraus resultierende Missstimmung berührte dann aber doch auch die dienstliche Sphäre des Vorstandes und berechtigte den Kläger zur Beendigung des Vertrages (OLG Düsseldorf NJW 1964, 1963).
- 82 Das trifft auch für den anglo-amerikanischen Rechtskreis zu. Ob der Organwalter sich »on a frolic of his own« befindet, kann auch nur durch wertende Betrachtung beurteilt werden. So sah sich ein englisches Gericht mit dem Fall einer Feuerwehr konfrontiert, die auf Grund arbeitsrechtlicher Streitigkeiten mit ihrem Arbeitgeber einen »go slow« veranstaltete, sodass das Haus des (auf Brandbekämpfung wartenden) Klägers abbrannte. *General Engineering Services Ltd v Kingston and St Andrew Corporation* (1989) 1 WLR 69; vgl dazu *Lunney/Oliphant*, Tort Law<sup>4</sup> (2010) 836. Vgl zum neueren, in dieselbe Richtung wie der BGH gehenden Prüfstandard im englischen Recht (»close connection test«) *Lister v Hesley Hall* (2000) 1 AC 215 und dazu *Brodie*, Enterprise Liability: Justifying Vicarious Liability, Oxford Journal of Legal Studies Vol. 27, No. 3 (Autumn, 2007), pp. 493; *Lunney/Oliphant*, Tort Law<sup>4</sup>, 833.

Ein Zusammenhang wurde etwa verneint bei einer Vergnügungsreise mit Dienstwagen nach dem Ende einer Dienstreise<sup>83</sup>; bejaht hingegen bei einem Umweg auf einer Dienstreise<sup>84</sup>; der privaten Nutzung des Firmengebäudes, das dadurch abbrannte<sup>85</sup>; als der Vorstandssprecher der Deutschen Bank sich im Rahmen eines Fernsehinterviews negativ über die Kreditwürdigkeit eines Kunden äußerte (Kirch Media-Fall)<sup>86</sup>; und sogar als ein Geschäftsführer die Werbeanlagen eines Konkurrenten zerstörte<sup>87</sup>.

Die Entscheidung 6 Ob 249/00m, die mit ganz ähnlichen Kriterien wie der BGH arbeitet, bestätigt, dass trotz der besonderen gesetzlichen Positivierung in § 31 BGB die deutsche Rechtsprechung auch für Österreich aussagekräftig ist. Der Landessekretär des ÖGB Tirol hatte in einer »aus eigenem Antrieb' und ohne Beschluss oder Auftrag von Organen« des ÖGB einberufenen Pressekonferenz kreditschädigende Äußerungen über die Arbeiterkammer und ihren Umgang mit Betriebsräten getätigt. Während in den ersten zwei Instanzen die Klage gegen den ÖGB abgewiesen wurde, weil ein »sachlicher Zusammenhang zwischen der übertragenen Aufgabe und dem Delikt« fehlte, gab der OGH statt. Die Einladung zur Pressekonferenz sei vom Funktionär »als ›ÖGB-Vorsitzender‹ ausgesprochen worden«, das behandelte Thema mit den Statuten des ÖGB in Zusammenhang gestanden<sup>88</sup>.

### c. Vergleich der Haftungsvoraussetzung

Eine Gegenüberstellung der zurechenbaren Handlungen zeigt, dass das Strafrecht den Kreis der Fälle, in denen es zur Zurechnung kommt, enger zieht, weil sich entweder eine Bereicherung oder eine besondere, verbandsspezifische Gefahr realisiert haben muss. Der Umweg auf einer dienstlichen Fahrt wäre weder unter einen finanziellen Nutzen des Verbandes noch unter verbandsspezifische Pflichten zu subsumieren, ja nicht einmal die Dienstreise wäre zwangsläufig ein solcher Fall. Auch das Zerstören der Werbeanlagen ließe sich darunter wohl nicht subsumieren. Während der Schadenserfolg also im Zivilrecht nicht

83 RGZ 128, 229.

84 OLG Schleswig, BB 1958, 747.

85 NJW-RR 1998, 1159 (OLG Düsseldorf).

86 BGH NJW 2006, 830.

87 OLG Hamburg, NZG 2002, 873. Zwar wird bei Vorsatztaten die Zurechnung meist abgeschnitten, da sie nur »gelegentlich« der Tätigkeit für die juristische Person passieren, im konkreten Fall erscheint die Entscheidung allerdings dennoch richtig, da der Bezug zur juristischen Person so stark ist. Vgl F. Bydlinski, VersR Jubiläumshft 10.

88 Der OGH hat in dieser E auch erklärt, wieso für Äußerungen des Landessekretärs gehaftet werden sollte, nicht aber für solche eines Abgeordneten einer politischen Partei (OGH in SZ 70/150). Anders als der freie Abgeordnete habe der Einberufer der Pressekonferenz einen selbständigen Wirkungsbereich gehabt.

gerade atypisch sein darf, muss er im Strafrecht offenbar gerade typisch für die Betriebstätigkeit sein. Der Blickwinkel des Strafrechts geht eher in die Richtung einer Anknüpfung an eine bestimmte Betriebsorganisation. Was »der Verband« in Gestalt sorgfältiger Entscheidungsträger nicht verhindern kann, soll auch nicht zu einer Verantwortung führen<sup>89</sup>, die Zurechnung soll daher abgeschnitten werden.

Das ist im Strafrecht eine Entscheidung, die der Gesetzgeber treffen muss, wie es ihm überhaupt obliegt, die Schwelle für die Strafbarkeit zu bestimmen. Rechtsgüterschutz durch das Strafrecht ist wie *Fuchs* bemerkt, nicht der Normal-, sondern der Ausnahmefall<sup>90</sup>, das Strafrecht ist daher grundsätzlich fragmentarisch. Wo im Strafrecht ein Täter dem staatlichen Strafanspruch gegenüber steht, steht im Zivilrecht ein Schädiger dem Geschädigten gegenüber, der sich über Ersatz freut. So sehr es daher eine kriminalpolitische Entscheidung des Gesetzgebers sein mag, etwa nur die vorsätzliche, nicht aber die fahrlässige Sachbeschädigung zu kriminalisieren, oder – wie gelegentlich diskutiert – die Strafbarkeit bei der fahrlässigen Körperverletzung einzuschränken, so sehr ist in Anbetracht der zweipoligen Struktur im Zivilrecht die Notwendigkeit gegeben, auch bei fahrlässiger Sachbeschädigung Ersatz zu gewähren. Die Zurechnungsregeln der Verschuldenshaftung sind daher Ausdruck der ausgleichenden Gerechtigkeit<sup>91</sup>, nach der das Schadenersatzrecht als unmittelbar einleuchtendes Gerechtigkeitspostulat den Ausgleich von Schäden durch den Schädiger anordnet. Demgegenüber weist die Strafgerechtigkeit starke Anklänge der Verteilungsgerechtigkeit auf<sup>92</sup>.

## II. Zurechnung von Mitarbeitern

Die Zurechnung von Mitarbeitern ist einerseits für die Restmenge von zivilrechtlichen Machthabern relevant, die nicht nach § 3 Abs 2 VbVG als Entschei-

89 Hier kann man bereits das Konzept des Eigenhandelns der juristischen Person erkennen, das sich später noch deutlicher abzeichnen wird.

90 *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil<sup>7</sup> (2008) Rz 1/3 f.

91 *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie<sup>2</sup> (1977) 410 f.; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 207; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2009) Rz 1/3; 6/105. Vgl zum Schadenersatzrecht insgesamt *Schiemann* in Staudinger (2005) Vor §§ 249–254 Rz 3 und weiterführend *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich (1999) 3 ff.; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts (2003) 89.

92 *Aristoteles* selbst dürfte das zwar anders gesehen haben (*Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht [1997] 25), dies hängt aber mit dem spezifischen Strafverständnis zusammen. Zu Aspekten der iustitia commutativa im Strafrecht *Canaris*, iustitia distributiva 31 f.

dungsträger zugerechnet werden konnten, andererseits interessiert allgemein die Zurechnung von Besorgungsgehilfen<sup>93</sup>.

## 1. VbVG

§ 3 Abs 3 VbVG sieht eine Verantwortlichkeit für Taten von Nicht-Entscheidungsträgern<sup>94</sup> vor. Auch für die Zurechnung von Mitarbeitern gelten die soeben herausgearbeiteten Kriterien, sodass es überhaupt nur zur Verbandsverantwortlichkeit kommen kann, wenn durch die Tat der Verband bereichert wurde oder verbandsspezifische Pflichten verletzt wurden. Aber selbst wenn das der Fall ist und ein Mitarbeiter das Tatbild einer Straftat verwirklicht hat<sup>95</sup>, kommt es nicht ohne weiteres zur Strafbarkeit.

Zentral ist dafür nämlich noch, dass die Straftat »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«<sup>96</sup>.

Bemerkenswert ist dabei noch, dass diese Pflichtverletzung dem Entscheidungsträger nicht subjektiv vorwerfbar sein muss<sup>97</sup>. Während ein Täter sonst

93 Die Erfüllungsgehilfenzurechnung ist demgegenüber weniger interessant, da so streng zugerechnet wird, dass eine weitergehende Haftung nach dem VbVG nicht möglich ist.

94 In dem Zusammenhang ist auf das Erfordernis eines Dienstvertrages hinzuweisen, vgl § 3 Abs 2 Z 1–4 VbVG und *Kert* in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2006, 16, *Hilf/Zeder* in *WK<sup>2</sup> VbVG* § 2 Rz 20; vgl demgegenüber für das Zivilrecht *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1315 Rz 1; *Karner* in *KBB*, ABGB<sup>3</sup> § 1315 Rz 1.

95 Der Verband ist für eine Straftat, die vorsätzliches Handeln voraussetzt, nur verantwortlich, wenn ein Mitarbeiter vorsätzlich gehandelt hat; für eine Straftat, die fahrlässiges Handeln voraussetzt, nur, wenn Mitarbeiter die nach den Umständen gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen haben, es soll aber grundsätzlich nicht darauf ankommen, ob den Mitarbeiter ein Verschuldensvorwurf trifft (EBRV 994 BlgNR. 22. GP 22 f), die Zurechnungsunfähigkeit geht zu Lasten des Verbandes, *Hilf/Zeder* in *WK<sup>2</sup> VbVG* § 3 Rz 33 ff.

96 Es bedarf keiner besonderen Phantasie, um dahinter die Aufsichtspflichtverletzung des § 130 (iVm § 9) OWiG hervorleuchten zu sehen.

97 Dies erhellt aus einem Vergleich mit § 6 StGB: »Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist und die ihm zuzumuten ist«. Diesem Umstand wird in der strafrechtlichen Literatur einige Bedeutung beigemessen (*Steininger*, VbVG § 3 Rz 83; *Hilf*, VbVG § 3 Anm 16), stellt doch die subjektive Sorgfaltswidrigkeit sonst »das erste Kernelement der Fahrlässigkeitsschuld« dar (*Burgstaller* in *WK<sup>2</sup> § 6 StGB* Rz 83.) Mit ihm »wird ganz allgemein verlangt, dass der Täter die objektive Sorgfaltspflicht, gegen die er mit seinem Verhalten verstoßen hat, auch subjektiv, dh nach seinen persönlichen Verhältnissen, hätte erfüllen können«, sodass individuelle Unzulänglichkeiten entlasten.« (*Burgstaller* in *WK<sup>2</sup> § 6 StGB* Rz 83). Unter der Zumutbarkeit wird hingegen verstanden, »dass ein Verhalten, obgleich es als objektiv und subjektiv sorgfaltswidrig zu beurteilen ist, dem Handelnden nicht als schuldhaft vorgeworfen

im Tatzeitpunkt nach seinen persönlichen geistigen und körperlichen Verhältnissen in der Lage gewesen sein muss, die objektiv gebotene Sorgfalt einzuhalten<sup>98</sup>, bestätigen die Materialien, dass es im VbVG nicht von Bedeutung ist, »ob die Maßnahmen vorsätzlich, fahrlässig oder nicht schuldhaft unterlassen worden sind«<sup>99</sup>. Die Normierung eines solchen Deliktstorsos<sup>100</sup> soll verhindern, dass der Verband davon profitiert, einen unfähigen Entscheidungsträger angestellt zu haben<sup>101</sup>.

Wie groß der Einschnitt für die Praxis ist, kann ruhig dahinstehen, dogmatisch ist es aber eine interessante Erkenntnis, dass eine Strafbarkeit der juristischen Person nicht nur nicht voraussetzt, dass der Mitarbeiter subjektiv vorwerfbar gehandelt hat, sondern dass auch den Entscheidungsträger kein Verschuldensvorwurf treffen muss. Eine Zurechnung beim Fahrlässigkeitsdelikt setzt nur einen objektiv sorgfaltswidrig handelnden Mitarbeiter voraus und den Verstoß eines Entscheidungsträgers gegen die zumutbare Sorgfalt. Die Zurechnung einer Vorsatztat setzt einen vorsätzlich handelnden Mitarbeiter voraus und ebenso den Verstoß eines Entscheidungsträgers gegen die zumutbare Sorgfalt. Damit ist man bei der Strafe ohne Schuld<sup>102</sup>.

*wird, wenn auch von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen, der mit der konkreten körperlichen und geistigen Ausstattung des Täters zu denken ist, in der speziellen Tatsituation die Einhaltung der objektiven Sorgfaltspflichten realistischweise nicht zu erwarten war« (Burgstaller in WK<sup>2</sup> § 6 StGB Rz 100 f; s schon grundlegend dens, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht (1974) 200).*

Einmal mehr gibt der Gesetzgeber des VbVG Rätsel auf, da er von drei Kriterien – objektiver Sorgfaltswidrigkeit, subjektiver Sorgfaltswidrigkeit und Zumutbarkeit – ausgerechnet auf das mittlere verzichtet. Was bleibt ist mit der Zumutbarkeit ein Kriterium, das eine Haftung ausschließt, wenn man zwar »sozial-inadäquat gefährlich« und damit sorgfaltswidrig gehandelt hat (Fuchs, AT<sup>7</sup> 26/10), die Einhaltung der Sorgfalt aber an den Täter so hohe Anforderungen gestellt hätte, dass das Recht ihre Verfehlung nicht vorwirft, ein Maßstab, von dem Fuchs meint, »über solche allgemeinen Umschreibungen kommt man leider nicht hinaus«, die praktische Anwendung sei, wolle man nicht Willkür walten lassen, nicht leicht. Überlegt wird, Fälle der *culpa levissima* auszuklammern, man denkt dabei an geringe Fehlleistungen, die bei gefahrgeneigten Tätigkeiten unterlaufen. Sinnvollerweise wird man dann aber doch schon am Pflichtenprogramm, also der objektiven Sorgfaltswidrigkeit ansetzen (so für den konkreten Fall auch Boller, Verantwortlichkeit von Verbänden 184).

98 Fuchs, AT<sup>7</sup> 26/2 f.

99 EBRV 994 BlgNR. 22. GP 23.

100 Lewisch in Konecny (Hrsg), Insolvenz-Forum 2006 (2007) 97.

101 Kert in Leitner, Finanzstrafrecht 2006, 19; Baritsch/Kert in Handbuch Unternehmenskauf 792.

102 Lewisch in Konecny, Insolvenz-Forum 2006, 97.

## 2. Vergleich Zivilrecht

Aus dem bisher Gesagten folgt, dass die vergleichsweise sparsamere Zurechnung der Machthaber als Entscheidungsträger nach dem VbVG nicht durch eine Zurechnung als Mitarbeiter »saniert« wird, weil es zusätzlich einer Pflichtverletzung eines Entscheidungsträgers bedarf. Allerdings stellt sich die Frage, ob es – insbesondere im Hinblick auf das soeben Gesagte<sup>103</sup> – nicht vielleicht doch Bereiche gibt, in denen das VbVG strenger zurechnet als das Zivilrecht.

Nach § 1315 ABGB haftet der Geschäftsherr, wenn er wissentlich gefährliche oder habituell untüchtige Gehilfen einsetzt. Ein Verschulden des Gehilfen ist nicht nötig<sup>104</sup>. Beim habituell untüchtigen Gehilfen bedarf es auch keines Verschuldens des Geschäftsherrn etwa bei Auswahl oder Überwachung<sup>105</sup>, sodass es zu einer Erfolgshaftung kommt. Die Gefährlichkeit des Gehilfen muss der Geschäftsherr hingegen gekannt haben<sup>106</sup>. Schließlich ist eine Haftung des Geschäftsherrn auch sonst möglich. Das ist dann der Fall, wenn ihn ein Eigenverschulden trifft, da § 1315 eine weitergehende Haftung nach allgemeinen Grundsätzen nicht ausschließt. Er kann daher ersatzpflichtig werden, wenn er den Gehilfen nicht ausreichend beaufsichtigt oder anleitet und so fremde Rechtsgüter gefährdet werden. Der Geschäftsherr setzt dann selbst rechtswidrig und schuldhaft eine Bedingung für den Schadenseintritt. Umgelegt auf juristische Personen bedeutet das, dass eine verschuldensunabhängige Zurechnung nur bei habitueller Untüchtigkeit stattfindet – dann bedarf es auch keiner objektiven Sorgfaltswidrigkeit des Machthabers, sodass das Zivilrecht strenger ist als das VbVG – und dass es beim Einsatz gefährlicher Personen und bei einem Organisationsverschulden einen Vorwurf an die Machthaber braucht.

Eine besondere Diskrepanz zum insofern verschuldensunabhängigen VbVG ergibt sich daraus entgegen dem ersten Anschein aber wohl dennoch nicht. Die Entscheidungsträger einer juristischen Person sind Sachverständige iSd § 1299 ABGB<sup>107</sup>, sodass sie einem objektivierten Verschuldensmaßstab unterliegen. Der notwendige Fleiß und die erforderlichen Kenntnisse werden unwiderleglich vermutet, ihr Mangel kann nicht eingewendet werden. Mit dieser Garantiefhaftung<sup>108</sup> reduzieren sich – in der Diktion des VbVG – die Fälle von Verletzungen

103 Sonderregeln wie die Leutehaftung nach § 1319a ABGB müssen hier außer Betracht bleiben.

104 *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup>, 358; *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1315 Rz 13; *Harrer* in Schwimann, ABGB VI<sup>3</sup> § 1315 Rz 1, 8; *Karner* in KBB, ABGB<sup>3</sup> § 1315 Rz 3.

105 Vgl schon *Wilburg*, Elemente 219; *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup>, 356; *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1315 Rz 3; *Karner* in KBB, ABGB<sup>3</sup> § 1315 Rz 3; *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1315 Rz 17; OGH in JBl 1978, 93.

106 Zum Verhältnis von Kenntnis und Verschulden vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup>, 354.

107 *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1299 Rz 2a ff.

108 *Koziol*, Haftpflichtrecht I, 2, 183.

der objektiven Sorgfalt, in denen nicht gehaftet wird, auf Fälle, in denen es nicht am Fleiß oder den Kenntnissen mangelt, sondern wo auf Grund besonderer subjektiver Momente – etwa einer Bewusstseinsstörung oder plötzlicher Übelkeit – der objektive Maßstab nicht eingehalten werden konnte<sup>109</sup>. Aus der Rechtsprechung sind zwei Fälle bekannt. Jener eines schwer an Krebs erkrankten und in intensiver medizinischer Behandlung befindlichen Leiters eines Finanzamtes, der – ohne persönliche Vorteile zu erzielen – Steuerschulden Dritter löschte<sup>110</sup>. Andererseits der Fall eines Chauffeurs, der auf Grund plötzlicher Übelkeit einen Verkehrsunfall verursachte. In Anbetracht ihres starken Ausnahmecharakters<sup>111</sup> sollen diese Fälle hier nicht vertieft werden. Darüber hinaus erscheint es nicht einmal gesichert, dass in solchen Extremfällen das VbVG wirklich zu einer Zurechnung käme<sup>112</sup>.

## D. Schlussbetrachtung

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass es zwei unabdingbare Anknüpfungspunkte für eine Verbandsverantwortlichkeit gibt. Zunächst muss durch eine Anknüpfungstat entweder der Verband bereichert oder gegen Pflichten, die den Verband gerade um seiner Verbandstätigkeit willen treffen, verstoßen worden sein. Darüber hinaus kann es ohne ein sorgfaltswidriges Verhalten eines Entscheidungsträgers gerade in seiner Funktion als Entscheidungsträger nicht zu einer Verantwortlichkeit des Verbandes kommen. Entweder er führt die Anknüpfungstat selbst aus oder er fördert sie.

Ein Vergleich mit dem Zivilrecht hat ergeben, dass die Zurechnung nach dem VbVG enger ist als jene insbesondere der Machthaber im Schadenersatzrecht. Eine Antwort auf die Frage, ob das VbVG daher den bisherigen Maßstab für die Zurechnung zu juristischen Personen abzulösen vermag, fällt schon aus diesen Gründen leicht. Die zivilrechtlichen Zurechnungsregeln sind im Gesetz zwar nicht detailliert zu finden, der Leitgedanke des § 26 ABGB ist aber vital

109 *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1299 Rz 5; *Karner* in KBB, ABGB<sup>3</sup> § 1299 Rz 1; *Apathy/Riedler*, Schuldrecht Besonderer Teil<sup>4</sup> (2010) Rz 13/34.

110 OGH 8 ObA 70/03g.

111 OGH 4 Ob 108/64 in SZ 37/159; der OGH bezieht sich in der E zwar nur auf § 1297, *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT<sup>3</sup> Rz 13/34 führen den Fall aber zutreffend in unserem Zusammenhang an, da § 1299 anzuwenden gewesen wäre (s *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1299 Rz 5).

112 Hier könnte man überlegen, das Zumutbarkeitskriterium fruchtbar zu machen (das entspräche zwar nicht seiner sonstigen Funktion, vgl *Burgstaller* in WK<sup>2</sup> § 6 StGB Rz 100 ff, aber würde einen Anwendungsbereich in einer Deliktsstruktur, die auf die subjektive Sorgfaltswidrigkeit verzichtet, behalten).

und aussagekräftig. Er gibt einen einleuchtenden und für die Praxis hilfreichen Wertungsmaßstab vor.

Demgegenüber ist die Regelung des VbVG zwar sehr ausdifferenziert, lässt aber – zumindest für das Zivilrecht brauchbare – durchgehende Wertungen vermissen. Das dürfte daran liegen, dass das VbVG bei näherer Betrachtung nicht so sehr von der Idee der Zurechnung fremden Verschuldens ausgehen dürfte, wie es das Zivilrecht heute selbstverständlich tut. Das zeigt sich an der Regelung für Mitarbeiter besonders anschaulich. »*Der materielle Haftungs- oder Zurechnungsgrund liegt danach gerade nicht in der eigentlichen Zuwiderhandlung*«<sup>113</sup>, vielmehr wird an ein Handeln der Entscheidungsträger der juristischen Person angeknüpft. Wenngleich der Gesetzgeber das nicht so recht deklariert, versteht man ihn daher wohl falsch, wenn man – funktional hingegen richtig<sup>114</sup> – von Zurechnungsproblemen spricht. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass das VbVG – wie sein Vorbild das deutsche OWiG – auf der Idee der realen Verbandspersönlichkeit der juristischen Person von *Otto von Gierke* aufbaut<sup>115</sup>. »*Die Organe, mittels deren sie handelt, sind nicht fremde Personen, welche für sie handeln, sie vertreten; denn die Organisation gehört zum Wesen der juristischen Person, sie ist gleichsam ihr juristischer Leib, ohne den sie nicht existenzfähig ist*«, wie *Laband* meint<sup>116</sup>. Dies wird für Deutschland auch explizit zugestanden, so wenn *Rogall* meint: »*Es geht nämlich in § 30 [OWiG] nicht darum, dem Verband das Verhalten eines Dritten wie das eines Fremden zuzurechnen, sondern darum, dass das normwidrige Organ- oder Vertreterverhalten dem Verband als eigenes rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten ›zugerechnet‹ wird*«.

Doch selbst wer entgegen der hier entwickelten Ansicht die Zurechnung im Bereich des Schadenersatzrechts vom VbVG abhängig machen will, sollte einen weiteren Aspekt nicht unterschätzen. Die gegenwärtige Zurechnung der Macht-haber ist unmittelbar dem Besitzrecht entnommen, in dem es zu einer Haftung des unredlichen Besitzers kommt (§ 335 ABGB). *Iro* hat gezeigt, dass eine Harmonisierung von besitzrechtlichem Unredlichkeitsbegriff und schadenersatzrechtlichem Verschuldensbegriff Widersprüche und Ungereimtheiten

113 *Rogall* in *Karlsruher Kommentar zum OWiG*<sup>3</sup> § 30 Rz 6.

114 Vgl *F. Bydlinski*, FS *Koppensteiner* 574 ff.

115 Vgl auch *Kert* in *Leitner*, *Finanzstrafrecht* 2006, 23, der meint, wie die Schuld bei der Verhängung von Strafen über natürliche Personen stelle »für die Verhängung einer Verbandsgeldbuße der Vorwurf gegen den Verband eine notwendige Bedingung und zugleich Grenze dar«. Auch *Hilf/Zeder* in *WK<sup>2</sup> VbVG* § 3 Rz 1, 3 meinen zwar, der Gesetzgeber wollte den Verband nicht als Täter betrachten, Grund für die Sanktionierung sei jedoch schon »der gegenüber dem Verband erhobene Vorwurf«, nicht die gebotene und zumutbare Sorgfalt zur Verhinderung von Straftaten aufgewendet zu haben.

116 *Laband*, Zum zweiten Buch eines Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, *AcP* 73 (1888), 161 (188).

vermeidet und dass ein besitzrechtliches Sonderhaftpflichtrecht nicht wünschenswert ist<sup>117</sup>. Dasselbe gilt nicht nur für die Definition von Unredlichkeit und Verschulden, sondern gleichermaßen für Fragen der Zurechnung. Darüber hinaus ist es von der Zurechnung des schlechtgläubigen Machthabers im Besitzrecht wiederum nur ein kleiner Schritt zur grundsätzlichen Frage der Wissenszurechnung<sup>118</sup>. All diese Problemkomplexe müssten bei schadenersatzrechtlichen Überlegungen zur Zurechnung mitbedacht werden, um die derzeitige weitgehende Wertungskonsistenz nicht leichtfertig aufs Spiel zu setzen.

117 *Iro*, Besitzerwerb durch Gehilfen 147, vgl auch *Eccher* in KBB, ABGB<sup>3</sup> § 335 Rz 2; vgl aber *Oberhofer*, Sonderhaftpflicht für Besitzer? JBl 1996, 152.

118 Zu den Weiterungen für die Wissenszurechnung *Iro*, Banken und Wissenszurechnung, ÖBA 2001, 8 ff.